

TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL CHILE



JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

TOMO XXII

Sentencias Pronunciadas
entre 2011 y 2013

Roles N^{OS} 1.971 - 2.040

JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL

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

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

**Editado por
Tribunal Constitucional
de Chile**

Director de Publicaciones, Cristián García Mechsner

© Tribunal Constitucional, enero 2014
Avda. Apoquindo 4.700, La Condes, Santiago, Chile

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 234.591
ISBN: 978-956-8186-34-0
Santiago de Chile

Diseño e impresión:
versión | producciones gráficas Ltda.

IMPRESO EN CHILE | PRINTED IN CHILE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CHILE

JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL

TOMO XXII

SENTENCIAS PRONUNCIADAS ENTRE 2011 Y 2013
ROLES N^{os} 1.971 - 2.040

El Excelentísimo Tribunal Constitucional de Chile
está integrado por

MARISOL PEÑA TORRES (PRESIDENTA)

RAÚL BERTELSEN REPETTO

HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE

FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES

CARLOS CARMONA SANTANDER

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO

GONZALO GARCÍA PINO

DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA

JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN

MARÍA LUISA BRAHM BARRIL

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación del Presidente del Excmo. Tribunal Constitucional</i>	11
Sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional entre 2011 y 2013	15
Índices:	
– Índice temático de sentencias	797
– Índice general de sentencias	825

PRESENTACIÓN

En este Tomo XXII de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se transcriben las sentencias definitivas e interlocutorias de inadmisibilidad y otras resoluciones que han puesto término a ochenta procesos constitucionales individualizados con roles N^{os} 1.971 a 2.040, dictadas entre los años 2011 y 2013.

Destaca en este ejemplar la sentencia dictada en el proceso Rol N^o 1.988, que resolvió el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de senadores respecto del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91), que fue uno de aquellos procesos de inconstitucionalidad en los que el Tribunal Constitucional viene decretando audiencias públicas para que las personas e instituciones que estimen pertinente allegar antecedentes para una mejor resolución del asunto, tengan esa posibilidad.

El lector podrá encontrar, asimismo, el fallo recaído en el proceso Rol N^o 2.025, que se pronunció sobre un requerimiento de inconstitucionalidad deducido por el Presidente de la República en contra de una actuación del Senado durante la tramitación del proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental.

Este texto incluye la transcripción íntegra de los pronunciamientos definitivos emitidos por el Tribunal en los tres controles preventivos de constitucionalidad de normas orgánico constitucionales contenidas en igual número de proyectos de ley que le fueron remitidos por el Congreso Nacional en su oportunidad. A saber, el proyecto de ley sobre aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización (STC Rol N^o 2.009), el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y regula las asociaciones municipales (STC Rol N^o 2.027) y el proyecto de ley que regula el cierre de las faenas mineras (STC Rol N^o 2.036).

El 80% de los pronunciamientos que aparecen publicados en esta edición corresponde a acciones constitucionales deducidas con el objeto de impugnar la aplicación de preceptos legales determinados en gestiones judiciales pendientes. De los 74 requerimientos de esta naturaleza que representan tal porcentaje, en 36 oportunidades el Tribunal emitió sentencia definitiva, acogiendo o rechazando la respectiva acción interpuesta; entre otros, respecto de preceptos legales vinculados a los derechos minero, administrativo sancionatorio, laboral, tributario, de familia, procesal penal y civil. También se encontrarán sentencias definitivas en las que nuestra Magistratura emite pronunciamiento sobre la inaplicabilidad de normas legales referidas a la regulación del precio de los contratos de salud previsional, del uso de los caminos públicos, del acceso a la información pública, de delitos en materia de telecomunicaciones, de los efectos que produce la acumulación de infracciones de tránsito y del régimen estatutario de los funcionarios públicos. El resto de los procesos de inaplicabilidad terminaron su tramitación por sentencia fundada de inaplicabilidad, por haberse tenido por no presentados los requerimientos luego de no ser admitidos a tramitación, por retiro o por desistimiento.

Finalmente este tomo de jurisprudencia contiene una sentencia emitida por el Tribunal en relación con un requerimiento de inconstitucionalidad presentado en contra de un Auto Acordado del Tribunal Calificador de Elecciones que modifica una norma de igual naturaleza referida al procedimiento de designación de los miembros titulares y suplentes de los Tribunales Electorales Regionales (STC Rol N° 1.989).

A través de esta clase de publicaciones el Tribunal Constitucional aspira no sólo a la mayor difusión posible de su jurisprudencia, sino también a contribuir al conocimiento de los valores, principios y normas que integran la Carta Fundamental.

MARISOL PEÑA TORRES

Presidenta

Tribunal Constitucional

**SENTENCIAS PRONUNCIADAS
POR EL EXCELENTÍSIMO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ENTRE 2011 Y 2013**

Roles N^{os} 1.971 - 2.040

ROL N° 1.971-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 4° Y 292 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, Y 238 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DEDUCIDO POR SERVICIO INDUSTRIAL REFINERÍA Y FUNDICIÓN LIMITADA Y OTRO

Santiago, trece de diciembre de dos mil once.

VISTOS:

Con fecha 14 de abril de 2011, YURI EDUARDO GUÍÑEZ GARRIDO, en representación de la sociedad “REFINERÍA Y FUNDICIÓN LIMITADA” y de Claudio Américo Florio Águila, solicita la declaración de inaplicabilidad de los artículos 4° y 292 del Código del Trabajo, en la parte que se indica a fojas 4, y del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

Los preceptos impugnados disponen:

“Artículo 4°. Para los efectos previstos en este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica.

Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores.”

“Artículo 292. Las prácticas antisindicales o desleales serán sancionadas con multas de diez a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales, teniéndose en

cuenta para determinar su cuantía la gravedad de la infracción. En caso de tratarse de una reincidencia, se sancionará con multas de cien a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales.

Las multas a que se refiere el inciso anterior serán a beneficio del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo.

El conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales se sustanciará conforme las normas establecidas en el Párrafo 6°, del Capítulo II, del Título I, del Libro V, del presente Código.

La Inspección del Trabajo deberá denunciar al tribunal competente los hechos que estime constitutivos de prácticas antisindicales o desleales, de los cuales tome conocimiento.

Si la práctica antisindical hubiere implicado el despido de un trabajador respecto de quien se haya acreditado que se encuentra amparado por el fuero establecido en los artículos 221, 224, 229, 238, 243 y 309, el juez, en su primera resolución deberá disponer, de oficio o a petición de parte, la inmediata reincorporación del trabajador a sus labores y el pago de las remuneraciones y demás prestaciones derivadas de la relación laboral durante el período comprendido entre la fecha del despido y aquella en que se materialice la reincorporación, todo ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Para los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso precedente, el tribunal señalará en la resolución que decrete la reincorporación el día y la hora en que ésta se deberá cumplir y el funcionario que la practicará, pudiendo encarar dicha diligencia a un funcionario de la Inspección del Trabajo designado por ésta. Asimismo, dispondrá que se acredite dentro de los cinco días siguientes a la reincorporación el pago de las remuneraciones y demás prestaciones adeudadas, aplicándose a este respecto la forma de establecer las remuneraciones a que se refiere el artículo 71.

En caso de negativa del empleador a dar cumplimiento cabal a la orden de reincorporación o ante una nueva separación o no pago oportuno y debido de las remuneraciones y demás prestaciones laborales, el tribunal, de oficio, hará efectivos los apercibimientos con que se hubiese decretado la medida de reincorporación, sin perjuicio de sustituir o repetir el apremio hasta obtener el cumplimiento íntegro de la medida decretada.

Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.”

Artículo 238 del Código de Procedimiento Civil:

“Artículo 238. *Cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta de dos meses, determinadas prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio.”*

La gestión invocada es el proceso de amparo preventivo rol 36-11, de la Corte de Apelaciones de Rancagua, en relación al proceso laboral por prácticas antisindicales, del antiguo procedimiento, Rol N° 94.577 del Pri-

mer Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, en el cual la requirente fue condenada a reincorporar a un conjunto de trabajadores despedidos. Dicho proceso se encuentra en etapa de cumplimiento y frente a la improcedencia de recursos ante el apremio de arresto se interpuso una acción de habeas corpus, rechazada en primera instancia con fecha 15 de abril de 2011 y concedida la apelación con fecha 18 de abril del mismo año.

Expone el actor que su representado será objeto de apremios de arresto por no reincorporar a trabajadores despedidos, cuyo reintegro se decretó en el marco de un juicio por prácticas antisindicales. El apremio se despachará en su contra en función de las normas impugnadas, ya que es el dueño y representante legal de la empresa condenada.

Afirma que el apremio se despacha en contra de una identidad legal inexistente, porque a su juicio la jurisprudencia de la Corte Suprema sostiene que el apremio es una cuestión penal, agregando que la identidad de la empresa es distinta de la de los socios conforme al artículo 2053 del Código Civil.

Señala que, notificado de la orden de reintegro, fue llamado por uno de sus dependientes y que como propietario y representante legal de la empresa demandada, le ordenó que por ningún motivo reintegrara a los trabajadores.

Cita abundante jurisprudencia en abono de sus argumentos y agrega que si se analiza el proceso por prácticas antisindicales, se ve que el sindicato es extemporáneo y fantasma.

Estima que la aplicación de la preceptiva impugnada vulnera lo dispuesto por el artículo 19 de la Carta Fundamental, en sus numerales 2^º, 3^º y 7^º, en cuanto a la igualdad ante la ley, al debido proceso y al derecho a la libertad personal. Agrega como infringido también el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Alega que la aplicación de las normas impugnadas no supera el estándar de proporcionalidad fijado por la jurisprudencia de este Tribunal.

Argumenta que con la aplicación del artículo 4^º del Código del Trabajo se presume de derecho la culpabilidad en un asunto penal.

Añade que la aplicación del artículo 292 del mismo Código excluiría la aplicación de la norma general del artículo 4^º del referido cuerpo legal.

Señala que el apremio es ilegítimo, en aplicación del derecho internacional, ya que se está en presencia de una privación de libertad por incumplimiento de obligaciones civiles, impuesta además mediante resoluciones inapelables.

Con fecha 26 de abril de 2011, en votación dividida, la Segunda Sala de esta Magistratura acogió a tramitación el requerimiento y suspendió las dos gestiones invocadas.

En cumplimiento de lo ordenado, mediante oficio de fojas 88, el juez de la causa informa quiénes son las partes, apoderados y sus domicilios,

correspondientes al proceso laboral por prácticas antisindicales, dando cuenta de estar terminado el proceso de amparo y de estar en etapa de cumplimiento el proceso laboral, además de haberse apercibido a Claudio Soto Letelier como representante de la demandada, de conformidad al artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, según se señala a fojas 89, sin que conste orden de arresto.

A fojas 93, en votación dividida, se declaró la admisibilidad parcial del libelo, sólo respecto de los artículos 292, inciso séptimo, del Código del Trabajo y 238 del Código de Procedimiento Civil y en el exclusivo marco del cumplimiento de la sentencia definitiva del proceso laboral sobre prácticas antisindicales Rol N° 94.557 CP, caratulado “DURÁN, NIBALDO con SIRF”, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua.

Conferido traslado sobre el fondo de la cuestión planteada, éste no fue evacuado.

Con fecha 25 de julio de 2011 se ordenó traer los autos en relación y el día 3 de noviembre del presente año se verificó la vista de la causa.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, si bien la impugnación original presentada por los requirentes se refería a los artículos 4° y 292, inciso séptimo, del Código del Trabajo, y al artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, el requerimiento fue declarado admisible sólo de forma parcial, considerándose que los argumentos vertidos sobre la inaplicabilidad del artículo 4° del Código del Trabajo carecían de fundamentación razonable. Por ello sólo corresponde a este Tribunal emitir pronunciamiento respecto de los artículos 292, inciso séptimo, del Código del Trabajo y 238 del Código de Procedimiento Civil, este último aplicable en razón de lo dispuesto por el artículo 426 del Código del Trabajo, que no fue impugnado por los requirentes, en orden a establecer si su aplicación al caso *sub lite* produciría efectos contrarios a la Constitución;

SEGUNDO. Que los preceptos cuya aplicación se impugna, disponen que: “*En caso de negativa del empleador a dar cumplimiento cabal a la orden de reincorporación o ante una nueva separación o no pago oportuno y debido de las remuneraciones y demás prestaciones laborales, el tribunal, de oficio, hará efectivos los apercibimientos con que se hubiese decretado la medida de reincorporación, sin perjuicio de sustituir o repetir el apremio hasta obtener el cumplimiento íntegro de la medida decretada*” (artículo 294, inciso séptimo, del Código del Trabajo); por su parte, el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil prescribe que: “*Cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio.*”;

TERCERO. Que la aplicación de los artículos 292, inciso séptimo, del Código del Trabajo y 238 del Código de Procedimiento Civil se objeta en razón de que, a juicio de los requirentes, al permitir el arresto del representante legal de la empresa de Servicio Industrial Refinería y Fundación Ltda., afectaría en forma desproporcionada y sin fundamento razonable su libertad ambulatoria, que se halla asegurada en el artículo 19, N^º 7^º, de la Constitución Política. Además, agregan, dicho arresto contravendría diversos tratados internacionales sobre derechos humanos que reconocen la libertad personal y prohíben especialmente la presión por deudas, tales como el artículo 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 7, N^º 7, del Pacto de San José de Costa Rica;

CUARTO. Que, para una adecuada resolución del presente asunto, es preciso tener presente que la gestión pendiente sobre la cual pueden ser aplicados los preceptos legales cuestionados, es un procedimiento laboral de ejecución de una sentencia condenatoria en la cual se constataron prácticas antisindicales, en virtud de lo cual se establecieron sanciones y se ordenó la reincorporación de los trabajadores injustamente despedidos, lo que hasta el presente no ha ocurrido;

QUINTO. Que el arresto a que pueden dar lugar las normas cuestionadas, es una medida de apremio que opera para el solo efecto de que se dé cumplimiento a una resolución judicial referida a prácticas antisindicales. No se trata, por ende, de una privación de libertad asimilable a la detención ni a una sanción de tipo penal;

SEXTO. Que, en reiteradas ocasiones, esta Magistratura se ha referido a la naturaleza del arresto. En la sentencia Rol N^º 519, citando la opinión del comisionado señor Ovalle, se sostuvo que *“el arresto en Chile es una institución que no forma parte propiamente del proceso criminal, sino que es una forma de apremio en general, para obligar a determinados individuos a adoptar la conducta socialmente necesaria en un momento dado”* (STC Rol N^º 519, c. decimoséptimo), lo que ha sido reiterado en diversas sentencias posteriores (entre ellas, STC roles N^{os} 576, 807, 1.006, 1.145, 1.518);

SÉPTIMO. Que, asimismo, esta Magistratura ha señalado que el arresto fue expresamente contemplado en la Constitución como una restricción o limitación a la libertad personal, sujetándolo a un régimen jurídico que sólo permitiera adoptarlo de manera excepcional, por un tiempo breve, con plena observancia de las garantías constitucionales, enfatizando que la Constitución establece limitaciones a la procedencia del arresto: *“(…) sólo puede ser decretado cuando una ley lo prescriba, mediante una orden expedida por un funcionario público facultado para hacerlo y previa intimación legal de la misma. Entre las garantías mínimas del afectado se encuentran el que deba ser puesto a disposición del juez dentro de un plazo determinado, para la obtención de una determinada conducta; que la privación de libertad deba materializarse en la casa del arrestado o en lugares públicos destinados al efecto; y que su aplicación*

no puede implicar la privación de determinados derechos, respetándose a su vez los derechos legítimos de terceros” (STC Rol N° 519, c. decimoctavo; STC Rol N° 1.006, c. vigésimo; STC N° 1.518, c. decimosegundo);

OCTAVO. Que, como el arresto en tanto medida de apremio envuelve una restricción al derecho fundamental a la libertad personal, además de analizar si la orden de la que emana cumple con las formas requeridas por la Constitución y la ley –cuestión que corresponde a los jueces de fondo–, debe examinarse si la ley en virtud de la cual se dispone el arresto, respeta el principio de proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental a la libertad y el objetivo constitucionalmente válido que se busca, cuestión que corresponde a este Tribunal. Así lo estableció esta Magistratura, entre otras, en las sentencias roles N°s 519, 576 y 1.518;

NOVENO. Que, en el caso de autos, el arresto se ha dispuesto en virtud del artículo 292, inciso séptimo, del Código del Trabajo y del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, para compeler el cumplimiento de una sentencia judicial firme en la cual se constató una práctica antisindical y se ordenó el restablecimiento del imperio del derecho mediante la reincorporación a la empresa de los trabajadores ilegalmente despedidos. Como se señaló en el Mensaje N° 4-350, de 2003, que dio origen a la Ley N° 20.087, con la introducción del artículo 292 del Código del Trabajo *“se busca solucionar problemas prácticos que se han suscitado en la tramitación de estos juicios y que se traducen en definitiva en el incumplimiento de lo ordenado por el tribunal, lo que obviamente incide notablemente en la eficacia de la tutela dispensada”*.

Así, es posible concluir que el objeto de protección de las normas legales impugnadas es el trabajo y el derecho a sindicarse, que han sido afectados, según lo establecido por el Primer Juzgado del Trabajo de Rancagua. Se trata de un objetivo legítimo frente a la Constitución, que protege el trabajo (artículo 19, N° 16°). En efecto, tal como se señaló en la sentencia Rol N° 1.852, citando a la profesora Bulnes: *“la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado”* (Luz Bulnes: *“La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”*, en *Revista de Derecho Público* N° 28, *Universidad de Chile. Santiago, 1980, p. 215.*)” (c. sexto). Lo mismo puede decirse del derecho a sindicarse, reconocido expresamente en el artículo 19, N° 19°.

De esta forma, debe reiterarse lo razonado en la ya citada sentencia Rol N° 1.852, en orden a que *“la protección constitucional del trabajo del artículo 19, N° 16°, de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección,*

la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo.”;

DÉCIMO. Que, por otra parte, las normas legales cuestionadas se presentan como necesarias e idóneas para alcanzar el fin de dar efectiva protección a los derechos que la sentencia del juicio laboral ha constatado como vulnerados y respecto de los cuales se han ordenado medidas concretas para su restablecimiento, tales como la reincorporación de los trabajadores despedidos de forma ilegal. El arresto, en este caso, aparece como una medida eficaz para asegurar el cumplimiento de la resolución judicial referida por parte de la empresa requirente y que no puede ser reprochada como desproporcionada.

El juez de fondo tiene el deber de dar protección a los derechos de los trabajadores, lo que no puede lograrse si el empleador condenado por una infracción, se niega a dar cumplimiento a lo resuelto por el tribunal. Con el incumplimiento de la empresa requirente se pone en cuestión, asimismo, la eficacia de la cosa juzgada emanada de una sentencia judicial firme. Por lo demás, los Tribunales de Justicia tienen facultad de imperio para hacer cumplir sus resoluciones, conforme lo dispone el artículo 76 de la Constitución, pudiendo impartir órdenes directas a la fuerza pública, la que está obligada a cumplirlas;

DECIMOPRIMERO. Que, además, las normas en cuestión implican una restricción a la libertad personal muy limitada en el tiempo. El arresto sólo puede extenderse por dos meses, renovables, el cual puede ser evitado por el requirente en la medida que dé cumplimiento al reintegro ordenado por la sentencia;

DECIMOSEGUNDO. Que, por ello, no pueden considerarse las normas analizadas como una hipótesis de prisión por deudas. Tal como se ha señalado en sentencias anteriores de esta Magistratura, analizando el artículo 7.7 del Pacto de San José, invocado por el requirente, “[d]e la sola lectura del texto de la norma del Pacto de San José transcrita fluye inequívoco su sentido: prohibir que una persona pueda sufrir privación de libertad como consecuencia del no pago de una deuda. Lo prohibido es que la conducta de no pagar una obligación pecuniaria sea tratada jurídicamente como causa de una sanción privativa de libertad” (STC Rol N^º 807, c. decimotercero, y STC Rol N^º 1.145, c. vigesimoquinto).

En efecto, el arresto a que pueden dar lugar las normas analizadas no apunta al cumplimiento de una obligación de carácter civil, sino, por el contrario, a lograr el cumplimiento de una resolución judicial y de obligaciones legales de orden público, como son aquellas que se refieren al trabajo y la libertad sindical. Además la sentencia que la requirente no ha cumplido hasta ahora impone una obligación de hacer y no una de dar, al estipular el reintegro de los trabajadores despedidos;

DECIMOTERCERO. Que, por las razones expresadas, la aplicación de las normas en cuestión no constituye una vulneración a la libertad personal, ni a las normas constitucionales sobre debido proceso, ni a la igualdad ante la ley; tampoco puede ser considerada como una hipótesis de prisión por deudas, prohibida como lo sostiene la parte requirente.

y **VISTO** lo prescrito en los artículos 19, numerales 2º, 3º y 7º, y 93, incisos primero, Nº 6º, y undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO. DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO, OFICIÁNDOSE AL EFECTO.

QUE NO SE CONDENA EN CONSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR HABER TENIDO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

El Presidente del Tribunal, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, previene que concurre a lo resuelto sin compartir lo razonado en el párrafo final del considerando noveno de la presente sentencia.

Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado previenen que, no obstante concurrir a la presente sentencia, no suscriben su considerando noveno.

El Ministro señor Marcelo Venegas Palacios previene que concurre al rechazo del requerimiento, considerando que procede condenar en costas a la parte requirente, por no haber tenido motivo plausible para litigar.

Redactó la sentencia el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney y las prevenciones, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol Nº 1.971-2011

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

ROL N^º 1.972-2011REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 20, INCISO
TERCERO, DEL DECRETO LEY N^º 2.465, DE 1979, DEL
MINISTERIO DE JUSTICIA QUE CREA EL SERVICIO NACIONAL
DE MENORES (SENAME) Y FIJA EL TEXTO DE SU LEY
ORGÁNICA, DEDUCIDO POR FUNDACIÓN MI CASA

Santiago, diecisiete de mayo de dos mil once.

Proveyendo a la solicitud de fojas 54, agréguese a los autos.
Resolviendo acerca de la admisibilidad.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1^º. Que con fecha 15 de abril de 2011, el abogado Luis Mario Riquelme Navarro, en representación de Fundación Mi Casa, solicita la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 20 del Decreto Ley N^º 2.465, de 1979, del Ministerio de Justicia –que crea el Servicio Nacional de Menores y fija su ley orgánica–, en el proceso que se tramita ante el Vigésimo Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, bajo el Rol N^º C-4326-2010;

2^º. Que, con la misma fecha indicada precedentemente, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento en la Segunda Sala de esta Magistratura, la que, con fecha 26 de abril de 2011, lo admitió a trámite, solicitando al Vigésimo Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, el envío de las piezas principales de la causa individualizada con anterioridad, lo que se cumplió con fecha 2 de mayo de 2011, como da cuenta el Oficio que rola a fojas 54;

Asimismo, la resolución señalada en el párrafo anterior dispuso que se citara a las partes de este proceso constitucional a la audiencia del 10 de mayo de 2011, a las 15:45 horas, para que expusieran sus alegaciones orales, a fin de pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento.

A fojas 186 se dejó constancia de que el día y a la hora señaladas se escucharon las alegaciones verbales de los abogados de las partes;

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

4^º. Que, en el mismo orden de ideas, el inciso undécimo del aludido artículo 93 de la Carta Fundamental dispone: “*En el caso del número 6^º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce*

del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”;

5°. Que, a su turno, el artículo 84 de dicha ley orgánica constitucional establece que:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

6°. Que, examinado el requerimiento interpuesto en autos a los efectos de verificar si, a su respecto, concurren los requisitos de admisibilidad transcritos precedentemente, se concluye que, en este caso, la aplicación de la norma legal impugnada no resulta decisiva en el proceso sustanciado ante el Vigésimo Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, que constituye la gestión pendiente en la acción de inaplicabilidad deducida ante esta Magistratura Constitucional;

7°. Que, en efecto, según consta en el certificado de fojas 30, que tiene por efectivos los hechos de que da cuenta el escrito de fojas 28, de Fundación Mi Casa, la gestión judicial pendiente en que incidiría la inaplicabilidad por inconstitucionalidad es un juicio “de naturaleza ejecutiva” seguido ante el Vigésimo Primer Juzgado de Letras en Lo Civil de Santiago, en que la ejecutada –Fundación Mi Casa– opuso la excepción de faltar

al título alguno de los requisitos o condiciones establecidos por las leyes para que tenga fuerza ejecutiva.

Así, la gestión pendiente en estos autos no se relaciona con la restitución de los aportes para reparar o ampliar inmuebles de las instituciones reconocidas como colaboradoras del Servicio Nacional de Menores, y con su restitución, que es la materia a la que alude la norma legal impugnada en el requerimiento de autos;

8°. Que, en consecuencia, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha logrado convicción en el sentido de que el requerimiento de fojas uno no cumple con la exigencia establecida en el artículo 93, inciso undécimo de la Constitución Política y en el artículo 84, inciso primero, N^º 5°, de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, por lo que debe ser declarado inadmisibles.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N^º 6°, e inciso undécimo, de la Constitución y normas pertinentes de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno.

Notifíquese por carta certificada a las partes de este proceso constitucional y **comuníquese** al Vigésimo Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago.

Archívese.

Rol N^º 1.972-2011

Se certifica que el Presidente de la Segunda Sala, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, concurrió al acuerdo, pero no firma por encontrarse con feriado legal.

Pronunciada por los Ministros de la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria Subrogante del Tribunal Constitucional, señora Sandra Ponce de León Salucci.

ROL Nº 1.973-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 168, INCISO SEGUNDO, DE LA ORDENANZA GENERAL DE ADUANAS, DEDUCIDO POR ROBERTO OETIKER LUCHSINGER

Santiago, tres de noviembre de dos mil once.

VISTOS:

Con fecha 18 de abril de 2011, los abogados Luis Ortiz Quiroga, Leonardo Battaglia y Cristián Muga, en representación de Roberto Oetiker Luchsinger, solicitan la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas.

El precepto impugnado dispone:

“Incurrirá en el delito de contrabando el que introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas.”

La gestión judicial invocada es el proceso penal Ruc 0800102576-8 del Tribunal de Garantía de San Bernardo, por diversos delitos, entre ellos los del artículo 315 del Código Penal –en específico el de su inciso 2º–, con el agravante del inciso 1º del artículo 317, en relación al artículo 190, ambos del Código Penal y el del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, relativo a la elaboración, comercialización y exportación del complemento alimenticio ADN NUTRICOMP, con un porcentaje de potasio inferior al declarado, causando muerte por hipokalemia a diversos consumidores del mismo. En dicho proceso se dictó el auto de apertura del juicio oral y se encuentra pendiente la celebración de la audiencia preparatoria, tras formularse incidencias relativas a la exclusión de prueba.

En cuanto a los antecedentes de hecho, expone que en su calidad de ejecutivo del laboratorio el requirente fue formalizado y acusado en la gestión invocada, por diversos delitos vinculados a la fabricación y comercialización del alimento especial Nutricomp ADN, uno de ellos es el que se contiene en el precepto impugnado, en relación a los artículos 100 y 102 del Reglamento Sanitario de Alimentos, ya que fue exportado a diversos países, según se señala a fojas 4.

En cuanto a los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, se denuncia como infringido el inciso final del número 3º del artículo 19, al ser su representado acusado en función de una ley penal en blanco.

Refiriéndose latamente a la historia de las leyes penales en blanco en la dogmática penal, señalan que la reserva de ley en materia de tipicidad supone una garantía de certeza para las personas, en condiciones de ser

la ley penal *scripta* y *stricta* para así evitar la arbitrariedad judicial, lo cual debe ser entendido además en conjunción con la irretroactividad de la ley punitiva.

Señalan que el principio de reserva de ley en materia penal debe ser entendido en sentido estricto en cuanto a la descripción de los tipos y a su irretroactividad en el tiempo.

Sostienen que el precepto impugnado establece la figura del delito denominado como “contrabando propio”, que es una ley penal en blanco al no describir los elementos de la conducta sancionada, no contener remisión expresa a ninguna otra norma que la complete y al estar complementada por una simple norma reglamentaria.

Tras referirse latamente al concepto y características de las leyes penales en blanco, señala que según la jurisprudencia de la Corte Suprema estas normas obedecen a una necesidad de flexibilidad frente a situaciones urgentes, y que en este caso estamos en presencia de una ley penal en blanco propia, es decir, de aquella que se ve complementada por otra norma que necesariamente es de rango infralegal.

Tras afirmar que sólo las leyes penales en blanco propias afectarían a la Constitución, ya que las impropias se remiten a normas legales o supraleales, explica los estándares bajo los cuales una ley penal en blanco propia sí sería constitucionalmente tolerable:

- a) Que la ley describa la esencia de la conducta sancionada;
- b) Que el destino de la remisión se encuentre en la propia ley;
- c) Que la norma reglamentaria tenga la misma publicidad que la ley; y
- d) Que la norma complementaria provenga de una autoridad con competencia nacional.

Posteriormente, el requirente se refiere a la génesis de la norma constitucional invocada, citando las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y explicando el sentido de la distinción entre “*la descripción expresa*” y “*la descripción expresa y completa*” de la conducta sancionada.

En ese orden razona sobre la base de los criterios de las sentencias roles N^{OS} 24 y 1.351 de esta Magistratura, que recogen dicha diferencia y establecen los estándares de tolerancia de las leyes penales en blanco propias, concluyendo con la sentencia Rol N^º 468, para sostener que el criterio de este Tribunal es permitir las en la medida que se exprese en la ley el núcleo esencial de la conducta punible, dejando a la norma infralegal sólo elementos de tipo accidental o secundario.

A continuación, en el libelo se hace alusión a la sentencia Rol N^º 1.351, referida a la importación de partes de vehículos, por la cual se declaró ajustada a la Carta Fundamental la aplicación del precepto que ahora se impugna, en la medida que para ese caso su complemento estaba en una norma legal de igual jerarquía.

En el caso *sub lite*, señala que la situación es distinta, pues el complemento es de carácter reglamentario e *infra legal*, sin remisión explícita ni directa a él y sin descripción del núcleo de la conducta, al emplear sólo dos verbos rectores y dejar totalmente abierta la determinación del objeto a la autoridad administrativa por vía reglamentaria, en contraste con los otros incisos del mismo artículo 168 impugnado, que sí son específicos.

Finalmente, señala que su representado será condenado a penas de hasta 3 años y a multas de 5 veces el valor de los bienes exportados.

Con fecha 24 de mayo, se acogió a trámite el requerimiento y se conirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad.

A fojas 733 el Ministerio Público evacua el traslado de admisibilidad y solicita la declaración de inadmisibilidad, en los siguientes términos:

1) Por haber precluido la posibilidad de requerir de inaplicabilidad, ya que la misma persona, en el marco del mismo proceso, planteó el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 1.584, respecto de los artículos 315 y 317 del Código Penal. Agrega que en la sentencia interlocutoria Rol N° 1.311, de fecha 2 de abril de 2009, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró que cada parte podía formular sólo un requerimiento de inaplicabilidad en el marco de un proceso, señalando en él todas las impugnaciones y vicios que alegue y

2) Por concurrir la causal de inadmisibilidad del artículo 84, N° 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Al haberse dictado sentencias definitivas y desestimatorias de inaplicabilidad de los procesos roles N°s 1.351 y 1.352 de este Tribunal, recaídas en el mismo precepto legal, fundándose la impugnación en el mismo vicio alegado en esta causa.

A fojas 454 compareció en abogado señor Juan Ignacio Piña Rochefort, en representación del imputado Juan Cristóbal Costa.

A fojas 748 se hizo parte el Servicio Nacional de Aduanas y a fojas 753 solicitó la declaración de inadmisibilidad por las siguientes causales:

1) La del artículo 84, N° 2, de la Ley N° 17.997, en iguales términos que el Ministerio Público.

2) La del artículo 84, N° 6, de la Ley N° 17.997, por carecer el requerimiento de fundamento plausible en función de los razonamientos contenidos en las sentencias Roles N°s 1.351 y 1.352 de este Tribunal.

A fojas 880, la parte requirente solicita tener presente consideraciones de hecho y derecho en abono de la admisibilidad del libelo, señalando que no existe preclusión al ser este requerimiento diferente al Rol N° 1.584, en personas, materia, fundamentos y normas, agregando que respecto de los procesos roles N°s 1.351 y 1.352 tampoco se puede deducir la inadmisibilidad del requerimiento, en la medida que se referían a leyes penales impropias y este caso se refiere a una ley penal en sentido estricto.

De igual forma, el abogado Ciro Colombara, en representación de los padres de uno de los menores fallecidos a causa de los hechos ventilados

en el proceso penal, solicitó la declaración de inadmisibilidad del requerimiento por haber precluido la oportunidad para formularlo.

Con fecha 16 de junio de 2011 el requerimiento fue declarado admisible y se levantó la suspensión del procedimiento.

Con posterioridad se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

A fojas 1102, la empresa Watt's Alimentos S.A. comparece en su calidad de querellante en el proceso penal y señala no tener observaciones que formular.

A fojas 1104 comparece el Servicio Nacional de Aduanas en su calidad de querellante en el proceso penal y evacua el traslado conferido, señalando que el complemento alimenticio Nutricomp ADN era etiquetado atribuyéndole su fabricación a Watt's Alimentos S.A., en circunstancias que era elaborado por B.Braun Medical S.A. Medical, por lo cual se está en presencia de un alimento falsificado, de comercialización prohibida. Este proceder se verificó en más de 40 operaciones de exportación y por ello el Servicio dedujo querrela por contrabando.

Afirma que el delito de contrabando propio describe el núcleo básico del tipo y que el concepto de mercancías prohibidas se encuentra en el Reglamento Sanitario de los Alimentos, contenido en el Decreto Supremo N^º 977, del Ministerio de Salud, del año 1996, en sus artículos 102 y 100. Así, las alegaciones de inconstitucionalidad del requirente no son efectivas.

Posteriormente, se refiere latamente al reconocimiento, existencia y validez de las leyes penales en blanco en el derecho chileno, con abundantes citas de doctrina y referencias a la historia del precepto constitucional de la garantía de tipicidad, en cuanto a que la exigencia de descripción "completa" de la conducta fue eliminada por la Junta de Gobierno, de lo cual deriva que al exigirse sólo una expresión "completa", el delito debe ser creado por una ley pero que no se exige al legislador agotar la tipificación, permitiéndose la integración o complementación del tipo incluso por vía reglamentaria.

Posteriormente expone que el precepto impugnado se ajusta a la Carta Fundamental, tal como se resolvió en los procesos roles N^{OS} 1.351 y 1.352, agregando que no siempre es requerido el reenvío expreso a otra norma, más aún cuando en la configuración de los delitos las normas administrativas usualmente se entrelazan con los tipos penales.

Agrega que el Reglamento Sanitario de los Alimentos fue dictado en ejecución de la habilitación contenida en los artículos 2^º, 9^º, letra c) y del libro IV del Código Sanitario, además de las facultades contenidas en los artículos 4^º, letra b), y 6^º del Decreto Ley N^º 2763, de 1979, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución Política.

Por otro lado, refirma que el precepto impugnado sí contiene los elementos del tipo, al usar dos verbos rectores, agregando que las mercan-

cías deben ser ilícitas o prohibidas, para diferenciarlo del contrabando impropio, que además requiere perjuicio. Agrega que para definir esta licitud o ilicitud debe recurrirse a la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central que, en su artículo 88, dispone que cualquier mercancía puede ser importada o exportada, circulando libremente a condición de cumplir con las normas reglamentarias y legales en vigencia al momento de la operación.

Expone que el bien jurídico protegido es el orden público económico asegurado en la Constitución y no la hacienda pública como sí ocurre con las otras figuras del mismo título.

Citando a la doctrina recogida en las sentencias roles N°s 1.351 y 1.352 de este Tribunal, expone que el tipo cuestionado sanciona conductas, en hipótesis de introducción al país y extracción del país de mercancías prohibidas, agregando que importar o exportar no se entienden en sentido jurídico, de manera que no son complementados por norma alguna. Así, los verbos rectores aludidos se refieren al traslado a través de la frontera y al control aduanero, que debe ser transgredido con dominio del hecho por parte de su autor, que no requiere estar presente materialmente, agregando además ejemplos de prohibiciones de importar o exportar de tipo reglamentario que configuran el delito de contrabando, de manera que cabe concluir que el precepto impugnado contiene conductas delimitadas y taxativas que cumplen los estándares constitucionales de tipicidad.

En el capítulo siguiente, agrega que la materia debatida en el presente proceso es propia de los jueces del fondo, al referirse a la aplicación e interpretación de normas, al implicar un proceso de subsunción de los hechos en el tipo, que supone per se la interpretación del tipo, complementada con la norma *infra legal*, sin que pueda configurarse una infracción al N° 3° del artículo 19 de la Constitución Política, pues de acuerdo a la jurisprudencia de esta Magistratura no corresponde en sede de inaplicabilidad revisar ni enmendar la correcta aplicación del derecho ni tampoco resolver acerca de la aplicación incorrecta o abusiva de la ley, cuestiones que corresponden al juez del fondo incluso si se viola el principio de tipicidad reconocido por la Constitución, citando al efecto las sentencias dictadas en los procesos roles N°s 1.314 y 1.416.

En mérito de lo expuesto, solicita el rechazo del requerimiento.

A fojas 1115, el Fiscal Nacional evacua el traslado conferido, dando cuenta de los hechos del proceso en el que incide el requerimiento. Señala que los imputados enviaron al proveer de minerales una fórmula errada en cuanto a la composición que rotulaban respecto del producto, que carecían de mecanismos de control, que cuando se percataron no ordenaron el retiro del producto del mercado ni dieron aviso a la autoridad sino que decidieron seguir comercializándolo. Agrega que el producto

originalmente era fabricado por Watt's alimentos, que tenía las autorizaciones respectivas para que pudiera ser exportado, motivo por el cual 36 partidas de este producto producidas por B.Braun Medical S.A. y no por Watt's Alimentos S.A. fueron objeto de falsificación de etiquetas para ser exportadas, incurriéndose así en la figura de exportación prohibida al tratarse de un alimento falsificado, motivo por el cual el requirente y otros ejecutivos de B.Braun Medical S.A. fueron formalizados como autores por los delitos consumados del artículo 190 del Código Penal y por el delito del precepto que se impugna, en relación a los artículos 100 y 102 del Reglamento ya aludido.

Expone que el mismo inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas ha sido declarado ajustado a la Constitución por esta Magistratura en función de similares vicios, en los procesos roles N^{OS} 1.351 y 1.352.

Aludiendo a la doctrina fijada en la sentencia Rol N^º 468 de esta Magistratura, señala que las leyes penales en blanco están admitidas por la Constitución en la medida que describan el núcleo esencial de la conducta, y en la medida que la remisión sea expresa, a una norma reglamentaria o de rango legal.

Aludiendo a la misma sentencia Rol N^º 468, señala que la remisión no siempre es del todo explícita, como en el caso del delito de incumplimiento de deberes militares, pero que formulada la pregunta acerca de cuál es la norma reglamentaria que complementa el tipo, la respuesta sólo puede ser una. En función de ello, concluye que el reenvío no requiere ser expreso, con lo cual es desvirtuada la tesis de la parte requirente, más aún si no habiendo remisión en el precepto impugnado fue declarado ajustado a la Constitución.

Expone que la Ordenanza General de Aduanas se estructura como una ley penal en blanco, propia o impropia, motivo por el cual la tesis del requirente no tiene cabida.

Posteriormente, señala que para el profesor Cury las leyes penales en blanco son constitucionalmente admisibles en la medida que:

- Describan la acción u omisión y sus presupuestos, dejando sólo lo accidental a la norma complementaria;
- Determinen la sanción;
- Que la norma reglamentaria reciba similar publicidad que la norma legal; y
- Que el órgano emisor de la norma reglamentaria tenga competencia en todo el territorio nacional

Estima que todos los requisitos mencionados se cumplen a cabalidad respecto del precepto impugnado y que los artículos 100 y 102 del Reglamento sólo son un complemento accidental, dictado por el Ministerio de Salud y publicado en el Diario Oficial.

En el mismo sentido que el Servicio Nacional de Aduanas, expone que este Tribunal razonó latamente acerca de la constitucionalidad del delito de contrabando y la determinación de su sentido y alcance, sin que exista vulneración alguna a la Carta Fundamental.

En otro sentido, agrega que para la doctrina el bien jurídico protegido es el derecho del poder público a prohibir el ingreso o salida de ciertas mercancías y la facultad de percibir derechos por la internación de otras, además del patrimonio público, el medio ambiente, la salud pública y otros intereses similares. Así, la tipificación y sanción del contrabando requiere de la técnica de las leyes penales en blanco, muy usada en el derecho aduanero sancionador, en la medida que para saber a qué especies se refiere debe recurrirse a otras normas, según lo reconoce la doctrina que cita al efecto.

Finalmente, reitera el sentido de haberse eliminado en el texto definitivo del proyecto de Constitución la exigencia de descripción “completa” de la conducta sancionada, por todo lo cual solicita el rechazo del requerimiento.

Fuera de plazo, el abogado Ciro Colombara, en representación de los padres de uno de los menores fallecidos a causa de los hechos ventilados en el proceso penal, formula observaciones, solicitando el rechazo de la acción, por considerar que no se produce vulneración alguna a la Carta Fundamental.

A fojas 1158 se ordenó traer los autos en relación y con fecha 7 de septiembre de 2011 se verificó la vista de la causa alegando los abogados Luis Ortiz Quiroga, por el requirente; Cecilia Ramírez, en representación del Ministerio Público; Javier Uribe, por el Servicio Nacional de Aduanas; Javier Millán, por don Juan Cristóbal Costa y Ciro Colombara, en representación de doce familias afectadas por los hechos a que se refiere la causa penal *sub lite*.

CONSIDERANDO:

**I
LA IMPUGNACIÓN**

PRIMERO. Que, como se ha señalado, la gestión pendiente está dada por un procedimiento penal que se sigue ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo bajo el RIT N° 38-2011 y el RUC N° 0800102576-8. En dicho proceso penal han sido acusados Roberto Jorge Oetiker Luchsinger, Ezzio Aurelio Olivieri Díaz, Egon Arnoldo Hoffmann Soto, Juan Cristóbal Costa ContreRas y Reinaldo Leonel Torres Pizarro, a quienes se imputa el cuasidelito contemplado en el artículo 317, inciso segundo, en relación al artículo 315, inciso segundo, del Código Penal, en relación a los artículos 99, 102, 114 y 115 del Reglamento Sanitario

de los alimentos, como asimismo el cuasidelito con resultado de muerte y lesiones previsto en el artículo 492, en relación con los artículos 490, N^{OS} 1 y 2, 391, N^º 2, 397, N^{OS} 1 y 2, y 399, todos del Código Penal, respecto del período comprendido entre abril y el 15 de noviembre de 2007, así como el delito del artículo 315, inciso segundo, en relación con el 317, inciso primero, del Código Penal, respecto del período que va entre el 16 de noviembre de 2007 y hasta el año 2008. También se imputan los delitos contemplados en el artículo 190 del Código Penal, así como el delito de contrabando del artículo 168, inciso segundo, de la Ordenanza General de Aduanas, en relación con los artículos 100 y 102 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, aprobado por Decreto Supremo N^º 977, de 1976, del Ministerio de Salud.

Es en el marco de dicho procedimiento, que se impugna por inconstitucional la aplicación del inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas;

SEGUNDO. Que, como se ha señalado, el precepto impugnado ante este Tribunal es el inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas. Dicho artículo dispone que:

“Artículo 168. Las infracciones a las disposiciones de la presente Ordenanza o de otras de orden tributario cuyo cumplimiento y fiscalización corresponde al Servicio de Aduanas, pueden ser de carácter reglamentario o constitutivas de delito.

Incurrirá en el delito de contrabando el que introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas.

Comete también el delito de contrabando el que, al introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, defraude la hacienda pública mediante la evasión del pago de los tributos que pudieren corresponderle o mediante la no presentación de las mismas a la Aduana.

Asimismo, incurre en el delito de contrabando el que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en algunas de las formas indicadas en los incisos precedentes.”.

II

VOTO DE RECHAZO DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, MARCELO VENEGAS PALACIOS, HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO CONCURREN AL RECHAZO DEL REQUERIMIENTO TENIENDO ÚNICAMENTE PRESENTE LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES:

1^º. Que el artículo 19, N^º 3, inciso octavo, de la Constitución Política asegura que *“ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*;

2°. Que, como lo razonara esta Magistratura en la sentencia Rol N° 549, de 30 de marzo de 2007:

“Dicha disposición consagra el principio de legalidad en su manifestación de tipicidad o taxatividad. Su aplicación requiere que el legislador formule las normas penales de manera precisa y determinada, excluyendo la analogía. Un hecho sólo puede ser castigado cuando reviste todas las características contenidas en la descripción del delito; el tipo es la descripción abstracta de una conducta humana punible.

La descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida –como lo ha declarado esta Magistratura (STC Rol N° 24)– cuando “la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales”.

El carácter expreso –claro, patente, especificado – que, conforme a la Constitución, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales.”;

3°. Que el tipo cuya aplicación se impugna contiene los elementos de certeza y descripción suficiente que la Constitución exige, sin que pueda ser calificado como una verdadera ley penal en blanco, pues en la medida que el legislador ha establecido que ***“Incurrirá en el delito de contrabando el que introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas”***, el verbo rector y la conducta a que da lugar, elementos esenciales del tipo, tienen un significado unívoco, consistente en dos conductas alternativas: ingresar al país o hacer salir del país mercancías de circulación proscrita por nuestro sistema jurídico;

4°. Que, en este orden, debe tenerse presente que en sentencia Rol N° 468, de fecha 9 de noviembre de 2006, se hizo especial referencia a la doctrina, en tanto *“El profesor Alfredo Etcheberry estima que la exclusión de la expresión “completamente” no altera sustancialmente el espíritu vigente al incluir el precepto, consistente en consagrar la legalidad de la norma penal en su amplitud, esto es reserva y tipicidad. Al recordar que la formulación del anteproyecto señalaba que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, el tratadista señala: “Las palabras claves, por cierto, son las dos últimas, ya que aparentemente se establece una prohibición absoluta de disociar la descripción de la conducta” (tipificación) por un lado, y la “imposición de la pena” por otro: ambas deberían brotar directamente de la ley penal. Al parecer tal fue el propósito que inspiró el precepto, según las actas de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Constitución. Y es de hacer notar que eso no varió por la circunstancia (cuya razón se ignora a ciencia cierta) de*

que la exigencia primitiva de una descripción “completa y expresa” de la conducta se haya reducido a requerir una descripción expresa. En efecto, la prohibición de disociar “conducta descrita” y “pena establecida” proviene según se ha dicho, de los dos últimos vocablos: en ella, que no fueron alterados.”. Concluye el autor admitiendo que con el texto constitucional comentado “podría aceptarse la validez de leyes en blanco propias, siempre que fueran parcialmente en blanco, y no totalmente.”. Aún en esta hipótesis, cabe concluir que el precepto impugnado no es una ley penal en blanco, en la medida que los elementos del tipo se encuentran en la norma, restando sólo una referencia a un supuesto de tipo normativo que no afecta la validez de la descripción de la conducta, cual es un recurso al resto del ordenamiento jurídico en un ejercicio de interpretación sistemática de la ley, para determinar un tema claramente diferenciable y autónomo, cual es la licitud o ilicitud de un bien en tanto objeto de comercio exterior, cuestión que es propia de la legislación mercantil, sanitaria y tributaria, sin que fuese necesario complemento alguno de rango infralegal;

5°. Que de lo observado precedentemente no se vislumbra cómo podría ser una ley penal en blanco el precepto impugnado y, a mayor abundamiento, similar prohibición emana de los artículos 315 y 317 del Código Penal, sin recurrir a la preceptiva impugnada y aún en su ausencia, en la medida que sancionan el comercio de alimentos peligrosos para la salud, normas que además forman parte de lo ventilado en la gestión invocada

III

VOTO DE RECHAZO DE LOS MINISTROS SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY, GONZALO GARCÍA PINO, QUIENES ESTUVIERON POR DESESTIMAR EL REQUERIMIENTO EN ATENCIÓN A LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES

1°. Que el reproche de inconstitucionalidad que se formula, se funda en los siguientes argumentos.

En primer lugar, el requirente sostiene que la validez de las leyes penales en blanco propias depende de la existencia de un reenvío expreso a una norma de carácter legal o reglamentario, que precise la ley penal incompleta. Al no existir dicho reenvío expreso o explícito en este caso, la regla legal contenida en el inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas, resulta inconstitucional.

En segundo lugar, se afirma que, al no identificar claramente el objeto material sobre el cual la acción recae, no se satisface la exigencia de describir, al menos, el núcleo esencial de la conducta punible, contrariando la

exigencia propia del principio de tipicidad consagrado en el artículo 19, inciso final del numeral tercero, de la Constitución;

2°. Que, como puede apreciarse, los vicios de constitucionalidad alegados se vinculan con la reserva de legalidad y el principio de tipicidad en materia penal. En consecuencia, antes de analizar el fondo del asunto, corresponde estudiar la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional en dichas materias, en relación con las leyes penales en blanco;

1. Precisiones.

3°. Que, sin embargo, antes de ello, es necesario formular las siguientes precisiones.

En primer lugar, que a esta Magistratura no le incumbe establecer si determinados hechos constitutivos de una controversia judicial se ajustan a una descripción legal –función del juez de la causa– sino calificar la compatibilidad de un precepto legal en su aplicación en dicha gestión a las normas constitucionales (STC Rol N° 549).

En segundo lugar, que los actos legislativos, emanados de un órgano expresivo de la soberanía, concebido para dictar normas obligatorias de general aplicación, se encuentran dotados de un principio de legitimidad inicial; de suerte tal que su contrariedad con el contenido de la ley fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes. En tal sentido, el intérprete constitucional orienta su tarea en la búsqueda de conciliar alguna interpretación racional de la norma legal que se compadezca con los valores, principios y normas de la Constitución Política (STC Rol N° 549);

2. Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia de esta magistratura.

4°. Que, entrando derechamente en materia, es necesario señalar que ésta no es la primera vez que a esta Magistratura le corresponde pronunciarse sobre las leyes penales en blanco. En varias sentencias anteriores, ha configurado una doctrina en la materia. Esta debe ser el punto de partida del presente razonamiento, pues constituye verdaderos precedentes que orientan y proyectan seguridad jurídica a sus decisiones;

5°. Que en lo referente al principio de legalidad en materia penal, este Tribunal ha señalado dos aspectos de índole general que conviene recordar.

Por una parte, ha precisado que la función de garantía ciudadana del principio de tipicidades “*el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que la ley sancionase*”. De ahí que este principio se “*cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata conte-*

nida en la norma.” (STC Rol N^º 549).

Por la otra, ha establecido dos matices en relación a lo anterior.

En primer lugar, en que:

“*[L]a descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida –como lo ha declarado esta Magistratura (sentencia Rol N^º 24, de 4 de diciembre de 1984)– cuando ‘la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales’. El carácter expreso –claro, patente, especificado– que, conforme a la Constitución, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales” (STC Rol N^º 549).*

En segundo lugar, en que la descripción que haga el legislador de la conducta:

“*Puede consignar términos que, a través de la función hermenéutica del juez, permitan igualmente obtener la representación cabal de la conducta. El magistrado siempre debe desentrañar el sentido de la norma, recurriendo a operaciones intelectuales que ordinariamente conducen a la utilización de más de un elemento de interpretación. No debe, pues, confundirse la labor del juez de la causa en cuanto discierne los supuestos fácticos derivados de la norma, con la de creación de supuestos que no emerjan inequívocamente de la descripción legal.” (STC Rol N^º 549);*

6^º. Que, asimismo, el Tribunal Constitucional ha tenido ya la oportunidad de referirse a las leyes penales en blanco. Así, en las STC roles N^{os} 468, 559, 1.351 y 1.352, las ha definido de la siguiente manera:

“*Aquellas leyes que solamente contienen una conminación penal y que respecto del contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar. De acuerdo con ello hay que distinguir entre norma sancionatoria y norma complementaria. El tipo de la ley en blanco sólo se forma con la norma complementaria (Hans-Heinrich Jescheck; Tratado de Derecho Penal, Parte General, V. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, pg. 150).”.*

Complementando lo anterior, este Tribunal, en los fallos citados, ha señalado:

“*[E]n consecuencia, las leyes penales en blanco no cumplen con el doble presupuesto de la ley penal conocido genéricamente como el principio de legalidad o, delimitadamente, como reserva legal: la descripción de una hipótesis de hecho y la consecuencia jurídica para el evento de que tal hipótesis se cumpla. En otros términos, la conducta punible y la pena que se le aplica. Como lo afirma el profesor Enrique Cury, la tradicional fórmula acuñada por Feuerbach ‘nullum crimen nulla poena sine lege’ (‘no hay delito ni pena sin ley’) incluye dos fórmulas diferentes en un solo enunciado, el que ‘desde el punto de vista de sus consecuencias dispone dos*

sentidos. Ni el hecho puede ser considerado delito si no existe una ley que le confiera tal carácter, ni una pena puede serle impuesta si no existe una ley que se la atribuya' (Enrique Cury, *La ley penal en blanco*, Ed. Temis, Bogotá, 1988)";

7°. Que también ha adoptado esta Magistratura clasificaciones doctrinarias sobre las leyes penales en blanco. En efecto, en las sentencias indicadas en el considerando anterior, se señala también que:

*"La relación entre las leyes penales en blanco y el principio de la legalidad de la ley penal descrito, presenta diversas alternativas a la luz de las clasificaciones que la doctrina ha formulado. Una línea doctrinal dominante señala que las leyes incompletas denominadas en blanco son incompatibles con el principio de legalidad de la ley penal, si el complemento relativo a la descripción de la conducta punible no se encuentra remitido expresamente a otra norma de igual rango, lo que la doctrina denomina 'leyes penales en blanco impropias' o 'normas de reenvío' (Eduardo Novoa), y si la descripción resulta genérica, imprecisa o parcial, aun cuando cumpla con aquel presupuesto relativo al rango de la norma, la ley penal en blanco vulneraría el principio de la legalidad de la ley penal, con todas las consecuencias jurídicas que su aplicación acarrearía. La doctrina las denomina 'leyes penales en blanco propias' y, cuando la descripción de la conducta punible está entregada a un juez, 'leyes penales en blanco abiertas'. La doctrina también distingue ámbitos materiales de remisión, según la instancia normativa en la que se ha originado la norma que contiene el complemento y si ella pertenece o no al ámbito penal, independientemente de su rango (Dulce María Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pg. 27 y sgtes.)";*

8°. Que este Tribunal también se ha referido a la historia fidedigna de la preceptiva constitucional sobre la materia en estudio. En efecto, en las sentencias indicadas anteriormente, se señala expresamente que:

*"En la línea doctrinal expuesta, esto es, que tanto las leyes penales en blanco propias como abiertas vulneran el principio de la legalidad de la ley penal, se ubica la proposición que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política aprobó como artículo 19, N° 3°, inciso final, en el anteproyecto entregado a la Junta de Gobierno el 18 de octubre de 1978: 'Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se pretende sancionar está expresa y completamente descrita en ella'. Esta formulación la propuso el profesor Raúl Bertelsen, argumentando que con ella 'no quepan reglamentos ni disposiciones emanadas del Gobierno para desarrollar la ley penal, ya que ella debe bastarse a sí misma y si no se basta a sí misma, no hay delito ni pena.' (Opinión que consta en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 399 del 12 de julio de 1978). Después de la opinión coincidente del Consejo de Estado, en cuyas actas quedó constancia del sentido prohibitivo que el precepto así redactado tenía para la existencia de las leyes penales en blanco, la Junta de Gobierno eliminó la palabra 'completamente', dejando sólo la expresión 'expresamente'. En todo caso, no existen evidencias inequívocas acerca de la historia fidedigna de esta modificación, que permitan aclarar su significado (Ignacio Covarrubias C., *Historia fidedigna de la Constitución de 1980*. La Junta de Gobierno, p. 25)". Se añade que*

“el texto definitivo del artículo 19, N^º 3^º, inciso final, de la Constitución Política, subsistente hasta la actualidad, ha producido variadas interpretaciones sobre su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico. Este criterio está basado en el sentido que se atribuye a la supresión de la expresión ‘completamente’, ya mencionada en el acápite anterior; y en el carácter atenuador asignado a la solitaria subsistencia de la expresión ‘expresamente’ frente a los requisitos que predominantemente la doctrina atribuye a la legalidad de la ley penal. En el lenguaje de la sistemática penal, se ha sostenido que el señalado precepto constitucional consagró el principio de la tipicidad de la ley penal, estableciendo la obligación de que ésta, junto con la determinación de la sanción prevista, contenga la descripción del núcleo central de la conducta punible merecedora de aquélla. Esta misma Magistratura señaló, en sentencia Rol N^º 24, de fecha 4 de diciembre de 1985, lo siguiente: ‘Es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo sentido a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa.’”.

En el mismo sentido, las sentencias roles N^{os} 468, 559, 1.432 y 1.443, establecen en forma expresa lo siguiente:

“La interpretación sobre el alcance del inciso final del número 3 del artículo 19 descrito, no es unánime en la doctrina ni en la jurisprudencia chilenas, en las que se presentan matices y diferencias. El profesor Alfredo Etcheberry estima que la exclusión de la expresión ‘completamente’ no altera sustancialmente el espíritu vigente al incluir el precepto, consistente en consagrar la legalidad de la norma penal en su amplitud, esto es reserva y tipicidad. Al recordar que la formulación del anteproyecto señalaba que ‘ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella’, el tratadista señala: ‘Las palabras claves, por cierto, son las dos últimas, ya que aparentemente se establece una prohibición absoluta de disociar la descripción de la conducta’ (tipificación) por un lado, y la ‘imposición de la pena’ por otro: ambas deberían brotar directamente de la ley penal. Al parecer tal fue el propósito que inspiró el precepto, según las actas de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Constitución. Y es de hacer notar que eso no varió por la circunstancia (cuya razón se ignora a ciencia cierta) de que la exigencia primitiva de una descripción ‘completa y expresa’ de la conducta se haya reducido a requerir una descripción expresa. En efecto, la prohibición de disociar ‘conducta descrita’ y ‘pena establecida’ proviene, según se ha dicho, de los dos últimos vocablos: en ella, que no fueron alterados’. Concluye el autor admitiendo que con el texto constitucional comentado ‘podría aceptarse la validez de las leyes en blanco propias, siempre que fueran parcialmente en blanco, y no totalmente.’. Por su parte, el profesor Enrique Cury, al referirse a las exigencias relativas de las leyes penales en blanco e indicar las determinantes de la descripción de la conducta sancionada, sostiene que ‘incluso si se hubiese conservado la redacción primitiva del

precepto constitucional, las leyes penales en blanco no hubieran quedado proscritas del ordenamiento jurídico, no obstante el propósito manifestado de sus redactores en tal sentido. Esto porque, como se ha visto, el tipo penal no sólo contiene la descripción de una conducta, sino otras referencias (las circunstancias) que, aunque exógenas a ellas, concurren a determinar su punibilidad; más aún, en algunos casos la imposición de la pena puede encontrarse condicionada por factores que ni siquiera integran el tipo (condiciones objetivas de punibilidad, excusas legales absolutorias, obstáculos procesales).’”;

9°. Que, finalmente, este Tribunal se ha referido a las exigencias que la Constitución impone a las leyes penales en blanco, estableciendo en la sentencia Rol N° 1.011, lo que sigue:

“Al establecer la reserva legal de la descripción de la conducta punible en el octavo inciso del numeral 3° del artículo 19, con la fórmula ‘expresamente’, la Constitución ha garantizado el principio jurídico fundamental ‘no hay delito ni pena sin ley’, pero, asimismo, ha tolerado la existencia de las denominadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío, esto es, aquellas cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley o en una norma originada en la instancia legislativa, y de aquellas leyes que indiquen expresamente la norma destino de remisión aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo central de la conducta que se sanciona. Esta delimitación significa que serán contrarias al precepto constitucional señalado las denominadas leyes penales en blanco propias y las leyes penales en blanco abiertas; esto es, aquellas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella, y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez”;

10°. Que, en el mismo sentido de toda la jurisprudencia anteriormente citada, se expresa la doctrina constitucional. La tipicidad de la ley penal se asegura con que la ley describa en forma clara y patente la conducta punible. Ello implica que al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan estén descritas sin vaguedad e imprecisión o de forma extraordinariamente genérica (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de derecho constitucional; tomo 11, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 173 y siguientes). La ley debe por lo menos contemplar la descripción medular de la conducta penal, sin entrar en su pormenorización, pero tampoco dejándolo tan vago que el intérprete no sepa a qué se aplica o si no se aplica (Cea, José Luis; Derecho constitucional chileno; tomo 2, Ediciones PUC, Santiago 2004, p. 168);

3. Impugnación anterior del Inciso Segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas.

11°. Que este Tribunal se ha pronunciado también sobre la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas con anterioridad.

En efecto, en las sentencias roles N^{OS} 1.351 y 1.352 fue analizada la constitucionalidad del precepto legal señalado, en relación con el artículo 176, inciso primero, N^º 1, e inciso segundo de la Ordenanza General de Aduanas, y del artículo 21 de la Ley N^º 18.483, que establece un nuevo régimen legal para la industria automotriz.

En dicha ocasión, y como se establece en las sentencias referidas, los hechos eran los siguientes: los requirentes habían constituido, durante los años 1999 y 2000, dos sociedades destinadas a la comercialización, importación, compraventa, distribución, intermediación y consignación de vehículos usados, repuestos, partes, accesorios y piezas, así como la prestación de servicios afines. Dichas sociedades adquirieron partes y piezas de vehículos usados, las que fueron utilizadas para la refacción y armado de vehículos y también vendidas directamente. Las actividades de armado de vehículos con partes usadas fueron objeto de una acusación por el delito de contrabando contemplado en el artículo 168, inciso segundo, de la Ordenanza General de Aduanas, puesto que se entendió se buscaba eludir, por esta vía, la prohibición legal de importar vehículos usados a Chile.

En aquella oportunidad, los requirentes adujeron que el inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas establecía una ley penal en blanco. Su cuestionamiento central estaba dado, en todo caso, por la aplicación extensiva que se hacía, en su opinión, del delito de contrabando, abarcando también piezas y partes de vehículos usados, en circunstancias que la prohibición contemplada en la Ley N^º 18.483 se refería a la importación de vehículos usados y no a piezas o partes.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal Constitucional analizó también si la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas satisfacía las exigencias del artículo 19, N^º 3, de la Constitución. Dicho análisis concluyó que el precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas, no presentaba problemas de constitucionalidad, considerando que *“contiene el núcleo de la descripción típica”*, el que es complementado por lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N^º 18.482, que *“determina de manera rigurosa el hecho penalmente castigado.”*;

4. El Reglamento Sanitario de los Alimentos.

12º. Que, como puede apreciarse, en el caso anterior, la norma complementaria a la disposición del inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas, era de rango legal. En el presente caso, en cambio, se trata de una norma de rango inferior al de la ley, pues la norma complementaria se encuentra en el Decreto Supremo N^º 977 de 1996, que aprueba el Reglamento Sanitario de los Alimentos.

Es necesario estudiar, entonces, si dicha circunstancia modifica en algo las conclusiones a las que este Tribunal llegó en el caso al que se refieren las sentencias roles N^{os} 1.351 y 1.352, ya mencionadas.

Para dichos efectos se hace necesario estudiar las características del Reglamento Sanitario de los Alimentos mencionado;

13°. Que, en primer lugar, se trata de un cuerpo normativo dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución. Es decir, se trata de una regulación normativa que emana del Presidente de la República, pero es la propia ley la que convoca a su dictación. Así, el Reglamento Sanitario de los Alimentos invoca como normas fundantes, entre otras, los artículos 2° y 9°, letra c), del Código Sanitario. La primera de dichas disposiciones prescribe: *“El Presidente de la República dictará, previo informe del Director General de Salud, los reglamentos necesarios para la aplicación de las normas contenidas en el presente Código.”* Por su parte, la segunda de las normas señaladas, dispone que *“Sin perjuicio de las atribuciones del Ministerio de Salud y del Instituto de Salud Pública de Chile, así como de las demás facultades que les confieren las leyes, corresponde en especial a los Directores de los Servicios de Salud en sus respectivos territorios: (...) c) Solicitar el Presidente de la República, a través del Ministerio de Salud, la dictación de los reglamentos del presente Código y proponerle las normas que deben regular las funciones de orden sanitario a cargo de las Municipalidades;”*.

Dichas disposiciones deben ser consideradas en forma conjunta con el contenido del Libro IV del Código Sanitario (también señalado en el Reglamento Sanitario de Alimentos como fundamento de su dictación), denominado *“De los productos farmacéuticos, alimentos de uso médico, cosméticos y productos alimenticios”*.

En segundo lugar, el Reglamento ha recibido la misma publicidad que una ley de la República. En efecto, el Reglamento se publicó en el Diario Oficial con fecha 13 de mayo de 1997; medida de publicidad a la que han sido sometidas también todas sus modificaciones.

En tercer lugar, el Reglamento Sanitario de los Alimentos regula aspectos de la industria de los productos alimenticios. Así, el inciso primero de su artículo 1° dispone que *“Este reglamento establece las condiciones sanitarias a que deberá ceñirse la producción, importación, elaboración, envase, almacenamiento, distribución y venta de alimentos para uso humano, con el objeto de proteger la salud y nutrición de la población y garantizar el suministro de productos sanos e inocuos.”* Por lo demás, el Título XXVIII del Reglamento Sanitario de los Alimentos, denominado *“De los alimentos para regímenes especiales”*, regula específicamente materias relacionadas con los alimentos *“elaborados o preparados especialmente para satisfacer necesidades fisiológicas particulares de nutrición y/o enfermedades o trastornos específicos determinadas por condiciones físicas, fisiológicas o metabólicas específicas.”* (Art. 488 del Reglamento Sanitario de los Alimentos).

En consecuencia, elementos importantes vinculados a las actividades de la industria a la que los requirentes se dedican, se regula en el Reglamento Sanitario de los Alimentos;

5. Remisión a normas de rango inferior a la ley.

14°. Que, por otra parte, este Tribunal ha tenido también oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes penales en blanco que se remiten a normas de rango inferior al de ley;

15°. Que, en primer lugar, lo hizo muy tempranamente, a propósito de la Ley de Drogas, la que se remitía a un reglamento para pormenorizar las sustancias o drogas prohibidas (STC Rol N^º 24). En aquella oportunidad este Tribunal estableció algunos elementos dignos de considerar en el presente caso.

Por de pronto, sostuvo que no es necesario que la conducta descrita lo esté de modo acabado, perfecto, de tal manera llena, que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales. Enseguida, postuló que lo importante es que el núcleo esencial de la conducta esté expresamente definido, aunque la norma legal se remita a un reglamento para pormenorizar ciertos aspectos. Finalmente, esta Magistratura sostuvo que lo relevante es que las personas sepan los hechos por los que pueden ser sancionados;

16°. Que, en segundo lugar, emitió un pronunciamiento favorable en las sentencias roles N^º 468 y 559, a propósito de la disposición contenida en el artículo 299, número 3, del Código de Justicia Militar, que establece que “*Será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar, el militar: (...) 3° El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares.*”.

En las sentencias citadas, la norma impugnada era complementada, en primer lugar, por el artículo 431 del Código de Justicia Militar, que dispone que “*El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar*”, y, en segundo, por el Capítulo I del Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, N^º 1.445, de 14 de diciembre de 1951, denominado “*De los Deberes Militares*”. No constaba en el caso la publicación del Reglamento mencionado en el Diario Oficial.

Este Tribunal afirmó la constitucionalidad del precepto impugnado, basándose, principalmente, en dos consideraciones.

En primer lugar, estimó que el numeral tercero del artículo 299 del Código de Justicia Militar, contenía en “*núcleo central*” de la conducta punible, puesto que los deberes militares “*no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido*

los oficiales (...) se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas". En segundo lugar, que "la heterogeneidad de las conductas establecidas en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas ya mencionado, no obsta para que algunas de ellas efectivamente tengan un contenido preciso y se entiendan como un complemento coherente del artículo 200, N° 3, del Código de Justicia Militar que nos ocupa". Es decir, la segunda consideración se refiere a la aptitud de la norma complementaria para precisar la noción más general de "deber militar";

17°. Que, como se aprecia, la aptitud para precisar el "núcleo fundamental" contenido en la norma impugnada, y la posibilidad real de conocer las normas complementarias fueron, entonces, los elementos que fundaron la decisión de esta Magistratura en el sentido de afirmar la constitucionalidad de la norma impugnada. Satisfechas dichas exigencias, el elemento formal relativo al rango de la norma complementaria no fue considerado como relevante al momento de realizar el examen de constitucionalidad;

6. La constitucionalidad del artículo 168, inciso segundo, de la Ordenanza General de Aduanas en el caso concreto.

18°. Que, en virtud de lo señalado hasta ahora, es necesario estudiar si, en el caso concreto, el precepto impugnado, es decir, el artículo 168, inciso segundo, de la Ordenanza General de Aduanas, presenta o no problemas en cuanto a su constitucionalidad;

19°. Que, en atención a las consideraciones que han sido expuestas, es preciso analizar si, en el caso concreto, se satisfacen las exigencias que este Tribunal ha establecido para las denominadas leyes penales en blanco y, especialmente, aquellas que resultan aplicables a las que se remiten a normas de rango inferior al legal. Concretamente, debe analizarse primeramente si el precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas contiene el núcleo fundamental de la conducta punible, pues tal es el elemento central que, de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal, define la conformidad de la normativa penal en blanco con la Constitución. Seguidamente, será necesario analizar la naturaleza de la norma que le sirve de complemento al precepto impugnado;

20°. Que en cuanto a legalidad material, es necesario recordar lo que ha señalado este Tribunal en las sentencias roles N°s 1.352 y 1.352, referidas también, como se ha señalado, a cuestionamientos respecto del inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas. En el considerando trigésimo de las sentencias indicadas, se afirmó que *"la doctrina especializada ha estado conteste en afirmar que el delito de contrabando propio a que alude el inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas cumple la exigencias de tipicidad. En particular, basta tener a la vista el*

trabajo ya citado de los profesores Rodríguez y Ossandón ('Delitos aduaneros', Ed. Jurídica de Chile, 2010, pág. 82 y siguientes), y la numerosa doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera ahí citada, a la hora de precisar el tipo de contrabando propio, en cuanto a las conductas sancionadas y sus circunstancias elementales. En primer lugar, en cuanto a las conductas, se sancionan dos hipótesis. Por una parte, introducir al territorio nacional mercancías cuya importación estuviere prohibida y, por otra parte, extraer del territorio nacional mercancías cuya exportación estuviere prohibida. En segundo lugar, los autores señalan que tanto la doctrina nacional como la extranjera están de acuerdo en el hecho de que los términos 'importar' y 'exportar' no se utilizan en su sentido natural y obvio como 'trasladar el objeto, de hacer pasar a través de las fronteras materiales', sin perjuicio de que 'el delito está indisolublemente vinculado con el control aduanero al que debe someterse el ingreso o salida de la mercancía. Su perfeccionamiento presupone, por ende, que se traspase o eluda dicho control'. En tercer lugar, en cuanto a la ejecución de la conducta, sostienen que es necesario que el autor haya tenido 'dominio del hecho', pues no basta el ingreso-egreso meramente fortuito; sin perjuicio de que no es necesario que haya estado presente físicamente el autor.';

21°. Que debe, en consecuencia, estimarse que el inciso segundo del artículo 168 cumple con la exigencia de definir el núcleo central o fundamental de la conducta punible. Los aspectos que regula el reglamento son de detalle o de pormenorización para la conducta prohibida, sin que haya aspectos que puedan ser considerados arbitrarios, excesivamente abiertos, ambiguos o vagos.

Por lo tanto, no hay elementos, en este caso, que obliguen a cambiar la doctrina establecida por esta Magistratura;

22°. Que corresponde, entonces, analizar si el precepto impugnado es complementado en forma constitucionalmente admisible por las disposiciones del Reglamento Sanitario de los Alimentos;

23°. Que conviene recordar, como antecedente relevante para resolver el presente requerimiento, lo decidido por este Tribunal en la sentencia Rol N^º 781. En dicha ocasión, se acogió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, formulado respecto de los artículos 299, N^º 3, 431 y 433 del Código de Justicia Militar. Sus considerandos decimoséptimo y siguientes establecen que "*como antecedente relevante, cabe expresar que la normativa que regula el actuar coordinado y conjunto de las fuerzas policiales y del personal de salud en terreno bajo situaciones de carácter crítico, no se encontraba dictada a la fecha de ocurrencia de los hechos que motivan el proceso en que incide el requerimiento. En efecto, dicha regulación se instituyó con posterioridad, mediante el Decreto Exento N^º 50 del Ministerio de Transportes, de 6 de marzo de 2002, que aprobó el respectivo Manual, siendo refrendado por los Ministros de Interior, Defensa, Salud y Transportes y Telecomunicaciones, sin que dicha materia fuere considerada como propia de un Decreto Supremo reglamentario. De lo antes dicho se pueden extraer dos consecuencias fundamentales: en*

primer término, que dicha normativa, al no regir previamente a las circunstancias que se investigan, no puede dar lugar a una aplicación conforme a la Constitución del tipo residual de incumplimiento de deberes militares, pues no se encontraba debidamente complementada al momento de acontecer los hechos. Por otra parte, es un elemento adicional para considerar que el artículo 431 del Código de Justicia Militar no puede recibir aplicación en la especie, toda vez que los deberes de policía en esta materia no se encuentran contenidos en un decreto supremo reglamentario como el exigido por dicho precepto, sino sólo en un simple decreto exento, que carece de relevancia penal pues no se ejerció la atribución concedida de manera idónea. En efecto, para configurar el delito de incumplimiento de deberes militares, los hechos deben encuadrar en alguno de los reglamentos a que se refiere el artículo 431 ya aludido, y en este caso dichos reglamentos no han sido invocados ni se ha imputado el incumplimiento de deberes que se encuentren contenidos en ellos.”;

24°. Que, como puede apreciarse, la razón fundamental para considerar que la aplicación del numeral tercero del artículo 299 del Código de Justicia Militar resultaba contraria a la Constitución, radicó en que no existía, al momento de realizarse la imputación en virtud de dicha norma, un complemento que precisara su contenido;

25°. Que el presente caso dista de ser asimilable al recién señalado.

En primer lugar, porque al momento de realizarse la imputación en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza General de Aduanas, la norma complementaria ya existía.

En segundo lugar, porque, como ha sido señalado con anterioridad, la regulación complementaria se contiene en un Reglamento, que fue aprobado por Decreto Supremo; es decir, fue dictado por el Presidente de la República. Además, fue publicado en el Diario Oficial. El punto es importante, porque, como dice el Profesor Sergio Yáñez, la “*publicidad tiene por objeto no sólo hacer conocidas de todos los ciudadanos la existencia y contenido de las normas jurídicas, sino también sus términos auténticos a las autoridades que deben aplicarlas. Este requisito no puede cumplirse sino mediante la publicación en el Diario Oficial, que es el único órgano que está ligado a la fe pública en lo relativo al texto de las normas de aplicación general obligatoria*” (“Leyes Penales en Blanco”, Gaceta Jurídica, Ed. Ediar Conosur, Año X, 1985/Nº 58, pág. 5).

En tercer lugar, porque, como se ha señalado, el Reglamento regula aspectos fundamentales de la industria de los alimentos, esto es, de aquella industria que ejerce la parte requirente. No puede, por tanto, alegar razonablemente desconocimiento de la normativa que en él se contiene, ni tampoco desconocer que la misma le resulta plenamente aplicable;

7. Recapitulación.

26°. Que, en consecuencia y por todo lo señalado hasta ahora, no existen en el presente caso elementos para estimar que la aplicación del ar-

título 168, inciso segundo, de la Ordenanza General de Aduanas, pueda generar efectos contrarios a la Constitución. De acuerdo a lo señalado, el referido precepto legal satisface las exigencias que este Tribunal ha impuesto a las leyes penales en blanco propias, que se remiten a una norma de rango inferior al de ley.

Así, por una parte, la norma impugnada cumple con establecer el núcleo fundamental de la conducta punible o típica, de acuerdo a lo este mismo Tribunal ha establecido ya respecto de la misma.

Por la otra, la norma complementaria, que precisa determinados aspectos de la norma impugnada, resulta apta en cuanto tal, de acuerdo a los estándares que este Tribunal ha dejado establecidos.

En efecto, en primer lugar, resulta apta porque existía efectivamente al momento de realizarse la imputación, es decir, la norma podía cumplir su función complementaria. En segundo lugar, porque la norma complementaria pudo ser efectivamente conocida. Tanto en general, y dado que recibió las mismas medidas de publicidad que una ley de la República, como en el caso concreto, considerando que el cuerpo normativo en el que la norma complementaria se consagra, regula aspectos de la industria a la que la parte requirente se dedicaba y que, por ende, no podía desconocer.

y VISTO lo dispuesto en los artículos 19, N^º 3^º, inciso final, 93, inciso primero, N^º 6^º, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N^º 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

Rechazar el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1.

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

El Presidente del Tribunal, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, concurriendo al voto de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado, previene que no comparte lo razonado en el considerando cuarto de dicho voto.

El Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, concurriendo al voto de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake y Enrique Navarro Beltrán, previene que estuvo por hacer presente, además, las inconsistencias que en la

especie tiene aplicar aquella concepción que postula la indemnidad de la garantía constitucional del artículo 19, N° 3°, inciso final, cuando ante una supuesta imposibilidad para describir completamente la conducta punible en la respectiva norma legal, ésta es complementada en sus detalles por un reglamento, ya que así se salvarían las notas distintivas de abstracción y generalidad que solo serían propias de un texto con rango legal.

1°. Que, sin perjuicio de existir –en otros campos– numerosas leyes detalladas in extenso, y aun admitiendo que una condición necesaria de las leyes penales sería su laconismo o brevedad, porque no convendría su transmutación en extensos y fatigosos catálogos, no se divisa cómo tal intolerable ensanche se produciría aquí, al reproducir en la propia Ordenanza General de Aduanas (artículo 168, inciso segundo) el tenor íntegro de esa misma norma reglamentaria con que se la quiere suplementar (artículo 102 del D.S. N° 977, de Salud, de 1997).

Quedando sancionada, por ende, en forma igualmente parca y concisa –de ser necesario– la *“importación, distribución, comercialización o transferencia a cualquier título, de alimentos alterados, contaminados, adulterados o falsificados”*;

2°. Que en la especie tampoco concurren los demás supuestos que justificarían la colaboración reglamentaria. Aparte de que en este caso la ley no se remite a reglamento alguno, a ningún efecto, tampoco puede sostenerse que el D.S. N° 977 se circunscriba a regular detalles, o verse en su artículo 102 sobre aspectos fluctuantes o de índole coyuntural, en aquellos asuntos de carácter técnico, científico o de mera ejecución, que solo serían propios de la más ágil potestad reglamentaria presidencial.

En realidad, la misma fórmula genérica del citado artículo 102, en relación con el artículo 100, estaba contenida antes, en semejantes términos y sin solución de continuidad, en los reglamentos precedentes: Decretos N°s 60 de 1982 (artículos 11 y 12), 377 de 1960 (artículos 9 y 13), 176 de 1959 (artículos 23 y 37);

3°. Que, es más, ese DS N° 977 resulta completamente ajeno a la materia de que trata la ley penal, desde que solo aprueba el *“reglamento sanitario de los alimentos”*, dictado por *“la necesidad de actualizar la normativa sobre productos alimenticios”*, en ejecución de normas que son pertinentes al Código Sanitario, y –al decir de su artículo 1°, inciso primero– *“con el objeto de proteger la salud y nutrición de la población y garantizar el suministro de productos sanos e inocuos”*. Cuya infracción da lugar a las sanciones que prevé el mismo Código Sanitario, artículos 94 y 174.

Por eso, acorde con el inciso primero del artículo 35 de la Constitución, tal reglamento fue firmado *“por el Ministro respectivo”*, que es el de Salud, precisamente porque aborda materias que corresponden a su

específico campo de actividades, en los términos del artículo 22, inciso primero, de la Ley N^º 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado;

4°. Que, en todo caso, tanto las leyes como los reglamentos comparten los mismos rasgos de abstracción y universalidad, por lo que, verazmente, no puede sostenerse que el trasvase de aquéllas a éstos contribuya a reducir el conjunto, si al mismo tiempo se arguye que ambos tipos de normas generales conforman una misma unidad.

A lo que se suma observar que nuestro régimen no reconoce la existencia de reglamentos “complementarios”, esto es, si se atiende al léxico, con capacidad para “añadir” o “agregar” cosas o cualidades esenciales a la ley con vistas a hacerla íntegra o perfecta. Toda vez que los vacíos o defectos en asuntos de exclusiva reserva legal, únicamente pueden completarse ley mediante, especialmente cuando se trata de establecer las hipótesis de hecho que la hacen aplicable, y no por conducto de unos actos administrativos reglamentarios que sólo pueden versar sobre aspectos accesorios o secundarios;

5°. Que, siendo factible condensar en pocas palabras o reducidos espacios cuantiosos datos, sobre papel o medios electrónicos, si aún así, se alega que delinear enteramente un tipo penal entraña cierta dificultad, no por este eventual inconveniente práctico se puede decir que la ley enfrenta una imposibilidad material o algún impedimento jurídico constitucional, en su tarea indelegable de crear figuras delictivas definidas, con características precisas que permitan determinar cuáles hechos caen dentro de la condenación legal.

Entonces, o completar dicha descripción pertenece al dominio legal o incumbe a la potestad reglamentaria presidencial, pero es ineludible que esa misma e idéntica operación no puede ser objeto de regulación por normas de distinta fuente y jerarquía, sin resentir el principio que rechaza la duplicación de competencias normativas;

6°. Que, al garantizar la Constitución que la conducta que se sanciona por la ley esté “*expresamente descrita en ella*”, basta para impedir que la determinación de esa hipótesis de hecho se entregue total o parcialmente a normas infra legales, puesto que **describir** significa delinear una cosa de modo cabal, esto en forma completa y exacta, a la vez que **expresamente** traduce la misma exigencia de especificidad, de determinar una cosa de manera precisa.

En su día y con tal propósito –como se sabe– la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución propuso abundar en esta garantía, señalando que el hecho punible debía contenerse “completa y expresamente” en la ley. La que no perdió eficacia por suprimírsele la expresión “completa” en la Junta de Gobierno, habida cuenta que de esta circunstancia no se sigue que el constituyente haya querido aceptar estas leyes penales en blan-

co que se remiten a, o son completadas por, reglamentos. Menos, cuando en torno a este episodio cabe conjeturar otras explicaciones posibles.

Redactaron los votos de rechazo de la presente sentencia los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Carlos Carmona Santander, respectivamente, y las prevenciones sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol Nº 1.973-2011

Se certifica que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurrió al acuerdo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.

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

ROL Nº 1.974-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1º DE LA LEY Nº 20.030, DEDUCIDO POR RICARDO ANDRÉS MONDACA HERRERA

Santiago, cuatro de mayo de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1º. Que, con fecha 18 de abril de 2011, el abogado Rodrigo Vidal De Bernardis, en representación de don Ricardo Andrés Mondaca Herrera, ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 1º de la Ley Nº 20.030 (publicada en el Diario Oficial de 5 de julio de 2005) que, según se indica expresamente en el libelo, *“derogó, y en otra parte reemplazó, el todo o parte de los artículos 188, 196 y 199 e introdujo el artículo 199 bis, todas disposiciones del Código Civil”*.

La declaración de inaplicabilidad del precepto legal indicado incide en el juicio ordinario de reclamación de paternidad caratulado “Varela con Mondaca”, RIT C-618-2011, RUC 11-2-0065245-4, que se sigue ante el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, según consta en el certificado tenido a la vista y que rola acompañado a fojas 8;

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

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

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que: *“Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”*.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen: *“Artículo 79. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

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

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

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

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”.

A su vez, el artículo 84 de la misma ley establece que: *“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

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

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

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

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

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

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

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

5°. Que, como ha ocurrido en otros procesos de esta misma naturaleza (entre otros, en STC roles N^{os} 1.727, 1.749, 1.753, 1.771, 1781, 1.788, 1.789, 1.823, 1.828, 1.834, 1.860, 1.878, 1.890, 1.913, 1.926, 1.928, 1.947, 1.950 y 1.955), como resultado del análisis del requerimiento deducido a fojas uno de autos, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que éste no puede prosperar, siendo impertinente, por ende, que sea acogido a tramitación en forma previa a su examen de admisibilidad;

6°. Que lo anterior se sostiene por cuanto resulta evidente que la acción en examen no satisface la exigencia constitucional de contener una impugnación *“fundada razonablemente”*, misma que, según ha resuelto esta Magistratura en la STC Rol N^o 1.288 (punto resolutivo N^o 11), reitera la citada Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura en el N^o 6° del

inciso primero de su artículo 84, mediante la expresión “*fundamento plausible*”;

7°. Que este Tribunal Constitucional ha sostenido que el requisito de fundamentar razonablemente un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad supone una “*condición que implica –como exigencia básica– la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstancialmente. La explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada.*” (STC roles N^{OS} 482, 483, 484, 485, 490, 491, 492 y 494, entre otras);

8°. Que, conforme a lo razonado, no basta, como ocurre en el requerimiento deducido en este caso, con que se afirme por el actor que la aplicación de las reglas de procedimiento establecidas por el artículo 1° de la Ley N^º 20.030 afectan su “*derecho a la defensa*”, asegurado, según él mismo indica, en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, y omita exponer en el mismo libelo, de la manera que exigen los órdenes jurídicos citados, la forma en que aquella normativa legal, en su aplicación concreta al juicio de reclamación de paternidad que se sigue en su contra, podría producir un efecto contrario al aludido derecho;

9°. Que, a mayor abundamiento, resulta del todo pertinente agregar que esta Magistratura en sentencia Rol N^º 834, de 13 de mayo de 2008, se pronunció rechazando un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en contra de los preceptos que fueron derogados, modificados e incorporados al Código Civil por el mencionado artículo 1° de la Ley N^º 20.030, impugnado en estos autos, y los razonamientos de dicho fallo tampoco han sido referidos en la acción constitucional que se examina y ello ciertamente constituye una circunstancia que acentúa el defecto observado a su respecto;

10°. Que, en consecuencia, siendo impertinente que el requerimiento de autos sea previamente acogido a tramitación, toda vez que le afecta la causal de inadmisibilidad del número 6° del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, esta Sala deberá declararla derechamente inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N^º 6°, e inciso undécimo, de la Constitución, 79 al 84 y demás normas pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Proveyendo a los otrosíes primero y segundo,

ténganse por acompañados los documentos que indica; a los otrosíes tercero, cuarto y quinto, estese al mérito de lo resuelto a lo principal; al sexto otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada al requirente y comuníquese por oficio al Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, que conoce de la gestión judicial invocada en el libelo, para que deje constancia de esta resolución en el respectivo expediente.

Archívese.

Rol N° 1.974-2011

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

ROL N° 1.975-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 53,
INCISOS TERCERO Y QUINTO, PARTE FINAL, DEL CÓDIGO
TRIBUTARIO, CONTENIDO EN EL D.L. N° 830 DE 1974
Y SUS MODIFICACIONES, DEDUCIDO POR
ROBERTO GUILLERMO PAREDES ORELLANA**

Santiago, dos junio de dos mil once.

Proveyendo a fojas 171, por cumplido lo ordenado.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, a fojas 1, con fecha veintiuno de mayo de dos mil once, don Roberto Guillermo Paredes Orellana, representado por la abogada doña Carolina Venegas León, dedujo acción de inaplicabilidad por inconsti-

tucionalidad del artículo 53, incisos tercero y parte final del quinto, del Código Tributario, para que surta efectos en el recurso de casación en el fondo seguido ante la Excma. Corte Suprema de Justicia, Rol N^º 3350-2009. Lo anterior, porque la aplicación del mencionado precepto legal infringiría el artículo 19 N^{os} 2^º, 20^º, 21^º, 22^º, 24^º y 26^º de la Constitución Política;

2^º. Que, a fojas 24 y 29 se encuentran agregados dos documentos extendidos por la Secretaria subrogante de dicha Excma. Corte, señora Ruby Vanessa Sáez Landaur, de catorce y veintiuno de abril de dos mil once, respectivamente, que acreditan que ante dicha sede jurisdiccional se tramita el recurso singularizado en el párrafo precedente, menciona los nombres de los abogados patrocinantes del imputado y de los querellantes y agrega que el aludido recurso se encuentra en tramitación;

3^º. Que, a fojas 62 el señor Presidente del Tribunal ordenó dar cuenta de este asunto ante la Segunda Sala;

4^º. Que en el examen preliminar de admisión a trámite de una acción como la deducida en estos autos, así como en la subsecuente verificación de los requisitos de admisibilidad del libelo, resulta necesario tener en cuenta lo que en la materia prescriben tanto las normas constitucionales pertinentes como las contenidas en la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional;

5^º. Que, en efecto, resulta fundamental considerar lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N^º 6^º, de la Constitución Política de la República, que señala que es atribución de este Tribunal *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*;

6^º. Que, en el mismo orden de ideas, el inciso undécimo del aludido artículo 93 de la Carta Fundamental dispone: *“En el caso del número 6^º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”*;

7^º. Que, por su parte, la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, consagra, en su artículo 79, lo siguiente: *“En el caso del número 6^º del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

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

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

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

Por su parte, el artículo 80 de la Ley referida establece: “*El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”;*

8°. Que, asimismo, el artículo 84 de la Ley N° 17.997 señala: “*Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

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

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

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

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

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

Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

9°. Que, a fojas 63, y previo a resolver sobre la admisión a trámite, esta Sala exigió que el requirente acompañara toda la documentación originada a partir de 2006 que le ha servido de base para deducir las acciones administrativas y judiciales, incluido el recurso de casación en el

fondo, con motivo de las liquidaciones de impuestos que ha impugnado. Asimismo solicitó a la requirente que precisara la parte del inciso quinto del artículo 53 del Código Tributario reprochado en esta sede. A fojas 65, el actor dio cumplimiento a lo ordenado;

10°. Que del estudio de las piezas acompañadas a la acción de inaplicabilidad como de aquellas mandadas acompañar se constata que el requerimiento estima inconstitucional el artículo 53, incisos tercero y quinto, parte final, del Código Tributario, que señala: *“Todo impuesto o contribución que no se pague dentro del plazo legal se reajustará en el mismo porcentaje de aumento que haya experimentado el índice de precios al consumidor en el período comprendido entre el último día del segundo mes que precede al de su vencimiento y el último día del segundo mes que precede al de su pago.*

Los impuestos pagados fuera de plazo, pero dentro del mismo mes calendario de su vencimiento, no serán objeto de reajuste. Sin embargo, para determinar el mes calendario de vencimiento, no se considerará la prórroga a que se refiere el inciso tercero del artículo 36, si el impuesto no se pagare oportunamente.

El contribuyente estará afecto, además, a un interés penal del uno y medio por ciento mensual por cada mes o fracción de mes, en caso de mora en el pago del todo o de la parte que adeudare de cualquier clase de impuestos y contribuciones. Este interés se calculará sobre los valores reajustados en la forma señalada en el inciso primero.

El monto de los intereses así determinados no estará afecto a ningún recargo.

No procederá el reajuste ni se devengarán los intereses penales a que se refieren los incisos precedentes cuando el atraso en el cargo se haya debido a causa imputable a los Servicios de Impuestos Internos o Tesorería, lo cual deberá ser declarado por el respectivo Director Regional o Tesorero Provincial, en su caso.

INCISO SEXTO DEROGADO DL 1244 1975 Art 8°, b)

Sin embargo, en caso de convenios de pago, cada cuota constituye un abono a los impuestos adeudados y, en consecuencia, las cuotas pagadas no seguirán devengando intereses ni serán susceptibles de reajuste.” (negrillas agregadas para destacar lo impugnado);

11°. Que, a fojas 168, esta misma Sala dispuso que el requirente acompañara copia autorizada de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua que resolvió el recurso de apelación que corre agregado a fojas 117. El requirente dio cumplimiento a esta exigencia a fojas 171;

12°. Que, sobre la base de los antecedentes examinados, esta Sala ha logrado convicción en el sentido de que la acción deducida a fojas 1 no puede prosperar, lo que tornaría inoficiosa su admisión a trámite, correspondiendo pronunciarse, derechamente, sobre su admisibilidad.

En este sentido, esta Sala estima que el requerimiento no satisface la exigencia constitucional de contener una impugnación *“fundada razonablemente”*, misma que, según ha resuelto esta Magistratura en la sentencia Rol N^º 1.288 (c. decimoprimer), reitera la Ley N^º 17.997 en su artículo

84, inciso primero, N° 6, mediante la expresión “*cuando carezca de fundamento plausible*”.

En efecto, la fundamentación del requerimiento y los antecedentes acompañados permiten deducir que el requirente, en realidad, persigue impugnar lo resuelto por el juez tributario que falló en primera instancia, decisión que fue confirmada por la Itma. Corte de Apelaciones de Rancagua en cuanto a la procedencia del cálculo contenido en las liquidaciones practicadas;

13°. Que la inaplicabilidad es un mecanismo de control concreto de constitucionalidad de la ley establecido por la Constitución Política de la República con el objeto de resolver si una disposición de jerarquía legal que puede ser derecho aplicable en un asunto pendiente de resolución por los tribunales ordinarios o especiales, produce o no en ese caso un efecto contrario a las normas constitucionales que son invocadas en el respectivo requerimiento;

14°. Que, como lo ha declarado este Tribunal, entre otros, en el Rol N° 493, de veintisiete de abril de dos mil seis, “*la acción de inaplicabilidad es una vía procesal inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar o anular éstas; ya que la guarda del imperio de la ley en el conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado en general y de la sustanciación en particular de las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley a través de las vías procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento*” (c. sexto).

Por su parte, en el Rol N° 947, con fecha once de octubre de dos mil siete, el Tribunal declaró inadmisibile la acción por cuanto, como indica el considerando quinto: “*No puede considerarse como razonablemente fundado el requerimiento si para explicar el eventual conflicto de constitucionalidad que provocarían las normas legales que impugna, el actor se limita a expresar su disconformidad con lo decidido por el Decimoquinto Juzgado Civil de Santiago, en el respectivo cuaderno de apremio del juicio especial ya individualizado, en cuanto a disponer ... la ampliación del embargo....*”. “*Resulta evidente que esa clase de cuestionamientos no configura un conflicto de carácter constitucional de aquellos que compete resolver a esta Magistratura, sino una cuestión de otra naturaleza, cuya resolución corresponde a los tribunales ordinarios*”;

15°. Que, además, es posible afirmar que la aplicación de la norma legal impugnada no resulta decisiva en el proceso sustanciado ante la Excma. Corte Suprema de Justicia, que constituye la gestión pendiente en la acción de inaplicabilidad deducida ante esta Magistratura Constitucional;

16°. Que, los preceptos legales impugnados en esta sede, no guardan relación con los vicios que sustentan el recurso de casación sobre el que debe pronunciarse la Excma. Corte Suprema; y

17°. Que, por todo lo expuesto, el requerimiento de fojas 1, debe ser declarado inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N^º 6^º, e inciso undécimo, de la Constitución, y normas pertinentes de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas 1. Al primer otrosí, por acompañados. Al segundo y tercer otrosíes, estese al mérito de lo resuelto. Al cuarto otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada a las partes de este proceso constitucional y comuníquese por oficio a la Excma. Corte Suprema de Justicia, que conoce de la gestión judicial invocada en el libelo, para que deje constancia de esta resolución en el respectivo expediente.

Archívese.

Rol N^º 1.975-2011

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

ROL N° 1.976-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 350 DEL REGLAMENTO SANITARIO DE LOS ALIMENTOS, CONTENIDO EN EL DECRETO N° 977 DE 1996, DEL MINISTERIO DE SALUD, EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 3, 67 Y 169 DEL CÓDIGO SANITARIO, DEDUCIDO POR MOLINO CAUPOLICÁN LTDA.

Santiago, veinticinco de mayo de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, a fojas 37, por resolución de 10 de mayo de 2011, esta Sala no acogió a tramitación el requerimiento de fojas uno, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 82 de la Ley N° 17.997.

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue deducido por la empresa Molino Caupolicán Limitada, representada por don Patricio Bustamante Espiñeira y, para estos efectos, por el abogado don Hugo Zamorano Illesca, respecto del artículo 350 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, contenido en el Decreto N° 977, de 1996, del Ministerio de Salud, en relación con los artículos 3°, 67 y 169 del Código Sanitario, que incidirían en la causa seguida ante el Primer Juzgado de Letras en Lo Civil de Rancagua, Rol N° 5337-2009;

2°. Que, en la misma resolución reseñada en el motivo anterior, numeral quinto, se señaló que el requirente no acompañó el certificado a que alude el artículo 79, inciso segundo, de la Ley N° 17.997;

3°. Que, en este mismo orden de ideas y conforme lo establece el inciso segundo del artículo 82 de la Ley N° 17.997, esta Sala, en la misma oportunidad del examen de admisión a trámite aludido, expresó que la acción deducida no se acogía a tramitación, sin perjuicio de otorgar al requirente “*un plazo de tres días*” para subsanar este defecto, bajo el apercibimiento de que si así no lo hiciere, “*el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*”;

4°. Que, dicha resolución fue notificada al requirente –según consta a fojas 41– mediante correo express de 12 de mayo de 2011, sin que hasta la fecha se haya acompañado el certificado omitido, por lo que esta Sala deberá hacer efectivo el apercibimiento legal aludido.

SE RESUELVE:

QUE SE TIENE POR NO PRESENTADO, para todos los efectos legales, el requerimiento deducido a fojas uno. Notifíquese por carta certificada al requirente.

Archívese.

Rol N^º 1.976-2011

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Gonzalo García Pino. Autoriza el Secretario Subrogante del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

ROL N^º 1.977-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 24 DEL D.F.L. N^º 2,
DE 1998, DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN,
SOBRE SUBVENCIÓN DEL ESTADO A ESTABLECIMIENTOS
EDUCACIONALES, DEDUCIDO POR
CLARA INÉS WEBER CHÁVEZ Y OTROS**

Santiago, diecinueve de mayo de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Que consta en autos que los requirentes no han dado cumplimiento a lo resuelto por el Tribunal a fojas 22 y, atendido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 82 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

SE RESUELVE:

Téngase por no presentado el requerimiento deducido para todos los efectos legales.

Notifíquese por carta certificada a los requirentes.

Archívese.

Rol N^º 1.977-2011

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios,

y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaría Subrogante del Tribunal Constitucional, señora Sandra Ponce de León Salucci.

ROL N° 1.978-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO QUINTO, DE LA LEY N° 18.933; 2°, INCISOS SEGUNDO Y FINAL, DE LA LEY N° 20.015, Y 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR JOSÉ ALFREDO BRISTILO DÍAZ

Santiago, siete de julio de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, a fojas 64, con fecha veinticinco de mayo de dos mil once, por resolución de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, se declaró admisible el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por don José Alfredo Bristilo Díaz, respecto del inciso quinto, del artículo 38 de la Ley N° 18.933; inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 20.015 y artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que incidirían en un recurso de protección seguido Ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1.504, porque su aplicación infringiría el artículo 19 N°s 2°, 9°, 18°, 24° y 26° de la Carta Fundamental;

2°. Que, a fojas 71, de conformidad al artículo 86 de la Ley N° 17.997, el Tribunal comunicó la aludida admisibilidad a la Corte de Apelaciones y a los órganos constitucionales correspondientes y confirió traslado a la ISAPRE Colmena Golden Cross S.A.

La ISAPRE Colmena Golden Cross S.A. y los órganos constitucionales no ejercieron su derecho a hacer las alegaciones correspondientes a este efecto;

3°. Que, a fojas 79, la parte requirente manifiesta que el recurso de protección Rol N° 1.504, que es la gestión pendiente, fue fallada y su sentencia se encuentra ejecutoriada;

4°. Que, a fojas 80 y siguientes, se encuentra agregada una copia de la sentencia de la Corte de Apelaciones que resolvió, con fecha 11 de mayo de 2011, el recurso de protección Rol N^º 1.504, acogéndolo, con costas;

5°. Que, a fojas 91, el Tribunal ordenó que la Secretaría del Tribunal certificara el estado procesal de la causa Rol N^º 1.504, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago, especialmente la circunstancia de encontrarse o no ejecutoriada;

6°. Que, a fojas 92, la Secretaría del Tribunal, con fecha 17 de junio de 2011, certifica que la causa Rol N^º 1.504, caratulada “Bristilo Díaz con ISAPRE Colmena Golden Cross” se encuentra fallada, que se acogió el recurso de protección, respecto del que no se interpuesto ni se interpuso recurso alguno;

7°. Que, conforme al artículo 93, N^º 6°, de la Constitución, para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal se requiere que éste pueda llegar a ser aplicado en un proceso que tenga el carácter de gestión pendiente.

Asimismo, el artículo 81 de la Ley Orgánica referida, señala que el *“requerimiento podrá interponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto resulta contraria a la Constitución.”*;

8°. Que, si bien la Primera Sala de este Tribunal declaró admisible el presente requerimiento, como se estableció en el motivo primero de esta resolución, lo fue en consideración al certificado de gestión pendiente acompañado a fojas 30 y 31;

9°. Que asimismo, y sin embargo, consta en autos que la referida gestión pendiente ha concluido y se encuentra ejecutoriada, conforme lo establece al artículo 174 del Código de Procedimiento Civil;

10°. Que, en definitiva, no procede acoger la acción de inaplicabilidad entablada por el requirente, toda vez que la aplicación del precepto legal impugnado no resulta decisiva en gestión pendiente alguna; en otras palabras, el precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita no puede ser invocado en el caso *sub lite* al no existir gestión pendiente en que ello pueda ocurrir. En consecuencia, en el presente caso falta un presupuesto esencial de la acción de inaplicabilidad;

11°. Que, por lo demás, reiterando lo razonado por esta Magistratura en la sentencia recaída en el Rol N^º 1.501, este Tribunal ha logrado certeza de que la acción constitucional deducida no puede prosperar, toda vez que no cumple con las exigencias constitucionales y legales antes transcritas, al no concurrir el presupuesto de verificarse la existencia de una gestión pendiente ante tribunal ordinario o especial.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N^º 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República,

SE DECLARA:

QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO INTERPUESTO A FOJAS

Archívese.

Rol Nº 1.978-2011

Se certifica que el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurrió al acuerdo, pero no firma por encontrarse enfermo

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

ROL Nº 1.979-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO QUINTO, DE LA LEY Nº 18.933; 2º, INCISOS SEGUNDO Y FINAL, DE LA LEY Nº 20.015, Y 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR SYLVIA RUIZ DE GAMBOA COGHLAN

Santiago, veinticinco de agosto de dos mil once.

VISTO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, con fecha 28 de abril de 2011, la señora Sylvia Ruiz de Gamboa Coghlan ha deducido ante este Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38, inciso quinto, de la Ley Nº 18.933 (en la parte en que alude a la tabla de factor etéreo), vigente con anterioridad a la Ley Nº 20.015; 2º, incisos segundo y final, de la misma Ley Nº 20.015, también en la parte que alude a la tabla de factores etéreos; y 22 de la Ley sobre

Efecto Retroactivo de las Leyes, de 7 de octubre de 1861, en los autos sobre recurso de protección interpuesto en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A. que, a la fecha de interposición del requerimiento, se encontraban pendientes ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol de ingreso N^º 6834-2010, conforme al certificado que se acompañó a fojas 42;

SEGUNDO. Que la Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 5 de mayo de 2011 (fojas 48), admitió a tramitación el requerimiento y, por resolución de 25 de mayo del mismo año (fojas 75), lo declaró admisible.

Con posterioridad, pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, sin que la Isapre requerida ni los órganos constitucionales interesados formularan observaciones dentro del plazo legal;

TERCERO. Que, habiéndose traído los autos en relación, el día 26 de julio de 2011 se procedió a la vista de esta causa, en forma conjunta con las causas roles N^{OS} 1.958 y 1.970, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se anunció para alegar en la respectiva audiencia, conforme consta de la certificación de fojas 101;

CUARTO. Que, a fojas 99, el Pleno del Tribunal ordenó que, previo a adoptar acuerdo sobre el presente requerimiento, se certificara por la señora Secretaria el estado actual de la gestión en que incide.

A fojas 102, con fecha 27 de julio de 2011, la señora Secretaria certificó que la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol N^º 6834-2010, resolvió, con fecha 26 de julio de 2011, el recurso de aclaración, rectificación y enmienda interpuesto en contra de la sentencia definitiva que acogió el recurso de protección en todas sus partes;

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

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

A su turno, el artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura dispone que “*procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

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

SEXTO. Que, conforme a lo consignado en el considerando cuarto de esta sentencia, la gestión en que incide el requerimiento de inaplicabilidad deducido en autos, se ha extinguido, por haberse dictado en ella sentencia que se encuentra ejecutoriada.

En consecuencia, no existiendo una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial en la que pueda incidir una resolución de inaplicabilidad de esta Magistratura, el requerimiento deducido a fojas 1 deberá necesariamente ser declarado improcedente.

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en las disposiciones aludidas y demás pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE DECLARA IMPROCEDENTE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a los razonamientos y a la decisión de que el requerimiento deducido a fojas 1 no puede prosperar, pero no por ser improcedente, sino en razón de su necesario rechazo, atendida la jurisprudencia previa de este Tribunal contenida en las sentencias roles N°s 500, 542, 1.276, 1.278 y 1.422.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y la prevención, su autora.

Comuníquese por oficio, notifíquese por carta certificada, regístrese y archívese.

Rol N° 1.979-2011

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

ROL N^º 1.980-2011REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 493 DEL
CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR EL INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES AGROPECUARIAS (INIA)

Santiago, diez de mayo de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 28 de abril de 2011, el abogado Pedro de la Cuadra Dominichetti, en representación del Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA), ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 493 del Código del Trabajo, en los autos sobre recursos de nulidad en materia laboral Roles N^{OS} Ref Lab N^{OS} 65, 66, 67, 69 y 70, todos del año 2011, recaídos en cinco procesos distintos sobre tutela de derechos fundamentales en materia laboral seguidos en su contra, todos en actual tramitación ante la Corte de Apelaciones de Temuco;

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

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

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que “*para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales*”.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen:
“Artículo 79. En el caso del número 60 del artículo 93 de la Constitución

Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

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

Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”;

4°. Que, por otra parte, el artículo 84 de dicha ley orgánica constitucional establece que:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

5°. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

6°. Que, sin perjuicio de que lo anteriormente señalado bastaría para no admitir a trámite el requerimiento de autos, examinados los antecedentes tenidos a la vista, se aprecia, además, que, en la especie, se ha procedido a formular, en un solo requerimiento de inaplicabilidad, diversas impugnaciones respecto de un sólo precepto legal, pero que corresponden a cinco gestiones judiciales pendientes de resolución, diversas e independientes, en las que la parte requirente, demandada en dichos procesos, ha deducido un recurso de nulidad en contra de cada una de las sentencias de tutela de derechos fundamentales dictadas por el Juzgado de letras del Trabajo ya individualizado, que ha acogido separadamente las respectivas demandas presentadas en forma particular;

7°. Que la forma en que se ha presentado la acción, según lo descrito en el considerando precedente, es contraria al requisito de admisibilidad según el cual cada requerimiento debe estar referido, en concreto o en forma singular, a la “*existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial*” en la que los preceptos impugnados puedan resultar derecho aplicable. Lo anterior se confirma por el hecho de que la decisión jurisdiccional que emita esta Magistratura en la materia de que se trata es de carácter concreto, por lo que ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto *sub lite*, cuestión de la cual deriva la inadmisibilidad de un requerimiento formulado respecto de distintas gestiones judiciales, como ya lo ha declarado esta Magistratura en sus sentencias interlocutorias roles N^{OS} 803, de 9 de julio de 2007, 832, de 14 de agosto de 2007, y 984, de 15 de noviembre de 2007;

8°. Que, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, toda vez que no cumple con las exigencias de admisibilidad contempladas en el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución y, en consecuencia, lo declarará inadmisibile por carecer de fundamento plausible, concurriendo así la causal de inadmisibilidad del número 6° del ya transcrito artículo 84 de la Ley N^º 17.997.

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

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

Notifíquese por carta certificada a la parte requirente
Archívese.

Rol N^º 1.980-2011

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

ROL N° 1.981-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, DEDUCIDO POR CARLOS LÓPEZ VEGA

Santiago, diecisiete de mayo de dos mil once.

Proveyendo al oficio de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de fojas 54, por cumplido lo ordenado.

Resolviendo acerca de la admisibilidad.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, a fojas 1, con fecha tres de mayo de dos mil once, don Carlos Enrique López Vega, representado por el abogado don Jorge Schaulsohn Brodsky, dedujo acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 10 del Código Procesal Penal, para que surta efectos en la causa RIT N° 4428-2007, RUC N° 0600358890-2, del Juzgado de Garantía de Antofagasta;

2°. Que, a fojas 16 se encuentra agregado un documento extendido por la Jefa de la Unidad de Administración de Causas del Juzgado de Garantía de Antofagasta, doña Daniela Cárdenas de la Vega, de 27 de abril de 2011, que acredita que ante dicha sede jurisdiccional se tramita la causa singularizada en el párrafo precedente, menciona los nombres de los abogados patrocinantes del imputado y de los querellantes y agrega que la causa se encuentra en etapa de tramitación y se ha programado audiencia de preparación de juicio oral para el 5 de mayo de 2011;

3°. Que, a fojas 19 el señor Presidente del Tribunal ordenó dar cuenta de este asunto ante la Segunda Sala.

4°. Que en el examen preliminar de admisión a trámite de una acción como la deducida en estos autos, así como en la subsecuente verificación de los requisitos de admisibilidad del libelo, resulta necesario tener en cuenta lo que en la materia prescriben tanto las normas constitucionales pertinentes como las contenidas en la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional;

5°. Que, en efecto, resulta fundamental considerar lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N^º 6°, de la Constitución Política de la República, que señala que es atribución de este Tribunal “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”;

6°. Que, en el mismo orden de ideas, el inciso undécimo del aludido artículo 93 de la Carta Fundamental dispone: “*En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.*”;

7°. Que, por su parte, la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, consagra, en su artículo 79, lo siguiente: “*En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

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

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

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

Por su parte, el artículo 80 de la Ley referida establece: “*El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción*

constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”;

8°. Que, asimismo, el artículo 84 de la Ley N° 17.997 señala: “Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

9°. Que a esta Sala le resulta evidente que la acción deducida no satisface la exigencia constitucional de contener una impugnación “*fundada razonablemente*”, misma que, según ha resuelto esta Magistratura en la sentencia Rol N° 1.288 (c. decimoprimer), reitera la Ley N° 17.997 en su artículo 84, inciso primero, N° 6, mediante la expresión “*cuando carezca de fundamento plausible*”;

10°. Que la inaplicabilidad es un mecanismo de control concreto de constitucionalidad de la ley establecido por la Constitución Política de la República con el objeto de resolver si una disposición de jerarquía legal que puede ser derecho aplicable en un asunto pendiente de resolución por los tribunales ordinarios o especiales, produce o no en ese caso un efecto contrario a las normas constitucionales que son invocadas en el respectivo requerimiento;

11°. Que, como lo ha declarado este Tribunal, entre otros, en el Rol N° 493, de veintisiete de abril de dos mil seis, “*la acción de inaplicabilidad es una vía procesal inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar o anular éstas; ya que la guarda del imperio de la ley en el conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado en general y de la sustanciación en particular de las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley a*

través de las vías procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento” (c. sexto).

Por su parte, en el Rol N^º 947, con fecha once de octubre de dos mil siete, el Tribunal declaró inadmisibile la acción por cuanto, como indica el considerando 5^º: *“No puede considerarse como razonablemente fundado el requerimiento si para explicar el eventual conflicto de constitucionalidad que provocarían las normas legales que impugna, el actor se limita a expresar su disconformidad con lo decidido por el Decimoquinto Juzgado Civil de Santiago, en el respectivo cuaderno de apremio del juicio especial ya individualizado, en cuanto a disponer ... la ampliación del embargo....”*. *“Resulta evidente que esa clase de cuestionamientos no configura un conflicto de carácter constitucional de aquellos que compete resolver a esta Magistratura, sino una cuestión de otra naturaleza, cuya resolución corresponde a los tribunales ordinarios”*;

12º. Que de la sola lectura del libelo deducido en estos autos resulta evidente que precisamente se formula ante este Tribunal una crítica dirigida en contra de distintas resoluciones dictadas por el Juzgado de Garantía de Antofagasta, calificándolas a todas ellas individualmente y en el contexto del proceso como generadoras de efectos contrarios a diversas garantías constitucionales.

En efecto, el requirente ha expresado, que en la causa pendiente el Juez del Juzgado de Garantía de Antofagasta, ha hecho una aplicación inconstitucional del artículo 10 del Código Procesal Penal pues siguió adelante con un juicio oral que debió sobreseer el cuatro de abril de dos mil once en razón de encontrarse vencidos todos los plazos legales; todo ello, ante el planteamiento de una cuestión de previo y especial pronunciamiento a la acusación fiscal en razón de no tener el encartado la carpeta investigativa de que trata el artículo 260 del Código Procesal Penal;

13º. Que el artículo 260 del Código Procesal Penal establece: *“Citación a la audiencia. Presentada la acusación, el juez de garantía ordenará su notificación a todos los intervinientes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá tener lugar en un plazo no inferior a veinticinco ni superior a treinta y cinco días. Al acusado se le entregará la copia de la acusación, en la que se dejará constancia, además, del hecho de encontrarse a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación.”*;

14º. Que, agrega el requerimiento, los plazos del Código Procesal Penal son, conforme lo estatuye el artículo 16 del Código Procesal Penal, de carácter fatal e improrrogables y que, en consecuencia, no puede aplicarse el artículo 10 del estatuto legal citado cuando están vencidos para crear un nuevo plazo y que de hacerlo, como sería el caso, se vulneran los artículos 19, N^º 3, de la Constitución Política de la República y 14 del Pacto de San José de Costa Rica en relación al 5^º del Código Político. Lo que correspondería, a juicio del requirente, es aplicar el sobreseimiento temporal;

15°. Que, atendido el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esta Sala ha logrado la convicción de que la acción constitucional deducida no puede prosperar, siendo impertinente, por ende, que ésta sea previamente acogida a trámite. Ello, sin perjuicio de estimar que el certificado acompañado a fojas 10 no reúne todas las exigencias a que se refiere el artículo 79 de la Ley N° 17.997;

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

SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas 1. Al primer otrosí, estese al mérito de lo resuelto a lo principal. Al segundo otrosí, ténganse por acompañados los documentos que indica. Al tercer otrosí, téngase presente.

Adoptada con el voto en contra del Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, quien estuvo por dar curso progresivo a la acción y admitirla a trámite, por satisfacer todos los requisitos a que se refiere el artículo 82 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Considera que, en este caso, desestimar la acción desde luego, importa emitir por anticipado sentencia respecto al fondo de la cuestión planteada, sin un racional y justo procedimiento previo, lo que no puede disponerse ni aún a pretexto de economía procesal.

Notifíquese por carta certificada a las partes de este proceso constitucional y comuníquese por oficio al Juzgado de Garantía de Antofagasta, que conoce de la gestión judicial invocada en el libelo, para que deje constancia de esta resolución en el respectivo expediente.

Archívese.

Rol N° 1.981-2011

Se certifica que el Ministro señor Raúl Bertelsen concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria Subrogante del Tribunal Constitucional, señora Sandra Ponce de León Salucci.

ROL N^º 1.982-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38 TER DE LA LEY N^º 18.933; 2^º, INCISOS SEGUNDO Y FINAL DE LA LEY N^º 20.015, EN LA PARTE QUE ALUDE AL FACTOR ETÁREO; 199 DEL D.F.L. N^º 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, Y 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR LUIS SERAFÍN SOTO POZO

Santiago, diecinueve de mayo de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Que consta en autos que el requirente no ha dado cumplimiento a lo resuelto por el Tribunal a fojas 38 y, atendido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 82 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

Se resuelve: Téngase por no presentado el requerimiento deducido, para todos los efectos legales,

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Rol N^º 1.982-2011

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria Subrogante del Tribunal Constitucional, señora Sandra Ponce de León Salucci.

ROL Nº 1.983-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38 DE LA LEY
Nº 18.933; 2º, INCISOS SEGUNDO Y FINAL, DE LA LEY Nº 20.015,
EN LA PARTE QUE ALUDE AL FACTOR ETÁREO, DE 2005; 199
DEL D.F.L. Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, Y 22
DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES,
DEDUCIDO POR MIRIAM VEGA AGUAYO

Santiago, primero de junio de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1º. Que, mediante presentación de 20 de mayo de 2011, la requirente Miriam Vega Aguayo solicita ser tenida por desistida de la acción de inaplicabilidad deducida en estos autos respecto de los artículos 38 ter de la Ley Nº 18.933, incorporado por el artículo 1º, Nº 15, de la Ley Nº 20.015; 2º, incisos segundo y final, de la Ley Nº 20.015 –en la parte que alude a la tabla de factor etéreo–; 199 del D.F.L. Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud, y 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

2º. Que el artículo 46 de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dispone:

“Artículo 46. Mientras no sea declarada su admisibilidad, las cuestiones promovidas ante el Tribunal por los órganos o personas legitimados podrán ser retiradas por quien las haya promovido y se tendrán como no presentadas.

El retiro de las firmas por parte de parlamentarios que hayan promovido una cuestión ante el Tribunal producirá el efecto previsto en el inciso anterior, siempre que se efectúe antes de que se dé cuenta de ella al pleno o a la sala, según corresponda, y que, por el número de firmas retiradas, el requerimiento deje de cumplir con el quórum requerido por la Constitución Política de la República.

Declarada su admisibilidad, dichos órganos y personas podrán expresar al Tribunal su voluntad de desistirse. En tal caso, se dará traslado del desistimiento a las partes y se comunicará a los órganos constitucionales interesados, confiriéndoles un plazo de cinco días para que formulen las observaciones que estimen pertinentes.

El desistimiento será resuelto y producirá los efectos previstos en las normas pertinentes del Título XV del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, en lo que sea aplicable.”;

3º. Que, mediante resolución de 19 de mayo de 2011, esta Sala admitió a tramitación el requerimiento de autos y, para pronunciarse acerca de su admisibilidad, confirió traslado a la Isapre Cruz Blanca S.A., por el plazo de cinco días, y solicitó a la requirente que, dentro del mismo plazo, acompañara un certificado de fecha reciente, emitido por el Tribunal

que conoce de la gestión *sub lite* y que cumpliera con todas las menciones consignadas en el inciso segundo del artículo 79 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura;

4°. Que esta Sala no se ha pronunciado sobre la admisibilidad del presente requerimiento de inaplicabilidad, siendo, por consiguiente, y conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, arriba transcrito, improcedente en esta etapa procesal solicitar el desistimiento de la acción impetrada;

5°. Que, conforme al inciso primero del citado artículo 46, sí procede en el estado procesal actual de la cuestión promovida ante este Tribunal, su retiro, por lo que así se declarará.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 46 y demás normas pertinentes de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

Téngase derechamente por retirado el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno y por no presentado para todos los efectos legales.

Archívese.

Notifíquese por carta certificada a las partes de este proceso constitucional

Rol N^º 1.983-2011

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

ROL Nº 1.984-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO
QUINTO, DE LA LEY Nº 18.933; 2º, INCISOS SEGUNDO Y
FINAL, DE LA LEY Nº 20.015, Y 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO
RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR BENJAMÍN
VICUÑA PRIETO

Santiago, siete de julio de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1º. Que, con fecha 12 de mayo de 2011, don Benjamín Vicuña Prieto ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso quinto del artículo 38 (en la parte a que alude a la tabla de factor etéreo) de la Ley 18.933, vigente con anterioridad a la Ley Nº 20.015; el artículo 2º, incisos segundo y final de la Ley Nº 20.015 y el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, por cuanto su aplicación en la causa Rol Nº 2.115, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago y luego, en apelación, Ingreso Nº 4869-2011, en la Corte Suprema de Justicia, resultaría contraria al artículo 19, números 2º, 9º, 24º y 26 de la Carta Fundamental;

2º. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*

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

3º. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que *“para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días,*

contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen: “Artículo 79. *En el caso del número 6º del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

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

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

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

“Artículo 80. *El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”;*

4º. Que, por otra parte, el artículo 84 de dicha ley orgánica constitucional establece que:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6º *Cuando carezca de fundamento plausible.*

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

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

5°. Que, a fojas 33, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

6°. Que, con fecha 5 de julio de 2011, previo a resolver acerca de la admisión a trámite, esta Sala ordenó certificar por la señora Secretaria de este Tribunal cuál era el estado actual de la gestión en la que podría incidir el requerimiento, lo cual fue cumplido, constatándose que se revocó la sentencia apelada acogiéndose el recurso de protección y dejándose sin efecto el alza de plan de salud del reclamante por variación del factor etéreo.

El expediente fue devuelto a la Corte de Apelaciones, con fecha 21 de junio de 2011 y que no se registran movimientos posteriores;

7°. Que del examen de autos se colige, en consecuencia, que la gestión judicial en que habría incidido la declaración de inconstitucionalidad materia de autos no está pendiente;

8°. Que esta Magistratura Constitucional en oportunidades anteriores y atendido el mérito de cada caso particular, ha determinado que el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, siendo, así, impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida; y

9°. Que, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha logrado certeza de que la acción constitucional deducida no puede prosperar, toda vez que no cumple con las exigencias constitucionales y legales antes transcritas, al no concurrir el presupuesto de verificarse la existencia de una gestión pendiente ante tribunal ordinario o especial, configurándose, en la especie, la causal de inadmisibilidad del número 3° del ya transcrito artículo 84 de la Ley N° 17.997.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N° 3° del artículo 84 y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 10 de agosto de 2010,

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

Notifíquese por carta certificada a las partes. Archívese.

Rol N° 1.984-2011

Se certifica que el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurrió al acuerdo, pero no firma por encontrarse enfermo.

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

ROL N^º 1.985-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO QUINTO, DE LA LEY N^º 18.933; 2^º, INCISOS SEGUNDO Y FINAL, DE LA LEY N^º 20.015; 199 DEL D.F.L. N^º 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, Y 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR JUAN PABLO PARADA RUÍZ

Santiago, veintiséis de julio dos mil once.

VISTOS:

A fojas 1, don Juan Pablo Parada Ruiz ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38, inciso quinto (en la parte que alude a la tabla de factor etéreo), de la Ley N^º 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N^º 20.015, conocida también como Ley de ISAPRES; 2^º de la Ley N^º 20.015, publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2005; y 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, en la causa sobre recurso de protección deducido en contra de la ISAPRE Cruz Blanca S.A. ante la Corte de Apelaciones de Santiago, rol de ingreso N^º 1825-2011, que se encuentra actualmente pendiente.

En relación a los antecedentes de la referida gestión se indica que el requirente suscribió un contrato de salud con la mencionada ISAPRE el 27 de abril de 2005 (fojas 47) y que mediante carta fechada 31 de enero de 2011 (fojas 39), ésta le informó el aumento que sufriría el precio de su plan de salud –de 6,670 a 7,100 Unidades de Fomento mensuales– por

efecto del cambio del factor de riesgo que correspondía aplicar por variación de la edad del cotizante (39 años, nacido el treinta de octubre de mil novecientos setenta y dos) (fojas 47).

En cuanto al conflicto constitucional que se somete a conocimiento y resolución de esta Magistratura, el actor sostiene que la aplicación de los preceptos legales impugnados para la resolución del asunto judicial pendiente invocado, resulta contraria a las garantías que aseguran los N^{os} 2^o, 9^o, 18^o, 24^o y 26^o del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Como fundamento de lo expresado, el requirente argumenta que al autorizarse a las ISAPRES para ajustar los precios de los contratos de salud en relación con la edad y el sexo de los beneficiarios, las normas legales impugnadas vulnerarían su derecho a la igualdad, puesto que ellas establecen una diferencia entre los distintos grupos etáreos y entre los hombres y las mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, algunos –los de mayor edad– pagan más que otros. Esta diferencia sería arbitraria, ya que la edad y el sexo constituyen hechos involuntarios, correspondientes a estados naturales inimputables a las personas que los viven, suponiendo que por sí solos aumentan necesariamente los riesgos de enfermedad y de requerir atenciones de salud de alto costo, prescindiendo completamente de otros factores. En este punto, el actor también plantea que las normas legales impugnadas atentarían en contra de la justicia al aumentar el precio del contrato de salud en la medida que aumenta la vulnerabilidad de la persona.

Agrega, enseguida, que los preceptos legales cuestionados suponen una cortapisa a la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y al derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado, ya que el fuerte y creciente aumento del precio del plan de salud es una forma indirecta de obligarla a salir del sistema privado de salud, debiendo emigrar al sistema público forzosamente y desapareciendo toda libertad de elección.

Considera también desconocido su derecho a la seguridad social y al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, ya que de aplicarse las normas legales impugnadas para resolver el asunto pendiente de que se trata, se afecta la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el contrato, siendo el fuerte y creciente aumento de precio una forma indirecta de obligarlas a salir del sistema privado de salud, cambiar al sistema público o simplemente quedar sin cobertura de salud por no tener recursos para financiarla.

Estima, asimismo, infringido el derecho de propiedad en la medida en que por vía indirecta, al aumentar en forma creciente y sostenida el precio del plan de salud, puede privarse al afectado del derecho a hacer

uso del sistema privado de salud, así como de los beneficios concretos que éste otorga, bienes que ya se encuentran incorporados a su patrimonio. Señala, además, que se le priva injustamente de una parte de su patrimonio, debido a que no hay una contraprestación equiparable a dicho aumento de precio.

Por último, agrega que se ha infringido la garantía establecida en el artículo 19, N^º 26^º, consistente en la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ella establece o que las limiten en los casos en que la propia Carta lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, aspectos en que las normas impugnadas contravienen los preceptos constitucionales reseñados precedentemente y sus respectivas garantías.

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de diecisiete de mayo de dos mil once (fojas 49), decidió admitir a tramitación el requerimiento.

Posteriormente, por resolución de 3 de junio de 2011 (fojas 58), el Tribunal declaró admisible la acción deducida sólo respecto del artículo 38, inciso quinto, de la Ley N^º 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N^º 20.015, e inadmisibles respecto de los demás preceptos legales impugnados.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, sin que los órganos constitucionales interesados hicieran uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

Habiéndose traído los autos en relación, el 21 de julio de 2011 se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con las causas roles N^{OS} 1.966, 1.962 y 1.969, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se presentó a alegar en la respectiva audiencia.

CONSIDERANDO:

I LA IMPUGNACIÓN

PRIMERO. Que el requirente, don Juan Pablo Parada Ruíz, sostiene que la ISAPRE Cruz Blanca S.A., con quien tiene un contrato de salud previsional desde abril de dos mil cinco, le ha comunicado que su factor de riesgo, correspondiente al plan de salud contratado, cambió de 7.60 a 7.80, al pasar de un tramo a otro de la tabla de factores, aumentando de manera considerable el precio que debe pagar mensualmente a dicha Institución de Salud. Contra esa decisión, en lo que constituye la gestión pendiente de estos autos, el requirente interpuso un recurso de protec-

ción ante la Corte de Apelaciones de Santiago con el objeto de impugnar dicho reajuste;

SEGUNDO. Que, en el marco de dicha gestión, el requirente ha impugnado de inconstitucionalidad el artículo 38 de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015, el artículo 2° de la Ley N° 20.015 y el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

A su juicio, dichas normas infringen los números 2°, 9°, 18°, 24° y 26 del artículo 19 de la Constitución;

TERCERO. Que, mediante resolución de 3 de junio de 2011, se declaró admisible el presente requerimiento sólo respecto del artículo 38, inciso quinto, de la Ley N° 18.933, en lo que se refiere a la tabla de factores. Por lo tanto, esta Magistratura no emitirá pronunciamiento sobre el resto de las normas legales cuestionadas;

II

EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO

CUARTO. Que la norma legal impugnada corresponde al inciso quinto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, que indica:

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

Este inciso fue incorporado por la Ley N° 19.381, publicada en el Diario Oficial en mayo de 1995;

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

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

III

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

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

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

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

Dicha doctrina tiene tres componentes fundamentales. Por una parte, ciertos criterios que debe cumplir la tabla de factores para ser legítima. En primer lugar, este Tribunal ha dicho que la tabla de factores debe tener proporcionalidad en relación a las rentas (STC Rol N^º 1.710, cc. sexagesimoquinto, centesimocuadragésimoquinto y centesimocuadragésimosexto); por lo mismo, no puede generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud (STC Rol N^º 1.710, c. centesimoquinquagesimosexto); no puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas del afiliado (STC Rol N^º 1.710, c. centesimoquinquagesimoquinto); no puede generar la imposibilidad de que el afiliado costee el aumento del precio que su aplicación conlleva (STC Rol N^º 1.710, c. centesimosexagésimo); y no puede obligar a los beneficiarios a emigrar del sistema (STC Rol N^º 1.710, c. centesimoquinquagesimoséptimo).

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

En tercer lugar, el mecanismo debe permitir una intervención del afiliado, sin que pueda limitarse a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional ofrezca (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquincuagesimotercero); no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquincuagesimotercero).

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

NOVENO. Que el segundo componente de esta doctrina es la manera en que este Tribunal ha caracterizado al contrato de salud. Así, ha señalado que el constituyente ha configurado algunas variables de este contrato. Estos tienen que ver con la posibilidad de las Isapres de financiar acciones de salud (artículo 19, N° 9°), con la opción del cotizante entre el sistema estatal o privado (artículo 19, N° 9°), con la cotización obligatoria (artículo 19, N° 9°) y con el control del Estado de las acciones realizadas en el ámbito de la salud (artículo 19, N° 9°). Asimismo, ha sostenido que el contrato de salud es un contrato de tracto sucesivo (STC Rol N° 1.710, c. centesimoseptuagésimo), de orden público (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquincuagesimocuarto) y distinto a un contrato de seguro propio del derecho privado (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquincuagesimocuarto). En el mismo sentido se han pronunciado las sentencias en los roles N°s 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745. Del mismo modo lo ha entendido la Corte Suprema (SCS roles 8837-10, 566-2011 y 9044-10);

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

IV

APLICACIÓN DE ESTOS ESTÁNDARES AL CASO CONCRETO

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

DECIMOSEGUNDO. Que, en efecto, en primer lugar, no hay una proporcionalidad del reajuste ofrecido por la Isapre. Sobre todo si se considera que se ha estimado desproporcionada y carente de razonabilidad la norma que entregaba amplia libertad de actuación a un organismo de

la Administración (STC Rol N^º 1.710, cc. sexagesimoprimer, sexagesimosegundo y centesimocuadragésimoquinto), peor aún resulta entregar la regulación de esta materia a la libertad contractual o, como lo dice la norma, a la libertad de la Isapre, por el desequilibrio de facultades que tiene en su favor (STC roles N^{OS} 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745);

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

En el caso del requirente, su plan de salud tenía un costo de 5,93 y, después del reajuste, pasa a tener un costo de 6,77 UF mensuales. Es decir, aumentó un 14%. Antes del reajuste pagaba, en dinero de hoy, 131 mil pesos y después del reajuste termina pagando casi 150 mil pesos;

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

En efecto, en la tabla que suscribió el requirente, el precio de su plan se encarece con la edad. De hecho, para el caso que nos ocupa, por el cambio de la edad del requirente, el factor aumenta en 0,42, esto es, en un 42%;

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

DECIMOSEXTO. Que, además, el precepto legal objetado tampoco pasa el estándar de la no discriminación. Por de pronto, porque se construye el mecanismo en base a elementos inherentes a la naturaleza humana, como la edad y el sexo. En el caso del requirente, el mecanismo implica que entre más edad tenga él, más caro será su plan. Enseguida, el sistema implica potenciar una discriminación en materia de seguridad social, no sólo en base a edad, sino también en base a ingresos, pues las prestaciones de seguridad social deben tender hacia ser “básicas” –que no es mínimo, sino cubierto todo lo esencial– y “uniformes” –no abiertas y groseramente desiguales– (artículo 19, N^º 18^º);

DECIMOSEPTIMO. Que, por otra parte, en el presente caso, la infracción del artículo 19, N^º 18^º, de la Constitución ocurre de forma incluso más patente que respecto del artículo 38 ter (STC Rol N^º 1.710, c. centesimoquinquagesimonoveno), pues en el caso del precepto legal que

se examina no se establece ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social que el contrato de salud conlleva (STC roles N^{os} 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745);

DECIMOCTAVO. Que, en consecuencia, el requerimiento interpuesto debe acogerse, toda vez que la aplicación del inciso quinto del artículo 38 de la Ley N^o 18.933, impugnado, vulnera el derecho a la protección de la salud (artículo 19, N^o 9^o) y a la seguridad social (artículo 19, N^o 18^o) y, por tanto, resulta contrario a la Constitución.

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

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 19, números 9^o y 18^o, y 93, incisos primero, N^o 6^o, y undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre a lo resuelto únicamente en atención a lo señalado en los considerandos primero a sexto, y teniendo adicionalmente presente que el legislador no precisó suficientemente en el aludido artículo 38, inciso quinto, que se impugna, la forma de fijación de la tabla de factores, según criterios de edad y sexo, la que por sí misma no es contraria a la Carta Fundamental, como lo ha señalado esta misma Magistratura. De este modo, se incumple así el mandato delegado al legislador de establecer la forma y condiciones en que el Estado debe garantizar adecuadamente la ejecución de las acciones de salud, sea que éstas se presten a través de instituciones públicas o privadas, en el marco del principio de subsidiariedad. No corresponde, sin embargo, a través de esta vía procesal constitucional pronunciarse acerca de los aumentos en los valores de los planes de salud que ha sufrido el requirente, todo lo cual es materia propia de la acción de protección, tal como lo ha señalado reiteradamente este previniente (STC Rol N^o 1.710), puesto que la ponderación de los hechos litigiosos de las gestiones respectivas corresponde a los jueces de fondo de la instancia (STC roles N^{os} 1.130, 1.210, 1.266 y 1.324). Finalmente, es del caso tener presente que las tablas de factores se incorporaron a los respectivos contratos, de suerte tal que las acciones de inaplicabilidad no resultan idóneas para declarar la inconstitucionalidad de los contratos suscritos, lo que deberá impugnarse –en su caso– a través de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico.

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

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, quien tiene en cuenta para rechazar el requerimiento las siguientes consideraciones:

1^º. Que el precepto legal impugnado, esto es el artículo 38, inciso quinto, de la Ley N^º 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N^º 20.015, permite a las Isapres alzar el precio de los contratos de salud por diferencias de edad y sexo de los beneficiarios;

2^º. Que la mencionada disposición no contiene, sin embargo, una regulación completa y precisa de las reglas a utilizar por las Isapres en la configuración de la estructura de las tablas de factores que emplean para reajustar el precio de los planes de salud, por lo que no satisface plenamente la exigencia constitucional de que sea la ley la que determine la forma y condiciones en que han de ejecutarse las acciones de salud, como lo prescribe el inciso cuarto del N^º 9 del artículo 19 de la Carta Fundamental;

3^º. Que resulta, entonces, que el artículo 38, inciso quinto, de la Ley N^º 18.933 posibilita el establecimiento de diferencias arbitrarias entre los diferentes grupos de beneficiarios y puede llegar a impedir el acceso a las acciones de salud, lo que resultaría contrario a la Constitución Política;

4^º. Que, sin embargo, en su aplicación concreta al caso sometido a la decisión de este Tribunal no se ha producido tal efecto, atendido que el alza en el precio del plan de salud –motivada por el cambio de factor étareo del beneficiario– es sólo de 0,43 Unidades de Fomento mensuales, aumento que no puede estimarse injustificado pues es admisible un alza moderada en el precio de dichos planes por razones de edad, y tampoco cabe considerar que dicho aumento, por su reducida cuantía, impide el acceso a las acciones de protección de la salud.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander y las prevenciones y disidencia, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N^º 1.985-2011

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

ROL N° 1.986-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 41, INCISO FINAL, DEL D.F.L. N° 850, DE 1997, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 15.840, DE 1964, Y DEL D.F.L. N° 206, DE 1960, SOBRE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE CAMINOS, DEDUCIDO POR EMPRESA ELÉCTRICA DE ANTOFAGASTA S.A.

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 13 de mayo de 2011, a fojas 1, el abogado Aristóteles Cortés Sepúlveda, en representación de Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A. (en adelante indistintamente “ELECDA”), deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 41 del D.F.L. N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del D.F.L. N° 206, de 1960, del mismo Ministerio, sobre Construcción y Conservación de Caminos, en la causa caratulada “Consejo de Defensa del Estado con Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A.”, actualmente pendiente en recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, bajo el Rol de ingreso N° 8.347-2009.

Como antecedentes de la gestión pendiente en que incide el requerimiento de inaplicabilidad deducido, cabe consignar que el Fisco de Chile demandó de cobro de pesos en juicio de hacienda a la empresa requi-

rente, para obtener el reembolso de 516 millones de pesos y fracción, pagados con motivo del traslado de instalaciones eléctricas necesario para la ejecución de las obras viales en la Ruta 25, Sector Circunvalación a Calama y en la costanera norte de la ciudad de Antofagasta.

Esta acción de reembolso de dinero se funda en un oficio en que la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas –en uso de las facultades conferidas por el artículo 41 impugnado–, dispuso el traslado de las instalaciones de esta empresa concesionaria de servicio público de distribución de energía eléctrica, por ser necesario para la ejecución de la obra vial aludida, fijándole un plazo al efecto.

Vencido el plazo, la Dirección de Vialidad solicitó presupuesto a la empresa para realizar las obras, autorizando los pagos respectivos con reserva de su derecho a obtener el reembolso en conformidad con el mismo artículo 41, en relación con el artículo 50 del DFL N^º 850. Luego, demandó el cobro en la gestión judicial actualmente pendiente ante la Corte Suprema, en casación en el fondo.

El Cuarto Juzgado de Letras de Antofagasta, en sentencia de primera instancia de 8 de mayo de 2009, rechazó la demanda del Fisco, fundado en el inciso segundo del artículo 124 de la Ley General de Servicios Eléctricos. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de la misma ciudad, con fecha 6 de octubre de 2009, revocó la sentencia, ordenando el pago al Fisco, fundada en el artículo 41 cuestionado.

El precepto legal impugnado dispone que: *“En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo”*.

En cuanto a la infracción constitucional que se produciría por la aplicación del precepto legal recién reproducido, en cada caso concreto, la requirente ELECDA estima que se conculcaría el artículo 19, N^{OS} 2^º, 20^º, 21^º, 22^º, 24^º y 26^º, de la Constitución Política.

Así, en primer lugar, la Empresa Eléctrica de Antofagasta, sostiene en su requerimiento que el precepto impugnado es inconstitucional, tanto en abstracto como en su aplicación a la gestión *sub lite*. Ello por cuanto la norma, al autorizar a la Dirección de Vialidad para ordenar el traslado de las instalaciones por cuenta exclusiva del propietario “por cualquier motivo”, carece de determinación normativa y vulnera la reserva de ley específica contenida en los numerales 21^º y 24^º del artículo 19 de la Constitución, ya que el legislador no regula de manera cabal y suficiente el ámbito de acción de la autoridad administrativa.

También, desde un análisis en abstracto, la norma permite la imposición de una carga patrimonial constituida por el costo del traslado al propietario de las instalaciones emplazadas en la faja fiscal, a sólo requere-

rimiento de autoridad, constituyendo ello una limitación a la propiedad por una causal diferente de las autorizadas por la Constitución, configurándose una hipótesis de expropiación de hecho, a sólo requerimiento administrativo.

Por otro lado, se refiere al principio general de responsabilidad aplicable a los órganos del Estado, contenido en diversas disposiciones constitucionales (artículos 6°, 7°, 19, N° 24°, 38 y 45), que implica hacer de cargo del Fisco o del organismo que lo ordene, los costos de traslados o modificaciones de instalaciones emplazadas en bienes nacionales de uso público. Así se explicita en diversas disposiciones legales, como por ejemplo, el artículo 47 del mismo D.F.L. 850, en el caso de los acueductos; el artículo 41 del Código de Aguas, en relación con los cauces, y el artículo 15 de la Ley de Servicios de Gas, relativo a los concesionarios distribuidores de gas.

En concreción del mismo principio, el artículo 124, inciso segundo, de la Ley General de Servicios Eléctricos, establece que, con motivo de la construcción de obras en bienes de uso público o fiscales, se podrá disponer que los concesionarios de distribución de energía eléctrica hagan en sus instalaciones las modificaciones necesarias, agregando que *“el costo de estas modificaciones será de cargo del Estado o de la municipalidad u organismo que las haya dispuesto”*. Luego, en la medida que el artículo 41 impugnado, hace excepción a esta regla de responsabilidad de las acciones del Estado, exonerando de los costos de traslado a la Dirección de Vialidad, establece un privilegio a favor de este organismo público y una carga para el propietario de la instalación eléctrica y su patrimonio, que no se condicen con el principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad contenido en los numerales 2°, 20° y 22° del artículo 19 de la Carta Fundamental, sin que exista una justificación razonable para ello.

Agrega ELECDA que, en el caso concreto pendiente ante la Corte Suprema, la aplicación del artículo 41 afecta derechos legítimamente adquiridos por ella, en su calidad de concesionaria de servicio público de distribución de energía eléctrica, calidad que ostenta desde el año 1990, por resolución del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Dentro del régimen aplicable a su concesión se encuentra el artículo 16 de la Ley General de Servicios Eléctricos que le otorga el derecho a ocupar bienes nacionales de uso público, y el citado artículo 124, inciso segundo, de la misma ley que hace de cargo del Estado y las municipalidades los costos asociados al traslado de las instalaciones.

Al desconocer el Fisco y la Corte de Apelaciones de Antofagasta esta regla de compensación de costos, interpretando que en la especie sería aplicable el inciso final del artículo 41 impugnado, se está alterando el régimen concesional, afectando un derecho incorporado al patrimonio de ELECDA, amparado por el artículo 19, N° 24°, de la Constitución; afectando a posteriori el libre desarrollo de una actividad económica con-

forme al régimen legal establecido, amparado por el artículo 19, N^o 21^o, de la Ley Fundamental, y afectando el derecho a la seguridad jurídica dispuesto en el artículo 19, N^o 26^o, de la misma. Se alude, asimismo, a la afectación del principio de confianza legítima en las actuaciones del Estado, al imponerse una carga extraordinaria y no prevista en el ordenamiento sectorial eléctrico.

Además, alega ELECDA que se contraviene su derecho de propiedad, al intentar despojarse de dineros incorporados legítimamente a su patrimonio, conforme a los actos administrativos de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas que aceptaron el presupuesto y autorizaron el pago.

Finalmente, señala que el servicio público de distribución de energía eléctrica tiene como contrapartida un ingreso tarifario calculado legalmente en consideración a los costos involucrados, lo que se conoce como el equilibrio económico de la concesión. En este sentido, de aplicarse el artículo 41 en comento, se alteraría ilegítimamente dicho equilibrio, imponiéndose a ELECDA un gravamen especial, no contemplado para el resto de la industria, contrariando las garantías establecidas en el artículo 19, N^o 20^o y 22^o de la Constitución. Al efecto, se indica que el costo de traslado de las instalaciones no ha sido contemplado como un “costo del servicio”, por lo que no se tiene en cuenta para la fijación de los ingresos tarifarios. En consecuencia, la aplicación del artículo 41 implicaría establecer un costo extraordinario para ELECDA, que nunca podrá ser recuperado a través de las tarifas, afectando su patrimonio, y estando expuesta incluso a que tributariamente se califique como un gasto rechazado.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 19 de mayo de 2011, admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión de la gestión *sub lite*, y por resolución de 20 de junio de 2011, declaró admisible esta acción de inaplicabilidad.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, y del Fisco de Chile, sin que los aludidos órganos constitucionales hicieren uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

A fojas 128, la abogada procuradora fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, Irma Soto Rodríguez, se hizo parte por el Fisco de Chile, y a fojas 194, con fecha 22 de julio de 2011, hizo uso de su derecho a formular observaciones, instando por el rechazo del requerimiento interpuesto por la Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A.

Parte la representante del Fisco señalando que la Ley N^o 19.474, de 1996, en el marco del desarrollo vial del país en los años 90, modificó el artículo 41 de la Ley del Ministerio de Obras Públicas, estableciendo, por una parte, en su inciso tercero, el pago de derechos por las concesionarias de servicios de utilidad pública que necesitaren colocar postaciones en

caminos públicos, pero precisando que ello sólo sería exigible respecto de concesiones otorgadas después de la publicación de la Ley Nº 19.474; y por otra parte, en su inciso final nuevo, que en caso de que fuere necesario el traslado de instalaciones en caminos públicos, su cargo sería de costo del propietario o conforme a las condiciones establecidas en el contrato de concesión, con el propósito de evitar que la Dirección de Vialidad tuviera que soportar dicho gasto.

Así, se afirma que las concesionarias anteriores a la Ley Nº 19.474 continúan utilizando bienes públicos sin prestación alguna a cambio. Luego, resulta lógico y razonable que el cambio de instalaciones, de ser necesario, se haga a su costo. Agrega que el Estado es dueño y administrador de los bienes nacionales de uso público entre los que se encuentran los caminos, siendo así constitucionalmente legítimas las facultades que el inciso tercero y siguientes del artículo 41 aludido otorgan a la Dirección de Vialidad para autorizar la colocación, el retiro o el traslado de instalaciones de servicios de utilidad pública en ellos. En todo caso, aplicando *a fortiori* el inciso cuarto del artículo 41, la decisión del traslado de las instalaciones no es de libre decisión administrativa, sino motivada, y estas limitaciones al uso de los caminos públicos tienen fundamento en el interés general y la utilidad pública.

Añade el Fisco que el requerimiento de ELECDA envuelve una cuestión de simple legalidad y no de constitucionalidad, consistente en determinar si los costos del traslado de las instalaciones corresponden al interesado, según alega ELECDA, por aplicación de las normas de la Ley General de Servicios Eléctricos, o si corresponden al propietario según sostiene la Dirección de Vialidad, invocando el artículo 41, inciso final, del D.F.L. Nº 850, en su texto posterior a la Ley Nº 19.474. Así se desprenden de los escritos de discusión del juicio y del mismo recurso de casación presentado por la requirente ante la Corte Suprema, donde se aprecia que la discusión en la gestión *sub lite* está volcada en dos temas de legalidad: la aplicación de la ley en el tiempo y el alcance de las normas en función de su generalidad o especialidad. Se trata de una cuestión de recta interpretación y aplicación de leyes concurrentes, que determinaría que el presente requerimiento de inaplicabilidad es inadmisibile.

Entrando a las infracciones constitucionales específicas invocadas por ELECDA, el Fisco sostiene, primero, que no se afecta el derecho de propiedad de la concesionaria de servicio de utilidad pública. Ello porque el dueño de los bienes nacionales de uso público es el Estado y no el particular. Los concesionarios de servicios eléctricos son beneficiarios de la explotación lucrativa de bienes comunes o públicos en virtud de un acto unilateral de permiso de la Administración, siendo jurídicamente improcedente sostener que la facultad conferida por la concesión o permiso atribuya un derecho de propiedad privada.

Además, en cuanto al contenido de este derecho de aprovechamiento de bienes públicos, tanto el respectivo decreto supremo que otorgó la concesión, como el artículo 15 de la Ley General de Servicios Eléctricos, disponen que queda sujeto a las leyes futuras que se dicten al respecto. Ello, de modo congruente con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que señala que el derecho real adquirido bajo la vigencia de una ley subsiste bajo el imperio de la nueva, pero sujeto a esta última en cuanto a sus goces y cargas. Por último, lo relativo al costo de los traslados no es un derecho esencial en el aprovechamiento otorgado al concesionario, quien, en contraste con los terrenos privados, puede utilizar gratuitamente los caminos públicos.

En segundo lugar, el Fisco aduce que no hay afectación de la esencia de un derecho, toda vez que el imponer al concesionario, por razón de mejoramiento o ampliación de la vía pública, que traslade a su costa las instalaciones, no le priva ni limita su beneficio de explotar el giro de distribución de energía eléctrica, ni su derecho a usar gratuitamente los caminos públicos. El continuar gozando del bien público sin tener que incurrir en el gasto del traslado por interferir en una obra pública, es una mera expectativa y no un derecho patrimonial. Se trata de una cuestión accesoria que no compromete el contenido esencial de la concesión.

En tercer lugar, el Fisco indica que no se afecta el libre ejercicio de actividades económicas, pues esta garantía constitucional, conforme al mismo artículo 19, N^º 21^º, de la Constitución, no es de carácter absoluto, pues el constituyente habilitó al legislador para prohibir y regular ciertas actividades económicas. Además, en la especie, tanto la Ley Eléctrica como el respectivo decreto de concesión sujetaron el derecho del concesionario eléctrico a las leyes que se dictaren en el futuro.

Enseguida, el Fisco consigna que tampoco se afecta la garantía constitucional de la igualdad, ya que no es efectivo que el artículo 41 impugnado establezca un privilegio a favor de la Dirección de Vialidad y una carga respecto del propietario de las instalaciones, a diferencia de lo que ocurre con otras normas citadas por la actora, como el artículo 47 del mismo D.F.L. N^º 850, el artículo 41 del Código de Aguas y normas de la Ley de Servicios de Gas, todas las cuales dejan de cargo del Estado o del organismo que lo ordenó, el costo del traslado de las instalaciones. Sin perjuicio de señalar que la referencia al artículo 47 es improcedente, ya que se refiere a terrenos privados, el Fisco aduce que la norma del inciso final del artículo 41 corresponde a una importante modificación legislativa plasmada en la Ley N^º 19.474, que sólo se refiere al cambio de instalaciones en caminos públicos por interferir en la construcción de nuevas obras viales. Ello constituye una decisión de política económica del Estado, fundada en el interés público, destinada a aliviar el gasto público y que de ningún modo puede considerarse como una discriminación injusta ni ca-

rente de razonabilidad, ni tampoco que el precepto cuestionado imponga una carga anormal, especial y extraordinaria, teniendo en cuenta que el concesionario sigue usando gratuitamente los bienes públicos.

Por otro lado, respecto a la inconstitucionalidad per se del artículo 41, alegada por ELECDA, y la insuficiencia normativa que afectaría la reserva legal, el Fisco expresa que la reserva legal en la Constitución de 1980 no excluye absolutamente la potestad reglamentaria. En todo caso el punto no es atingente en la especie, ya que no es efectivo que el Director de Vialidad pueda actuar potestativa y arbitrariamente pues, como ya se dijo, el mismo D.F.L. N° 850 alude a una serie de motivos para ordenar el traslado de las instalaciones, como, por ejemplo, fines de seguridad y de desarrollo futuro de las vías, sin que pueda entenderse que la expresión “cualquier motivo” que emplea el precepto impugnado pueda permitir el libre capricho o arbitrio del Director de Vialidad. Se trata de motivos necesarios, para el traslado, conforme al inciso cuarto del artículo 41. Luego, la normativa se encuentra estructurada enmarcando y dirigiendo el actuar de la Administración, señalando el Fisco categóricamente que no hay “insuficiencia normativa”. Concluye que, en la especie, el traslado de las instalaciones de ELECDA se justificaba por ser necesaria para ampliar y mejorar una importante carretera pública.

Finalmente, el Fisco sostiene que la orden de trasladar instalaciones a costa de su propietario no constituye una limitación no autorizada por la Carta Fundamental. Como se dijo, esta limitación proviene de la ley, de los criterios de mérito o conveniencia del legislador –que conforme a la “deferencia razonada” reconocida por este Tribunal Constitucional deben presumirse constitucionales– y no de la discrecionalidad del Administrador.

Esta limitación a la actividad de la empresa eléctrica obedece a cuestiones vinculadas a las garantías constitucionales del derecho a la vida, a la salud y a la libertad ambulatoria. Luego, es un exceso retórico lo afirmado por la requirente en orden a que los propietarios “*sufrirían una expropiación de hecho que operaría a mero requerimiento administrativo*”.

A fojas 211 se ordenó agregar a los antecedentes el escrito de la requirente ELECDA presentado con fecha 22 de julio de 2011.

A fojas 216 se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla, agregándose la causa para su vista conjunta con la causa Rol N° 1.992 en la tabla de Pleno del día 10 de noviembre de 2011, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Aristóteles Cortés, por la requirente Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., y María Eliana Ricke Gebauer, por el Consejo de Defensa del Estado.

Por resolución de fecha 24 de noviembre de 2011, se ordenó como medida para mejor resolver en esta causa, requerir a la Comisión Nacio-

nal de Energía y a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para que informen a esta Magistratura si los costos de los traslados de instalaciones ordenados por la Dirección de Vialidad conforme al artículo 41 del D.F.L. N^º 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, pueden o no ser traspasados por la Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A. a las tarifas de los respectivos suministros, dándose cuenta del cumplimiento de dicha medida para mejor resolver con fecha 24 de enero de 2012.

Y CONSIDERANDO:

I
LA IMPUGNACIÓN

PRIMERO. Que, como se ha señalado, la gestión pendiente está dada por una acción de cobro de pesos, interpuesta por el Fisco en juicio de hacienda, caratulado “Fisco de Chile con Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A.”, ante el Cuarto Juzgado de Letras de Antofagasta, y actualmente en tramitación ante la Corte Suprema bajo el Rol N^º 8.347-2009. La demanda fue deducida con fecha 27 de agosto de 2008 y a través de ella se persigue el reembolso de los montos de dinero pagados a la Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., por parte de la Dirección de Vialidad, para cubrir los costos del traslado de la red eléctrica de esa compañía, con ocasión de la construcción de los proyectos viales denominado “Reposición, Ampliación de la Ruta 25, Sector Circunvalación a Calama (III^a Etapa), Provincia de El Loa, II^a Región” y “Mejoramiento Costanera Norte, II^a Etapa, Antofagasta, II^a Región”. Dicha Dirección ordenó a ELECDA el traslado de las redes, en mayo de 2005. Posteriormente y por resoluciones de julio y agosto de 2005, la Dirección de Vialidad aceptó el presupuesto de dicho traslado, presentado por la empresa, autorizándose el pago respectivo, “sin perjuicio de la facultad para demandar su reembolso”.

Es en el marco de la tramitación del juicio antes señalado que se impugna por inconstitucional la aplicación del inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N^º 850 de 1997;

SEGUNDO. Que el precepto impugnado ante este Tribunal es el inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N^º 850. Dicho artículo dispone que:

“Artículo 41. Las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad y están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, y respecto de aquellos caminos que construya el Ministerio de Obras Públicas, y que no estén sujetos al sistema de concesiones establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N^º 164, de 1991, del mismo Ministerio, este último otorgará concesiones a particulares mediante decreto supremo, y según el procedimiento estipulado en el citado cuerpo legal. Estas

concesiones se otorgarán mediante licitación pública, sobre terrenos que no podrán exceder del 5% del total de la superficie de la faja requerida para la construcción del camino, aledaños a caminos públicos, situados fuera de los límites urbanos de una comuna y expropiados con el exclusivo propósito de instalar en ellos servicios para los usuarios de la vía, tales como hoteles, estaciones de servicio, restaurantes, paradores de vista u otros similares. Para tales efectos, el expropiado, o el propietario colindante, en su caso tendrá prioridad en caso de igualdad de condiciones en el proceso de licitación de la concesión, la que deberá, además, materializarse en conformidad a las bases respectivas o dentro de un plazo máximo de tres años.

Sin perjuicio de sus atribuciones, la Dirección de Vialidad podrá autorizar, en la forma y condiciones que ella determine, con cargo a sus respectivos propietarios, y previo pago de los derechos correspondientes, la colocación de cañerías de agua potable y de desagüe; las obras sanitarias; los canales de riego; las tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables; las postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica y, en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales regidas por esta ley. Estos derechos serán exigibles respecto de aquellos permisos y contratos de concesión otorgados con posterioridad a la publicación de la Ley N° 19.474.

Dichas autorizaciones deberán otorgarse, a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas. La Dirección de Vialidad no tendrá responsabilidad u obligación alguna por el mantenimiento y conservación de dichas instalaciones, siendo obligación de sus propietarios el conservarlas en buenas condiciones.

La Dirección de Vialidad, mediante resolución fundada, podrá ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo, previa restitución de los derechos pagados, en proporción al tiempo que reste para que la autorización a que se refiere el inciso tercero, llegue a su término.

En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo.”;

TERCERO. Que, de acuerdo a la parte requirente, la norma cuya constitucionalidad se ha cuestionado presenta serios defectos en su estructura normativa, siendo *per se* inconstitucional, además de generar, en el caso concreto, efectos contrarios a la Carta Fundamental.

La inconstitucionalidad del precepto legal impugnado se fundaría, por tanto, en dos tipos de consideraciones. En abstracto, el requirente

formula tres objeciones. En primer lugar, la vulneración de la reserva legal para la regulación de los derechos constitucionales, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 63, N^º 2^º, y 19, N^º 26^º, de la Constitución. En este caso, la vaguedad de la fórmula legal contravendría la reserva de ley, al no excluir la posibilidad de intervenciones directas de la autoridad administrativa. En segundo lugar, el precepto impugnado contemplaría una expropiación de hecho, al imponer una carga patrimonial que opera a requerimiento de la autoridad administrativa. Sin embargo, tal carga no se justifica en ninguna de las causales que la Constitución establece para efectos de autorizar limitaciones a la propiedad. La tercera objeción que esgrime la parte requirente para fundar la inconstitucionalidad del precepto, es el establecimiento de diferencias arbitrarias, contraviéndose triplemente el principio de igualdad: en primer lugar, al privilegiarse a la Dirección de Vialidad, respecto de los demás órganos del Estado; enseguida, el propietario de instalaciones eléctricas sería perjudicado en su relación con la Dirección de Vialidad, en comparación con los demás órganos del Estado; y, finalmente, se privilegiaría a los concesionarios de obras viales, reduciendo sus costos, en comparación con los demás concesionarios de obras públicas.

El precepto también resultaría inconstitucional en la especie, afirma el requirente, por las siguientes razones. En primer lugar, por cuanto su aplicación importaría desconocer derechos legítimamente adquiridos, que se han incorporado al patrimonio del requirente, en virtud del acto concesional, lesionándose así el derecho de propiedad sobre los mismos. En segundo lugar, se afectaría la seguridad jurídica en su faz subjetiva, esto es, la confianza legítima. En tercer lugar, se privaría de sumas de dinero legítimamente percibidas por ELECDA, lo que implica otra lesión al derecho de propiedad constitucionalmente protegido. Y, finalmente, se alteraría el equilibrio económico concesional, al incorporar un costo que no ha sido contemplado para la fijación de los ingresos tarifarios, lesionándose, en consecuencia, los numerales 20^º y 22^º del artículo 19 de la Constitución;

II ANTECEDENTES

CUARTO. Que es importante consignar previamente a examinar el fondo del cuestionamiento formulado en el presente requerimiento, que ante los tribunales ordinarios se ha planteado discusión sobre el precepto impugnado. Esta discusión ha estado centrada en dos aspectos.

De un lado, sobre su retroactividad, pues se ha objetado la fecha a partir de la cual se aplica. El precepto, tal como está en la actualidad, fue incorporado a nuestro ordenamiento, como veremos más adelante,

en septiembre de 1996, por la Ley N° 19.474. Se ha formulado cuestionamiento respecto de su aplicación a instalaciones eléctricas construidas antes de esa fecha. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que no hay vulneración de la irretroactividad, pues lo relevante es el momento en que se dispone el traslado, no la fecha de construcción de las instalaciones. Por lo mismo, ha sostenido que si la autoridad dispone el cambio de ubicación, después de septiembre de 1996, carece por completo de trascendencia la fecha de instalación primitiva (SCS 3171/2003).

Del otro, se ha discutido sobre su especialidad. En este caso se ha objetado que el D.F.L. N° 850, del Ministerio de Obras Públicas (MOP), de 1997, prime sobre disposiciones sectoriales que rigen determinadas actividades. Así, se lo ha puesto en antinomia con la Ley de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 1, 1982, de Minería, artículos 16 y 124), sosteniendo que ésta es una normativa especial respecto del artículo 41 de dicho D.F.L. N° 850. Sin embargo, la Corte Suprema ha considerado que esta disposición es especial respecto de todas las otras normas que se refieren en términos generales a los bienes nacionales de uso público (SCS 3171/2003; 6091/2007);

III ASUNTOS SOBRE LOS CUALES ESTE TRIBUNAL NO SE PRONUNCIARÁ

QUINTO. Que este Tribunal no puede pronunciarse, en abstracto, mediante un recurso de inaplicabilidad, sobre determinados preceptos legales. Eso es algo que puede hacer, pero en uso de otras facultades que le encomienda la Constitución. En la inaplicabilidad esta Magistratura examina la constitucionalidad del precepto legal a la luz de los hechos de la causa correspondiente. Realiza, por lo mismo, un examen concreto del o de los vicios que se reprochan a la norma (STC roles N°s 480 y 546);

SÉXTO. Que este Tribunal tampoco puede realizar un análisis de conflicto normativo de leyes. Si una ley es más especial que otra o tiene efectos retroactivos, es algo que le corresponde resolver a los jueces del fondo, pues se trata de un asunto de legalidad. Esta Magistratura sólo es competente para conocer de conflictos entre leyes y la Constitución, pero no entre preceptos legales;

SÉPTIMO. Que, finalmente, no se pronunciará sobre el impacto que tiene la aplicación del artículo impugnado en los ingresos tarifarios de la compañía, pues no ha sido cuestionado ningún precepto legal relativo a las tarifas de la empresa requirente. Por ello, descarta examinar una posible vulneración al artículo 19, N° 21, de la Constitución;

IV CAMINOS PÚBLICOS Y FAJA DE CAMINOS PÚBLICOS

OCTAVO. Que, por otra parte, antes de analizar la norma impugnada, es necesario precisar dos conceptos que ésta emplea: el de camino público y el de faja de camino público;

NOVENO. Que la noción de camino público corresponde al género “vía”. Esta es la denominación con que la Ley de Tránsito designa a “*calle, camino u otro lugar destinado al tránsito*” (artículo 2^º, N^º 46, Ley de Tránsito).

La misma ley define camino como una “*vía rural destinada al uso de peatones, vehículos y animales*” (artículo 2^º, N^º 7), contraponiéndola a avenida o calle, que es la “*vía urbana destinada a la circulación de los peatones, de los vehículos y de los animales*” (artículo 2^º, N^º 4).

Conforme a la Ley de Tránsito, entonces, el distingo entre camino y avenida o calle no tiene que ver con su funcionalidad; en ambos casos es la misma: la circulación. Tiene que ver con su ubicación. El camino es rural; la calle es urbana.

No es distinta la definición que entrega el D.F.L. N^º 850, de 1997, del MOP, de caminos públicos. Estos son “*las vías de comunicación terrestres destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público*” (artículo 4^º).

Las definiciones coinciden en que se trata de vías rurales (fuera de los límites urbanos) destinadas al libre tránsito. Lo que agrega esta última es que las fajas de los caminos son bienes nacionales de uso público.

Los caminos, de acuerdo al D.F.L. N^º 850, pueden ser nacionales o regionales. Los primeros son “*el Camino Longitudinal, los que unen las capitales de provincia con el Longitudinal y los que sean calificados como tales por el Presidente de la República*”. Los segundos son el resto de los caminos públicos (artículo 25);

Que el otro concepto central del precepto impugnado es el de las fajas de los caminos públicos. Estas son caracterizadas por el ya citado D.F.L. N^º 850, de 1997, del MOP, de la siguiente manera:

El artículo 24 del precepto señala expresamente que las fajas de los caminos públicos son bienes nacionales de uso público. Con esa declaración, el legislador estableció una reserva o *publicatio*. Como lo ha dicho este Tribunal, “*mediante ella, el legislador establece que unos bienes determinados o toda una categoría de ellos, en razón de que por su uso o destino deben pertenecer a la nación toda, dejan de ser susceptibles de apropiación, quedando entregados al uso público*” (STC Rol N^º 1.281). Ello implica una serie de consecuencias: el bien queda fuera del comercio humano, se sujeta a un régimen jurídico especial y sobre él no hay propiedad sino uso (STC roles N^{OS} 245 y 1.281).

Sin embargo, como ha sostenido esta Magistratura, la reserva o “*publicatio*”, “*si bien excluye la apropiación de los bienes que la componen por particu-*

lares, no excluye a éstos del uso privativo que puedan obtener, es decir, no quedan marginados del tráfico jurídico. Mediante ciertos títulos habilitantes, la Administración encargada de la administración del bien demanial, entrega no el bien, pues atentaría contra su inalienabilidad, sino que reparte, por motivos de interés público, derechos de utilización o aprovechamiento privativo sobre determinadas porciones del dominio público con un destino específico” (STC Rol Nº 1.281);

DÉCIMO. Que, enseguida, las fajas de los caminos públicos son bienes entregados en administración a la Dirección de Vialidad (artículo 41), quien tiene a su cargo su cuidado y mantención (artículo 18, inciso tercero).

A continuación, el ancho de las fajas es fijado por decreto supremo, a propuesta de la Dirección de Vialidad (artículo 29, Nº 1).

Asimismo, “están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo” (artículo 41, inciso primero). De ahí que los usos alternativos, como la colocación de avisos (artículo 38) o la instalación de cualquier tipo de obra (artículo 41, incisos tercero y siguientes), requieren autorización de la Dirección de Vialidad, quien puede negar dicho permiso si el uso se opone al de los caminos (artículo 41, inciso cuarto);

V

LA NORMA IMPUGNADA

DECIMOPRIMERO. Que en el marco de estas potestades de administración se inserta la de disponer el cambio de ubicación de las instalaciones autorizadas en la faja de un camino público.

En efecto, el precepto impugnado permite que la Dirección de Vialidad pueda ordenar que se cambie la ubicación de instalaciones, como tuberías o cables o postaciones, que ocupen las respectivas fajas de caminos públicos;

DECIMOSEGUNDO. Que, entonces, como efecto de que la ley se encarga de señalar que bajo la Dirección de Vialidad está la administración de las fajas, como lo señala el artículo 41, inciso primero (“*las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad*”), para que un particular pueda utilizar en forma permanente dicha porción de bien nacional de uso público, requiere la autorización de esa entidad;

DECIMOTERCERO. Que, en realidad, lo que se entrega, técnicamente, es un permiso. Este es un acto administrativo favorable, mediante el cual se concede el uso privativo, con facultades de uso y goce, de una porción de un bien nacional de uso público, por un tiempo determinado, sustrayéndolo al uso común. La doctrina lo denomina “permiso de ocupación” y lo entiende como un “*acto administrativo por medio del cual se otorga un uso especial del dominio público*” (Reyes Riveros, Jorge; “Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso

público”; Editorial Jurídica, 1960, p. 166), o como “*un acto administrativo por medio del cual se otorga en forma exclusiva y excluyente un cierto uso de poca importancia jurídico-económico-social, sobre un bien de dominio público*” (Montt Oyarzún, Santiago; “El dominio público”; Editorial Conosur, Santiago, 2002, p. 308). Dicho permiso es caracterizado como discrecional, unilateral y precario (Reyes R., Jorge; ob. cit., págs. 176 y siguientes; Montt O., Santiago; ob. cit., págs. 317-318).

Lo que sucede es que, en este caso particular, la Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N^º 4, de 2006, Economía) establece que las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho de usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión (artículo 16). Esta norma, entonces, establece un derecho legal a usar ciertos bienes, pero condicionado a que se dicte un acto administrativo favorable por parte de la Dirección de Vialidad, que es la encargada de administrar la faja de los caminos públicos. En este sentido, la Dirección de Vialidad remueve el obstáculo para ejercer el derecho. Ello lo hace muy cercano a una autorización. De ahí la denominación que la ley le otorga a este acto.

La exigencia de dicho permiso no merece un reproche de inconstitucionalidad, pues, como lo ha dicho esta Magistratura, las autoridades que entregan las concesiones de servicio público de distribución eléctrica, no son quienes tienen a su cargo la administración de determinados bienes nacionales de uso público (STC Rol N^º 1.669). Por lo mismo, para respetar esta distribución competencial, es necesario que se invoque la concesión, otorgada por una autoridad, para obtener el permiso, concedido por quien tiene a su cargo la tutela del bien respectivo, siempre que se cumplan los requisitos propios de tal permiso;

DECIMOCUARTO. Que recordemos que el uso de los bienes nacionales de uso público puede ser de dos tipos. Por una parte, está el uso común. Este es aquel que corresponde a todas las personas. Se trata de un uso anónimo, temporal, y no requiere título alguno. En segundo lugar, está el uso privativo. En este caso, la autoridad encargada de su administración entrega, por actos específicos, la ocupación temporal del bien a un particular, con un propósito de interés público, generalmente a título oneroso. Dicho uso es privativo porque implica un uso exclusivo y excluyente del bien. El beneficiario de un uso privativo puede excluir al resto de las personas que accedan a él. Por eso requiere un título habilitante, que puede ser el permiso o la concesión. Sin ese título, hay uso común del bien. Dicho de otra forma, el permiso o la concesión sustraen del uso común ciertos bienes (STC roles N^{os} 1.281 y 1.669);

DECIMOQUINTO. Que el mencionado permiso puede permitir la colocación de distintas instalaciones. La ley menciona las siguientes: “*cañerías de agua potable y de desagüe*”; “*obras sanitarias*”; “*canales de riego*”;

“tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables”; “postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica”. Pero emplea una fórmula global: *“en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público”.*

Es necesario resaltar que el uso que se entrega permite hacer obras en el suelo y en el subsuelo de dichas fajas. Se trata, en consecuencia, de un uso intenso;

DECIMOSEXTO. Que, sin embargo, el otorgamiento de dicho permiso está sujeto a ciertas regulaciones. Por de pronto, no se debe entorpecer el uso del camino. La ley señala que las fajas de los caminos *“están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo”* (artículo 41); y que la autorización para ocupar dicha faja debe negarse si se opone al uso de los caminos públicos (artículo 41, inciso cuarto).

Además, la ley señala que la autorización la debe otorgar la Dirección, pero establece una serie de causales para negarla. Junto con oponerse al uso de los caminos, la ley señala varias otras causales. Así, la autoridad no debe dar el permiso si se afecta *“la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías”*; debe precaverse que las instalaciones *“no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona”*. La ley también señala que la autoridad debe negar el permiso si no es *“posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas”*.

Enseguida, las instalaciones son de cargo del respectivo propietario, sin que la Dirección tenga responsabilidad u obligación alguna por su mantenimiento y conservación, debiendo su dueño conservarlas en buenas condiciones (artículo 41, incisos tercero y cuarto). A continuación, dicho uso está sujeto al pago de derechos. Sin embargo, por mandato del inciso tercero del artículo 41 del D.F.L. N° 850, MOP, 1997, dichos derechos sólo son exigibles respecto de aquellos permisos otorgados con posterioridad al 30 de septiembre de 1996, fecha de publicación de la Ley N° 19.474. Asimismo, la Dirección de Vialidad puede establecer condiciones al otorgar el permiso (artículo 41, inciso tercero). Del mismo modo, la autoridad puede *“mediante resolución fundada, ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo”* (artículo 41, inciso quinto);

Que, de este modo, no hay libertad para ocupar las fajas de los caminos públicos, pues se requiere permiso de la Dirección de Vialidad. Dicho permiso lo puede dar la autoridad siempre que se cumplan ciertos supuestos: es onerosa; no compromete la responsabilidad de la Dirección; las instalaciones son retirables y susceptibles de cambiar de ubicación, y están entregadas, en cuanto a su puesta física, a su conservación y mantenimiento, a su propietario;

DECIMOSÉPTIMO. Que es en el marco de dichas regulaciones que la ley entrega una facultad a la Dirección de Vialidad para ordenar cambiar las instalaciones que fueron autorizadas. Por lo mismo, no es la única determinación que se puede adoptar respecto de ellas;

DECIMOCTAVO. Que el cambio de ubicación está sujeto también a ciertas regulaciones.

Desde luego, lo debe disponer la Dirección de Vialidad, fundándose en cualquier motivo que lo haga necesario, atendida la variedad de situaciones que se pueden plantear.

Enseguida, es un cambio de ubicación, no una prohibición de uso ni un retiro. Es un traslado desde el lugar en que fueron originariamente autorizadas. El traslado es, por tanto, una transferencia temporal de la faja a otro lugar, mientras ésta permanece ocupada por obras del camino o se crea otra por ampliación del mismo.

Finalmente, el traslado debe ser *“hecho por cuenta exclusiva del propietario”*;

DECIMONOVENO. Que el cambio de ubicación de las instalaciones está sujeto a un procedimiento regulado por el artículo 51 del D.F.L. N^º 850. Este parte por la dictación de la resolución que ordena el traslado, la cual debe notificarse por oficio y por carta certificada. En dicha decisión, la Dirección de Vialidad debe señalar el motivo que hace necesario cambiar la ubicación.

Enseguida, la autoridad fija un plazo prudencial dentro del cual deben ejecutarse los trabajos.

A continuación, pueden suceder tres posibilidades. La primera es que el afectado cumpla la medida. La segunda es que no haga nada. En ese caso, la Dirección debe ordenar hacer el presupuesto del traslado, el que sirve de título ejecutivo para cobrar su valor. Notificado el infractor y obtenidos los fondos, la obra se ejecuta con cargo a éstos. La tercera alternativa es que el afectado reclame administrativamente, mediante la interposición de los recursos que correspondan (artículos 15 y 59, Ley N^º 19.880), o ante el Juez de Letras respectivo, dentro del término de diez días (artículo 50, D.F.L. N^º 850);

VIGÉSIMO. Que esta facultad de la Dirección de Vialidad se encontraba en el texto legal anterior a la modificación de 1996, que introdujo la Ley N^º 19.474. Dicha norma establecía: *“en caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del interesado”* (artículo 19, D.F.L. 206, 1960, MOP). La norma predecesora de dicho D.F.L., la Ley N^º 4.851, no contemplaba una norma en este sentido;

VIGESIMOPRIMERO. Que, como se observa, el principal cambio de este inciso dice relación con que el texto previo a 1996 hacía de cargo del interesado el costo del traslado; en cambio, el texto vigente hace de cargo del *“respectivo propietario”* lo anterior.

Sin embargo, la Ley N° 19.474 no introdujo un único cambio.

Por de pronto, reforzó las facultades de la Dirección de Vialidad al señalar expresamente que las fajas de los caminos son de su competencia (artículo 41, inciso primero). Enseguida, se eliminó la gratuidad por el uso de la faja, salvo para quienes tuvieran concesiones o permisos previos a su entrada en vigencia. A continuación, privilegió el uso de los caminos, al permitir que la Dirección pudiera rechazar los permisos “*que se opongan al uso de los caminos públicos*” (artículo 41, inciso cuarto);

VIGESIMOSEGUNDO. Que el inciso final del artículo 41, con otra redacción, iba en el texto original del Mensaje del Presidente de la República que dio origen a la Ley N° 19.474. En él se señalaba que la normativa vigente en esa época, que hacía de cargo del interesado el costo del traslado, atentaba “*contra las funciones del Ministerio de Obras Públicas al requerirse el cambio por razones de servicio*”.

El texto que se incorporó en definitiva fue producto de un veto del Ejecutivo, que se fundó, por una parte, en que “*el vocablo interesado puede presentar dificultades de precisión en su aplicación práctica*”. Por la otra, en que el propio artículo 41 emplea el concepto más preciso de “*respectivo propietario*”.

En este sentido, hay que señalar que el artículo 41 se refiere al propietario para los siguientes efectos. En primer lugar, para señalar que las instalaciones son de cargo de los respectivos propietarios. En segundo lugar, para indicar que es de cargo de dichos propietarios el mantenimiento y conservación de las instalaciones. En tercer lugar, que es de cargo de éstos el traslado de las instalaciones.

En la Sala del Senado, el entonces Ministro de Obras Públicas, Ricardo Lagos Escobar, sostuvo: “*Entonces, lo que procura el veto del Ejecutivo es clarificar que, en este caso, en lugar de la expresión vigente –“el interesado”–, se utilice la más precisa de “el respectivo propietario”. Será al propietario de las postaciones –el que las colocó gratuitamente en la faja pública–, si mañana el camino se va a ampliar o hay que hacerle modificaciones, a quien corresponderá correr el riesgo. Si la empresa de utilidad pública no se arriesga, que pague por la servidumbre*”;

VIGESIMOTERCERO. Que hay que recordar, asimismo, que durante la tramitación de la Ley N° 19.474, en el Congreso Nacional, se estableció la onerosidad por el uso de la faja fiscal, con la excepción de aquellos permisos otorgados antes de su entrada en vigencia, el 30 de septiembre de 1996. Por lo mismo, para los nuevos permisos, dicho uso dejó de ser gratuito.

En contraste, el inciso final del artículo 41 no estableció ninguna excepción respecto de que el traslado debía ser hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario;

VIGESIMOCUARTO. Que el veto del Ejecutivo fue aprobado por 22 votos a favor y 14 en contra. Por lo mismo, es relevante destacar las

razones que tuvieron quienes concurrieron a dicha aprobación, porque reflejan la voluntad positiva del legislador de aprobar una ley.

En primer lugar, se destacó el término de la gratuidad del uso de la faja fiscal. Se dieron varias razones para ello. Destaca, de una parte, la intervención del entonces senador Errázuriz, quien señaló: *“La utilización gratuita de las fajas por parte de empresas eléctricas, de comunicaciones o de otro rubro ya no se justifica. La ley antigua establecía que las podían usar gratis por tratarse de empresas estatales. Pero hoy son privadas y, sin embargo, continúan ocupándolas sin pagar nada por ellas. Se dispone, en consecuencia, que deberán cancelar los derechos que se establezcan y que la concesión, en caso de haber más de un interesado, deberá entregarse al que ofrezca más en la licitación, recibiendo el Ministerio, por esta vía, recursos adicionales que le permitirían construir los nuevos caminos que se requieran. Porque, repito, todo ya no es del Estado, porque hoy existe competencia privada por ocupar esas superficies de terreno.”* De otra, lo señalado por el entonces Ministro de Obras Públicas, Ricardo Lagos Escobar: *“en la actualidad, quien transite entre Santiago y Valparaíso por la ruta 68 debe pagar un peaje. Hoy, aquellos que acceden a la faja fiscal no pagan nada”;*

VIGESIMOQUINTO. Que, en segundo lugar, es importante señalar las razones que se dieron para que las empresas asumieran el costo del traslado de las instalaciones.

Una primera razón es el hecho de que la empresa ocupara gratuitamente la faja de los caminos. El Ministro de Obras Públicas de la época sostuvo: *“Mover las cañerías tiene un costo: la discusión consiste en determinar quién paga el costo. ¿Es justo que el costo lo pague quien gratuitamente cedió a la empresa el uso de la faja fiscal? De ser así, sería insólito, ya que la faja fue adquirida por el fisco mediante expropiación, lo que significa que tuvo que pagar por ella”*. Más adelante, agregó: *“Y, entonces, se presenta una situación paradójica: las empresas de utilidad pública obtienen gratuitamente estas fajas, y cuando el Ministerio tiene que realizar modificaciones en los caminos, debe hacerlo con cargo a su propio presupuesto. Nos parece una situación absurda”*. El senador Errázuriz, por su parte, señaló: *“La dificultad surge por el hecho de que anteriormente esas empresas no pagaban. Por esa razón, estimo lógico lo señalado por el señor Ministro: quien ha estado utilizando, sin costo alguno, un lugar público, obteniendo beneficios por ello, por lo menos tiene que costear el cambio de ubicación de los postes, ductos, etcétera, cuando el país requiera ampliar los caminos o construir nuevos”*.

Una segunda razón que se entregó, es que el Estado tiene que asumir, en el caso de las carreteras concesionadas, el costo de la expropiación para hacer el camino y la faja adyacente. Al respecto, el Ministro de Obras Públicas señaló: *“lo que se está pagando por expropiaciones alcanza cifras extraordinariamente elevadas, pese a tratarse de la utilización de una faja que es fiscal. La autopista de la ruta Santiago-San Antonio vale 120 millones de dólares;*

y 30 millones son para el pago de expropiaciones, es decir, el 25 por ciento del valor de esa obra. Y las empresas utilizan esa faja de terrenos y no podemos cobrarles. Sólo se paga por el análisis de los planos, etcétera. Y cuando tenemos que construir una nueva vía, debemos incurrir en gastos extraordinarios”.

Una tercera razón que se dio, es que si las empresas dueñas de las instalaciones no querían exponerse al costo del traslado, debían abstenerse de usar la faja y contratar una servidumbre. Al respecto, el Ministro de Obras Públicas sostuvo: “Las empresas en cuestión accedieron gratuitamente al uso de la faja fiscal. ¡Gratuitamente! En consecuencia, asumieron el riesgo de que la faja fiscal cambiara en algún momento. Ahora, si quieren estar a cubierto de esa eventualidad, deben concurrir al mercado y comprar una servidumbre de tránsito para pasar por en medio de un potrero”. En el mismo sentido, se expresó el senador Errázuriz: “la empresa deberá enfrentar el riesgo de la incertidumbre, económica o legal, del eventual traslado de sus instalaciones, si el avance del progreso así lo exige, y hacerse cargo de los costos correspondientes. Eso será parte de los gastos que tendrá que internalizar cuando haga una oferta para usar servicios, caminos u obras públicas”. El mismo argumento utilizó el entonces senador y actual Presidente de la República, Sebastián Piñera, quien sostuvo: “Hacia adelante, si por alguna razón se produce un cambio del trazado en una concesión otorgada por el Ministerio sobre una faja que a él, a su vez, le tocó obtener a través de una compra o expropiación, por lo que incurrió en los gastos propios de ella, no parece razonable que, habiendo otorgado tal concesión en forma gratuita, le corresponda incurrir en esos gastos. Lo importante es que las empresas de utilidad pública sabrán que deberán estimar hacia futuro la probabilidad de que haya un cambio en los trazados de las rutas. Si no quieren asumir ningún riesgo, siempre podrán optar por un camino alternativo a su propio costo, por la vía de obtener las concesiones o los usufructos de los privados, o simplemente la propiedad de los terrenos por donde quieran hacer pasar sus líneas o lo que les corresponda”;

VIGESIMOSEXTO. Que, finalmente, al analizar el cambio de regulación, hay que considerar que las concesiones de servicio público de distribución son otorgadas con el deber de respetar la legislación presente y los cambios que se le introduzcan en el futuro (artículo 15, Ley General de Servicios Eléctricos). Con ello, no se hace más que materializar el que los goces y cargas de un derecho surgido en una legislación anterior, debe sujetarse a la nueva normativa en esos aspectos, como una manera de conciliar adecuadamente los cambios de legislación y su impacto en la vida jurídica.

En todo caso, que la empresa deba asumir el costo del traslado, como se verá más adelante, no afecta la esencia de los derechos del concesionario y se ubica dentro de las limitaciones legítimas a la propiedad que permite la Constitución;

VI ALEGACIONES QUE SE DESCARTAN

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, respecto al fondo del requerimiento, es necesario señalar que esta Magistratura rechaza el alegato de la requirente en torno a que se hubiesen vulnerado presuntos derechos adquiridos. En primer lugar, porque eso supondría emitir un juicio de legalidad: si el traslado se dispuso bajo el marco de la nueva normativa, introducida en 1996, o no. Más todavía, cuando la Ley N^º 19.474 no contempló excepciones en la materia, como sí lo hizo respecto de la onerosidad por el uso de la faja adyacente a los caminos. Sólo podemos constatar que el traslado se dispuso a principios de 2005, por la Dirección de Vialidad;

VIGESIMOCTAVO. Que, en segundo lugar, para esta Magistratura la propiedad puede recaer sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, pero no hay propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica (STC roles N^{os} 467 y 1.452). El legislador puede cambiar las condiciones del ejercicio de un derecho (STC roles N^{os} 1.361 y 1.452);

VIGESIMONOVENO. Que, en tercer lugar, la ocupación de la faja de los caminos por instalaciones nació condicionada a eventuales traslados. La norma que lo permite viene de al menos 1960, sin alteraciones. En eso no se innovó en 1996, con la Ley N^º 19.474;

TRIGÉSIMO. Que esta Magistratura también rechaza el alegato de la requirente en torno a que se habría pasado a llevar la protección de la confianza legítima.

Desde luego, porque no fundamenta adecuadamente la manera en que ésta es recogida constitucionalmente y cuáles serían las condiciones bajo las cuales operaría. No basta afirmar que esta se funda en la seguridad jurídica. Además, se objeto una ley, no un acto administrativo. El punto es relevante, porque las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad (STC Rol N^º 309), la que implica que su contrariedad con el contenido de la Ley Fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes (STC Rol N^º 549); por lo mismo, sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción de que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella (STC Rol N^º 309). Está en juego el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí (STC Rol N^º 309).

Asimismo, tal alegato exige un estándar de prueba extremadamente alto, porque puede afectar el que sea el legislador el que defina los marcos jurídicos aplicables a una actividad (artículo 19 constitucional, N^º 21°); porque puede incidir negativamente en la dinamicidad de los mercados

regulados, respecto de los cuales la Constitución expresamente permite que el legislador modifique o derogue sus normas (artículo 63), siendo la ley una regulación de carácter innovador (STC Rol N° 370). Enseguida, aquí no ha existido ningún cambio brusco de la legislación. Desde que se envía el Mensaje del proyecto que originó la Ley N° 19.474, en septiembre de 1993, hasta su publicación, en septiembre de 1996, transcurrieron tres años. Además, desde esa fecha, hasta que se ordena por la autoridad el traslado, el 2005, transcurrieron 9 años;

VII

LAS LIMITACIONES AL DOMINIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIGESIMOPRIMERO. Que esta Magistratura debe abocarse, entonces, a analizar si es efectivo que se afecte el derecho de propiedad de la requirente, privándola de facultades esenciales, pues es el único reproche que queda subsistente, después de haberse descartado todos los demás.

Al respecto, esta Magistratura considera que la facultad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones en la faja adyacente a caminos públicos, es una limitación al dominio que se enmarca dentro de su función social;

TRIGESIMOSEGUNDO. Que el Tribunal Constitucional ha admitido con anterioridad una serie de limitaciones legales al dominio, que es necesario recordar para el adecuado examen del presente cuestionamiento.

En primer lugar, ha validado la franja televisiva impuesta a los canales de televisión de libre recepción (STC Rol N° 56). En segundo lugar, ha validado la obligación legal de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas (STC roles N°s 245, 1.141 y 1.215). En tercer lugar, ha considerado que se ajustan a la Constitución los porcentajes de terreno que el urbanizador debe destinar y donar para áreas verdes y equipamiento comunitario (STC Rol N° 253). En cuarto lugar, ha considerado que el cambio del precio de un contrato, que pasa de ser libre a regulado, también es una limitación legítima (STC Rol N° 506). En quinto lugar, ha considerado legítimo el pago de los gastos por accidentes que sufran los bomberos por parte de las compañías de seguros (STC Rol N° 1.295). En sexto lugar, ha considerado que el soterramiento de redes eléctricas es una limitación legítima, que puede establecer el legislador (STC Rol N° 1.669). Finalmente, ha establecido como legítimo la existencia de mecanismos de caducidad, la existencia de plazos fatales, el rol activo de las partes, en el procedimiento de concesión minera destinados a asegurar el interés público comprometido en la realización efectiva de actividades mineras (STC Rol N° 1.994);

TRIGESIMOTERCERO. Que, a propósito de estos fallos, el Tribunal ha establecido una serie de criterios para definir la legitimidad de dichas limitaciones.

En primer lugar, ha determinado el criterio de que éstas deben ser mesuradas y razonables (STC Rol N^º 56 y 253), de modo que no ocasionen daños innecesarios o impongan un gravamen de magnitud considerable (STC Rol N^º 1.141); o la medida sea proporcionada (STC Rol N^º 506, 1.141 y 1.215); o que no entorpezcan gravemente la actividad, hasta hacerla inviable por excesiva onerosidad (STC Rol N^º 1.669).

Enseguida, ha considerado que es un criterio legítimo el que las limitaciones no desnaturalicen otros bienes jurídicos. Así lo ha hecho respecto del acceso a las playas, al considerarlo como un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público (STC roles N^{os} 245, 1.141 y 1.215).

A continuación, el Tribunal también ha considerado como criterio la función pública que cumple la actividad sujeta a la limitación (STC roles N^{os} 56 y 506).

Otro criterio es si la actividad que soporta la limitación tiene privilegios, como el régimen selectivo o restrictivo de acceso a las concesiones de televisión (STC Rol N^º 56).

También ha considerado como criterio el que la actividad reciba beneficios, como en cesiones gratuitas (STC Rol N^º 253) o las compañías de seguros respecto de la actividad de los bomberos (STC Rol N^º 1.295).

Finalmente, ha considerado que estas limitaciones no pueden importar privaciones (STC roles N^{os} 245 y 334) o afectar el núcleo del derecho (STC Rol N^º 1.298);

TRIGESIMOCUARTO. Que, por otra parte, ha contemplado dos resguardos para los titulares de la propiedad. En primer lugar, el que las limitaciones deben ser restrictivas (STC roles N^{os} 146 y 334). En segundo lugar, el que éstas deben ser impuestas por el legislador en sus elementos esenciales (STC roles N^{os} 146 y 370);

VIII

EL PRECEPTO OBJETADO ES UNA LIMITACIÓN AL DOMINIO

TRIGESIMOQUINTO. Que las limitaciones al dominio pueden ser definidas de dos maneras.

Por una parte, pueden ser definidas positivamente. En este sentido, las limitaciones, como ha dicho esta Magistratura, “*importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros*” (Aylwin, Patricio; “*Derecho Administrativo*”; T. III; Editorial Universitaria; Santiago, 1959, pág. 169); han sido definidas como “*aquellos deberes no indem-*

nizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último” (Rajevic, Enrique; “Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”; en *Revista Chilena de Derecho*; Vol. 23 N° 1, pág. 46). En consecuencia, no son más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar.” (STC Rol N° 1.295). Las limitaciones son “la delimitación jurídica de la específica opción legislativa por la extensión de las facultades dominicales y sus cargas” (Aldunate Lizana, Eduardo; “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”; en *Revista Chilena de Derecho*; vol. 33 N° 2, 2006, págs. 285-303).

Por la otra, pueden ser concebidas negativamente, diferenciándolas de las privaciones. En tal sentido, esta Magistratura ha señalado que “un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa... Toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta” (STC Rol N° 505);

TRIGESIMOSEXTO. Que las limitaciones emanan de la función social de la propiedad, que es reconocida por distintos ordenamientos jurídicos constitucionales. Así lo hacen la Constitución alemana (artículo 14), la italiana (artículo 42), la austríaca (artículo 6°), la española (artículo 33) y la portuguesa (artículo 90). En Latinoamérica, reconocen dicha función la Constitución brasileña (artículo 5°, N° 22), la colombiana (artículo 58), la mexicana (artículo 27), la peruana (artículos 70 y 72), la costarricense (artículo 45), la venezolana (artículo 115) y la boliviana (artículo 56);

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que dicha función social fue incorporada a nuestro ordenamiento por una reforma constitucional a la Constitución de 1925 (Ley N° 16.615, de 20 de enero de 1967). El texto original de la Constitución del 25 señalaba: “El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la lei imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”.

La reforma constitucional de 1967 estableció lo siguiente: “La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.”;

TRIGESIMOCTAVO. Que, explicando este cambio, Pedro Jesús Rodríguez (“La propiedad privada”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIX, enero-abril 1972, primera parte, págs. 111 a 142), sostuvo que esta reforma puso término a la identidad de los intereses privados del dueño de la propiedad con los intereses sociales. *“Su profundo sentido fue reconocer que en el ejercicio de la propiedad privada está comprometido el interés público y que puede ser distinto y ajeno al del propietario, y aun contrapuesto, cuando proviene de aspiraciones y urgencias colectivas... El profundo significado de estas disposiciones fue someter la propiedad privada a los requerimientos colectivos, mediante sanción ulterior de leyes que, partiendo de la limitada, configuraron el derecho social de propiedad privada”*;

TRIGESIMONOVENO. Que, respecto a la actual Constitución, el artículo 19, N^º 24^º, inciso segundo, establece tres reglas en materia de función social de la propiedad. En primer lugar, que ésta se traduce en limitaciones y obligaciones. En segundo lugar, que sólo la ley puede establecerlas. En tercer lugar, que la función social se justifica en causales taxativamente precisadas por la Constitución: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental;

CUADRAGÉSIMO. Que dicha función no está definida por el constituyente (STC Rol N^º 245).

Sin embargo, es posible encontrar algunos antecedentes en la etapa de elaboración de la Constitución. En el Memorándum de 16 de agosto de 1978, dirigido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al Presidente de la República, es posible encontrar dos ideas. Por una parte, que *“la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos”* (STC Rol N^º 245). Por la otra, se señala lo siguiente: *“Respecto de las limitaciones al dominio, dice que “constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social. Es, entonces, la función social de la propiedad la que justifica las limitaciones y obligaciones que el legislador puede imponer.”* (STC Rol N^º 245).

Enseguida, este Tribunal ha señalado que dicha función significa que la propiedad *“tiene un valor individual y social, por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: “la propiedad obliga”, para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad”* (STC Rol N^º 245);

CUADRAGESIMOPRIMERO. Que en el mismo sentido se expresa la doctrina. Así, para Lautaro Ríos (“El principio constitucional de la función social de la propiedad”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia,

tomo LXXXIV, número 2, págs. 57-73), “*la función social no se opone –necesariamente– a la función individual de la propiedad. Se trata, más bien, de una coordinación de intereses; pero si ellos entran en conflicto, se concede primacía a la función social*”. Dicho autor agrega que la función social es un “*encauzamiento y –por ende– una orientación limitativa del ejercicio del dominio*”.

Para Humberto Nogueira (“Derechos fundamentales y garantías constitucionales”; tomo 4º; Editorial Librotecnia; Santiago, 2010, p. 182), “*el contenido esencial del derecho de propiedad incluye su función social, la cual es parte del derecho mismo. La utilidad individual (interés del propietario) y la función social (satisfacción de los intereses de la sociedad) son elementos vertebrales inescindibles del derecho de propiedad, conformando su contenido básico en cada una de las categorías de bienes. La propiedad entraña obligaciones, su uso debe estar al servicio del bien común, que es prevaleciente frente al interés particular del propietario*”.

Para José Luis Cea (“Derecho Constitucional Chileno”, tomo II; Ediciones PUC; Santiago, 2012, págs. 574-575), en relación con la función social, “*es inconcebible imaginar o entender ese derecho sin las restricciones y deberes que legitiman su ejercicio por el dueño*”, (ésta es) “*un elemento estructural del dominio, es decir, es parte del derecho mismo, concerniente a su esencia, y no algo adicionado o superpuesto por el Estado a él*”. “*Es el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro*”. Más adelante agrega que “*es un criterio delimitador del contenido esencial y del modo de ejercer el dominio, por lo cual tiene cualidad prescriptiva y no sólo descriptiva, operando como pauta para que la propiedad sirva a su destino natural*”. La función social “*es expresión del principio de solidaridad, por su estrecha vinculación con la contribución que el dominio tiene que otorgar a la satisfacción de los intereses generales de la sociedad política y a la realización concreta del bien común en ella*”;

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que dicha función social se aplica a todo tipo de propiedad. Como ha dicho este Tribunal, “*esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad.*” (STC Rol Nº 506). Como ha dicho en otra sentencia, “*la Constitución no formula distinción o exclusión alguna que impida al legislador regular y limitar todas las especies de propiedad en el marco habilitante ya transcrito y establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada. Cabe concluir entonces que la Carta Fundamental establece los mismos criterios limitativos, cualquiera sea el bien*

objeto del derecho de propiedad adquirido, y que, en definitiva, es a esta Magistratura a quien le corresponde precisar, en esta sede de control, hasta dónde la ley, por esta vía, puede limitar el derecho de propiedad o imponerle obligaciones que no importen transgredir el estatuto constitucional de este derecho;” (STC Rol N^º 1.309);

CUADRAGESIMOTERCERO. Que la posibilidad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones de una faja de un camino público es una limitación al dominio, en primer lugar, porque establece una obligación de hacer, consistente en el deber que tiene el propietario de la instalación de sacarla del lugar en que se encuentra, manteniendo la propiedad sobre ella.

En segundo lugar, porque la ocupación de una porción de un bien nacional de uso público, que tienen ciertas empresas, emana de un permiso otorgado por la autoridad. Dicho permiso sustrae del uso común un bien que podrían utilizar todos. El permiso es, en sí, una limitación.

En tercer lugar, porque se funda en una de las causales que la Constitución contempla como justificadoras de la función social: los intereses generales de la Nación. Estos, ha dicho este Tribunal, citando al profesor Enrique Evans, “*expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden*” (STC Rol N^º 334). En el mismo sentido lo ha definido la doctrina. Así, para Cea, dichos intereses son todo “*cuanto convenga o beneficie al país en su conjunto, aunque pueda referirse a sectores de su población, áreas de actividad o zonas geográficas específicas o determinadas dentro de él*” (ob. cit.; p. 578). Para Nogueira (ob. cit.; p. 183), es “*todo cuanto beneficie y posibilite el desarrollo del país en su conjunto, aun cuando ello se concrete en determinadas zonas geográficas, actividades específicas o posibilite el desarrollo del país*”;

CUADRAGESIMOCUARTO. Que este interés general se materializa en el derecho de todos los habitantes a circular por los caminos públicos. De conformidad al artículo 107 de la Ley de Tránsito, “*los conductores tienen el derecho a transitar en sus vehículos por las vías públicas, salvo las excepciones que establece esta ley y las medidas que, en caso contrario y en casos especiales, adopte la autoridad competente*”.

Dicho derecho es la concreción de la libertad de locomoción, que implica, entre otras cosas, “el trasladarse de uno a otro lugar” dentro de la República (artículo 19, N^º 7^º, Constitución), sin pedir permiso o autorización, y sin trabas;

CUADRAGESIMOQUINTO. Que este derecho de tránsito está especialmente garantizado por la Ley de Tránsito. Por de pronto, facultando a la autoridad para retirar los vehículos en ciertos supuestos. Por ejemplo,

si se trata de vehículos abandonados en la vía pública (artículo 156); de vehículos que hayan sufrido un desperfecto y entorpecen el tránsito (artículo 173), pues, en esos casos, se dificulta el tránsito. Enseguida, porque la ley se preocupa de establecer que las vías públicas sólo pueden destinarse a cumplir su objetivo, prohibiendo que se destinen a otros fines que no sea el tránsito de vehículos (artículo 160). Finalmente, porque la ley tipifica los casos en que ese libre tránsito puede ser afectado. Así, la autoridad puede prohibir por causas justificadas la circulación de todo vehículo o de tipos específicos de éstos, por determinadas vías públicas (artículo 113); también se faculta a dicha autoridad para autorizar en casos calificados que una determinada vía o calle sea destinada a un uso distinto del tránsito de vehículos (artículo 161) o con tránsito restringido para la circulación de vehículos y peatones (artículo 112);

CUADRAGESIMOSEXTO. Que la preocupación por esta libertad ambulatoria se manifiesta también en que hay Ministerios encargados de lograr tal propósito. Así, por una parte, el Ministerio de Transportes es el que establece nacionalmente la normativa de tránsito (artículo 4º, Ley de Tránsito). Por la otra, el Ministerio de Obras Públicas está encargado del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales (artículo 1º, D.F.L. Nº 850, MOP, 1997). Específicamente corresponde a la Dirección de Vialidad la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y reparación de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecutan con fondos fiscales o con aportes del Estado (artículo 18, D.F.L. Nº 850, MOP, 1997);

CUADRAGESIMOSÉPTIMO. Que, entonces, la posibilidad de traslado de instalaciones en las fajas de los caminos se funda en el beneficio que para la sociedad toda trae consigo el mejoramiento de los caminos, necesidad que impone dicho traslado;

IX

EL PRECEPTO ES UNA LIMITACIÓN legítima AL DOMINIO

CUADRAGESIMOCTAVO. Que si el traslado de las instalaciones dispuesto por la autoridad es una limitación al dominio, queda por analizar si ésta es legítima. Es decir, si cumple los criterios que este Tribunal, interpretando la Constitución, ha establecido para ello;

CUADRAGESIMONOVENO. Que, en primer lugar, la norma reprochada cumple el criterio de que la limitación sea mesurada y razonable. Por de pronto, porque hay una orden de traslado. No se expulsa del uso de la faja a las instalaciones, pues pueden permanecer en un determinado lugar diferente al que en un momento determinado ocupen. No hay

una prohibición o una orden de retiro. De hecho, las instalaciones fueron trasladadas y reinstaladas en la faja.

Enseguida, porque hay un beneficio para el requirente, consistente en que puede usar gratuitamente la faja. Todas las otras instalaciones que ocupen la faja, después de 1996, deben pagar por ello.

Finalmente, si la autoridad puede ordenar el retiro de toda instalación, sin derecho a indemnización, no se advierte por qué debería pagar por un mero traslado. No hay que olvidar que el permiso de ocupación tiene un grado de precariedad mayor que el de una concesión;

QUINCAGÉSIMO. Que, en segundo lugar, cumple el criterio de que no se debe desnaturalizar el uso principal de la faja. Esta es un bien nacional de uso público, destinado al libre tránsito. El traslado se dispuso para mejorar ese uso principal, pues se iba a ensanchar y mejorar el camino al que accedía;

QUINCAGESIMOPRIMERO. Que es tan central este uso principal, que hay una serie de sujetos que sufren restricciones para asegurar dicho libre tránsito.

En primer lugar, lo sufren los vehículos que transitan por dichos caminos. Estos necesitan patente, permiso de circulación y certificado de seguro obligatorio (artículo 51, Ley de Tránsito). Además, deben estar inscritos en el Registro de Vehículos Motorizados, presumiéndose propietario la persona a cuyo nombre fuera inscrito (artículos 39, inciso primero, y 44, Ley de Tránsito). También deben tener condiciones técnicas de construcción, de seguridad, comodidad, presentación y mantenimiento, definidas por el ordenamiento jurídico (artículo 62). Así, deben tener neumáticos en buen estado (artículo 69), frenos y luces (artículo 70), una serie de elementos, como velocímetros, parachoques, rueda de repuesto, cinturones de seguridad (artículo 75). Asimismo, la carga no puede exceder pesos máximos (artículo 65). Del mismo modo, el vehículo no puede contaminar (artículo 78) y debe tener revisión técnica al día (artículo 89).

En segundo lugar, sufren estas limitaciones los conductores de dichos vehículos. Estos necesitan tener licencia para conducir, la que deben llevar consigo (artículos 5° y 6°). También deben obedecer y respetar las señales de tránsito (artículo 95); respetar los límites de velocidad (artículos 117 y 144); respetar el sentido del tránsito o de la circulación (artículos 116, 120 y 122); respetar la distancia entre vehículos (artículo 126). Asimismo, no pueden conducir si no están en condiciones físicas o psíquicas suficientes (artículo 109); si se encuentran en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol (artículo 110).

En tercer lugar, sufren limitaciones los dueños de predios colindantes a los caminos públicos. Así, estos dueños tienen prohibido ocupar las fajas de 35 metros, medidos a cada lado de los cierros actuales, con construcciones de tipo definitivo que en el futuro perjudiquen su ensanche

(artículo 39). También, los predios rústicos colindantes deben permitir la extracción de tierras, arena, piedras y demás materiales análogos que fueren necesarios para construir y conservar los caminos (artículo 45). Además, la que los obliga a soportar su uso para restablecer el tránsito, si éste se interrumpiere por destrucción u obstrucción motivada por fuerza mayor o caso fortuito (artículo 46). Del mismo modo, los dueños de los predios colindantes deben proporcionar el agua que se necesite para construir los caminos (artículo 48);

QUINCAGESIMOSEGUNDO. Que, para garantizar ese libre tránsito, se confiere una serie de facultades a la Dirección de Vialidad. Así, ésta tiene la facultad de disponer la reapertura o ensanche de los caminos (artículo 26); también puede ordenar restablecer el tránsito, autorizando el uso de los terrenos colindantes para ello (artículo 46); además, tiene deberes de mejoramiento, defensa, reparación y conservación (artículo 18); asimismo, puede prohibir el acceso que constituya peligro para la seguridad del tránsito o que entorpezca la libre circulación (artículo 40);

QUINCAGESIMOTERCERO. Que en el mismo sentido se enmarca la prohibición de ocupar, cerrar, obstruir o desviar los caminos públicos (artículo 35);

QUINCAGESIMOCUARTO. Que no se advierte razón que justifique que quienes ocupan dichas fajas gratuitamente, no tengan la limitación de soportar el costo de un traslado de sus instalaciones. La pregunta es por qué no van a tener estas restricciones, si una serie de otros sujetos, para garantizar el libre tránsito por los caminos, sufre restricciones a sus derechos;

QUINCAGESIMOQUINTO. Que el tercer criterio que ha establecido este Tribunal para legitimar las limitaciones, es la función pública que desempeña el concesionario.

En efecto, la concesión de servicio público eléctrico implica dar suministro de energía a usuarios finales ubicados en una zona de concesión. Por lo mismo, las empresas sólo pueden destinar sus instalaciones de distribución al servicio y al alumbrado público (artículo 7°, Ley General de Servicios Eléctricos, en adelante LGSE). Como ha dicho esta Magistratura, *“se trata, en consecuencia, de una propiedad afecta a un fin específico, de enorme impacto en la industria, en el trabajo, en la oficina, en el hogar, en los centros de enseñanza, en los lugares de entretención o de esparcimiento. Resulta difícil encontrar una actividad donde este insumo no se utilice. El concesionario, por lo mismo, no realiza una actividad cualquiera. Realiza un emprendimiento que exige continuidad o no interrupción o suspensión del servicio (artículo 16 B, Ley N° 18.410), seguridad en su prestación (artículo 139, Ley General de Servicios Eléctricos), coordinación (artículo 138), calidad (artículos 41, 130 y 146) y no discriminación –debe dar servicio dentro del área de concesión a cualquier usuario que lo solicite– (artículo 125)”* (STC Rol N° 1.669).

Por lo mismo, no es una propiedad cualquiera, sino sujeta a regulaciones que buscan garantizar el cumplimiento de dicha finalidad de servicio público;

QUINCAGESIMOSEXTO. Que, por lo demás, los concesionarios de distribución de energía eléctrica están sujetos a una serie de obligaciones o prohibiciones que la LGSE les impone, semejantes a la que la empresa requirente cuestiona. Por ejemplo, ha dicho este Tribunal, no pueden transferir la concesión o parte de ella sin la autorización del Ministerio de Energía (artículo 47, LGSE); las servidumbres que pueden imponer a los privados se deben establecer en conformidad a los planos aprobados en el decreto de concesión (artículo 48); los propietarios de las líneas están obligados a permitir el uso de sus postes, torres y otras instalaciones que sean necesarias (artículo 52); en el trazado de las líneas, en lo posible, no pueden cortar o podar árboles (artículo 222); toda la operación del sistema eléctrico es coordinada para garantizar la seguridad y la operación más económica (artículos 118, 137 y 138, LGSE); las concesionarias deben disponer permanentemente de suministro de energía que les permita satisfacer el total del consumo proyectado de sus consumidores (artículo 131); el concesionario debe mantener las instalaciones en buen estado y en condiciones de evitar peligro para las personas o cosas (artículo 139) (STC Rol N^º 1.669).

No es, entonces, el pago del traslado de instalaciones la única obligación que el concesionario debe soportar;

QUINCAGESIMOSÉPTIMO. Que, en cuarto lugar, también la limitación cumple el criterio de tener en cuenta las limitaciones en el contexto de privilegios que pueda disfrutar el afectado.

En efecto, en primer lugar, como ya se ha indicado, el concesionario puede usar gratuitamente y de modo exclusivo, un pedazo de un bien nacional de uso público, un bien que es de todos y que, de no mediar el permiso, podrían usar todos.

En segundo lugar, como lo ha dicho esta Magistratura, los concesionarios de servicio público tienen una serie de privilegios: “*hay una suerte de monopolio natural en la zona de concesión (artículo 17, LGSE); puede disponer de servidumbres en terrenos privados (artículo 48, LGSE); cobra una tarifa que le asegura una rentabilidad económica mínima (artículo 152, LGSE) y que deben pagar todos los usuarios, sin excepción (artículo 151 de la misma ley)*” (STC Rol N^º 1.669). Ello se justifica por la importancia que tienen los servicios básicos y en particular la electricidad, para la vida de las personas.

En tercer lugar, los concesionarios tienen una serie de facultades, que les permiten imponer obligaciones a particulares, incluso más intensas que la que se cuestiona en este requerimiento, como lo ha reconocido esta Magistratura (STC Rol N^º 1.669).

Por una parte, se encuentra la facultad que tienen las empresas conce-

sionarias para exigir a los usuarios que soliciten servicio dentro del área de concesión, un aporte financiero reembolsable para ejecutar ampliaciones de capacidad, o para la extensión de las instalaciones existentes hasta el punto de empalme del peticionario (artículos 126, 127 y 128, LGSE). No obstante que en su área de concesión las empresas distribuidoras están obligadas a dar servicio (artículo 125), la ley les permite que puedan solicitar este aporte, previo contrato que deben firmar con el usuario. En este caso, la empresa pide al usuario financiar la obra de ampliación o extensión. La equivalencia está dada porque para el usuario no obtener el suministro con el cual producir otros bienes, o consumir la energía en el hogar, la industria, el comercio, etc., es una verdadera orden negativa. Es decir, una prohibición de acceso a dicho suministro.

Por otra, las concesiones de distribución crean a favor del concesionario el derecho a imponer las servidumbres necesarias para tender líneas a través de propiedades ajenas (artículo 51, LGSE). El dueño del predio afectado tiene la facultad de exigir que las instalaciones no crucen por ciertos lugares especiales (artículo 54) y a que se le pague el valor de los terrenos y una indemnización (artículo 69); pero no puede perturbar el libre ejercicio de la servidumbre (artículo 57); y debe permitir la entrada de inspectores y trabajadores para efectuar reparaciones (artículo 56).

Ambas figuras son semejantes al traslado de redes. En el caso *sub lite*, la autoridad, como consecuencia de administrar la faja adyacente a los caminos públicos y con el propósito de garantizar un mejor libre tránsito, dispone su traslado. En las facultades que tienen las empresas, éstas imponen obligaciones a privados para que pueda llevarse a cabo la distribución de la energía;

QUINCAGESIMOCTAVO. Que, finalmente, se cumple el último criterio: que la limitación no se convierta en privación del dominio.

En efecto, en la obligación de traslado, en primer lugar, no hay desplazamiento patrimonial. Lo que existe es un mandato de hacer, que la empresa debe llevar a cabo, como consecuencia de tener sus instalaciones en un bien nacional de uso público. Dicha obligación es trasladar las redes de modo temporal, hasta que se mejore el camino público en cuya faja se encuentran ubicadas. En esa obligación, las instalaciones siguen siendo de propiedad de las concesionarias, no pasan a dominio de la Dirección de Vialidad.

En segundo lugar, no hay privación, porque no hay daño. El eventual perjuicio económico que signifique el traslado, se compensa con el uso gratuito de la faja, que la empresa ha usado pacífica y tranquilamente por prácticamente diez años, contados desde 1996. Ha tenido tiempo suficiente para amortizar sus inversiones.

En tercer lugar, no hay privación porque no se afecta el funcionamiento de la empresa. Esta podría perfectamente ubicar sus instalaciones en

los predios privados colindantes al camino. Pero eso implicaría un costo por el pago de las servidumbres de paso. Prefiere, por tanto, instalarse en la faja del camino público, por su gratuidad. Pero eso la sujeta a eventuales traslados y a órdenes de retiro que pueda disponer la autoridad.

y VISTO lo dispuesto en los artículos 19, N^{OS} 20° y 24°, y 93, N^º 6°, de la Constitución Política de la República, así como en las normas pertinentes de la Ley N^º 17.997, orgánica constitucional de esta Magistratura,

SE RESUELVE:

Que se rechaza el requerimiento de fojas 1, dejando sin efecto la suspensión de procedimiento decretada en estos autos, a cuyo efecto deberá oficiarse al tribunal respectivo.

Que no se condena en costas a la requirente, por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

El Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán dejan constancia de que concurren a la sentencia que rechaza el requerimiento deducido, por estimar que dicha decisión se conforma con el mérito del presente proceso constitucional; pero cumple con hacer presente –tal como se hizo presente en los autos roles N^{OS} 1.863; 1.993, 2.043, 2.077, 2.078, 2.079 (ac) y 1.991 que no comparte ciertos enfoques doctrinarios de la sentencia, especialmente sobre la naturaleza del derecho del concesionario eléctrico a usar bienes nacionales de uso público para el ejercicio de su actividad y en cuanto a la justificación de las cargas que recaen sobre ese derecho, en lugar de los cuales tiene presente lo siguiente:

1°. Si bien hay doctrina que sostiene que la utilización exclusiva o preferente de un bien estatal o público por parte de un particular no puede ejercitarse sino en virtud de un acto unilateral de la Administración, descrito como un acto administrativo denominado permiso, de carácter discrecional, unilateral y precario, crecientemente la legislación nacional se inclina por consagrar también, como fuente de ese derecho, un contrato: el de concesión. Así lo hacen, por ejemplo, el Decreto Ley N^º 1.939 (artículos 57 y siguientes); la Ley N^º 18.695 (artículo 36); la Ley N^º 18.696 (artículo 3°), y la Ley N^º 19.542 (artículos 7 y 53) entre otras.

También, en ocasiones, es la propia ley la que concede directamente ese derecho, tratándose en dichos casos de un verdadero derecho legal de uso, pues el uso del bien público lo permite directa e inmediatamente una norma legal expresa, como ocurre en el caso de autos, en que es la Ley General de Servicios Eléctricos (actualmente contenida en el D.F.L. N^º 4/20.018, del Ministerio de Economía, de 2007, que fija su texto consolidado) la que en sus artículos 2°, N^º 4, letra b), y 16, consagra dicha facultad.

En efecto, el artículo 16 de dicho cuerpo legal, en lo pertinente, prescribe: “*Las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender las líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión*”.

De esta forma, el uso de los bienes nacionales de uso público con las indicadas finalidades constituye un derecho propio de la calidad de concesionario, en virtud del estatuto jurídico que rige a las concesiones de servicio público de distribución de energía eléctrica. Dichos concesionarios, que además prestan un servicio que beneficia a la comunidad toda, gozan del derecho legal para tender postaciones sobre las fajas de los caminos públicos, desde que tales bandas adyacentes son bienes nacionales de uso público, por definición del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, de 1998, artículo 24.

En tal sentido, debe tenerse presente que esta misma Magistratura ha señalado que la concesión “*importa un acto esencialmente creador de derechos*”, de forma tal que se le “*ha reconocido siempre un carácter contractual*” (STC Rol N° 467)

2°. No resulta contradictorio con lo afirmado, la circunstancia de que el mismo artículo 41 del D.F.L N° 850, cuyo inciso final se cuestiona, establezca que deba otorgarse una autorización, por parte de la Dirección de Vialidad, para hacer uso material de este derecho legal de uso, esto es, “*para tender las líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión*”, pues dicha autorización o permiso no es constitutiva de un derecho de uso que ya ha sido conferido por la ley, sino que tiene por objeto velar, por parte de la entidad bajo cuya competencia se encuentran los caminos públicos, por el cumplimiento de las normas preexistentes relativas a la seguridad vial y el uso público de los caminos, como se puede concluir con facilidad de simple la lectura de la citada norma. De allí que la Dirección de Vialidad esté obligada a otorgar dichas autorizaciones “*a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas.*” (Artículo 41 del D.F.L. 850, inciso cuarto).

3°. Que sea la ley la que otorga directamente este derecho de uso al concesionario, si bien le confiere mayor estabilidad y firmeza que un simple permiso o un contrato de concesión, no significa que se trate de un derecho puro y simple que pueda ejercitarse libremente. Nada ha impedido al legislador imponer, por razones derivadas del bien común y amparadas por la función social de la propiedad, determinada en este caso especialmente por necesidades de utilidad pública, condiciones, mo-

dalidades u otras obligaciones o cargas asociadas a su ejercicio, aún más tratándose de un derecho que implica autorizar a un particular a utilizar bienes públicos en su provecho, gratuitamente en el caso del requirente, frente a la alternativa de verse obligado a enfrentar los costos de establecer una servidumbre para el tendido de sus redes eléctricas.

En efecto, siendo deber del Estado promover el bien común, conforme lo establece el artículo 1^º de la Constitución, así como establecer las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad, consagrada en el párrafo segundo del numeral 24, de su artículo 19, y fijar por ley las normas sobre concesión de los bienes del Estado (artículo, 63, numeral 10), no puede reprochársele que, junto con conceder gratuitamente el derecho legal de uso de bienes públicos a un particular, para facilitarle el ejercicio de su actividad de concesionario de un servicio de distribución de energía eléctrica que, si bien presta un servicio público, de su legítimo provecho se apropia exclusivamente el concesionario, haga recaer sobre él la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del D.F.L. N^º 850, del mismo modo que lo obliga a cumplir, como se dijo en el motivo anterior, las condiciones relativas al uso libre y seguro de los caminos públicos. Por lo demás, siempre las concesiones de esta clase implican, para su titular, derechos y obligaciones, como lo detalla la sentencia en sus considerandos quincuagesimooctavo y quincuagesimonoveno.

4^º. De esta forma, dichos concesionarios están jurídicamente obligados a soportar la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del D.F.L. N^º 850, salvo que en el permiso o contrato de concesión respectivo se hayan fijado otras condiciones, así como los demás derechos y obligaciones a que se ha aludido, dado que ello forma parte del estatuto legal de estas concesiones. Se derivan de su propia naturaleza y de la realidad fáctica en que se desenvuelven, la que naturalmente variará en el tiempo, debido al desarrollo del país, a las necesidades del perfeccionamiento vial y a los avances tecnológicos, entre otras razones, pues si así no fuera estaríamos frente al absurdo de suponer una Nación petrificada eternamente, con los mismos caminos, líneas de electricidad, de telecomunicaciones, drenajes, ductos, acueductos, ciudades, puentes.

Es por ello que la innovación normativa que demanda el progreso no puede sino considerarse parte integrante del estatuto legal de la concesión. Ésta es la noción que se expresa en lo dispuesto en el artículo 15^º de la Ley General de Servicios Eléctricos, cuando establece que, en lo que ellas no prevean, las concesiones estarán sometidas a las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes o que se dicten el futuro sobre la materia, y en el mismo decreto que otorgó la concesión de autos, cuya copia rola a fojas 17, el cual establece, en su artículo 3^º: *“La presente concesión se otorga en con-*

formidad al D.F.L. N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería, y queda sometida a todas las disposiciones legales y reglamentarias vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia”. En concordancia con lo anterior, el artículo 16 de la misma ley eléctrica señala que “*las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión*”.

5°. En relación al supuesto efecto retroactivo de la norma, cabe tener presente que dicha materia fue arduamente debatida durante la discusión de la ley, especialmente en la sesión efectuada en el Senado el 18 de junio de 1996, quedando claro que la disposición no tenía tal carácter.

En tal sentido, el Ministro de Obras Públicas de la época, señor Ricardo Lagos, insistió que “*estamos hablando de una normativa que regirá a futuro*”, de modo que “*obviamente, esto tendrá vigencia a futuro, porque estamos legislando a partir del momento en que se publique la respectiva ley*”.

Como consecuencia de lo anterior, el senador señor Fernández, hizo presente que “*la ley en proyecto no tiene efecto retroactivo y que, por lo tanto, no afectará a los derechos que empresas o particulares puedan tener respecto de instalaciones existentes en fajas de propiedad fiscal*”.

A su turno, el senador señor Hamilton reiteró que “*el proyecto no contiene ninguna disposición que permita que en esta parte la ley rija para el pasado. Su vigencia comienza desde su publicación en el Diario Oficial. Ahora bien, las concesiones que se otorguen en adelante serán afectadas por estas normas, y si hay modificaciones de las anteriores, ellas podrán o no verse afectadas dependiendo de las condiciones en que fueron pactadas. Si se altera la franja del camino donde se encuentren ubicadas las concesiones, eso se resolverá de común acuerdo entre las partes, o conforme a la ley, o, en subsidio, por los tribunales*”.

Por su lado, el senador señor Valdés destacó que “*no puede regir una disposición de esta naturaleza con efecto retroactivo, porque afectaría derechos ya incorporados a la vida jurídica y económica de las empresas, acepto el veto, en el claro entendido de que rige para el futuro y no para el pasado*”.

A su vez, el senador señor Zaldívar resumió el debate parlamentario en el sentido que “*después de la discusión y de las aclaraciones del señor Ministro, queda de manifiesto –y así constará en la historia de la ley, lo cual es importante para su interpretación posterior por quien corresponda– que lo señalado en la norma rige a futuro*”.

Por último, el entonces senador señor Piñera concluyó el proceso de aprobación del precepto destacando que había “*habido unanimidad en el Senado, concurriendo a ella las palabras del señor Ministro, en el sentido de que la intención de esta normativa no es afectar hacia atrás situaciones consolidadas. Si hubiera discrepancia o disputa entre las partes hacia atrás, ellas deberán ser resueltas por los tribunales de justicia de acuerdo con lo establecido en los respectivos contratos y las leyes vigentes*”. Incluso, hizo hincapié en que le parecía “*que ese costo no sea de cargo del Ministerio, sino de las empresas respectivas, el cual,*

a su vez, de acuerdo con las leyes que determinan cómo se fijan las tarifas –porque hay distintos tipos de cuerpos legales sobre el particular–, podrá ser transferido a los usuarios o no”.

6º. Adicionalmente, en cuanto a la presunta aplicación retroactiva de la ley impugnada, es un hecho no discutido que ello no ocurre, pues consta en autos que el traslado en cuestión se dispuso con posterioridad a su entrada en vigor.

Por otra parte, en lo relativo a la presunta afectación de derechos adquiridos, la historia del establecimiento del precepto legal demuestra que, al momento de su aprobación en el Senado, se dejó constancia de que no afectaría el derecho de los concesionarios existentes a seguir usando gratuitamente de la faja fiscal. Por ello, junto con establecerse, para las futuras concesiones, la obligación del pago de derechos por el uso de la faja fiscal, se contempló una disposición transitoria excluyendo de dicho pago a los concesionarios existentes. Con ello, mantuvieron estos concesionarios el beneficio que la ley les reconocía. En lo demás, como se ha dicho, nunca existió un pretendido derecho adquirido a la gratuidad de los traslados, pues esta posibilidad estuvo siempre incorporada en el estatuto jurídico de la concesión.

7º. Por estos motivos estimamos que el precepto legal cuestionado en estos autos no es contrario a la Constitución, reafirmando la doctrina enunciada por esta Magistratura en sentencia de 10 de febrero de 1995 (STC Rol N^º 207) en cuanto, entre los elementos propios del 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, lo cual 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. Confianza que se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quién los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. De allí que, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, y la prevención, el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Rol N^º 1.986-2011

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán concurrieron al acuerdo y fallo, pero no firman, por encontrarse haciendo uso de su feriado, la primera, y haber cesado en su cargo, el segundo.

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

ROL Nº 1.987-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, QUE CORRESPONDE AL ARTÍCULO 199 DEL D.F.L. Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR PEDRO MATTAR PORCILE

Santiago, cinco de julio de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1º. Que, con fecha 18 de mayo de 2011, don Pedro Mattar Porcile, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 de 1990, del Ministerio de Salud, que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRE y deroga el Decreto con Fuerza de Ley Nº 3, de Salud, de 1981, precepto que corresponde también al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 2.763, de 1979 y de las Leyes Nº 18.933 y 18.469, por cuanto su aplicación en la causa Rol Nº 513-2011, seguida ante la Excm. Corte Suprema de Justicia, en recurso de apelación, resultaría contraria a los artículos 5º, inciso segundo, y 19, números 2º, 9º y 18º de la Carta Fundamental;

2°. Que el artículo 93, inciso primero, N^º 6°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”.

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

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que “para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen:

“Artículo 79. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

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

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

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

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los

vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”;

4°. Que, por otra parte, el artículo 84 de dicha ley orgánica constitucional establece que:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6° *Cuando carezca de fundamento plausible.*

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

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

5°. Que, a fojas 39, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

6°. Que, con fecha 14 de Junio de 2011, previo a resolver acerca de la admisión a trámite, esta Sala ordenó certificar por la señora Secretaria de este Tribunal cuál era el estado actual de la gestión en la que podría incidir el requerimiento, lo cual fue cumplido a fojas 83 constatándose que se declaró inadmisibile el recurso de apelación, ordenándose el 15 de Junio de 2011 la devolución del expediente a la Corte de Apelaciones de Santiago;

7°. Que del examen de autos se colige que lo declarado inadmisibile por la Excma. Corte Suprema de Justicia es el recurso de apelación que se dedujo en contra de la sentencia que declaró inadmisibile un recurso de protección por extemporáneo;

8°. Que esta Magistratura Constitucional en oportunidades anteriores y atendido el mérito de cada caso particular, ha determinado que el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, siendo, así, impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y

procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida;

9°. Que, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, toda vez que no cumple con las exigencias constitucionales y legales antes transcritas, al no concurrir el presupuesto de verificarse la existencia de una gestión pendiente ante tribunal ordinario o especial, configurándose, en la especie, la causal de inadmisibilidad del número 3° del ya transcrito artículo 84 de la Ley N^º 17.997.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N^º 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N^º 3° del artículo 84 y demás normas pertinentes de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N^º 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 10 de agosto de 2010,

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

Notifíquese por carta certificada a la parte requirente.

Archívese.

Rol N^º 1.987-2011

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

ROL N° 1.988-2011

REQUERIMIENTO PRESENTADO POR 17 SENADORES RESPECTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE OBTENCIONES VEGETALES (UPOV-91)

Santiago, veinticuatro de junio de dos mil once.

VISTOS:

Con fecha 20 de mayo de 2011, diecisiete señores Senadores, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, en su calidad de órgano legitimado, designando como representante para estos efectos al Senador señor Alejandro Navarro Brain, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 3°, e inciso cuarto, de la Constitución Política de la República y en los artículos 61 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dedujeron requerimiento de inconstitucionalidad respecto de los artículos 7, 10, N° 3, 14, N° 2, 14, 15, 16, 17 y 40 del “*Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*”, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra según el Acta de 19 de marzo de 1991 (Boletín N° 6426-10), también conocido y en adelante indistintamente mencionado como UPOV 91, cuya aprobación por el Congreso Nacional fue comunicada al Presidente de la República por oficio de 17 de mayo de 2011.

Los artículos del Convenio impugnados, se refieren, respectivamente, a las variedades distintas (7), a la presentación de solicitudes de derecho de obtentor (10, N° 3), al alcance (14, N° 2, 14), excepciones (15), agotamiento (16) y limitación al ejercicio del derecho de obtentor (17) y al mantenimiento de los derechos adquiridos (40).

En un primer capítulo introductorio señalan los Senadores requirientes que la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales es una organización internacional de carácter intergubernamental, establecida el año 1961, y que el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) data del mismo año y ha sido modificado en tres oportunidades, existiendo en consecuencia tres actas o instrumentos vigentes: El Acta 1961/1972; el Acta 1978 y el Acta 1991. Los países que deseen adherir al UPOV deben suscribir el Acta 91. Sin embargo, ello no sería obligatorio para quienes han adherido a un acta anterior, como sería el caso de Chile, que es parte de la Unión desde el año 1996, fecha en la cual adhirió al Convenio y a las actas del 72 y 78, instrumentos internacionales que fueron promulgados por Decreto Supremo N° 18, de 5 de enero de 1996, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 23 de marzo de 1996.

Sostienen que a enero de 2011 el Convenio UPOV, en cualquiera de sus versiones, ha sido suscrito por 68 países. A la misma fecha, sólo 43 de ellos han adherido al Acta 91. Así, países como Canadá, Francia, Italia, México, Argentina y Brasil, entre otros, sólo han adherido a UPOV 78.

En forma previa a la adhesión de Chile al UPOV 78 y como requisito necesario para permitir nuestra membresía en dicha organización internacional se estableció a nivel interno un marco jurídico que reguló la protección de los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales y creó, para estos efectos, un Registro Nacional de Variedades Protegidas dependiente de la División Semillas del Servicio Agrícola y Ganadero. Lo anterior se materializó mediante la Ley N^º 19.342, que regula derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales, publicada en el Diario Oficial el 3 de noviembre de 1994.

Añaden los actores que el principal objetivo del Convenio UPOV es establecer un marco jurídico que permita garantizar al obtentor de una nueva variedad vegetal un reconocimiento al derecho sobre la variedad que es de su creación y que el Acta 91 incorpora estándares más específicos que los existentes sobre la materia en el Acta 78. Así, por ejemplo, se amplían los derechos relativos al material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida y se aumentan los plazos mínimos de protección.

En un segundo capítulo se transcribe la tramitación del Convenio en el Congreso Nacional conforme a la página web del sistema de información legislativa, para en el capítulo tercero entrar de lleno a las cuestiones de constitucionalidad que se plantean para ser resueltas por esta Magistratura Constitucional.

A juicio de los requirentes, el UPOV 91, en sus preceptos impugnados, infringe los artículos 1^º, inciso final, y 19, N^{os} 2^º, 8^º, 22^º y 24^º, de la Constitución Política, por lo que su aprobación adolece de nulidad de acuerdo a lo establecido en los artículos 6^º y 7^º de la misma.

En primer lugar aluden al derecho de propiedad, partiendo por señalar que hasta el UPOV 78 se contempló implícitamente el denominado privilegio del agricultor, según el cual no se requiere la autorización del obtentor vegetal para que quien adquiera semillas de él o las utilice legítimamente, use la variedad como fuente inicial de variación o para su explotación posterior. Según este privilegio, los agricultores pueden utilizar el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo de una variedad protegida, para volver a cultivarlo en su propio predio. Por lo tanto, los derechos de obtentor no se extienden al producto de la cosecha.

En este sentido, el artículo 3^º, inciso final, de la Ley N^º 19.342, basado en el estándar del UPOV 78, dispone que *“no se entenderá vulnerado el derecho del obtentor por la utilización que haga el agricultor, en su propia ex-*

plotación, de la cosecha de material de reproducción debidamente adquirido. Sin embargo, este material no podrá ser publicitado ni transferido a cualquier título como semilla”.

En cambio, en el UPOV 91, la protección se extiende al uso con fines comerciales de todo el material de la variedad, alcanzando los derechos de obtentor también a las variedades que no se distinguen claramente de la variedad protegida, a aquéllas cuya producción exige el empleo repetido de ésta y a las variedades esencialmente derivadas.

Luego, conforme al artículo 15 del UPOV 91, las únicas excepciones obligatorias al derecho del obtentor están constituidas por los actos realizados en un marco privado con fines no comerciales; los realizados a título experimental, y los efectuados con fines de creación y explotación de nuevas variedades, siempre que éstas no sean esencialmente derivadas, excepciones que también están presentes en el proyecto de ley propuesto por el Ejecutivo para aplicar el UPOV 91. Esto, señalan, muestra el nivel de protección de que goza el obtentor, en contraste con el derecho del agricultor que se ve tremendamente disminuido. Además, no hay duda de que este tratado, al ingresar al derecho interno, tendrá fuerza de ley y con naturaleza de una norma de Orden Público Económico, al regular las bases del mercado de vegetales, y, como tal, tendrá aplicación *“in actum”*. Es decir, el estándar de grave restricción al privilegio del agricultor del UPOV 91 se aplicará a semillas y cultivos adquiridos desde un obtentor que aún no han dado sus respectivos frutos y semillas.

Se añade que las especies vegetales son bienes calificados por nuestra ley civil como inmuebles por adherencia y que los frutos, semillas y partes de plantas son frutos naturales, consignando la doctrina tradicional que la forma de adquirir su dominio es la accesión. Por su lado, las disposiciones del Código Civil sobre accesión concuerdan con el artículo 19, N° 24°, de la Constitución, que ordena que *“sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”*. Como sea, sobre los frutos y semillas hay propiedad del dueño de los vegetales o plantas que las producen.

Entonces, indican los actores, se cambian las reglas del juego, pues si de acuerdo al UPOV 78 el privilegio del agricultor operaba generalmente, ahora el UPOV 91 lo consagra excepcionalísimamente, despojando de manera directa el derecho de uso y goce de las semillas adquiridas por accesión, sin que pueda el agricultor usarlas para nuevos cultivos, sea o no con fines comerciales. Asimismo, en caso de que el legislador quiera flexibilizar la protección, ello es sólo facultativo, para fines estrechos y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor, como dispone el artículo 15, N° 2, del UPOV 91.

Además, conforme al artículo 40 del UPOV 91, el obtentor mantendrá sus derechos adquiridos mediante los convenios anteriores, mientras

que el agricultor pierde virtualmente sus derechos, su “*privilegio*”, pues el Estado está obligado a respetar los derechos del obtentor, que absorben y neutralizan el derecho de propiedad del agricultor.

Concluyen los actores que restringir gravemente el privilegio del agricultor significa limitar anticipadamente los atributos del dominio y habilitar al legislador para despojar, sin indemnización alguna, a los agricultores de sus semillas, lo que constituye una violación al derecho de dominio, inadmisibles de acuerdo al texto del artículo 19, N^º 24^º, de la Constitución, pues el cambio de condiciones que establece el UPOV 91 respecto al UPOV 78, requiere de una ley expropiatoria.

Aducen que el UPOV 91, asimismo, quebranta el derecho de propiedad, ya que de acuerdo a su artículo 7 uno de los requisitos para constituir derechos de obtentor es que el material debe ser nuevo y distinto. Entonces, un tipo de semillas podría ser de conocimiento inmemorial de una comunidad, pero si no se usa en el comercio general o no aparece en un registro oficial sería nueva y distinta y podría ser apropiada por una empresa. Así, el Convenio extiende la posibilidad de usurpar la propiedad de comunidades campesinas e indígenas, de apropiarse de su conocimiento y de su biodiversidad, sin ley expropiatoria ni compensación alguna. Además, según disponen los artículos 14 y 16 del Convenio, la propiedad del obtentor se extiende a las especies derivadas, generándose un estándar de súper propiedad en la eventualidad de que se produzca esta apropiación de material ajeno.

En segundo término se hace referencia por los actores a la infracción del deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, de acuerdo al artículo 19, N^º 8^º, de la Carta Fundamental.

El UPOV 91, conforme a sus artículos 14 y 16, obstaculiza la circulación de los bienes, extendiendo la propiedad no sólo a las semillas iniciales sino que también a plantas y partes de plantas, a especies derivadas, a aquellas que no tienen diferencia sustancial con la variedad protegida, al producto de la cosecha, a los productos fabricados con ella, a los que para cultivarlos requieran de aquéllas, etc.

Se hace referencia a estudios que indican que los dispositivos jurídicos que consagran derechos sobre la materia viva, (...) “*un sistema de derechos de propiedad intelectual vegetal contribuirá al reemplazo de agroecosistemas tradicionales diversos por el monocultivo de variedades fuertemente dependientes de agroquímicos, con importantes efectos sobre el rango de alimentos nutritivos disponibles y el medio ambiente*”.

Además, se alude a la pérdida de las variedades criollas y locales, al deterioro de los ecosistemas y al agotamiento del derecho de los agricultores a controlar y mejorar sus propias semillas, concluyendo que el UPOV 91 promueve una lesión o daño a la biodiversidad, violentando el deber del Estado de “*tutelar la preservación de la naturaleza*”.

En tercer lugar se refieren los Senadores a la infracción del deber del Estado de promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, contenido en el artículo 1º, inciso final, de la Constitución.

Sostienen, luego de citar el artículo 15, Nº 2, del UPOV 91, que este Convenio mantiene el principio de que motivos de interés público pueden justificar restricciones al libre ejercicio del derecho del obtentor, previsto por el UPOV 78. Las restricciones a tal derecho están sujetas al otorgamiento de una compensación equitativa al obtentor, la cual se supone que deberá ser pagada por el Estado.

Agregan que de acuerdo con la United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), el sistema de derechos de propiedad intelectual vegetal, al limitar el derecho de los agricultores a utilizar el producto de la cosecha para volver a cultivarlo en su propio predio, crea condiciones desfavorables especialmente para los pequeños agricultores, los cuales verán incrementados considerablemente sus costos de producción.

En este sentido, se cita a la Directora Ejecutiva de Fundación Terram, Flavia Liberona, quien señaló ante la Comisión de Agricultura del Senado, al referirse a los artículos 10, Nº 3, y 14, Nº 2, del UPOV 91, que este Convenio desprotege a los pequeños campesinos y comunidades indígenas que han desarrollado variedades para su uso, ya que ellas podrían ser inscritas por cualquier persona y prohibir su uso, sin respetar los derechos del verdadero obtentor, poniendo en riesgo a la agricultura familiar campesina e indígena y sus usos tradicionales.

Concluyen los requirentes que al restringirse el privilegio del agricultor, se aumenta la brecha entre ricos y pobres, impidiendo la *"igualdad de oportunidades"* asegurada en el artículo 1º, inciso final, de la Constitución y quedando los pequeños agricultores desamparados y más pobres.

Por último, en cuarto lugar, se pronuncian sobre la infracción de la igualdad ante la ley. Al igual que el Acta 78, el UPOV 91 mantiene, en su artículo 17, el principio de que motivos de interés público pueden justificar restricciones al libre ejercicio del derecho del obtentor. Dichas restricciones están sujetas al otorgamiento a aquél de una compensación equitativa. En cambio, el UPOV 91 no señala compensación alguna para el agricultor que proporciona el germoplasma o material genético original apropiado por el obtentor. El Estado de Chile tiene la obligación internacional de proteger el derecho del obtentor, pero no de proteger el derecho del agricultor. Así, se infringe el artículo 19, Nºs 2º y 22º, de la Constitución, toda vez que, frente a intereses contrapuestos, el interés del obtentor está protegido, en cambio el del agricultor no tiene contemplada compensación alguna.

Además, conforme al artículo 40 del Convenio, el obtentor mantendrá sus derechos adquiridos mediante los convenios anteriores, mientras que el agricultor pierde virtualmente el “*privilegio del agricultor*” y los atributos de su propiedad.

Finalmente, los actores se refieren a las obligaciones que ha asumido Chile de suscribir y ratificar el tratado UPOV 91, manifestando que es un hecho ineludible que su adhesión fue comprometida internacionalmente en diversos acuerdos bilaterales de libre comercio, como los suscritos con Estados Unidos y Japón, en que las partes se comprometieron a ratificar o adherir al Acta 91 antes del 1° de enero de 2009. Por su parte, en el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, las partes se comprometieron a seguir asegurando la ejecución de las obligaciones derivadas del UPOV. No obstante, dicha adhesión debe realizarse conforme al ordenamiento constitucional chileno y, en esa medida, las inconstitucionalidades denunciadas podrían ser salvadas mediante las reservas correspondientes. Sin embargo, el artículo 35 del Convenio no admite reservas.

Por lo tanto, señalan, la única opción sería condicionar la validez del UPOV 91 a la modificación de las normas constitucionales con las que actualmente riñe, para lo cual se ha consagrado este examen preventivo de constitucionalidad, que es tanto más importante después de las reformas constitucionales del año 2005, ya que ahora, según cierta doctrina, no sería posible el control de constitucionalidad represivo de los tratados vía requerimiento de inaplicabilidad.

Por otro lado, indican la necesidad de aprobar normas constitucionales que habiliten la ratificación del tratado, como ocurrió anteriormente con el Tratado de Roma sobre jurisdicción de la Corte Penal Internacional, que dio lugar a una norma transitoria en la Constitución vigente. Así, la aprobación del Convenio no adolecería de inconstitucionalidad derivada, y concluyen que, de otro modo, su aprobación verificada en el Congreso implica la vulneración del principio de supremacía constitucional y de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental.

Para terminar, solicitan a esta Magistratura que declare la inconstitucionalidad de los preceptos que impugnan del UPOV 91 y que, en consecuencia y teniendo en cuenta que los tratados internacionales se aprueban y rechazan como un todo, declare nula la aprobación que ha recibido el Convenio en ambas Cámaras del Congreso Nacional.

Por resolución de 2 junio de 2011, el Pleno del Tribunal admitió a tramitación el requerimiento y, por resolución de 7 del mismo mes y año, lo declaró admisible y ordenó que se pusiera en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, en su calidad de órganos constitucionales interesados.

Mediante presentación de 12 de junio de 2011, encontrándose dentro de plazo, el Presidente de la República, señor Sebastián Piñera Echeni-

que, formuló observaciones al requerimiento, solicitando que fuera rechazado en todas sus partes, por cuanto el Convenio es completamente constitucional y, además, no produce ninguno de los efectos o amenazas señalados por los requirentes.

En un primer capítulo de su presentación, el Presidente hace referencia a los antecedentes generales del Convenio y señala que la Ley N° 19.342 incorporó varias de las disposiciones del UPOV 91, siendo además dicha ley declarada conforme con la Constitución por esta Magistratura, en la sentencia Rol N° 195. Agrega que la adhesión al Acta UPOV 91 es relevante por la participación de Chile en el sistema multilateral de propiedad intelectual y que permitirá otorgar mayor seguridad jurídica tanto a los inversionistas extranjeros como a los obtentores y creadores de nuevas variedades nacionales.

Agrega que el compromiso de Chile de proteger las obtenciones vegetales data desde su incorporación a la Organización Mundial de Comercio y la suscripción del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Asimismo, la adhesión al UPOV 91 ha sido comprometida por Chile en los tratados de libre comercio celebrados con Estados Unidos, Japón y Australia. En este contexto, en enero de 2009, se envió al Congreso un proyecto de ley que regula los derechos sobre las nuevas variedades vegetales y deroga la Ley N° 19.342 (Boletín N° 6426-10) y, en marzo del mismo año, un mensaje con el que se inició el proyecto de acuerdo para aprobar el UPOV 91.

En un segundo capítulo, el Presidente aborda las características esenciales del UPOV 91, consignando que éste viene a reforzar los convenios UPOV anteriores, incorporando estándares más elevados de protección para los obtentores, y que los cambios más relevantes introducidos en relación con el UPOV 78, están dados por (i) la ampliación de la protección del derecho del obtentor al producto de la cosecha, incluidas plantas enteras y partes de plantas; (ii) el aumento de los plazos mínimos de protección, y (iii) la incorporación de la facultad de los países signatarios para limitar el derecho de los obtentores, en función del interés público, con el fin de permitir a los agricultores utilizar para fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo protegido, cuando ellos hubieren adquirido de manera legítima el material de reproducción. Agrega que el UPOV 91 no modifica la legislación actualmente vigente, en cuanto a los requisitos para el registro de una variedad vegetal en Chile.

En un tercer capítulo se expresa que el requerimiento de autos es inadmisibles por razones de forma, al no dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, toda vez que no se formula una cuestión de constitucionalidad clara y precisa respecto de las normas impugnadas y la acción deducida por los

Senadores no especifica con la precisión requerida las razones por las cuales se vulnerarían las garantías constitucionales que se invocan, careciendo así de fundamento.

En un cuarto capítulo se argumenta sobre la improcedencia del requerimiento interpuesto, por ser el UPOV 91 un tratado “*no auto ejecutable*”, toda vez que las disposiciones del mismo objetadas requieren de un acto legislativo posterior para su implementación, lo que les da el carácter de “*non self executing*”. Lo anterior se funda en que para poder suscribir el UPOV 78 nuestro país tuvo que promulgar previamente la Ley N^º 19.342 y en lo dispuesto en los artículos 14 2), 30 y 36 del UPOV 91, que invitan a los Estados parte a poner en ejecución el Convenio, debiendo adoptar internamente la regulación pertinente y estar en condiciones de dar efecto a las disposiciones del Tratado, de conformidad con su legislación, previo a la presentación del instrumento de adhesión. Es por ello, señala el Presidente, que el Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley que incorpora los estándares contenidos en el UPOV 91.

Añade que, conforme a la jurisprudencia sentada en las sentencias roles 309, 1483 y 1504, esta Magistratura ha declarado que sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable cabe pronunciarse sobre su constitucionalidad, desde que aquellos preceptos de un tratado que requieran para tener fuerza interna de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional.

En un quinto capítulo, el Jefe de Estado enuncia las garantías constitucionales que se estiman infringidas por los Senadores requirentes, señalando que dichos reproches se refieren concretamente a los siguientes tres temas: (i) la regulación del privilegio de los agricultores; (ii) los efectos del UPOV 91 en la biodiversidad del país, y (iii) la apropiabilidad de variedades tradicionales y originarias, o del patrimonio fitogenético del país. Sobre estos temas se pronuncian los tres capítulos siguientes de su presentación.

En el capítulo sexto se aborda la relación entre el privilegio del agricultor y el derecho del obtentor, señalándose que aquél constituye una limitación a éste y no un derecho propiamente tal, como se señala en el requerimiento. Luego, el privilegio del agricultor depende del grado de flexibilidad que se otorgue a la protección de los derechos de los obtentores vegetales. Añade que dicho privilegio no es mencionado en el Convenio UPOV de 1961, de 1972 ni de 1978 y que sí está tratado expresamente en el artículo 3^º, inciso final, de la Ley N^º 19.342, actualmente vigente, así como en el UPOV 91.

Aduce que no es efectivo, como sostienen los actores, que el UPOV 91 prohíba este privilegio, sino que, por el contrario, en su artículo 15 expresamente permite a los Estados limitar el derecho del obtentor con

el fin de permitir a los agricultores utilizar las semillas en sus nuevos cultivos, lo cual, además, se encuentra reconocido en el artículo 48 del proyecto de ley actualmente en tramitación en el Congreso –que dispone que los agricultores podrán emplear con fines de propagación, en sus propias explotaciones, parte del producto de la cosecha obtenido del cultivo de material de una variedad protegida, que haya sido debidamente adquirido–, siendo así absolutamente posible que Chile mantenga vigente lo señalado en el artículo 3º, inciso final, de la actual Ley Nº 19.342, lo que a su vez se ajusta al UPOV 91. Concluye que la aprobación de éste no implica ninguna obligación por parte del Estado de Chile de adoptar medidas para disminuir el antedicho privilegio.

En el capítulo séptimo de su escrito de observaciones, el Presidente se hace cargo de la afirmación de los requirentes de que la aprobación del UPOV 91 afectará el patrimonio biogenético del país. En efecto, los Senadores sostienen que los artículos 14 y 16 del Convenio convierten los derechos del obtentor vegetal en una “*superpropiedad*”, que lesiona la biodiversidad, afectando el patrimonio genético del país. El Presidente consigna que dicho cuestionamiento no es efectivo, haciendo alusión al régimen jurídico que ampara actualmente la biodiversidad y los recursos genéticos, que incluye una serie de leyes –como, entre otras, la ley de bosques, la de bases generales del medio ambiente, la de monumentos nacionales, la de recuperación del bosque nativo y fomento forestal, y la propia Ley Nº 19.342– junto con reglamentos, convenios e instrumentos internacionales –como, por ejemplo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica– y acuerdos comerciales, para concluir que nuestro país ha ido adoptando medidas de conservación y resguardo de la biodiversidad y que, en este contexto, se suscribió el UPOV 91, que al igual que el del 78, no puede ser concebido aisladamente, sino como complementario de todo el régimen jurídico de protección del patrimonio fitogenético, sin que pueda interpretarse que sus normas atenten contra la biodiversidad sino que, por el contrario, la amparan. Además, se busca el reconocimiento internacional de esa protección, de modo que nuestro patrimonio fitogenético, especialmente nuestras variedades más antiguas, mantengan su identidad que las ubica como originarias de Chile. Sin embargo, ello supone también el reconocimiento de la propiedad intelectual de los obtentores sobre las nuevas variedades, dentro de cuyo esfuerzo se ubica precisamente el UPOV 91.

En el capítulo octavo se aborda el planteamiento del requerimiento en orden a que el UPOV 91 haría posible la usurpación de la propiedad de variedades tradicionales y originarias de las comunidades campesinas e indígenas, así como de su conocimiento y su biodiversidad, sin ley expropiatoria ni compensación alguna, violándose de ese modo el derecho de propiedad.

Señala el Presidente que, en primer lugar, el requerimiento no indica quién sería el titular de ese derecho de propiedad, por lo que mal puede plantearse una cuestión de constitucionalidad al respecto, y, en segundo lugar, que es errónea dicha afirmación desde que dentro del régimen jurídico de protección del patrimonio fitogenético presente en Chile, la Ley N^º 19.039, de Propiedad Industrial, en su artículo 3^º, garantiza la protección de la propiedad, salvaguardando tanto el patrimonio biológico y genético como los conocimientos tradicionales. Además, los requisitos para el registro de una variedad vegetal de acuerdo a UPOV 91 son los mismos que actualmente exige la Ley N^º 19.342 y ambos protegen los derechos de los obtentores de variedades que sean nuevas, distintas, homogéneas y estables, en circunstancias que las variedades vegetales originarias y tradicionales de Chile no son ni nuevas ni distintas, de modo que al tratar de registrarse el Comité Calificador comprobaría que se trata de una variedad ya existente en Chile. Agrega que el proyecto de ley en trámite en el Congreso, que deroga la Ley N^º 19.342, establece de manera expresa en su artículo 1^º que la protección conferida se concederá salvaguardando y respetando tanto el patrimonio biológico y genético como los conocimientos tradicionales nacionales. En conclusión, sostiene que no son registrables bajo el sistema del UPOV 91 las variedades tradicionales y originales de nuestro país, las se podrán seguir sembrando e intercambiando indefinidamente.

En un capítulo noveno de sus observaciones, el Ejecutivo expresa que la aprobación del UPOV 91 se ajusta a la Constitución y a la ley, aduciendo que, en lo formal, el proyecto de acuerdo aprobatorio del Convenio contenido en el mensaje presidencial de la ex Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet, fue ingresado al Congreso el 31 de marzo de 2009 y luego aprobado por la Cámara de Diputados, el 7 de mayo de 2009, y por el Senado, el 11 de mayo de 2011, todo de conformidad con los artículos 32, N^º 15, y 54, N^º 1, de la Carta Fundamental, ajustándose también a sus artículos 6^º y 7^º.

Luego, analiza en particular las garantías constitucionales que se estiman infringidas por los requirentes, indicando, en primer lugar, que el UPOV 91 no vulnera la igualdad ante la ley garantizada en el artículo 19, N^º 2^º, de la Constitución. En esta parte se cita abundante doctrina y jurisprudencia de esta Magistratura Constitucional sobre la garantía en comento, expresando que ella radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, sin que el legislador pueda introducir tratos desiguales de manera arbitraria.

Enseguida, señala que la aprobación del UPOV 91 no implica asumir ninguna obligación que exija a nuestro país legislar violando esta garantía, ya que el Tratado obliga a proteger el derecho de los obtentores, comprendiendo a todos quienes realicen actos que supongan la crea-

ción de una nueva variedad, dentro de los cuales caben perfectamente los agricultores que realicen actos creativos, sin que exista discriminación arbitraria.

Por otra parte, en cuanto a lo aseverado en el requerimiento en orden a que la desigualdad que establece el UPOV 91 se hace patente al permitir a las legislaciones internas establecer, por motivos de interés público, restricciones al libre derecho del obtentor, se indica que ello también se dispone por el UPOV 78, que, al igual que el artículo 19, N° 24°, de la Constitución, reconoce que el dominio del obtentor no es absoluto y que puede ser limitado en razón de la función social de la propiedad, que incluye el interés público.

Luego, que estas limitaciones estén sujetas a una remuneración equitativa o indemnización, es plenamente coincidente con las disposiciones de nuestra Carta Fundamental y con lo declarado por este Tribunal, siendo de toda justicia que si por razones legítimas es limitado o expropiado un derecho, ello sea compensado a su titular, en este caso, al que haya obtenido y registrado la nueva variedad vegetal. Ahora bien, en lo que respecta al privilegio del agricultor, pretender como lo hace el requerimiento que exista una desigualdad al no compensarse a los agricultores, quienes no han creado ninguna variedad vegetal nueva y, por tanto, no son titulares de ningún derecho de obtención de los regulados en el UPOV 91, resulta ciertamente improcedente.

En segundo término, se menciona que el UPOV 91 no amenaza el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación ni la obligación del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, consagrados en el artículo 19, N° 8°, de la Constitución, mencionando que los requirentes no logran configurar en su presentación una relación entre la aprobación del Convenio y la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ni establecen cómo el sistema de derechos de propiedad intelectual vegetal del Convenio contradiría el deber del Estado de preservar la naturaleza. Agrega que las normas del UPOV 91 no implican la destrucción de las variedades vegetales originales o tradicionales de Chile sino que permiten la subsistencia de éstas como también de aquellas nuevas que se creen. Además, el UPOV 91, al igual que el del 78 y la actual regulación de la Ley N° 19.342, no pueden ser concebidos aisladamente sino en concordancia con el régimen jurídico de protección a la biodiversidad, de modo que la aplicación ulterior del UPOV 91, una vez dictada la legislación interna que lo ejecute, deberá interpretarse y aplicarse en armonía con dicha normativa protectora del medio ambiente.

En tercer lugar, se asevera que el UPOV 91 no quebranta el derecho a la igualdad de trato económico, contemplado por el artículo 19, N° 22°, de la Carta Fundamental. Los requirentes estiman que los artículos

17, que establece la limitación al ejercicio del derecho de obtentor por razones de interés público, y 40 del Convenio, que dispone el mantenimiento de los derechos adquiridos por los obtentores, constituirían una discriminación arbitraria del Estado en materia económica, al protegerse y otorgar compensación económica únicamente a los obtentores y no a los agricultores que proporcionan el germoplasma o material genético original.

Junto con remitirse a lo dicho en relación a la infracción del principio de igualdad, el Presidente expresa que el UPOV 91 no establece la discriminación alegada, por cuanto la igualdad se garantiza respecto de quienes se encuentren en situaciones similares en materia económica y, en el caso de autos, el privilegio del agricultor, en su naturaleza, no es un derecho como el que se les reconoce a los obtentores, sino que corresponde únicamente a una limitación del dominio del obtentor y a una autorización habilitante para el agricultor, con claras y determinadas limitaciones. Además, el privilegio del agricultor está consagrado en el UPOV 91 como una facultad para el legislador en orden a incorporarlo al derecho interno. Luego, no puede existir un atentado a la garantía fundamental bajo análisis por una norma que no tiene un carácter ejecutivo. Y, finalmente, porque el artículo 40, que protege los derechos adquiridos del obtentor, es consistente con el espíritu de la Convención.

En cuarto lugar se sostiene que el UPOV 91 no vulnera el derecho de propiedad de los agricultores, establecido en el artículo 19, N^º 24^º, de la Ley Suprema. Si bien los requirentes señalan que con la aprobación del Convenio se vulneraría esta garantía, al reforzar el derecho de los obtentores, ello no es así, toda vez que el derecho de propiedad sobre la nueva variedad vegetal inscrita lo ostentan, precisamente, sus creadores, quienes pueden explotar este derecho, cediendo su uso a los agricultores, de acuerdo a los supuestos establecidos en la misma UPOV. Por lo tanto, los agricultores no tienen derecho de propiedad sobre la variedad inscrita por el obtentor, sino que solamente están autorizados, por el propietario de dicha variedad, a realizar ciertos actos sobre ella. El obtentor, a través de una suerte de “*licencia*” o permiso, puede ceder el uso limitado de la nueva variedad vegetal que es de su propiedad al agricultor, quien sólo tiene un privilegio y no un derecho de propiedad sobre la variedad.

Asimismo, se señala que lo aseverado en el requerimiento en cuanto a que la aprobación del UPOV 91 vendría a expropiar derechos adquiridos de los agricultores que han obtenido las semillas de una nueva variedad vegetal inscrita, no es así, toda vez que la compra que han realizado de dicha variedad implica su uso limitado, sin que puedan vender, ni volver a utilizar los productos de la cosecha de manera indefinida, y así lo establecen tanto la legislación actual (artículo 3^º, inciso final, de la Ley N^º 19.342) como el UPOV 91, que mantiene inalterada dicha legislación, de

modo que se permite al agricultor, que no es titular de la variedad protegida, utilizar el privilegio para obtener material de reproducción de su propia cosecha y para aplicarlo únicamente a su propia explotación, estándole prohibido venderlo o comercializarlo a terceros o utilizarlo para una cosecha fuera de su propia explotación. Concluye que cualquier legislación que permitiera lo contrario al agricultor, violaría gravemente el dominio del obtentor.

En el capítulo décimo y final de su presentación, el Ejecutivo concluye que la adhesión de Chile al Acta de 1991 del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales se ajusta plenamente a la Constitución, reiterando su solicitud en orden a que este Tribunal rechace el requerimiento de autos en todas sus partes.

Por resolución de 7 de junio de 2011, el Tribunal Pleno ordenó formar cuaderno separado y agregar a él las presentaciones por escrito que formularen las personas, instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el asunto jurídico-constitucional que debe resolver este Tribunal en la presente causa y en las que se hicieren valer observaciones o se acompañaren antecedentes especializados sobre la materia, y que fueran ingresadas en la Secretaría del Tribunal hasta el día 15 de junio de 2011, a las 12.00 horas.

En la misma resolución se citó a una audiencia pública que tendría lugar con anterioridad a la vista de la presente causa y en la cual podrían ser oídas las personas, instituciones y organizaciones aludidas, que lo solicitaran por escrito, dentro del mismo plazo señalado.

Con fecha 13 de junio, el Presidente del Tribunal ordenó traer los autos en relación y agregar la causa al Rol de Asuntos en Estado de Tabla.

Mediante resoluciones de 14, 16 y 17 de junio de 2011, el Tribunal consignó que, dentro de plazo, ingresaron a la Secretaría del Tribunal y fueron agregadas al cuaderno separado formado en autos 108 presentaciones escritas de diferentes personas, instituciones y organizaciones, de las cuales 44 incluían la solicitud de ser oídas en la audiencia pública.

Atendida la cantidad de interesados en ser oídos, el Tribunal fijó un listado de comparecientes conforme al orden de ingreso de sus respectivas presentaciones, agregando también a 4 personas que, no obstante no haber ingresado sus presentaciones en la Secretaría del Tribunal, solicitaron dentro del plazo fijado, mediante correo electrónico, ser oídas en la audiencia.

Finalmente, la audiencia pública se efectuó el día 20 de junio de 2011, entre las 10.00 y las 13.30 horas y entre las 15.30 y 19.30 horas, suspendiéndose y continuando el día 21 del mismo mes y año a las 10.00 horas y concluyendo a las 11.00 horas. En ella fueron oídas las siguientes personas que, en su caso, representaron a quienes se indica a continuación:

1. María Isabel Manzur por Fundación Sociedades Sustentables.
2. Alejandra Guauque Ullmer por Organización Ciudadana Chile Organizado.
3. Miguel Ángel Sánchez por Asociación Gremial Chile Bio.
4. Mario Schindler M. por Asociación Nacional de Productores de Semillas A.G.
5. Claudio Barriga Cavada.
6. Carlos Muñoz por Comité de Fitomejoramiento de Chile.
7. Gino Grünewald Condori por Consejo Nacional Aymara Mallku T'alla de Arica.
8. Guillermo Donoso Harris por el Decano de la Facultad de Agronomía e Ingeniería Forestal de la Universidad Católica de Chile.
9. Patricia Anguita por Fundación para la Innovación Agraria.
10. Camila Montecinos Urbina.
11. Francisco Prat por The Andes Nursery Association.
12. Héctor Torres Zúñiga por Movimiento Unitario Campesino y de Etnias de Chile.
13. Orlando Contreras Hernández por Federación de Sindicatos Agrícolas, Agroindustriales y Afines.
14. Francisca Rodríguez por Coordinadora Latinoamericana de Organizaciones del Campo, Asociación Nacional de Mujeres Rurales e Indígenas, Confederación Nacional Campesina de Trabajadores Agrícolas y Pueblos Originarios y Asamblea Nacional Mapuche de Izquierda.
15. Flavia Liberona por Fundación Terram.
16. Guillermo Riveros Urzúa por Asociación Gremial de Agricultores Orgánicos de la Región del Bío Bío.
17. Eduardo Coyupe y Domingo Marileo por Organizaciones de Pueblos Originarios Nehuen Domo y por Asamblea Nacional Mapuche de Izquierda.
18. Antonieta Rubilar A. por Ratmuri A.G.
19. Camilo Bahamondes por Red Socioambiental de Valparaíso y Agrupación Tierra Nueva.
20. Lucía Sepúlveda Ruiz por Red de Acción en Plaguicidas y sus Alternativas en Chile.
21. José Antonio Poblete por Asociación Gremial de Viveros Frutales de Chile.
22. Cristián Cruz Rivera por Comunidad Indígena Aymara de Ancovinto, Asociación Indígena Aymara Agropecuaria Asoin-Agro y Asociación Indígena Aymara de Productores Juira Marka.
23. Boris Paredes Bustos por Comité Territorial de Matilla, Comité Territorial de Mamiña, Comité Territorial de Cariquima, Comité Territorial de Isluca y Comité Territorial de Parca.

24. Patricio Véjar por Comunidad Ecuménica Martín Luther King.
25. Patricio Harcha por Agrícola Panam Seed Services Limitada.
26. Edmundo Piffre de Voban por Sociedad Nacional de Agricultura.
27. José Julián Alcayaga por Organización No Gubernamental Recuperemos el Cobre de Chile.
28. Germán Concha Zavala por Asociación de Exportadores de Fruta de Chile A.G.
29. Manuel José Arriagada por Exportadora Subsole S.A.
30. Sonia Ramos Chocobar.
31. Karen García Gómez.
32. Ariel León Bacían por la Corporación Cultural Aymara Jach'a Marka Aru.
33. Luis Jiménez Cáceres por ONG Consejo Nacional Aymara de Mallkus y T'allas.
34. José Ignacio Llancapán como consejero de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
35. Cristián Sauvageot por Red de Acción Ciudadana Chile sin Transgénicos.
36. Daniel Gallardo Bórquez por Semillas Pioneer Chile Ltda.
37. Amalia Mamani Charcas y Esteban Araya por Comunidad Indígena Sumac-Llajta.
38. Luis Miquel Avilés por Consorcio Papa Chile S.A.

En la audiencia fijada para el día 21 de junio de 2011, a las 12.00 horas, se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Werner Blaschke, por los diecisiete señores Senadores requirentes, y Rodrigo Díaz de Valdés, por el señor Presidente de la República, adoptando el Tribunal acuerdo en la presente causa con la misma fecha, y

CONSIDERANDO:

INTRODUCCIÓN

I

**EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDO
A ESTA MAGISTRATURA**

PRIMERO. Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 3° de la Constitución Política de la República, es atribución de este Tribunal “*resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*”;

SEGUNDO. Que, asimismo, en base a lo señalado en el inciso cuarto del referido precepto constitucional, “*el Tribunal sólo podrá conocer de la ma-*

teria a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación”;

TERCERO. Que, en virtud de las normas constitucionales citadas y de las correspondientes contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, un grupo de senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado, representados por el senador Alejandro Navarro Brain, ha deducido un requerimiento de constitucionalidad en contra de los artículos 7, 10, N^º 3, 14, N^º 2, 14, 15, 16, 17 y 40 del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales –conocido también como UPOV 91–, aprobado por la Cámara de Diputados con fecha 7 de mayo de 2009 y, por el Senado, con fecha 11 de mayo de 2011 (Boletín N^º 6426-10);

CUARTO. Que las disposiciones del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales que han sido impugnadas en estos autos disponen lo siguiente:

Artículo 7

Distinción

Se considerará distinta la variedad si se distingue claramente de cualquier otra variedad cuya existencia, en la fecha de presentación de la solicitud, sea notoriamente conocida. En particular, el depósito, en cualquier país, de una solicitud de concesión de un derecho de obtentor para otra variedad o de inscripción de otra variedad en un registro oficial de variedades, se reputará que hace a esta otra variedad notoriamente conocida a partir de la fecha de la solicitud, si ésta conduce a la concesión del derecho de obtentor o a la inscripción de esa otra variedad en el registro oficial de variedades, según el caso.

Artículo 10

Presentación de solicitudes

(...) 3) [Independencia de la protección] Ninguna Parte Contratante podrá denegar la concesión de un derecho de obtentor o limitar su duración por el motivo de que la protección para la misma variedad no ha sido solicitada, se ha denegado o ha expirado en otro Estado o en otra organización intergubernamental.

Artículo 14

Alcance del derecho de obtentor

- 1) [Actos respecto del material de reproducción o de multiplicación]*
- a) A reserva de lo dispuesto en los Artículos 15 y 16, se requerirá la autorización del obtentor para los actos siguientes realizados respecto de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida:*
- i) la producción o la reproducción (multiplicación),*
 - ii) la preparación a los fines de la reproducción o de la multiplicación,*
 - iii) la oferta en venta,*

*iv) la venta o cualquier otra forma de comercialización,
v) la exportación,
vi) la importación,
vii) la posesión para cualquiera de los fines mencionados en los puntos i) a vi),
supra.*

b) El obtentor podrá subordinar su autorización a condiciones y a limitaciones.

2) [Actos respecto del producto de la cosecha] A reserva de lo dispuesto en los Artículos 15 y 16, se requerirá la autorización del obtentor para los actos mencionados en los puntos i) a vii) del párrafo 1) a) realizados respecto del producto de la cosecha, incluidas plantas enteras y partes de plantas, obtenido por utilización no autorizada de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida, a menos que el obtentor haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho material de reproducción o de multiplicación.

3) [Actos respecto de ciertos productos] (disposición facultativa) A reserva de lo dispuesto en los Artículos 15 y 16, se requerirá la autorización del obtentor para los actos mencionados en los puntos i) a vii) del párrafo 1) a) realizados respecto de productos fabricados directamente a partir de un producto de cosecha de la variedad protegida cubierto por las disposiciones del párrafo 2), por utilización no autorizada de dicho producto de cosecha, a menos que el obtentor haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho producto de cosecha.

4) [Actos suplementarios eventuales] Cada Parte Contratante podrá prever que, a reserva de lo dispuesto en los Artículos 15 y 16, también será necesaria la autorización del obtentor para actos distintos de los mencionados en los puntos i) a vii) del párrafo 1) a).

5) [Variedades derivadas y algunas otras variedades]

a) Las disposiciones de los párrafos 1) a 4) también se aplicarán

i) a las variedades derivadas esencialmente de la variedad protegida, cuando ésta no sea a su vez una variedad esencialmente derivada,

ii) a las variedades que no se distingan claramente de la variedad protegida de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 7, y

iii) a las variedades cuya producción necesite el empleo repetido de la variedad protegida.

b) A los fines de lo dispuesto en el apartado a) i), se considerará que una variedad es esencialmente derivada de otra variedad ("la variedad inicial") si

i) se deriva principalmente de la variedad inicial, o de una variedad que a su vez se deriva principalmente de la variedad inicial, conservando al mismo tiempo las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial,

ii) se distingue claramente de la variedad inicial, y

iii) salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes de la derivación, es conforme a la variedad inicial en la expresión de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial.

c) Las variedades esencialmente derivadas podrán obtenerse, por ejemplo, por

selección de un mutante natural o inducido o de un variante somaclonal, selección de un individuo variante entre las plantas de la variedad inicial, retrocruzamientos o transformaciones por ingeniería genética.

Artículo 15

Excepciones al derecho de obtentor

1) [Excepciones obligatorias] *El derecho de obtentor no se extenderá*
i) *a los actos realizados en un marco privado con fines no comerciales,*
ii) *a los actos realizados a título experimental, y*
iii) *a los actos realizados a los fines de la creación de nuevas variedades así como, a menos que las disposiciones del Artículo 14.5) sean aplicables, a los actos mencionados en el Artículo 14.1) a 4) realizados con tales variedades.*

2) [Excepción facultativa] *No obstante lo dispuesto en el Artículo 14, cada Parte Contratante podrá restringir el derecho de obtentor respecto de toda variedad, dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor, con el fin de permitir a los agricultores utilizar a fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo, en su propia explotación, de la variedad protegida o de una variedad cubierta por el Artículo 14.5)a)i) o ii).*

Artículo 16

Agotamiento del derecho de obtentor

1) [Agotamiento del derecho] *El derecho de obtentor no se extenderá a los actos relativos al material de su variedad, o de una variedad cubierta por el Artículo 14.5), que haya sido vendido o comercializado de otra manera en el territorio de la Parte Contratante concernida por el obtentor o con su consentimiento, o material derivado de dicho material, a menos que esos actos*

i) *impliquen una nueva reproducción o multiplicación de la variedad en cuestión,*

ii) *impliquen una exportación de material de la variedad, que permita reproducirla, a un país que no proteja las variedades del género o de la especie vegetal a que pertenezca la variedad, salvo si el material exportado está destinado al consumo.*

2) [Sentido de “material”] *A los fines de lo dispuesto en el párrafo 1), se entenderá por “material”, en relación con una variedad,*

i) *el material de reproducción o de multiplicación vegetativa, en cualquier forma,*
ii) *el producto de la cosecha, incluidas las plantas enteras y las partes de plantas, y*

iii) *todo producto fabricado directamente a partir del producto de la cosecha.*

3) [“Territorios” en ciertos casos] *A los fines de lo dispuesto en el párrafo 1), las Partes Contratantes que sean Estados miembros de una sola y misma organización intergubernamental, cuando las normas de esa organización lo requieran, podrán actuar conjuntamente para asimilar los actos realizados en los territorios de los Estados miembros de esa organización a actos realizados en su propio territorio; en tal caso, notificarán esa asimilación al Secretario General.*

Artículo 17

Limitación del ejercicio del derecho de obtentor

1) [*Interés público*] *Salvo disposición expresa prevista en el presente Convenio, ninguna Parte Contratante podrá limitar el libre ejercicio de un derecho de obtentor salvo por razones de interés público.*

2) [*Remuneración equitativa*] *Cuando tal limitación tenga por efecto permitir a un tercero realizar cualquiera de los actos para los que se requiere la autorización del obtentor, la Parte Contratante interesada deberá adoptar todas las medidas necesarias para que el obtentor reciba una remuneración equitativa.*

Artículo 40

Mantenimiento de los Derechos Adquiridos

El presente Convenio no afectará en modo alguno a los derechos de obtentor adquiridos en virtud de las legislaciones de las Partes Contratantes o en virtud de un Acta anterior, o resultantes de acuerdos, distintos del presente Convenio, concertados entre miembros de la Unión.

QUINTO. Que, en concepto de los requirentes, las objeciones de constitucionalidad que afectan a las disposiciones transcritas del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales o UPOV 91 son las que se señalarán en el considerando siguiente;

SEXTO. Que en el petitorio de su presentación, los senadores requirentes, han solicitado que este Tribunal:

Declare que los artículos 7, 10, Nº 3, 14, Nº 2, 14, 15, 16, 17 y 40 del Convenio UPOV-91, que viene en reformar el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, infringen los artículos 1, inciso final, 19, Nº 2º, 8º, 22º y 24º de la Constitución Política de la República de Chile.

Que, en consecuencia, en (sic) teniendo en cuenta lo anterior, y que los tratados internacionales se aprueban y rechazan como un todo, **declare nula** la aprobación que ha recibido tal tratado en ambas Cámaras del Congreso Nacional en virtud de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República;

SÉPTIMO. Que, sobre el particular, esta Magistratura circunscribirá su pronunciamiento exclusivamente al examen de constitucionalidad de los preceptos impugnados del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales o UPOV 91, declarando su conformidad o disconformidad con la Carta Fundamental, con los efectos previstos en el inciso segundo del artículo 94 de la Carta Fundamental, pues ésa es precisamente la competencia específica que le asigna el artículo 93, inciso primero, Nº 3º en relación al inciso cuarto de la misma Constitución Política;

PRIMERA PARTE

II

CUESTIONES ADICIONALES QUE SE EXAMINARÁN
EN FORMA PREVIA

OCTAVO. Que, en este Capítulo se examinarán ciertos cuestionamientos constitucionales que no formaron parte del requerimiento deducido ni a su respecto concurren los presupuestos previstos al efecto en el artículo 69 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, conforme al cual *“excepcionalmente y por razones fundadas, el Tribunal podrá declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas basado únicamente en fundamentos constitucionales distintos a aquellos que han sido invocados por las partes en la litis. En este caso, deberá advertirles acerca del uso de ese posible precepto constitucional no invocado y permitirles así referirse a ello. Dicha advertencia podrá efectuarse en cualquier etapa del juicio, incluyendo la audiencia de la vista de la causa, cuando proceda, y también como medida para mejor resolver”*;

NOVENO. Que, en efecto, la norma señalada parte del supuesto de que el Tribunal declare una inconstitucionalidad basado únicamente en nuevos fundamentos, lo cual debe advertir a las partes del proceso. En otras palabras, debe ser el órgano colegiado quien haga suyo los nuevos vicios o infracciones planteados a efectos de declarar, exclusivamente sobre esa base, la inconstitucionalidad. En este caso, si bien determinados Ministros formularon preguntas acerca de lo que se tratará, el Tribunal no hizo suyos dichos cuestionamientos;

DÉCIMO. Que sin perjuicio de lo anterior, habida consideración de la importancia de las materias concernidas, algunas de las cuales fueron formuladas como consecuencia de lo afirmado durante la propia audiencia pública en que se escuchó a todos los interesados que hicieron presente observaciones al requerimiento de autos, este Tribunal considera conveniente examinar algunas de ellas;

DECIMOPRIMERO. Que las referidas temáticas dicen relación con tres aspectos de carácter formal relativos al procedimiento de aprobación del convenio internacional. El primero dice relación con el carácter de norma autoejecutable del tratado internacional. El segundo se vincula con la necesidad de haber realizado la consulta a que se refiere el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Por último, se dilucidará lo atinente a la circunstancia que se trate de una norma de quórum calificado por establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes en los términos que preceptúa el artículo 19, N^º 23^º, de la Constitución Política de la República;

1. Carácter no autoejecutable del tratado.

DECIMOSEGUNDO. Que a fojas 276 de estos autos, el Presidente de la República, al formular sus observaciones al requerimiento, ha planteado la improcedencia del mismo sosteniendo que las disposiciones objetadas del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales requieren de un acto legislativo para su implementación, por lo que son normas *non self executing* (no autoejecutables), lo que, al tenor de la jurisprudencia previa de este Tribunal (STC roles N^{os} 309, 1.483 y 1.504), debiera llevar a decidir su constitucionalidad o inconstitucionalidad una vez que se dicten los preceptos necesarios para implementar las disposiciones del tratado respectivo.

Este planteamiento ha sido, a su vez, rebatido por el abogado de los senadores requirentes en la vista de la causa, sosteniendo que, por el contrario, las disposiciones del UPOV 91 no son meramente programáticas, sino que estamos frente a un tratado autoejecutable. En abono de su argumento agregó que el artículo 93, inciso primero, N^o 3^o, que regula el control preventivo de constitucionalidad de los tratados que se encuentran sometidos a la aprobación del Congreso Nacional, no distingue entre tipos o clases de tratados, lo que le restaría asidero a la distinción entre tratados autoejecutables y no autoejecutables;

DECIMOTERCERO. Que en sentencia pronunciada el 4 de agosto de 2000, en el Rol N^o 309, este Tribunal sostuvo que:

“Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina “self executing” y “non self executing”.

Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas auto ejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras.

Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo

serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.” (c. cuadragésimoctavo, letra a));

DECIMOCUARTO. Que la consecuencia de distinguir entre tratados autoejecutables y no autoejecutables, para efectos del control de constitucionalidad de sus disposiciones, fueron precisadas en la sentencia antes aludida en los siguientes términos: “(...) en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no autoejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe –en esta instancia jurisdiccional– pronunciarse sobre su constitucionalidad.” (Idem);

DECIMOQUINTO. Que en aplicación de la referida tesis que supone apreciar el carácter autoejecutable o no autoejecutable de las normas de un tratado internacional en cada caso concreto, en la sentencia recaída en el Rol N^º 1.483, este Tribunal declinó pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo noveno de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por estimar que se trataba de un precepto no autoejecutable, esto es, que “*impone a cada Estado Parte la obligación previa de hacer uso de su propia potestad pública para sancionar las normas que sean necesarias para darle a éste efectiva vigencia.*” (c. octavo).

Aplicando la misma tesis, pero con una conclusión distinta, el fallo recaído en el Rol N^º 383, decidió que el artículo IV, inciso segundo, de la Convención ya aludida, no podía calificarse como una norma no autoejecutable por la consecuencia especial que derivaba de su aplicación, conforme a sus propios términos (c. tercero);

DECIMOSEXTO. Que la tesis sustentada por este Tribunal Constitucional en relación con el carácter autoejecutable o no autoejecutable de los preceptos de un tratado internacional, y su impacto en el control de constitucionalidad de los mismos, ha sido matizada en la referida sentencia Rol N^º 383, de la siguiente forma:

“Tal doctrina, desde luego y naturalmente, tiene una excepción importante. Esta consiste en que si la norma no autoejecutable requiere de la aprobación por el Estado de Chile de preceptos que, conforme a la Constitución, conduzcan o puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo que afecte a la Convención, como podría ocurrir en la especie, no resulta aceptable ni razonable postergar una resolución sobre ella, habida consideración, en especial, de las disposiciones sobre cumplimiento de los tratados, con singular significación su artículo 27, contenidas en la Convención de Viena publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981. La excepción anotada cobra mayor fuerza si existe una jurisprudencia de este Tribunal

que pudiera estimarse aplicable al caso en estudio, como acontece con la sentencia dictada el 8 de abril de 2002, Rol N° 346.” (c. cuarto);

DECIMOSEPTIMO. Que, en otros términos, si a juicio de este Tribunal la obligación que imponen las normas de un tratado de desarrollar sus enunciados normativos a través de disposiciones legislativas o administrativas internas permite inferir, razonablemente, que se configurará una inconstitucionalidad de fondo que es posible prever de inmediato haciendo la correspondiente declaración, no resulta posible postergar el examen de constitucionalidad aunque se trate de una disposición *non self executing*. Tal conclusión apunta a proteger cabalmente la supremacía constitucional en forma acorde con la naturaleza misma del control preventivo de constitucionalidad como el que se ejerce en esta oportunidad;

DECIMOCTAVO. Que pese a que, de conformidad con lo señalado precedentemente, el carácter no autoejecutable de alguna de las normas impugnadas resulta inequívoco, a este Tribunal le asiste la convicción que la obligación que imponen las normas referidas del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales o UPOV 91 de desarrollar sus enunciados normativos a través de disposiciones legislativas o administrativas internas, hace aconsejable desde ya revisar los fundamentos constitucionales de las aludidas disposiciones, sin perjuicio de que –en su oportunidad– se efectúe el control de las leyes que se dicten; sin alterar, por ello, la doctrina mantenida por este Tribunal de reservar el examen de constitucionalidad de normas de un tratado no autoejecutables para el examen de la legislación interna respectiva que les dé concreción.

Lo anterior fluye no sólo de las argumentaciones desarrolladas por los senadores requirentes sino del proceso de audiencias públicas realizadas por este Tribunal, en la presente causa, en que tales dudas de inconstitucionalidad de fondo han sido expuestas por diversos sectores de la sociedad civil con argumentos que, razonablemente, deben sopesarse.

2. Trámite de consulta.

DECIMONOVENO. Que respecto a la observación formulada durante la audiencia pública y luego planteada como interrogación por un señor Ministro a los abogados durante la vista de la causa – no en el requerimiento ni en el escrito de contestación del Gobierno – en orden a que la aprobación del Convenio UPOV 91 debió ser sometida a consulta de los pueblos indígenas en virtud del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, esta Magistratura estima que dado el carácter flexible de las normas de dicho tratado, según se establece en su artículo 34 y es reconocido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en su Informe del año 2011 y por el Relator Especial sobre

Pueblos Indígenas de la ONU James Anaya, corresponde al Gobierno, al Congreso Nacional y a los Municipios y demás órganos autónomos del Estado establecer los mecanismos apropiados para realizar las consultas debidas y fijar, hasta donde sea posible, los criterios con el propósito de determinar si una medida administrativa o legislativa afecta directamente o no a los pueblos originarios;

VIGÉSIMO. Que este mismo Tribunal consideró (STC roles N^{OS} 309 y 1.050) que la obligación de consultar, contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, era autoejecutable y que, como tal, comportaba modificaciones a diversas leyes de carácter orgánico constitucional. Hasta el presente, el establecimiento de tales mecanismos de consulta, aunque sea en forma provisoria, ha sido sólo parcial. En efecto, el Gobierno ha dictado un Reglamento provisorio del artículo 34 de la Ley Indígena N^º 19.253, mediante Decreto N^º 124, de MIDEPLAN, de 25 de Septiembre del 2009, actualmente en proceso de consulta. A su vez, el Congreso Nacional está estudiando la materia para perfeccionar el artículo 22 de la Ley N^º 18.918 o implementar adecuadamente su aplicación vía cambios a sus reglamentos. Por último, no existe un catastro de las correspondientes ordenanzas municipales o de lo actuado por órganos constitucionalmente autónomos al respecto;

VIGESIMOPRIMERO. Que el Convenio UPOV 91 fue sometido a aprobación del Congreso Nacional por parte del Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet el 31 de Mayo del 2009 y la Cámara de Diputados lo votó favorablemente el 7 de Mayo del mismo año, todo ello antes de que el Convenio 169 de la OIT entrara en vigencia, lo que recién ocurrió el 15 de Octubre del 2009. Por su parte, el Senado también lo sancionó positivamente el 11 de Mayo del 2011. Durante la discusión del Acuerdo UPOV 91 en esa Corporación, ningún Senador hizo presente la exigencia del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT;

VIGESIMOSEGUNDO. Que el Convenio UPOV 91 contempla una regulación más exigente de la propiedad intelectual sobre variaciones vegetales y semillas nuevas, de general aplicación para todos los agricultores o investigadores en ciencias botánicas y, por tanto, puede afectar en forma indirecta a las comunidades indígenas, las que, como se verá más adelante, conservan el uso y comercio libre de los vegetales y semillas nativos provenientes de conocimientos ancestrales, los que quedan protegidos frente a posibles abusos por parte de terceros que pretendieran registrarlas para lograr propiedad intelectual sobre ellas. Por otra parte, no existe en UPOV 91 ninguna disposición que presione u obligue a dichas comunidades a usar semillas mejoradas o variaciones vegetales cuya propiedad intelectual se encuentre legalmente protegida, y si lo hacen, libremente, se encuentran en igualdad de condiciones y derechos con los demás agricultores, tal como se analizará más adelante;

VIGESIMOTERCERO. Que, no habiéndose planteado la falta de consulta a los pueblos originarios como un vicio durante la aprobación legislativa del Convenio UPOV 91, ni durante su discusión en el Senado ni por parte de los senadores requirentes, y teniendo presente además que el abogado de los mismos, en estrados, frente a una pregunta al respecto, afirmó que sobre la materia existían opiniones diferentes entre sus mandantes, este Tribunal estima que no es procedente emitir pronunciamiento sobre la materia;

3. Quórum de aprobación.

VIGESIMOCUARTO. Que durante la vista de la causa, del mismo modo, algunos de los señores Ministros advirtieron acerca de un eventual vicio formal por falta de cumplimiento de quórum de aprobación en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, N° 23, de la Constitución, que asegura el derecho a adquirir el dominio de toda clase de bienes y que a su vez exige que la ley que establezca limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio, por motivos de interés nacional, sea de quórum calificado;

VIGESIMOQUINTO. Que a efectos de resolver la eventual inconstitucionalidad de forma anunciada es menester, previamente, examinar el contenido, esto es, precisar cuál es el justo alcance y comprensión del derecho a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes. Lo anterior, toda vez que ello permitirá dilucidar si, en la especie, la normativa impugnada establece una limitación o restricción al referido derecho y, por consiguiente, si debió haber sido aprobada mediante el quórum que para ello exige el artículo 19, N° 23°, de la Carta Fundamental;

VIGESIMOSEXTO. Que, el artículo 19, N° 23°, de la Constitución asegura a todas las personas: *“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”*;

VIGESIMOSEPTIMO. Que en relación al sentido y alcance del artículo 19, N° 23°, de la Constitución Política, este Tribunal ha consignado que de la lectura del mismo *“se infiere que él contempla cuatro normas: 1) la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del Código Civil, todas las cosas corporales o incorporales susceptibles de apropiación; 2) se exceptúan de esta libertad de adquisición, lógicamente, aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así, es decir, se excluyen, entre otros, los bienes nacionales de uso público, como las aguas por ejemplo; 3) solo*

en virtud de una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, se pueden establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. Esta regla constitucional, dentro del contexto lógico del precepto se refiere a los bienes privados, y 4) todas las disposiciones anteriores son sin perjuicio de otros preceptos de la Constitución” (STC roles N^{OS} 260 y 467);

VIGESIMOCTAVO. Que visto lo anterior, es posible apreciar, como ya lo ha hecho este sentenciador que el campo de aplicación de aquella disposición constitucional es diverso al que corresponde al numeral 24° del artículo 19 de la Constitución, desde el momento que alude al derecho a la adquisición de bienes cuya propiedad no se tiene. Al respecto esta Magistratura ha precisado que: *“el precepto consagra el derecho a la propiedad, mientras que el artículo 19, N^º 24°, consagra el derecho de propiedad. En tanto este último garantiza el derecho de propiedad adquirido, el primero establece el derecho a ser propietario, el derecho a adquirir el dominio de bienes para poder incorporarlos a patrimonio privado (E. Ortúzar, en Comisión de Estudios de la Nueva Constitución; Actas; Sesión 197, de 1° de abril de 1976; págs. 18 y 19). “El derecho a la propiedad es el presupuesto jurídico del derecho de propiedad, su antecedente normativo necesario, pero no una etapa previa, realizable por todos, aunque no tengan recursos para llegar a ser dueño.” (Cea, J.L.; ob. cit.; pág. 516). Como dijo el Comisionado Jaime Guzmán, en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, “el derecho a la propiedad es el derecho en potencia, mientras que el derecho de propiedad es el derecho en acto” (Actas, Sesión 197, pág. 19). Es necesario distinguir, entonces, entre la propiedad adquirida y la posibilidad o eventualidad de tener acceso a dicha propiedad, el derecho a ser propietario. El precepto “es una libertad para poder acceder a la propiedad, otorga la posibilidad jurídica de ser titular del derecho de dominio de cualquier bien. Es un derecho al derecho de propiedad” (Molina Guaita, Hernán; Derecho Constitucional; Edit. Lexis Nexis; Santiago, 2006; pág. 222); TRIGESIMOSÉPTIMO. Que mientras el artículo 19, N^º 24°, protege a los que tienen algún tipo de propiedad, la norma que se analiza faculta para que la propiedad llegue al mayor número de personas. De cierta forma, el derecho de propiedad apunta a proteger o garantizar al que tiene un bien. Por eso, se le garantiza que no se limite su dominio sino por ciertas causales; que no se expropie sino por una causal, previo pago de una indemnización y siguiendo un procedimiento reglado; que la ley defina su régimen de uso, goce y disposición. En cambio, el 19, N^º 23°, es el que permite, en el cruce de intereses con el 19, N^º 24°, la circulación de los bienes o las transferencias. Quien no tiene una propiedad, puede querer obtenerla, para lo cual está dispuesto a movilizar los instrumentos que brinda el derecho. La circulación de los bienes depende o se dinamiza no sólo por la voluntad del dueño, sino también del que desea serlo.” (STC Rol N^º 1.281);*

VIGESIMONOVENO. Que, el fundamento que se tuvo en cuenta para incorporar este derecho a la Constitución fue doble y así lo expresó Pedro. J. Rodríguez, en la Subcomisión de derecho de propiedad de la

Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: “*Al derecho a la propiedad pueden asignársele dos significados: uno, desde el punto de vista propiamente jurídico, que en un sentido subjetivo se identifica o relaciona con la capacidad de adquirir; esto es, con el atributo de la personalidad que permite tener acceso a la propiedad y que, en consecuencia, es un presupuesto o requisito previo para la adquisición, y que en un sentido objetivo se vincula con la comerciabilidad de los bienes, esto es, con su aptitud para ser apropiados; y, en otro orden, el precepto sobre este derecho puede entenderse con un carácter más bien de política social, en cuanto tiende a estimular el acceso a la propiedad de las personas más desposeídas de la colectividad*” (Anexo, Acta Sesión 148; pág. 59). De esta manera, por una parte se garantiza la libre apropiabilidad de los bienes y por la otra, se buscó lograr hacer accesible el derecho de dominio al mayor número de personas; dar la posibilidad de que los que no tengan propiedad, sean también propietarios. (En similar sentido, STC Rol N° 1.281);

TRIGÉSIMO. Que en similar sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, aclarando el aludido sentido positivo de la norma, señalando al efecto que lo que reconoce la Constitución en el artículo 19, N° 23°, “*es la aptitud genérica y sin discriminaciones que tienen los particulares para adquirir todo tipo de bienes, protegiendo esta posibilidad eventual de exclusiones unilaterales de la autoridad respecto de ciertos bienes, de manera que lo que se ha querido enfatizar en esta disposición es el derecho prioritario de los particulares frente al Estado, para impedir a éste ejercer limitaciones abusivas o arbitrarias a esta libertad de incrementar la propiedad privada*”. En el mismo fallo señaló que “*el artículo 19, N° 23°, de la Constitución ha sido establecido con el objeto de garantizar el libre acceso al dominio privado de las personas de toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, y de todas las cosas susceptibles de ser incorporadas a un patrimonio personal. Su finalidad ha sido proteger a las partes de actos legislativos o de autoridad que excluyan de este libre acceso a alguna categoría de bienes, salvo las excepciones contempladas en la misma norma constitucional.*” (26 de mayo de 1988, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 85, sección 5ª, página 186);

TRIGESIMOPRIMERO. Que, a su vez, cabe destacar que la Constitución ha exigido que sólo una ley de quórum calificado limite o restrinja, por motivos de interés nacional el derecho a la libertad de adquirir, cuestión que, como ha señalado este sentenciador “*en consideración a la importancia y trascendencia que la Constitución ha dado al resguardo de esta “libertad para adquirir” el inciso segundo de este mismo numeral ha agregado que “una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”. El constituyente ha expresado así su voluntad, exigiendo que el establecimiento de limitaciones o requisitos para “adquirir el dominio” sólo puede imponerse por medio de una ley aprobada por mayorías superiores a las que precisa una ley común*” (STC Rol N° 115);

TRIGESIMOSEGUNDO. Que teniendo en consideración lo razonado en torno al contenido de la libertad para adquirir el dominio y el régimen de restricciones que el constituyente ha establecido a su respecto, es posible colegir que las normas impugnadas no aluden a él, por cuanto no desarrollan su contenido ni tampoco establecen en modo alguno limitaciones a su respecto. En efecto, los preceptos vienen a desarrollar el derecho de propiedad intelectual que asiste a los denominados “obtentores”. A su vez, de las disposiciones que regulan aquel derecho de dominio, se desprende que las limitaciones se dirigen a éste y no a la libertad de adquirirlo. Más aún, la totalidad de los preceptos del Convenio dejan en claro lo anterior. Baste al efecto citar lo dispuesto en el impugnado artículo 17.1 del Convenio aludido cuyo tenor es el siguiente: “*Salvo disposición expresa prevista en el presente Convenio, ninguna Parte Contratante podrá limitar el libre ejercicio de un derecho de obtentor salvo por razones de interés público*”. Por otra parte el Convenio permite a los Estados adoptar una “excepción facultativa” consistente en restringir el derecho del obtentor respecto de toda variedad, dentro de los límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor, con el fin de permitir que los agricultores exploten las semillas que obtengan como productos de su cosecha, para fines de reproducción o multiplicación en su propia explotación;

TRIGESIMOTERCERO. Que, de esta manera, la normativa objetada no dice relación en modo alguno con la libertad de adquirir un bien privado, sino que con la protección y regulación del dominio que asegura la Constitución al creador intelectual, vale decir, deben confrontarse las normas impugnadas con las disposiciones constitucionales contenidas en el artículo 19, N^º 24 y 25 y no con la del número 23;

SEGUNDA PARTE

III

EL CONVENIO UPOV 91 Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

TRIGESIMOCUARTO. Que como se señala en el Mensaje Presidencial suscrito por la entonces Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, La Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (en adelante “UPOV”) “*es una Organización Internacional de carácter Intergubernamental, de la que Chile es Parte desde 1996. Dicha Unión Internacional fue establecida en el año 1961 por el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*”.

Por su parte, el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (en adelante “Convenio UPOV”), es un acuerdo internacional que data del año 1961 y que ha sido modificado en tres oportunidades (10 de noviembre de 1972, 23 de octubre de 1978 y 19 de marzo de 1991).

Nuestro país es parte –desde 1996– de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, fecha en la cual adhirió al Convenio y a las Actas de 1972 y 1978, instrumentos internacionales estos últimos que fueron promulgados por Decreto Supremo N° 18, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 5 de enero de 1996, publicado en el Diario Oficial el 23 de marzo de 1996.

Del mismo modo, se expresa por la entonces Presidenta de la República que *“de forma previa a la adhesión de Chile al Acta 1978 del Convenio UPOV y como un requisito necesario para permitir nuestra membresía a dicho organismo internacional, nuestro país estableció a nivel nacional un marco jurídico que reguló la protección de los derechos de los obtentores de nuevas obtenciones vegetales y creó, para estos efectos, un registro nacional de variedades protegidas dependiente de la División Semillas del Servicio Agrícola y Ganadero. Lo anterior se materializó mediante la ley N° 19.342 que regula el derecho de los obtentores de nuevas variedades vegetales, que fue promulgada el día 17 de octubre del año 1994 y publicada en el Diario Oficial el día 3 de noviembre del mismo año. De forma precursora, esta ley incorporó varios de los estándares del Acta 1991 del Convenio UPOV. Los beneficios que se han derivado de la implementación de los estándares del Acta 1978 del Convenio UPOV han contribuido a la transformación de Chile en uno de los principales países exportadores de productos agrícolas, forestales y de semillas en la región”*.

Sin embargo, se concluye que *“los nuevos desafíos que enfrenta el sector agrícola y la competencia en los mercados internacionales exigen la incorporación de nuevos elementos en el sistema de protección a los derechos de quienes innovan creando nuevas variedades vegetales, salvaguardando el acceso y los usos permitidos a los agricultores, de conformidad al Acta 1991 del Convenio UPOV. Se estima que el presente proyecto de Acuerdo, en que se propone al Congreso Nacional la adhesión de Chile al Acta 1991 del Convenio UPOV, permitirá elevar de forma equilibrada las garantías a la protección de estos derechos e incorporar a nuestro país al grupo de 43 países que ya han adherido al acta más actualizada de este tratado internacional”*;

TRIGESIMOQUINTO. Que, del mismo modo, se señala por la ex Presidenta de la República Bachelet que *“el principal objetivo del Convenio UPOV es establecer un marco jurídico que permita garantizar al obtentor de una nueva variedad vegetal y un adecuado reconocimiento al derecho sobre la variedad que es de su creación. En este contexto, el Acta 1991 del Convenio UPOV incorpora estándares más específicos que los existentes en el Acta del año 1978. A modo ejemplar, amplía los derechos relativos al material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida y aumenta los plazos mínimos de protección. De forma paralela, en esta Acta se reafirma la facultad de los países para establecer excepciones al derecho de los obtentores de nuevas variedades vegetales, en particular lo referido al uso con el fin de propagación que los agricultores pueden realizar con una variedad protegida, en su propia explotación”*;

TRIGESIMOSEXTO. Que en relación a las características generales del acuerdo internacional que se impugna en estos autos, es del caso señalar los siguientes aspectos que resalta precisamente la entonces Presidenta de la República.

En primer lugar, el convenio *“mantiene inalterados los requisitos que debe cumplir una nueva variedad para ser susceptible de protección, es decir, debe tratarse de una variedad nueva, homogénea, estable, distintiva y que cuente con una denominación adecuada”*. En lo relativo a los plazos, se aumentan los plazos de protección de las nuevas obtenciones vegetales de 18 a 25 años –en el caso de las variedades de árboles y vides–, y de 15 a 20 años para el resto de éstas.

En segundo lugar, en relación a los derechos concedidos y ámbitos de aplicación, al igual que en las actas anteriores *“se conceden al obtentor de una nueva variedad vegetal derechos exclusivos respecto de los actos que se realicen con el material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida”*. Así, en el UPOV 91 *“se detallan con precisión las conductas que se encuentran protegidas mencionando la producción, la preparación para los fines de reproducción, la oferta, la venta, la exportación, la importación y toda otra forma de comercialización. Esto implica que, para ejecutar cualquiera de los actos señalados con material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida, se requiere la autorización del titular”*. En cuanto a la extensión de los derechos del obtentor de una nueva variedad vegetal a material distinto del de reproducción o multiplicación, se establece que *“los derechos del obtentor se extienden no sólo a los actos relativos al material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida, sino que también al producto de la cosecha, incluidas plantas enteras y partes de plantas. Lo anterior será aplicable cuando el producto de la cosecha ha sido obtenido por una utilización no autorizada del material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida, a menos que el obtentor haya podido ejercer razonablemente su derecho con relación a dicho material. De esta forma, se extienden los derechos del obtentor respecto de productos obtenidos por el uso ilegal del material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida”*. Del mismo modo, se consigna que *“la legislación chilena vigente desde el año 1994 extiende la protección a todas las especies y géneros, que sean nuevas, estables, homogéneas y distintivas, sin exclusiones, por lo que el estándar del Acta 1991 de UPOV ya se encuentra incorporado en nuestro ordenamiento interno”*.

En relación a la protección provisional se establece por el Convenio UPOV 91 que los Estados Parte *“deben conceder una protección provisional en el período comprendido entre la presentación de una solicitud de protección de una nueva variedad o su publicación y la fecha en que se concede la inscripción ante el registro nacional de nuevas variedades vegetales”*. Este tipo de protección representa *“un cambio adicional respecto de Actas anteriores del Convenio UPOV, donde este tipo de protección estaba prevista solamente de forma facultativa. Esta protección provisional consiste en que el solicitante de una nueva variedad tendrá*

derecho a obtener una remuneración equitativa de quien realice, en el período comprendido entre la solicitud o publicación y la concesión del derecho, alguno de aquellos actos que una vez concedido el derecho requieren de la autorización del titular. Lo anterior, condicionado a que el solicitante acredite haber notificado la existencia de una solicitud en trámite respecto de la variedad en cuestión y sujeto, en todo caso, a que la variedad sea finalmente concedida”.

En cuarto lugar, se incorpora en el convenio internacional el concepto de variedad esencialmente derivada “*extendiendo respecto de ellas los derechos que se conceden al obtentor. Para estos efectos define las variedades esencialmente derivadas como aquellas que (i) se derivan principalmente de la variedad inicial, o de una variedad que a su vez se deriva principalmente de la variedad inicial, conservando al mismo tiempo las expresiones de los caracteres esenciales que resultan del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial; (ii) que se distinguen claramente de la variedad inicial; y, (iii) que salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes de la derivación, son conformes a la variedad inicial en la expresión de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial”.*

En lo que respecta a las excepciones al derecho del obtentor, el convenio explicita situaciones que quedaban fuera del ámbito de protección, “*como por ejemplo los usos privados, los usos a títulos experimentales y los realizados con la finalidad de crear una nueva variedad a partir de variedades protegidas”.* Adicionalmente el Convenio “*incorpora expresamente una excepción facultativa que permite, dentro de un marco de respeto al derecho concedido, que los agricultores utilicen a fines de reproducción o multiplicación en su propia explotación el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo de la variedad protegida”.* Del mismo modo, se permite que “*por razones de interés público se limite el ejercicio de los derechos de obtentor, sujeto a una remuneración equitativa para éste en los casos en que la limitación sea para que un tercero pueda realizar alguno de los actos que requerirían autorización”;*

Por último, en lo relativo al agotamiento del derecho y en coherencia con el sistema de propiedad intelectual vigente, el convenio “*establece que el derecho concedido al obtentor se extingue una vez que el material de reproducción o multiplicación, o, en su caso, el producto de la cosecha de la variedad protegida ha sido vendido o comercializado en el territorio de una de las Partes contratantes”;*

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que, como puede apreciarse, la normativa cuestionada se encuentra estrechamente vinculada con lo dispuesto en el artículo 19, N° 25°, de la Carta Fundamental, conforme al cual, se garantiza a todas las personas “*La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley. Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención,*

marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley”;

TRIGESIMOCTAVO. Que así, por lo demás, lo hace presente también la entonces Presidenta de la República en cuanto a que:

*“Consistentemente con lo acordado en los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos durante la última década, Chile ha reafirmado sus compromisos internacionales en materia de **propiedad intelectual** en la Organización Mundial de Comercio (OMC) y en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).*

*Ello se ha materializado mediante la adhesión a múltiples acuerdos internacionales sobre **propiedad intelectual**, siempre manteniendo el necesario balance entre los legítimos intereses de los titulares de derechos y los legítimos intereses de consumidores, usuarios y la comunidad en general.*

En este contexto, si bien las variedades vegetales no se encuentran dentro de las categorías de propiedad industrial expresamente referidas en el Párrafo II del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio, es indudable que respecto de las nuevas variedades vegetales existe a nivel internacional un estatuto especial para protegerlas.

Así, la adhesión al Acta 1991 del Convenio UPOV representa un paso adicional en la estrategia de Chile de participación en el sistema multilateral de propiedad intelectual, que permitirá otorgar mayor seguridad jurídica tanto a los inversionistas extranjeros que quieran registrar sus variedades vegetales en Chile, como a los obtentores y creadores de nuevas variedades nacionales.

Por otra parte, la adhesión al Acta 1991 del Convenio UPOV, al igual que otros tratados internacionales que forman parte del sistema multilateral de propiedad industrial, fue comprometida internacionalmente por Chile en diversos acuerdos bilaterales de libre comercio (TLC).

En particular, tanto el TLC suscrito por Chile con los Estados Unidos de Norteamérica, el TLC Chile – Japón y el Acuerdo de Asociación entre Chile y la Comunidad Europea establecen compromisos respecto a la adhesión o incorporación en la legislación nacional del Acta 1991.

En el caso del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos, en las Disposiciones Generales del Capítulo 17 de “Propiedad Intelectual”, las Partes se han comprometido a ratificar o adherir al Acta 1991 del Convenio UPOV antes del 1º de enero de 2009.

Por su parte, de conformidad al Título VI de “Derechos de Propiedad Intelectual”, artículo 170.a).v) del Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea, ambas Partes se comprometen a seguir asegurando una ejecución adecuada y efectiva de las obligaciones derivadas del Convenio UPOV, Acta 1978 o Acta 1991.

En el caso del TLC Chile-Japón, el artículo 162 establece que ambas Partes deberán adherir al Acta 1991 de UPOV, antes del 1º de enero de 2009.

En consecuencia, la adhesión al Acta 1991 de UPOV además de formar parte del proceso de modernización de la legislación chilena a las normas más completas del sistema internacional de propiedad intelectual e industrial, permitirá dar cumplimiento a compromisos asumidos por Chile con dos de sus más importantes socios comerciales”;

TRIGESIMONOVENO. Que lo anteriormente señalado, se confirma de lo expresado durante la aprobación del convenio en el Senado, con fecha 11 de mayo. Así, el Senador García hizo presente que *“como es evidente, el que Chile ratifique el Acta UPOV de 1991 implica hacer un reconocimiento al derecho sobre la variedad vegetal que es creación de alguien que ha investigado, que ha trabajado y que ha llegado a obtenerla. Yo creo que, en definitiva, como aquí estamos adhiriendo a un Convenio de carácter internacional que significa una mayor participación de Chile en el sistema multilateral de propiedad intelectual y que permite otorgar mayor seguridad jurídica a quienes registran sus variedades vegetales en nuestro país, claramente estamos hablando de derechos de propiedad intelectual”*. Por su parte, el senador Larraín puntualizó que *“en realidad, el derecho sobre las variedades mejoradas consiste en una extensión del derecho de propiedad intelectual. La innovación, en materia de variedades vegetales, es un proceso largo y costoso que requiere capital y paciencia y, además un desarrollo científico-tecnológico importante”*. La Senadora Rincón enfatizó que *“el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 1961 establece el funcionamiento de la organización denominada “Unión para la Protección de las Obtenciones Vegetales” (UPOV) –de eso estamos hablando hoy día– y protege la propiedad intelectual de las obtenciones vegetales o nuevas variedades de semillas que se crean mediante modificaciones genéticas. Su texto ha sido revisado en tres oportunidades por las Actas de 1972, 1978 y la actual –que discutimos hoy–, de 1991, constituyendo nuevos regímenes jurídicos”*. Por último, el Senador Tuma destacó que el convenio *“va a proteger la titularidad de quien inventa, de quien investiga, de quien mejora sustantivamente la semilla”;*

CUADRAGÉSIMO. Que como ha señalado la doctrina especializada, *“la protección de las obtenciones vegetales que actualmente se aplica en diversos países se compone, a grandes rasgos, de dos sistemas: i) un certificado de obtentor; ii) una patente de invención”* (Pablo Ruiz-Tagle Vial, Propiedad Intelectual y Contratos, Ed. Jurídica de Chile, 2001, p. 489). En el mismo sentido, la entonces Ministra de Agricultura, Marigen Hornkohl, durante la tramitación del proyecto de ley que modifica la legislación que regula los derechos sobre obtenciones vegetales, precisó en la Cámara de Diputados, que *“el derecho del obtentor es una forma de propiedad intelectual que se reconoce a los creadores de nuevas variedades vegetales a objeto de permitirles la explotación exclusiva de su creación, por un tiempo determinado. Posee características en común con otras formas de propiedad intelectual, sin embargo, tiene características únicas y particulares a fin de adecuarlo especialmente al objeto de protección de las variedades vegetales. Entre estas características especiales, pueden mencionarse:*

el hecho de que el fitomejoramiento es un proceso largo y oneroso, la reproducción de la variedad se obtiene fácil y rápidamente, y se trata de derechos otorgados por un tiempo definido” (Informe de la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural, 8 de septiembre de 2009);

IV EL CONVENIO UPOV 91 NO INFRINGE EL DERECHO DE PROPIEDAD

1. Registro de variedades protegidas.

CUADRAGESIMOPRIMERO. Que el requerimiento sostiene que el Convenio UPOV-91, específicamente su artículo 7°, violaría el artículo 19, N^º 24, de la Constitución, ya que –en su concepto– *“aumenta y extiende la posibilidad de usurpar la propiedad de comunidades campesinas e indígenas, de apropiarse de su conocimiento y de su biodiversidad”*. Tal *“apropiación”* se produciría dado que cualquier empresa podría constituir derechos como obtentor sobre semillas que son de conocimiento ancestral, con el ardid de de presentarla a registro como una variedad *“nueva”* y *“distinta”* y basado en la sola circunstancia de que *“no se usa en el comercio general o no aparece en un registro oficial”*, como de hecho ya habría sucedido *“no una sino cientos de veces”* (fojas 10 y 11).

Añade el reclamo que, en virtud de los artículos 14 y 16 del mismo Convenio, esa propiedad del obtentor *“se extiende a las especies derivadas, a las que no se diferencien sustancialmente de la original, a los productos fabricados directamente con ellos, a los que requieran durante su producción de aquellos, a las plantas, semillas, partes de plantas y cosechas, entre otras más; no sólo en materia de venta, sino también disposición para la venta, importación, exportación y otras operaciones comerciales”*;

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que, para desechar esta parte del requerimiento, conviene puntualizar, en primer término, que el Convenio UPOV-91 no innova ni promueve cambios en cuanto a los requisitos y formalidades que deben satisfacer aquellas nuevas variedades vegetales que opten a ser registradas para obtener protección legal, establecidos actualmente en la Ley N^º 19.342, que regula Derechos de Obtentores de Nuevas Variedades Vegetales, vigente desde 1994.

A este respecto, comoquiera que no se han aportado antecedentes que acrediten la comisión de tan acusadas inscripciones ilegítimas, como las descritas en el presente reclamo, cabe reiterar la doctrina sentada en otros casos por este Tribunal, en orden a que no puede darse por establecida una amenaza o conculcación, a los derechos constitucionales o al orden institucional, sin indicios claros que den cuenta de su inminencia o verdadera ejecución;

CUADRAGESIMOTERCERO. Que, es así, en función de proteger solo las genuinas creaciones e invenciones, de conformidad con la Constitución (artículo 19, N° 25°), la Ley N° 19.342 únicamente resguarda los derechos de los obtenedores de variedades vegetales que sean, copulativamente, “nuevas” y “distintas”, en los términos que prevén sus artículos 8, 9 y 10.

Tal como observa el Presidente de la República en estos autos (fs. 281-283 y 318-320), del propio tenor de las normas señaladas, que son equivalentes a las contenidas en el Convenio UPOV-91 (artículos 5, 6 y 7), es posible aseverar que las variedades tradicionales y originarias de Chile no pueden registrarse, desde que a menudo han sido objeto de algún comercio en el país, aunque circulen por canales locales, y justamente porque son de conocimiento inmemorial, sin necesidad de figurar previamente en ningún registro oficial;

CUADRAGESIMOCUARTO. Que, a mayor abundamiento, el proyecto que deroga la Ley N° 19.342, iniciado por Mensaje N° 453-356, de 22 de diciembre de 2008, de la ex Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, actualmente en trámite en el Congreso Nacional (Boletín N° 6355-01), amén de perfeccionar el mismo régimen de registro, incorpora un inciso en su artículo 1°, a cuyo amparo se *“garantiza que la protección conferida en virtud de ella se concederá salvaguardando y respetando, tanto el patrimonio biológico y genético, como los conocimientos tradicionales nacionales. El otorgamiento de los derechos que constituyan elementos protegibles, que hayan sido desarrollados a partir del material obtenido de dicho patrimonio o de dichos conocimientos, estará supeditado a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente”*.

En análogo sentido y reflejando que lo dicho configura un criterio general del derecho público chileno, la Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial, en su artículo 3°, inciso tercero, asimismo *“garantiza que la protección conferida por los derechos de propiedad industrial que aquí se regulan, se concederá salvaguardando y respetando tanto el patrimonio biológico y genético como los conocimientos tradicionales. El otorgamiento de los derechos de propiedad industrial que constituyan elementos protegibles, que hayan sido desarrollados a partir de material obtenido de dicho patrimonio o de dichos conocimientos, estará supeditado a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente”*. Junto con acotar, en su artículo 37, que *“no se considera invención y quedarán excluidos de la protección por patente de esta ley: b) Las plantas y los animales, excepto los microorganismos que cumplan las condiciones generales de patentabilidad. Las variedades vegetales sólo gozarán de protección de acuerdo con lo dispuesto por la Ley N° 19.342, sobre Derechos de Obtenedores de Nuevas Variedades Vegetales”*;

CUADRAGESIMOQUINTO. Que, en efecto, la inscripción que se practica en el Registro de Variedades Protegidas, acorde con la Ley N°

19.342, tiene un carácter constitutivo, puesto que establece el derecho del obtentor, al paso que se rige por el principio de calificación, en cuya virtud a los órganos del Estado encargados de su administración les compete precisamente acceder a la inscripción o acordar su reprobación, con miras a proteger los derechos válidamente inscritos, dificultar fraudes e impedir el acceso al mismo de actos ilegítimos.

Donde la composición profesional del ente calificador, el procedimiento al que debe ceñirse estrictamente una solicitud de inscripción, con publicidad y posibilidades de oposición eficaz, verificación del cumplimiento de los enunciados requisitos legales, oportunidad de reclamo en sede jurisdiccional, así como la eventualidad de disponer hasta la nulidad de una inscripción, todas estas garantías juntas, se yerguen en barreras suficientes para frenar esas ilegalidades que los senadores creen entrever en su requerimiento;

CUADRAGESIMOSEXTO. Que, por tanto, la normativa jurídica en vigor permite asegurar que no son apropiables, por la vía reseñada, las variedades vegetales originarias y tradicionales que son propios de la biodiversidad chilena, de modo que éstas y las otras muchas variedades introducidas en el país y que se encuentran liberadas, pueden ser usadas y sembradas por pequeños agricultores y productores indígenas, sin ninguna restricción.

Como igualmente se les abre, sin limitación, su participación en los reseñados procedimientos de inscripción de nuevas variedades y eventual oposición. Sin perjuicio de las demás medidas que pueda adoptar el Estado, tendientes a incentivar, facilitar y amparar dicha intervención en esos trámites legales, especialmente respecto de aquellas personas interesadas más vulnerables y necesitadas de nuestra comunidad nacional, conforme manda el principio de servicialidad consagrado en el artículo 1^º, incisos tercero y cuarto, de la Carta Fundamental.

Siendo de agregar que la normativa de la UPOV no aborda el establecimiento de compensaciones o el acceso a beneficios, a favor de los agricultores nativos que proporcionarían el germoplasma o material genético original a partir del cual crea su variante protegida un obtentor, materia que es tratada en otros instrumentos internacionales, como el Convenio Internacional sobre Diversidad Biológica, ratificado por Decreto Supremo N^º 1.963, de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores;

2. Derecho del obtentor y privilegio del agricultor.

CUADRAGESIMOSÉPTIMO. Que, sobre este particular, es dable entender que se objeta el Convenio UPOV-91 porque vulneraría el derecho de propiedad de los agricultores para usar y gozar de las semillas, adquiridas por accesión, al no poder usar sus cosechas como material de

reproducción en nuevos cultivos, según antes les habría permitido el, así denominado, “*privilegio del agricultor*”.

Impugnación que será desestimada, porque, contrariamente a lo sostenido por los senadores requirentes, el acuerdo de que se trata contempla expresamente la franquicia mencionada, en términos que no lesionan derechos protegidos por el ordenamiento constitucional;

CUADRAGESIMOCTAVO. Que, en efecto, el artículo 15, Nº 2, del Convenio acepta expresamente que, al adaptar su legislación interna a los principios propugnados por la UPOV, los Estados adherentes pueden contemplar como “*excepción facultativa*” a la protección que deben brindar al derecho del obtentor, el aludido “*privilegio*”, el cual permite a los agricultores utilizar las semillas protegidas en sus nuevos cultivos, de modo que se les faculta para usar con fines de reproducción o multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido con el cultivo de la variedad que es obra del obtentor.

Y por si esta delimitación no fuera suficiente, además el artículo 17 del mismo Convenio permite a los Estados Parte limitar los derechos del obtentor, por razones de interés público que pueden dar lugar a que terceros realicen cualquiera de los actos para los que se requiere la autorización del obtentor, a cambio, naturalmente, de una justa retribución;

CUADRAGESIMONOVENO. Que la Ley Nº 19.342 también establece el “*privilegio del agricultor*”, en su artículo 3º inciso final, al señalar que: “*No se entenderá vulnerado el derecho del obtentor por la utilización que haga el agricultor, en su propia explotación, de la cosecha de material de reproducción debidamente adquirido. Sin embargo, este material no podrá ser publicitado ni transferido a cualquier título como semilla*”, vale decir como material de propagación y no de consumo.

Y, asimismo, se ha informado que el artículo 48 del proyecto en actual tramitación que deroga dicha Ley Nº 19.342 (Boletín 6355-01) permite a los agricultores emplear con fines de propagación en sus propias explotaciones, parte del producto de la cosecha obtenida del cultivo en sus propias explotaciones de material de propagación de una variedad protegida, que haya sido debidamente adquirido y no sea híbrido o sintético, en los casos allí regulados. Los agricultores podrán reservar para sí, por cada temporada, una cantidad de material no superior a la adquirida originalmente del titular o proveedor autorizado;

QUINCUAGÉSIMO. Que, así las cosas, el agricultor que ha adquirido semillas protegidas, puede a su vez utilizarlas como material de reproducción, en su propia explotación: con parte del producto de la cosecha obtenida, esto es con granos producidos por él a partir de aquellas semillas protegidas del obtentor, puede volver a sembrar su explotación.

En otras palabras, al agricultor le está permitido comercializar el producto de su cosecha a terceros para fines de uso o consumo final, tanto

como sembrar en la forma descrita. Lo que le está vedado es comercializar como semilla ese material de reproducción, o sembrarlo en otra explotación, distinta de la propia.

Por manera que la normativa examinada, al proteger con el antedicho alcance la propiedad del obtentor, sin lesionar ningún legítimo derecho del adquirente agricultor, no puede estimarse anticonstitucional;

V

EL CONVENIO UPOV 91 NO AFECTA EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

QUINCAGESIMOPRIMERO. Que, como se ha señalado en la parte expositiva, los requirentes aducen que las disposiciones que se impugnan infringirían el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, en los términos que establece el artículo 19, N^º 8^º, de la Carta Fundamental. Específicamente, se sostiene que los aludidos artículos 14 y 16 del convenio internacional obstaculizarían la circulación de los bienes, extendiendo la propiedad no sólo a las semillas iniciales sino que también a plantas y partes de plantas, a especies derivadas, a aquellas que no tienen diferencia sustancial con la variedad protegida, al producto de la cosecha, a los productos fabricados con ellas y a los productos fabricados con aquellas. En tal sentido, se invocan estudios, según los cuales, el sistema de derechos de propiedad vegetal contribuirá al reemplazo de agroecosistemas tradicionales diversos por el monocultivo de variedades fuertemente dependientes de agroquímicos, afectando los alimentos nutritivos y el medio ambiente. Igualmente, se produciría la pérdida de las variedades criollas y locales, el deterioro de los ecosistemas y el agotamiento del derecho de los agricultores a controlar y mejorar sus propias semillas, razón por la cual el convenio UPOV 91 afectará la biodiversidad violentándose así el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza;

QUINCAGESIMOSEGUNDO. Que, como se sabe, el artículo 19, N^º 8^º, de la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas, “*el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”. Del mismo modo, impone al Estado el deber de “*velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*”. Por último, se faculta al legislador para “*establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*”;

QUINCAGESIMOTERCERO. Que, en tal sentido, y a pesar de que no tiene el carácter de una ley interpretativa de la Constitución, no puede prescindirse de los conceptos que formula –“*para todos los efectos legales*”– el artículo 2^º de la Ley N^º 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, para apreciar si la presencia de un contaminante es más que

un impacto o alteración del ambiente y merece ser calificada de contaminación. Dicho artículo define en su letra k), *“impacto ambiental”* como *“la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”*, mientras que *“contaminación”*, según la letra c) del mismo artículo, es *“la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencias superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”*;

QUINCAGESIMOCUARTO. Que, como ha señalado esta Magistratura, desde el punto de vista jurídico constitucional, *“contaminación no es cualquier impacto o alteración ambiental sino la situación que supera los parámetros ambientales establecidos”*. De tal forma, que *“mientras no se aprueben las normas de calidad ambiental respectivas que determinen objetivamente los parámetros dentro de los cuales es admisible en el ambiente una sustancia o elemento, no corresponde hablar de contaminación, a menos que se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza, o bien que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante”* (STC Rol N° 577, c. decimotercero);

QUINCAGESIMOQUINTO. Que, por su parte, la Corte Suprema ha sentenciado que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación *“es un derecho humano con rango constitucional, el que presenta un doble carácter: derecho subjetivo público y derecho colectivo público. El primer aspecto se caracteriza porque su ejercicio corresponde, como lo señala el artículo 19 de la Carta Fundamental, a todas las personas, debiendo ser protegido y amparado por la autoridad a través de los recursos ordinarios y el recurso de protección. Y, en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho en análisis, es decir, el derecho colectivo público, él está destinado a proteger y amparar derechos sociales de tipo colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, y ello es así porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse o limitarse el medio ambiente y los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras. En este sentido, su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o al menos claramente apreciable en su esfera individual”* (19 de marzo de 1997, considerando 14°, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, 2ª parte, secc. 5ª, pág. 17);

QUINCAGESIMOSEXTO. Que la doctrina ha señalado que *“La naturaleza aparece así como un valor, un bien o patrimonio que pertenece a la colectividad y que debe ser mantenido y protegido para que lo puedan disfrutar y aprovechar las personas en el presente y en el futuro. Por ello toda intervención en*

la naturaleza que implique un deterioro grave en su conservación y mantenimiento y que lleve, por ejemplo, a la extinción, de recursos naturales vivos o a la alteración significativa del paisaje, ha de ser combatida por toda la sociedad, representada por el Estado. Las acciones que alteran o dañan la naturaleza no son siempre de tipo contaminante, pero, por su especie, pueden causar la pérdida de la buena y sana calidad de vida de las personas, lo cual pone de relieve que es ése el bien jurídico protegido por el art. 19, N^º 8".(Alejandro Silva Bascuñán, Tomo XII, 2008, p. 102);

QUINCUGESIMOSEPTIMO. Que el convenio que se impugna no regula el acceso a recursos genéticos. El proyecto de ley, en actual tramitación, que modifica la Ley 19.342, en su artículo 1^º, garantiza que la protección conferida *"se concederá salvaguardando y respetando tanto el patrimonio biológico y genético como los conocimientos tradicionales nacionales"*. Por lo mismo, en el Mensaje suscrito por la entonces Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, se enfatiza que *"la protección que este proyecto confiere, se otorga salvaguardando y respetando tanto el patrimonio biológico y genético como los conocimientos tradicionales nacionales"* (Mensaje N^º 435-356, de 22 de diciembre de 2008);

QUINCUGESIMOCTAVO. Que del mismo modo, no se aprecia de qué forma el convenio internacional UPOV 91 podría afectar los cultivos actualmente existentes o la preservación de la naturaleza. Tampoco se divisa de qué forma podría afectarse la biodiversidad como consecuencia de restringir la circulación de los recursos genéticos vegetales, puesto que el convenio internacional no dice relación con la circulación o comercialización de las variedades. Por lo mismo, el artículo 18 hace presente que el derecho del obtentor *"es independiente de las medidas adoptadas por una parte contratante para reglamentar en su territorio, la producción, el control y la comercialización del material de las variedades, o la importación y exportación de ese material"*;

QUINCUGESIMONOVENO. Que del mismo modo, cabe tener presente que varias de las disposiciones del convenio internacional que actualmente se impugnan, ya se encuentran incorporadas en nuestro ordenamiento local, como consecuencia de la dictación de la Ley N^º 19.342, que regula los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales. En efecto, en el mensaje suscrito por el entonces Presidente de la República, Patricio Aylwin Azócar (N^º 368-325, de 25 de enero de 1993), se lee que: *"en el ámbito internacional y, particularmente, en los países que son miembros de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), para asegurar a los obtentores tal protección, se les reconoce un derecho, en virtud del cual durante un período determinado y para fines de comercialización sólo éstos pueden producir o vender el material de multiplicación de sus nuevas variedades vegetales o autorizar su producción o venta por otras personas"*. Del mismo modo, en el mensaje presidencial que inicia la tramitación de la aproba-

ción del acuerdo que se impugna, se hace presente que la ley N° 19.324 cumple con varios de los estándares que se contienen en el convenio que se cuestiona, puesto que *“de forma precursora, esta ley incorporó varios de los estándares del Acta 1991 del Convenio UPOV”*;

SEXAGÉSIMO. Que, por otro lado, es del caso tener presente que las disposiciones del convenio que se cuestiona deben ser interpretadas y aplicadas de forma armónica con lo que preceptúan diversos tratados internacionales, entre ellos, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado en Río de Janeiro en 1992, y vigente en nuestro país según consta en Decreto Supremo N° 1963, publicado en el Diario Oficial, de 6 de mayo de 1995.

En dicho convenio se precisa que se entiende por diversidad biológica *“la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”* (artículo 2°).

En tal sentido, el Estado se obliga a elaborar *“estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o adoptará para ese fin las estrategias, planes o programas existentes, que habrán de reflejar, entre otras cosas, las medidas establecidas en el presente convenio que sean pertinentes para la parte contratante interesada”*. Del mismo modo, *“integrará, en la medida de lo posible y según proceda, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales”*.

Por su parte, el artículo 15 del mismo tratado, al regular el acceso a los recursos genéticos, destaca que *“en reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional”*. De igual forma, se agrega que *“cada parte contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras partes contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientales adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetos del presente convenio”*;

SEXAGESIMOPRIMERO. Que por lo mismo, el convenio internacional no puede ser interpretado con prescindencia de la variada normativa nacional e internacional que regula la materia, particularmente en relación a la debida protección de la diversidad y del patrimonio fitogenético, en estricta concordancia con la obligación constitucional que se impone al Estado de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y a la vez que tutelar la preservación de la naturaleza;

VI

EL CONVENIO UPOV 91 NO AFECTA LA IGUALDAD ANTE LA LEY NI INFRINGE LOS DEBERES DEL ESTADO RELATIVOS A LA INTEGRACIÓN DE LA NACIÓN Y A LA PARTICIPACION

SEXAGESIMOSEGUNDO. Que se ha planteado por los requirentes que se infringiría la igualdad ante la ley, derecho fundamental tutelado en el artículo 19, N^º 2^º, de la Constitución Política de la República. Específicamente se expresa en el libelo que los artículos 17.1 y 17.2 del Convenio UPOV 91 afectarían la igualdad ante la ley e importarían una discriminación arbitraria que prohíbe nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N^º 22^º. Básicamente, se afirma que existiría una “*sobre protección*” a favor del obtentor, sin hacer lo propio respecto del agricultor. Adicionalmente, se alega que la normativa produciría una afectación del artículo 1^º de la Constitución Política, en lo relativo a la adecuada integración de los diversos sectores y al aseguramiento de la participación de las personas con igualdad de oportunidades en la vida nacional;

SEXAGESIMOTERCERO. Que el artículo 19, N^º 2^º, de la Carta Fundamental asegura a todas las personas la “*igualdad ante la ley*” y la circunstancia que “*en Chile no hay persona ni grupos privilegiados*”. Adicionalmente, se dispone que “*ni ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias*”;

SEXAGESIMOCUARTO. Que este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley “*consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición*”. Así, se ha concluido que “*la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad*”. (STC roles N^{OS} 28, 53 y 219);

SEXAGESIMOQUINTO. 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*”. (STC Rol N^º 986). En palabras del Tribunal Constitucional español, “*no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda*

en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC Rol N^o 128). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador;

SEXAGESIMOSEXTO. Que, por otro lado, como lo ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos (STC roles N^{os} 755 y 790, entre otros), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador;

SEXAGESIMOSÉPTIMO. 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 (Tomás Ramón Fernández. De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42). Precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que *“para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”*. (Sentencias 76/1990 y 253/2004). En otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (STC roles N^{os} 755, 790, 1.138 y 1.140), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados. Habida cuenta de lo anterior, corresponde contrastar el precepto legal que se impugna a la luz de la igualdad ante la ley;

SEXAGESIMOCTAVO. Que en el ámbito de la garantía constitucional referida también resulta pertinente reiterar en este caso lo expresado por este Tribunal en sentencia Rol N^o 1.710, de 6 de agosto de 2010: *“Que*

en el fallo Rol N° 1.273, recaído en causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que sirve de sustento al procedimiento de autos, esta Magistratura incorporó en su entendimiento sobre la igualdad los criterios jurisprudenciales que en el derecho comparado se han utilizado en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afanes desplegados por la doctrina en la misma dirección. De estos aportes, entre otros descritos en la sentencia citada, destaca el enfoque alemán que distingue conceptualmente entre “igualdades esenciales” y “desigualdades esenciales”, de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando “personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables”, de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, **tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales**. Además, se agrega la denominada “nueva fórmula”, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquella persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto” (c. centésimo);

SEXAGESIMONOVENO. Que, a propósito del derecho de propiedad, en el precedente considerando cuadragésimosexto, se han hecho los alcances que este Tribunal está en posibilidades de formular, a fin que el Convenio UPOV-91 se inserte dentro de un contexto coherente y armónico, de modo que aplicado en conjunto con las demás disposiciones que le son pertinentes, de cómo resultado una concreción del bien común, que contribuya a crear las condiciones que permitan a todos los involucrados alcanzar su máximo bienestar.

A lo que se suma que, en el Convenio analizado, los regímenes jurídicos aplicables al obtentor y al agricultor aparecen razonablemente delimitados, además de consultar, el ordenamiento vigente, diversos mecanismos tendientes a que los Estados protejan equilibradamente los derechos de los agricultores y de las comunidades;

SEPTUAGÉSIMO. Que, si bien, en conexión con la impugnación que se hace en relación a la igualdad ante la ley, el requerimiento menciona también como infringido el artículo 19, N° 22°, de la Constitución, que asegura la no discriminación arbitraria en el trato que el Estado debe dar a los particulares en materia económica, formula dicho cuestionamiento en forma genérica, sin precisar la manera en que se produciría una

infracción constitucional a dicho precepto, por lo cual este Tribunal no cuenta con los elementos para emitir un pronunciamiento frente a una infracción no delimitada ni fundamentada;

SEPTUAGESIMOPRIMERO. Que, al igual que en el caso anterior, si bien el requerimiento menciona como vulnerados los deberes del Estado de promover la integración armónica de los diversos sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, no proporciona elementos suficientes como para emitir un veredicto constitucional acerca de esa hipotética infracción;

VII CONCLUSIÓN

SEPTUAGESIMOSEGUNDO. Que, corolario de todo lo reflexionado precedentemente es que, descartada la existencia de vicios formales no planteados en el requerimiento, pero examinados por este Tribunal, han quedado igualmente desvirtuados los cuestionamientos efectivamente contenidos en la acción constitucional deducida por los señores Senadores, por lo que el requerimiento deberá desecharse, y así se declarará.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, inciso final, 6°, 7°, 19 N^{os} 2°, 8°, 22°, 23°, 24° y 25°, y 93, N^o 3, de la Constitución Política de la República, y en las normas pertinentes de la Ley N^o 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

DESÉCHASE EN TODAS SUS PARTES EL REQUERIMIENTO DE FOJAS UNO.

Se previene que el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney concurre al fallo, teniendo además presente lo siguiente:

1°. Que los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas de las comunidades y organizaciones indígenas sobre variedades vegetales y semillas son de una riqueza inestimable, pues contribuyen a la seguridad alimentaria y al mantenimiento de la diversidad biológica, tal como lo reconocen el Preámbulo y los artículos 8 j) y 10 c) del Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización;

2°. Que el Convenio UPOV 91 no puede ser interpretado en ningún sentido que pudiera afectar tales conocimientos y prácticas tradicionales, los que dan origen a derechos que forman parte de la identidad cultural

de las etnias originarias que el Estado de Chile debe respetar y promover por mandato constitucional y por compromisos internacionales derivados, entre otros instrumentos y tratados, del Convenio 169 de la OIT;

3°. Que los derechos del obtentor establecidos por el Convenio UPOV 91 no son absolutos; admiten, además de regulaciones y limitaciones, excepciones con miras a proteger a los agricultores nacionales, incluidos los productores indígenas, en virtud de la excepción facultativa prevista en el artículo 15, N° 2, y la excepción en razón del interés público contemplada en el artículo 17 del mismo Convenio.

UPOV 91 contempla además excepciones explícitas, que estaban implícitas en UPOV 78. En este sentido, de acuerdo a UPOV 91 existen excepciones obligatorias al derecho del obtentor el cual no se extiende a los actos realizados en un marco privado sin fines comerciales, a los actos ejecutados a título experimental, y a los actos que tienen por finalidad la creación de nuevas variedades. De tal manera, este tipo de actividades quedan resguardadas, no pudiendo interpretarse la adhesión a UPOV 91 como constitutiva de derechos sobre ellas por parte de los obtentores.

A los derechos del obtentor se le aplican además por mandato del artículo 19, N° 25, de la Constitución Política, las normas relativas a la función social de la propiedad, ya que esos derechos corresponden a una forma especial de propiedad intelectual, que le confiere al obtentor titular un derecho exclusivo de explotación sobre la variedad vegetal nueva por el tiempo que establezca la ley en conformidad con el Convenio UPOV 91.

4°. Que el Estado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 a) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, debería identificar *“los componentes de la diversidad biológica que sean importantes para su conservación y utilización sostenible (...)”*, completando el registro de las variedades vegetales nativas de nuestro país, para facilitar de este modo un cumplimiento adecuado del Convenio UPOV 91. Esto contribuiría a que haya una presunción de conocimiento y notoriedad respecto de las variedades vegetales autóctonas de modo que ellas sean consideradas como parte del estado de la técnica al momento de analizar el requisito de distintividad de una nueva variedad cuya propiedad intelectual se solicita, lo que evitaría un buen número de posibles abusos o conflictos innecesarios;

5°. Que, el Estado debería igualmente facilitar los recursos necesarios para que las comunidades u organizaciones indígenas pudieran registrar las obtenciones vegetales nuevas surgidas de sus prácticas tradicionales a fin de garantizar en forma más cabal la protección de su propiedad intelectual;

6°. Que, las normas legales sobre propiedad intelectual en materia de variedades vegetales y semillas debieran ser respetuosas de las culturas de las comunidades indígenas, reconociendo la propiedad colectiva sobre

sus obtenciones vegetales, lo que cabe perfectamente dentro de lo preceptuado por UPOV 91 que entrega su regulación a la ley de los Estados miembros. En la mayoría de los casos los pueblos originarios son titulares de derechos colectivos de propiedad intelectual sobre las variedades vegetales y las semillas mejoradas a través de sus conocimientos y prácticas ancestrales;

7°. Que, las autoridades que intervienen en el sistema de reconocimiento de la propiedad intelectual en materia vegetal y en especial el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), deben tener particular diligencia al verificar que las solicitudes recaigan efectivamente sobre una variedad vegetal nueva y distinta a las existentes en el ámbito de los conocimientos tradicionales de las comunidades u organizaciones indígenas locales, para lo cual debieran consultar a organismos competentes como la CONADI, los que deberían estar informados de estos procedimientos para eventualmente oponerse a una solicitud e incluso solicitar la nulidad del derecho del obtentor cuando corresponda;

8°. Que, para hacer más efectiva la Convención sobre la Diversidad Biológica, Chile debiera contar con una legislación sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios, conforme a los principios del Protocolo de Nagoya. Dicha legislación debería reconocer los derechos de las comunidades y organizaciones indígenas a dar su consentimiento informado y previo para la elaboración de variedades vegetales y semillas mejoradas en base o relacionadas con sus conocimientos, y a participar equitativamente en los beneficios derivados de su utilización.

9°. Que, si bien el Convenio UPOV 91 no guarda relación directa con las especies transgénicas, las cuales se encuentran parcialmente reguladas por diversas resoluciones y decretos del SAG y del Ministerio de Salud, parece de todo punto de vista conveniente y coherente con dicho Convenio, la dictación de una ley que norme comprensivamente esta materia que tiene un innegable impacto en la producción agrícola y ganadera, en la preservación de la biodiversidad, en la aplicación de la ingeniería genética y en la alimentación y salud de las personas.

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por acoger el requerimiento con fundamento en las motivaciones que respectivamente se exponen a continuación:

A) Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Francisco Fernández Fredes se pronunciaron por declarar la inconstitucionalidad del convenio internacional objeto de examen con sustento en la trans-

gresión, durante la tramitación de su aprobación parlamentaria, de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política, en relación con lo que a su turno prescribe el literal a) del número 1 del artículo 6 del Convenio Internacional sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, también conocido como Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En efecto:

1°. La invocada cláusula del referido convenio internacional obliga a los Estados que son partes del mismo a *“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*.

2°. Ahora bien, el convenio internacional materia de impugnación por los senadores requirentes contiene efectivamente normas susceptibles de afectar directamente las condiciones de vida y subsistencia de las comunidades indígenas de nuestro país que habitan y laboran en el medio rural, dedicadas a actividades agrícolas tradicionales, las que podrían experimentar detrimento de sus legítimos intereses económicos si no se precisan y deslindan adecuadamente los alcances de las condiciones para la concesión del derecho de obtentor que contemplan los artículos 5 y siguientes del Capítulo III del instrumento internacional bajo examen. Ello resulta particularmente efectivo en relación con los requisitos de novedad y distinción que debe reunir una variedad vegetal para que sobre ella pueda constituirse el derecho de obtentor (artículos 6 y 7 del convenio), toda vez que las comunidades y pueblos aborígenes cultivan ancestralmente variedades y semillas que, por no ser objeto de comercialización en mercados formales, podrían eventualmente considerarse “nuevas” y, por ende, registrables como propiedad del obtentor, en los términos del convenio, con la consiguiente afectación del interés económico de sus cultivadores tradicionales.

3°. Lo anteriormente expuesto se corrobora por el hecho de que las aludidas normas del Convenio UPOV 91, así como otras varias del mismo instrumento, son, a juicio de estos disidentes y a contrario de lo sostenido por el Presidente de la República en su escrito de observaciones al requerimiento, directamente autoejecutables, por cuanto las disposiciones de la futura legislación interna que las recoja no podrán sino reproducir lo establecido en ellas, toda vez que constituyen enunciados preceptivos que se bastan a sí mismos, no necesitando de ulteriores desarrollos legales internos para resultar vinculantes para gobernantes y gobernados.

4°. En opinión de los suscriptores de este voto discrepante, la vulneración constitucional que se estima producida se configura por cuanto, no obstante que el Convenio 169 de la OIT no tiene en sí mismo jerarquía preceptiva de rango constitucional, el perentorio mandamiento contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, en orden

a que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ya sea que se garanticen por la propia Constitución o por tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, tiene el efecto de atraer los respectivos preceptos internacionales a su propia esfera garantística, configurando lo que algunos autores han dado en denominar “*bloqueo de constitucionalidad*”. De este modo, el desconocimiento o no efectivización del derecho de los pueblos originarios a ser oídos en audiencia consultiva antes de concretar la adopción de medidas que, como en el caso de autos, pueden afectar sensiblemente y de manera perdurable sus propios modos de vida y subsistencia, da lugar a una infracción constitucional de un tipo de garantía que, en una democracia moderna y crecientemente participativa, no puede ser ignorada, so riesgo de convertir en letra muerta los compromisos que el Estado de Chile ha contraído en esta materia ante su propio pueblo y la comunidad internacional.

B) Los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino fueron partidarios de señalar lo siguiente, en relación a la consulta a los pueblos indígenas:

1°. Que durante el desarrollo de la audiencia pública que se llevó a efecto a raíz del presente requerimiento, diversos partícipes reprocharon la infracción que se había producido por la falta de consulta a las comunidades indígenas durante la tramitación legislativa del Convenio cuyas normas se objetan.

En la vista de la causa y haciendo uso de la facultad que otorga el artículo 69 de la Ley Orgánica de esta Magistratura, se invitó a los abogados a pronunciarse sobre esta materia, por la eventualidad de que el Tribunal pudiera resolver considerando este aspecto, toda vez que no había sido invocado como vicio en el requerimiento;

2°. Que el punto de partida de la discusión se encuentra en lo establecido en los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado por decreto supremo N° 236, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del año 2008.

El primero de dichos preceptos obliga a los Estados a “*consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”. Dichas consultas “*deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*”.

El artículo 7 de dicho Convenio, por su parte, establece que los pueblos interesados “*deberán tener del derecho de decidir sus propias prioridades*

en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilicen de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”;

3°. Que este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta disposición en dos oportunidades.

En primer lugar, lo hizo a raíz de un requerimiento formulado en contra de este Convenio durante su tramitación en el Congreso Nacional en el año 2000, a través de la sentencia Rol N^º 309.

En dicha oportunidad, sostuvo, por de pronto, que esta norma era autoejecutable o de aplicación directa (STC Rol N^º 309, c. séptimo). Enseguida, sostuvo que dicha norma modificaba la Ley Orgánica del Congreso, aunque no tenía la entidad o alcance de reformar los preceptos de la Carta Fundamental que se refieren a la tramitación de la ley. Expresamente señaló:

“En efecto, la norma versa sobre una materia relativa a la tramitación de una ley que si bien, por cierto, no tiene la entidad o alcance de reformar los preceptos de los artículos 62 a 72 de la Carta Fundamental, sí está modificando las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ya sea por la vía de introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley, ya sea, según algunos, por estar convirtiendo en obligatorio para las comisiones legislativas, en cuanto a este punto se refiere, una atribución enteramente facultativa que las referidas comisiones pueden o no ejercer, según su leal saber y entender.” (c. séptimo).

A continuación, el Tribunal sostuvo que este tipo de consultas innovaba en nuestro ordenamiento jurídico, señalando:

“La argumentación del Presidente de la República en orden a que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación, citando en abono de sus tesis los artículos 34, 39, letra j), y 48 de la Ley Indígena, no es compartida por este Tribunal, habida consideración de la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6°, N° 1°, letra a), de la Convención N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu, sí tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6° que dice: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.” (c. séptimo);

4°. Que, en segundo lugar, este Tribunal se refirió a esta consulta con ocasión del control obligatorio que ejerció respecto de dicho Convenio, mediante la sentencia Rol N^º 1.050.

Ahí señaló la obligación de las comisiones legislativas de llevar a cabo esta consulta. Sostuvo:

“...los preceptos consultados pueden obligar a que, en la tramitación interna de leyes, resulte obligatorio a las comisiones legislativas llevar a cabo consultas que, hasta la fecha, eran puramente facultativas, lo que constituye una norma especial modificatoria de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, según ya razonó este mismo Tribunal en el considerando séptimo de su fallo de fecha 4 de agosto de 2000, dictado en los autos rol N° 309.”.

En relación a la naturaleza jurídica de la consulta, afirmó tres cosas. Primeramente, que no podía entenderse como ejercicio de soberanía. En efecto:

“...la consulta a los pueblos interesados que dispone el N° 1 del artículo 6° del Acuerdo remitido no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece.” (STC Rol N° 1.050, c. decimotercero).

Una segunda precisión que formuló sobre la naturaleza jurídica de la consulta, fue que no se trataba de un plebiscito o de una consulta popular vinculante. Expresamente indicó:

“La forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante, pues la Carta Fundamental regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128 de la Constitución;” (STC Rol N° 1.050, c. decimotercero).

Una tercera precisión fue respecto de los efectos en el ejercicio de las potestades de los poderes públicos. Ahí sostuvo:

“DECIMOCUARTO. Que ha de entenderse que al disponer el artículo 6, N° 2, del Acuerdo remitido, que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental;” (STC Rol N° 1.050, c. decimocuarto);

5°. Que, como se observa, esta Magistratura ha considerado que las comisiones legislativas del Congreso Nacional están obligadas a llevar a cabo consultas respecto de proyectos de ley que afecten al mundo indígena, por mandato del artículo 6 del Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas. Dicha obligatoriedad se produjo por la sola entrada en vigencia de dicho Convenio, el 15 de septiembre de 2009, sin que se necesitara para ello modificar la Ley Orgánica del Congreso Nacional.

Dicha consulta es, además de obligatoria, no vinculante, y materializa el principio participativo que la Constitución consagra.

Queda por analizar la naturaleza de la infracción que se produce por la omisión de esta consulta;

6°. Que, para una adecuada respuesta a lo anterior, es necesario tener en cuenta que el Convenio cuyas normas se impugnan inició su tramitación legislativa el 31 de marzo de 2009. Fue aprobado en la Cámara de Diputados el 7 de mayo de 2009 y por el Senado el 11 de mayo de 2011.

Por lo tanto, el Convenio 169 de la OIT no estaba vigente aún durante la tramitación del Convenio UPOV 91 en la H. Cámara de Diputados. Esta terminó en mayo de 2009, en circunstancias que el Convenio 169 entró en vigencia en septiembre de ese año;

7°. Que no ocurre lo mismo en el Senado. Si bien el Convenio inició su tramitación en esta Cámara el 12 de mayo de 2009, el informe de la Comisión de Relaciones Exteriores es del 15 de marzo de 2011 y el de la Comisión de Agricultura, del 4 de mayo de 2011. Es decir, plenamente vigente el Convenio 169, y la obligación de consulta que el mismo contempla;

8°. Que, sin embargo, ni en el informe de la Comisión de Relaciones Exteriores ni en el informe de la Comisión de Agricultura se observa que se haya escuchado a representantes del mundo indígena.

En efecto, en el informe de la primera Comisión señalada, se lee lo siguiente:

“A las sesiones en que se analizó el proyecto de acuerdo en informe, asistieron, especialmente invitados, de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales de la Cancillería, el Director de Relaciones Económicas Bilaterales, señor Rodrigo Contreras; la Directora de Asuntos Económicos Multilaterales, señora Ana Novik; la Jefa del Departamento de Propiedad Intelectual, señora Luz Sosa; el abogado del Departamento de Propiedad Intelectual, señor Martín Correa, y el Asesor, señor Patricio Balmaceda. Del Ministerio de Agricultura, el Fiscal, señor Mauricio Caussade.

Asimismo, también concurrieron del Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA), el Director, señor Guillermo Donoso, y el Coordinador de Propiedad Intelectual, señor Carlos Fernández, y de la Asociación Nacional de Productores de Semillas de Chile (ANPROS), el Gerente Ejecutivo, señor Mario Schindler.” (pág. 1).

En el segundo de los informes, se lee lo siguiente:

“A una o más de las sesiones en que se analizó el proyecto de acuerdo en informe asistieron, además de sus miembros, el Honorable Senador señor Hosain Sabag.

Asimismo, concurrieron, especialmente invitados:

– Por el Ministerio de Agricultura: el Ministro, señor José Antonio Galilea; el Subsecretario de Agricultura, señor Álvaro Cruzat; el Fiscal, señor Mauricio Caussade, y el Asesor Legislativo, señor Andrés Meneses.

– Por el Ministerio de Relaciones Exteriores: la Jefa del Departamento de Propiedad Intelectual de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacio-

nales, señora Luz Sosa; la Directora de Asuntos Económicos Multilaterales, señora Ana Novik, y los Asesores señores Martín Correa y Patricio Balmaceda.

– Por la Asociación Nacional de Exportadores de Semillas (ANPROS): el Gerente Ejecutivo, señor Mario Schindler.

– Por la Asociación Nacional de Mujeres Rurales e Indígenas (ANAMURI), la Encargada del Trabajo Internacional, señora Francisca Rodríguez.

– Por la ONG Internacional Grain, la Representante en Chile, Ingeniero Agrónomo, señora Camila Montecinos.

– Por la Fundación Terram, la Directora Ejecutiva, señora Flavia Liberona.

– Por la Sociedad Nacional de Agricultura, SNA, la Gerente de Estudios, señora Ema Budinich.

– Por el Movimiento Unitario Campesino y Etnias de Chile, MUCECH, el Vicepresidente y Encargado del Sector Productivo, señor Orlando Contreras; el Director, señor Omar Jofré, y el Asesor Técnico, señor Héctor Torres.

– De Chile Sin Transgénicos, los voceros señores Iván Santander y Cristián Sauvageot.” (Págs. 1 y 2);

9°. Que, como se constata, no se recabó la opinión ni de representantes ni de organizaciones ni de miembros de comunidades indígenas;

10°. Que a la misma conclusión se llega si se toma como referente el decreto supremo N° 124, de 2009, de Mideplán, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253, que obliga a los órganos de la administración del Estado a consultar las medidas legislativas antes de su envío al Congreso o durante su tramitación legislativa (artículo 15).

Como el Convenio se envió al H. Congreso Nacional antes de que entrara en vigencia dicho reglamento (31 de marzo de 2009), no cabía la consulta previa. Pero sí durante su discusión en el Congreso. Más todavía si el Convenio lo presentó a tramitación el propio Presidente de la República;

11°. Que dicha consulta era, a juicio de estos disidentes, obligatoria. En primer lugar, porque el Convenio cuya constitucionalidad se discute en estos autos, es una medida legislativa. Se trata nada menos que de un Convenio Internacional. De hecho, el Gobierno de Chile, en el informe presentado en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la OIT, correspondiente al período 15 de septiembre de 2009 a 15 de septiembre del 2010, acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio 169, señala que se consultó la reforma constitucional sobre reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas (pág. 36); sobre el proyecto de reforma constitucional en materia migratoria (pág. 41); sobre la modificación legal del decreto ley N° 701 (pág. 46). Es decir, ha efectuado consultas en materia legislativa;

12°. Que, en segundo lugar, porque el Convenio objetado contiene medidas de carácter legislativo “susceptibles de afectarles directamente”.

¿Qué significa dicha expresión? El decreto supremo N° 124, de Mi-deplán, del año 2009, citado, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253, define que hay afectación directa de los pueblos indígenas cuando la medida legislativa “*diga relación exclusiva con las tierras indígenas*” o se refiera “*a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables*”;

13°. Que consideramos que las normas objetadas del presente convenio afectan directamente a las comunidades, por las siguientes razones:

Por de pronto, porque tienen que ver con sus tierras. El cultivo es parte esencial de la cultura indígena. Tal como lo dijeron los innumerables intervinientes en la audiencia pública llevada a cabo por esta Magistratura, las semillas son la vida de las comunidades, porque les permiten su sobrevivencia. También es parte medular de su cultura, porque las heredaron y las quieren transmitir hacia sus nuevas generaciones y existe el sano temor de que ciertas especies desaparezcan por el uso de variedades modificadas; y porque el intercambio irrestricto de semillas es connatural a ella. Asimismo, ciertas especies vegetales nativas son árboles sagrados. Tal como lo afirmó una de sus representantes, el Estado se ha llevado sus tierras, se ha llevado su agua; pero no pueden entregar sus semillas, porque eso sería la muerte de su cultura.

La vinculación de los pueblos indígenas con su tierra tiene claro reconocimiento en distintas disposiciones del Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas. En especial, su artículo 13, que obliga a “*respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos*”.

Dicho vínculo con la tierra forma parte de su cultura, de sus costumbres, de sus tradiciones, de su identidad social y cultural (artículo 2°, Convenio 169, OIT).

Además, existen claros mandatos legales en orden a proteger dicha cultura. Estas culturas “*forman parte del patrimonio de la Nación chilena*” (artículo 7°, Ley N° 19.253). Además, el Estado debe, “*a través de sus instituciones, respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines, y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación*” (artículos 1°, 28, f), y 39, f) e i), Ley N° 19.253).

Ello se traduce en distintas obligaciones. Por de pronto, en “*la promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena*” (artículo 28, letra f, Ley N° 19.253). Enseguida, en que se debe respetar, preservar y mantener “*los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y participación de quienes poseen esos conocimientos,*

innovaciones y prácticas” (artículo 8º, letra j, Convenio sobre la Diversidad Biológica). Asimismo, debe proteger y alentar *“la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible* (artículo 10, letra c, Convenio sobre la Diversidad Biológica);

14º. Que una segunda razón que hace que las medidas objetadas afecten directamente al mundo indígena, radica en que afecta a una mayoría de comunidades. Basta observar la heterogeneidad de miembros o representantes de las distintas etnias que expresaron su opinión ante este Tribunal. Hablaron los Mapuches, los Aymara, los Rapa Nui, los Atacameños;

15º. Que una tercera razón, y tal como lo reconoció esta Magistratura con ocasión de la sentencia Rol Nº 309, esta consulta debe llevarse a cabo de buena fe. Ello significa respetar los intereses, valores y necesidades de los pueblos interesados.

De ahí que no pueda prescindirse de la consulta sobre la base de la opinión a priori que tiene quien está llamado a llevarla a cabo, sobre los efectos positivos o negativos. El sentido de la consulta, como lo dijo esta Magistratura, es recabar la opinión de los afectados (STC Rol Nº 1.050). La decisión definitiva la adoptará el órgano dotado de competencia pública, luego de considerar dicha opinión.

Es esta interpretación de buena fe la que impide que se excluya la consulta sobre la base de que no afecta a las comunidades o no las afecta negativamente. Esto equivale a que la consulta pierda sentido, por existir un prejuicio afinado;

16º. Que, sin embargo, el hecho de que no se haya llevado a cabo la consulta ni por el Ejecutivo ni por el H. Congreso Nacional no significa que haya un vicio de constitucionalidad. A pesar de que hayan sido estos órganos quienes incurrieron en una infracción, por omisión, ante el claro deber de llevar a cabo esta consulta, esta Magistratura no conoce de toda transgresión.

En efecto, en primer lugar, esta Magistratura consideró que el artículo 6 del Convenio 169 modificaba, en lo que aquí interesa, una normativa legal (la Ley Nº 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional). Por lo tanto, la infracción es de legalidad, no de constitucionalidad. Como lo ha dicho este Tribunal, *“si la ley orgánica constitucional está consagrada entre las materias de ley, de acuerdo con el artículo 60 de la Carta Fundamental, no cabe otra conclusión que no sea que ella es una ley y un precepto legal no puede ser asimilable al concepto de Constitución”* (STC Rol Nº 260).

En segundo lugar, porque el Convenio 169 fue objeto de control preventivo de constitucionalidad. Ello se ejerció a través de la sentencia Rol Nº 1.050. Lo anterior implica considerar al Convenio como una norma con rango o fuerza de ley. Es decir, como una norma subordinada a la Constitución. Los tratados no pueden ser, a la vez, norma examinada y

norma examinante. Cuando a esta Magistratura se le encarga en el artículo 93, N^º 3, “*resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación ... de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*”, se le encomienda utilizar como parámetro de referencia sólo la Constitución. La norma contra la cual debe examinarse el precepto legal objetado es únicamente la Constitución, no los tratados. Mediante esta facultad, contrasta o coteja el precepto examinado con la Carta Fundamental.

En tercer lugar, como lo ha dicho este Tribunal, él es un órgano del Estado. “*En tal sentido, ha sido creado por la Constitución, la que le atribuye una función pública y le asigna las potestades para ello. Como todo órgano del Estado, debe respetar la Constitución. Esta se encuentra preexistente a su tarea. El Tribunal interpreta la Constitución, pero no la crea. Por lo mismo, sus preceptos le son indisponibles. De ahí que no pueda “constitucionalizar” preceptos legales. Esto es, darle rango constitucional a normas dictadas por el poder legislativo, no por el poder constituyente. La Constitución establece su propio mecanismo de incorporación de normas a su texto, mediante la reforma constitucional, establecida en los artículos 127, 128 y 129 de la Carta Fundamental. Dicho mecanismo debe ser respetado por todos los órganos del Estado, incluido el Tribunal Constitucional, quien también debe “someter su acción a la Constitución”*” (STC Rol N^º 1.284).

C) Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, basados en las siguientes consideraciones:

1^º. Que durante el desarrollo de la audiencia pública que se llevó a efecto, a raíz del presente requerimiento, un compareciente reprochó la infracción constitucional que se había producido, por no haber sido aprobado el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV – 91), en el Senado, con el quórum correspondiente. Lo anterior implica que fue aprobado por ley simple, en vez de ley de quórum calificado, según lo exige el artículo 19, N^º 23^º, de la Constitución Política de la República, que dispone que “*una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes*”, con lo que se produciría en la especie un vicio constitucional de forma;

2^º. Que, en la vista de la causa y haciendo uso de la facultad que se contempla en el artículo 69 de la Ley Orgánica de esta Magistratura, se invitó a los abogados a pronunciarse sobre esta materia, por la eventualidad de que el Tribunal pudiera resolver considerando este aspecto, toda vez que no había sido invocado como vicio en el requerimiento;

3^º. Que, desarrollando el reproche indicado anteriormente, se planteó que este convenio internacional se encuentra dentro del supuesto normativo del artículo 19, N^º 23^º, de la Constitución, recién citado. Esto es, que concurre la circunstancia que por razones de interés nacional se

suscribió este tratado. Lo anterior, fundado en el hecho de que Chile se comprometió a introducir esta legislación al suscribir, aprobar y ratificar los Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos, Australia y Japón, respectivamente. Así como por su adscripción a la Organización Mundial de Comercio y, en cualquiera de sus dos versiones (UPOV – 78 o UPOV – 91), en el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea. Este compromiso internacional se traduce en la adhesión a un tratado que introduce una estructura de nuevos requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes, según lo veremos;

4°. Que estos Ministros disidentes concurren a declarar el aludido vicio de inconstitucionalidad formal en razón de los siguientes argumentos;

5°. Que el dilema normativo planteado por este tratado es si algunas de sus disposiciones introducen requisitos para adquirir el dominio de algunos bienes o más bien se trata de limitaciones al goce de un bien que se posee. Lo anterior es esencial puesto que implica abordar si se trata de una regulación que se debe ceñir al parámetro del artículo 19 N° 23° o al del N° 24° del mismo artículo de la Constitución Política de la República. O, dicho de otra manera, si es un deber a satisfacer mediante una ley de quórum calificado o por una ley simple, respectivamente;

6°. Que, como se manifestó con acierto en las audiencias, esta legislación hay que analizarla en el conjunto de la normativa que regula la materia, realizando una interpretación integral, sistémica y finalista de sus normas;

7°. Que la actividad agrícola de siembra y cosecha, sea que se desarrolle de un modo ancestral, tradicional o con técnicas modernas, tiene un conjunto de normas civiles que la regulaban desde la introducción del Código Civil. Esta legislación planteaba un tipo de relación en donde había un vínculo sustancial entre el dueño del inmueble y quien realizaba la actividad agrícola, cuando ambos no eran la misma persona. Por supuesto que había más intervinientes en la provisión de insumos a la actividad, pero sin ser consustanciales a la estructura jurídica dependiente de los primeros;

8°. Que la legislación civil establece en el artículo 646 del Código Civil: *“Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, al poseedor de buena fe, al usufructuario, al arrendatario.”* Pueden los frutos estar en condición de *“pendientes”* o *“percibidos”* (artículo 645 del Código Civil);

9°. Que, siguiendo a Luis Claro Solar, se sostiene con claridad que la siembra y plantación es un tipo de accesión mixta, que es la que procede de la naturaleza y de la industria o trabajo del hombre conjuntamente. Son tres sus especies: la plantación, la siembra y la percepción de frutos. Normalmente, será un tipo de accesión de bien mueble a bien inmueble mediante la siembra;

10°. Que, en tal sentido, *“las reglas establecidas para la plantación se aplican a la sembrera, salvo la diferencia que naturalmente existe entre las plantas y las semillas o granos. Sea que se siembre en suelo propio semillas ajenas, sea que se siembre en suelo ajeno, las semillas desparramadas en la tierra pertenecen al propietario del suelo con cargo de rembolsar su precio; y el dueño de las semillas pierde el dominio de ellas por el solo hecho de la siembra, siendo imposible ya su reivindicación, puesto que están incorporadas en la tierra en que se han sembrado.”* (Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Editorial Jurídica, Tomo Séptimo, De los Bienes, p. 244). Lo cierto es que el nuevo estatuto del tratado internacional admite la reivindicación de los derechos legítimos correspondientes;

11°. Que la agricultura actual introdujo un cambio de paradigma en la relación estructural, en donde aparece un tercer actor fundamental vinculado: el obtentor en su trabajo por diversificar las variedades vegetales. Los derechos del obtentor son el resultado de un cambio de patrón económico y tecnológico que se ha desarrollado hace un tiempo en nuestro país y que modificará toda la estructura futura de esta actividad. Esta es la primera vez que esta jurisdicción constitucional analiza la dimensión iusfundamental de esta introducción, puesto que cuando se analizó la Ley N^º 19.342, que regula los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales (STC Rol N^º 195), con ocasión de verificar la constitucionalidad previa y obligatoria de algunas de sus normas, éstas sólo se referían a la creación de un Comité Calificador de Inscripciones en el Registro de Especies Protegidas y el Tribunal Arbitral al cual se apelaba de tal inscripción. Por ende, nos encontramos frente a un tipo de control diferente y novedoso;

12°. Que los derechos del agricultor y del obtentor no nacen ni se acaban en este Convenio. Pero éste sí introduce un nuevo régimen jurídico que es más denso en el Convenio UPOV – 91 que en el vigente UPOV – 78 y en la Ley N^º 19.342 aludida. Este régimen jurídico es insuficiente. Los propios colegisladores reconocen que aún faltan leyes claves para reformular integralmente la actividad agrícola con pleno respeto a la preservación de la naturaleza (artículo 19, N^º 8°, de la Constitución Política de la República), los derechos de todos los participantes en esta actividad, especialmente, de las comunidades indígenas, los derechos de propiedad intelectual sui generis que se derivan de la actividad económica de los obtentores mediante las semillas nuevas, distintas, homogéneas y estables, y, especialmente, por la indefinición acerca de un estatuto jurídico de las semillas genéticas nativas. Es así como hay proyectos de ley, pendientes de aprobación, relativos a la derogación de la Ley 19.342, sobre derechos de los obtentores vegetales (Boletín 6355-01); al acceso y protección de los recursos genéticos, denominado Protección del Patrimonio Genético y de la Diversidad Biológica (Boletín 6867-12), y el Tratado Internacional

sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (Boletín 6556-10). A ello hay que agregar las obligaciones que se derivan de la aprobación del Convenio sobre la Diversidad Biológica (875-10), promulgado por el Decreto Supremo 1963 del Ministerio de Relaciones Exteriores;

13°. Que el artículo 19, N° 23°, inciso segundo, de la Constitución dispone que *“una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”*. Esta norma se generó en la Subcomisión de Derecho de Propiedad de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y una de las dos razones por las cuales se instituyó era para *“prever la eventualidad de que, por efecto de una norma sobre capacidad y comerciabilidad de los bienes se produjeran alteraciones sustanciales en el régimen de propiedad privada”*. (Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006), pp. 407 – 408);

14°. Que este es uno de los casos en que es aplicable. No se trata únicamente de la introducción de un derecho de propiedad intelectual calificado como *sui generis*. Es la intervención de una industria sobre otra industria de tal manera entrelazada que construye un nuevo régimen jurídico. No se trata de algo parecido a los derechos de autor o de propiedad intelectual sobre un libro, una canción o un software informático en donde las actividades económicas son perfectamente distinguibles;

15°. Que el objetivo del artículo 19, N° 23°, de la Constitución Política de la República es permitir el acceso a la propiedad. Este es un derecho en potencia. Es un derecho previo, un presupuesto que permite que el derecho de propiedad sea una consecuencia de aquél. Este convenio impide consagrar la consecuencia puesto que establece *“requisitos”*. Este es un derecho de libertad que viene a ser acotado y restringido en grados menores, particularmente tratándose de los agricultores ancestrales o pertenecientes a comunidades indígenas;

16°. Que lo anterior se basa en tres razones. Primero, porque los derechos del obtentor sólo nacen con la inscripción y, por ende, antes de ella no existe ningún tipo de propiedad, siendo la norma aplicable la relativa al derecho a adquirir protegido por el artículo 19, N° 23°, de la Constitución. De acuerdo con el artículo 4° de la Ley 19.342, *“el derecho del obtentor se constituye por la inscripción en el Registro de Variedades Protegidas de un extracto del acuerdo del Comité Calificador que ordenó la inscripción y el otorgamiento del título correspondiente, el que debe contener una descripción objetiva de la variedad con referencia a los archivos técnicos.”* Esta referencia está basada en los precedentes constitucionales que esta Magistratura ha establecido en los roles N°s 260 y 1298. En particular, el considerando trigesimoséptimo del Rol N° 1.298 expresa que *“el artículo 19, N° 23°, es el que permite, en el cruce de intereses con el 19, N° 24°, la circulación de los bienes o las*

transferencias. Quien no tiene una propiedad, puede querer obtenerla, para lo cual está dispuesto a movilizar los instrumentos que brinda el derecho. La circulación de los bienes depende o se dinamiza no sólo por la voluntad del dueño, sino también del que desea serlo. Mientras la facultad de disposición de la propiedad es mirada desde quien tiene un bien y se funda en el 19, N^º 24^º, la voluntad de adquirir se mira desde quien carece de un bien que quiere, desea o necesita, y se apoya en el 19, N^º 23^º. Mirado desde la compraventa, mientras el vendedor ejerce la facultad de disposición inherente al dominio, el comprador, en cambio, ejerce la facultad de adquisición inherente al derecho a la propiedad. No hay, por eso, en el lenguaje de la Constitución, una oposición entre los que tienen propiedad y los que carecen de ella, pues busca que dichos intereses se crucen, produciendo la dinámica económica consiguiente a dicho proceso”. Por tanto, se trata de todo un régimen jurídico nuevo orientado al adquirente y a su consagración mediante la obtención de una nueva variedad vegetal;

17º. Que, en segundo lugar, porque este régimen jurídico del Convenio UPOV – 91 está orientado exclusivamente a aquellos que no son propietarios de semillas reconocidas como nuevas, distintas, homogéneas y estables. Aquello está dispuesto expresamente por el artículo 40 del Convenio, bajo el rótulo de “*mantenimiento de los derechos adquiridos*”, consagrado en los siguientes términos: “*el presente Convenio no afectará de modo alguno a los derechos de obtentor adquiridos en virtud de las legislaciones de las Partes Contratantes o en virtud de un acta anterior, o resultantes de acuerdos, distintos del presente Convenio, concertados entre miembros de la Unión*”. Por tanto, con UPOV – 91 se estructura un nuevo régimen para tener la libertad de adquirir derechos de obtención de nuevas variedades vegetales, puesto que la protección de las adquiridas bajo la vigencia del Convenio UPOV – 78 y de la Ley N^º 19.342 se resguarda mediante norma expresa;

18º. Que, en tercer lugar, hay que analizar la especial situación en la cual se encuentra la pretensión de futuros obtentores vegetales respecto de aquellos agricultores que poseen semillas genéticamente nativas. El artículo 7 del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV – 91) introduce un criterio de distinción de una variedad vegetal en los siguientes términos: “*Se considerará distinta la variedad si se distingue (sic) claramente de cualquier otra variedad cuya existencia, en la fecha de presentación de la solicitud, sea notoriamente conocida. En particular, el depósito, en cualquier país, de una solicitud de concesión de un derecho de obtentor para otra variedad o de inscripción de otra variedad en un registro oficial de variedades, se reputará que hace a esta otra variedad notoriamente conocida a partir de la fecha de la solicitud, si ésta conduce a la concesión del derecho de obtentor o a la inscripción de esa otra variedad en el registro oficial de variedades, según el caso.*”;

19º. Que este artículo 7 introduce un “*requisito*” en la adquisición de determinados bienes: las semillas deben especificarse mediante inscripción y registros previos. Puede sostenerse que la inscripción y el regis-

tro son meras formas de acreditación de la propiedad y que lejos están de constituir una restricción de la libertad para adquirir determinados bienes o de imponerles requisitos para su adquisición. Por de pronto, ya vimos que nuestra legislación contempla la inscripción como el título habilitante de la adquisición. La argumentación que sostiene que se trata de una limitación al goce de un derecho de propiedad sobre las semillas genéticas, indica que las semillas nativas u originarias carecerían de la condición de semillas nuevas, distintas, homogéneas y estables;

20°. Que, sin embargo, esa interpretación olvida que este convenio internacional opera en un contexto multilateral, que puede importar que variedades “*notoriamente conocidas*”, sean simplemente desconocidas por otros ordenamientos nacionales. Aquí es donde la aparente regulación de una limitación de forma se transforma en el desarrollo de un requisito que impide o puede tener la potencialidad de impedir la accesibilidad a un bien como es la semilla nativa. Tal dimensión es perfectamente plausible en el marco de disputas comerciales sobre modalidades de origen de determinados productos. El mismo problema puede producirse en el caso de la verificación de variedades esencialmente derivadas, reguladas por el artículo 14.5 de este Convenio, impugnado por inconstitucionalidad. Una modalidad “*esencialmente derivada*” opera en el marco de variedades que uno podría denominar “originalmente” protegidas. Si el régimen de protección originario es insuficiente, la solidez de su protección por las variedades derivadas se vuelve incierta e inestable;

21°. Que justamente la ausencia del marco normativo, reclamado en el literal 12 de esta disidencia, permite la conjunción perfecta de una restricción severa de la libertad de adquisición de las semillas que carecen de un estatuto jurídico de propiedad clara. Es una limitación o establecimiento de una categoría de requisitos para bienes privados. Se trata de recordar el fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 260. Este Convenio fija “*requisitos que son las condiciones, circunstancias y modalidades dentro de las cuales puede hacerse el ejercicio del derecho*”. (Humberto Nogueira, Derechos fundamentales y garantías constitucionales, 2010, Tomo 4, p. 174). En tal sentido, José Luis Cea sostiene, explicando el artículo 19, N° 23°, de la Constitución, que “*las limitaciones se caracterizan porque el titular del derecho afectado continúa en situación de ejercerlo pero, como consecuencia de la restricción o límite que la ley ha impuesto a la libre apropiabilidad de bienes, el ámbito o la magnitud con que puede ser disfrutado resulta acotado o disminuido.*” (José Luis Cea, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, p. 518);

22°. Que, adicionalmente, deben concurrir requisitos justificados en el interés nacional. El interés nacional resulta claro puesto que el Estado de Chile se ha obligado a suscribir estos tratados en razón de compatibilizar este acuerdo con la adscripción a diversos regímenes de libre comercio. Es así como lo ha definido el Estado de Chile al determinar que antes

de un determinado plazo debe suscribir este Tratado. Todos los tratados internacionales, como fuente del derecho, cumplen con el requisito de tener “rango o fuerza de ley”, habilitante para la calificación de tal interés nacional;

23°. Que es así como concurren los requisitos de cambio sustancial de un régimen propietario, que constituye el presupuesto para el desarrollo futuro de la actividad económica agrícola, que está basada en razones de interés nacional demostradas por un conjunto amplio, sistemático y coherente de convenios internacionales, y que configura un régimen de nuevos requisitos para la adquisición de determinados bienes, especialmente tratándose de semillas nativas u originarias;

24°. Que, establecida la obligación de fondo, falta sólo por analizar la concurrencia del incumplimiento formal del quórum requerido. En el primer trámite constitucional, este Convenio fue aprobado por la Cámara de Diputados por 75 votos favorables, esto es, una amplia mayoría que satisface en plenitud el quórum requerido. Sin embargo, en el segundo trámite constitucional, el Senado lo aprobó por 13 votos favorables, 6 abstenciones y 5 votos en contra. A tal votación no se le pueden sumar las abstenciones, al no concurrir la modalidad prevista en el artículo 178 del Reglamento del Senado, que lo permite. Por lo tanto, en la especie concurren todos los elementos que acreditan la infracción formal de constitucionalidad.

D) Los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino disienten del voto de mayoría, por las siguientes razones adicionales a las anteriormente expresadas:

1°. Que el Presidente de la República, en su escrito de observaciones al requerimiento, sostiene que el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, no es autoejecutable, sino “*que invita al Estado Parte a ponerlo en ejecución, debiendo adoptar de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado la regulación pertinente*” (pág. 18);

2°. Que funda lo anterior en varias razones. Por de pronto, la existencia de la Ley N^º 19.342. “*Si el Tratado se hubiere bastado a sí mismo, no habría sido necesaria la implementación de ninguna ley*” (pág. 17). Enseguida, se encuentra en tramitación en el H. Congreso Nacional un proyecto de ley (boletín N^º 6355-01) que reemplaza íntegramente, derogándola, la Ley N^º 19.342. Por lo mismo, “*la adecuación de las actuales normas internas a los estándares del Convenio UPOV-91, se producirá cuando se encuentre totalmente tramitado dicho proyecto de ley*” (pág. 18). Una tercera razón que invoca el Presidente de la República es que algunas de las disposiciones del Tratado convocan a la normativa interna de cada país. Ello “*deja en evidencia que es el Estado respectivo a quien corresponde regular, en definitiva, esta materia*” (pág. 17);

3°. Que dicho alegato tiene una enorme fuerza, porque se trata de la interpretación que hace el conductor y responsable de las relaciones internacionales del país. Así, por lo demás, lo ha reconocido esta Magistratura (STC Rol N° 309, c. cuadragésimoprimer);

4°. Que este Tribunal tiene elaborada toda una doctrina sobre lo que son y lo que significan las normas autoejecutables de un tratado respecto de sus atribuciones.

En efecto, en la STC Rol N° 309, esta Magistratura sostuvo lo siguiente:

“Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina “self executing” y “non self executing”.

Las primeras son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado para que, en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.”

Por su parte, en la sentencia Rol N° 1.483, precisó lo anterior, señalando:

“OCTAVO. Que del tenor de la disposición se desprende que se trata de un precepto no autoejecutable, esto es, que impone a cada Estado Parte la obligación previa de hacer uso de su propia potestad pública para sancionar las normas que sean necesarias para darle a ésta efectiva vigencia. En consecuencia, por sí sola no le otorga jurisdicción alguna a ninguno de ellos, los cuales deben adecuar al efecto su propio ordenamiento jurídico interno con tal objeto;”

5°. Que para reconocer en un tratado si una norma es o no autoejecutable, este Tribunal ha establecido distintos criterios. En primer lugar, se debe considerar el lenguaje de sus disposiciones. Así, por ejemplo, ha señalado lo siguiente:

“VIGESIMO. Que lo anterior se desprende del tenor de dicho precepto, el cual, al señalar que cada Estado Parte “adoptará las medidas” y “tomará(...)las medidas” para “establecer su jurisdicción” en relación con el delito antes mencionado, está indicando que se trata de una disposición no autoejecutable. Esto, en atención a que impone a cada Estado Parte la obligación previa de hacer uso de su propia potestad pública para aprobar todas aquellas normas que sean necesarias para darle a la Convención efectiva vigencia en su derecho interno;” (STC Rol N° 1.504).

En segundo lugar, se debe considerar si se otorgan o no nuevas atribuciones a los órganos del Estado. Así, ha resuelto lo siguiente:

“DECIMONOVENO. Que, como puede apreciarse, en la norma antes transcrita no se otorgan nuevas atribuciones a los órganos jurisdiccionales del Estado.

Por el hecho de ratificarse la Convención, si así lo determina la Jefa de Estado, y entrar en vigencia en el ámbito internacional, dichos órganos no van a adquirir automáticamente competencia para conocer del delito de desaparición forzada de personas a que ella se refiere;”;

6º. Que el sentido que tienen las disposiciones que no son autoejecutables es el siguiente:

“En primer lugar, para la aplicación de sus disposiciones, deben tenerse en cuenta las condiciones del país, ya que cada Estado tiene sus propias regulaciones. Luego, este principio constituye una condición implícita para el cumplimiento de sus normas, al expresar que los países deberán tomar medidas para dar eficacia a su contenido, lo que significa que a cada Estado le corresponde determinar la naturaleza y alcance de tales actos, considerando para ello las condiciones de cada cual.” (STC Rol N^º 309);

7º. Que el efecto que tiene para las atribuciones del Tribunal determinar si una norma es o no autoejecutable, es determinante, *“toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional, ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece. Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no autoejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe en esta instancia jurisdiccional pronunciarse sobre su constitucionalidad.”* (STC roles N^{os} 309 y 1.483);

8. Que corresponde examinar, en consecuencia, si las normas reprochadas de inconstitucionalidad del Convenio, son o no autoejecutables. Porque, tal como lo ha dicho esta Magistratura, *“pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas autoejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras”* (STC Rol N^º 309).

Si se determina que las disposiciones no son autoejecutables, este Tribunal no puede entrar en su examen;

9º. Que las normas objetadas en el requerimiento son los artículos 7, 10, N^º 3, 14, 15, 16, 17 y 40.

El artículo 7 define lo que se denomina “distinción”. Para que se conceda el derecho de obtentor, la variedad debe ser, además de “nueva”, “homogénea” y “estable”, “distinta”. Este carácter significa que la variedad *“se distingue claramente de cualquier otra variedad”* (artículo 7). Sin embargo, ello se determina *“en la fecha de presentación de la solicitud”*. La

regulación de la solicitud y su tramitación ante las autoridades de cada país quedan entregadas a la regulación de cada Estado. Tanto es así que la Ley N^o 19.342 regula todo un procedimiento administrativo en la materia (artículos 20 a 36). Se trata, en consecuencia, de una norma no autoejecutable.

Por su parte, el artículo 10 del Convenio regula la presentación de las solicitudes, permitiendo que el obtentor elija el Estado donde desea presentar su primera solicitud. Sin embargo, su inciso tercero permite que cada Estado deniegue la concesión o limite su duración. Por lo mismo, no es una norma autoejecutable, pues requiere del establecimiento de un procedimiento y que cada Estado regule las causales de negativa y la forma de limitar la duración del reconocimiento.

Enseguida, el artículo 14 del Convenio regula el alcance del derecho del obtentor. Pero convoca a la regulación de cada Estado para ciertos efectos. Los incisos tercero y cuarto comienzan señalando que “*cada parte contratante podrá prever*”. Además, la autorización que debe dar el obtentor para los actos que regula, queda entregada a la regulación de cada país. Se trata, en consecuencia, de una norma no autoejecutable.

En relación al artículo 15, que regula las excepciones al derecho del obtentor, se faculta “*a cada parte contratante para restringir el derecho del obtentor...*”. Estamos en presencia, por tanto, de una norma no autoejecutable.

El artículo 16 del Convenio, que se refiere al agotamiento del derecho del obtentor, también convoca a la legislación interna de cada país para “*actuar conjuntamente para asimilar los actos realizados en los territorios de los Estados miembros de esa organización a actos realizados en su propio territorio.*” Nuevamente nos encontramos frente a una norma no autoejecutable.

En lo que respecta al artículo 17, que limita el ejercicio del derecho del obtentor, también nos encontramos con normas no autoejecutables, porque “*la parte contratante interesada deberá adoptar todas las medidas necesarias para que el obtentor reciba una remuneración equitativa*” cuando establezca una limitación que permita a un tercero realizar actos que naturalmente requerirían la autorización del obtentor.

Finalmente, el artículo 40, que mantiene los derechos adquiridos de los obtentores, se funda en que esos derechos hayan sido “*adquiridos en virtud de las legislaciones de las Partes Contratantes*”. Se trata, en consecuencia, de una norma que se apoya en la legislación interna;

10°. Que, por tanto, al ser las normas invocadas no autoejecutables, porque requieren legislación complementaria nacional, no es el momento de examinar su constitucionalidad por esta Magistratura, tal como lo ha sostenido reiteradamente (STC roles N^{os} 309, 1.483 y 1.504);

11°. Que lo anterior tiene varias ventajas. Por de pronto, no se despan por anticipado objeciones eventuales de constitucionalidad que re-

quieren la previa dictación de la ley interna para una adecuada comprensión. El Tribunal puede conocer de las disposiciones del futuro proyecto de ley sin pronunciamientos previos, y con la regulación sustantiva a la vista. Enseguida, permite una revisión más incisiva de esta Magistratura, pues se examinará en su momento un proyecto de ley, no un tratado internacional, que convoca a la legislación interna. Hay que considerar al respecto lo que el Tribunal ha sostenido al momento de examinar un tratado:

“3°. *Que el segundo principio se funda en la gravedad que entraña para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno y se traduce en que el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución;*” (STC N° 309);

12°. Que lo anterior no significa abdicar de las facultades del Tribunal. Por una parte, porque esta Magistratura debe definir la naturaleza de la norma del tratado. Es decir, si es o no autoejecutable. Por la otra, porque si la norma por sí misma, sin el texto complementario del derecho interno, pugna con la Constitución, puede perfectamente objetarla de inmediato;

13. Que, en consecuencia, estos Ministros son partidarios de acoger el alegato del Presidente de la República, en el sentido de que las normas impugnadas no son autoejecutables y, por lo tanto, será cuando el Congreso discuta o apruebe el proyecto de ley que regula el Convenio, la oportunidad para el examen de constitucionalidad de las disposiciones de dicho proyecto, que contendrán de manera acabada la médula de la regulación.

Los Ministros disidentes, señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, además, concuerdan en señalar lo siguiente:

1°. Que, sin perjuicio de nuestras disidencias, consideramos que el proyecto de ley que materialice el UPOV-91, debe considerar una serie de variables constitucionales en relación a los pueblos indígenas;

2°. Que, en efecto, en primer lugar, debe considerar que el UPOV-91 es uno de los varios tratados que Chile ha suscrito, todos los cuales debe cumplir de buena fe. Entre otros, se encuentran el Convenio 169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas, y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Ambos establecen mandatos claros e inequívocos que tienden a proteger a estos grupos;

3°. Que, en segundo lugar, este Tribunal ha considerado que los pueblos indígenas son “*un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia*” (STC Rol N° 1.050). En tal sentido, el

Estado debe velar por que participen “*con igualdad de oportunidades en la vida nacional*” (artículo 1º, inciso final, Constitución);

4º. Que, en tercer lugar, la Constitución se encarga de poner en un lugar privilegiado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no sólo porque lo eleva a derecho constitucional (artículo 19, Nº 8), sino también por dos claros mandatos asociados a él. Por una parte, porque el Estado debe “*tutelar la preservación de la naturaleza*” (artículo 19, Nº 8). Por la otra, porque habilita al legislador a que pueda “*establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*” (artículo 19, Nº 8). De ahí que la función social del dominio, que permite imponer obligaciones y limitaciones a la propiedad, comprende, entre otras causales, “*la conservación del patrimonio ambiental*” (artículo 19, Nº 24).

Ello guarda estricta relación con que, de acuerdo al Convenio 169 de la OIT, deben adoptarse medidas especiales para “*salvaguardar el medio ambiente*” de los pueblos indígenas (artículos 4 y 7);

5º. Que, en cuarto lugar, forma parte de la cultura indígena, de su identidad social y cultural, de sus costumbres y tradiciones, de sus valores espirituales, la “*importancia especial*” que “*reviste su relación con las tierras o territorios*” (artículo 13, Convenio 169, OIT). Asimismo, son “*factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económico*” “*la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia*” de los pueblos indígenas (artículo 23, Convenio 169 OIT).

Lo anterior es enormemente importante, porque, por una parte, el Estado debe reconocer y proteger “*los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos*” (artículo 5, Convenio 169, OIT). Por ello, “*los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente*” (artículo 15, Convenio 169, OIT); y el Estado debe adoptar medidas especiales para “*salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente*” de los pueblos indígenas (artículo 4, Convenio 169, OIT). Por la otra, porque de acuerdo al inciso final del artículo 7º de la Ley Nº 19.253, “*el Estado tiene el deber de proteger las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena*”.

Todo ello tiene impacto constitucional, pues, por mandato de la Constitución, el Estado debe “*estimular la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación*” (artículo 19, Nº 10) y debe “*promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación*” (artículo 1º, inciso final).

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben; la prevención, el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney; la primera disidencia (A), el Ministro señor Francisco Fernández Fredes; la segunda y cuarta

disidencias (B y D), el Ministro señor Carlos Carmona Santander, y la tercera disidencia (C), el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N^º 1.988-2011

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

ROL N^º 1.989-2011

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL AUTO ACORDADO DEL TRIBUNAL CALIFICADOR DE ELECCIONES, DE 19 DE ENERO DE 2011, QUE MODIFICÓ EL AUTO ACORDADO DEL TRIBUNAL CALIFICADOR DE ELECCIONES SOBRE PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN DE MIEMBROS TITULARES Y SUPLENTE DE LOS TRIBUNALES ELECTORALES REGIONALES, DE 29 DE DICIEMBRE DE 2008, DEDUCIDO POR EL TRIBUNAL ELECTORAL REGIONAL DE LA XI REGIÓN DE AYSÉN

Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1^º. Que, con fecha 25 de mayo de 2011, mediante oficio N^º 27-2011, el Tribunal Electoral Regional de la XI Región de Aysén, solicita a esta Magistratura un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad del Auto Acordado del Tribunal Calificador de Elecciones, de 19 de enero de 2011, que modificó el Auto Acordado del Tribunal Calificador de Elecciones sobre procedimiento de designación de miembros titulares y suplentes de los Tribunales Electorales Regionales, de 29 de diciembre de 2008;

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

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

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que, en su artículo 52 establece:

“En el caso del número 2° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, son órganos legitimados el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o diez de sus miembros en ejercicio; y personas legitimadas, las que sean parte en una gestión o juicio pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación en un procedimiento penal, que sean afectadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en un auto acordado.

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

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

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

4°. Que, por su parte, los artículos 53 y 54 de la legislación aludida establecen:

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

No obstante, tratándose de defectos de forma o de la omisión de antecedentes que debían acompañarse, el Tribunal, en la misma resolución a que se refiere el

inciso anterior, otorgará a los interesados un plazo de tres días para que subsanen aquéllos o complementen éstos. Si así no lo hacen, el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”.

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

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

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

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

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

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

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

5°. Que, a fojas 4, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

6°. Que esta Magistratura Constitucional en oportunidades anteriores y conociendo de materias en que el procedimiento que establece su ley orgánica constitucional, contempla un examen tanto de admisión a trámite como de admisibilidad, ha determinado que si la cuestión sometida a su decisión adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, ello determina que sea impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y, en consecuencia, procede que la misma declare derechamente su inadmisibilidad (entre otras, STC roles N^{OS} 1.860, 1.878, 1.890, 1.771, 1.749, 1.788, 1.789, 1.828, 1.834 y 1.924);

7°. Que el requerimiento de inconstitucionalidad de autos ha sido deducido por el Tribunal Electoral Regional de la XI Región de Aysén, en circunstancias que, conforme a los artículos 93, inciso tercero, de la Constitución Política, y 52, inciso primero, de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, son órganos legitimados para

recurrir ante este Tribunal Constitucional únicamente el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o diez de sus miembros en ejercicio. Asimismo, son personas legitimadas, las que sean parte en una gestión o juicio pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación en un procedimiento penal, que sean afectadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en un auto acordado.

En consecuencia, en la especie concurre la causal de inadmisibilidad consignada en el N° 1° del inciso segundo del artículo 54 de la ley citada, esto es, “*cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado*”, por lo que la acción constitucional deducida en autos no puede prosperar, siendo impertinente que sea previamente acogida a tramitación y correspondiendo que este Tribunal la declare derechamente inadmisibile;

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

SE RESUELVE:

QUE SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento interpuesto a fojas uno. Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

Comuníquese por oficio al requirente.

Archívese.

Rol N° 1.989-2011

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

ROL N^º 1.990-2011REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 5^º, INCISO
SEGUNDO, Y 21, N^º 1^º, LETRA B), DE LA LEY N^º 20.285,
DEDUCIDO POR PABLO COLOMA CORREA

Santiago, cinco de junio de dos mil doce.

VISTOS:

A fojas 1, con fecha 26 de mayo de 2011, Pablo Coloma Correa ha deducido ante este Tribunal Constitucional requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5^º, inciso segundo, y 21, N^º 1, letra b), de la Ley N^º 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados “*Dirección Nacional del Servicio Civil con Consejo para la Transparencia*”, seguidos ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol de ingreso N^º 541-2011.

Conforme consta en autos, como antecedente de la referida gestión pendiente en que incide el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto, se puede consignar que, según consta de la Decisión A336-2009 del Consejo para la Transparencia, el 24 de agosto de 2009 (fojas 3) don Cristián Rodríguez Binfa solicitó a la Dirección Nacional del Servicio Civil diversa información relativa al proceso de selección para el cargo de Director/a Nacional del Fondo de Solidaridad e Inversión Social –FOSIS–. Entre aquellos elementos solicitados se encontraban: la evaluación psico-laboral del requirente, atributos directivos, referencias laborales, fundamentos y puntajes asignados durante el proceso y copia del acta en que el Consejo de Alta Dirección Pública define y fundamenta la nómina de candidatos.

Al efecto y en conocimiento de tal solicitud, el requirente de autos se opuso a que se concediera dicha información señalando que su entrega afecta los principios de confidencialidad y reserva del proceso de selección en el que participó, además de referirse a información de carácter personal y privado.

Sin embargo, en la Decisión –A336-2009– referida, el Consejo para la Transparencia resolvió acoger parcialmente la solicitud de don Cristián Rodríguez Binfa, ordenando, en lo que al requirente respecta, que se entregue “(t)oda la información requerida respecto al Director Nacional del FOSIS, con la sola excepción de las referencias de terceros dentro del proceso de selección”. El fundamento para tal decisión fue lo dispuesto por los artículos 5^º, inciso segundo, y 21, N^º 1, letra b), de la Ley N^º 20.285, ya que la regla general en materia de acceso a la información pública es que son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus

fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial y los procedimientos que se utilicen para su dictación, salvo las excepciones que establece la misma Ley. Además, los fundamentos de las decisiones son públicos una vez que sean adoptadas.

En cuanto a la infracción constitucional invocada, el requirente ha señalado que la aplicación de los preceptos legales impugnados infringiría, en el caso *sub lite*, el artículo 19, N° 4°, de la Constitución Política, que asegura el respeto y protección de la vida privada de las personas.

Como fundamento de lo expresado, el actor recuerda la opinión de esta Magistratura respecto al bien jurídico protegido en el aludido numeral 4° (STC Rol N° 389, c. decimooctavo), en que señaló que se vuelve indispensable cautelar, mediante el respeto y la protección debidas, ese ámbito reservado de la vida, en el cual no es lícito penetrar sin el consentimiento del afectado, de un lado, o por decisión de la autoridad fundada en ley que hubiere sido dictada con sujeción a la Constitución, de otro.

El actor complementa lo anterior indicando lo dispuesto en igual sentido por el artículo 11, párrafo segundo, del Pacto de San José de Costa Rica, que dispone que *“nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada”*.

Luego, indica particularmente artículos relacionados con la Ley N° 19.882, que regula el proceso de selección para la provisión de cargos de alta dirección pública. Menciona en especial el artículo 55 de la ley referida, que señala que el proceso de selección tendrá el carácter de confidencial, manteniéndose en reserva la identidad de cada candidato. Además señala lo establecido por el inciso segundo del mencionado artículo, en relación a que la Dirección Nacional del Servicio Civil dispondrá las medidas necesarias para garantizar esta condición.

Por último y en relación a las disposiciones señaladas, indica que deberá también considerarse lo dispuesto en la Ley N° 19.628, sobre protección de datos personales, que al tenor de su artículo 2°, letra f), señala que son datos de carácter personal los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.

Luego, respecto al artículo 5°, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, solicita su inaplicabilidad, toda vez que dicha norma dispone como pública toda información que se encuentre en poder de la Administración del Estado –en el caso, la Dirección Nacional del Servicio Civil– y porque dicha información ha sido elaborada con presupuesto público.

Respecto al artículo 21, N° 1, letra b), de la misma Ley citada, solicita su no aplicación, porque establece que la confidencialidad de los procesos de selección de altos directivos públicos termina al finalizar éstos.

De esta manera el requirente concluye que los dos preceptos legales impugnados, en su aplicación particular en la gestión pendiente, lesionan en su esencia el derecho a la vida privada, pues posibilitan que asuntos

que forman parte de ella pasen a ser conocidos por terceros, a pesar de su negativa expresa.

La Segunda Sala de esta Magistratura, por resolución de 3 de junio de 2011 (fojas 58), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide la gestión judicial.

A fojas 67, consta presentación de don Carlos Williamson Benaprés, en representación de la Dirección Nacional del Servicio Civil, por la cual contesta el traslado dado por esta Magistratura por resolución de 3 de junio de 2011.

Al efecto, la Dirección Nacional del Servicio Civil solicita se declare admisible el requerimiento de inaplicabilidad deducido, toda vez que este organismo respondió a la solicitud de información negando el acceso a los datos demandados, teniendo en cuenta las características del proceso de selección y las normas legales que lo rigen, las que establecen su reserva. Expresa que el proceso de selección para efectos de proveer las vacantes de cargos de alta dirección se encuentra regulado por la Ley N^º 19.882. Luego indica las características del proceso, dentro las que destaca su carácter técnico y reservado en cuanto a la identidad de cada candidato, preceptuándose expresamente que la Dirección Nacional del Servicio Civil dispondrá las medidas necesarias para garantizar esta condición.

Agrega que la reserva dispuesta en los artículos 50 y 55 de la Ley N^º 19.882, tiene un valor instrumental para lograr un profundo cambio en la provisión de cargos públicos altamente relevantes, facilitando a todos los interesados –particularmente, los más capaces– postular y participar en su selección, mejorando la gestión de los servicios públicos y, con ello, la del Estado en su conjunto, por lo que la confidencialidad es un rasgo esencial. Igual justificación señala desde el ángulo de los consultores especializados, donde la reserva es condición *sine qua non* para desarrollar adecuadamente su tarea de evaluación.

Complementa lo anterior expresando que aquellas normas legales regulan asuntos de interés nacional, de frente sólo al interés particular por acceder a una información cuyo conocimiento no puede surtir efecto alguno en un proceso como el estructurado en la Ley N^º 19.882, que no sea desarticularlo.

Concluye que el legislador ha considerado la profunda modificación que implica el sistema de selección hoy contemplado en la Ley N^º 19.882, en aras del interés nacional, que justifica su incorporación con casos de reserva y confidencialidad que permitan su desenvolvimiento con la participación de candidatos y consultores de la máxima idoneidad.

Agrega, en relación al requerimiento, que la aplicación de los preceptos legales impugnados y que sirvieron de fundamento para la decisión del Consejo para la Transparencia, resulta contraria al artículo 8^º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, desde que este último artículo admite

que una ley de quórum calificado pueda establecer casos de secreto o reserva en conformidad con las causales que taxativamente allí se señalan, lo que ocurre en los artículos 50 y 55 de la Ley N° 19.882, que incluyen la nómina de entre 3 y 5 candidatos seleccionados, los antecedentes profesionales y laborales de los mismos, su evaluación y el proceso de selección, es decir, los antecedentes que se han solicitado en la causa pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Añade que si se deja sin aplicación la reserva dispuesta expresamente por ley, constituiría un desincentivo evidente para los interesados en participar en estos procesos, quienes no estarían dispuestos a verse expuestos a un escrutinio social descontextualizado.

Por otra parte y tal como lo ha planteado el requirente, señala que es evidente que la reserva dispuesta en los artículos 50 y 55 cautela los derechos de las personas, tanto de los candidatos dentro del sistema como el de las empresas que llevan a cabo su evaluación. Así y en concreto, la publicidad de los informes de selección vulneraría la dignidad personal del evaluado, pues en su evaluación constan apreciaciones del examinador emitidas dentro de un contexto técnico, experto y específico.

Por último, concluye que tanto por las explicaciones vertidas sobre las características de los procesos de selección de cargos de alta dirección pública como por la relación de las normas legales que establecen la reserva de dichos procesos, la justificación entregada sobre el evidente interés nacional involucrado en el adecuado funcionamiento del sistema y además la vulneración de la vida privada del requirente que la aplicación de los preceptos impugnados en el caso concreto importaría, es claro que sólo cabe declarar admisible el requerimiento de autos.

A fojas 77, corre escrito de 17 de junio de 2011, presentado por don Eduardo González Yáñez, representante legal del Consejo para la Transparencia, mediante el cual evacua el traslado conferido por esta Magistratura en resolución de 3 de junio de 2011, señalando que, de conformidad a lo establecido en el artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, estima que se cumplen los requisitos a que se refiere dicha norma, por lo que se reserva –para la oportunidad legal correspondiente– sus alegaciones en relación a la discusión de fondo sobre la inaplicabilidad al caso concreto de los artículos impugnados de la Ley de Transparencia.

Posteriormente, por resolución de 30 de junio de 2011 (fojas 87), el Tribunal declaró admisible la acción deducida.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, sin que los órganos constitucionales interesados hicieran uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

A fojas 326, el 30 de julio de 2011, don Jorge Gómez Oyarzo, en representación del Consejo para la Transparencia, formula observaciones

al requerimiento, solicitando se rechace la inaplicabilidad solicitada en todas sus partes y con costas.

Sostiene que las normas impugnadas resultan ser constitucionales y que la cuestión que se pretende debatir por el recurrente es un asunto de mera legalidad que corresponde resolver a los jueces de fondo, en este caso, a la Corte de Apelaciones de Santiago, en los autos Rol N^º 541-2011, actualmente pendientes de tramitación.

Como fundamento de lo expresado señala que ambas disposiciones impugnadas fueron sometidas al control preventivo de constitucionalidad realizado por esta Magistratura, cuya respectiva sentencia, Rol N^º 1.051, declara la constitucionalidad del artículo 5^º impugnado y no se pronuncia sobre el artículo 21, por no contener normas propias de ley orgánica constitucional.

Expresa que la aplicación del inciso segundo del artículo 5^º objetado, no implica una afectación a la vida privada de las personas. Fundamenta lo anterior en que el solo hecho de que un documento, información o antecedente obre en poder de la Administración Pública hace que, en principio, éste tenga el carácter de público, debiendo someterse al régimen general de excepciones establecido en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, para el caso de que a su respecto alguien alegue fundadamente la concurrencia de alguna causal de secreto o reserva.

Agrega que la información que dispuso que se revelara respecto del requirente corresponde a fundamentos de actos administrativos, que han sido elaborados con fondos públicos, de manera que caen por completo en la hipótesis de la publicidad. Añade que la Ley de Transparencia, en concordancia con el mandato constitucional del artículo 8^º, en su artículo 21 estableció las únicas causales de secreto o reserva, exigiendo en cada una de ellas un examen de afectación, según se desprende de su texto. Concluye que resulta evidente que la alegación de inaplicabilidad del requirente de autos es una cuestión de mera legalidad, que corresponde conocer y resolver a la Corte de Apelaciones de Santiago, como tribunal de fondo, en cuya oportunidad se analizará si la invocación de la causal de secreto o reserva del artículo 21, N^º 2, de la Ley de Transparencia se configura en el caso concreto, si se da la afectación requerida para que la reserva sea aplicable, y si los derechos del requirente lograron acreditarse.

Complementa lo anterior refiriéndose a la historia fidedigna de la Ley N^º 20.285, en especial de su artículo 5^º, inciso segundo. Indica que tras la discusión legislativa se revela que finalmente se optó por una redacción amplia respecto de la información que se entendía como pública, dejando que su accesibilidad se rija por el régimen de excepciones legales, es decir, que caso a caso debería analizarse la alegación y la efectiva concurrencia de alguna causal de secreto o reserva.

Luego, en relación a la protección de la vida privada y el derecho a la información pública, el Consejo señala que el primero no es un derecho absoluto, citando al efecto jurisprudencia reciente dictada por este Tribunal Constitucional –STC roles N^{os} 1.732 y 1.880–, considerando que en el caso concreto debe entenderse que la condición de alto directivo público es de evidente interés público, pues el ejercicio de dichas funciones –públicas– interesa a toda la comunidad, lo que supone un estándar de escrutinio público en que la privacidad debe ceder en pos del necesario control social que ha de ejercerse, en primer lugar, respecto a los procesos de selección y nombramiento y, luego, en el ejercicio de la función.

Por último, señala que siendo fundamentales ambos derechos en aparente conflicto –vida privada e información pública–, en virtud de un criterio subjetivo, para el caso de funcionarios públicos, la esfera de su vida privada se ve disminuida.

En cuanto al artículo 21, N^o 1, letra b), el Consejo señala que tampoco existe inconstitucionalidad alguna, debido a que del claro tenor de la norma cuestionada resulta de manifiesto que ésta establece una reserva limitada en el tiempo, declarando reservada la información sólo durante el proceso de deliberación de la autoridad, para luego confirmar la regla general de la publicidad. Agrega que para el caso cuya resolución se encuentra pendiente, no resulta aplicable el artículo 21 impugnado, dado que la norma se coloca en la hipótesis de que la resolución esté pendiente de adoptarse, para luego permitir que sean revelados cuando la autoridad adopta su decisión.

Respecto a los artículos 50 y 55 de la Ley N^o 19.882, señala el Consejo que en ninguna parte se establece el secreto de los antecedentes. Por el contrario, sostiene que se utiliza la voz confidencial y se la restringe a un período temporal circunscrito.

En definitiva, el Consejo solicita se concluya que los artículos 5^o, inciso segundo, y 21, N^o 1, letra b), impugnados, son constitucionales y se rechace el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Habiéndose traído los autos en relación, el 27 de octubre de 2011 (fojas 404) se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y las alegaciones verbales de los abogados señores Rodrigo Aros Chia, por el requirente; Enrique Rajevic Mosler, por el Consejo para la Transparencia, y Rodrigo Urzúa Martínez, por la Dirección Nacional del Servicio Civil.

Y CONSIDERANDO:

I
LA IMPUGNACIÓN

PRIMERO. Que en el caso de autos se impugna los artículos 5^o, inciso segundo, y 21, N^o 1, letra b), de la Ley N^o 20.285, sobre Acceso a la

Información Pública, disposiciones que pueden resultar decisivas para la resolución del asunto.

El texto de la primera de las normas individualizadas precedentemente reza de la manera que sigue:

“Artículo 5º. En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

La segunda de las normas impugnadas dispone que:

“Artículo 21. Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

(...) b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas. (...);”

SEGUNDO. Que, según se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, el requirente pretende la inaplicabilidad de los preceptos reprochados en autos, aduciendo, en síntesis, que las disposiciones impugnadas, al declarar que es pública la información elaborada con presupuesto público y la que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea el formato en que se contenga, como asimismo al señalar como públicos los fundamentos de una resolución, medida o política, una vez que hayan sido adoptados, vulneran el derecho al respeto y protección de la vida privada del requirente, reconocido en el artículo 19, N^º 4º, de la Constitución;

II

CUESTIONES PREVIAS

TERCERO. Que se alega por parte de la recurrida que esta Magistratura se habría ya pronunciado acerca de la sujeción a la Carta Fundamental de las disposiciones que se impugnan por la recurrente, en particular, el artículo 5º de la Ley N^º 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, conforme al cual son públicos *”los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de*

sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación”, salvo las excepciones establecidas en leyes de quórum calificado. Del mismo modo, conforme a su inciso segundo, es también pública *“la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”*, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas. La aludida disposición fue estimada constitucional por este Tribunal, según consta en sentencia STC Rol N° 1.051;

CUARTO. Que el artículo 84 de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional de este Tribunal, en su N° 2, señala que procederá declarar la inadmisibilidad de un requerimiento *“cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”*. Así, se ha sentenciado la improcedencia de la inaplicabilidad por tratarse de *“el vicio considerado y desechado por la sentencia”* (STC Rol N° 1.406). Mientras que, en otro caso, se ha desechado en atención a que *“el objeto de dicho pronunciamiento es, por su naturaleza, distinto al control que esta Magistratura realiza en sede de inaplicabilidad y recae sobre otra parte de la misma disposición legal”* (STC Rol N° 1.564);

QUINTO. Que, en este caso, no resulta procedente aplicar la causal de inadmisibilidad. Por una parte, porque se trata de un control de carácter concreto. Por la otra, porque se han invocado diversos vicios que no fueron objeto de debate específico en la revisión preventiva de constitucionalidad efectuada por esta Magistratura en los autos Rol N° 1.051. Esta se hizo teniendo en cuenta únicamente el artículo 8° de la Constitución;

III

CRITERIOS INTERPRETATIVOS

SEXTO. Que, a continuación, antes de entrar al análisis de la cuestión planteada, es necesario formular una serie de criterios interpretativos que van a guiar nuestro razonamiento.

En primer lugar, como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura, no le corresponde a ella determinar, frente a un conflicto de leyes, cuál corresponde aplicar, materia que es atribución exclusiva del juez de fondo. En efecto, se ha sentenciado que *“son los jueces del fondo, en las instancias pertinentes, los llamados a determinar las normas legales aplicables a la solución del conflicto jurisdiccional sometido a su decisión y, en caso de conflicto de leyes, a aplicar los principios generales de hermenéutica para su solución”* (STC Rol N° 1.925). El asunto es particularmente relevante, porque existen dos normas en la Ley N° 19.882 que dan carácter de “reservado” (artículo

50) o “confidencial” (artículo 55) a aspectos de los concursos para altos directivos públicos, que podrían enmarcarse en la causal de reserva de ley que contemplan la Constitución (artículo 8°) y el artículo 21 de la Ley N^º 20.285, como excepciones a la publicidad. Tal juego de normas le corresponde resolverlo al juez del fondo;

SÉPTIMO. Que, en segundo lugar, para efectuar el análisis de la impugnación de autos, se debe hacer presente que la confrontación entre la norma legal y la disposición constitucional, que puede dar lugar a la declaración de inaplicabilidad, está referida a la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto. De ahí que las características y circunstancias de ese caso concreto de que se trate, adquieren relevancia capital, pues de ellas depende que el precepto legal objetado sea aplicable y decisorio en el proceso pendiente, como también que los efectos de la aplicación de una disposición legal puedan contravenir lo dispuesto en la Carta Fundamental.

En efecto, como ha señalado la doctrina, *“la inaplicabilidad cumple la función de impedir que la parte que la invoca en el caso concreto del que conoce un tribunal, se vea afectada por un precepto legal cuya aplicación a ese caso particular resulte evidentemente contraria a la Constitución y, especialmente, a los fines perseguidos por ésta. De allí que en este instituto procesal –además del juez y de las partes– comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión, a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y –lo más específicamente decisivo– el examen particular acerca de si, en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquélla”* (Ríos Álvarez, Lautaro; Trascendencia de la Reforma Constitucional en la Fisonomía y las Atribuciones del Tribunal Constitucional, Revista Estudios Constitucionales, N^º 1, 2005, p. 77). Por consiguiente y considerando que la apreciación que se realizará en esta sentencia no dice relación con un juicio abstracto sobre la compatibilidad del precepto impugnado con la Carta Fundamental, sino con el efecto que su aplicación pueda tener en una gestión judicial pendiente, es imperativo atender a las circunstancias que particularizan el reclamo de ilegalidad en el que incidirá el presente pronunciamiento de inaplicabilidad;

OCTAVO. Que, en tercer lugar, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de su competencia para conocer y resolver las acciones de inaplicabilidad, ha sido llamado a custodiar la supremacía de la Constitución en aras de tutelar la adecuación de la actuación de los órganos del Estado a la esfera de su competencia, la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales. Es por ello que, en este examen de constitucionalidad, no puede limitarse a confrontar el precepto impugnado con las disposiciones fundamentales que estatuyen las funciones de los distintos órganos, sino que además, y de manera imperativa, debe examinar si la aplicación del precepto legal puede vulnerar los derechos que el orden supremo garan-

tiza y que el actor pretende conculcados en la gestión judicial pendiente (STC Rol N° 1.380);

NOVENO. Que, finalmente, este Tribunal debe interpretar la Constitución para tomar una decisión. Para ello, puede tomar como punto de partida la normativa legal vigente en la materia. Pero no puede interpretar la Constitución como si las regulaciones legales fueran las que fijaran su sentido y alcance. Son las leyes las que deben interpretarse conforme a la Constitución, y no ésta en base a las leyes. Específicamente, no es la Constitución la que debe interpretarse a la luz de la Ley N° 20.285, sino ésta por aquélla;

IV ANTECEDENTES

DÉCIMO. Que, sin perjuicio de lo anterior y antes de entrar al análisis de fondo, es necesario referirse a dos antecedentes jurídicos claves para comprender adecuadamente la cuestión que esta Magistratura debe resolver. Por una parte, la Alta Dirección Pública; por la otra, la evaluación personal;

DECIMOPRIMERO. Que la Ley N° 19.882, que regula una nueva política de personal respecto a los funcionarios que indica, creó la Dirección Nacional del Servicio Civil y el Consejo de Alta Dirección Pública, y estableció un Sistema de Alta Dirección Pública;

DECIMOSEGUNDO. Que la Alta Dirección Pública es un mecanismo complejo de selección de los altos directivos públicos. En efecto, mediante este sistema, la autoridad competente puede nombrar en ciertos cargos a alguno de los postulantes propuestos en un proceso de concurso público abierto. Este mecanismo restringe la discrecionalidad en el nombramiento del personal directivo de los servicios, pues sólo puede nombrarse, por quien está facultado para ello, a quien se encuentra incluido en la propuesta que haga la Dirección del Servicio Civil. Sin embargo, este mecanismo no opera en todos los servicios, sino que sólo en algunos. Los servicios que fijan políticas, en general, están excluidos de este mecanismo (artículo 36, Ley N° 19.882). Tampoco opera respecto de todo el personal, pues tiene aplicación en los cargos de primer y segundo nivel jerárquico en el respectivo organismo (artículo 37). El sistema es administrado por la Dirección Nacional del Servicio Civil, que es un servicio público descentralizado. Este organismo es el que, directamente o mediante empresas que dan el servicio, selecciona al personal que incluye la propuesta a la autoridad llamada a efectuar el nombramiento (artículo 42).

Los altos directivos públicos nombrados mediante esta modalidad, duran tres años en sus cargos, renovables fundadamente hasta por dos veces, por igual período (artículo 57, Ley N° 19.882). No obstante, durante el período puede ser solicitada su renuncia (artículo 58), pues tienen en

materia de remoción la calidad de empleados de la exclusiva confianza (artículo 58). Los directivos seleccionados mediante este mecanismo deben celebrar un convenio de desempeño, en que se incluyen las metas estratégicas del cargo durante el período y los objetivos de resultados a alcanzar (artículo 61). El alto directivo debe informar, con cierta periodicidad, el grado de cumplimiento de las metas y objetivos (artículo 63). Asimismo, estos altos directivos deben desempeñarse con dedicación exclusiva al cargo (artículo 66); y reciben una asignación denominada “*de alta dirección pública*” (artículo 65);

DECIMOTERCERO. Que este mecanismo de selección de los altos directivos públicos tiene distintos fundamentos constitucionales. Por de pronto, el que la Constitución establezca que la admisión a las funciones y empleos públicos se hará sin otros requisitos que los que impongan la misma Constitución y las leyes (artículo 19, N^º 17). Enseguida, de acuerdo al artículo 32, N^º 10, de la Constitución, el Presidente de la República tiene la facultad especial de “*nombrar y remover a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva confianza*”. Finalmente, el artículo 38 de la Constitución, que establece que la Ley Orgánica de la Administración del Estado debe garantizar “*los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse*” y “*la igualdad de oportunidades de ingreso a ella*” (artículo 38);

DECIMOCUARTO. Que, en el proceso de selección, es necesario resaltar varias de las disposiciones que tienen que ver con el asunto que se analiza. La primera es la que establece que “[p]ara los efectos de proveer las vacantes de cargos de alta dirección, el Consejo de Alta Dirección Pública, por intermedio de la Dirección Nacional del Servicio Civil, convocará a un proceso de selección público abierto (...)” (Artículo 48). A su vez, el artículo 53 establece que “[l]a selección será un proceso técnico de evaluación de los candidatos, que incluirá, entre otros aspectos, la verificación de los requisitos y la evaluación de los factores de mérito y de las competencias específicas”.

Posteriormente, es necesario resaltar el artículo 55, que le otorga el carácter de reservada a la nómina de candidatos que el Consejo de Alta Dirección Pública debe remitir a la autoridad pertinente, cuando señala que “[e]l consejo entregará, en carácter reservado, la nómina de entre 3 y 5 candidatos seleccionados, acompañada de los antecedentes profesionales y laborales de los mismos, así como la evaluación a que se refiere el inciso segundo del artículo quincuagésimo tercero, sin expresar preferencia por ninguno de ellos”. El artículo 50 agrega que “(e)l proceso de selección tendrá el carácter de confidencial, manteniéndose en reserva la identidad de cada candidato. La Dirección Nacional del Servicio Civil dispondrá las medidas necesarias para garantizar esta condición”.

Como se observa, las normas antes transcritas establecen dos características bien definidas para el proceso de selección de altos directivos públicos: el carácter técnico del proceso y su confidencialidad, sin hacer distingos de ningún tipo;

DECIMOQUINTO. Que, enseguida, lo que la resolución del Consejo para la Transparencia ha ordenado entregar es la evaluación personal del recurrente, elaborada a propósito del concurso desarrollado por la Dirección Nacional del Servicio Civil. Esta incluye la evaluación psicológica del mismo, la evaluación de atributos con puntajes, la descripción de la motivación y la conclusión (síntesis de las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas).

El informe de evaluación personal es, de conformidad al artículo 2° de la Ley N° 19.628, un dato sensible. Por una parte, porque se trata de aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad. Por la otra, porque dicha disposición expresamente señala como ejemplo de estos datos “los estados de salud físicos o síquicos.” La evaluación personal es parte de la salud psíquica de una persona.

Al tener tal carácter, no pueden ser objeto de tratamiento de datos (artículo 10, Ley N° 19.628), por afectar la vida privada de las personas, salvo que la ley lo autorice o su titular consienta en ello;

V

EL ARTÍCULO 8° DE LA CONSTITUCIÓN

DECIMOSEXTO. Que, analizados los dos antecedentes señalados, debemos partir por examinar el artículo 8° de la Constitución. Éste señala, en su inciso segundo, que *“son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”*;

DECIMOSÉPTIMO. Que la regulación de la publicidad de la actuación de los órganos de la administración del Estado ha sufrido una vertiginosa evolución en su regulación. Hasta 1999, las personas no tenían derecho a solicitar antecedentes a estos órganos que no se fundaran en el derecho de petición (artículo 19, N° 14). Con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.653, en diciembre de 1999, este derecho se consagró legalmente. Dicha regulación legal duró hasta la dictación de la reforma constitucional que incorporó el mencionado artículo 8° a la Constitución, en el año 2005. Tres años después, en el año 2008, se dictó la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. Luego de dictadas las regulaciones complementarias a esta normativa (D.S. N° 13, Minseggpres, 2009, y D.S. N° 90, Minseggpres, 2009), tanto la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, órgano creado por dicha ley, como de las Cortes de Apelaciones, conociendo el reclamo de ilegalidad que contempla la referida legislación, ha comenzado a delinear esta regulación;

DECIMOCTAVO. Que el artículo 8^º de la Constitución establece, en primer lugar, una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia. No los descarta; pero tampoco cierra posibilidad al legislador. Tampoco habla de información;

DECIMONOVENO. Que, en segundo lugar, tampoco establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban “*dar estricto cumplimiento*” a dicha publicidad. Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento. Sin embargo, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza;

VIGÉSIMO. Que, en tercer lugar, esta norma se aplica a todos los órganos del Estado, no sólo a los órganos de la Administración del Estado. Por lo tanto, queda comprendida aquí cualquier entidad creada por la Constitución o por la ley que ejerza algún tipo de función pública. Indudablemente, la ley tendrá que considerar la naturaleza propia de cada órgano para definir la publicidad. De hecho, eso es lo que ha efectuado la Ley N^º 20.285, que ha diferenciado ámbitos de aplicación de acuerdo a cada órgano;

VIGESIMOPRIMERO. Que, en cuarto lugar, manda que sean públicas tres dimensiones del actuar de los órganos del Estado, precisando, de partida, que la Constitución no habla de información.

Desde luego, manda que sean públicos “*los actos y resoluciones*”. Esta expresión es suficientemente amplia como para comprender, de manera genérica, la forma en que los órganos del Estado expresan su voluntad. No pueden, entonces, interpretarse estas expresiones desde la perspectiva de los órganos de la Administración del Estado, pues caben aquí las leyes. Quedan incluidos, entonces, los actos administrativos, sea que decidan o no. En la expresión “*resoluciones*”, por su parte, se incluyen no sólo las municipales, las que emanan de los jefes de servicio, los reglamentos regionales. También quedan comprendidas aquí las sentencias.

Enseguida, son públicos también, dice la Constitución, los fundamentos de esos actos. Es decir, las motivaciones. En algunas ocasiones, éstas forman parte del acto mismo. Así ocurre con las sentencias y con los actos administrativos desfavorables, las resoluciones que resuelven recursos administrativos y las que ponen término a un procedimiento, que por mandato de la ley deben fundarse siempre (Ley N^º 19.880). En estos casos, la notificación o publicación del acto lleva aparejado su conocimiento. Respecto de los actos y resoluciones que no llevan en sí mismos sus fundamentos, la ley debe procurar que las personas puedan acceder a conocerlos. Por ejemplo, pueden acceder al expediente administrativo, donde constan los informes, dictámenes, pruebas, etc.; o a las discusiones, que

constan en actas o grabaciones de algún tipo. Nada dice la Constitución respecto de la oportunidad en que debe hacerse público el fundamento. Este, por tanto, puede conocerse simultáneamente con el acto o con posterioridad; y hacerse público de oficio o a petición de parte interesada. Ello lo tendrá que establecer la ley.

Finalmente, la ley manda que sean públicos los procedimientos que utilizan los órganos del Estado para adoptar sus decisiones. Ello implica acceder a los expedientes, donde constan los trámites por los cuales pasa una decisión;

VIGESIMOSEGUNDO. Quecabe precisar que el carácter público que establece la Constitución, en los tres aspectos señalados, puede lograrse a través de las modalidades que el legislador establezca, sin que exista un único mecanismo. Así, por ejemplo, la Ley N° 20.285 reconoce que si la información está permanentemente a la disposición del público, o lo está en medios impresos, tales como libros, compendios, folletos, archivos públicos, así como también en formatos electrónicos disponibles en Internet, se cumple este mandato (artículo 15). También cabe la publicación de un acto o resolución, la entrega de un documento, el acceso a ellos, su difusión por distintos medios, como pueden ser los avisos radiales, las notificaciones. Incluso la publicación puede ser íntegra (por ejemplo, artículo 48, Ley N° 19.880), en extracto (por ejemplo, artículo 27, Ley N° 18.838; artículo 2°, D.L. N° 2.186; artículo 15, Código Tributario), en listado o en nómina (artículos 168 y 169, Código Tributario; artículo 12, D.L. N° 3063); por aviso (artículos 6° y 15 Código Tributario; artículo 43, Ley General de Urbanismo y Construcciones), en página web. Todos esos, son mecanismos destinados a dar publicidad y cumplir con el mandato del artículo 8°;

VIGESIMOTERCERO. Que, en quinto lugar, la Constitución permite que existan excepciones a esta regla general de publicidad. Dichas excepciones, dado el carácter general de la publicidad, no son la regla general. Con todo, estas excepciones sólo pueden fundarse en la reserva o secreto. Para que estas excepciones operen legítimamente, establece dos requisitos. Por una parte, deben establecerse por ley de quórum calificado, no por norma administrativa ni por ley simple. Por la otra, deben fundarse en ciertas causales que la misma Constitución lista. Estas son: afectar el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado; afectar los derechos de las personas; afectar la seguridad de la nación; y afectar el interés nacional. Dichas causales las califica el Legislador;

VIGESIMOCUARTO. Que, asimismo, cabe señalar que el secreto o reserva puede ser definido de dos maneras por el legislador. En unos casos, directamente puede calificar determinados actos, procedimientos o fundamentos como tales. En otros, establece situaciones que, enmarcadas en la disposición constitucional, deben ser calificadas por la administración.

En un caso, el legislador directamente establece la reserva o el secreto (artículos 21, N^º 5, 22 y 1^º transitorio del artículo primero de la Ley N^º 20.285). En los otros, requiere de una mediación de la administración (artículo 21, numerales 1 al 4, del artículo primero de la Ley N^º 20.285).

Respecto de las que implican una calificación administrativa, el legislador contempló la intervención de un organismo administrativo encargado de resolver los reclamos de denegación de acceso a la información;

VIGESIMOQUINTO. Que, en sexto lugar, no consagra el artículo 8^º un derecho de acceso a la información. Este, como esta Magistratura lo ha señalado, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19, N^º 12^º, de la Constitución (STC Rol N^º 634). Su propósito es, por de pronto, garantizar un régimen republicano democrático, que garantice el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y dar cuenta de ellos. También, promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública. Y, finalmente, fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.

No obstante, la ley puede establecer y desarrollar un derecho de acceso a la información, como lo hizo la Ley N^º 20.285. Pero puede haber otras normativas, que lo configuren de otra manera;

VIGESIMOSEXTO. Que, finalmente, no manda el artículo 8^º dictar una regulación complementaria especial, que no sea la dictación de dichas leyes de quórum calificado para establecer las hipótesis de secreto o reserva. La normativa complementaria, como la Ley N^º 20.285, se dicta teniendo como fundamento otros preceptos constitucionales. Por ejemplo, tratándose de la Administración, ésta se funda en los artículos 38, 63, N^º 18, y 65, inciso cuarto, N^º 2.

El punto es importante, porque no una sino varias leyes pueden establecer excepciones a la publicidad de determinados actos, procedimientos o fundamentos. La Ley N^º 20.285 no puede considerarse como la única y exclusiva normativa que concentra todo lo referente a la publicidad ordenada por el artículo 8^º, inciso segundo, de la Carta Fundamental. De hecho, este mismo cuerpo legal asume la existencia de otras disposiciones (por ejemplo, artículos 5^º, inciso primero; 10, inciso segundo; 11, letras b) y d); 21, N^º 5, y 22, del artículo primero de la Ley N^º 20.285);

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, como se observa, una de las causales que permite que el legislador declare un acto, una resolución, un fundamento o un procedimiento como secreto o reservado, es la afectación de los derechos de las personas. La publicidad es necesaria para el bien común; pero debe hacerse con pleno respecto a los derechos que el ordenamiento establece (artículo 1^º, Constitución).

Es lícito, en consecuencia, que el legislador, invocando o teniendo en cuenta un derecho, establezca excepciones a la publicidad.

Cabe resaltar que la Constitución utiliza la expresión “afectare”, no

la de privar, amenazar o perturbar. Con ello, permite que el legislador considere cualquier lesión, alteración o menoscabo, como una razón calificada para establecer la excepción a la publicidad.

La Constitución tampoco utiliza la expresión “derechos constitucionales”. Habla de “los derechos de las personas”. Caben aquí, en consecuencia, derechos de rango legal.

La Constitución, de igual modo, no señala cuáles son esos derechos.

Lo relevante es que la publicidad del acto o resolución, o de su fundamento o del procedimiento respectivo, afecte los derechos de las personas. Si la afectación no tiene que ver con la publicidad, sino con el acto mismo, o su fundamento, o el procedimiento que le precedió, estamos frente a otro ámbito, diferente del cubierto por el artículo 8°.

La publicidad que afecta a los derechos puede provenir de la publicación, de la entrega o del acceso de las personas al acto o resolución, al fundamento o procedimiento respectivo;

VIGESIMOCTAVO. Que la existencia de derechos como límites a la publicidad es reconocida, por ejemplo, por el artículo 1° de la Ley N° 20.285. Desde luego, porque se establece expresamente como causales para denegar total o parcialmente el acceso a la información, que la publicidad afecte a los derechos de las personas, “*particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico*”. (artículo 21, N° 2). Enseguida, porque si se solicita un documento o un antecedente que tiene información que afecte derechos de terceros, la autoridad requerida debe consultar a la persona afectada, quien puede oponerse a la entrega de los documentos. Si se opone, en tiempo y forma, el órgano requerido no puede proporcionar la documentación o antecedente (artículo 20) y la presunción de publicidad del antecedente requerido se rompe, pues el interesado debe acompañar en su reclamo al Consejo para la Transparencia los medios de prueba que acrediten su caso (artículos 11, letra c), y 24, inciso segundo). A continuación, porque principios estructurales del derecho de acceso a la información ante los órganos de la Administración del Estado, como el de la libertad de información, el de apertura o transparencia, el de máxima divulgación, se ven limitados ante la presencia de excepciones o limitaciones que establezcan el secreto o reserva (artículo 11). En el mismo sentido se enmarca el hecho de que durante el reclamo jurisdiccional que regula la Ley N° 20.285, por haber otorgado el acceso a la información, se suspende la entrega de la información solicitada, sin que la Corte pueda “decretar medida alguna que permita el conocimiento o acceso a ella” (artículo 29). Finalmente, porque el Consejo para la Transparencia tiene entre sus tareas velar por la debida reserva de los datos e informaciones que, conforme a la Constitución y a la ley, tengan carácter secreto o reservado (artículo 33, letra j);

VI EL RESPETO Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA

VIGESIMONOVENO. Que el artículo 19, N° 4°, de la Constitución, además de consagrar el derecho al honor y a la honra, asegura a todas las personas el respeto y la protección de la vida privada;

TRIGÉSIMO. Que lo primero que cabe señalar respecto de esta disposición, es que la Constitución asegura “*el respeto y protección*”. Con la primera expresión, se alude al deber que tienen todas las personas y los órganos del Estado de no realizar acciones u omisiones que envuelvan una transgresión o desconocimiento de este derecho. Se trata de un deber omisivo o pasivo. Con la segunda, el derecho debe ser amparado, cautelado o tutelado, para evitar que se produzcan vulneraciones. Ello incluye hacer cesar conductas invasivas, reparar daños y sancionar a quienes no han respetado dicho derecho. El deber activo de brindar protección le corresponde, principalmente, al Estado y a sus órganos (Corral Talciani, Hernán; El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980; en Navarro, Enrique, “20 años de la Constitución chilena 1981-2001”, p. 199-224).

El énfasis con que la Constitución inicia este derecho, es revelador de la especial consideración que le otorga. No todos los derechos consagrados en el artículo 19 utilizan estas expresiones. Ello no obsta a que, cuando entre en fricción con otros derechos, deban ponderarse sus alcances;

TRIGESIMOPRIMERO. Que la vida privada ha sido definida como “*el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo*” (Cea E., José Luis, “Derecho Constitucional Chileno”, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, p. 178). También se ha señalado que “*el concepto de “vida privada” está directamente vinculado a la “intimidad”, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros*” (Evans de la Cuadra, Enrique, “Los Derechos Constitucionales”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 212). Asimismo se ha dicho que vida privada “*es aquella que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna, particular y personal de cada individuo, que no es propiedad pública o estatal, sino que pertenece a particulares*” (Silva B., Alejandro, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 188). “*En ese espacio opaco al que el individuo tiene derecho, hay que precisar, caben numerosos aspectos de la vida: ideas y creencias religiosas, la vida sexual y amorosa, vida familiar,*

estado de salud, comunicaciones escritas u orales, la vida pasada del sujeto, orígenes familiares, estado civil y, en general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o psíquica al afectado” (Ugarte, José Luis; “Derechos, Trabajo y Privacidad”; Editorial Abeledo-Perrot; Santiago, 2011, p. 75). Para Eduardo Novoa Monreal (“Derecho a la vida privada y libertad de información”; Editorial Siglo XXI, 4a. edición, México, 1989, p. 49), la vida privada está constituida “*por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor o su recato, a menos que esa misma persona asienta ese conocimiento*”.

Cabe precisar, como lo ha hecho esta Magistratura, que la vida privada “*no sólo puede darse en los lugares más recónditos, sino que también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicos actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena*” (STC Rol N° 1.894);

TRIGESIMOSEGUNDO. Que la importancia de la vida privada está dada por varios factores. En primer lugar, es garantía de autodeterminación individual: “*en un mundo donde toda la actividad de los hombres fuera pública, no cabría la autodeterminación individual. El constitucionalismo, así, exige diferenciar entre las esferas pública y privada y, por tanto, entre lo visible y lo reservado*” (Diez – Picazo, Luis, “Sistema de Derechos Fundamentales”, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008, p. 297). Como lo ha dicho este Tribunal, “*el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad*” (STC Rol N° 389).

En segundo lugar, recientemente el Tribunal Constitucional español ha precisado que el derecho a la intimidad se funda en la necesidad de garantizar “*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiere a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y que dicha información sea veraz*” (Rol 4821/2009, 30 de enero de 2012).

En tercer lugar, se funda en la dignidad personal. Esta Magistratura, en varias sentencias, ha reconocido el valor del derecho a la vida privada. Entre ellas, en el Rol N° 389, al señalar que “*la privacidad, en los variados rubros descritos, integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal, como se ha dicho, y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano.*”;

TRIGESIMOTERCERO. Que dicha fundamentación explica que el derecho a la vida privada merezca reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley como por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre éstos (STC Rol N^º 389);

TRIGESIMOCUARTO. Que la vulneración de este derecho puede provenir de dos vías distintas. Por una parte, de la intromisión en los asuntos o cuestiones comprendidas en su esfera. En este sentido, se respeta y protege la vida privada mediante la exclusión de intromisiones ilegítimas. Por eso, la doctrina señala que *“el derecho a la intimidad consiste en el derecho a disfrutar de determinadas zonas de retiro y secreto de las que podemos excluir a los demás”* (Pérez Royo, Javier; “Curso de Derecho Constitucional”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Políticas S.A., Madrid, 2000, p. 395). Como ha dicho esta Magistratura, *“comprende un ámbito de no intromisión en un aspecto reservado de la vida personal, que cierra el paso a las indagaciones de otros, sean agentes estatales o privados”* (STC Rol N^º 1.894). Implica la posibilidad de circular anónima e indistinguiblemente de los demás, sin chequeos o registros, a menos que, a juicio de una autoridad competente, hubiere causas probables que inciten a pensar que se están perpetrando ilícitos concretos y verosímiles (STC Rol N^º 1.894).

Por la otra, se produce un ataque a la vida privada por la difusión de aspectos o cuestiones comprendidos en dicho ámbito. En esta dimensión, se afecta la vida privada cuando la persona pierde el control de la información propia de la vida privada (Barros Bourie, Enrique; “Honra, privacidad e información: un crucial conflicto de bienes jurídicos”; en Revista Universidad Católica del Norte, N^º 5, 1998, p. 45-58);

TRIGESIMOQUINTO. Que este Tribunal ha establecido que, dada la protección excepcionalmente categórica que tiene la vida privada (STC roles N^{os} 389 y 521) y el que no sea un derecho absoluto (STC roles N^{os} 1.683 y 1.800), la regulación del mismo, que lo someta a limitaciones, exige pautas objetivas y sujetas a control que permitan su afectación (STC roles N^{os} 389 y 433). De ahí que haya rechazado, y considerado inconstitucionales, habilitaciones irrestrictas (STC Rol N^º 389) o sin parámetros objetivos y precisos (STC Rol N^º 1.894), facultades absolutamente discrecionales (STC Rol N^º 198), potestades que no sean estrictamente indispensables (STC Rol N^º 1.365). Sólo ha aceptado restricciones si se afecta el derecho en forma precisa y determinada, la víctima no padezca detrimentos excesivos, y siempre que coadyuve a cumplir objetivos del legislador (STC Rol N^º 1.365). Así, ha considerado como objetivo legítimo que afecte la vida privada la indemnidad sexual de los menores (STC Rol N^º 1.683), la investigación criminal (STC Rol N^º 1.939), las remuneraciones de altos gerentes de empresas públicas (STC Rol N^º 1.800);

TRIGESIMOSEXTO. Que, en la sentencia Rol N^º 1.800, esta Magistratura consideró que la vida privada debía ceder ante la publicidad

cuando la información solicitada de una persona fuere pública, no sensible (c. vigesimoctavo). Asimismo, cuando la información afecte intereses legítimos de la comunidad. (cc. vigesimoséptimo y trigesimoprimer). Y, finalmente, cuando la información debe ser pública en razón del alto cargo que desempeña la persona afectada y la naturaleza de órgano público de la entidad para la cual labora (c. trigesimocuarto);

VII LAS EVALUACIONES PERSONALES SON PARTE DE LA VIDA PRIVADA

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que la doctrina considera que la historia médica de las personas es parte de la vida privada. Así, en la doctrina comparada, Diez Picazo (ob. cit., p. 300) sostiene que *“el derecho a la intimidad abarca también las informaciones relativas a la salud y a las vicisitudes médico sanitarias de las personas”*.

En la doctrina nacional se ha señalado que *“en lo que respecta a la vida privada protegida por esta disposición constitucional –el N° 4° del artículo 19 de la Constitución–, ésta comprende aquellas dimensiones más reservadas de la vida de las personas, como por ejemplo su historia médica, patrimonial o su condición sexual, y, por supuesto, el derecho al control de su propia imagen, su propio cuerpo y su propio nombre”* (Correa S., Sofía, y Ruiz–Tagle V., Pablo, “Ciudadanos en Democracia”, Editorial Random House Mondadori S.A., Santiago, 2010, p. 195). En el mismo sentido, se expresa Eduardo Novoa Monreal (ob. cit., p. 41-42), para quien quedan comprendidos en la vida privada el aspecto físico-corporal, el perfil psíquico, el afectivo, el comportamiento y las relaciones;

TRIGESIMOCTAVO. Que la propia Ley N° 20.285 sigue este criterio, al regular las causales de secreto o reserva, pues cuando, a título ilustrativo, indica los derechos que pueden ser afectados por la publicidad, se refiere a los que tengan que ver con la salud o la vida privada de las personas.

Lo mismo hace la Ley N° 20.584, al regular la ficha clínica, pues establece un acceso a ella extremadamente restringido. Por ejemplo, los terceros no directamente relacionados con la atención de salud de la persona, incluyendo al personal de salud y administrativo del prestador, no vinculado a la atención de la persona, no tienen acceso a la información contenida en ella. Esta sólo puede entregarse a su titular, o a la autoridad judicial o al Ministerio Público (artículo 13);

TRIGESIMONOVENO. Que consideramos que las evaluaciones personales se encuentran comprendidas en la vida privada de las personas. En primer lugar, porque así lo establece la ley. Ya señalamos en otra parte de esta sentencia que toda información relativa a los estados de salud,

físicos o psíquicos, de las personas, constituye datos sensibles (artículo 2º, letra g, Ley N^º 19.628). Asimismo, la Ley N^º 19.882 así lo establece, al señalar que la nómina del concurso es reservada (artículo 50) y que el proceso de selección tiene carácter confidencial, debiendo la Dirección Nacional del Servicio Civil disponer las medidas necesarias para garantizar esta condición (artículo 55).

Enseguida, los tribunales, en reclamos de ilegalidad contra decisiones del Consejo para la Transparencia, donde se discutía la publicidad de estos informes, así también lo han establecido. (Por ejemplo, roles 7938/2010; 436/2010; 3436/2010, todos de la Corte de Apelaciones de Santiago).

A continuación, el propio Consejo para la Transparencia, hasta antes de la resolución que obligó a la Dirección del Servicio Civil a entregar la información del recurrente, así lo consideraba, tal como se reconoció en estrados por el abogado representante de dicho Consejo;

VIII

LA ENTREGA DE LA EVALUACIÓN PERSONAL VULNERA LA VIDA PRIVADA

CUADRAGÉSIMO. Que consideramos, por tanto, que la entrega de la evaluación personal y de los documentos anexos a ella vulnera la vida privada del requirente, pues contiene información sensible, que no puede ser conocida por terceros ni difundirse.

En nada obsta a lo anterior el que para fundar la constitucionalidad de la norma impugnada se haya sostenido en estrados que no se afecta la vida privada, porque la publicidad que manda el artículo 8º es base de la institucionalidad.

Al respecto, cabe señalar que si bien el artículo 8º constitucional se encuentra inserto en las bases de la institucionalidad, éste está estructuralmente limitado por el secreto o la reserva, el que procede, entre otras razones que debe tener en cuenta el legislador, por afectar derechos de las personas. La publicidad siempre debe armonizarse con esos derechos. Por lo demás, el artículo 19 de la Constitución, que se encuentra en el Capítulo III de la misma, donde se consagra la protección de la vida privada, no por eso tiene menor entidad o valor que las disposiciones contenidas en el Capítulo I. Más todavía si la Constitución garantiza, respecto de la vida privada, su “respeto y protección”;

CUADRAGESIMOPRIMERO. Que también se sostuvo que los antecedentes psicolaborales fueron base para la decisión de elegir a la persona seleccionada para el cargo de Director del FOSIS. Ello en nada disminuye el deber de respeto y protección de la vida privada. Más si una ley, con el quórum que exige la Constitución, establece el carácter reservado de la

nómina de los seleccionados, de sus antecedentes profesionales y laborales, así como la evaluación de los mismos (artículo 50, Ley N° 19.882), y que el proceso de selección tiene el carácter de confidencial (artículo 55, Ley N° 19.882);

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que, además, se sostuvo que la evaluación personal estaba vinculada con la función que se iba a desempeñar, no con la vida privada. Al respecto, debemos considerar, por de pronto, que la vida privada no se pierde por el hecho de postular a un cargo público. Los funcionarios, al igual que todas las personas, tienen aquellos derechos que su relación estatutaria, definida por el legislador, no haya limitado expresa e inequívocamente. Los funcionarios no son personas de segunda categoría ante la Constitución.

También debe tenerse en cuenta que la evaluación personal, de llegar a entregarse, se transfiere sin condiciones de uso o restricciones a su empleo (artículo 19, Ley N° 20.285). Por lo mismo, puede llegar a difundirse por el peticionario de la misma, sin que el afectado pueda hacer mucho. Ello puede afectar el control de datos que también es parte de la vida privada;

CUADRAGESIMOTERCERO. Que, asimismo, se sostuvo que una vez terminado el concurso, la información debe hacerse pública por mandarlo el artículo 21, N° 1, letra b), de la Ley N° 20.285.

Sin que nos corresponda hacer un análisis de legalidad sobre el particular, tal norma implica establecer un límite temporal a las restricciones de publicidad que establece la Ley N° 19.882, que el legislador de la Ley N° 20.285 no podía ignorar y sobre el cual no emitió pronunciamiento ni dispuso su derogación.

Dichas restricciones cumplen los supuestos del artículo 8° de la Constitución, en el sentido de que están establecidas por ley, aprobada con un quórum especial y teniendo en vista las causales que el mismo artículo 8° señala.

Sin embargo, dicha publicidad, aun terminado el procedimiento administrativo de concurso, afecta la vida privada del requirente. Esta no puede escindirse por dicho concurso. Más todavía si hay normas legales, dictadas en conformidad al artículo 8° de la Constitución, que establecen limitaciones a la publicidad;

CUADRAGESIMOCUARTO. Que también hay que considerar que la Ley N° 19.882 permite que una persona afectada por una decisión de la Alta Dirección Pública pueda reclamar de dicho proceso (artículo 56, Ley N° 19.882). Ello compensa la falta de publicidad sobre ciertos datos del expediente;

CUADRAGESIMOQUINTO. Que, finalmente, hay que considerar que esta Magistratura ha objetado que el legislador, sin pautas objetivas, mediante habilitaciones irrestrictas, permita la vulneración de la vida privada.

El punto se torna relevante, porque en el presente caso el legislador, directamente, tanto por aplicación de la Ley N^o 19.882, como de la Ley N^o 19.628, ha calificado ciertos antecedentes como secretos o reservados. En ese caso, no caben interpretaciones administrativas. Si bien el Consejo para la Transparencia puede arbitrar conflictos entre las normas sobre acceso a la información pública y la protección de la vida privada (STC Rol N^o 1.800), debe hacerlo dentro de los límites que la Constitución y el ordenamiento jurídico establecen, sin que detente poderes omnímodos o ilimitados (STC Rol N^o 1.892). Entre estos límites a la publicidad, está la afectación de los derechos de las personas (artículo 8^o de la Constitución).

Ya señalamos que el secreto o reserva puede ser establecido directa e inmediatamente por el legislador, o recurriendo a una calificación de la autoridad, revisable por dicho Consejo.

Por lo mismo, las leyes de quórum calificado que contemplan ciertos espacios de confidencialidad, dictadas en conformidad a la regla constitucional citada, no quedan supeditadas en su eficacia a la resolución de dicho consejo administrativo.

En la primera situación se encuentran los artículos 55 de la Ley N^o 19.882 y 2^o, letra g), de la Ley N^o 19.628, en virtud de los cuales se desprende –para lo que interesa en el presente caso– que el contenido de las evaluaciones personales requeridas para optar a los cargos de altos directivos públicos, reviste la calidad de secreto o reservado, hasta tanto otra ley, de quórum calificado, no disponga su apertura o difusión. Eso es, por lo demás, lo que establece el artículo 22, inciso primero, del artículo primero de la Ley N^o 20.285, al señalar que “*los actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra ley deje sin efecto dicha calificación*”. En cambio, la calificación administrativa de secreto o reserva dura un plazo de cinco años, prorrogables por una sola vez (artículo 22, inciso segundo, del artículo primero de la Ley N^o 20.285).

IX CONCLUSIÓN

CUADRAGESIMOSEXTO. Que, conforme a lo señalado, el artículo 5^o, inciso segundo, y la norma de la letra b) del número 1 del artículo 21 de la Ley N^o 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que señala “*sin perjuicio que los fundamentos de aquellas sean públicos una vez que sean adoptadas*”, resultan inaplicables, en la gestión pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, al afectar la vida privada del recurrente, como consecuencia de que faculta al Consejo para la Transparencia para disponer la exhibición de evaluaciones personales, que está amparado por dicho derecho, que esta Magistratura debe respetar y proteger.

Y TENIENDO PRESENTE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 8º, 19, Nº 4º, Y 93, Nº 6º, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, ASÍ COMO EN LAS NORMAS PERTINENTES DE LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE ESTA MAGISTRATURA,

SE RESUELVE: QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO SÓLO EN CUANTO A LA INAPLICABILIDAD EN LA GESTIÓN PENDIENTE DE LOS PRECEPTOS CONTENIDOS EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 5º Y EN LA LETRA b) DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 21 DE LA LEY Nº 20.285, EN LA PARTE QUE SEÑALA “SIN PERJUICIO QUE LOS FUNDAMENTOS DE AQUÉLLAS SEAN PÚBLICOS UNA VEZ QUE SEAN ADOPTADAS”.

DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.

Se previene que los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado no comparten el considerando séptimo de esta sentencia.

Se previene, asimismo, que el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney concurre a la decisión unánime del Tribunal, haciendo constar que no comparte los considerandos decimooctavo, decimonoveno, vigesimoprimer, vigesimocuarto, vigesimoquinto y vigesimosexto de la sentencia, por las razones que se expresan a continuación:

1º. Que, la Constitución asegura el derecho de acceso a la información pública, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 19, Nº 12º, y 8º. En efecto, el artículo 19, Nº 12º, garantiza la libertad de opinión e información y, como lógica consecuencia, el derecho de acceso a la información pública. Lo mismo se desprende del deber de publicidad que establece el artículo 8º, directamente en lo relativo a la transparencia activa e indirectamente a la pasiva. Ello ha sido reconocido por esta Magistratura en los precedentes sobre la materia (STC roles Nºs 634, 1.732 y 1.800);

2º. Que, el deber de publicidad a que se encuentran sometidos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, es una exigencia constitucional. No corresponde a la autoridad determinar la oportunidad de hacer públicos tales actos, documentos e informaciones. Su publicidad, por ende, no puede ser postergada u obstaculizada por los órganos del Estado, los que sólo pueden mantener reserva o secreto al respecto cuando una ley de quórum calificado lo autorice en los casos en que la propia Constitución lo prescribe expresamente;

3°. Que, en el presente caso, el Tribunal ha declarado inaplicable los preceptos 5°, inciso segundo, y 21, N^º 1°, de la Ley N^º 20.285, Ley sobre Acceso a la Información Pública, en la gestión pendiente *sub lite*, en razón de la magnitud de la afectación al derecho a la vida privada que su aplicación habría significado para el requirente, infringiéndose el artículo 19, N^º 4, de la Constitución, al no atenerse a una de las causales de excepción expresamente contemplada por el artículo 8° de la Constitución, cual es la afectación de los derechos de las personas;

4°. Que, lo anterior, no merma el principio de publicidad que consagra el artículo 8° de la Constitución. La publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado se encuentra íntimamente vinculada con el régimen republicano y democrático que establece el artículo 4° de la Constitución. El artículo 8° consagra el principio de publicidad, y con ello el deber de los órganos del Estado de dar acceso a todos los ciudadanos, dentro del marco constitucional que también comprende las excepciones del artículo 8° y, para el caso *sub lite*, el artículo 19, N^º 4;

5°. Que, en consecuencia, la decisión de este Tribunal de acoger el recurso de inaplicabilidad se justifica por considerar que el informe sicolaboral de una persona contiene un conjunto de datos que entran dentro de la esfera de la vida privada del afectado que, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 8° de la Constitución en relación con el Artículo 19, N^º 4, no puede ser puesto a disposición de terceros, salvo que mediara el consentimiento del requirente, cuyo no es el caso.

Redactaron la sentencia los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander, y las prevenciones, sus respectivos autores.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N^º 1.990-2011

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió al acuerdo y al fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

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

ROL Nº 1.991-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 41,
INCISO FINAL, DEL D.F.L. Nº 850 DE 1997 DEL MINISTERIO
DE OBRAS PÚBLICAS, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO
DE LAS LEYES 19.474, 15.840, 19.020 Y LOS D.F.L. Nº 206 DE 1960,
Nº 870 DE 1975 Y 164 DE 1991, ACTUAL LEY ORGÁNICA
DE DICHO MINISTERIO, DEDUCIDO POR JORGE BEYTÍA
MOURE EN REPRESENTACIÓN DE METROGAS S.A.

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 27 de mayo de 2011, a fojas 1 y complementado a fojas 143, el abogado Jorge Beytía Moure, en representación de Metrogas S.A., ha deducido requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 41 del DFL Nº 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL Nº 206, de 1960, del mismo Ministerio, sobre Construcción y Conservación de Caminos, en la causa caratulada “*Fisco de Chile con Metrogas S.A.*”, de que conoce actualmente el 7º Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol Nº 34.594-2009.

Como antecedentes de la gestión pendiente en que incide el requerimiento, cabe consignar que el Fisco de Chile demandó de cobro de pesos en juicio de hacienda a Metrogas, para obtener el reembolso de la suma aproximada de \$701.000.000, que previamente le había pagado –a través de la Sociedad Concesionaria Autopista Central S.A., actuando en representación del Ministerio de Obras Públicas–, por concepto del traslado de instalaciones de Metrogas ubicadas en la faja fiscal que interferían con la ejecución de la obra pública “*Proyecto Sistema Norte-Sur*” de la Región Metropolitana, traslado que había sido ordenado por la Dirección de Vialidad, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 41 de D.F.L. Nº 850, mediante oficio de 19 de junio de 2001.

Señala la requirente que el único fundamento de la demanda deducida por el Fisco en su contra está dado por el inciso final del artículo 41 cuestionado, cuya aplicación –por tanto– resultará decisiva para la resolución del asunto en que incide la inaplicabilidad de autos, y de ser declarada inaplicable conllevará que la demanda del Fisco perderá inevitablemente sustento jurídico y deberá ser rechazada.

El precepto legal impugnado dispone que: “*En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que*

fuero autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo”.

Señala Metrogas que es concesionaria de servicios de gas por decreto supremo N^º 1.443, de 10 de abril de 1934, al amparo del D.F.L. 323, de 1931, que establece la Ley de Servicios de Gas. De dicha concesión, que es de naturaleza indefinida, se derivan tanto obligaciones como derechos que se encuentran incorporados a su patrimonio.

A continuación, la actora analiza en general las concesiones administrativas –citando doctrina y jurisprudencia–, abarcando sus fundamentos como medio de satisfacción de necesidades públicas –que permiten dar aplicación al principio de subsidiariedad y al derecho de los particulares para desarrollar toda clase de actividades económicas–; su concepto –desde una perspectiva amplia como restringida–; su naturaleza jurídica –como contrato, acto administrativo unilateral o acto mixto según las distintas tesis–, y su carácter de fuente generadora de derechos y obligaciones –tanto para el particular como para la Administración, independientemente de la tesis que se siga acerca de su naturaleza jurídica–. En esta última parte, destaca que, no obstante que un sector minoritario de la doctrina se opone a la posibilidad de que se deriven verdaderos derechos para el concesionario, la mayoría opina que la concesión constituye un acto esencialmente creador de derechos, constitutivo de derechos *ex novo*, que la diferencia de la autorización. Esta tesis así como la naturaleza contractual de la concesión han sido confirmadas por este Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N^º 467.

Agrega la requirente que estos derechos, en su calidad de cosas incorporales, se encuentran incorporados a su patrimonio y, como tales, están amparados por la garantía del derecho de propiedad consagrado en el artículo 19, N^º 24, de la Constitución.

Luego, la Ley de Servicios de Gas le reconoce a los concesionarios –y en la especie a Metrogas– diversos derechos, destacando el de operar y explotar el servicio público de gas (artículo 1^º); el de ocupar los bienes nacionales de uso público que sean necesarios para la adecuada prestación del servicio (artículo 12), y el derecho a no asumir el costo de las modificaciones que sean necesarias en sus redes de transporte para permitir las obras de rectificación, nuevos trazados, pavimentación u otros análogos que se hagan en bienes nacionales de uso público (artículo 15).

En efecto, respecto a este último derecho, el artículo 15 de la Ley de Servicios de Gas ha previsto expresamente que si el Estado, las Municipalidades u otros organismos públicos ordenaren el traslado por los motivos señalados, el concesionario estará obligado a ejecutar las modificaciones en sus redes, pero *“el costo de estas modificaciones será de cargo del organismo que las dispuso”.*

Este artículo en su texto actual tiene su origen en la Ley N° 18.856, de 1989, y en su texto anterior, vigente el año 1934, cuando se otorgó la concesión a Metrogas, disponía que las modificaciones se efectuarían “*sin costo alguno para el Estado o las Municipalidades (...). Pero si estos cambios se repitieren con menos de 10 años de intervalo, respecto de una misma parte de la red de distribución, el concesionario quedará exento de todo pago*”. Así, la Ley N° 18.856 traspassa desde el concesionario al organismo estatal el costo de las modificaciones, cambio legislativo que se incorpora de inmediato al patrimonio del concesionario, en virtud de la llamada “*cláusula de no mejores condiciones*”, que es de la naturaleza de toda concesión y que impide al Estado fijar mejores condiciones para una concesión nueva sin incorporarlas en las que ya existen.

Por otra parte, la regla actualmente vigente que exime de los costos de traslado a la concesionaria es coincidente con la redacción original del actual artículo 41 del D.F.L. N° 850, impugnado. En efecto, ya en el artículo 19 del D.F.L. N° 206, de 1960, y después en el artículo 42 del Decreto N° 294, de 1984, que establecían los textos de la denominada Ley de Caminos, se encontraba una norma coincidente con artículo 15 de la Ley de Gas, que establecía que los costos de los traslados eran de cargo del “*interesado*”, y no del propietario. Luego, este derecho a no asumir el costo contenido en los cuerpos legales anteriores al artículo 41 impugnado, también forma parte del estatuto de la concesión y se ha incorporado al patrimonio de Metrogas.

Agrega que de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 41 del D.F.L. N° 850, aparece que el Ministro de Obras Públicas de la época, señor Ricardo Lagos Escobar aclaró que la norma que había sido incorporada en el veto del Ejecutivo, no tendría en caso alguno efecto retroactivo, y que sólo en el entendido de que no afectaría a concesiones anteriores a su incorporación por la Ley N° 19.974 para no vulnerar derechos adquiridos, es que fue aprobada por el Congreso Nacional.

En cuanto a la infracción constitucional que se produciría por la aplicación del precepto legal impugnado en el caso concreto, la requirente estima, en primer lugar, que se conculcaría su derecho de propiedad garantizado por el artículo 19, N° 24°, de la Constitución, precepto que consagra la propiedad sobre cosas incorporales, como son los derechos, reforzando lo dispuesto en el artículo 583 del Código Civil, cuestión que es aceptada por la mayoría de la doctrina y que ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema y de este Tribunal Constitucional, citando en este sentido la sentencia Rol N° 506.

En la especie, Metrogas tiene el derecho incorporal de no asumir el costo del traslado de las instalaciones, derecho cuya fuente es la ley, en particular el artículo 15 de la Ley de Servicios de Gas, que hace dichos costos de cargo del organismo que dispuso el traslado. En consecuencia,

cualquier acto del legislador o de la autoridad que pretenda alterar dicho derecho esencial a la concesión, es contrario a la Constitución.

Luego, afirma que la única forma legítima para privar de un derecho personal es la expropiación, que requiere ley expropiatoria e indemnización, y agrega que no nos encontramos frente al caso de una limitación del derecho de propiedad.

Concluye Metrogas que de aplicarse el inciso final del artículo 41 impugnado, por el juez que conoce del juicio de hacienda que constituye la gestión *sub lite*, dicha aplicación producirá una privación inconstitucional de su derecho a no costear el traslado de las instalaciones y a exigir a la Dirección de Vialidad que asuma dicho costo, derecho que, como se dijo, forma parte del estatuto jurídico y de la esencia de la concesión. Así, solicita la inaplicabilidad del precepto aludido, pues de aplicarse se verá cercenado y eliminado por completo su derecho, sin cumplirse los requisitos que constitucionalmente habilitarían para ello y produciéndose una posible expropiación de facto.

En segundo lugar, estima Metrogas que la aplicación de la norma cuestionada en el litigio seguido en su contra por el Fisco, vulneraría el principio de juridicidad, base de la institucionalidad y del Estado de Derecho, consagrado en los artículos 6^º y 7^º constitucionales. Este principio exige la sujeción integral a derecho en la actuación de los órganos del Estado. Luego, de aplicarse el inciso final del artículo 41, se estaría permitiendo a la Dirección de Vialidad, junto con vulnerar el derecho de propiedad de Metrogas mediante un acto administrativo, actuar fuera de su competencia, excediendo sus atribuciones y en contravención a la Constitución y la ley.

Además, la infracción de los artículos 6^º y 7^º de la Carta Fundamental, admite otro enfoque, desde la perspectiva del principio de confianza legítima, reconocido por esta Magistratura en la sentencia Rol N^º 207, y que implica básicamente que si un determinado régimen jurídico ha asegurado una ventaja o beneficio a una persona, no podrá ser eliminado –por el Legislador o la Administración– sin adoptar esquemas transitorios o medidas compensatorias para atenuar los perjuicios que el cambio podría ocasionar al particular afectado. El incumplimiento de esta obligación genera para el privado el derecho a ser indemnizado por el daño causado.

Luego, sostiene Metrogas que el principio de confianza legítima se vulnera si un acto que se ejecuta en conformidad al derecho vigente, otorga un beneficio o ventaja que luego es desconocido por el Legislador o la Administración, como ocurrirá precisamente de aplicarse el inciso final del artículo 41 en la gestión en que incide la acción de inaplicabilidad que ha deducido.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 29 de junio de 2011, admitió a tramitación el requerimiento, y por resolución de 20 de julio del mismo año, lo declaró admisible.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, esta acción de inaplicabilidad fue puesta en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, y del Fisco de Chile, sin que los aludidos órganos constitucionales hicieren uso de su derecho a formular observaciones.

Con fecha 19 de agosto de 2011, a fojas 169, la abogada procuradora fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, Irma Soto Rodríguez, en representación del Fisco de Chile, hizo uso dentro de plazo de su derecho a formular observaciones, instando por el rechazo del requerimiento.

Comienza el Fisco señalando que la Ley Nº 19.474, de 1996, en el marco del desarrollo vial del país en los años 90, modificó el artículo 41 de la Ley del Ministerio de Obras Públicas, estableciendo, por una parte, en su inciso tercero, el pago de derechos por las concesionarias de servicios de utilidad pública que necesitaren colocar cañerías, tuberías, postaciones, alambrados, etc., en caminos públicos, pero precisando que ello sólo sería exigible respecto de concesiones otorgadas después de la publicación de la Ley Nº 19.474; y por otra parte, en su inciso final nuevo, que en caso de que fuere necesario el traslado de instalaciones en caminos públicos, su cargo sería de costo del propietario o conforme a las condiciones establecidas en el contrato de concesión, con el propósito de evitar que la Dirección de Vialidad tuviera que soportar dicho gasto.

Así, las concesionarias anteriores a la Ley Nº 19.474 continúan utilizando bienes públicos sin prestación alguna a cambio. Luego, resulta lógico y razonable que el cambio de instalaciones, de ser necesario, se haga a su costo.

Agrega que el Estado es dueño y administrador de los bienes nacionales de uso público, entre los que se encuentran los caminos, siendo así constitucionalmente legítimas las facultades que el inciso tercero y siguientes del artículo 41 aludido otorgan a la Dirección de Vialidad para autorizar la colocación, el retiro o el traslado de instalaciones de servicios de utilidad pública en ellos. En todo caso, aplicando a fortiori el inciso cuarto del artículo 41, la decisión del traslado de las instalaciones no es de libre decisión administrativa, sino motivada, y estas limitaciones al uso de los caminos públicos tienen fundamento en el interés general y la utilidad pública.

Añade el Fisco que el requerimiento de Metrogas envuelve una cuestión de simple legalidad y no de constitucionalidad, consistente en determinar si los costos del traslado de las instalaciones corresponden al interesado, según alega la requirente, por aplicación de las normas sectoriales contenidas en la Ley de Servicios de Gas que operarían con ultractividad, o si corresponden al propietario según sostiene la Dirección de Vialidad, invocando el artículo 41, inciso final, del D.F.L. Nº 850, de 1997, que para el Fisco debe regir desde la publicación de la Ley Nº 19.474.

Así, la discusión está volcada en dos temas de legalidad: la aplicación de la ley en el tiempo y el alcance de las normas en función de su generalidad o especialidad. Se trata de una cuestión de recta interpretación y aplicación de leyes concurrentes, y no de un conflicto de constitucionalidad de aquellos a que se refiere el artículo 93, N^º 6, de la Carta Fundamental.

En cuanto a las infracciones constitucionales invocadas por Metrogas, el Fisco, en primer lugar, señala que la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima no están consagrados como garantías en la Constitución, siendo sólo principios que las distintas ramas del derecho postulan. No es válido afirmar que de los artículos 6^º y 7^º constitucionales se desprenda que el Poder Legislativo, depositario de la voluntad soberana, no pueda modificar una situación normativa existente en un determinado momento. No existe el derecho a la inalterabilidad normativa ni a mantener las ventajas que de una regulación se reportan. Ello constituye una mera expectativa sobre la cual no existe propiedad. Por otro lado, la inalterabilidad del régimen jurídico sólo se obtiene cuando se celebra un contrato-ley con el Estado, cuyo no es el caso de autos.

En segundo lugar, no se afecta el derecho de propiedad de la concesionaria de servicio de utilidad pública. Ello porque el dueño de los bienes nacionales de uso público es el Estado. Los concesionarios de servicios de gas, como otros de utilidad pública, son beneficiarios de la explotación lucrativa de bienes comunes o públicos en virtud de un acto unilateral de autorización o permiso de la Administración, siendo jurídicamente improcedente sostener que la facultad conferida por la concesión o permiso atribuya un derecho de propiedad privada. Es un derecho administrativo o sui generis, al que no alcanza la protección del artículo 19, N^º 24^º, constitucional.

La concesión o permiso de distribución de gas lleva anexo el derecho a tender redes o postaciones, pudiendo atravesar bienes privados o nacionales de uso público. En el primer caso, se constituye una servidumbre legal onerosa, debiendo indemnizar al dueño del predio sirviente, y en el segundo caso el uso de los bienes nacionales de uso público es gratuito para los concesionarios anteriores a la vigencia de la Ley N^º 19.474, como ocurre en la especie.

Agrega el Fisco que conforme al decreto supremo que otorgó la concesión, ésta queda sujeta a las leyes futuras que se dicten a su respecto, lo que en términos prácticos significa que no se puede sostener que es inaplicable la nueva norma y, por consiguiente, que exista un conflicto de constitucionalidad. Igualmente, nuestro sistema de validez temporal de la ley establece que ella rige desde su publicación y para el futuro (artículos 6 y 9 del Código Civil), y el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, dispone que el derecho real adquirido bajo la

vigencia de una ley subsiste bajo el imperio de la nueva, pero sujeto a esta última en cuanto a sus goces y cargas.

Además, lo relativo al costo de los traslados de redes emplazadas en caminos públicos, no es un derecho esencial en el aprovechamiento otorgado al concesionario, sobre todo si se considera que este último, en contraste con los terrenos privados, puede utilizar gratuitamente los caminos públicos.

Añade que a Metrogas no le asiste derecho adquirido alguno pues, tal como aquélla reconoce en su requerimiento, el artículo 15 original de la Ley de Servicios de Gas, vigente entre el año 1934 y 1989 disponía que el costo del traslado debía ser asumido por el concesionario. Dicha situación fue cambiada por la Ley N° 18.856, de 1989, traspasando el actual artículo 15 el costo al organismo estatal que ordenó el traslado. En este contexto, mediante la modificación de la Ley N° 19.474, únicamente se volvió a poner el costo a cargo del concesionario, como propietario de las instalaciones, tal como era originalmente, desde el comienzo de la concesión al amparo del D.F.L. N° 323, de 1931.

Por otro lado, el Fisco aduce que no existe afectación de la esencia de un derecho, toda vez que el imponer al concesionario, por razón de mejoramiento o ampliación de la vía pública, que traslade a su costa las instalaciones, no le priva ni limita su beneficio de explotar el giro de distribución de gas, ni su derecho a usar gratuitamente los caminos públicos.

Después de citar la sentencia Rol N° 43 de esta Magistratura, en relación a cuándo un derecho es afectado en su esencia, el Fisco concluye que el derecho esencial del concesionario de servicios de utilidad pública consiste en la facultad de explotar en su beneficio una actividad que en principio corresponde al Estado. En consecuencia, lo concerniente a quién debe soportar el costo de los traslados de las instalaciones del concesionario, cuando ello se hace necesario por razones de utilidad pública, deviene en una cuestión accesoria, que no compromete en absoluto el contenido esencial de la concesión, permaneciendo el ejercicio de los derechos que de ella emanan para el concesionario inalterados en su naturaleza esencial.

A fojas 510 se tuvo por acompañado por el Consejo de Defensa del Estado un dictamen de la Contraloría General de la República de fecha reciente, y a fojas 511 se ordenó agregar a los antecedentes el escrito de la requirente de 18 de noviembre de 2011.

Con fecha 22 de septiembre del año en curso se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla, agregándose en la tabla de Pleno del día 13 de diciembre de 2011, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Eugenio Evans Espiñeira, por la requirente Metrogas S.A., y María Eliana Ricke Gebauer, por el Consejo de Defensa del Estado.

Y CONSIDERANDO:

I
LA IMPUGNACIÓN

PRIMERO. Que, como se ha señalado, la gestión pendiente está dada por un juicio de hacienda, en actual tramitación ante el Séptimo Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol N^º 34.594-2009, caratulado “Fisco de Chile con Metrogas”, en el que el Fisco persigue el cobro de los costos en que la empresa concesionaria de la obra vial “Proyecto Sistema Norte Sur” incurrió por el traslado de instalaciones pertenecientes a Metrogas, ubicadas en la faja fiscal.

Es en el marco de la tramitación de dicho juicio que se impugna por inconstitucional la aplicación del inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N^º 850 de 1997;

SEGUNDO. Que, como se ha señalado, el precepto impugnado ante este Tribunal es el inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N^º 850. Dicho artículo dispone que:

“Artículo 41.

Las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad y están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, y respecto de aquellos caminos que construya el Ministerio de Obras Públicas, y que no estén sujetos al sistema de concesiones establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N^º 164, de 1991, del mismo Ministerio, este último otorgará concesiones a particulares mediante decreto supremo, y según el procedimiento estipulado en el citado cuerpo legal. Estas concesiones se otorgarán mediante licitación pública, sobre terrenos que no podrán exceder del 5% del total de la superficie de la faja requerida para la construcción del camino, aledaños a caminos públicos, situados fuera de los límites urbanos de una comuna y expropiados con el exclusivo propósito de instalar en ellos servicios para los usuarios de la vía, tales como hoteles, estaciones de servicio, restaurantes, paradores de vista u otros similares. Para tales efectos, el expropiado, o el propietario colindante, en su caso tendrá prioridad en caso de igualdad de condiciones en el proceso de licitación de la concesión, la que deberá, además, materializarse en conformidad a las bases respectivas u dentro de un plazo máximo de tres años.

Sin perjuicio de sus atribuciones, la Dirección de Vialidad podrá autorizar, en la forma y condiciones que ella determine, con cargo a sus respectivos propietarios, y previo pago de los derechos correspondientes, la colocación de cañerías de agua potable y de desagüe; las obras sanitarias; los canales de riego; las tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables; las postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica y, en general, cualquier instalaciones que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales regidas por esta ley. Estos derechos serán exigibles

respecto de aquellos permisos y contratos de concesión otorgados con posterioridad a la publicación de la Ley N° 19.474.

Dichas autorizaciones deberán otorgarse, a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas. La Dirección de Vialidad no tendrá responsabilidad u obligación alguna por el mantenimiento y conservación de dichas instalaciones, siendo obligación de sus propietarios el conservarlas en buenas condiciones.

La Dirección de Vialidad, mediante resolución fundada, podrá ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo, previa restitución de los derechos pagados, en proporción al tiempo que reste para que la autorización a que se refiere el inciso tercero, llegue a su término.

En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo.”;

TERCERO. Que la parte requirente argumenta sobre la base de las siguientes consideraciones.

En primer lugar, expone que Metrogas es concesionaria de servicio de gas. Señala que la concesión implica, por un lado, diversas obligaciones para quien tenga la calidad de concesionario, pero que, al mismo tiempo, implica también un conjunto de derechos, que configuran el régimen jurídico de la concesión. En ese sentido, la concesión es una fuente generadora de derechos, los cuales tienen contenido patrimonial. Dichos derechos se incorporan al patrimonio del concesionario y se encuentran, dada su naturaleza de bienes incorpóreos, protegidos por la garantía del numeral 24° del artículo 19 de la Constitución.

Entre los derechos que han sido generados en virtud de la concesión, y que se hallan incorporados en el patrimonio de Metrogas, se encuentran los de ocupar bienes de uso público, necesario para la adecuada prestación del servicio (art. 12 del Decreto con Fuerza de Ley N° 323 de 1931, “Ley del Gas”), y el derecho a no asumir el costo de las modificaciones que sean necesarias en sus redes de transporte para permitir las obras de rectificación, nuevos traslados, pavimentación y análogas que se hagan en bienes nacionales de uso público (art. 15 del Decreto con Fuerza de Ley N° 323, de 1931).

La aplicación del precepto legal impugnado, genera, de acuerdo a la parte requirente, efectos inconstitucionales en dos sentidos.

En primer lugar, porque se infringe el derecho de propiedad. Así, en este caso, el derecho a no asumir los costos de los traslados de las insta-

laciones, que tiene origen legal, tiene carácter esencial. La aplicación del precepto impugnado priva a Metrogas de este derecho de carácter esencial, y lo hace sin respetar el estatuto constitucional de la expropiación.

En segundo lugar, se infringe el principio de juridicidad, consagrado en los arts. 6° y 7° de la Constitución. Así, primeramente, el precepto cuya inconstitucionalidad se requiere, faculta a la autoridad administrativa (Dirección de Vialidad) a vulnerar el derecho de propiedad mediante un acto administrativo (el Oficio N° 5.563), lo que implica actuar fuera del marco de competencias fijado por la Constitución. En seguida, implica infringir la confianza legítima (cuya protección se deriva de los arts. 5°, 6° y 7°), por cuanto el precepto legal impugnado no respeta las ventajas, beneficios y derechos consolidados al amparo de la legislación que rige la actividad de prestación de servicios de gas.

II ANTECEDENTES

CUARTO. Que es importante consignar previamente a examinar el fondo del cuestionamiento formulado en el presente requerimiento, que independientemente de la gestión *sub lite*, ante los tribunales ordinarios se ha planteado discusión sobre el precepto impugnado, si bien en materia eléctrica. Esta discusión ha estado centrada en dos aspectos.

De un lado, sobre su retroactividad, pues se ha objetado la fecha a partir de la cual se aplica. El precepto, tal como está en la actualidad, fue incorporado a nuestro ordenamiento, como veremos más adelante, en septiembre de 1996, por la Ley N° 19.474. Se ha formulado cuestionamiento respecto de su aplicación a instalaciones eléctricas construidas antes de esa fecha. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que no hay vulneración de la irretroactividad, pues lo relevante es el momento en que se dispone el traslado, no la fecha de construcción de las instalaciones. Por lo mismo, ha sostenido que si la autoridad dispone el cambio de ubicación, después de septiembre de 1996, carece por completo de trascendencia la fecha de instalación primitiva (SCS 3171/2003).

Del otro, se ha discutido sobre su especialidad. En este caso se ha objetado que el D.F.L. N° 850, del Ministerio de Obras Públicas (MOP), de 1997, prime sobre disposiciones sectoriales que rigen determinadas actividades. Así, se lo ha puesto en antinomia con la Ley de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 1, 1982, de Minería, artículos 16 y 124), sosteniendo que ésta es una normativa especial respecto del artículo 41 de dicho D.F.L. N° 850. Sin embargo, la Corte Suprema ha considerado que esta disposición es especial respecto de todas las otras normas que se refieren en términos generales a los bienes nacionales de uso público (SCS 3171/2003; 6091/2007);

III
ASUNTOS SOBRE LOS CUALES ESTE TRIBUNAL
NO SE PRONUNCIARÁ

QUINTO. Que este Tribunal no puede pronunciarse, en abstracto, mediante un recurso de inaplicabilidad, sobre determinados preceptos legales. Eso es algo que puede hacer, pero en uso de otras facultades que le encomienda la Constitución. En la inaplicabilidad esta Magistratura examina la constitucionalidad del precepto legal a la luz de los hechos de la causa correspondiente. Realiza, por lo mismo, un examen concreto del o de los vicios que se reprochan a la norma (STC roles N^{os} 480 y 546);

SEXTO. Que este Tribunal tampoco puede realizar un análisis de conflicto normativo de leyes. Si una ley es más especial que otra o tiene efectos retroactivos, es algo que le corresponde resolver a los jueces del fondo, pues se trata de un asunto de legalidad. Esta Magistratura sólo es competente para conocer de conflictos entre leyes y la Constitución, pero no entre preceptos legales;

SÉPTIMO. Que, finalmente, no se pronunciará sobre el impacto que tiene la aplicación del artículo impugnado en los ingresos tarifarios de la compañía, pues no ha sido cuestionado ningún precepto legal relativo a las tarifas de la empresa requirente;

IV
CAMINOS PÚBLICOS Y FAJA DE CAMINOS PÚBLICOS

OCTAVO. Que, por otra parte, antes de analizar la norma impugnada, es necesario precisar dos conceptos que ésta emplea: el de camino público y el de faja de camino público;

NOVENO. Que la noción de camino público corresponde al género “vía”. Esta es la denominación con que la Ley de Tránsito designa a “*calle, camino u otro lugar destinado al tránsito*” (artículo 2^o, N^o 46, Ley de Tránsito).

La misma ley define camino como una “*vía rural destinada al uso de peatones, vehículos y animales*” (artículo 2^o, N^o 7), contraponiéndola a avenida o calle, que es la “*vía urbana destinada a la circulación de los peatones, de los vehículos y de los animales*” (artículo 2^o, N^o 4).

Conforme a la Ley de Tránsito, entonces, el distingo entre camino y avenida o calle no tiene que ver con su funcionalidad; en ambos casos es la misma: la circulación. Tiene que ver con su ubicación. El camino es rural; la calle es urbana.

No es distinta la definición que entrega el D.F.L. N^o 850, de 1997, del MOP, de caminos públicos. Estos son “*las vías de comunicación terrestres*

destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público” (artículo 4^º).

Las definiciones coinciden en que se trata de vías rurales (fuera de los límites urbanos) destinadas al libre tránsito. Lo que agrega esta última es que las fajas de los caminos son bienes nacionales de uso público.

Los caminos, de acuerdo al D.F.L. N^º 850, pueden ser nacionales o regionales. Los primeros son “*el Camino Longitudinal, los que unen las capitales de provincia con el Longitudinal y los que sean calificados como tales por el Presidente de la República*”. Los segundos son el resto de los caminos públicos (artículo 25);

DÉCIMO. Que el otro concepto central del precepto impugnado es el de las fajas de los caminos públicos. Estas son caracterizadas por el ya citado D.F.L. N^º 850, de 1997, del MOP, de la siguiente manera:

El artículo 24 del precepto señala expresamente que las fajas de los caminos públicos son bienes nacionales de uso público. Con esa declaración, el legislador estableció una reserva o *publicatio*. Como lo ha dicho este Tribunal, “*mediante ella, el legislador establece que unos bienes determinados o toda una categoría de ellos, en razón de que por su uso o destino deben pertenecer a la nación toda, dejan de ser susceptibles de apropiación, quedando entregados al uso público*” (STC Rol N^º 1.281). Ello implica una serie de consecuencias: el bien queda fuera del comercio humano, se sujeta a un régimen jurídico especial y sobre él no hay propiedad sino uso (STC roles N^{OS} 245 y 1.281).

Sin embargo, como ha sostenido esta Magistratura, la reserva o “*publicatio*”, “*si bien excluye la apropiación de los bienes que la componen por particulares, no excluye a éstos del uso privativo que puedan obtener, es decir, no quedan marginados del tráfico jurídico. Mediante ciertos títulos habilitantes, la Administración encargada de la administración del bien demanial, entrega no el bien, pues atentaría contra su inalienabilidad, sino que reparte, por motivos de interés público, derechos de utilización o aprovechamiento privativo sobre determinadas porciones del dominio público con un destino específico*” (STC Rol N^º 1.281);

DECIMOPRIMERO. Que, enseguida, las fajas de los caminos públicos son bienes entregados en administración a la Dirección de Vialidad (artículo 41), quien tiene a su cargo su cuidado y mantención (artículo 18, inciso tercero).

A continuación, el ancho de las fajas es fijado por decreto supremo, a propuesta de la Dirección de Vialidad (artículo 29, N^º 1).

Asimismo, “*están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo*” (artículo 41, inciso primero). De ahí que los usos alternativos, como la colocación de avisos (artículo 38) o la instalación de cualquier tipo de obra (artículo 41, incisos tercero y siguientes), requieren autorización de la Dirección de Vialidad, quien puede negar dicho permiso si el uso se opone al de los caminos (artículo 41, inciso cuarto);

V
LA NORMA IMPUGNADA

DECIMOSEGUNDO. Que en el marco de estas potestades de administración se inserta la de disponer el cambio de ubicación de las instalaciones autorizadas en la faja de un camino público.

En efecto, el precepto impugnado permite que la Dirección de Vialidad pueda ordenar que se cambie la ubicación de instalaciones, como tuberías o cables o postaciones, que ocupen las respectivas fajas de caminos públicos;

DECIMOTERCERO. Que, entonces, como efecto de que la ley se encarga de señalar que bajo la Dirección de Vialidad está la administración de las fajas, como lo señala el artículo 41, inciso primero (“*las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad*”), para que un particular pueda utilizar en forma permanente dicha porción de bien nacional de uso público, requiere la autorización de esa entidad;

DECIMOCUARTO. Que, en realidad, lo que se entrega, técnicamente, es un permiso. Este es un acto administrativo favorable, mediante el cual se concede el uso privativo, con facultades de uso y goce, de una porción de un bien nacional de uso público, por un tiempo determinado, sustrayéndolo al uso común. La doctrina lo denomina “permiso de ocupación” y lo entiende como un “*acto administrativo por medio del cual se otorga un uso especial del dominio público*” (Reyes Riveros, Jorge; “Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público”; Editorial Jurídica, 1960, p. 166), o como “*un acto administrativo por medio del cual se otorga en forma exclusiva y excluyente un cierto uso de poca importancia jurídico-económico-social, sobre un bien de dominio público*” (Montt Oyarzún, Santiago; “El dominio público”; Editorial Conosur, Santiago, 2002, p. 308). Dicho permiso es caracterizado como discrecional, unilateral y precario (Reyes R., Jorge; ob. cit., págs. 176 y siguientes; Montt O., Santiago; ob. cit., págs. 317-318).

Lo que sucede es que, en este caso particular, la Ley de Servicios de Gas (D.F.L. N° 323/1931, Interior) establece que las concesiones de servicio público de distribución de gas otorgan el permiso para ocupar con su red y dispositivos afectos a ella bienes nacionales de uso público (artículo 12). Esta norma, entonces, establece un derecho legal a usar ciertos bienes, pero condicionado a que se dicte un acto administrativo favorable por parte de la Dirección de Vialidad, que es la encargada de administrar la faja de los caminos públicos. En este sentido, la Dirección de Vialidad remueve el obstáculo para ejercer el derecho. Ello lo hace muy cercano a una autorización. De ahí la denominación que la ley le otorga a este acto.

Dicho derecho a ocupar, sin embargo, está sujeto a lo que establezcan los reglamentos pertinentes y a que no se perjudique el objeto principal

del bien. Tratándose de los caminos, dicho objeto principal es el libre tránsito.

La exigencia de dicho permiso no merece un reproche de inconstitucionalidad, pues, como lo ha dicho esta Magistratura, respecto a las concesiones eléctricas, pero plenamente aplicable a las concesiones de distribución de gas y de redes de transporte, las autoridades que entregan las concesiones de servicio público de distribución eléctrica, no son quienes tienen a su cargo la administración de determinados bienes nacionales de uso público (STC Rol N^º 1.669). Por lo mismo, para respetar esta distribución competencial, es necesario que se invoque la concesión, otorgada por una autoridad, para obtener el permiso, concedido por quien tiene a su cargo la tutela del bien respectivo, siempre que se cumplan los requisitos propios de tal permiso;

DECIMOQUINTO. Que recordemos que el uso de los bienes nacionales de uso público puede ser de dos tipos. Por una parte, está el uso común. Este es aquel que corresponde a todas las personas. Se trata de un uso anónimo, temporal, y no requiere título alguno. En segundo lugar, está el uso privativo. En este caso, la autoridad encargada de su administración entrega, por actos específicos, la ocupación temporal del bien a un particular, con un propósito de interés público, generalmente a título oneroso. Dicho uso es privativo porque implica un uso exclusivo y excluyente del bien. El beneficiario de un uso privativo puede excluir al resto de las personas que accedan a él. Por eso requiere un título habilitante, que puede ser el permiso o la concesión. Sin ese título, hay uso común del bien. Dicho de otra forma, el permiso o la concesión sustraen del uso común ciertos bienes (STC roles N^{os} 1.281 y 1.669);

DECIMOSEXTO. Que el mencionado permiso puede permitir la colocación de distintas instalaciones. La ley menciona las siguientes: “*cañerías de agua potable y de desagüe*”; “*obras sanitarias*”; “*canales de riego*”; “*tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables*”; “*postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica*”. Pero emplea una fórmula global: “*en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público*”.

Es necesario resaltar que el uso que se entrega permite hacer obras en el suelo y en el subsuelo de dichas fajas. Se trata, en consecuencia, de un uso intenso;

DECIMOSEPTIMO. Que, sin embargo, el otorgamiento de dicho permiso está sujeto a ciertas regulaciones. Por de pronto, no se debe entorpecer el uso del camino. La ley señala que las fajas de los caminos “*están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo*” (artículo 41); y que la autorización para ocupar dicha faja debe negarse si se opone al uso de los caminos públicos (artículo 41, inciso cuarto).

Además, la ley señala que la autorización la debe otorgar la Dirección, pero establece una serie de causales para negarla. Junto con oponerse al

uso de los caminos, la ley señala varias otras causales. Así, la autoridad no debe dar el permiso si se afecta “*la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías*”; debe precaverse que las instalaciones “*no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona*”. La ley también señala que la autoridad debe negar el permiso si no es “*posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas*”.

Enseguida, las instalaciones son de cargo del respectivo propietario, sin que la Dirección tenga responsabilidad u obligación alguna por su mantenimiento y conservación, debiendo su dueño conservarlas en buenas condiciones (artículo 41, incisos tercero y cuarto). A continuación, dicho uso está sujeto al pago de derechos. Sin embargo, por mandato del inciso tercero del artículo 41 del D.F.L. N° 850, MOP, 1997, dichos derechos sólo son exigibles respecto de aquellos permisos otorgados con posterioridad al 30 de septiembre de 1996, fecha de publicación de la Ley N° 19.474. Asimismo, la Dirección de Vialidad puede establecer condiciones al otorgar el permiso (artículo 41, inciso tercero). Del mismo modo, la autoridad puede “*mediante resolución fundada, ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo*” (artículo 41, inciso quinto);

DECIMOCTAVO. Que, de este modo, no hay libertad para ocupar las fajas de los caminos públicos, pues se requiere permiso de la Dirección de Vialidad. Dicho permiso lo puede dar la autoridad siempre que se cumplan ciertos supuestos: es onerosa; no compromete la responsabilidad de la Dirección; las instalaciones son retirables y susceptibles de cambiar de ubicación, y están entregadas, en cuanto a su puesta física, a su conservación y mantenimiento, a su propietario;

DECIMONOVENO. Que es en el marco de dichas regulaciones que la ley entrega una facultad a la Dirección de Vialidad para ordenar cambiar las instalaciones que fueron autorizadas. Por lo mismo, no es la única determinación que se puede adoptar respecto de ellas;

VIGÉSIMO. Que el cambio de ubicación está sujeto también a ciertas regulaciones.

Desde luego, lo debe disponer la Dirección de Vialidad, fundándose en cualquier motivo que lo haga necesario. No quiso la ley limitar la discrecionalidad de la autoridad administrativa, atendida la variedad de situaciones que se pueden plantear.

Enseguida, es un cambio de ubicación, no una prohibición de uso ni un retiro. Es un traslado desde el lugar en que fueron originariamente autorizadas. El traslado es, por tanto, una transferencia temporal de la faja a otro lugar, mientras ésta permanece ocupada por obras del camino o se crea otra por ampliación del mismo.

Finalmente, el traslado debe ser “*hecho por cuenta exclusiva del propietario*”; **VIGESIMOPRIMERO.** Que el cambio de ubicación de las instalaciones está sujeto a un procedimiento regulado por el artículo 51 del D.F.L. N^º 850. Este parte por la dictación de la resolución que ordena el traslado, la cual debe notificarse por oficio y por carta certificada. En dicha decisión, la Dirección de Vialidad debe señalar el motivo que hace necesario cambiar la ubicación.

Enseguida, la autoridad fija un plazo prudencial dentro del cual deben ejecutarse los trabajos.

A continuación, pueden suceder tres posibilidades. La primera es que el afectado cumpla la medida. La segunda es que no haga nada. En ese caso, la Dirección debe ordenar hacer el presupuesto del traslado, el que sirve de título ejecutivo para cobrar su valor. Notificado el infractor y obtenidos los fondos, la obra se ejecuta con cargo a éstos. La tercera alternativa es que el afectado reclame administrativamente, mediante la interposición de los recursos que correspondan (artículos 15 y 59, Ley N^º 19.880), o ante el Juez de Letras respectivo, dentro del término de diez días (artículo 50, D.F.L. N^º 850);

VIGESIMOSEGUNDO. Que esta facultad de la Dirección de Vialidad se encontraba en el texto legal anterior a la modificación de 1996, que introdujo la Ley N^º 19.474. Dicha norma establecía: “*en caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del interesado*” (artículo 19, D.F.L. 206, 1960, MOP). La norma predecesora de dicho D.F.L., la Ley N^º 4.851, no contemplaba una norma en este sentido;

VIGESIMOTERCERO. Que, como se observa, el principal cambio de este inciso dice relación con que el texto previo a 1996 hacía de cargo del interesado el costo del traslado; en cambio, el texto vigente hace de cargo del “*respectivo propietario*” lo anterior.

Sin embargo, la Ley N^º 19.474 no introdujo un único cambio.

Por de pronto, reforzó las facultades de la Dirección de Vialidad al señalar expresamente que las fajas de los caminos son de su competencia (artículo 41, inciso primero). Enseguida, se eliminó la gratuidad por el uso de la faja, salvo para quienes tuvieran concesiones o permisos previos a su entrada en vigencia. A continuación, privilegió el uso de los caminos, al permitir que la Dirección pudiera rechazar los permisos “*que se opongan al uso de los caminos públicos*” (artículo 41, inciso cuarto);

VIGESIMOCUARTO. Que el inciso final del artículo 41, con otra redacción, iba en el texto original del Mensaje del Presidente de la República que dio origen a la Ley N^º 19.474. En él se señalaba que la normativa vigente en esa época, que hacía de cargo del interesado el costo del traslado, atentaba “*contra las funciones del Ministerio de Obras Públicas al requerirse el cambio por razones de servicio*”.

El texto que se incorporó en definitiva fue producto de un veto del Ejecutivo, que se fundó, por una parte, en que “*el vocablo interesado puede presentar dificultades de precisión en su aplicación práctica*”. Por la otra, en que el propio artículo 41 emplea el concepto más preciso de “*respectivo propietario*”.

En este sentido, hay que señalar que el artículo 41 se refiere al propietario para los siguientes efectos. En primer lugar, para señalar que las instalaciones son de cargo de los respectivos propietarios. En segundo lugar, para indicar que es de cargo de dichos propietarios el mantenimiento y conservación de las instalaciones. En tercer lugar, que es de cargo de éstos el traslado de las instalaciones.

En la Sala del Senado, el entonces Ministro de Obras Públicas, Ricardo Lagos Escobar, sostuvo: “*Entonces, lo que procura el veto del Ejecutivo es clarificar que, en este caso, en lugar de la expresión vigente –“el interesado”–, se utilice la más precisa de “el respectivo propietario”. Será al propietario de las postaciones –el que las colocó gratuitamente en la faja pública–, si mañana el camino se va a ampliar o hay que hacerle modificaciones, a quien corresponderá correr el riesgo. Si la empresa de utilidad pública no se arriesga, que pague por la servidumbre*”;

VIGESIMOQUINTO. Que hay que recordar, asimismo, que durante la tramitación de la Ley N° 19.474, en el Congreso Nacional, se estableció la onerosidad por el uso de la faja fiscal, con la excepción de aquellos permisos otorgados antes de su entrada en vigencia, el 30 de septiembre de 1996. Por lo mismo, para los nuevos permisos, dicho uso dejó de ser gratuito.

En contraste, el inciso final del artículo 41 no estableció ninguna excepción respecto de que el traslado debía ser hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario;

VIGESIMOSEXTO. Que el veto del Ejecutivo fue aprobado por 22 votos a favor y 14 en contra. Por lo mismo, es relevante destacar las razones que tuvieron quienes concurrieron a dicha aprobación, porque reflejan la voluntad positiva del legislador de aprobar una ley.

En primer lugar, se destacó el término de la gratuidad del uso de la faja fiscal. Se dieron varias razones para ello. Destaca, de una parte, la intervención del entonces senador Errázuriz, quien señaló: “*La utilización gratuita de las fajas por parte de empresas eléctricas, de comunicaciones o de otro rubro ya no se justifica. La ley antigua establecía que las podían usar gratis por tratarse de empresas estatales. Pero hoy son privadas y, sin embargo, continúan ocupándolas sin pagar nada por ellas. Se dispone, en consecuencia, que deberán cancelar los derechos que se establezcan y que la concesión, en caso de haber más de un interesado, deberá entregarse al que ofrezca más en la licitación, recibiendo el Ministerio, por esta vía, recursos adicionales que le permitirían construir los nuevos caminos que se requieran. Porque, repito, todo ya no es del Estado, porque hoy existe competencia privada por ocupar esas superficies de terreno*”. De otra, lo

señalado por el entonces Ministro de Obras Públicas, Ricardo Lagos Escobar: “en la actualidad, quien transite entre Santiago y Valparaíso por la ruta 68 debe pagar un peaje. Hoy, aquellos que acceden a la faja fiscal no pagan nada”;

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, en segundo lugar, es importante señalar las razones que se dieron para que las empresas asumieran el costo del traslado de las instalaciones.

Una primera razón es el hecho de que la empresa ocupara gratuitamente la faja de los caminos. El Ministro de Obras Públicas de la época sostuvo: “Mover las cañerías tiene un costo: la discusión consiste en determinar quién paga el costo. ¿Es justo que el costo lo pague quien gratuitamente cedió a la empresa el uso de la faja fiscal? De ser así, sería insólito, ya que la faja fue adquirida por el fisco mediante expropiación, lo que significa que tuvo que pagar por ella”. Más adelante, agregó: “Y, entonces, se presenta una situación paradójica: las empresas de utilidad pública obtienen gratuitamente estas fajas, y cuando el Ministerio tiene que realizar modificaciones en los caminos, debe hacerlo con cargo a su propio presupuesto. Nos parece una situación absurda”. El senador Errázuriz, por su parte, señaló: “La dificultad surge por el hecho de que anteriormente esas empresas no pagaban. Por esa razón, estimo lógico lo señalado por el señor Ministro: quien ha estado utilizando, sin costo alguno, un lugar público, obteniendo beneficios por ello, por lo menos tiene que costear el cambio de ubicación de los postes, ductos, etcétera, cuando el país requiera ampliar los caminos o construir nuevos”.

Una segunda razón que se entregó, es que el Estado tiene que asumir, en el caso de las carreteras concesionadas, el costo de la expropiación para hacer el camino y la faja adyacente. Al respecto, el Ministro de Obras Públicas señaló: “lo que se está pagando por expropiaciones alcanza cifras extraordinariamente elevadas, pese a tratarse de la utilización de una faja que es fiscal. La autopista de la ruta Santiago-San Antonio vale 120 millones de dólares; y 30 millones son para el pago de expropiaciones, es decir, el 25 por ciento del valor de esa obra. Y las empresas utilizan esa faja de terrenos y no podemos cobrarles. Sólo se paga por el análisis de los planos, etcétera. Y cuando tenemos que construir una nueva vía, debemos incurrir en gastos extraordinarios”.

Una tercera razón que se dio, es que si las empresas dueñas de las instalaciones no querían exponerse al costo del traslado, debían abstenerse de usar la faja y contratar una servidumbre. Al respecto, el Ministro de Obras Públicas sostuvo: “Las empresas en cuestión accedieron gratuitamente al uso de la faja fiscal. ¡Gratuitamente! En consecuencia, asumieron el riesgo de que la faja fiscal cambiara en algún momento. Ahora, si quieren estar a cubierto de esa eventualidad, deben concurrir al mercado y comprar una servidumbre de tránsito para pasar por en medio de un potrero”. En el mismo sentido, se expresó el senador Errázuriz: “la empresa deberá enfrentar el riesgo de la incertidumbre, económica o legal, del eventual traslado de sus instalaciones, si el avance del progreso así lo exige, y hacerse cargo de los costos correspondientes. Eso será parte de los gastos que tendrá que internalizar cuando haga una oferta para usar servicios,

caminos u obras públicas". El mismo argumento utilizó el entonces senador y actual Presidente de la República, Sebastián Piñera, quien sostuvo: "*Hacia adelante, si por alguna razón se produce un cambio del trazado en una concesión otorgada por el Ministerio sobre una faja que a él, a su vez, le tocó obtener a través de una compra o expropiación, por lo que incurrió en los gastos propios de ella, no parece razonable que, habiendo otorgado tal concesión en forma gratuita, le corresponda incurrir en esos gastos. Lo importante es que las empresas de utilidad pública sabrán que deberán estimar hacia futuro la probabilidad de que haya un cambio en los trazados de las rutas. Si no quieren asumir ningún riesgo, siempre podrán optar por un camino alternativo a su propio costo, por la vía de obtener las concesiones o los usufructos de los privados, o simplemente la propiedad de los terrenos por donde quieran hacer pasar sus líneas o lo que les corresponda*";

VIGESIMOCTAVO. Que, finalmente, al analizar el cambio de regulación, hay que considerar que las concesiones para establecer, operar y explotar el servicio público de distribución de gas de red, son otorgadas con el deber de respetar la legislación presente y los cambios que se le introduzcan en el futuro (artículo 41 y 48, N° 1, D.F.L. N° 323, 1931, Interior, Ley de Servicios de Gas). Con ello, no se hace más que materializar el que los goces y cargas de un derecho surgido en una legislación anterior, debe sujetarse a la nueva normativa en esos aspectos, como una manera de conciliar adecuadamente los cambios de legislación y su impacto en la vida jurídica.

Hay que considerar también que el régimen jurídico que definía los costos del traslado de las instalaciones, no ha sido permanente en el tiempo. Así, hasta 1989, el concesionario estaba obligado a ejecutar en sus redes de distribución, sin costo alguno para el Estado o las municipalidades, las modificaciones necesarias para no perturbar la construcción o el uso de calles, caminos o plazas. Por modificación introducida por la Ley N° 18.856, de 1989, se mantuvo la obligación del concesionario de realizar las modificaciones necesarias para no perturbar la construcción o el uso de obras en caminos, plazas, puentes, canales y en otros bienes de uso público. Pero se alteró que el costo de estas modificaciones eran de cargo del organismo que las dispuso.

El régimen, por tanto, de quién asume el costo de las modificaciones del traslado, ha variado en el tiempo. En ese contexto de cambio, se enmarca la norma impugnada.

En todo caso, que la empresa deba asumir el costo del traslado, como se verá más adelante, no afecta la esencia de los derechos del concesionario y se ubica dentro de las limitaciones legítimas a la propiedad que permite la Constitución;

VI ALEGACIONES QUE SE DESCARTAN

VIGESIMONOVENO. Que, respecto al fondo del requerimiento, es necesario señalar que esta Magistratura rechaza el alegato de la requirente en torno a que se hubiesen vulnerado presuntos derechos adquiridos. En primer lugar, porque eso supondría emitir un juicio de legalidad: si el traslado se dispuso bajo el marco de la nueva normativa, introducida en 1996, o no. Más todavía, cuando la Ley N^º 19.474 no contempló excepciones en la materia, como sí lo hizo respecto de la onerosidad por el uso de la faja adyacente a los caminos. Sólo podemos constatar que el traslado se dispuso en junio de 2001, por la Dirección de Vialidad;

TRIGÉSIMO. Que, en segundo lugar, para esta Magistratura la propiedad puede recaer sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, pero no hay propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica (STC roles N^{os} 467 y 1.452). El legislador puede cambiar las condiciones del ejercicio de un derecho (STC roles N^{os} 1.361 y 1.452);

TRIGESIMOPRIMERO. Que, en tercer lugar, la ocupación de la faja de los caminos por instalaciones nació condicionada a eventuales traslados. La norma que lo permite viene de al menos 1960, sin alteraciones. En eso no se innovó en 1996, con la Ley N^º 19.474;

TRIGESIMOSEGUNDO. Que esta Magistratura también rechaza el alegato de la requirente en torno a que se habría pasado a llevar la protección de la confianza legítima.

Desde luego, porque no fundamenta adecuadamente la manera en que ésta es recogida constitucionalmente y cuáles serían las condiciones bajo las cuales operaría. No basta afirmar que esta se funda en la seguridad jurídica.

Además, se objeta una ley, no un acto administrativo. El punto es relevante, porque las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad (STC Rol N^º 309), la que implica que su contrariedad con el contenido de la Ley Fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes (STC Rol N^º 549); por lo mismo, sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción de que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella (STC Rol N^º 309). Está en juego el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí (STC Rol N^º 309).

Asimismo, tal alegato exige un estándar de prueba extremadamente alto, porque puede afectar el que sea el legislador el que defina los marcos jurídicos aplicables a una actividad (artículo 19 constitucional, N^º 21^º);

porque puede incidir negativamente en la dinamicidad de los mercados regulados, respecto de los cuales la Constitución expresamente permite que el legislador modifique o derogue sus normas (artículo 63), siendo la ley una regulación de carácter innovador (STC Rol N° 370). Enseguida, aquí no ha existido ningún cambio brusco de la legislación. Desde que se envía el Mensaje del proyecto que originó la Ley N° 19.474, en septiembre de 1993, hasta su publicación, en septiembre de 1996, transcurrieron tres años. Además, desde esa fecha, hasta que se ordena por la autoridad el traslado, el 2001, transcurrieron 5 años;

VII

LAS LIMITACIONES AL DOMINIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIGESIMOTERCERO. Que esta Magistratura debe abocarse, entonces, a analizar si es efectivo que se afecte el derecho de propiedad de la requirente, privándola de facultades esenciales, pues es el único reproche que queda subsistente, después de haberse descartado todos los demás.

Al respecto, esta Magistratura considera que la facultad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones en la faja adyacente a caminos públicos, es una limitación al dominio que se enmarca dentro de su función social;

TRIGESIMOCUARTO. Que el Tribunal Constitucional ha admitido con anterioridad una serie de limitaciones legales al dominio, que es necesario recordar para el adecuado examen del presente cuestionamiento.

En primer lugar, ha validado la franja televisiva impuesta a los canales de televisión de libre recepción (STC Rol N° 56). En segundo lugar, ha validado la obligación legal de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas (STC roles N°s 245, 1.141 y 1.215). En tercer lugar, ha considerado que se ajustan a la Constitución los porcentajes de terreno que el urbanizador debe destinar y donar para áreas verdes y equipamiento comunitario (STC Rol N° 253). En cuarto lugar, ha considerado que el cambio del precio de un contrato, que pasa de ser libre a regulado, también es una limitación legítima (STC Rol N° 506). En quinto lugar, ha considerado legítimo el pago de los gastos por accidentes que sufran los bomberos por parte de las compañías de seguros (STC Rol N° 1.295). En sexto lugar, ha considerado que el soterramiento de redes eléctricas es una limitación legítima, que puede establecer el legislador (STC Rol N° 1.669). Finalmente, ha establecido como legítimo la existencia de mecanismos de caducidad, la existencia de plazos fatales, el rol activo de las partes, en el procedimiento de concesión minera destinados a asegurar el interés público comprometido en la realización efectiva de actividades mineras (STC Rol N° 1.994);

TRIGESIMOQUINTO. Que, a propósito de estos fallos, el Tribunal ha establecido una serie de criterios para definir la legitimidad de dichas limitaciones.

En primer lugar, ha determinado el criterio de que éstas deben ser medidas y razonables (STC roles N^{os} 56 y 253), de modo que no ocasionen daños innecesarios o impongan un gravamen de magnitud considerable (STC Rol N^o 1.141); o la medida sea proporcionada (STC roles N^{os} 506, 1.141 y 1.215); o que no entorpezcan gravemente la actividad, hasta hacerla inviable por excesiva onerosidad (STC Rol N^o 1.669).

Enseguida, ha considerado que es un criterio legítimo el que las limitaciones no desnaturalicen otros bienes jurídicos. Así lo ha hecho respecto del acceso a las playas, al considerarlo como un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público (STC roles N^{os} 245, 1.141 y 1.215).

A continuación, el Tribunal también ha considerado como criterio la función pública que cumple la actividad sujeta a la limitación (STC roles N^{os} 56 y 506).

Otro criterio es si la actividad que soporta la limitación tiene privilegios, como el régimen selectivo o restrictivo de acceso a las concesiones de televisión (STC Rol N^o 56).

También ha considerado como criterio el que la actividad reciba beneficios, como en cesiones gratuitas (STC Rol N^o 253) o las compañías de seguros respecto de la actividad de los bomberos (STC Rol N^o 1.295).

Finalmente, ha considerado que estas limitaciones no pueden importar privaciones (STC roles N^{os} 245 y 334) o afectar el núcleo del derecho (STC Rol N^o 1.298);

TRIGESIMOSEXTO. Que, por otra parte, ha contemplado dos resguardos para los titulares de la propiedad. En primer lugar, el que las limitaciones deben ser restrictivas (STC roles N^{os} 146 y 334). En segundo lugar, el que éstas deben ser impuestas por el legislador en sus elementos esenciales (STC roles N^{os} 146 y 370);

VIII

EL PRECEPTO OBJETADO ES UNA LIMITACIÓN AL DOMINIO

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que las limitaciones al dominio pueden ser definidas de dos maneras.

Por una parte, pueden ser definidas positivamente. En este sentido, las limitaciones, como ha dicho esta Magistratura, “*importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros*” (Aylwin, Patricio; “*Derecho Administrativo*”; T. III; Editorial Universitaria; Santiago, 1959, pág. 169); han sido definidas como “*aquellos deberes no indem-*

nizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último” (Rajevic, Enrique; “Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”; en *Revista Chilena de Derecho*; Vol. 23 N° 1, pág. 46). En consecuencia, no son más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar.” (STC 1295/2009). Las limitaciones son “la delimitación jurídica de la específica opción legislativa por la extensión de las facultades dominicales y sus cargas” (Aldunate Lizana, Eduardo; “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”; en *Revista Chilena de Derecho*; vol. 33 N° 2, 2006, págs. 285-303).

Por la otra, pueden ser concebidas negativamente, diferenciándolas de las privaciones. En tal sentido, esta Magistratura ha señalado que “un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa... Toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta” (STC Rol N° 505);

TRIGESIMOCTAVO. Que las limitaciones emanan de la función social de la propiedad, que es reconocida por distintos ordenamientos jurídicos constitucionales. Así lo hacen la Constitución alemana (artículo 14), la italiana (artículo 42), la austríaca (artículo 6°), la española (artículo 33) y la portuguesa (artículo 90). En Latinoamérica, reconocen dicha función la Constitución brasileña (artículo 5°, N° 22), la colombiana (artículo 58), la mexicana (artículo 27), la peruana (artículos 70 y 72), la costarricense (artículo 45), la venezolana (artículo 115) y la boliviana (artículo 56);

TRIGESIMONOVENO. Que dicha función social fue incorporada a nuestro ordenamiento por una reforma constitucional a la Constitución de 1925 (Ley N° 16.615, de 20 de enero de 1967). El texto original de la Constitución del 25 señalaba: “El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la lei imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”.

La reforma constitucional de 1967 estableció lo siguiente: “La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.”;

CUADRAGÉSIMO. Que, explicando este cambio, Pedro Jesús Rodríguez (“La propiedad privada”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIX, enero-abril 1972, primera parte, págs. 111 a 142), sostuvo que esta reforma puso término a la identidad de los intereses privados del dueño de la propiedad con los intereses sociales. *“Su profundo sentido fue reconocer que en el ejercicio de la propiedad privada está comprometido el interés público y que puede ser distinto y ajeno al del propietario, y aun contrapuesto, cuando proviene de aspiraciones y urgencias colectivas... El profundo significado de estas disposiciones fue someter la propiedad privada a los requerimientos colectivos, mediante sanción ulterior de leyes que, partiendo de la limitada, configuraron el derecho social de propiedad privada”*;

CUADRAGESIMOPRIMERO. Que, respecto a la actual Constitución, el artículo 19, N^º 24^º, inciso segundo, establece tres reglas en materia de función social de la propiedad. En primer lugar, que ésta se traduce en limitaciones y obligaciones. En segundo lugar, que sólo la ley puede establecerlas. En tercer lugar, que la función social se justifica en causales taxativamente precisadas por la Constitución: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental;

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que dicha función no está definida por el constituyente (STC Rol N^º 245).

Sin embargo, es posible encontrar algunos antecedentes en la etapa de elaboración de la Constitución. En el Memorándum de 16 de agosto de 1978, dirigido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al Presidente de la República, es posible encontrar dos ideas. Por una parte, que *“la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos”* (STC Rol N^º 245). Por la otra, se señala lo siguiente: *“Respecto de las limitaciones al dominio, dice que “constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social. Es, entonces, la función social de la propiedad la que justifica las limitaciones y obligaciones que el legislador puede imponer.”* (STC Rol N^º 245).

Enseguida, este Tribunal ha señalado que dicha función significa que la propiedad *“tiene un valor individual y social, por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: “la propiedad obliga”, para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad”* (STC Rol N^º 245);

CUADRAGESIMOTERCERO. Que en el mismo sentido se expresa la doctrina. Así, para Lautaro Ríos (“El principio constitucional de la función social de la propiedad”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia,

tomo LXXXIV, número 2, págs. 57-73), “*la función social no se opone –necesariamente– a la función individual de la propiedad. Se trata, más bien, de una coordinación de intereses; pero si ellos entran en conflicto, se concede primacía a la función social*”. Dicho autor agrega que la función social es un “*encauzamiento y –por ende– una orientación limitativa del ejercicio del dominio*”.

Para Humberto Nogueira (“Derechos fundamentales y garantías constitucionales”; tomo 4º; Editorial Librotecnia; Santiago, 2010, p. 182), “*el contenido esencial del derecho de propiedad incluye su función social, la cual es parte del derecho mismo. La utilidad individual (interés del propietario) y la función social (satisfacción de los intereses de la sociedad) son elementos vertebrales inescindibles del derecho de propiedad, conformando su contenido básico en cada una de las categorías de bienes. La propiedad entraña obligaciones, su uso debe estar al servicio del bien común, que es prevaleciente frente al interés particular del propietario*”.

Para José Luis Cea (“Derecho Constitucional Chileno”, tomo II; Ediciones PUC; Santiago, 2012, págs. 574-575), en relación con la función social, “*es inconcebible imaginar o entender ese derecho sin las restricciones y deberes que legitiman su ejercicio por el dueño*”, (ésta es) “*un elemento estructural del dominio, es decir, es parte del derecho mismo, concerniente a su esencia, y no algo adicionado o superpuesto por el Estado a él*”. “*Es el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro*”. Más adelante agrega que “*es un criterio delimitador del contenido esencial y del modo de ejercer el dominio, por lo cual tiene cualidad prescriptiva y no sólo descriptiva, operando como pauta para que la propiedad sirva a su destino natural*”. La función social “*es expresión del principio de solidaridad, por su estrecha vinculación con la contribución que el dominio tiene que otorgar a la satisfacción de los intereses generales de la sociedad política y a la realización concreta del bien común en ella*”;

CUADRAGESIMOCUARTO. Que dicha función social se aplica a todo tipo de propiedad. Como ha dicho este Tribunal, “*esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad.*” (STC Rol Nº 506). Como ha dicho en otra sentencia, “*la Constitución no formula distinción o exclusión alguna que impida al legislador regular y limitar todas las especies de propiedad en el marco habilitante ya transcrito y establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada. Cabe concluir entonces que la Carta Fundamental establece los mismos criterios limitativos, cualquiera sea el bien*

objeto del derecho de propiedad adquirido, y que, en definitiva, es a esta Magistratura a quien le corresponde precisar, en esta sede de control, hasta dónde la ley, por esta vía, puede limitar el derecho de propiedad o imponerle obligaciones que no importen transgredir el estatuto constitucional de este derecho;” (STC Rol N^º 1.309);

CUADRAGESIMOQUINTO. Que la posibilidad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones de una faja de un camino público es una limitación al dominio, en primer lugar, porque establece una obligación de hacer, consistente en el deber que tiene el propietario de la instalación de sacarla del lugar en que se encuentra, manteniendo la propiedad sobre ella.

En segundo lugar, porque la ocupación de una porción de un bien nacional de uso público, que tienen ciertas empresas, emana de un permiso otorgado por la autoridad. Dicho permiso sustrae del uso común un bien que podrían utilizar todos. El permiso es, en sí, una limitación.

En tercer lugar, porque se funda en una de las causales que la Constitución contempla como justificadoras de la función social: los intereses generales de la Nación. Estos, ha dicho este Tribunal, citando al profesor Enrique Evans, “*expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden*” (STC Rol N^º 334). En el mismo sentido lo ha definido la doctrina. Así, para Cea, dichos intereses son todo “*cuanto convenga o beneficie al país en su conjunto, aunque pueda referirse a sectores de su población, áreas de actividad o zonas geográficas específicas o determinadas dentro de él*” (ob. cit.; p. 578). Para Nogueira (ob. cit.; p. 183), es “*todo cuanto beneficie y posibilite el desarrollo del país en su conjunto, aun cuando ello se concrete en determinadas zonas geográficas, actividades específicas o posibilite el desarrollo del país*”;

CUADRAGESIMOSEXTO. Que este interés general se materializa en el derecho de todos los habitantes a circular por los caminos públicos. De conformidad al artículo 107 de la Ley de Tránsito, “*los conductores tienen el derecho a transitar en sus vehículos por las vías públicas, salvo las excepciones que establece esta ley y las medidas que, en caso contrario y en casos especiales, adopte la autoridad competente*”.

Dicho derecho es la concreción de la libertad de locomoción, que implica, entre otras cosas, “el trasladarse de uno a otro lugar” dentro de la República (artículo 19, N^º 7^º, Constitución), sin pedir permiso o autorización, y sin trabas;

CUADRAGESIMOSÉPTIMO. Que este derecho de tránsito está especialmente garantizado por la Ley de Tránsito. Por de pronto, facultando a la autoridad para retirar los vehículos en ciertos supuestos. Por ejemplo,

si se trata de vehículos abandonados en la vía pública (artículo 156); de vehículos que hayan sufrido un desperfecto y entorpecen el tránsito (artículo 173), pues, en esos casos, se dificulta el tránsito. Enseguida, porque la ley se preocupa de establecer que las vías públicas sólo pueden destinarse a cumplir su objetivo, prohibiendo que se destinen a otros fines que no sea el tránsito de vehículos (artículo 160). Finalmente, porque la ley tipifica los casos en que ese libre tránsito puede ser afectado. Así, la autoridad puede prohibir por causas justificadas la circulación de todo vehículo o de tipos específicos de éstos, por determinadas vías públicas (artículo 113); también se faculta a dicha autoridad para autorizar en casos calificados que una determinada vía o calle sea destinada a un uso distinto del tránsito de vehículos (artículo 161) o con tránsito restringido para la circulación de vehículos y peatones (artículo 112);

CUADRAGESIMOCTAVO. Que la preocupación por esta libertad ambulatoria se manifiesta también en que hay Ministerios encargados de lograr tal propósito. Así, por una parte, el Ministerio de Transportes es el que establece nacionalmente la normativa de tránsito (artículo 4º, Ley de Tránsito). Por la otra, el Ministerio de Obras Públicas está encargado del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales (artículo 1º, D.F.L. Nº 850, MOP, 1997). Específicamente corresponde a la Dirección de Vialidad la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y reparación de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecutan con fondos fiscales o con aportes del Estado (artículo 18, D.F.L. Nº 850, MOP, 1997);

CUADRAGESIMONOVENO. Que, entonces, la posibilidad de traslado de instalaciones en las fajas de los caminos se funda en el beneficio que para la sociedad toda trae consigo el mejoramiento de los caminos, necesidad que impone dicho traslado;

IX

EL PRECEPTO ES UNA LIMITACIÓN LEGÍTIMA AL DOMINIO

QUINCUAGÉSIMO. Que si el traslado de las instalaciones dispuesto por la autoridad es una limitación al dominio, queda por analizar si ésta es legítima. Es decir, si cumple los criterios que este Tribunal, interpretando la Constitución, ha establecido para ello;

QUINCUAGESIMOPRIMERO. Que, en primer lugar, la norma reprochada cumple el criterio de que la limitación sea medida y razonable. Por de pronto, porque hay una orden de traslado. No se expulsa del uso de la faja a las instalaciones, pues pueden permanecer en un determinado lugar diferente al que en un momento determinado ocupen. No hay una prohibición o una orden de retiro. De hecho, las instalaciones fueron trasladadas y reinstaladas en la faja.

Enseguida, porque hay un beneficio para el requirente, consistente en que puede usar gratuitamente la faja. Todas las otras instalaciones que ocupen la faja, después de 1996, deben pagar por ello.

Finalmente, si la autoridad puede ordenar el retiro de toda instalación, sin derecho a indemnización, no se advierte por qué debería pagar por un mero traslado. No hay que olvidar que el permiso de ocupación tiene un grado de precariedad mayor que el de una concesión;

QUINCAGESIMOSEGUNDO. Que, en segundo lugar, cumple el criterio de que no se debe desnaturalizar el uso principal de la faja. Esta es un bien nacional de uso público, destinado al libre tránsito. El traslado se dispuso para mejorar ese uso principal, pues se iba a ensanchar y mejorar el camino al que accedía;

QUINCAGESIMOTERCERO. Que es tan central este uso principal, que hay una serie de sujetos que sufren restricciones para asegurar dicho libre tránsito.

En primer lugar, lo sufren los vehículos que transitan por dichos caminos. Estos necesitan patente, permiso de circulación y certificado de seguro obligatorio (artículo 51, Ley de Tránsito). Además, deben estar inscritos en el Registro de Vehículos Motorizados, presumiéndose propietario la persona a cuyo nombre fuera inscrito (artículos 39, inciso primero, y 44, Ley de Tránsito). También deben tener condiciones técnicas de construcción, de seguridad, comodidad, presentación y mantenimiento, definidas por el ordenamiento jurídico (artículo 62). Así, deben tener neumáticos en buen estado (artículo 69), frenos y luces (artículo 70), una serie de elementos, como velocímetros, parachoques, rueda de repuesto, cinturones de seguridad (artículo 75). Asimismo, la carga no puede exceder pesos máximos (artículo 65). Del mismo modo, el vehículo no puede contaminar (artículo 78) y debe tener revisión técnica al día (artículo 89).

En segundo lugar, sufren estas limitaciones los conductores de dichos vehículos. Estos necesitan tener licencia para conducir, la que deben llevar consigo (artículos 5° y 6°). También deben obedecer y respetar las señales de tránsito (artículo 95); respetar los límites de velocidad (artículos 117 y 144); respetar el sentido del tránsito o de la circulación (artículos 116, 120 y 122); respetar la distancia entre vehículos (artículo 126). Asimismo, no pueden conducir si no están en condiciones físicas o psíquicas suficientes (artículo 109); si se encuentran en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol (artículo 110).

En tercer lugar, sufren limitaciones los dueños de predios colindantes a los caminos públicos. Así, estos dueños tienen prohibido ocupar las fajas de 35 metros, medidos a cada lado de los cierros actuales, con construcciones de tipo definitivo que en el futuro perjudiquen su ensanche (artículo 39). También, los predios rústicos colindantes deben permitir la extracción de tierras, arena, piedras y demás materiales análogos que

fueren necesarios para construir y conservar los caminos (artículo 45). Además, la que los obliga a soportar su uso para restablecer el tránsito, si éste se interrumpiere por destrucción u obstrucción motivada por fuerza mayor o caso fortuito (artículo 46). Del mismo modo, los dueños de los predios colindantes deben proporcionar el agua que se necesite para construir los caminos (artículo 48);

QUINCUAGESIMOCUARTO. Que, para garantizar ese libre tránsito, se confiere una serie de facultades a la Dirección de Vialidad. Así, ésta tiene la facultad de disponer la reapertura o ensanche de los caminos (artículo 26); también puede ordenar restablecer el tránsito, autorizando el uso de los terrenos colindantes para ello (artículo 46); además, tiene deberes de mejoramiento, defensa, reparación y conservación (artículo 18); asimismo, puede prohibir el acceso que constituya peligro para la seguridad del tránsito o que entorpezca la libre circulación (artículo 40);

QUINCUAGESIMOQUINTO. Que en el mismo sentido se enmarca la prohibición de ocupar, cerrar, obstruir o desviar los caminos públicos (artículo 35);

QUINCUAGESIMOSEXTO. Que no se advierte razón que justifique que quienes ocupan dichas fajas gratuitamente, no tengan la limitación de soportar el costo de un traslado de sus instalaciones. La pregunta es por qué no van a tener estas restricciones, si una serie de otros sujetos, para garantizar el libre tránsito por los caminos, sufre restricciones a sus derechos.

Más todavía si la facultad que otorga la Ley de Servicios de Gas para que el concesionario ocupe con su red y dispositivos bienes nacionales de uso público, está sujeto a dos condiciones, de conformidad al artículo 12. Por una parte, debe someterse a los reglamentos pertinentes a cada caso. Por la otra, no puede perjudicar el uso principal de esos bienes;

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO. Que el tercer criterio que ha establecido este Tribunal para legitimar las limitaciones, es la función pública que desempeña el concesionario.

En efecto, las concesiones para establecer, operar y explotar el servicio público de distribución, implican el suministro de gas a clientes o consumidores ubicados en las zonas de concesión. Por lo mismo, las empresas sólo pueden destinar sus instalaciones a ese suministro (artículo 2º, Nº 9, y 10, artículo 2º, Ley de Servicios de Gas). Se trata, en consecuencia, de una propiedad afecta a un fin específico, que produce impacto en la industria o en los consumidores. El gas es un insumo que se utiliza para producir o para consumir. El concesionario, por lo mismo, no realiza una actividad cualquiera. Realiza un emprendimiento que exige continuidad o no interrupción del servicio (artículo 2º, Nº 12, 16, 45 y 467, inciso sexto), seguridad en su prestación (artículo 2º, Nº 12, y 44.), calidad (artículo 2º, Nº 12, 27 y 55), Y no discriminación, pues las empresas están obligadas a dar el servicio a cualquiera que lo solicite dentro de la zona o servicio de concesión (artículo 23).

Por lo mismo, no es una propiedad cualquiera, sino sujeta a regulaciones que buscan garantizar el cumplimiento de dicha finalidad de servicio público;

QUINCAGESIMOCTAVO. Que, por lo demás, los concesionarios de servicio público de distribución de gas están sujetos a una serie de obligaciones o prohibiciones que la ley de Servicios de Gas les impone, semejantes a la que la empresa requirente cuestiona. Por ejemplo, la autoridad puede ordenar que las empresas prolonguen a sus expensas las cañerías de baja presión, aun fuera de las zonas de servicio, para consumos de carácter permanente (artículo 25). Asimismo, las empresas no pueden abandonar el suministro en una zona sin la autorización del Gobierno (artículo 16 inciso segundo). Además, las empresas deben mantener las instalaciones en buen estado en condiciones de evitar peligros para las personas o cosas (artículo 44). También las empresas no pueden interrumpir el servicio, lo que las obliga a mantener gas para suministrar a los clientes o consumidores (artículo 45).

No es, entonces, el pago del traslado de instalaciones la única obligación que el concesionario debe soportar;

QUINCAGESIMONOVENO. Que, en cuarto lugar, también la limitación cumple el criterio de tener en cuenta las limitaciones en el contexto de privilegios que pueda disfrutar el afectado.

En efecto, en primer lugar, como ya se ha indicado, el concesionario puede usar gratuitamente y de modo exclusivo, un pedazo de un bien nacional de uso público, un bien que es de todos y que, de no mediar el permiso, podrían usar todos.

En segundo lugar, los concesionarios de servicio público pueden disponer de servidumbres en terrenos privados (artículo 12, inciso segundo, y 22 A); cobra una tarifa que le asegura una rentabilidad económica (artículo 30 a 33) y que deben pagar todos los usuarios, sin excepción (artículo 30), pudiendo suspender el suministro por falta de pago de dos boletas o facturas consecutivas de consumo (artículo 36). Ello se justifica por la importancia que tiene el servicio de suministro de gas para la vida de las personas y los procesos industriales.

En tercer lugar, las empresas pueden exigir a los consumidores de dudosa solvencia o a propietarios de instalaciones de funcionamiento temporal, una garantía que no exceda el valor del consumo probable de tres meses, no obstante la obligación de dar servicio (artículo 26).

En cuarto lugar, los concesionarios pueden abrir pavimentos de calzadas y aceras de las vías públicas para la ejecución de trabajos de aprovechamiento, previa autorización del alcalde (artículo 17).

En quinto lugar, los concesionarios tienen una serie de facultades, que les permiten imponer obligaciones a particulares, incluso más intensas que la que se cuestiona en este requerimiento, como lo ha reconocido esta Magistratura (STC Rol N^º 1.669).

Por una parte, se encuentra la facultad que tienen las empresas concesionarias para exigir al interesado el valor del empalme y el costo de la rotura de pavimento necesario para hacer el empalme (artículo 23). No obstante que en su área de concesión las empresas distribuidoras están obligadas a dar servicio (artículo 23), la ley les permite que puedan solicitar este valor. En este caso, la empresa pide al usuario financiar el empalme y el costo de la rotura. La equivalencia está dada porque para el usuario porque de no pagar ese costo, no obtiene el suministro con el cual producir otros bienes, o consumir el gas en el hogar, la industria, el comercio, etc.; se trata de una verdadera orden negativa. Es decir, una prohibición de acceso a dicho suministro.

Por otra, las concesiones de distribución crean a favor del concesionario el derecho a imponer las servidumbres necesarias para tender tuberías a través de propiedades ajenas (artículo 12, inciso segundo, y 22 A). El dueño del predio afectado tiene la facultad de exigir que las instalaciones no crucen por ciertos lugares especiales (artículo 12, inciso segundo) y a que se le pague el valor de los terrenos y una indemnización (artículo 22F y 22J); pero no puede perturbar el libre ejercicio de la servidumbre (artículo 22 I); y debe permitir la entrada de inspectores y trabajadores para efectuar reparaciones (artículo 22 K).

Ambas figuras son semejantes al traslado de redes. En el caso *sub lite*, la autoridad, como consecuencia de administrar la faja adyacente a los caminos públicos y con el propósito de garantizar un mejor libre tránsito, dispone su traslado. En las facultades que tienen las empresas, éstas imponen obligaciones a privados para que pueda llevarse a cabo la distribución del gas;

SEXAGESIMO. Que, finalmente, se cumple el último criterio: que la limitación no se convierta en privación del dominio.

En efecto, en la obligación de traslado, en primer lugar, no hay desplazamiento patrimonial. Lo que existe es un mandato de hacer, que la empresa debe llevar a cabo, como consecuencia de tener sus instalaciones en un bien nacional de uso público. Dicha obligación es trasladar las redes de modo temporal, hasta que se mejore el camino público en cuya faja se encuentran ubicadas. En esa obligación, las instalaciones siguen siendo de propiedad de las concesionarias, no pasan a dominio de la Dirección de Vialidad.

En segundo lugar, no hay privación, porque no hay daño. El eventual perjuicio económico que signifique el traslado, se compensa con el uso gratuito de la faja, que la empresa ha usado pacífica y tranquilamente por prácticamente diez años, contados desde 1996. Ha tenido tiempo suficiente para amortizar sus inversiones.

En tercer lugar, no hay privación porque no se afecta el funcionamiento de la empresa. Esta podría perfectamente ubicar sus instalaciones en

los predios privados colindantes al camino. Pero eso implicaría un costo por el pago de las servidumbres de paso. Prefiere, por tanto, instalarse en la faja del camino público, por su gratuidad. Pero eso la sujeta a eventuales traslados y a órdenes de retiro que pueda disponer la autoridad.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 19, N^{OS} 20^º y 24^º, y 93, N^º 6^º, de la Constitución Política de la República, así como en las normas pertinentes de la Ley N^º 17.997, orgánica constitucional de esta Magistratura,

SE RESUELVE:

Que se rechaza el requerimiento de fojas 1, a cuyo efecto deberá oficiarse al tribunal respectivo.

Que no se condena en costas a la requirente, por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

El Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán dejan constancia de que concurren a la sentencia que rechaza el requerimiento deducido, por estimar que dicha decisión se conforma con el mérito del presente proceso constitucional; pero cumplen con hacer presente que no comparten ciertos enfoques doctrinarios de la sentencia, especialmente sobre la naturaleza del derecho del concesionario de servicio público de gas a usar bienes nacionales de uso público para el ejercicio de su actividad y en cuanto a la justificación de las cargas que recaen sobre ese derecho, en lugar de los cuales tienen presente lo siguiente:

1^º. Si bien hay doctrina que sostiene que la utilización exclusiva o preferente de un bien estatal o público por parte de un particular no puede ejercitarse sino en virtud de un acto unilateral de la Administración, descrito como un acto administrativo denominado permiso, de carácter discrecional, unilateral y precario, crecientemente la legislación nacional se inclina por consagrar también, como fuente de ese derecho, un contrato: el de concesión. Así lo hacen, por ejemplo, el Decreto Ley N^º 1.939 (artículos 57 y siguientes); la Ley N^º 18.695 (artículo 36); la Ley N^º 18.696 (artículo 3^º), y la Ley N^º 19.542 (artículos 7 y 53) entre otras.

También, en ocasiones, es la propia ley la que concede directamente ese derecho, tratándose en dichos casos de un verdadero derecho legal de uso, pues el uso del bien público lo permite directa e inmediatamente una norma legal expresa, como ocurre en el caso de autos, en que es la Ley de Servicios de Gas (D.F.L. N^º 323 de 1931) la que en su artículo 12, consagra dicha facultad. La citada norma, prescribe, en lo pertinente, que *“Las concesiones de servicio público de distribución de gas y de redes de transporte de gas, crea en favor del concesionario el permiso para ocupar con su red y dispositivos afectos a ella las calles, plazas, veredas, avenidas, caminos, y otros bienes naciona-*

les de uso público, cruzar ríos, canales, vías férreas, puentes, acueductos y redes de distribución de otros servicios públicos.”

De esta forma, el uso de los bienes nacionales de uso público con las indicadas finalidades constituye un derecho propio de la calidad de concesionario, en virtud del estatuto jurídico que rige a las concesiones de distribución de gas. Dichos concesionarios, que además prestan un servicio que beneficia a la comunidad toda, gozan del derecho legal para emplazar obras en las fajas de los caminos públicos, desde que tales bandas adyacentes son bienes nacionales de uso público, por definición del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, de 1998, artículo 24.

En tal sentido, debe tenerse presente que esta misma Magistratura ha señalado que la concesión *“importa un acto esencialmente creador de derechos”*, de forma tal que se le *“ha reconocido siempre un carácter contractual”* (STC Rol N° 467).

2°. No resulta contradictorio con lo afirmado, la circunstancia de que el mismo artículo 41 del D.F.L N° 850, cuyo inciso final se cuestiona, establezca que deba otorgarse una autorización, por parte de la Dirección de Vialidad, para hacer uso material de este derecho legal de uso, esto es, *“ocupar con su red y dispositivos afectos a ella”* un bien nacional de uso público, pues dicha autorización o permiso no es constitutiva de un derecho de uso que ya ha sido conferido por la ley, sino que tiene por objeto velar, por parte de la entidad bajo cuya competencia se encuentran los caminos públicos, por el cumplimiento de las normas preexistentes relativas a la seguridad vial y el uso público de los caminos, como se puede concluir con facilidad de simple la lectura de la citada norma. De allí que la Dirección de Vialidad esté obligada a otorgar dichas autorizaciones *“a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas.”* (Artículo 41 del D.F.L. 850, inciso cuarto).

3°. Que sea la ley la que otorga directamente este derecho de uso al concesionario, si bien le confiere mayor estabilidad y firmeza que un simple permiso o un contrato de concesión, no significa que se trate de un derecho puro y simple que pueda ejercitarse libremente. Nada ha impedido al legislador imponer, por razones derivadas del bien común y amparadas por la función social de la propiedad, determinada en este caso especialmente por necesidades de utilidad pública, condiciones, modalidades u otras obligaciones o cargas asociadas a su ejercicio, aún más tratándose de un derecho que implica autorizar a un particular a utilizar

bienes públicos en su provecho, gratuitamente en el caso del requirente, frente a la alternativa de verse obligado a enfrentar los costos de establecer una servidumbre para el emplazamiento de las obras que permitan la distribución.

En efecto, siendo deber del Estado promover el bien común, conforme lo establece el artículo 1^º de la Constitución, así como establecer las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad, consagrada en el párrafo segundo del numeral 24, de su artículo 19, y fijar por ley las normas sobre concesión de los bienes del Estado (artículo, 63, numeral 10), no puede reprochársele que, junto con conceder gratuitamente el derecho legal de uso de bienes públicos a un particular, para facilitarle el ejercicio de su actividad de concesionario de un servicio de distribución de gas que, si bien presta un servicio público, de su legítimo provecho se apropia exclusivamente el concesionario, haga recaer sobre él la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del D.F.L. N^º 850, del mismo modo que lo obliga a cumplir, como se dijo en el motivo anterior, las condiciones relativas al uso libre y seguro de los caminos públicos. Por lo demás, siempre las concesiones de esta clase implican, para su titular, derechos y obligaciones, como lo detalla la sentencia en sus considerandos quincuagesimoctavo y quincuagesimonoveno.

4^º. De esta forma, dichos concesionarios están jurídicamente obligados a soportar la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del D.F.L. N^º 850, salvo que en el permiso o contrato de concesión respectivo se hayan fijado otras condiciones, así como los demás derechos y obligaciones a que se ha aludido, dado que ello forma parte del estatuto legal de estas concesiones. Se derivan de su propia naturaleza y de la realidad fáctica en que se desenvuelven, la que naturalmente variará en el tiempo, debido al desarrollo del país, a las necesidades del perfeccionamiento vial y a los avances tecnológicos, entre otras razones, pues si así no fuera estaríamos frente al absurdo de suponer una Nación petrificada eternamente, con los mismos caminos, líneas de electricidad, drenajes, ductos, acueductos, ciudades, puentes.

Es por ello que la innovación normativa que demanda el progreso no puede sino considerarse parte integrante del estatuto legal de la concesión.

5^º. En relación al supuesto efecto retroactivo de la norma, cabe tener presente que dicha materia fue arduamente debatida durante la discusión de la ley, especialmente en la sesión efectuada en el Senado el 18 de junio de 1996, quedando claro que la disposición no tenía tal carácter.

En tal sentido, el Ministro de Obras Públicas de la época, señor Ricardo Lagos, insistió que *“estamos hablando de una normativa que regirá a*

futuro”, de modo que “obviamente, esto tendrá vigencia a futuro, porque estamos legislando a partir del momento en que se publique la respectiva ley”.

Como consecuencia de lo anterior, el senador señor Fernández, hizo presente que “la ley en proyecto no tiene efecto retroactivo y que, por lo tanto, no afectará a los derechos que empresas o particulares puedan tener respecto de instalaciones existentes en fajas de propiedad fiscal”.

A su turno, el senador señor Hamilton reiteró que “el proyecto no contiene ninguna disposición que permita que en esta parte la ley rija para el pasado. Su vigencia comienza desde su publicación en el Diario Oficial. Ahora bien, las concesiones que se otorguen en adelante serán afectadas por estas normas, y si hay modificaciones de las anteriores, ellas podrán o no verse afectadas dependiendo de las condiciones en que fueron pactadas. Si se altera la franja del camino donde se encuentren ubicadas las concesiones, eso se resolverá de común acuerdo entre las partes, o conforme a la ley, o, en subsidio, por los tribunales”.

Por su lado, el senador señor Valdés destacó que “no puede regir una disposición de esta naturaleza con efecto retroactivo, porque afectaría derechos ya incorporados a la vida jurídica y económica de las empresas, acepto el veto, en el claro entendido de que rige para el futuro y no para el pasado”.

A su vez, el senador señor Zaldívar resumió el debate parlamentario en el sentido que “después de la discusión y de las aclaraciones del señor Ministro, queda de manifiesto –y así constará en la historia de la ley, lo cual es importante para su interpretación posterior por quien corresponda– que lo señalado en la norma rige a futuro”.

Por último, el entonces senador señor Piñera concluyó el proceso de aprobación del precepto destacando que había “habido unanimidad en el Senado, concurriendo a ella las palabras del señor Ministro, en el sentido de que la intención de esta normativa no es afectar hacia atrás situaciones consolidadas. Si hubiera discrepancia o disputa entre las partes hacia atrás, ellas deberán ser resueltas por los tribunales de justicia de acuerdo con lo establecido en los respectivos contratos y las leyes vigentes”. Incluso, hizo hincapié en que le parecía “que ese costo no sea de cargo del Ministerio, sino de las empresas respectivas, el cual, a su vez, de acuerdo con las leyes que determinan cómo se fijan las tarifas –porque hay distintos tipos de cuerpos legales sobre el particular–, podrá ser transferido a los usuarios o no”.

6°. Por lo expresado, en cuanto a la presunta aplicación retroactiva de la ley impugnada, es un hecho no discutido que ello no ocurre, pues consta en autos que el traslado en cuestión se dispuso con posterioridad a su entrada en vigor.

Por otra parte, tal como se acaba de decir, en lo relativo a la presunta afectación de derechos adquiridos, la historia del establecimiento del precepto legal demuestra que, al momento de su aprobación en el Senado, se dejó constancia de que no afectaría el derecho de los concesionarios existentes a seguir usando gratuitamente de la faja fiscal. Por ello, junto con establecerse, para las futuras concesiones, la obligación del pago de

derechos por el uso de la faja fiscal, se contempló una disposición transitoria excluyendo de dicho pago a los concesionarios existentes. Con ello, mantuvieron estos concesionarios el beneficio que la ley les reconocía. En lo demás, como se ha dicho, nunca existió un pretendido derecho adquirido a la gratuidad de los traslados, pues esta posibilidad estuvo siempre incorporada en el estatuto jurídico de la concesión.

7°. Por estos motivos estimamos que el precepto legal cuestionado en estos autos no es contrario a la Constitución, reafirmando la doctrina enunciada por esta Magistratura en sentencia de 10 de febrero de 1995 (STC Rol N^º 207) en cuanto, entre los elementos propios del 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, lo cual 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. Confianza que se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quién los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. De allí que, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, y la prevención, el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Rol N^º 1.991-2011

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes concurren al acuerdo y fallo, pero no firman, por encontrarse haciendo uso de su feriado, la primera; haber cesado en su cargo, el segundo, y encontrarse enfermo, el tercero.

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

ROL Nº 1.992-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 41,
INCISO FINAL, DEL D.F.L. Nº 850 DE 1997 DEL MINISTERIO
DE OBRAS PÚBLICAS, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO,
COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY Nº 15.840, DE 1964,
Y DEL D.F.L. Nº 206, DE 1960, DEDUCIDO POR CHILECTRA S.A.

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 30 de mayo de 2011, a fojas 1, el abogado Diego Perales Roehrs, en representación de Chilectra S.A., interpone acción de inaplicabilidad respecto del inciso final del artículo 41 del D.F.L. Nº 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del D.F.L. Nº 206, de 1960, del mismo Ministerio, sobre Construcción y Conservación de Caminos, en la causa caratulada “Consejo de Defensa del Estado con Chilectra S.A.”, pendiente en recurso de casación en fondo ante la Corte Suprema, bajo el Rol de ingreso Nº 1.910-2010.

Como antecedentes de la gestión pendiente en que incide el requerimiento de inaplicabilidad deducido, cabe consignar que el Fisco de Chile demandó de cobro de pesos en juicio de hacienda a la empresa requiriente, para obtener el reembolso de 903 millones de pesos y fracción, pagados con ocasión del traslado de instalaciones eléctricas en diversos tramos de la Ruta 5, necesario para la ejecución de las obra vial “Sistema Norte-Sur”, de la Región Metropolitana.

Esta acción de reembolso de dinero se funda en un oficio en que la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas –en uso de las facultades conferidas por el artículo 41 impugnado–, dispuso el traslado de las instalaciones de esta empresa concesionaria de servicio público de distribución de energía eléctrica, por ser necesarios para la ejecución construcción de la obra vial aludida, fijándole un plazo al efecto.

Vencido el plazo, la Dirección de Vialidad solicitó presupuesto a la empresa para realizar las obras, autorizando el pago respectivo con reserva de su derecho a obtener el reembolso en conformidad con el mismo artículo 41, en relación con el artículo 50 del D.F.L. Nº 850. Luego, demandó el cobro en la gestión judicial actualmente pendiente ante la Corte Suprema, en casación en el fondo.

Tanto el Vigésimosegundo Juzgado Civil como la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencias de 25 de marzo de 2008 y 16 de diciembre

de 2009, respectivamente, acogieron la demanda del Fisco, ordenando el pago de la suma solicitada, invocando al efecto, asimismo, el artículo 41 de la Ley de Caminos.

El precepto legal impugnado dispone que: *“En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo”*.

En cuanto a la infracción constitucional que se produciría por la aplicación del precepto legal recién reproducido, en el caso concreto, la requirente Chilectra S.A. comienza su acción de inaplicabilidad aludiendo al artículo 16 de la Ley General de Servicios Eléctricos que establece el derecho de las empresas concesionarias para hacer uso gratuito del espacio público, con el objeto de hacer posible por parte de éstas la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica. Este derecho es esencial para la prestación del servicio ya que no es concebible bridarlo sin que se desplieguen las instalaciones para tal fin en los bienes nacionales de uso público.

En lo relativo a los traslados de las instalaciones, el artículo 124, inciso segundo, de la Ley General de Servicios Eléctricos, dispone que cuando ello es ordenado por la autoridad, es ésta quien debe asumir los costos. Esta norma rige sin discusión para la mayoría de los traslados, salvo respecto de las instalaciones ubicadas en caminos públicos administrados por la Dirección de Vialidad, donde, conforme al artículo 41 de la Ley de Caminos, impugnado de inaplicabilidad, el costo debe ser asumido por la compañía concesionaria. En este sentido, se indica, que el texto del artículo 41 fue fijado por la Ley N^º 19.474, de 1996, con motivo de la construcción de las autopistas urbanas concesionadas, lo que demandó traslados de instalaciones. Antes de esta ley, el entonces artículo 42 del Decreto Supremo N^º 294, del Ministerio de Obras Públicas, disponía el costo de los traslados “por cuenta exclusiva del interesado”, esto es, quien obtuviera provecho de ello. Así, antes de la Ley N^º 19.474, quienes construyeron las primeras autopistas interurbanas trasladaron a su costo las instalaciones eléctricas ubicadas en la faja fiscal.

Ahora bien, la Corte Suprema ha entendido en diversos fallos que, a partir de la Ley N^º 19.474, por aplicación del artículo 41 cuestionado, los costos de los traslados ordenados por la Dirección de Vialidad, deben ser asumidos siempre por el propietario, esto es, la empresa eléctrica, independientemente del estatuto jurídico de la respectiva concesión al momento de emplazarse las instalaciones originales. Esta norma del artículo 41 primaría por especialidad sobre la norma del artículo 124 de la Ley Eléctrica –conforme a la interpretación de la Corte Suprema, igualmente esgrimida por el Fisco–. Luego, siendo el artículo 41 de aplicación deci-

siva en la gestión *sub lite*, en el caso concreto dicha aplicación generaría efectos inconstitucionales.

Agrega la actora que la Ley General de Servicios Eléctricos no incorpora dentro de los costos que deben ser remunerados por las tarifas, el traslado de las instalaciones ubicadas en la faja fiscal, que, como se dijo, conforme al artículo 41 impugnado, es un costo que debe asumir Chilectra.

Añade que, conforme lo ha sostenido la Corte Suprema y este Tribunal Constitucional (STC roles N^{os} 176, 300 y 476), sobre la concesión existe un derecho de propiedad amparado por el artículo 19, N^o 24^o, de la Carta Fundamental.

Entrando a las infracciones constitucionales concretas, en primer lugar, alega Chilectra que la aplicación del artículo 41 en la gestión *sub lite* transgrede los artículos 6^o y 7^o de la Constitución, de los cuales se derivan los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, también recogidos en jurisprudencia de esta Magistratura (STC Rol N^o 207).

La seguridad jurídica implica que la empresa concesionaria que realiza una actividad empresarial y adquiere un derecho, goce de precisión normativa y de un régimen jurídico determinado para el desarrollo de esa actividad, debiendo el Estado garantizar la previsibilidad de sus actuaciones y no pudiendo simplemente afectar el derecho de dominio de la concesionaria, deteriorando o suprimiendo facultades de que gozaba, pues ello conlleva, además de la infracción de los artículos 6^o y 7^o, la vulneración del artículo 19, N^o 24^o, de la Constitución. En la especie, Chilectra es propietaria de una concesión de prestación de servicios eléctricos, que incluía, hasta la dictación de la Ley N^o 19.474, el año 1996, que el traslado de instalaciones era de cargo del interesado. La empresa realizó sus inversiones y calculó las tarifas en el marco de esa regulación legal.

Por su parte, el principio de confianza legítima exige mantener la consistencia de las situaciones creadas y surgidas de actos firmes de la Administración, estableciéndose un límite a sus poderes unilaterales.

Así, el inciso final del artículo 41 es inconstitucional ya que no goza de precisión normativa para establecer limitaciones, afectando derechos ya constituidos por concesiones; y carece de razonabilidad y justificación que las instalaciones eléctricas colocadas por los concesionarios deban ser trasladadas a su costo para beneficiar a otros concesionarios privados en la ejecución de sus obras.

En segundo lugar, el precepto impugnado infringe el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19, N^o 24^o, de la Constitución. Chilectra es concesionaria de servicio público de transporte y distribución de energía eléctrica en la Región Metropolitana desde el año 1984, y como tal, goza de un derecho de propiedad sobre esa concesión. En virtud de esa concesión y como parte de la esencia de la misma, tiene un bien incor-

poral incorporado a su patrimonio consistente en el derecho a utilizar el espacio público para efectuar las instalaciones necesarias para cumplir el objeto de la concesión.

Pues bien, en lo concerniente al traslado de las instalaciones, conforme al decreto que otorgó la concesión, y a lo establecido en el artículo 15 y 124 de la Ley Eléctrica y en el artículo 42 del Decreto Supremo N^º 294, en el estatuto jurídico de la concesión de Chilectra, el costo de ese traslado era de cargo del organismo que lo hubiera ordenado o del interesado. Luego, el artículo 41 impugnado produce efectos contrarios al artículo 19, N^º 24^º, de la Constitución, al desconocer los derechos de Chilectra incorporados a su patrimonio al momento del otorgamiento de la concesión y obligarla a asumir el costo del traslado de las instalaciones.

En tercer lugar, la norma impugnada contraviene el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, establecido en el N^º 21^º del artículo 19 de la Constitución, al obligar a Chilectra a asumir los costos del traslado de las instalaciones sin que ello obedezca a ninguna iniciativa que emane de esta empresa, y afectando con dicho costo el patrimonio de Chilectra. Además, se infringiría la normativa que regula el sector eléctrico y los derechos adquiridos al amparo de la concesión.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 9 de junio de 2011, admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión en que incide, y por resolución de 7 de julio de 2011, declaró admisible esta acción de inaplicabilidad.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, y del Fisco de Chile, sin que los aludidos órganos constitucionales hicieren uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

A fojas 129, con fecha 10 de agosto de 2011, la abogada procuradora fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, Irma Soto Rodríguez, por el Fisco de Chile, hizo uso de su derecho a formular observaciones, instando por el rechazo del requerimiento interpuesto por Chilectra S.A.

Parte la representante del Fisco señalando que la Ley N^º 19.474, de 1996, en el marco del desarrollo vial del país en los años 90, modificó el artículo 41 de la Ley del Ministerio de Obras Públicas, estableciendo, por una parte, en su inciso tercero, el pago de derechos por las concesionarias de servicios de utilidad pública que necesitaren colocar postaciones en caminos públicos, pero precisando que ello sólo sería exigible respecto de concesiones otorgadas después de la publicación de la Ley N^º 19.474; y por otra parte, en su inciso final nuevo, que en caso de que fuere necesario el traslado de instalaciones en caminos públicos, su cargo sería de costo del propietario o conforme a las condiciones establecidas en el contrato de concesión, con el propósito de evitar que la Dirección de Vialidad tuviera que soportar dicho gasto.

Así, se afirma que las concesionarias anteriores a la Ley N° 19.474 continúan utilizando bienes públicos sin prestación alguna a cambio. Luego, resulta lógico y razonable que el cambio de instalaciones, de ser necesario, se haga a su costo. Agrega que el Estado es dueño y administrador de los bienes nacionales de uso público entre los que se encuentran los caminos, siendo así constitucionalmente legítimas las facultades que el inciso tercero y siguientes del artículo 41 aludido otorgan a la Dirección de Vialidad para autorizar la colocación, el retiro o el traslado de instalaciones de servicios de utilidad pública en ellos. En todo caso, aplicando *a fortiori* el inciso cuarto del artículo 41, la decisión del traslado de las instalaciones no es de libre decisión administrativa, sino motivada, y estas limitaciones al uso de los caminos públicos tienen fundamento en el interés general y la utilidad pública.

Añade el Fisco que el requerimiento de Chilectra envuelve una cuestión de simple legalidad y no de constitucionalidad, consistente en determinar si los costos del traslado de las instalaciones corresponden al interesado, según alega la requirente, por aplicación de las normas de la Ley General de Servicios Eléctricos, o si corresponden al propietario según sostiene la Dirección de Vialidad, invocando el artículo 41, inciso final, del D.F.L. N° 850, en su texto posterior a la Ley N° 19.474. Así se desprenden de los escritos de discusión del juicio y del mismo recurso de casación presentado por la requirente ante la Corte Suprema, donde se aprecia que la discusión en la gestión *sub lite* está volcada en dos temas de legalidad: la aplicación de la ley en el tiempo y el alcance de las normas en función de su generalidad o especialidad. Se trata de una cuestión de recta interpretación y aplicación de leyes concurrentes, que determinaría que el presente requerimiento de inaplicabilidad es inadmisibile.

Entrando a las infracciones constitucionales específicas invocadas por Chilectra, el Fisco sostiene, primero, que no se afecta el derecho de propiedad de la concesionaria de servicio de utilidad pública. Ello porque el dueño de los bienes nacionales de uso público es el Estado y no el particular. Los concesionarios de servicios eléctricos son beneficiarios de la explotación lucrativa de bienes comunes o públicos en virtud de un acto unilateral de permiso de la Administración, siendo jurídicamente improcedente sostener que la facultad conferida por la concesión o permiso atribuya un derecho de propiedad privada.

Además, en cuanto al contenido de este derecho de aprovechamiento de bienes públicos, tanto el respectivo decreto supremo que otorgó la concesión, como el artículo 15 de la Ley General de Servicios Eléctricos, disponen que queda sujeto a las leyes futuras que se dicten al respecto. Ello, de modo congruente con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que señala que el derecho real adquirido bajo la vigencia de una ley subsiste bajo el imperio de la nueva, pero

sujeto a esta última en cuanto a sus goces y cargas. Por último, lo relativo al costo de los traslados no es un derecho esencial en el aprovechamiento otorgado al concesionario, quien, en contraste con los terrenos privados, puede utilizar gratuitamente los caminos públicos.

En segundo lugar, el Fisco aduce que no hay afectación de la esencia de un derecho, toda vez que el imponer al concesionario, por razón de mejoramiento o ampliación de la vía pública, que traslade a su costa las instalaciones, no le priva ni limita su beneficio de explotar el giro de distribución de energía eléctrica, ni su derecho a usar gratuitamente los caminos públicos. El continuar gozando del bien público sin tener que incurrir en el gasto del traslado por interferir en una obra pública, es una mera expectativa y no un derecho patrimonial. Se trata de una cuestión accesoria que no compromete el contenido esencial de la concesión.

En tercer lugar, el Fisco indica que no se afecta el libre ejercicio de actividades económicas, pues esta garantía constitucional, conforme al mismo artículo 19, N^o 21^o, de la Constitución, no es de carácter absoluto, pues el constituyente habilitó al legislador para prohibir y regular ciertas actividades económicas. Además, en la especie, tanto la Ley Eléctrica como el respectivo decreto de concesión sujetaron el derecho del concesionario eléctrico a las leyes que se dictaren en el futuro.

El Fisco también se hace cargo de la afectación de la seguridad jurídica esgrimida por Chilectra, indicando que dicha seguridad jurídica y el principio de confianza legítima no están consagrados en la Carta Fundamental como garantías constitucionales, constituyendo sólo principios que las distintas ramas del derecho postulan. No es válido afirmar que de los artículos 6^o y 7^o constitucionales se desprenda explícita o implícitamente que el Poder Legislativo, depositario de la voluntad soberana, no pueda modificar una situación normativa existente en un determinado momento. No existe el derecho a la inalterabilidad normativa ni a mantener las ventajas que de una regulación se reportan. Ello constituye una mera expectativa sobre la cual no existe propiedad. En fin, el Fisco sostiene que la inalterabilidad del régimen jurídico sólo se obtiene cuando se celebra un contrato-ley con el Estado, cuyo no es el caso de autos.

A fojas 173 se decretó tener presente lo expuesto por la requirente Chilectra en escrito de 7 de octubre de 2011, en que se agregan argumentaciones relativas a la infracción constitucional que estima la actora se produciría en la especie respecto de la igualdad ante la ley las cargas públicas y la igualdad de trato en materia económica.

A fojas 145, se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla, agregándose la causa para su vista conjunta con la causa Rol N^o 1.986 en la tabla de Pleno del día 10 de noviembre de 2011, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Francisco Zúñiga Urbina, por la

requirente Chilectra S.A., y Carlos Mackenney Urzúa, por el Consejo de Defensa del Estado.

Por resolución de fecha 24 de noviembre de 2011, se ordenó como medida para mejor resolver en esta causa, requerir a la Comisión Nacional de Energía y a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para que informen a esta Magistratura si los costos de los traslados de instalaciones ordenados por la Dirección de Vialidad conforme al artículo 41 del D.F.L. N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, pueden o no ser traspasados por las Chilectra S.A. a las tarifas de los respectivos suministros, dándose cuenta del cumplimiento de dicha medida para mejor resolver con fecha 24 de enero de 2012.

Y CONSIDERANDO:

I
LA IMPUGNACIÓN

PRIMERO. Que, como se ha señalado, la gestión pendiente está dada por un recurso de casación en el fondo, interpuesto por Chilectra S.A. en contra de la sentencia de segundo grado dictada en autos caratulados “Consejo de Defensa del Estado (Fisco de Chile) con Chilectra S.A.”, tramitado ante la Corte Suprema bajo el Rol N° 1910-2010. La sentencia de segundo grado, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmó la de primer grado, del 22° Juzgado Civil de Santiago, que había condenado a Chilectra S.A en juicio de hacienda al pago de las sumas de dinero por concepto de traslado de instalaciones propiedad de Chilectra, ubicadas en la faja fiscal de la Ruta 5, con ocasión de la ejecución de la obra pública fiscal denominada “Sistema Norte-Sur”.

Es en el marco de la tramitación del juicio antes señalado que se impugna por inconstitucional la aplicación del inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997;

SEGUNDO. Que el precepto impugnado ante este Tribunal es el inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850. Dicho artículo dispone que:

“Artículo 41.

Las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad y están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, y respecto de aquellos caminos que construya el Ministerio de Obras Públicas, y que no estén sujetos al sistema de concesiones establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, del mismo Ministerio, este último otorgará concesiones a particulares mediante decreto supremo, y según el procedimiento estipulado en el citado cuerpo legal. Estas concesiones se otorgarán mediante licitación pública, sobre terrenos que no podrán exceder del 5% del total de la superficie de la faja requerida para la construcción

del camino, aledaños a caminos públicos, situados fuera de los límites urbanos de una comuna y expropiados con el exclusivo propósito de instalar en ellos servicios para los usuarios de la vía, tales como hoteles, estaciones de servicio, restaurantes, paradores de vista u otros similares. Para tales efectos, el expropiado, o el propietario colindante, en su caso tendrá prioridad en caso de igualdad de condiciones en el proceso de licitación de la concesión, la que deberá, además, materializarse en conformidad a las bases respectivas u dentro de un plazo máximo de tres años.

Sin perjuicio de sus atribuciones, la Dirección de Vialidad podrá autorizar, en la forma y condiciones que ella determine, con cargo a sus respectivos propietarios, y previo pago de los derechos correspondientes, la colocación de cañerías de agua potable y de desagüe; las obras sanitarias; los canales de riego; las tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables; las postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica y, en general, cualquier instalaciones que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales regidas por esta ley. Estos derechos serán exigibles respecto de aquellos permisos y contratos de concesión otorgados con posterioridad a la publicación de la Ley N^º 19.474.

Dichas autorizaciones deberán otorgarse, a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas. La Dirección de Vialidad no tendrá responsabilidad u obligación alguna por el mantenimiento y conservación de dichas instalaciones, siendo obligación de sus propietarios el conservarlas en buenas condiciones.

La Dirección de Vialidad, mediante resolución fundada, podrá ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo, previa restitución de los derechos pagados, en proporción al tiempo que reste para la autorización a que se refiere el inciso tercero, llegué a su término.

En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo.”;

TERCERO. Que, de acuerdo a la parte requirente, la aplicación del precepto impugnado en la gestión pendiente, vulnera la Constitución por cuatro órdenes de razones.

En primer lugar, porque implica una transgresión al principio de seguridad jurídica y confianza debida, consecuencia del principio de Estado de Derecho, consagrado en los artículo 6^º y 7^º de la Constitución. Señala que de la confianza legítima y la seguridad jurídica, se derivan deberes de previsibilidad para las actuaciones de la autoridad, así como

de consistencia de las situaciones que favorecen a ciertos sujetos. En este caso, el precepto impugnado carece de la necesaria precisión normativa, así como también de parámetros incuestionables y razonables.

En segundo término, considera conculcado el derecho de propiedad. El concesionario es propietario de su concesión, la que incorpora el derecho para utilizar el espacio público e instalar infraestructura, que es un bien incorporal. Dichos derechos se han incorporado al patrimonio de los concesionarios. La aplicación del precepto impugnado desconoce dichos derechos, infringiendo la garantía del artículo 19, en su numeral 24°.

En tercer lugar, se contraviene el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. La imposición del costo de traslados que no se han originado en Chilectra S.A., y que tienen por efecto una disminución considerable del patrimonio, afectan la garantía del numeral 21° del artículo 19, que implica un *“derecho a crear empresas sin restricciones y a desarrollar las mismas, esto es, a mejorarlas y acrecentarlas”*.

Finalmente, se ha hecho presente que el precepto legal impugnado también infringe la igualdad ante la ley, ante las cargas públicas y la igualdad de trato, por cuanto se impone una carga a Chilectra S.A., para beneficiar la realización de obras de interés general, beneficiando al Estado y al concesionario de obras públicas. En consecuencia, se bien muchos actores se benefician del traslado, los costos los soporta únicamente Chilectra S.A.

II ANTECEDENTES

CUARTO. Que es importante consignar previamente a examinar el fondo del cuestionamiento formulado en el presente requerimiento, que ante los tribunales ordinarios se ha planteado discusión sobre el precepto impugnado. Esta discusión ha estado centrada en dos aspectos.

De un lado, sobre su retroactividad, pues se ha objetado la fecha a partir de la cual se aplica. El precepto, tal como está en la actualidad, fue incorporado a nuestro ordenamiento, como veremos más adelante, en septiembre de 1996, por la Ley N° 19.474. Se ha formulado cuestionamiento respecto de su aplicación a instalaciones eléctricas construidas antes de esa fecha. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que no hay vulneración de la irretroactividad, pues lo relevante es el momento en que se dispone el traslado, no la fecha de construcción de las instalaciones. Por lo mismo, ha sostenido que si la autoridad dispone el cambio de ubicación, después de septiembre de 1996, carece por completo de trascendencia la fecha de instalación primitiva (SCS 3171/2003).

Del otro, se ha discutido sobre su especialidad. En este caso se ha objetado que el D.F.L. N° 850, del Ministerio de Obras Públicas (MOP),

de 1997, prime sobre disposiciones sectoriales que rigen determinadas actividades. Así, se lo ha puesto en antinomia con la Ley de Servicios Eléctricos (D.F.L. N^º 1, 1982, de Minería, artículos 16 y 124), sosteniendo que ésta es una normativa especial respecto del artículo 41 de dicho D.F.L. N^º 850. Sin embargo, la Corte Suprema ha considerado que esta disposición es especial respecto de todas las otras normas que se refieren en términos generales a los bienes nacionales de uso público (SCS 3171/2003; 6091/2007);

III

ASUNTOS SOBRE LOS CUALES ESTE TRIBUNAL NO SE PRONUNCIARÁ

QUINTO. Que este Tribunal no puede pronunciarse, en abstracto, mediante un recurso de inaplicabilidad, sobre determinados preceptos legales. Eso es algo que puede hacer, pero en uso de otras facultades que le encomienda la Constitución. En la inaplicabilidad esta Magistratura examina la constitucionalidad del precepto legal a la luz de los hechos de la causa correspondiente. Realiza, por lo mismo, un examen concreto del o de los vicios que se reprochan a la norma (STC roles N^{os} 480 y 546);

SEXTO. Que este Tribunal tampoco puede realizar un análisis de conflicto normativo de leyes. Si una ley es más especial que otra o tiene efectos retroactivos, es algo que le corresponde resolver a los jueces del fondo, pues se trata de un asunto de legalidad. Esta Magistratura sólo es competente para conocer de conflictos entre leyes y la Constitución, pero no entre preceptos legales;

SÉPTIMO. Que, finalmente, no se pronunciará sobre el impacto que tiene la aplicación del artículo impugnado en los ingresos tarifarios de la compañía, pues no ha sido cuestionado ningún precepto legal relativo a las tarifas de la empresa requirente. Por ello, descarta examinar una posible vulneración al artículo 19, N^º 21^o, de la Constitución;

IV

CAMINOS PÚBLICOS Y FAJA DE CAMINOS PÚBLICOS

OCTAVO. Que, por otra parte, antes de analizar la norma impugnada, es necesario precisar dos conceptos que ésta emplea: el de camino público y el de faja de camino público;

NOVENO. Que la noción de camino público corresponde al género “vía”. Esta es la denominación con que la Ley de Tránsito designa a “*calle, camino u otro lugar destinado al tránsito*” (artículo 2^o, N^º 46, Ley de Tránsito).

La misma ley define camino como una “*vía rural destinada al uso de peatones, vehículos y animales*” (artículo 2^o, N^º 7), contraponiéndola a avenida

o calle, que es la “*vía urbana destinada a la circulación de los peatones, de los vehículos y de los animales*” (artículo 2°, N° 4).

Conforme a la Ley de Tránsito, entonces, el distingo entre camino y avenida o calle no tiene que ver con su funcionalidad; en ambos casos es la misma: la circulación. Tiene que ver con su ubicación. El camino es rural; la calle es urbana.

No es distinta la definición que entrega el D.F.L. N° 850, de 1997, del MOP, de caminos públicos. Estos son “*las vías de comunicación terrestres destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público*” (artículo 4°).

Las definiciones coinciden en que se trata de vías rurales (fuera de los límites urbanos) destinadas al libre tránsito. Lo que agrega esta última es que las fajas de los caminos son bienes nacionales de uso público.

Los caminos, de acuerdo al D.F.L. N° 850, pueden ser nacionales o regionales. Los primeros son “*el Camino Longitudinal, los que unen las capitales de provincia con el Longitudinal y los que sean calificados como tales por el Presidente de la República*”. Los segundos son el resto de los caminos públicos (artículo 25);

DÉCIMO. Que el otro concepto central del precepto impugnado es el de las fajas de los caminos públicos. Estas son caracterizadas por el ya citado D.F.L. N° 850, de 1997, del MOP, de la siguiente manera:

El artículo 24 del precepto señala expresamente que las fajas de los caminos públicos son bienes nacionales de uso público. Con esa declaración, el legislador estableció una reserva o *publicatio*. Como lo ha dicho este Tribunal, “*mediante ella, el legislador establece que unos bienes determinados o toda una categoría de ellos, en razón de que por su uso o destino deben pertenecer a la nación toda, dejan de ser susceptibles de apropiación, quedando entregados al uso público*” (STC Rol N° 1.281). Ello implica una serie de consecuencias: el bien queda fuera del comercio humano, se sujeta a un régimen jurídico especial y sobre él no hay propiedad sino uso (STC roles N°s 245 y 1.281).

Sin embargo, como ha sostenido esta Magistratura, la reserva o “*publicatio*”, “*si bien excluye la apropiación de los bienes que la componen por particulares, no excluye a éstos del uso privativo que puedan obtener, es decir, no quedan marginados del tráfico jurídico. Mediante ciertos títulos habilitantes, la Administración encargada de la administración del bien demanial, entrega no el bien, pues atentaría contra su inalienabilidad, sino que reparte, por motivos de interés público, derechos de utilización o aprovechamiento privativo sobre determinadas porciones del dominio público con un destino específico*” (STC Rol N° 1.281);

DECIMOPRIMERO. Que, enseguida, las fajas de los caminos públicos son bienes entregados en administración a la Dirección de Vialidad (artículo 41), quien tiene a su cargo su cuidado y mantención (artículo 18, inciso tercero).

A continuación, el ancho de las fajas es fijado por decreto supremo, a propuesta de la Dirección de Vialidad (artículo 29, N^º 1).

Asimismo, “*están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo*” (artículo 41, inciso primero). De ahí que los usos alternativos, como la colocación de avisos (artículo 38) o la instalación de cualquier tipo de obra (artículo 41, incisos tercero y siguientes), requieren autorización de la Dirección de Vialidad, quien puede negar dicho permiso si el uso se opone al de los caminos (artículo 41, inciso cuarto);

V

LA NORMA IMPUGNADA

DECIMOSEGUNDO. Que en el marco de estas potestades de administración se inserta la de disponer el cambio de ubicación de las instalaciones autorizadas en la faja de un camino público.

En efecto, el precepto impugnado permite que la Dirección de Vialidad pueda ordenar que se cambie la ubicación de instalaciones, como tuberías o cables o postaciones, que ocupen las respectivas fajas de caminos públicos;

DECIMOTERCERO. Que, entonces, como efecto de que la ley se encarga de señalar que bajo la Dirección de Vialidad está la administración de las fajas, como lo señala el artículo 41, inciso primero (“*las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad*”), para que un particular pueda utilizar en forma permanente dicha porción de bien nacional de uso público, requiere la autorización de esa entidad;

DECIMOCUARTO. Que, en realidad, lo que se entrega, técnicamente, es un permiso. Este es un acto administrativo favorable, mediante el cual se concede el uso privativo, con facultades de uso y goce, de una porción de un bien nacional de uso público, por un tiempo determinado, sustrayéndolo al uso común. La doctrina lo denomina “permiso de ocupación” y lo entiende como un “*acto administrativo por medio del cual se otorga un uso especial del dominio público*” (Reyes Riveros, Jorge; “Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público”; Editorial Jurídica, 1960, p. 166), o como “*un acto administrativo por medio del cual se otorga en forma exclusiva y excluyente un cierto uso de poca importancia jurídico-económico-social, sobre un bien de dominio público*” (Montt Oyarzún, Santiago; “El dominio público”; Editorial Conosur, Santiago, 2002, p. 308). Dicho permiso es caracterizado como discrecional, unilateral y precario (Reyes R., Jorge; ob. cit., págs. 176 y siguientes; Montt O., Santiago; ob. cit., págs. 317-318).

Lo que sucede es que, en este caso particular, la Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N^º 4, de 2006, Economía) establece que las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho de usar

bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión (artículo 16). Esta norma, entonces, establece un derecho legal a usar ciertos bienes, pero condicionado a que se dicte un acto administrativo favorable por parte de la Dirección de Vialidad, que es la encargada de administrar la faja de los caminos públicos. En este sentido, la Dirección de Vialidad remueve el obstáculo para ejercer el derecho. Ello lo hace muy cercano a una autorización. De ahí la denominación que la ley le otorga a este acto.

La exigencia de dicho permiso no merece un reproche de inconstitucionalidad, pues, como lo ha dicho esta Magistratura, las autoridades que entregan las concesiones de servicio público de distribución eléctrica, no son quienes tienen a su cargo la administración de determinados bienes nacionales de uso público (STC Rol N° 1.669). Por lo mismo, para respetar esta distribución competencial, es necesario que se invoque la concesión, otorgada por una autoridad, para obtener el permiso, concedido por quien tiene a su cargo la tutela del bien respectivo, siempre que se cumplan los requisitos propios de tal permiso;

DECIMOQUINTO. Que recordemos que el uso de los bienes nacionales de uso público puede ser de dos tipos. Por una parte, está el uso común. Este es aquel que corresponde a todas las personas. Se trata de un uso anónimo, temporal, y no requiere título alguno. En segundo lugar, está el uso privativo. En este caso, la autoridad encargada de su administración entrega, por actos específicos, la ocupación temporal del bien a un particular, con un propósito de interés público, generalmente a título oneroso. Dicho uso es privativo porque implica un uso exclusivo y excluyente del bien. El beneficiario de un uso privativo puede excluir al resto de las personas que accedan a él. Por eso requiere un título habilitante, que puede ser el permiso o la concesión. Sin ese título, hay uso común del bien. Dicho de otra forma, el permiso o la concesión sustraen del uso común ciertos bienes (STC roles N°s 1.281 y 1.669);

DECIMOSEXTO. Que el mencionado permiso puede permitir la colocación de distintas instalaciones. La ley menciona las siguientes: “*cañerías de agua potable y de desagüe*”; “*obras sanitarias*”; “*canales de riego*”; “*tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables*”; “*postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica*”. Pero emplea una fórmula global: “*en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público*”.

Es necesario resaltar que el uso que se entrega permite hacer obras en el suelo y en el subsuelo de dichas fajas. Se trata, en consecuencia, de un uso intenso;

DECIMOSÉPTIMO. Que, sin embargo, el otorgamiento de dicho permiso está sujeto a ciertas regulaciones. Por de pronto, no se debe entorpecer el uso del camino. La ley señala que las fajas de los caminos “*es-*

tán destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo” (artículo 41); y que la autorización para ocupar dicha faja debe negarse si se opone al uso de los caminos públicos (artículo 41, inciso cuarto).

Además, la ley señala que la autorización la debe otorgar la Dirección, pero establece una serie de causales para negarla. Junto con oponerse al uso de los caminos, la ley señala varias otras causales. Así, la autoridad no debe dar el permiso si se afecta *“la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías”*; debe precaverse que las instalaciones *“no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona”*. La ley también señala que la autoridad debe negar el permiso si no es *“posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas”*.

Enseguida, las instalaciones son de cargo del respectivo propietario, sin que la Dirección tenga responsabilidad u obligación alguna por su mantenimiento y conservación, debiendo su dueño conservarlas en buenas condiciones (artículo 41, incisos tercero y cuarto). A continuación, dicho uso está sujeto al pago de derechos. Sin embargo, por mandato del inciso tercero del artículo 41 del D.F.L. N^º 850, MOP, 1997, dichos derechos sólo son exigibles respecto de aquellos permisos otorgados con posterioridad al 30 de septiembre de 1996, fecha de publicación de la Ley N^º 19.474. Asimismo, la Dirección de Vialidad puede establecer condiciones al otorgar el permiso (artículo 41, inciso tercero). Del mismo modo, la autoridad puede *“mediante resolución fundada, ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo”* (artículo 41, inciso quinto);

DECIMOCTAVO. Que, de este modo, no hay libertad para ocupar las fajas de los caminos públicos, pues se requiere permiso de la Dirección de Vialidad. Dicho permiso lo puede dar la autoridad siempre que se cumplan ciertos supuestos: es onerosa; no compromete la responsabilidad de la Dirección; las instalaciones son retirables y susceptibles de cambiar de ubicación, y están entregadas, en cuanto a su puesta física, a su conservación y mantenimiento, a su propietario;

DECIMONOVENO. Que es en el marco de dichas regulaciones que la ley entrega una facultad a la Dirección de Vialidad para ordenar cambiar las instalaciones que fueron autorizadas. Por lo mismo, no es la única determinación que se puede adoptar respecto de ellas;

VIGÉSIMO. Que el cambio de ubicación está sujeto también a ciertas regulaciones.

Desde luego, lo debe disponer la Dirección de Vialidad, fundándose en cualquier motivo que lo haga necesario, atendida la variedad de situaciones que se pueden plantear.

Enseguida, es un cambio de ubicación, no una prohibición de uso ni

un retiro. Es un traslado desde el lugar en que fueron originariamente autorizadas. El traslado es, por tanto, una transferencia temporal de la faja a otro lugar, mientras ésta permanece ocupada por obras del camino o se crea otra por ampliación del mismo.

Finalmente, el traslado debe ser “*hecho por cuenta exclusiva del propietario*”;

VIGÉSIMOPRIMERO. Que el cambio de ubicación de las instalaciones está sujeto a un procedimiento regulado por el artículo 51 del D.F.L. N° 850. Este parte por la dictación de la resolución que ordena el traslado, la cual debe notificarse por oficio y por carta certificada. En dicha decisión, la Dirección de Vialidad debe señalar el motivo que hace necesario cambiar la ubicación.

Enseguida, la autoridad fija un plazo prudencial dentro del cual deben ejecutarse los trabajos.

A continuación, pueden suceder tres posibilidades. La primera es que el afectado cumpla la medida. La segunda es que no haga nada. En ese caso, la Dirección debe ordenar hacer el presupuesto del traslado, el que sirve de título ejecutivo para cobrar su valor. Notificado el infractor y obtenidos los fondos, la obra se ejecuta con cargo a éstos. La tercera alternativa es que el afectado reclame administrativamente, mediante la interposición de los recursos que correspondan (artículos 15 y 59, Ley N° 19.880), o ante el Juez de Letras respectivo, dentro del término de diez días (artículo 50, D.F.L. N° 850);

VIGESIMOSEGUNDO. Que esta facultad de la Dirección de Vialidad se encontraba en el texto legal anterior a la modificación de 1996, que introdujo la Ley N° 19.474. Dicha norma establecía: “*en caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del interesado*” (artículo 19, D.F.L. 206, 1960, MOP). La norma predecesora de dicho D.F.L., la Ley N° 4.851, no contemplaba una norma en este sentido;

VIGESIMOTERCERO. Que, como se observa, el principal cambio de este inciso dice relación con que el texto previo a 1996 hacía de cargo del interesado el costo del traslado; en cambio, el texto vigente hace de cargo del “*respectivo propietario*” lo anterior.

Sin embargo, la Ley N° 19.474 no introdujo un único cambio.

Por de pronto, reforzó las facultades de la Dirección de Vialidad al señalar expresamente que las fajas de los caminos son de su competencia (artículo 41, inciso primero). Enseguida, se eliminó la gratuidad por el uso de la faja, salvo para quienes tuvieran concesiones o permisos previos a su entrada en vigencia. A continuación, privilegió el uso de los caminos, al permitir que la Dirección pudiera rechazar los permisos “*que se opongan al uso de los caminos públicos*” (artículo 41, inciso cuarto);

VIGESIMOCUARTO. Que el inciso final del artículo 41, con otra redacción, iba en el texto original del Mensaje del Presidente de la Repúbli-

ca que dio origen a la Ley N^º 19.474. En él se señalaba que la normativa vigente en esa época, que hacía de cargo del interesado el costo del traslado, atentaba “*contra las funciones del Ministerio de Obras Públicas al requerirse el cambio por razones de servicio*”.

El texto que se incorporó en definitiva fue producto de un veto del Ejecutivo, que se fundó, por una parte, en que “*el vocablo interesado puede presentar dificultades de precisión en su aplicación práctica*”. Por la otra, en que el propio artículo 41 emplea el concepto más preciso de “*respectivo propietario*”.

En este sentido, hay que señalar que el artículo 41 se refiere al propietario para los siguientes efectos. En primer lugar, para señalar que las instalaciones son de cargo de los respectivos propietarios. En segundo lugar, para indicar que es de cargo de dichos propietarios el mantenimiento y conservación de las instalaciones. En tercer lugar, que es de cargo de éstos el traslado de las instalaciones.

En la Sala del Senado, el entonces Ministro de Obras Públicas, Ricardo Lagos Escobar, sostuvo: “*Entonces, lo que procura el veto del Ejecutivo es clarificar que, en este caso, en lugar de la expresión vigente –“el interesado”–, se utilice la más precisa de “el respectivo propietario”. Será al propietario de las postaciones –el que las colocó gratuitamente en la faja pública–, si mañana el camino se va a ampliar o hay que hacerle modificaciones, a quien corresponderá correr el riesgo. Si la empresa de utilidad pública no se arriesga, que pague por la servidumbre*”;

VIGESIMOQUINTO. Que hay que recordar, asimismo, que durante la tramitación de la Ley N^º 19.474, en el Congreso Nacional, se estableció la onerosidad por el uso de la faja fiscal, con la excepción de aquellos permisos otorgados antes de su entrada en vigencia, el 30 de septiembre de 1996. Por lo mismo, para los nuevos permisos, dicho uso dejó de ser gratuito.

En contraste, el inciso final del artículo 41 no estableció ninguna excepción respecto de que el traslado debía ser hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario;

VIGESIMOSEXTO. Que el veto del Ejecutivo fue aprobado por 22 votos a favor y 14 en contra. Por lo mismo, es relevante destacar las razones que tuvieron quienes concurrieron a dicha aprobación, porque reflejan la voluntad positiva del legislador de aprobar una ley.

En primer lugar, se destacó el término de la gratuidad del uso de la faja fiscal. Se dieron varias razones para ello. Destaca, de una parte, la intervención del entonces senador Errázuriz, quien señaló: “*La utilización gratuita de las fajas por parte de empresas eléctricas, de comunicaciones o de otro rubro ya no se justifica. La ley antigua establecía que las podían usar gratis por tratarse de empresas estatales. Pero hoy son privadas y, sin embargo, continúan ocupándolas sin pagar nada por ellas. Se dispone, en consecuencia, que deberán cancelar los derechos que se establezcan y que la concesión, en caso de haber más*

de un interesado, deberá entregarse al que ofrezca más en la licitación, recibiendo el Ministerio, por esta vía, recursos adicionales que le permitirían construir los nuevos caminos que se requieran. Porque, repito, todo ya no es del Estado, porque hoy existe competencia privada por ocupar esas superficies de terreno.”. De otra, lo señalado por el entonces Ministro de Obras Públicas, Ricardo Lagos Escobar: “en la actualidad, quien transite entre Santiago y Valparaíso por la ruta 68 debe pagar un peaje. Hoy, aquellos que acceden a la faja fiscal no pagan nada”;

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, en segundo lugar, es importante señalar las razones que se dieron para que las empresas asumieran el costo del traslado de las instalaciones.

Una primera razón es el hecho de que la empresa ocupara gratuitamente la faja de los caminos. El Ministro de Obras Públicas de la época sostuvo: “Mover las cañerías tiene un costo: la discusión consiste en determinar quién paga el costo. ¿Es justo que el costo lo pague quien gratuitamente cedió a la empresa el uso de la faja fiscal? De ser así, sería insólito, ya que la faja fue adquirida por el fisco mediante expropiación, lo que significa que tuvo que pagar por ella”. Más adelante, agregó: “Y, entonces, se presenta una situación paradójica: las empresas de utilidad pública obtienen gratuitamente estas fajas, y cuando el Ministerio tiene que realizar modificaciones en los caminos, debe hacerlo con cargo a su propio presupuesto. Nos parece una situación absurda”. El senador Errázuriz, por su parte, señaló: “La dificultad surge por el hecho de que anteriormente esas empresas no pagaban. Por esa razón, estimo lógico lo señalado por el señor Ministro: quien ha estado utilizando, sin costo alguno, un lugar público, obteniendo beneficios por ello, por lo menos tiene que costear el cambio de ubicación de los postes, ductos, etcétera, cuando el país requiera ampliar los caminos o construir nuevos”.

Una segunda razón que se entregó, es que el Estado tiene que asumir, en el caso de las carreteras concesionadas, el costo de la expropiación para hacer el camino y la faja adyacente. Al respecto, el Ministro de Obras Públicas señaló: “lo que se está pagando por expropiaciones alcanza cifras extraordinariamente elevadas, pese a tratarse de la utilización de una faja que es fiscal. La autopista de la ruta Santiago-San Antonio vale 120 millones de dólares; y 30 millones son para el pago de expropiaciones, es decir, el 25 por ciento del valor de esa obra. Y las empresas utilizan esa faja de terrenos y no podemos cobrarles. Sólo se paga por el análisis de los planos, etcétera. Y cuando tenemos que construir una nueva vía, debemos incurrir en gastos extraordinarios”.

Una tercera razón que se dio, es que si las empresas dueñas de las instalaciones no querían exponerse al costo del traslado, debían abstenerse de usar la faja y contratar una servidumbre. Al respecto, el Ministro de Obras Públicas sostuvo: “Las empresas en cuestión accedieron gratuitamente al uso de la faja fiscal. ¡Gratuitamente! En consecuencia, asumieron el riesgo de que la faja fiscal cambiara en algún momento. Ahora, si quieren estar a cubierto de esa eventualidad, deben concurrir al mercado y comprar una servidumbre de tránsito para pasar por en medio de un potrero”. En el mismo sentido, se

expresó el senador Errázuriz: “*la empresa deberá enfrentar el riesgo de la incertidumbre, económica o legal, del eventual traslado de sus instalaciones, si el avance del progreso así lo exige, y hacerse cargo de los costos correspondientes. Eso será parte de los gastos que tendrá que internalizar cuando haga una oferta para usar servicios, caminos u obras públicas*”. El mismo argumento utilizó el entonces senador y actual Presidente de la República, Sebastián Piñera, quien sostuvo: “*Hacia adelante, si por alguna razón se produce un cambio del trazado en una concesión otorgada por el Ministerio sobre una faja que a él, a su vez, le tocó obtener a través de una compra o expropiación, por lo que incurrió en los gastos propios de ella, no parece razonable que, habiendo otorgado tal concesión en forma gratuita, le corresponda incurrir en esos gastos. Lo importante es que las empresas de utilidad pública sabrán que deberán estimar hacia futuro la probabilidad de que haya un cambio en los trazados de las rutas. Si no quieren asumir ningún riesgo, siempre podrán optar por un camino alternativo a su propio costo, por la vía de obtener las concesiones o los usufructos de los privados, o simplemente la propiedad de los terrenos por donde quieran hacer pasar sus líneas o lo que les corresponda*”;

VIGESIMOCTAVO. Que, finalmente, al analizar el cambio de regulación, hay que considerar que las concesiones de servicio público de distribución son otorgadas con el deber de respetar la legislación presente y los cambios que se le introduzcan en el futuro (artículo 15, Ley General de Servicios Eléctricos). Con ello, no se hace más que materializar el que los goces y cargas de un derecho surgido en una legislación anterior, debe sujetarse a la nueva normativa en esos aspectos, como una manera de conciliar adecuadamente los cambios de legislación y su impacto en la vida jurídica.

En todo caso, que la empresa deba asumir el costo del traslado, como se verá más adelante, no afecta la esencia de los derechos del concesionario y se ubica dentro de las limitaciones legítimas a la propiedad que permite la Constitución;

VI

ALEGACIONES QUE SE DESCARTAN

VIGESIMONOVENO. Que, respecto al fondo del requerimiento, es necesario señalar que esta Magistratura rechaza el alegato de la requirente en torno a que se hubiesen vulnerado presuntos derechos adquiridos. En primer lugar, porque eso supondría emitir un juicio de legalidad: si el traslado se dispuso bajo el marco de la nueva normativa, introducida en 1996, o no. Más todavía, cuando la Ley N^º 19.474 no contempló excepciones en la materia, como sí lo hizo respecto de la onerosidad por el uso de la faja adyacente a los caminos. Sólo podemos constatar que el traslado se dispuso en 2001, por la Dirección de Vialidad;

TRIGÉSIMO. Que, en segundo lugar, para esta Magistratura la propiedad puede recaer sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, pero no hay propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica (STC roles N^{os} 467 y 1.452). El legislador puede cambiar las condiciones del ejercicio de un derecho (STC roles N^{os} 1.361 y 1.452);

TRIGESIMOPRIMERO. Que, en tercer lugar, la ocupación de la faja de los caminos por instalaciones nació condicionada a eventuales traslados. La norma que lo permite viene de al menos 1960, sin alteraciones. En eso no se innovó en 1996, con la Ley N^o 19.474;

TRIGESIMOSEGUNDO. Que esta Magistratura también rechaza el alegato de la requirente en torno a que se habría pasado a llevar la protección de la confianza legítima.

Desde luego, porque no fundamenta adecuadamente la manera en que ésta es recogida constitucionalmente y cuáles serían las condiciones bajo las cuales operaría. NO basta afirmar que ésta se funda en la seguridad jurídica. Además, se objeta una ley, no un acto administrativo. El punto es relevante, porque las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad (STC Rol N^o 309), la que implica que su contrariedad con el contenido de la Ley Fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes (STC Rol N^o 549); por lo mismo, sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción de que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella (STC Rol N^o 309). Está en juego el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí (STC Rol N^o 309).

Asimismo, tal alegato exige un estándar de prueba extremadamente alto, porque puede afectar el que sea el legislador el que defina los marcos jurídicos aplicables a una actividad (artículo 19 constitucional, N^o 21^o); porque puede incidir negativamente en la dinamicidad de los mercados regulados, respecto de los cuales la Constitución expresamente permite que el legislador modifique o derogue sus normas (artículo 63), siendo la ley una regulación de carácter innovador (STC Rol N^o 370). Enseguida, aquí no ha existido ningún cambio brusco de la legislación. Desde que se envía el Mensaje del proyecto que originó la Ley N^o 19.474, en septiembre de 1993, hasta su publicación, en septiembre de 1996, transcurrieron tres años. Además, desde esa fecha, hasta que se ordena por la autoridad el traslado, el 2005, transcurrieron 5 años;

VII LAS LIMITACIONES AL DOMINIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIGESIMOTERCERO. Que esta Magistratura debe abocarse, entonces, a analizar si es efectivo que se afecte el derecho de propiedad de la requirente, privándola de facultades esenciales, pues es el único reproche que queda subsistente, después de haberse descartado todos los demás.

Al respecto, esta Magistratura considera que la facultad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones en la faja adyacente a caminos públicos, es una limitación al dominio que se enmarca dentro de su función social;

TRIGESIMOCUARTO. Que el Tribunal Constitucional ha admitido con anterioridad una serie de limitaciones legales al dominio, que es necesario recordar para el adecuado examen del presente cuestionamiento.

En primer lugar, ha validado la franja televisiva impuesta a los canales de televisión de libre recepción (STC Rol N^º 56). En segundo lugar, ha validado la obligación legal de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas (STC roles N^{OS} 245, 1.141 y 1.215). En tercer lugar, ha considerado que se ajustan a la Constitución los porcentajes de terreno que el urbanizador debe destinar y donar para áreas verdes y equipamiento comunitario (STC Rol N^º 253). En cuarto lugar, ha considerado que el cambio del precio de un contrato, que pasa de ser libre a regulado, también es una limitación legítima (STC Rol N^º 506). En quinto lugar, ha considerado legítimo el pago de los gastos por accidentes que sufran los bomberos por parte de las compañías de seguros (STC Rol N^º 1.295). En sexto lugar, ha considerado que el soterramiento de redes eléctricas es una limitación legítima, que puede establecer el legislador (STC Rol N^º 1.669). Finalmente, ha establecido como legítimo la existencia de mecanismos de caducidad, la existencia de plazos fatales, el rol activo de las partes, en el procedimiento de concesión minera destinados a asegurar el interés público comprometido en la realización efectiva de actividades mineras (STC Rol N^º 1.994);

TRIGESIMOQUINTO. Que, a propósito de estos fallos, el Tribunal ha establecido una serie de criterios para definir la legitimidad de dichas limitaciones.

En primer lugar, ha determinado el criterio de que éstas deben ser medidas y razonables (STC roles N^{OS} 56 y 253), de modo que no ocasionen daños innecesarios o impongan un gravamen de magnitud considerable (STC Rol N^º 1.141); o la medida sea proporcionada (STC roles N^{OS} 506, 1.141 y 1.215); o que no entorpezcan gravemente la actividad, hasta hacerla inviable por excesiva onerosidad (STC Rol N^º 1.669).

Enseguida, ha considerado que es un criterio legítimo el que las limitaciones no desnaturalicen otros bienes jurídicos. Así lo ha hecho respecto del acceso a las playas, al considerarlo como un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público (STC roles N^{os} 245, 1.141 y 1.215).

A continuación, el Tribunal también ha considerado como criterio la función pública que cumple la actividad sujeta a la limitación (STC roles N^{os} 56 y 506).

Otro criterio es si la actividad que soporta la limitación tiene privilegios, como el régimen selectivo o restrictivo de acceso a las concesiones de televisión (STC Rol N^o 56).

También ha considerado como criterio el que la actividad reciba beneficios, como en cesiones gratuitas (STC Rol N^o 253) o las compañías de seguros respecto de la actividad de los bomberos (STC Rol N^o 1.295).

Finalmente, ha considerado que estas limitaciones no pueden importar privaciones (STC roles N^{os} 245 y 334) o afectar el núcleo del derecho (STC Rol N^o 1.298);

TRIGESIMOSEXTO. Que, por otra parte, ha contemplado dos resguardos para los titulares de la propiedad. En primer lugar, el que las limitaciones deben ser restrictivas (STC roles N^{os} 146 y 334). En segundo lugar, el que éstas deben ser impuestas por el legislador en sus elementos esenciales (STC roles N^{os} 146 y 370);

VIII

EL PRECEPTO OBJETADO ES UNA LIMITACIÓN AL DOMINIO

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que las limitaciones al dominio pueden ser definidas de dos maneras.

Por una parte, pueden ser definidas positivamente. En este sentido, las limitaciones, como ha dicho esta Magistratura, *“importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros”* (Aylwin, Patricio; *“Derecho Administrativo”*; T. III; Editorial Universitaria; Santiago, 1959, pág. 169); *han sido definidas como “aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último”* (Rajevic, Enrique; *“Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”*; en *Revista Chilena de Derecho*; Vol. 23 N^o 1, pág. 46). *En consecuencia, no son más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar.”* (STC Rol N^o 1.295). Las limitaciones son *“la delimitación jurídica de la específica opción legislativa por la extensión de las facultades dominicales y sus cargas”* (Aldunate Lizana, Eduardo; *“Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”*; en *Revista Chilena de Derecho*; vol. 33 N^o 2, 2006, págs. 285-303).

Por la otra, pueden ser concebidas negativamente, diferenciándolas de las privaciones. En tal sentido, esta Magistratura ha señalado que “*un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa... Toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta*” (STC Rol N^º 505);

TRIGESIMOCTAVO. Que las limitaciones emanan de la función social de la propiedad, que es reconocida por distintos ordenamientos jurídicos constitucionales. Así lo hacen la Constitución alemana (artículo 14), la italiana (artículo 42), la austríaca (artículo 6^º), la española (artículo 33) y la portuguesa (artículo 90). En Latinoamérica, reconocen dicha función la Constitución brasileña (artículo 5^º, N^º 22), la colombiana (artículo 58), la mexicana (artículo 27), la peruana (artículos 70 y 72), la costarricense (artículo 45), la venezolana (artículo 115) y la boliviana (artículo 56);

TRIGESIMONOVENO. Que dicha función social fue incorporada a nuestro ordenamiento por una reforma constitucional a la Constitución de 1925 (Ley N^º 16.615, de 20 de enero de 1967). El texto original de la Constitución del 25 señalaba: “*El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública*”.

La reforma constitucional de 1967 estableció lo siguiente: “*La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.*”;

CUADRAGÉSIMO. Que, explicando este cambio, Pedro Jesús Rodríguez (“La propiedad privada”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIX, enero-abril 1972, primera parte, págs. 111 a 142), sostuvo que esta reforma puso término a la identidad de los intereses privados del dueño de la propiedad con los intereses sociales. “*Su profundo sentido fue reconocer que en el ejercicio de la propiedad privada está comprometido el interés público y que puede ser distinto y ajeno al del propietario, y aun contrapuesto, cuando proviene de aspiraciones y urgencias colectivas... El profundo significado de estas disposiciones fue someter la propiedad privada a los requerimientos colecti-*

vos, mediante sanción ulterior de leyes que, partiendo de la limitada, configuraron el derecho social de propiedad privada”;

CUADRAGESIMOPRIMERO. Que, respecto a la actual Constitución, el artículo 19, N° 24°, inciso segundo, establece tres reglas en materia de función social de la propiedad. En primer lugar, que ésta se traduce en limitaciones y obligaciones. En segundo lugar, que sólo la ley puede establecerlas. En tercer lugar, que la función social se justifica en causales taxativamente precisadas por la Constitución: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental;

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que dicha función no está definida por el constituyente (STC Rol N° 245).

Sin embargo, es posible encontrar algunos antecedentes en la etapa de elaboración de la Constitución. En el Memorándum de 16 de agosto de 1978, dirigido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al Presidente de la República, es posible encontrar dos ideas. Por una parte, que *“la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos”* (STC Rol N° 245). Por la otra, se señala lo siguiente: *“Respecto de las limitaciones al dominio, dice que “constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social. Es, entonces, la función social de la propiedad la que justifica las limitaciones y obligaciones que el legislador puede imponer.”* (STC Rol N° 245).

Enseguida, este Tribunal ha señalado que dicha función significa que la propiedad *“tiene un valor individual y social, por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: “la propiedad obliga”, para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad”* (STC Rol N° 245);

CUADRAGESIMOTERCERO. Que en el mismo sentido se expresa la doctrina. Así, para Lautaro Ríos (*“El principio constitucional de la función social de la propiedad”*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXIV, número 2, págs. 57-73), *“la función social no se opone –necesariamente– a la función individual de la propiedad. Se trata, más bien, de una coordinación de intereses; pero si ellos entran en conflicto, se concede primacía a la función social”*. Dicho autor agrega que la función social es un *“encauzamiento y –por ende– una orientación limitativa del ejercicio del dominio”*.

Para Humberto Nogueira (*“Derechos fundamentales y garantías constitucionales”*; tomo 4°; Editorial Librotecnia; Santiago, 2010, p. 182), *“el contenido esencial del derecho de propiedad incluye su función social, la cual es parte del derecho mismo. La utilidad individual (interés del propietario) y la fun-*

ción social (satisfacción de los intereses de la sociedad) son elementos vertebrales inescindibles del derecho de propiedad, conformando su contenido básico en cada una de las categorías de bienes. La propiedad entraña obligaciones, su uso debe estar al servicio del bien común, que es prevaleciente frente al interés particular del propietario”.

Para José Luis Cea (“Derecho Constitucional Chileno”, tomo II; Ediciones PUC; Santiago, 2012, págs. 574-575), en relación con la función social, *“es inconcebible imaginar o entender ese derecho sin las restricciones y deberes que legitiman su ejercicio por el dueño”, (ésta es) “un elemento estructural del dominio, es decir, es parte del derecho mismo, concerniente a su esencia, y no algo adicionado o superpuesto por el Estado a él”. “Es el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro”. Más adelante agrega que “es un criterio delimitador del contenido esencial y del modo de ejercer el dominio, por lo cual tiene cualidad prescriptiva y no sólo descriptiva, operando como pauta para que la propiedad sirva a su destino natural”. La función social “es expresión del principio de solidaridad, por su estrecha vinculación con la contribución que el dominio tiene que otorgar a la satisfacción de los intereses generales de la sociedad política y a la realización concreta del bien común en ella”;*

CUADRAGESIMOCUARTO. Que dicha función social se aplica a todo tipo de propiedad. Como ha dicho este Tribunal, *“esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad.”* (STC Rol N^o 506). Como ha dicho en otra sentencia, *“la Constitución no formula distinción o exclusión alguna que impida al legislador regular y limitar todas las especies de propiedad en el marco habilitante ya transcrito y establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada. Cabe concluir entonces que la Carta Fundamental establece los mismos criterios limitativos, cualquiera sea el bien objeto del derecho de propiedad adquirido, y que, en definitiva, es a esta Magistratura a quien le corresponde precisar, en esta sede de control, hasta dónde la ley, por esta vía, puede limitar el derecho de propiedad o imponerle obligaciones que no importen transgredir el estatuto constitucional de este derecho;”* (STC Rol N^o 1.309);

CUADRAGESIMOQUINTO. Que la posibilidad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones de una faja de un camino público es una limitación al dominio, en primer lugar, porque establece una obligación de hacer, consistente en el deber que tiene el propietario

de la instalación de sacarla del lugar en que se encuentra, manteniendo la propiedad sobre ella.

En segundo lugar, porque la ocupación de una porción de un bien nacional de uso público, que tienen ciertas empresas, emana de un permiso otorgado por la autoridad. Dicho permiso sustrae del uso común un bien que podrían utilizar todos. El permiso es, en sí, una limitación.

En tercer lugar, porque se funda en una de las causales que la Constitución contempla como justificadoras de la función social: los intereses generales de la Nación. Estos, ha dicho este Tribunal, citando al profesor Enrique Evans, *“expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden”* (STC Rol N° 334). En el mismo sentido lo ha definido la doctrina. Así, para Cea, dichos intereses son todo *“cuanto convenga o beneficie al país en su conjunto, aunque pueda referirse a sectores de su población, áreas de actividad o zonas geográficas específicas o determinadas dentro de él”* (ob. cit.; p. 578). Para Nogueira (ob. cit.; p. 183), es *“todo cuanto beneficie y posibilite el desarrollo del país en su conjunto, aun cuando ello se concrete en determinadas zonas geográficas, actividades específicas o posibilite el desarrollo del país”*;

CUADRAGESIMOSEXTO. Que este interés general se materializa en el derecho de todos los habitantes a circular por los caminos públicos. De conformidad al artículo 107 de la Ley de Tránsito, *“los conductores tienen el derecho a transitar en sus vehículos por las vías públicas, salvo las excepciones que establece esta ley y las medidas que, en caso contrario y en casos especiales, adopte la autoridad competente”*.

Dicho derecho es la concreción de la libertad de locomoción, que implica, entre otras cosas, *“el trasladarse de uno a otro lugar”* dentro de la República (artículo 19, N° 7°, Constitución), sin pedir permiso o autorización, y sin trabas;

CUADRAGESIMOSEPTIMO. Que este derecho de tránsito está especialmente garantizado por la Ley de Tránsito. Por de pronto, facultando a la autoridad para retirar los vehículos en ciertos supuestos. Por ejemplo, si se trata de vehículos abandonados en la vía pública (artículo 156); de vehículos que hayan sufrido un desperfecto y entorpecen el tránsito (artículo 173), pues, en esos casos, se dificulta el tránsito. Enseguida, porque la ley se preocupa de establecer que las vías públicas sólo pueden destinarse a cumplir su objetivo, prohibiendo que se destinen a otros fines que no sea el tránsito de vehículos (artículo 160). Finalmente, porque la ley tipifica los casos en que ese libre tránsito puede ser afectado. Así, la autoridad puede prohibir por causas justificadas la circulación de todo vehículo o de tipos específicos de éstos, por determinadas vías públicas (artículo 113); también se faculta a dicha autoridad para autorizar en ca-

sos calificados que una determinada vía o calle sea destinada a un uso distinto del tránsito de vehículos (artículo 161) o con tránsito restringido para la circulación de vehículos y peatones (artículo 112);

CUADRAGESIMOCTAVO. Que la preocupación por esta libertad ambulatoria se manifiesta también en que hay Ministerios encargados de lograr tal propósito. Así, por una parte, el Ministerio de Transportes es el que establece nacionalmente la normativa de tránsito (artículo 4^o, Ley de Tránsito). Por la otra, el Ministerio de Obras Públicas está encargado del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales (artículo 1^o, D.F.L. N^o 850, MOP, 1997). Específicamente corresponde a la Dirección de Vialidad la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y reparación de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecutan con fondos fiscales o con aportes del Estado (artículo 18, D.F.L. N^o 850, MOP, 1997);

CUADRAGESIMONOVENO. Que, entonces, la posibilidad de traslado de instalaciones en las fajas de los caminos se funda en el beneficio que para la sociedad toda trae consigo el mejoramiento de los caminos, necesidad que impone dicho traslado;

IX

EL PRECEPTO ES UNA LIMITACIÓN LEGÍTIMA AL DOMINIO

QUINCUAGÉSIMO. Que si el traslado de las instalaciones dispuesto por la autoridad es una limitación al dominio, queda por analizar si ésta es legítima. Es decir, si cumple los criterios que este Tribunal, interpretando la Constitución, ha establecido para ello;

QUINCUAGESIMOPRIMERO. Que, en primer lugar, la norma reprochada cumple el criterio de que la limitación sea mesurada y razonable. Por de pronto, porque hay una orden de traslado. No se expulsa del uso de la faja a las instalaciones, pues pueden permanecer en un determinado lugar diferente al que en un momento determinado ocupen. No hay una prohibición o una orden de retiro. De hecho, las instalaciones fueron trasladadas y reinstaladas en la faja.

Enseguida, porque hay un beneficio para el requirente, consistente en que puede usar gratuitamente la faja. Todas las otras instalaciones que ocupen la faja, después de 1996, deben pagar por ello.

Finalmente, si la autoridad puede ordenar el retiro de toda instalación, sin derecho a indemnización, no se advierte por qué debería pagar por un mero traslado. No hay que olvidar que el permiso de ocupación tiene un grado de precariedad mayor que el de una concesión;

QUINCUAGESIMOSEGUNDO. Que, en segundo lugar, cumple el criterio de que no se debe desnaturalizar el uso principal de la faja. Esta

es un bien nacional de uso público, destinado al libre tránsito. El traslado se dispuso para mejorar ese uso principal, pues se iba a ensanchar y mejorar el camino al que accedía;

QUINCUAGESIMOTERCERO. Que es tan central este uso principal, que hay una serie de sujetos que sufren restricciones para asegurar dicho libre tránsito.

En primer lugar, lo sufren los vehículos que transitan por dichos caminos. Estos necesitan patente, permiso de circulación y certificado de seguro obligatorio (artículo 51, Ley de Tránsito). Además, deben estar inscritos en el Registro de Vehículos Motorizados, presumiéndose propietario la persona a cuyo nombre fuera inscrito (artículos 39, inciso primero, y 44, Ley de Tránsito). También deben tener condiciones técnicas de construcción, de seguridad, comodidad, presentación y mantenimiento, definidas por el ordenamiento jurídico (artículo 62). Así, deben tener neumáticos en buen estado (artículo 69), frenos y luces (artículo 70), una serie de elementos, como velocímetros, parachoques, rueda de repuesto, cinturones de seguridad (artículo 75). Asimismo, la carga no puede exceder pesos máximos (artículo 65). Del mismo modo, el vehículo no puede contaminar (artículo 78) y debe tener revisión técnica al día (artículo 89).

En segundo lugar, sufren estas limitaciones los conductores de dichos vehículos. Estos necesitan tener licencia para conducir, la que deben llevar consigo (artículos 5° y 6°). También deben obedecer y respetar las señales de tránsito (artículo 95); respetar los límites de velocidad (artículos 117 y 144); respetar el sentido del tránsito o de la circulación (artículos 116, 120 y 122); respetar la distancia entre vehículos (artículo 126). Asimismo, no pueden conducir si no están en condiciones físicas o psíquicas suficientes (artículo 109); si se encuentran en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol (artículo 110).

En tercer lugar, sufren limitaciones los dueños de predios colindantes a los caminos públicos. Así, estos dueños tienen prohibido ocupar las fajas de 35 metros, medidos a cada lado de los cierros actuales, con construcciones de tipo definitivo que en el futuro perjudiquen su ensanche (artículo 39). También, los predios rústicos colindantes deben permitir la extracción de tierras, arena, piedras y demás materiales análogos que fueren necesarios para construir y conservar los caminos (artículo 45). Además, la que los obliga a soportar su uso para restablecer el tránsito, si éste se interrumpiere por destrucción u obstrucción motivada por fuerza mayor o caso fortuito (artículo 46). Del mismo modo, los dueños de los predios colindantes deben proporcionar el agua que se necesite para construir los caminos (artículo 48);

QUINCUAGESIMOCUARTO. Que, para garantizar ese libre tránsito, se confiere una serie de facultades a la Dirección de Vialidad. Así, ésta tiene la facultad de disponer la reapertura o ensanche de los caminos

(artículo 26); también puede ordenar restablecer el tránsito, autorizando el uso de los terrenos colindantes para ello (artículo 46); además, tiene deberes de mejoramiento, defensa, reparación y conservación (artículo 18); asimismo, puede prohibir el acceso que constituya peligro para la seguridad del tránsito o que entorpezca la libre circulación (artículo 40);

QUINCAGESIMOQUINTO. Que en el mismo sentido se enmarca la prohibición de ocupar, cerrar, obstruir o desviar los caminos públicos (artículo 35);

QUINCAGESIMOSEXTO. Que no se advierte razón que justifique que quienes ocupan dichas fajas gratuitamente, no tengan la limitación de soportar el costo de un traslado de sus instalaciones. La pregunta es por qué no van a tener estas restricciones, si una serie de otros sujetos, para garantizar el libre tránsito por los caminos, sufre restricciones a sus derechos;

QUINCAGESIMOSEPTIMO. Que el tercer criterio que ha establecido este Tribunal para legitimar las limitaciones, es la función pública que desempeña el concesionario.

En efecto, la concesión de servicio público eléctrico implica dar suministro de energía a usuarios finales ubicados en una zona de concesión. Por lo mismo, las empresas sólo pueden destinar sus instalaciones de distribución al servicio y al alumbrado público (artículo 7°, Ley General de Servicios Eléctricos, en adelante LGSE). Como ha dicho esta Magistratura, *“se trata, en consecuencia, de una propiedad afecta a un fin específico, de enorme impacto en la industria, en el trabajo, en la oficina, en el hogar, en los centros de enseñanza, en los lugares de entretención o de esparcimiento. Resulta difícil encontrar una actividad donde este insumo no se utilice. El concesionario, por lo mismo, no realiza una actividad cualquiera. Realiza un emprendimiento que exige continuidad o no interrupción o suspensión del servicio (artículo 16 B, Ley N° 18.410), seguridad en su prestación (artículo 139, Ley General de Servicios Eléctricos), coordinación (artículo 138), calidad (artículos 41, 130 y 146) y no discriminación –debe dar servicio dentro del área de concesión a cualquier usuario que lo solicite– (artículo 125)”* (STC Rol N° 1.669).

Por lo mismo, no es una propiedad cualquiera, sino sujeta a regulaciones que buscan garantizar el cumplimiento de dicha finalidad de servicio público;

QUINCAGESIMOCTAVO. Que, por lo demás, los concesionarios de distribución de energía eléctrica están sujetos a una serie de obligaciones o prohibiciones que la LGSE les impone, semejantes a la que la empresa requirente cuestiona. Por ejemplo, ha dicho este Tribunal, no pueden transferir la concesión o parte de ella sin la autorización del Ministerio de Energía (artículo 47, LGSE); las servidumbres que pueden imponer a los privados se deben establecer en conformidad a los planos aprobados en el decreto de concesión (artículo 48); los propietarios de las líneas están obligados a permitir el uso de sus postes, torres y otras instalaciones que

sean necesarias (artículo 52); en el trazado de las líneas, en lo posible, no pueden cortar o podar árboles (artículo 222); toda la operación del sistema eléctrico es coordinada para garantizar la seguridad y la operación más económica (artículos 118, 137 y 138, LGSE); las concesionarias deben disponer permanentemente de suministro de energía que les permita satisfacer el total del consumo proyectado de sus consumidores (artículo 131); el concesionario debe mantener las instalaciones en buen estado y en condiciones de evitar peligro para las personas o cosas (artículo 139) (STC Rol N° 1.669).

No es, entonces, el pago del traslado de instalaciones la única obligación que el concesionario debe soportar;

QUINCUAGESIMONOVENO. Que, en cuarto lugar, también la limitación cumple el criterio de tener en cuenta las limitaciones en el contexto de privilegios que pueda disfrutar el afectado.

En efecto, en primer lugar, como ya se ha indicado, el concesionario puede usar gratuitamente y de modo exclusivo, un pedazo de un bien nacional de uso público, un bien que es de todos y que, de no mediar el permiso, podrían usar todos.

En segundo lugar, como lo ha dicho esta Magistratura, los concesionarios de servicio público tienen una serie de privilegios: *“hay una suerte de monopolio natural en la zona de concesión (artículo 17, LGSE); puede disponer de servidumbres en terrenos privados (artículo 48, LGSE); cobra una tarifa que le asegura una rentabilidad económica mínima (artículo 152, LGSE) y que deben pagar todos los usuarios, sin excepción (artículo 151 de la misma ley)”* (STC Rol N° 1.669). Ello se justifica por la importancia que tienen los servicios básicos y en particular la electricidad, para la vida de las personas.

En tercer lugar, los concesionarios tienen una serie de facultades, que les permiten imponer obligaciones a particulares, incluso más intensas que la que se cuestiona en este requerimiento, como lo ha reconocido esta Magistratura (STC Rol N° 1.669).

Por una parte, se encuentra la facultad que tienen las empresas concesionarias para exigir a los usuarios que soliciten servicio dentro del área de concesión, un aporte financiero reembolsable para ejecutar ampliaciones de capacidad, o para la extensión de las instalaciones existentes hasta el punto de empalme del peticionario (artículos 126, 127 y 128, LGSE). No obstante que en su área de concesión las empresas distribuidoras están obligadas a dar servicio (artículo 125), la ley les permite que puedan solicitar este aporte, previo contrato que deben firmar con el usuario. En este caso, la empresa pide al usuario financiar la obra de ampliación o extensión. La equivalencia está dada porque para el usuario no obtener el suministro con el cual producir otros bienes, o consumir la energía en el hogar, la industria, el comercio, etc., es una verdadera orden negativa. Es decir, una prohibición de acceso a dicho suministro.

Por otra, las concesiones de distribución crean a favor del concesionario el derecho a imponer las servidumbres necesarias para tender líneas a través de propiedades ajenas (artículo 51, LGSE). El dueño del predio afectado tiene la facultad de exigir que las instalaciones no crucen por ciertos lugares especiales (artículo 54) y a que se le pague el valor de los terrenos y una indemnización (artículo 69); pero no puede perturbar el libre ejercicio de la servidumbre (artículo 57); y debe permitir la entrada de inspectores y trabajadores para efectuar reparaciones (artículo 56).

Ambas figuras son semejantes al traslado de redes. En el caso *sub lite*, la autoridad, como consecuencia de administrar la faja adyacente a los caminos públicos y con el propósito de garantizar un mejor libre tránsito, dispone su traslado. En las facultades que tienen las empresas, éstas imponen obligaciones a privados para que pueda llevarse a cabo la distribución de la energía;

SEXAGÉSIMO. Que, finalmente, se cumple el último criterio: que la limitación no se convierta en privación del dominio.

En efecto, en la obligación de traslado, en primer lugar, no hay desplazamiento patrimonial. Lo que existe es un mandato de hacer, que la empresa debe llevar a cabo, como consecuencia de tener sus instalaciones en un bien nacional de uso público. Dicha obligación es trasladar las redes de modo temporal, hasta que se mejore el camino público en cuya faja se encuentran ubicadas. En esa obligación, las instalaciones siguen siendo de propiedad de las concesionarias, no pasan a dominio de la Dirección de Vialidad.

En segundo lugar, no hay privación, porque no hay daño. El eventual perjuicio económico que signifique el traslado, se compensa con el uso gratuito de la faja, que la empresa ha usado pacífica y tranquilamente por prácticamente diez años, contados desde 1996. Ha tenido tiempo suficiente para amortizar sus inversiones.

En tercer lugar, no hay privación porque no se afecta el funcionamiento de la empresa. Esta podría perfectamente ubicar sus instalaciones en los predios privados colindantes al camino. Pero eso implicaría un costo por el pago de las servidumbres de paso. Prefiere, por tanto, instalarse en la faja del camino público, por su gratuidad. Pero eso la sujeta a eventuales traslados y a órdenes de retiro que pueda disponer la autoridad.

y VISTO lo dispuesto en los artículos 19, N^{OS} 20^º y 24^º, y 93, N^º 6^º, de la Constitución Política de la República, así como en las normas pertinentes de la Ley N^º 17.997, orgánica constitucional de esta Magistratura,

SE RESUELVE:

Que se rechaza el requerimiento de fojas 1, dejando sin efecto la suspensión de procedimiento decretada en estos autos, a cuyo efecto deberá oficiarse al tribunal respectivo.

Que no se condena en constas a la requirente, por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

El Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán dejan constancia de que concurren a la sentencia que rechaza el requerimiento deducido, por estimar que dicha decisión se conforma con el mérito del presente proceso constitucional; pero cumple con hacer presente –tal como se hizo presente en los autos roles N^{os} 1.863, 1.993, 2.043, 2.077, 2.078, 2.079 (ac) y 1.991 que no comparte ciertos enfoques doctrinarios de la sentencia, especialmente sobre la naturaleza del derecho del concesionario eléctrico a usar bienes nacionales de uso público para el ejercicio de su actividad y en cuanto a la justificación de las cargas que recaen sobre ese derecho, en lugar de los cuales tiene presente lo siguiente:

1°. Si bien hay doctrina que sostiene que la utilización exclusiva o preferente de un bien estatal o público por parte de un particular no puede ejercitarse sino en virtud de un acto unilateral de la Administración, descrito como un acto administrativo denominado permiso, de carácter discrecional, unilateral y precario, crecientemente la legislación nacional se inclina por consagrar también, como fuente de ese derecho, un contrato: el de concesión. Así lo hacen, por ejemplo, el Decreto Ley N^o 1.939 (artículos 57 y siguientes); la Ley N^o 18.695 (artículo 36); la Ley N^o 18.696 (artículo 3°), y la Ley N^o 19.542 (artículos 7 y 53) entre otras.

También, en ocasiones, es la propia ley la que concede directamente ese derecho, tratándose en dichos casos de un verdadero derecho legal de uso, pues el uso del bien público lo permite directa e inmediatamente una norma legal expresa, como ocurre en el caso de autos, en que es la Ley General de Servicios Eléctricos (actualmente contenida en el D.F.L. N^o 4/20.018, del Ministerio de Economía, de 2007, que fija su texto consolidado) la que en sus artículos 2°, N^o 4, letra b), y 16, consagra dicha facultad.

En efecto, el artículo 16 de dicho cuerpo legal, en lo pertinente, prescribe: “*Las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender las líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión*”.

De esta forma, el uso de los bienes nacionales de uso público con las indicadas finalidades constituye un derecho propio de la calidad de concesionario, en virtud del estatuto jurídico que rige a las concesiones de servicio público de distribución de energía eléctrica. Dichos concesionarios, que además prestan un servicio que beneficia a la comunidad toda, gozan del derecho legal para tender postaciones sobre las fajas de los caminos públicos, desde que tales bandas adyacentes son bienes nacionales de uso público, por definición del Decreto con Fuerza de Ley N^o 850, del Ministerio de Obras Públicas, de 1998, artículo 24.

En tal sentido, debe tenerse presente que esta misma Magistratura ha señalado que la concesión “*importa un acto esencialmente creador de derechos*”, de forma tal que se le “*ha reconocido siempre un carácter contractual*” (STC Rol N^º 467)

2^º. No resulta contradictorio con lo afirmado, la circunstancia de que el mismo artículo 41 del D.F.L N^º 850, cuyo inciso final se cuestiona, establezca que deba otorgarse una autorización, por parte de la Dirección de Vialidad, para hacer uso material de este derecho legal de uso, esto es, “*para tender las líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión*”, pues dicha autorización o permiso no es constitutiva de un derecho de uso que ya ha sido conferido por la ley, sino que tiene por objeto velar, por parte de la entidad bajo cuya competencia se encuentran los caminos públicos, por el cumplimiento de las normas preexistentes relativas a la seguridad vial y el uso público de los caminos, como se puede concluir con facilidad de simple la lectura de la citada norma. De allí que la Dirección de Vialidad esté obligada a otorgar dichas autorizaciones “*a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas.*” (Artículo 41 del D.F.L. 850, inciso cuarto).

3^º. Que sea la ley la que otorga directamente este derecho de uso al concesionario, si bien le confiere mayor estabilidad y firmeza que un simple permiso o un contrato de concesión, no significa que se trate de un derecho puro y simple que pueda ejercitarse libremente. Nada ha impedido al legislador imponer, por razones derivadas del bien común y amparadas por la función social de la propiedad, determinada en este caso especialmente por necesidades de utilidad pública, condiciones, modalidades u otras obligaciones o cargas asociadas a su ejercicio, aún más tratándose de un derecho que implica autorizar a un particular a utilizar bienes públicos en su provecho, gratuitamente en el caso del requirente, frente a la alternativa de verse obligado a enfrentar los costos de establecer una servidumbre para el tendido de sus redes eléctricas.

En efecto, siendo deber del Estado promover el bien común, conforme lo establece el artículo 1^º de la Constitución, así como establecer las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad, consagrada en el párrafo segundo del numeral 24, de su artículo 19, y fijar por ley las normas sobre concesión de los bienes del Estado (artículo, 63, numeral 10), no puede reprochársele que, junto con conceder gratuitamente el derecho legal de uso de bienes públicos a un particular, para facilitarle el ejercicio de su actividad de concesionario de un servicio de

distribución de energía eléctrica que, si bien presta un servicio público, de su legítimo provecho se apropia exclusivamente el concesionario, haga recaer sobre él la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del D.F.L. N° 850, del mismo modo que lo obliga a cumplir, como se dijo en el motivo anterior, las condiciones relativas al uso libre y seguro de los caminos públicos. Por lo demás, siempre las concesiones de esta clase implican, para su titular, derechos y obligaciones, como lo detalla la sentencia en sus considerandos quincuagesimoctavo y quincuagesimonoveno.

4°. De esta forma, dichos concesionarios están jurídicamente obligados a soportar la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del D.F.L. N° 850, salvo que en el permiso o contrato de concesión respectivo se hayan fijado otras condiciones, así como los demás derechos y obligaciones a que se ha aludido, dado que ello forma parte del estatuto legal de estas concesiones. Se derivan de su propia naturaleza y de la realidad fáctica en que se desenvuelven, la que naturalmente variará en el tiempo, debido al desarrollo del país, a las necesidades del perfeccionamiento vial y a los avances tecnológicos, entre otras razones, pues si así no fuera estaríamos frente al absurdo de suponer una Nación petrificada eternamente, con los mismos caminos, líneas de electricidad, de telecomunicaciones, drenajes, ductos, acueductos, ciudades, puentes.

Es por ello que la innovación normativa que demanda el progreso no puede sino considerarse parte integrante del estatuto legal de la concesión. Ésta es la noción que se expresa en lo dispuesto en el artículo 15° de la Ley General de Servicios Eléctricos, cuando establece que, en lo que ellas no prevean, las concesiones estarán sometidas a las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes o que se dicten el futuro sobre la materia, y en el mismo decreto que otorgó la concesión de autos, cuya copia rola a fojas 17, el cual establece, en su artículo 3°: *“La presente concesión se otorga en conformidad al D.F.L N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería, y queda sometida a todas las disposiciones legales y reglamentarias vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia”*. En concordancia con lo anterior, el artículo 16 de la misma ley eléctrica señala que *“las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión”*.

5°. En relación al supuesto efecto retroactivo de la norma, cabe tener presente que dicha materia fue arduamente debatida durante la discusión de la ley, especialmente en la sesión efectuada en el Senado el 18 de junio de 1996, quedando claro que la disposición no tenía tal carácter.

En tal sentido, el Ministro de Obras Públicas de la época, señor Ricardo Lagos, insistió que *“estamos hablando de una normativa que registrá a*

futuro”, de modo que “obviamente, esto tendrá vigencia a futuro, porque estamos legislando a partir del momento en que se publique la respectiva ley”.

Como consecuencia de lo anterior, el senador señor Fernández, hizo presente que “la ley en proyecto no tiene efecto retroactivo y que, por lo tanto, no afectará a los derechos que empresas o particulares puedan tener respecto de instalaciones existentes en fajas de propiedad fiscal”.

A su turno, el senador señor Hamilton reiteró que “el proyecto no contiene ninguna disposición que permita que en esta parte la ley rija para el pasado. Su vigencia comienza desde su publicación en el Diario Oficial. Ahora bien, las concesiones que se otorguen en adelante serán afectadas por estas normas, y si hay modificaciones de las anteriores, ellas podrán o no verse afectadas dependiendo de las condiciones en que fueron pactadas. Si se altera la franja del camino donde se encuentren ubicadas las concesiones, eso se resolverá de común acuerdo entre las partes, o conforme a la ley, o, en subsidio, por los tribunales”.

Por su lado, el senador señor Valdés destacó que “no puede regir una disposición de esta naturaleza con efecto retroactivo, porque afectaría derechos ya incorporados a la vida jurídica y económica de las empresas, acepto el veto, en el claro entendido de que rige para el futuro y no para el pasado”.

A su vez, el senador señor Zaldívar resumió el debate parlamentario en el sentido que “después de la discusión y de las aclaraciones del señor Ministro, queda de manifiesto –y así constará en la historia de la ley, lo cual es importante para su interpretación posterior por quien corresponda– que lo señalado en la norma rige a futuro”.

Por último, el entonces senador señor Piñera concluyó el proceso de aprobación del precepto destacando que había “habido unanimidad en el Senado, concurriendo a ella las palabras del señor Ministro, en el sentido de que la intención de esta normativa no es afectar hacia atrás situaciones consolidadas. Si hubiera discrepancia o disputa entre las partes hacia atrás, ellas deberán ser resueltas por los tribunales de justicia de acuerdo con lo establecido en los respectivos contratos y las leyes vigentes”. Incluso, hizo hincapié en que le parecía “que ese costo no sea de cargo del Ministerio, sino de las empresas respectivas, el cual, a su vez, de acuerdo con las leyes que determinan cómo se fijan las tarifas –porque hay distintos tipos de cuerpos legales sobre el particular–, podrá ser transferido a los usuarios o no”.

6°. Adicionalmente, en cuanto a la presunta aplicación retroactiva de la ley impugnada, es un hecho no discutido que ello no ocurre, pues consta en autos que el traslado en cuestión se dispuso con posterioridad a su entrada en vigor.

Por otra parte, en lo relativo a la presunta afectación de derechos adquiridos, la historia del establecimiento del precepto legal demuestra que, al momento de su aprobación en el Senado, se dejó constancia de que no afectaría el derecho de los concesionarios existentes a seguir usando gratuitamente de la faja fiscal. Por ello, junto con establecerse, para las

futuras concesiones, la obligación del pago de derechos por el uso de la faja fiscal, se contempló una disposición transitoria excluyendo de dicho pago a los concesionarios existentes. Con ello, mantuvieron estos concesionarios el beneficio que la ley les reconocía. En lo demás, como se ha dicho, nunca existió un pretendido derecho adquirido a la gratuidad de los traslados, pues esta posibilidad estuvo siempre incorporada en el estatuto jurídico de la concesión.

7°. Por estos motivos estimamos que el precepto legal cuestionado en estos autos no es contrario a la Constitución, reafirmando la doctrina enunciada por esta Magistratura en sentencia de 10 de febrero de 1995 (STC Rol N° 207) en cuanto, entre los elementos propios del 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, lo cual 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. Confianza que se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quién los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. De allí que, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, y la prevención, el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Rol N° 1.992-2011

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán concurrieron al acuerdo y fallo, pero no firman, por encontrarse haciendo uso de su feriado, la primera, y haber cesado en su cargo, el segundo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino y por el Suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL N^º 1.993-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 41, INCISO FINAL, DEL D.F.L. N^º 850 DE 1997, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N^º 15.840, DE 1964, Y DEL D.F.L. N^º 206 DE 1960, SOBRE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE CAMINOS, DEDUCIDO POR EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. “ENTEL”

(ACUMULADO CON ROLES N^{OS} 2.043-2011, 2.077-2011, 2.078-2011 Y 2.079-2011)

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 30 de mayo de 2011, en la causa Rol N^º 1.993; 28 de julio, en la causa Rol N^º 2.043, y 5 de septiembre, en los autos roles N^{OS} 2.077, 2.078 y 2.079, el abogado Cristián Maturana Miquel, en representación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. (en adelante indistintamente ENTEL), ha deducido sendos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 41 del D.F.L. N^º 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N^º 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del D.F.L N^º 206, de 1960, del mismo Ministerio, sobre Construcción y Conservación de Caminos, requerimientos que inciden en cinco causas sobre cobro de pesos en juicio de hacienda, todas caratuladas “*Fisco de Chile con Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.*”, de que conocen actualmente la Corte Suprema, en el primer caso, y la Corte de Apelaciones de Santiago, en los demás, conforme consta de los respectivos certificados que obran en autos.

Por presentación de 8 de noviembre de 2011, ENTEL solicitó la vista conjunta de estas cinco causas, señalando que correspondían a procesos similares y a idéntica materia jurídica.

Por resolución de 15 de noviembre de 2011, el Pleno de este Tribunal Constitucional, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 35 de su ley orgánica constitucional y que los cinco requerimientos aludidos impugnan el mismo precepto legal, inciden en gestiones pendientes entre las mismas partes y se encuentran en el mismo estado procesal, resolvió su acumulación, ordenando que se tramitaran a partir de esa fecha todos en la causa más antigua, correspondiente al Rol N^º 1.993

Como antecedentes de las respectivas gestiones pendientes en que inciden los requerimientos de inaplicabilidad deducidos, cabe consignar

que el Fisco de Chile –fundado en el precepto legal impugnado–, demandó de cobro de pesos en juicio de hacienda a ENTEL, para obtener el reembolso de las sumas aproximadas de \$996.000.000; \$715.000; \$3.500.000; \$2.800.000, y \$10.900.000, respectivamente, que previamente le había pagado a ENTEL –a través del Ministerio de Obras Públicas (STC Rol N° 1.993) o de la Sociedad Concesionaria Autopista Central S.A. (“por orden y cuenta del MOP”, roles N°s 2.043, 2.077, 2.078 y 2.079)–, por concepto del traslado de instalaciones de telecomunicaciones de su propiedad ubicadas en la Ruta 5, hoy autopista central, necesario para la ejecución de la obra Pública “Proyecto Sistema Norte-Sur”, que había sido ordenado en todos los casos por la Dirección de Vialidad mediante oficio de 19 de junio de 2001.

El precepto legal impugnado dispone que:

“En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo”.

ENTEL señala que el precepto cuestionado en estos cinco requerimientos acumulados, no puede aplicarse *in actum*, afectando hacia el pasado instalaciones emplazadas con anterioridad a la su entrada vigencia, esto es, septiembre de 1996, al amparo de concesiones de servicio público de telecomunicaciones otorgadas con anterioridad, y atropellando sus derechos adquiridos.

Además, expresa que la norma impugnada resulta decisiva en la resolución de los asuntos en que incide, lo cual quedaría demostrado con la cita que hace de las sentencias de primera instancia del Decimosexto Juzgado Civil de Santiago que, en los cinco casos, acogieron la acción del Fisco, declarando que el costo del traslado de las redes se rige por la ley vigente a la época en que se dictó la resolución que lo ordenó, esto es, el artículo 41 en comento, que hace de cargo del propietario ese costo. Este criterio, en el caso del proceso que va más avanzado (STC Rol N° 1.993), fue además ratificado por la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmando la sentencia de primer grado, declaró que era intrascendente que la concesión o las instalaciones fueran anteriores, en la medida que el traslado se produjera estando vigente el artículo 41.

Antes de entrar a las infracciones constitucionales invocadas, ENTEL señala que el texto actual del artículo 41 cuestionado, tiene su origen en la Ley N° 19.474, de 30 de septiembre de 1996, que modificó el ex Decreto Supremo N° 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas (que contenía el texto de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y de la Ley sobre Construcción y Conservación de Caminos), que con anterioridad a su modificación establecía en su artículo 42, inciso final, que *“en caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta*

exclusiva del interesado". Esto es, el traslado era de cargo del Ministerio de Obras Públicas. Luego, sólo a partir del año 1996, con la modificación de la Ley N^º 19.474, el costo del traslado pasó a ser de cargo del propietario de las instalaciones, conforme al texto actualmente vigente, impugnado de inaplicabilidad.

Agrega que durante la formación de esta ley, el Senado remitió al Ejecutivo para su sanción y promulgación un proyecto que mantenía el criterio de que el costo era asumido por el "*interesado*", siendo el Presidente de la República quien, a través del veto introdujo la modificación, estableciendo el costo de cargo del "*respectivo propietario*". En la discusión del veto en ambas cámaras del Congreso estuvo presente el entonces Ministro de Obras Públicas, don Ricardo Lagos Escobar, quien manifestó que la modificación operaría sólo hacia el futuro y no con efecto retroactivo. Así, ambas cámaras aprobaron el veto en ese entendido, de modo que no se afectaran situaciones ya consolidadas, debiendo entonces pagar los costos del traslado el Ministerio de Obras Públicas, en los casos de concesiones otorgadas con anterioridad a la modificación.

En la misma línea, la requirente cita diversos dictámenes de la Contraloría General de la República, fechados entre los años 2000 y 2008, en que se consigna que todo retiro o cambio de instalaciones autorizadas antes de la publicación de la Ley N^º 19.474, de 1996, continúa rigiéndose por la norma del Decreto Supremo N^º 294, de 1984, pues en la historia de dicha ley aparece la intención de que la modificación sólo rija para el futuro y no pueda aplicarse a instalaciones correspondientes a concesiones otorgadas antes de su vigencia.

En cuanto a la infracción constitucional que se produciría por la aplicación del precepto legal impugnado en los casos concretos, la requirente estima que se conculcaría el artículo 19, N^{os} 2^º, 20^º, 21^º, 22^º, 24^º y 26^º, de la Constitución Política.

Así, en primer lugar, ENTEL señala que es concesionaria de servicios intermedios de telecomunicaciones, conforme al artículo 3^º de la Ley N^º 19.302, de 1994 y, en concreto respecto de sus instalaciones ubicadas en la autopista central, en virtud del Decreto Supremo N^º 193, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, del año 1991, que le otorgó la concesión para la instalación, operación y explotación de una red de cables de fibra óptica entre Santiago y Temuco, concesión que por su naturaleza dura 30 años.

La concesión es así un acto jurídico creador de derechos, ya sea como contrato o acto administrativo bilateral, donde siempre se requerirá la intervención y aceptación de un particular, que adquiere derechos y obligaciones. En este sentido cita la sentencia Rol N^º 467 de este Tribunal.

Añade que, en su calidad de concesionaria, ENTEL explota la concesión en razón del derecho *ex novo* que ésta le otorga, que constituye un

bien incorporal sobre el cual existe propiedad protegida por el N° 24° del artículo 19 de la Constitución, siendo uno de sus principales derechos como concesionario el de usar los bienes nacionales de uso público, recogido expresamente por los artículos 18 y 19 de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, que le permite tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas en dichos bienes.

Este derecho, conforme al dictamen de la Contraloría N° 62.503, de 2006, es inherente y consustancial a la concesión; la actividad económica del concesionario –en relación con el artículo 19, N° 21°, de la Constitución– no puede verse afectada por un cambio de condiciones como los costos de reubicación de instalaciones con motivo de la ejecución de obras que provienen de decisiones de la Administración, máxime si esas decisiones, por su magnitud, podrían llegar a hacer inviable la actividad, y el concesionario incorpora a su patrimonio el derecho a ejercer la concesión al momento de otorgársele, en los términos previstos en la ley, facultad amparada por el artículo 19, N° 24°, de la Constitución.

También cita la actora al profesor Luis Claro Solar en cuanto a que “*los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación*”; agregando que esto constituye la salvaguarda del principio de los derechos adquiridos, base sustancial de la garantía constitucional del dominio y especialmente vinculada con el principio de la seguridad jurídica, citando al efecto la sentencia Rol N° 207 de esta Magistratura.

ENTEL concluye que su facultad de usar bienes públicos en los términos vigentes al otorgamiento de su concesión, incluyendo la garantía de que los costos de las reubicaciones de infraestructura sean de cargo del interesado, no constituye una mera expectativa, sino que constituye un derecho adquirido, que incluye como atributos esenciales la gratuidad, la estabilidad y la ausencia de gravámenes futuros. En consecuencia, no se puede afectar retroactivamente este derecho, como lo hace el artículo 41, inciso final, del D.F.L. N° 850. En fin, este precepto tampoco constituye una norma de orden público o de orden público económico, por lo que no puede regir *in actum*.

En otro orden de ideas, ENTEL sostiene que se incorporó a una actividad económica regida por reglas especiales tipificadas en la ley y no por el derecho común. Así, los artículos 18 y 19 de la Ley General de Telecomunicaciones; el artículo 42 del Decreto Supremo N° 294, de 1984, y el Decreto del año 1991 que le otorgó la concesión de servicio público de telecomunicaciones, establecieron a su favor el uso gratuito de bienes nacionales de uso público y que el costo del gravamen ulterior por el traslado de sus redes de fibra óptica ya instaladas y en operación, derivado de una iniciativa estatal, sería, precisamente, de cargo de la autoridad u órgano interesado.

Luego, ENTEL al instalar sus redes en la Ruta 5 actuó con la certidumbre conferida por la ley y el decreto concesional, en cuanto a sus derechos, obligaciones y cargas, incluyendo la gratuidad en el uso que es esencial a la concesión, y que la distingue de las simples autorizaciones o permisos precarios de la autoridad, que sí son revocables por causa de interés público.

Pues bien, la estabilidad del estatuto normativo vigente al momento del otorgamiento de la concesión, el año 1991 –incluyendo el derecho de uso gratuito y el no pago del costo de traslados futuros–, fue considerado por ENTEL para adoptar sus decisiones de inversión. Luego, 5 años después, la Ley N^º 19.474, de 1996, incorporó el inciso final del artículo 41 del D.F.L. N^º 850, que sustituyó el régimen del derecho de uso del concesionario, estableciendo como de cargo del propietario de la infraestructura, los costos de los traslados que disponga forzosamente la autoridad “*por cualquier motivo*” –normalmente ajeno a la concesión de telecomunicaciones–, afectando directamente el balance económico de la empresa y la proyección operacional consiguiente de la actividad que ejecuta.

Lo anterior supone la alteración de uno de los atributos esenciales de su concesión, afectando su estabilidad y precarizándola, ya que al hacer de su cargo el costo del traslado de infraestructura instalada con anterioridad a la modificación legal del año 1996, le impone un gravamen económico y patrimonial no contemplado al momento de otorgarse la concesión, conculcando así el precepto legal cuestionado su derecho de propiedad garantizado en la Carta Fundamental, sin mediar alguna de las causales que está última establece para autorizar limitaciones a la propiedad, pues en la especie no está comprometida su función que, por cierto, no comprende el mero “*interés fiscal*” en el recupero de sumas de dinero previamente pagadas.

Tampoco está comprometido el interés general de la Nación ni la utilidad pública, no está demostrado un menoscabo fiscal, sino un mero interés particular del Fisco para ahorrar recursos, en circunstancias que el costo a que se viene aludiendo debiera ser asumido por el mismo Fisco o más lógicamente por la entidad que construye la obra fiscal.

En definitiva, en la especie existe privación de un atributo esencial de la concesión –constituido por el uso gratuito de los bienes públicos, en forma estable y sin gravámenes ulteriores–, incorporado como derecho adquirido al patrimonio de ENTEL al momento del otorgamiento de la concesión, sin que tampoco pueda considerarse al precepto legal impugnado como una ley que autorice la expropiación con los requisitos exigidos al efecto por el artículo 19, N^º 24^º, constitucional.

Concluye esta parte expresando que no sólo se produce privación del dominio cuando hay un despojo total, sino también cuando se limita o regula en exceso, desnaturalizando el derecho y sus atributos, como ocurre

en la especie. En abono de este argumento cita las sentencias roles N^{os} 505 y 506 de este Tribunal.

En la parte final de su requerimiento, ENTEL aduce la conculcación del principio de confianza legítima, que deduce del artículo 19, N^o 26^o, en relación con los artículos 5^o, 6^o y 7^o de la Constitución, principio que es consecuencia de la certeza exigida por la seguridad jurídica, y que está constituido por la garantía de permanencia y estabilidad en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico, sin que la Administración pueda adoptar medidas contrarias a esa estabilidad, en función de la cual los particulares han ejercido o ejercen sus actividades. Así, el referido principio exige la protección de las situaciones que crearon derechos, conforme a la normativa vigente a la época de su ejercicio. Este principio habría sido recogido por la Corte Suprema y por este Tribunal, en la sentencia Rol N^o 506, en relación con las denominadas “*regulaciones expropiatorias*”. Esta confianza legítima es atropellada cuando el legislador, ex post, atribuye a un acto o facultad legal efectos jurídicos más desfavorables o gravosos que los vigentes al adoptar la decisión. Luego, la retroactividad propia o impropia de una ley, atenta contra este principio esencial en un Estado de Derecho. Precisamente, el inciso final del artículo 41 cuestionado no puede ser aplicado a la resolución de la gestión *sub lite*, en forma de consagrar una retroactividad impropia, debiendo aplicarse al efecto el antiguo artículo 42 del Decreto Supremo N^o 294, de 1984, que hace de cargo del “*interesado*” los costos de los traslados. De este modo el sentenciador no producirá un resultado inconstitucional.

Conforme a lo expresado, en el caso *sub lite* también se afecta la garantía del artículo 19, N^o 21^o, de la Constitución, ya que ENTEL realizó sus inversiones conforme a las normas legales que regían su concesión y con la confianza generada por ellas, que implicaban dejarla a salvo de costos sobrevenidos por el traslado de las instalaciones. Además, la regulación de una actividad económica, debe tener presente los derechos legítimamente adquiridos al amparo de la normativa vigente al momento de su obtención. Así, el inciso final del artículo 41 impugnado, defrauda la razonable expectativa de seguridad de la inversión realizada por ENTEL al instalar sus redes de fibra óptica, debiendo ahora no sólo cambiarlas, sino, además, pagar dicho traslado.

Por otro lado, la aplicación del precepto bajo análisis vulneraría las garantías de la igualdad ante la ley y de la no discriminación arbitraria en materia económica, establecidas en los numerales 2^o y 22^o del artículo 19 de la Ley Fundamental, al privar del beneficio de la gratuidad y exención de gravamen futuro a ENTEL, configurando un cambio particularizado que sólo afecta a los concesionarios que operan en el bien nacional de uso público denominado Ruta 5, hoy autopista central, a quienes se les impone una carga especial, anormal y grave, de asumir exclusivamente

los costos del cambio sobreviniente de instalaciones, lo que también es contrario a la garantía del N^º 20^º del artículo 19 constitucional.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 29 de junio de 2011, admitió a tramitación el requerimiento deducido en los autos Rol N^º 1.993, sin que a su respecto se hubiere solicitado la suspensión del procedimiento en la gestión *sub lite*; y por resolución de 3 de agosto, en el caso del Rol N^º 2.043, y resoluciones de 22 de septiembre, en el de los roles N^{OS} 2.077, 2.078, 2.079, admitió a tramitación estas acciones de inaplicabilidad y ordenó la suspensión de las respectivas gestiones en que inciden.

La misma Sala, por sendas resoluciones de 20 de julio (STC Rol N^º 1.993), 20 de septiembre (STC Rol N^º 2.043) y 12 de octubre de 2011 (STC roles N^{OS} 2.077, 2.078 y 2.079), declaró admisibles estos cinco requerimientos.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, todos los requerimientos fueron puestos en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, y del Fisco de Chile, sin que los aludidos órganos constitucionales hicieren uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

Mediante presentaciones de 18 de agosto (STC Rol N^º 1.993), 20 de octubre (STC Rol N^º 2.043) y 9 de noviembre de 2011 (STC roles N^{OS} 2.077, 2.078 y 2.079), la abogada procuradora fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, Irma Soto Rodríguez, en representación del Fisco de Chile, hizo uso dentro de plazo de su derecho a formular observaciones en estas cinco causas acumuladas, instando por el rechazo de cada una de ellas.

Comienza el Fisco señalando que la Ley N^º 19.474, de 1996, en el marco del desarrollo vial años 90, modificó el artículo 41 de la Ley del Ministerio de Obras Públicas, estableciendo, por una parte, en su inciso tercero, el pago de derechos por las concesionarias de servicios de utilidad pública que necesitaren colocar postaciones, cables, alambrados, etc. en caminos públicos, pero precisando que ello sólo sería exigible respecto de concesiones otorgadas después de la publicación de la Ley N^º 19.474; y por otra parte, en su inciso final nuevo, que en caso de que fuere necesario el traslado de instalaciones en caminos públicos, su cargo sería de costo del propietario o conforme a las condiciones establecidas en el contrato de concesión, con el propósito de evitar que la Dirección de Vialidad tuviera que soportar dicho gasto.

Así, afirma que las concesionarias anteriores a la Ley N^º 19.474 continúan utilizando bienes públicos sin prestación alguna a cambio. Luego, resulta lógico y razonable que el cambio de instalaciones, de ser necesario, se haga a su costo. Agrega que el Estado es dueño y administrador de los bienes nacionales de uso público, entre los que se encuentran los caminos,

siendo así constitucionalmente legítimas las facultades que el inciso tercero y siguientes del artículo 41 aludido otorgan a la Dirección de Vialidad para autorizar la colocación, el retiro o el traslado de instalaciones de servicios de utilidad pública en ellos. En todo caso, aplicando a fortiori el inciso cuarto del artículo 41, la decisión del traslado de las instalaciones no es de libre decisión administrativa, sino motivada, y estas limitaciones al uso de los caminos públicos tienen fundamento en el interés general y la utilidad pública.

Añade el Fisco que los requerimientos de ENTEL envuelven una cuestión de simple legalidad y no de constitucionalidad, consistente en determinar si los costos del traslado de las instalaciones corresponden al interesado, según alega la requirente, por aplicación de las normas de la Ley General de Telecomunicaciones, o si corresponden al propietario según sostiene la Dirección de Vialidad, invocando el artículo 41, inciso final, del D.F.L. N° 850, de 1997, que para el Fisco debe regir desde su publicación.

Así se desprende de los escritos de discusión de los diferentes juicios en que inciden los requerimientos de autos; del recurso de casación en la forma y en el fondo interpuesto por ENTEL y pendiente ante la Corte Suprema, en el caso del Rol N° 1.993, y de los recursos de casación en la forma y apelación también deducidos por ENTEL y pendientes ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso de los roles N°s 2.043, 2.077, 2.078 y 2.079. En todas estas presentaciones se aprecia que la discusión en las gestiones *sub lite* está volcada en dos temas de legalidad: la aplicación de la ley en el tiempo y el alcance de las normas en función de su generalidad o especialidad. Se trata de una cuestión de recta interpretación y aplicación de leyes concurrentes, que determina que los presentes requerimientos de inaplicabilidad son inadmisibles, citando al efecto el Fisco las sentencias roles N°s 503, 1.215 y 1.601 de este Tribunal.

Entrando a las infracciones constitucionales invocadas por ENTEL, el Fisco, en primer lugar, se hace cargo de la supuesta afectación de la seguridad jurídica, indicando que ésta y el principio de confianza legítima no están consagrados en la Carta Fundamental como garantías constitucionales, constituyendo sólo principios que las distintas ramas del derecho postulan. No es válido afirmar que de los artículos 6° y 7° constitucionales se desprenda explícita o implícitamente que el Poder Legislativo, depositario de la voluntad soberana, no pueda modificar una situación normativa existente en un determinado momento. No existe el derecho a la inalterabilidad normativa ni a mantener las ventajas que de una regulación se reportan. Ello constituye una mera expectativa sobre la cual no existe propiedad. Por otro lado, la inalterabilidad del régimen jurídico sólo se obtiene cuando se celebra un contrato-ley con el Estado, cuyo no es el caso de autos. En fin, la modificación introducida por la Ley N° 19.474

se encuentra vigente hace 14 años, de modo que si la empresa requirente no fue previsora y no contempló entre sus costos asociados, el eventual traslado de algunas de sus instalaciones, ello sólo demuestra que no es eficiente y no actúa con la diligencia debida.

En segundo lugar, no se afecta el derecho de propiedad de la concesionaria de servicio de utilidad pública. Ello porque el dueño de los bienes nacionales de uso público es el Estado y no el particular. Los concesionarios de servicios de telecomunicaciones, como otros de utilidad pública, son beneficiarios de la explotación lucrativa de bienes comunes o públicos en virtud de un acto unilateral de autorización o permiso de la Administración, siendo jurídicamente improcedente sostener que la facultad conferida por la concesión o permiso atribuya un derecho de propiedad privada. La existencia de una autorización administrativa no constituye una concesión.

La concesión de telecomunicaciones lleva anexo el derecho a tender redes o postaciones, pudiendo atravesar bienes privados o nacionales de uso público. En el primer caso, se constituye una servidumbre legal onerosa, debiendo indemnizar al dueño del predio sirviente, y en el segundo caso el uso de los bienes nacionales de uso público es gratuito para los concesionarios anteriores a la vigencia de la Ley N^º 19.474, como ocurre en la especie.

El marco normativo de la concesión está dado por la Ley N^º 18.168, General de Telecomunicaciones, citando el Fisco sus artículos 18 y 19, y por el hoy artículo 41 del DFL N^º 850, de 1997, antes artículo 42 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y antes aún, artículo 19 del D.F.L. N^º 206, de 1960. Luego, la potestad de la Dirección de Vialidad para autorizar la instalación de líneas de distribución en caminos públicos no ha sido alterada con las modificaciones legales posteriores. Así, el concesionario de telecomunicaciones tiene un derecho de uso sobre los caminos públicos que debe ejercer conforme a la normativa que existe para ellos. Este derecho de uso, autorizado por la Dirección de Vialidad, no constituye una concesión de uso, ni forma parte de la concesión de telecomunicaciones.

En el mismo orden de ideas, cuando el artículo 41 del D.F.L. N^º 850 impugnado usa la palabra “concesión”, lo hace en sentido general y no técnico. Así, consta de la historia de su establecimiento, de la que se desprende que se refiere no a la concesión de servicio público de telecomunicaciones sino a la autorización para usar bienes nacionales de uso público, autorización o permiso que no otorga un derecho real administrativo, no es un contrato, es gratuito, es precario, y admite cambio en sus condiciones, al no generar derechos adquiridos.

Además, las normas de derecho público rigen desde su entrada en vigencia, como ocurre con el inciso final del artículo 41 –en relación a los

traslados de instalaciones—, desde la publicación de la Ley N° 19.474, el 30 de septiembre de 1996, sin distinciones respecto de las instalaciones construidas antes o después de esta ley, a diferencia del inciso tercero de la misma norma, en que el legislador sí distinguió en cuanto al cobro de derechos por la autorización de uso de caminos públicos, que sólo regiría a los permisos posteriores a la publicación de la ley. Por tanto, no habiendo distinguido la ley en la aplicación del inciso final del precepto impugnado, tampoco cabe hacerlo al intérprete. Así, además, lo ha resuelto la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago, según los fallos que se citan, resaltando el Consejo de Defensa del Estado que dichas sentencias, asimismo, determinan que el sentido de la palabra “*interesado*” que usaba el Decreto Supremo 294, de 1984, no se refería al Fisco, sino al propietario de las instalaciones, dando la razón a la doctrina que el Consejo denomina publicista.

Por último, lo relativo al costo de los traslados no es un derecho esencial en el aprovechamiento otorgado al concesionario, quien, en contraste con los terrenos privados, puede utilizar gratuitamente los caminos públicos.

En segundo lugar, el Fisco aduce que no existe la afectación de la esencia del derecho de dominio pretendida por ENTEL, toda vez que el imponer al concesionario, por razón de mejoramiento o ampliación de la vía pública, que traslade a su costa las instalaciones, no le priva ni limita su beneficio de explotar el giro de servicios de telecomunicaciones, ni su derecho a usar gratuitamente los caminos públicos, atendido que su concesión es anterior a la vigencia de la Ley N° 19.474.

Además, el propio Decreto Supremo N° 193, de 1991, que otorgó la concesión a ENTEL, dispone que aquélla queda sujeta a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia. Ello, de modo congruente con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que señala que el derecho real adquirido bajo la vigencia de una ley subsiste bajo el imperio de la nueva, pero sujeto a esta última en cuanto a sus goces y cargas.

Después de citar el Rol N° 43 de esta Magistratura, en relación a cuándo un derecho es afectado en su esencia, el Fisco concluye que lo concerniente a quién debe soportar el costo de los traslados de las instalaciones del concesionario, cuando ello se hace necesario por razones de utilidad pública, deviene en una cuestión accesorias, que no compromete en absoluto el contenido esencial de la concesión, permaneciendo el ejercicio de los derechos que de ella emanan para el concesionario inalterados en su naturaleza esencial.

En tercer lugar, el Fisco indica que no se afecta el libre ejercicio de actividades económicas, pues esta garantía constitucional, conforme al mismo artículo 19, N° 21°, de la Constitución, no es de carácter absoluto,

pues el Constituyente habilitó al legislador para prohibir y regular ciertas actividades económicas. En este caso, dicha regulación es consecuencia del régimen que el legislador decidió para la mejor y más segura utilización de los bienes que pertenecen a la Nación toda. Además, en la especie, tanto la Ley General de Telecomunicaciones como el respectivo decreto de concesión sujetaron el derecho del concesionario a las leyes que se dictaren en el futuro.

Agrega que la legislación no puede ni podrá mantenerse estática para no vulnerar las expectativas de ganancia de la empresa beneficiaria de la explotación de un servicio de utilidad pública. En fin, la mantención de las ventajas de una cierta situación normativa no es un derecho subjetivo y ni siquiera un interés legítimo, estando involucrado el interés público. Ello es una mera expectativa, perfectamente modificable.

Con fecha 5 de septiembre de 2011, en los autos Rol N° 1.993, la requirente ENTEL acompañó tres informes en derecho, que fueron objetados por el Consejo de Defensa del Estado, por presentación de 14 del mismo mes y año.

Con fecha 7 y 9 de noviembre de 2011, el Consejo acompañó en las cinco causas un dictamen de la Contraloría General de la República, de 18 de octubre de 2011, documento que fue objetado por ENTEL en todas las causas con fecha 11 y 15 de noviembre del mismo año.

Con fecha 29 de agosto, 27 de octubre y 14 de noviembre de 2011, respectivamente, se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla y por resolución de 15 de noviembre de 2011, encontrándose las cinco causas en el mismo estado procesal, conforme se indicó al inicio de esta sentencia, se ordenó su acumulación y, en audiencia de 1° de diciembre de 2011, se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Cristián Maturana Miquel, por la requirente Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A., y Paulina Veloso Valenzuela, por el Consejo de Defensa del Estado, y

Y CONSIDERANDO:

I LA IMPUGNACIÓN

PRIMERO. Que, como se ha señalado, la gestión pendiente de las causas acumuladas, está dada por recursos de casación en la forma y de apelación, en tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, en el contexto de acciones de cobro de pesos deducida por el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco, en un juicio de Hacienda interpuesta por el Fisco en contra de ENTEL, en virtud de la cual se pretende el reintegro de las sumas de dinero pagadas a ENTEL por concepto de traslado de instalaciones de telecomunicacio-

nes ubicadas en la Ruta 5, con ocasión de la ejecución de la obra pública “Proyecto Norte-Sur”.

Es en el marco de la tramitación de los recursos antes señalados que se impugna por inconstitucional la aplicación del inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997;

SEGUNDO. Que, como se ha señalado, el precepto impugnado ante este Tribunal es el inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850. Dicho artículo dispone que:

“Artículo 41.

Las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad y están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, y respecto de aquellos caminos que construya el Ministerio de Obras Públicas, y que no estén sujetos al sistema de concesiones establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, del mismo Ministerio, este último otorgará concesiones a particulares mediante decreto supremo, y según el procedimiento estipulado en el citado cuerpo legal. Estas concesiones se otorgarán mediante licitación pública, sobre terrenos que no podrán exceder del 5% del total de la superficie de la faja requerida para la construcción del camino, aledaños a caminos públicos, situados fuera de los límites urbanos de una comuna y expropiados con el exclusivo propósito de instalar en ellos servicios para los usuarios de la vía, tales como hoteles, estaciones de servicio, restaurantes, paradores de vista u otros similares. Para tales efectos, el expropiado, o el propietario colindante, en su caso tendrá prioridad en caso de igualdad de condiciones en el proceso de licitación de la concesión, la que deberá, además, materializarse en conformidad a las bases respectivas u dentro de un plazo máximo de tres años.

Sin perjuicio de sus atribuciones, la Dirección de Vialidad podrá autorizar, en la forma y condiciones que ella determine, con cargo a sus respectivos propietarios, y previo pago de los derechos correspondientes, la colocación de cañerías de agua potable y de desagüe; las obras sanitarias; los canales de riego; las tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables; las postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica y, en general, cualquier instalaciones que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales regidas por esta ley. Estos derechos serán exigibles respecto de aquellos permisos y contratos de concesión otorgados con posterioridad a la publicación de la Ley N° 19.474.

Dichas autorizaciones deberán otorgarse, a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas. La Dirección de Vialidad no tendrá responsabilidad u obligación alguna por el mantenimiento y

conservación de dichas instalaciones, siendo obligación de sus propietarios el conservarlas en buenas condiciones.

La Dirección de Vialidad, mediante resolución fundada, podrá ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo, previa restitución de los derechos pagados, en proporción al tiempo que reste para que la autorización a que se refiere el inciso tercero, llegue a su término.

En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo.”;

TERCERO. Que de acuerdo a la parte requirente, la carga pública impuesta que le impone el precepto legal impugnado infringe diversas normas constitucionales. El reproche de inconstitucionalidad que se formula, se funda en los siguientes argumentos.

Afirma, en primer lugar, que la aplicación de la norma impugnada afecta derechos adquiridos con anterioridad a la vigencia de la misma. En efecto, mediante Decreto Supremo N^o 193 de 1991, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones otorgó a ENTEL una concesión de servicios intermedios de telecomunicaciones para instalar, operar y explotar una red de cables de fibra óptica entre Santiago y Temuco. Indican que, de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal, la concesión es un acto creador de derechos y que dentro de los derechos creados por el acto concesional, se encuentra el derecho a usar bienes nacionales de uso público en forma gratuita. Este derecho, un bien de naturaleza incorporal, es objeto de dominio y, en consecuencia, se encuentra bajo protección constitucional en virtud del numeral 24^o del artículo 19 de la Carta Fundamental. La afectación del mismo, en consecuencia, se encuentra proscribida, dado que no es posible considerar a la misma como una obligación o limitación fundada en la función social del dominio, al no constituir una exigencia general de la Nación, ni involucrar la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública o la conservación del patrimonio ambiental. Lo que está detrás de la afectación del derecho del concesionario es, en este caso y de acuerdo a lo que afirma la parte requirente, el mero interés fiscal, que en caso alguno puede servir de fundamento a limitaciones al dominio.

Sostiene, a continuación, que dado que la norma impugnada no tiene la naturaleza de norma de orden público, por cuanto no es constitutiva del “arreglo social fundamental”, no corresponde que rija *in actum*, generando efectos de inmediato. Señala que el régimen jurídico del concesionario crea privilegios a su favor, uno de cuyos elementos constitutivos está dado por la estabilidad de las reglas jurídicas que deben serle aplicadas. Así, el otorgamiento de una concesión implica la incorporación al patrimonio del concesionario de los derechos establecidos en la legislación

vigente a la época. En efecto, es justamente esta estabilidad durante el tiempo de duración de la concesión, afirma la parte requirente, la que permite distinguirla de una mera autorización o permiso precario.

Bajo ese contexto, la imposición de un gravamen no contemplado al momento de otorgarse la concesión, implica una afectación de otras disposiciones constitucionales.

Así, en primer lugar, se afecta la confianza legítima en cuanto a que situaciones que creadoras de derechos en favor de determinadas personas no serán afectadas, y que se deriva de la relación entre los numerales 24° y 26° del artículo 19.

Además, se lesiona la garantía del numeral 21° del artículo 19, por cuanto la regulación de una actividad económica debe respetar los derechos legítimamente adquiridos. En el caso, se han defraudado expectativas en cuanto a la permanencia de la regulación tomada en consideración para la realización de inversiones;

II ANTECEDENTES

CUARTO. Que es importante consignar previamente a examinar el fondo del cuestionamiento formulado en el presente requerimiento, que independientemente de la gestión *sub lite*, ante los tribunales ordinarios se ha planteado discusión sobre el precepto impugnado, si bien en materia eléctrica. Esta discusión ha estado centrada en dos aspectos.

De un lado, sobre su retroactividad, pues se ha objetado la fecha a partir de la cual se aplica. El precepto, tal como está en la actualidad, fue incorporado a nuestro ordenamiento, como veremos más adelante, en septiembre de 1996, por la Ley N° 19.474. Se ha formulado cuestionamiento respecto de su aplicación a instalaciones eléctricas construidas antes de esa fecha. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que no hay vulneración de la irretroactividad, pues lo relevante es el momento en que se dispone el traslado, no la fecha de construcción de las instalaciones. Por lo mismo, ha sostenido que si la autoridad dispone el cambio de ubicación, después de septiembre de 1996, carece por completo de trascendencia la fecha de instalación primitiva (SCS 3171/2003).

Del otro, se ha discutido sobre su especialidad. En este caso se ha objetado que el D.F.L. N° 850, del Ministerio de Obras Públicas (MOP), de 1997, prime sobre disposiciones sectoriales que rigen determinadas actividades. Así, se lo ha puesto en antinomia con la Ley de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 1, 1982, de Minería, artículos 16 y 124), sosteniendo que ésta es una normativa especial respecto del artículo 41 de dicho D.F.L. N° 850. Sin embargo, la Corte Suprema ha considerado que esta disposición es especial respecto de todas las otras normas que se refie-

ren en términos generales a los bienes nacionales de uso público (SCS 3171/2003; 6091/2007);

III ASUNTOS SOBRE LOS CUALES ESTE TRIBUNAL NO SE PRONUNCIARÁ

QUINTO. Que este Tribunal no puede pronunciarse, en abstracto, mediante un recurso de inaplicabilidad, sobre determinados preceptos legales. Eso es algo que puede hacer, pero en uso de otras facultades que le encomienda la Constitución. En la inaplicabilidad esta Magistratura examina la constitucionalidad del precepto legal a la luz de los hechos de la causa correspondiente. Realiza, por lo mismo, un examen concreto del o de los vicios que se reprochan a la norma (STC roles N^{OS} 480 y 546);

SEXTO. Que este Tribunal tampoco puede realizar un análisis de conflicto normativo de leyes. Si una ley es más especial que otra o tiene efectos retroactivos, es algo que le corresponde resolver a los jueces del fondo, pues se trata de un asunto de legalidad. Esta Magistratura sólo es competente para conocer de conflictos entre leyes y la Constitución, pero no entre preceptos legales;

SÉPTIMO. Que, finalmente, no se pronunciará sobre el impacto que tiene la aplicación del artículo impugnado en los ingresos tarifarios de la compañía, pues no ha sido cuestionado ningún precepto legal relativo a las tarifas de la empresa requirente. Por ello, descarta examinar una posible vulneración al artículo 19, N^º 21^º, de la Constitución;

IV CAMINOS PÚBLICOS Y FAJA DE CAMINOS PÚBLICOS

OCTAVO. Que, por otra parte, antes de analizar la norma impugnada, es necesario precisar dos conceptos que ésta emplea: el de camino público y el de faja de camino público;

NOVENO. Que la noción de camino público corresponde al género “vía”. Esta es la denominación con que la Ley de Tránsito designa a “*calle, camino u otro lugar destinado al tránsito*” (artículo 2^º, N^º 46, Ley de Tránsito).

La misma ley define camino como una “*vía rural destinada al uso de peatones, vehículos y animales*” (artículo 2^º, N^º 7), contraponiéndola a avenida o calle, que es la “*vía urbana destinada a la circulación de los peatones, de los vehículos y de los animales*” (artículo 2^º, N^º 4).

Conforme a la Ley de Tránsito, entonces, el distingo entre camino y avenida o calle no tiene que ver con su funcionalidad; en ambos casos es la misma: la circulación. Tiene que ver con su ubicación. El camino es rural; la calle es urbana.

No es distinta la definición que entrega el D.F.L. N° 850, de 1997, del MOP, de caminos públicos. Estos son *“las vías de comunicación terrestres destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público”* (artículo 4°).

Las definiciones coinciden en que se trata de vías rurales (fuera de los límites urbanos) destinadas al libre tránsito. Lo que agrega esta última es que las fajas de los caminos son bienes nacionales de uso público.

Los caminos, de acuerdo al D.F.L. N° 850, pueden ser nacionales o regionales. Los primeros son *“el Camino Longitudinal, los que unen las capitales de provincia con el Longitudinal y los que sean calificados como tales por el Presidente de la República”*. Los segundos son el resto de los caminos públicos (artículo 25);

DÉCIMO. Que el otro concepto central del precepto impugnado es el de las fajas de los caminos públicos. Estas son caracterizadas por el ya citado D.F.L. N° 850, de 1997, del MOP, de la siguiente manera:

El artículo 24 del precepto señala expresamente que las fajas de los caminos públicos son bienes nacionales de uso público. Con esa declaración, el legislador estableció una reserva o *publicatio*. Como lo ha dicho este Tribunal, *“mediante ella, el legislador establece que unos bienes determinados o toda una categoría de ellos, en razón de que por su uso o destino deben pertenecer a la nación toda, dejan de ser susceptibles de apropiación, quedando entregados al uso público”* (STC Rol N° 1.281). Ello implica una serie de consecuencias: el bien queda fuera del comercio humano, se sujeta a un régimen jurídico especial y sobre él no hay propiedad sino uso (STC roles N°s 245 y 1.281).

Sin embargo, como ha sostenido esta Magistratura, la reserva o *“publicatio”*, *“si bien excluye la apropiación de los bienes que la componen por particulares, no excluye a éstos del uso privativo que puedan obtener, es decir, no quedan marginados del tráfico jurídico. Mediante ciertos títulos habilitantes, la Administración encargada de la administración del bien demanial, entrega no el bien, pues atentaría contra su inalienabilidad, sino que reparte, por motivos de interés público, derechos de utilización o aprovechamiento privativo sobre determinadas porciones del dominio público con un destino específico”* (STC Rol N° 1.281);

DECIMOPRIMERO. Que, enseguida, las fajas de los caminos públicos son bienes entregados en administración a la Dirección de Vialidad (artículo 41), quien tiene a su cargo su cuidado y mantención (artículo 18, inciso tercero).

A continuación, el ancho de las fajas es fijado por decreto supremo, a propuesta de la Dirección de Vialidad (artículo 29, N° 1).

Asimismo, *“están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo”* (artículo 41, inciso primero). De ahí que los usos alternativos, como la colocación de avisos (artículo 38) o la instalación de cualquier tipo de obra (artículo 41, incisos tercero y siguientes), requieren autorización de la Dirección de Vialidad, quien puede negar dicho permiso si el uso se opone al de los caminos (artículo 41, inciso cuarto);

V
LA NORMA IMPUGNADA

DECIMOSEGUNDO. Que en el marco de estas potestades de administración se inserta la de disponer el cambio de ubicación de las instalaciones autorizadas en la faja de un camino público.

En efecto, el precepto impugnado permite que la Dirección de Vialidad pueda ordenar que se cambie la ubicación de instalaciones, como tuberías o cables o postaciones, que ocupen las respectivas fajas de caminos públicos;

DECIMOTERCERO. Que, entonces, como efecto de que la ley se encarga de señalar que bajo la Dirección de Vialidad está la administración de las fajas, como lo señala el artículo 41, inciso primero (“*las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad*”), para que un particular pueda utilizar en forma permanente dicha porción de bien nacional de uso público, requiere la autorización de esa entidad;

DECIMOCUARTO. Que, en realidad, lo que se entrega, técnicamente, es un permiso. Este es un acto administrativo favorable, mediante el cual se concede el uso privativo, con facultades de uso y goce, de una porción de un bien nacional de uso público, por un tiempo determinado, sustrayéndolo al uso común. La doctrina lo denomina “permiso de ocupación” y lo entiende como un “*acto administrativo por medio del cual se otorga un uso especial del dominio público*” (Reyes Riveros, Jorge; “Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público”; Editorial Jurídica, 1960, p. 166), o como “*un acto administrativo por medio del cual se otorga en forma exclusiva y excluyente un cierto uso de poca importancia jurídico-económico-social, sobre un bien de dominio público*” (Montt Oyarzún, Santiago; “El dominio público”; Editorial Conosur, Santiago, 2002, p. 308). Dicho permiso es caracterizado como discrecional, unilateral y precario (Reyes R., Jorge; ob. cit., págs. 176 y siguientes; Montt O., Santiago; ob. cit., págs. 317-318).

Lo que sucede es que, en este caso particular, la Ley General de Telecomunicaciones (artículo 18, Ley N^º 18.168) establece que los titulares de los servicios de telecomunicaciones tienen derecho a cruzar líneas aéreas o subterráneas en bienes nacionales de uso público. Esta norma, entonces, establece un derecho legal a usar ciertos bienes, pero condicionado a que se dicte un acto administrativo favorable por parte de la Dirección de Vialidad, que es la encargada de administrar la faja de los caminos públicos. En este sentido, la Dirección de Vialidad remueve el obstáculo para ejercer el derecho. Ello lo hace muy cercano a una autorización. De ahí la denominación que la ley le otorga a este acto.

Más todavía, si el mismo artículo 18 establece restricciones a dicho uso. En primer lugar, sólo puede emplearse en los fines específicos del servicio respectivo. En segundo lugar, se debe respetar todas las normas

técnicas y reglamentarias. Y, en tercer lugar, no se puede perjudicar el uso principal de esos bienes. Dicho uso principal, en los caminos públicos, es el libre tránsito, lo cual corresponde apreciar a la autoridad sectorial correspondiente.

La exigencia de dicho permiso no merece un reproche de inconstitucionalidad, pues, como lo ha dicho esta Magistratura, respecto de las concesiones eléctricas, pero plenamente aplicable a las de telecomunicaciones, las autoridades que entregan las concesiones de servicio público de distribución eléctrica, no son quienes tienen a su cargo la administración de determinados bienes nacionales de uso público (STC Rol N° 1.669). Por lo mismo, para respetar esta distribución competencial, es necesario que se invoque la concesión, otorgada por una autoridad, para obtener el permiso, concedido por quien tiene a su cargo la tutela del bien respectivo, siempre que se cumplan los requisitos propios de tal permiso;

DECIMOQUINTO. Que recordemos que el uso de los bienes nacionales de uso público puede ser de dos tipos. Por una parte, está el uso común. Este es aquel que corresponde a todas las personas. Se trata de un uso anónimo, temporal, y no requiere título alguno. En segundo lugar, está el uso privativo. En este caso, la autoridad encargada de su administración entrega, por actos específicos, la ocupación temporal del bien a un particular, con un propósito de interés público, generalmente a título oneroso. Dicho uso es privativo porque implica un uso exclusivo y excluyente del bien. El beneficiario de un uso privativo puede excluir al resto de las personas que accedan a él. Por eso requiere un título habilitante, que puede ser el permiso o la concesión. Sin ese título, hay uso común del bien. Dicho de otra forma, el permiso o la concesión sustraen del uso común ciertos bienes (STC roles N°s 1.281 y 1.669);

DECIMOSEXTO. Que el mencionado permiso puede permitir la colocación de distintas instalaciones. La ley menciona las siguientes: “*cañerías de agua potable y de desagüe*”; “*obras sanitarias*”; “*canales de riego*”; “*tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables*”; “*postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica*”. Pero emplea una fórmula global: “*en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público*”.

Es necesario resaltar que el uso que se entrega permite hacer obras en el suelo y en el subsuelo de dichas fajas. Se trata, en consecuencia, de un uso intenso;

DECIMOSEPTIMO. Que, sin embargo, el otorgamiento de dicho permiso está sujeto a ciertas regulaciones. Por de pronto, no se debe entorpecer el uso del camino. La ley señala que las fajas de los caminos “*están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo*” (artículo 41); y que la autorización para ocupar dicha faja debe negarse si se opone al uso de los caminos públicos (artículo 41, inciso cuarto).

Además, la ley señala que la autorización la debe otorgar la Dirección, pero establece una serie de causales para negarla. Junto con oponerse al uso de los caminos, la ley señala varias otras causales. Así, la autoridad no debe dar el permiso si se afecta *“la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías”*; debe precaverse que las instalaciones *“no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona”*. La ley también señala que la autoridad debe negar el permiso si no es *“posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas”*.

Enseguida, las instalaciones son de cargo del respectivo propietario, sin que la Dirección tenga responsabilidad u obligación alguna por su mantenimiento y conservación, debiendo su dueño conservarlas en buenas condiciones (artículo 41, incisos tercero y cuarto). A continuación, dicho uso está sujeto al pago de derechos. Sin embargo, por mandato del inciso tercero del artículo 41 del D.F.L. N^º 850, MOP, 1997, dichos derechos sólo son exigibles respecto de aquellos permisos otorgados con posterioridad al 30 de septiembre de 1996, fecha de publicación de la Ley N^º 19.474. Asimismo, la Dirección de Vialidad puede establecer condiciones al otorgar el permiso (artículo 41, inciso tercero). Del mismo modo, la autoridad puede *“mediante resolución fundada, ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo”* (artículo 41, inciso quinto);

DECIMOCTAVO. Que, de este modo, no hay libertad para ocupar las fajas de los caminos públicos, pues se requiere permiso de la Dirección de Vialidad. Dicho permiso lo puede dar la autoridad siempre que se cumplan ciertos supuestos: es onerosa; no compromete la responsabilidad de la Dirección; las instalaciones son retirables y susceptibles de cambiar de ubicación, y están entregadas, en cuanto a su puesta física, a su conservación y mantenimiento, a su propietario;

DECIMONOVENO. Que es en el marco de dichas regulaciones que la ley entrega una facultad a la Dirección de Vialidad para ordenar cambiar las instalaciones que fueron autorizadas. Por lo mismo, no es la única determinación que se puede adoptar respecto de ellas;

VIGÉSIMO. Que el cambio de ubicación está sujeto también a ciertas regulaciones.

Desde luego, lo debe disponer la Dirección de Vialidad, fundándose en cualquier motivo que lo haga necesario. No quiso la ley limitar la discrecionalidad de la autoridad administrativa, atendida la variedad de situaciones que se pueden plantear.

Enseguida, es un cambio de ubicación, no una prohibición de uso ni un retiro. Es un traslado desde el lugar en que fueron originariamente autorizadas. El traslado es, por tanto, una transferencia temporal de la

faja a otro lugar, mientras ésta permanece ocupada por obras del camino o se crea otra por ampliación del mismo.

Finalmente, el traslado debe ser “*hecho por cuenta exclusiva del propietario*”;

VIGESIMOPRIMERO. Que el cambio de ubicación de las instalaciones está sujeto a un procedimiento regulado por el artículo 51 del D.F.L. N° 850. Este parte por la dictación de la resolución que ordena el traslado, la cual debe notificarse por oficio y por carta certificada. En dicha decisión, la Dirección de Vialidad debe señalar el motivo que hace necesario cambiar la ubicación.

Enseguida, la autoridad fija un plazo prudencial dentro del cual deben ejecutarse los trabajos.

A continuación, pueden suceder tres posibilidades. La primera es que el afectado cumpla la medida. La segunda es que no haga nada. En ese caso, la Dirección debe ordenar hacer el presupuesto del traslado, el que sirve de título ejecutivo para cobrar su valor. Notificado el infractor y obtenidos los fondos, la obra se ejecuta con cargo a éstos. La tercera alternativa es que el afectado reclame administrativamente, mediante la interposición de los recursos que correspondan (artículos 15 y 59, Ley N° 19.880), o ante el Juez de Letras respectivo, dentro del término de diez días (artículo 50, D.F.L. N° 850);

VIGESIMOSEGUNDO. Que esta facultad de la Dirección de Vialidad se encontraba en el texto legal anterior a la modificación de 1996, que introdujo la Ley N° 19.474. Dicha norma establecía: “*en caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del interesado*” (artículo 19, D.F.L. 206, 1960, MOP). La norma predecesora de dicho D.F.L., la Ley N° 4.851, no contemplaba una norma en este sentido;

VIGESIMOTERCERO. Que, como se observa, el principal cambio de este inciso dice relación con que el texto previo a 1996 hacía de cargo del interesado el costo del traslado; en cambio, el texto vigente hace de cargo del “*respectivo propietario*” lo anterior.

Sin embargo, la Ley N° 19.474 no introdujo un único cambio.

Por de pronto, reforzó las facultades de la Dirección de Vialidad al señalar expresamente que las fajas de los caminos son de su competencia (artículo 41, inciso primero). Enseguida, se eliminó la gratuidad por el uso de la faja, salvo para quienes tuvieran concesiones o permisos previos a su entrada en vigencia. A continuación, privilegió el uso de los caminos, al permitir que la Dirección pudiera rechazar los permisos “*que se opongan al uso de los caminos públicos*” (artículo 41, inciso cuarto);

VIGESIMOCUARTO. Que el inciso final del artículo 41, con otra redacción, iba en el texto original del Mensaje del Presidente de la República que dio origen a la Ley N° 19.474. En él se señalaba que la normativa vigente en esa época, que hacía de cargo del interesado el costo del trasla-

do, atentaba “*contra las funciones del Ministerio de Obras Públicas al requerirse el cambio por razones de servicio*”.

El texto que se incorporó en definitiva fue producto de un veto del Ejecutivo, que se fundó, por una parte, en que “*el vocablo interesado puede presentar dificultades de precisión en su aplicación práctica*”. Por la otra, en que el propio artículo 41 emplea el concepto más preciso de “*respectivo propietario*”.

En este sentido, hay que señalar que el artículo 41 se refiere al propietario para los siguientes efectos. En primer lugar, para señalar que las instalaciones son de cargo de los respectivos propietarios. En segundo lugar, para indicar que es de cargo de dichos propietarios el mantenimiento y conservación de las instalaciones. En tercer lugar, que es de cargo de éstos el traslado de las instalaciones.

En la Sala del Senado, el entonces Ministro de Obras Públicas, Ricardo Lagos Escobar, sostuvo: “*Entonces, lo que procura el veto del Ejecutivo es clarificar que, en este caso, en lugar de la expresión vigente –“el interesado”–, se utilice la más precisa de “el respectivo propietario”. Será al propietario de las postaciones –el que las colocó gratuitamente en la faja pública–, si mañana el camino se va a ampliar o hay que hacerle modificaciones, a quien corresponderá correr el riesgo. Si la empresa de utilidad pública no se arriesga, que pague por la servidumbre*”;

VIGESIMOQUINTO. Que hay que recordar, asimismo, que durante la tramitación de la Ley N^o 19.474, en el Congreso Nacional, se estableció la onerosidad por el uso de la faja fiscal, con la excepción de aquellos permisos otorgados antes de su entrada en vigencia, el 30 de septiembre de 1996. Por lo mismo, para los nuevos permisos, dicho uso dejó de ser gratuito.

En contraste, el inciso final del artículo 41 no estableció ninguna excepción respecto de que el traslado debía ser hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario;

VIGESIMOSEXTO. Que el veto del Ejecutivo fue aprobado por 22 votos a favor y 14 en contra. Por lo mismo, es relevante destacar las razones que tuvieron quienes concurrieron a dicha aprobación, porque reflejan la voluntad positiva del legislador de aprobar una ley.

En primer lugar, se destacó el término de la gratuidad del uso de la faja fiscal. Se dieron varias razones para ello. Destaca, de una parte, la intervención del entonces senador Errázuriz, quien señaló: “*La utilización gratuita de las fajas por parte de empresas eléctricas, de comunicaciones o de otro rubro ya no se justifica. La ley antigua establecía que las podían usar gratis por tratarse de empresas estatales. Pero hoy son privadas y, sin embargo, continúan ocupándolas sin pagar nada por ellas. Se dispone, en consecuencia, que deberán cancelar los derechos que se establezcan y que la concesión, en caso de haber más de un interesado, deberá entregarse al que ofrezca más en la licitación, recibiendo el Ministerio, por esta vía, recursos adicionales que le permitirían construir los*

nuevos caminos que se requieran. Porque, repito, todo ya no es del Estado, porque hoy existe competencia privada por ocupar esas superficies de terreno.”. De otra, lo señalado por el entonces Ministro de Obras Públicas, Ricardo Lagos Escobar: “en la actualidad, quien transite entre Santiago y Valparaíso por la ruta 68 debe pagar un peaje. Hoy, aquellos que acceden a la faja fiscal no pagan nada”;

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, en segundo lugar, es importante señalar las razones que se dieron para que las empresas asumieran el costo del traslado de las instalaciones.

Una primera razón es el hecho de que la empresa ocupara gratuitamente la faja de los caminos. El Ministro de Obras Públicas de la época sostuvo: “Mover las cañerías tiene un costo: la discusión consiste en determinar quién paga el costo. ¿Es justo que el costo lo pague quien gratuitamente cedió a la empresa el uso de la faja fiscal? De ser así, sería insólito, ya que la faja fue adquirida por el fisco mediante expropiación, lo que significa que tuvo que pagar por ella”. Más adelante, agregó: “Y, entonces, se presenta una situación paradójica: las empresas de utilidad pública obtienen gratuitamente estas fajas, y cuando el Ministerio tiene que realizar modificaciones en los caminos, debe hacerlo con cargo a su propio presupuesto. Nos parece una situación absurda”. El senador Errázuriz, por su parte, señaló: “La dificultad surge por el hecho de que anteriormente esas empresas no pagaban. Por esa razón, estimo lógico lo señalado por el señor Ministro: quien ha estado utilizando, sin costo alguno, un lugar público, obteniendo beneficios por ello, por lo menos tiene que costear el cambio de ubicación de los postes, ductos, etcétera, cuando el país requiera ampliar los caminos o construir nuevos”.

Una segunda razón que se entregó, es que el Estado tiene que asumir, en el caso de las carreteras concesionadas, el costo de la expropiación para hacer el camino y la faja adyacente. Al respecto, el Ministro de Obras Públicas señaló: “lo que se está pagando por expropiaciones alcanza cifras extraordinariamente elevadas, pese a tratarse de la utilización de una faja que es fiscal. La autopista de la ruta Santiago-San Antonio vale 120 millones de dólares; y 30 millones son para el pago de expropiaciones, es decir, el 25 por ciento del valor de esa obra. Y las empresas utilizan esa faja de terrenos y no podemos cobrarles. Sólo se paga por el análisis de los planos, etcétera. Y cuando tenemos que construir una nueva vía, debemos incurrir en gastos extraordinarios”.

Una tercera razón que se dio, es que si las empresas dueñas de las instalaciones no querían exponerse al costo del traslado, debían abstenerse de usar la faja y contratar una servidumbre. Al respecto, el Ministro de Obras Públicas sostuvo: “Las empresas en cuestión accedieron gratuitamente al uso de la faja fiscal. ¡Gratuitamente! En consecuencia, asumieron el riesgo de que la faja fiscal cambiara en algún momento. Ahora, si quieren estar a cubierto de esa eventualidad, deben concurrir al mercado y comprar una servidumbre de tránsito para pasar por en medio de un potrero”. En el mismo sentido, se expresó el senador Errázuriz: “la empresa deberá enfrentar el riesgo de la incertidumbre, económica o legal, del eventual traslado de sus instalaciones, si el avance del progreso así lo exige, y hacerse cargo de los costos correspondientes. Eso será parte de

los gastos que tendrá que internalizar cuando haga una oferta para usar servicios, caminos u obras públicas". El mismo argumento utilizó el entonces senador y actual Presidente de la República, Sebastián Piñera, quien sostuvo: "Hacia adelante, si por alguna razón se produce un cambio del trazado en una concesión otorgada por el Ministerio sobre una faja que a él, a su vez, le tocó obtener a través de una compra o expropiación, por lo que incurrió en los gastos propios de ella, no parece razonable que, habiendo otorgado tal concesión en forma gratuita, le corresponda incurrir en esos gastos. Lo importante es que las empresas de utilidad pública sabrán que deberán estimar hacia futuro la probabilidad de que haya un cambio en los trazados de las rutas. Si no quieren asumir ningún riesgo, siempre podrán optar por un camino alternativo a su propio costo, por la vía de obtener las concesiones o los usufructos de los privados, o simplemente la propiedad de los terrenos por donde quieran hacer pasar sus líneas o lo que les corresponda";

VIGESIMOCTAVO. Que, finalmente, al analizar el cambio de regulación, hay que considerar que las concesiones de servicio público de telecomunicaciones o servicios intermedios de telecomunicaciones, son otorgadas con el deber de respetar la legislación presente y los cambios que se le introduzcan en el futuro. De hecho, la concesión de la requirente (D.S. N^º 193/1991) quedó sujeta a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia. Con ello, no se hace más que materializar el que los goces y cargas de un derecho surgido en una legislación anterior, debe sujetarse a la nueva normativa en esos aspectos, como una manera de conciliar adecuadamente los cambios de legislación y su impacto en la vida jurídica.

En todo caso, que la empresa deba asumir el costo del traslado, como se verá más adelante, no afecta la esencia de los derechos del concesionario y se ubica dentro de las limitaciones legítimas a la propiedad que permite la Constitución;

VI

ALEGACIONES QUE SE DESCARTAN

VIGESIMONOVENO. Que, respecto al fondo del requerimiento, es necesario señalar que esta Magistratura rechaza el alegato de la requirente en torno a que se hubiesen vulnerado presuntos derechos adquiridos. En primer lugar, porque eso supondría emitir un juicio de legalidad: si el traslado se dispuso bajo el marco de la nueva normativa, introducida en 1996, o no. Más todavía, cuando la Ley N^º 19.474 no contempló excepciones en la materia, como sí lo hizo respecto de la onerosidad por el uso de la faja adyacente a los caminos. Sólo podemos constatar que el traslado se dispuso en 2001, por la Dirección de Vialidad;

TRIGÉSIMO. Que, en segundo lugar, para esta Magistratura la propiedad puede recaer sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, pero no hay propiedad sobre la legislación existente al momento de

iniciar una actividad económica (STC roles N^{os} 467 y 1.452). El legislador puede cambiar las condiciones del ejercicio de un derecho (STC roles N^{os} 1.361 y 1.452);

TRIGESIMOPRIMERO. Que, en tercer lugar, la ocupación de la faja de los caminos por instalaciones nació condicionada a eventuales traslados. La norma que lo permite viene de al menos 1960, sin alteraciones. En eso no se innovó en 1996, con la Ley N^o 19.474;

TRIGESIMOSEGUNDO. Que esta Magistratura también rechaza el alegato de la requirente en torno a que se habría pasado a llevar la protección de la confianza legítima.

Desde luego, porque no fundamenta adecuadamente la manera en que ésta es recogida constitucionalmente y cuáles serían las condiciones bajo las cuales operaría. No basta afirmar que ésta se funda en la seguridad jurídica.

Además, se objeta una ley, no un acto administrativo. El punto es relevante, porque las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad (STC Rol N^o 309), la que implica que su contrariedad con el contenido de la Ley Fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes (STC Rol N^o 549); por lo mismo, sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción de que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella (STC Rol N^o 309). Está en juego el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí (STC Rol N^o 309).

Asimismo, tal alegato exige un estándar de prueba extremadamente alto, porque puede afectar el que sea el legislador el que defina los marcos jurídicos aplicables a una actividad (artículo 19 constitucional, N^o 21^o); porque puede incidir negativamente en la dinamicidad de los mercados regulados, respecto de los cuales la Constitución expresamente permite que el legislador modifique o derogue sus normas (artículo 63), siendo la ley una regulación de carácter innovador (STC Rol N^o 370). Enseguida, aquí no ha existido ningún cambio brusco de la legislación. Desde que se envía el Mensaje del proyecto que originó la Ley N^o 19.474, en septiembre de 1993, hasta su publicación, en septiembre de 1996, transcurrieron tres años. Además, desde esa fecha, hasta que se ordena por la autoridad el traslado, el 2001, transcurrieron 5 años;

VII

LAS LIMITACIONES AL DOMINIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIGESIMOTERCERO. Que esta Magistratura debe abocarse, entonces, a analizar si es efectivo que se afecte el derecho de propiedad de la

requirente, privándola de facultades esenciales, pues es el único reproche que queda subsistente, después de haberse descartado todos los demás.

Al respecto, esta Magistratura considera que la facultad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones en la faja adyacente a caminos públicos, es una limitación al dominio que se enmarca dentro de su función social;

TRIGESIMOCUARTO. Que el Tribunal Constitucional ha admitido con anterioridad una serie de limitaciones legales al dominio, que es necesario recordar para el adecuado examen del presente cuestionamiento.

En primer lugar, ha validado la franja televisiva impuesta a los canales de televisión de libre recepción (STC Rol N^º 56). En segundo lugar, ha validado la obligación legal de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas (STC roles N^{os} 245, 1.141 y 1.215). En tercer lugar, ha considerado que se ajustan a la Constitución los porcentajes de terreno que el urbanizador debe destinar y donar para áreas verdes y equipamiento comunitario (STC Rol N^º 253). En cuarto lugar, ha considerado que el cambio del precio de un contrato, que pasa de ser libre a regulado, también es una limitación legítima (STC Rol N^º 506). En quinto lugar, ha considerado legítimo el pago de los gastos por accidentes que sufran los bomberos por parte de las compañías de seguros (STC Rol N^º 1.295). En sexto lugar, ha considerado que el soterramiento de redes eléctricas es una limitación legítima, que puede establecer el legislador (STC Rol N^º 1.669). Finalmente, ha establecido como legítimo la existencia de mecanismos de caducidad, la existencia de plazos fatales, el rol activo de las partes, en el procedimiento de concesión minera destinados a asegurar el interés público comprometido en la realización efectiva de actividades mineras (STC Rol N^º 1.994);

TRIGESIMOQUINTO. Que, a propósito de estos fallos, el Tribunal ha establecido una serie de criterios para definir la legitimidad de dichas limitaciones.

En primer lugar, ha determinado el criterio de que éstas deben ser medidas y razonables (STC roles N^{os} 56 y 253), de modo que no ocasionen daños innecesarios o impongan un gravamen de magnitud considerable (STC Rol N^º 1.141); o la medida sea proporcionada (STC roles N^{os} 506, 1.141 y 1.215); o que no entorpezcan gravemente la actividad, hasta hacerla inviable por excesiva onerosidad (STC Rol N^º 1.669).

Enseguida, ha considerado que es un criterio legítimo el que las limitaciones no desnaturalicen otros bienes jurídicos. Así lo ha hecho respecto del acceso a las playas, al considerarlo como un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público (STC roles N^{os} 245, 1.141 y 1.215).

A continuación, el Tribunal también ha considerado como criterio la función pública que cumple la actividad sujeta a la limitación (STC roles N^{os} 56 y 506).

Otro criterio es si la actividad que soporta la limitación tiene privilegios, como el régimen selectivo o restrictivo de acceso a las concesiones de televisión (STC Rol N° 56).

También ha considerado como criterio el que la actividad reciba beneficios, como en cesiones gratuitas (STC Rol N° 253) o las compañías de seguros respecto de la actividad de los bomberos (STC Rol N° 1.295).

Finalmente, ha considerado que estas limitaciones no pueden importar privaciones (STC roles N°s 245 y 334) o afectar el núcleo del derecho (STC Rol N° 1.298);

TRIGESIMOSEXTO. Que, por otra parte, ha contemplado dos resguardos para los titulares de la propiedad. En primer lugar, el que las limitaciones deben ser restrictivas (STC roles N°s 146 y 334). En segundo lugar, el que éstas deben ser impuestas por el legislador en sus elementos esenciales (STC roles N°s 146 y 370);

VIII

EL PRECEPTO OBJETADO ES UNA LIMITACIÓN AL DOMINIO

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que las limitaciones al dominio pueden ser definidas de dos maneras.

Por una parte, pueden ser definidas positivamente. En este sentido, las limitaciones, como ha dicho esta Magistratura, *“importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros”* (Aylwin, Patricio; *“Derecho Administrativo”*; T. III; Editorial Universitaria; Santiago, 1959, pág. 169); *han sido definidas como “aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último”* (Rajevic, Enrique; *“Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”*; en *Revista Chilena de Derecho*; Vol. 23 N° 1, pág. 46). *En consecuencia, no son más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar.”* (STC Rol N° 1.295). Las limitaciones son *“la delimitación jurídica de la específica opción legislativa por la extensión de las facultades dominicales y sus cargas”* (Aldunate Lizana, Eduardo; *“Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”*; en *Revista Chilena de Derecho*; vol. 33 N° 2, 2006, págs. 285-303).

Por la otra, pueden ser concebidas negativamente, diferenciándolas de las privaciones. En tal sentido, esta Magistratura ha señalado que *“un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa... Toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privi-*

legio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta” (STC Rol N^º 505);

TRIGESIMOCTAVO. Que las limitaciones emanan de la función social de la propiedad, que es reconocida por distintos ordenamientos jurídicos constitucionales. Así lo hacen la Constitución alemana (artículo 14), la italiana (artículo 42), la austríaca (artículo 6^º), la española (artículo 33) y la portuguesa (artículo 90). En Latinoamérica, reconocen dicha función la Constitución brasileña (artículo 5^º, N^º 22), la colombiana (artículo 58), la mexicana (artículo 27), la peruana (artículos 70 y 72), la costarricense (artículo 45), la venezolana (artículo 115) y la boliviana (artículo 56);

TRIGESIMONOVENO. Que dicha función social fue incorporada a nuestro ordenamiento por una reforma constitucional a la Constitución de 1925 (Ley N^º 16.615, de 20 de enero de 1967). El texto original de la Constitución del 25 señalaba: “*El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la lei imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública*”.

La reforma constitucional de 1967 estableció lo siguiente: “*La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.*”;

CUADRAGÉSIMO. Que, explicando este cambio, Pedro Jesús Rodríguez (“La propiedad privada”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIX, enero-abril 1972, primera parte, págs. 111 a 142), sostuvo que esta reforma puso término a la identidad de los intereses privados del dueño de la propiedad con los intereses sociales. “*Su profundo sentido fue reconocer que en el ejercicio de la propiedad privada está comprometido el interés público y que puede ser distinto y ajeno al del propietario, y aun contrapuesto, cuando proviene de aspiraciones y urgencias colectivas... El profundo significado de estas disposiciones fue someter la propiedad privada a los requerimientos colectivos, mediante sanción ulterior de leyes que, partiendo de la limitada, configuraron el derecho social de propiedad privada*”;

CUADRAGESIMOPRIMERO. Que, respecto a la actual Constitución, el artículo 19, N^º 24^º, inciso segundo, establece tres reglas en materia de función social de la propiedad. En primer lugar, que ésta se traduce en limitaciones y obligaciones. En segundo lugar, que sólo la ley puede establecerlas. En tercer lugar, que la función social se justifica en causales

taxativamente precisadas por la Constitución: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental;

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que dicha función no está definida por el constituyente (STC Rol N° 45).

Sin embargo, es posible encontrar algunos antecedentes en la etapa de elaboración de la Constitución. En el Memorándum de 16 de agosto de 1978, dirigido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al Presidente de la República, es posible encontrar dos ideas. Por una parte, que *“la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos”* (STC Rol N° 245). Por la otra, se señala lo siguiente: *“Respecto de las limitaciones al dominio, dice que “constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social. Es, entonces, la función social de la propiedad la que justifica las limitaciones y obligaciones que el legislador puede imponer.”* (STC Rol N° 245).

Enseguida, este Tribunal ha señalado que dicha función significa que la propiedad *“tiene un valor individual y social, por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: “la propiedad obliga”, para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad”* (STC Rol N° 245);

CUADRAGESIMOTERCERO. Que en el mismo sentido se expresa la doctrina. Así, para Lautaro Ríos (*“El principio constitucional de la función social de la propiedad”*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXIV, número 2, págs. 57-73), *“la función social no se opone –necesariamente– a la función individual de la propiedad. Se trata, más bien, de una coordinación de intereses; pero si ellos entran en conflicto, se concede primacía a la función social”*. Dicho autor agrega que la función social es un *“encauzamiento y –por ende– una orientación limitativa del ejercicio del dominio”*.

Para Humberto Nogueira (*“Derechos fundamentales y garantías constitucionales”*; tomo 4°; Editorial Librotecnia; Santiago, 2010, p. 182), *“el contenido esencial del derecho de propiedad incluye su función social, la cual es parte del derecho mismo. La utilidad individual (interés del propietario) y la función social (satisfacción de los intereses de la sociedad) son elementos vertebrales inescindibles del derecho de propiedad, conformando su contenido básico en cada una de las categorías de bienes. La propiedad entraña obligaciones, su uso debe estar al servicio del bien común, que es prevaleciente frente al interés particular del propietario”*.

Para José Luis Cea (*“Derecho Constitucional Chileno”*, tomo II; Ediciones PUC; Santiago, 2012, págs. 574-575), en relación con la función

social, “es inconcebible imaginar o entender ese derecho sin las restricciones y deberes que legitiman su ejercicio por el dueño”, (ésta es) “un elemento estructural del dominio, es decir, es parte del derecho mismo, concerniente a su esencia, y no algo adicionado o superpuesto por el Estado a él”. “Es el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro”. Más adelante agrega que “es un criterio delimitador del contenido esencial y del modo de ejercer el dominio, por lo cual tiene cualidad prescriptiva y no sólo descriptiva, operando como pauta para que la propiedad sirva a su destino natural”. La función social “es expresión del principio de solidaridad, por su estrecha vinculación con la contribución que el dominio tiene que otorgar a la satisfacción de los intereses generales de la sociedad política y a la realización concreta del bien común en ella”;

CUADRAGESIMOCUARTO. Que dicha función social se aplica a todo tipo de propiedad. Como ha dicho este Tribunal, “esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad.” (STC Rol N^º 506). Como ha dicho en otra sentencia, “la Constitución no formula distinción o exclusión alguna que impida al legislador regular y limitar todas las especies de propiedad en el marco habilitante ya transcrito y establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada. Cabe concluir entonces que la Carta Fundamental establece los mismos criterios limitativos, cualquiera sea el bien objeto del derecho de propiedad adquirido, y que, en definitiva, es a esta Magistratura a quien le corresponde precisar; en esta sede de control, hasta dónde la ley, por esta vía, puede limitar el derecho de propiedad o imponerle obligaciones que no importen transgredir el estatuto constitucional de este derecho;” (STC Rol N^º 1.309);

CUADRAGESIMOQUINTO. Que la posibilidad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones de una faja de un camino público es una limitación al dominio, en primer lugar, porque establece una obligación de hacer, consistente en el deber que tiene el propietario de la instalación de sacarla del lugar en que se encuentra, manteniendo la propiedad sobre ella.

En segundo lugar, porque la ocupación de una porción de un bien nacional de uso público, que tienen ciertas empresas, emana de un permiso otorgado por la autoridad. Dicho permiso sustrae del uso común un bien que podrían utilizar todos. El permiso es, en sí, una limitación.

En tercer lugar, porque se funda en una de las causales que la Constitución contempla como justificadoras de la función social: los intereses

generales de la Nación. Estos, ha dicho este Tribunal, citando al profesor Enrique Evans, “*expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden*” (STC Rol N° 334). En el mismo sentido lo ha definido la doctrina. Así, para Cea, dichos intereses son todo “*cuanto convenga o beneficie al país en su conjunto, aunque pueda referirse a sectores de su población, áreas de actividad o zonas geográficas específicas o determinadas dentro de él*” (ob. cit.; p. 578). Para Nogueira (ob. cit.; p. 183), es “*todo cuanto beneficie y posibilite el desarrollo del país en su conjunto, aun cuando ello se concrete en determinadas zonas geográficas, actividades específicas o posibilite el desarrollo del país*”;

CUADRAGESIMOSEXTO. Que este interés general se materializa en el derecho de todos los habitantes a circular por los caminos públicos. De conformidad al artículo 107 de la Ley de Tránsito, “*los conductores tienen el derecho a transitar en sus vehículos por las vías públicas, salvo las excepciones que establece esta ley y las medidas que, en caso contrario y en casos especiales, adopte la autoridad competente*”.

Dicho derecho es la concreción de la libertad de locomoción, que implica, entre otras cosas, “el trasladarse de uno a otro lugar” dentro de la República (artículo 19, N° 7°, Constitución), sin pedir permiso o autorización, y sin trabas;

CUADRAGESIMOSEPTIMO. Que este derecho de tránsito está especialmente garantizado por la Ley de Tránsito. Por de pronto, facultando a la autoridad para retirar los vehículos en ciertos supuestos. Por ejemplo, si se trata de vehículos abandonados en la vía pública (artículo 156); de vehículos que hayan sufrido un desperfecto y entorpecen el tránsito (artículo 173), pues, en esos casos, se dificulta el tránsito. Enseguida, porque la ley se preocupa de establecer que las vías públicas sólo pueden destinarse a cumplir su objetivo, prohibiendo que se destinen a otros fines que no sea el tránsito de vehículos (artículo 160). Finalmente, porque la ley tipifica los casos en que ese libre tránsito puede ser afectado. Así, la autoridad puede prohibir por causas justificadas la circulación de todo vehículo o de tipos específicos de éstos, por determinadas vías públicas (artículo 113); también se faculta a dicha autoridad para autorizar en casos calificados que una determinada vía o calle sea destinada a un uso distinto del tránsito de vehículos (artículo 161) o con tránsito restringido para la circulación de vehículos y peatones (artículo 112);

CUADRAGESIMOCTAVO. Que la preocupación por esta libertad ambulatoria se manifiesta también en que hay Ministerios encargados de lograr tal propósito. Así, por una parte, el Ministerio de Transportes es el que establece nacionalmente la normativa de tránsito (artículo 4°, Ley

de Tránsito). Por la otra, el Ministerio de Obras Públicas está encargado del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales (artículo 1^º, D.F.L. N^º 850, MOP, 1997). Específicamente corresponde a la Dirección de Vialidad la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y reparación de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecutan con fondos fiscales o con aportes del Estado (artículo 18, D.F.L. N^º 850, MOP, 1997);

CUADRAGESIMONOVENO. Que, entonces, la posibilidad de traslado de instalaciones en las fajas de los caminos se funda en el beneficio que para la sociedad toda trae consigo el mejoramiento de los caminos, necesidad que impone dicho traslado;

IX

EL PRECEPTO ES UNA LIMITACIÓN LEGÍTIMA AL DOMINIO

QUINCUAGÉSIMO. Que si el traslado de las instalaciones dispuesto por la autoridad es una limitación al dominio, queda por analizar si ésta es legítima. Es decir, si cumple los criterios que este Tribunal, interpretando la Constitución, ha establecido para ello;

QUINCUAGESIMOPRIMERO. Que, en primer lugar, la norma reprochada cumple el criterio de que la limitación sea mesurada y razonable. Por de pronto, porque hay una orden de traslado. No se expulsa del uso de la faja a las instalaciones, pues pueden permanecer en un determinado lugar diferente al que en un momento determinado ocupen. No hay una prohibición o una orden de retiro. De hecho, las instalaciones fueron trasladadas y reinstaladas en la faja.

Enseguida, porque hay un beneficio para el requirente, consistente en que puede usar gratuitamente la faja. Todas las otras instalaciones que ocupen la faja, después de 1996, deben pagar por ello.

Finalmente, si la autoridad puede ordenar el retiro de toda instalación, sin derecho a indemnización, no se advierte por qué debería pagar por un mero traslado. No hay que olvidar que el permiso de ocupación tiene un grado de precariedad mayor que el de una concesión;

QUINCUAGESIMOSEGUNDO. Que, en segundo lugar, cumple el criterio de que no se debe desnaturalizar el uso principal de la faja. Esta es un bien nacional de uso público, destinado al libre tránsito. El traslado se dispuso para mejorar ese uso principal, pues se iba a ensanchar y mejorar el camino al que accedía;

QUINCUAGESIMOTERCERO. Que es tan central este uso principal, que hay una serie de sujetos que sufren restricciones para asegurar dicho libre tránsito.

En primer lugar, lo sufren los vehículos que transitan por dichos caminos. Estos necesitan patente, permiso de circulación y certificado de seguro obligatorio (artículo 51, Ley de Tránsito). Además, deben estar inscritos en el Registro de Vehículos Motorizados, presumiéndose propietario la persona a cuyo nombre fuera inscrito (artículos 39, inciso primero, y 44, Ley de Tránsito). También deben tener condiciones técnicas de construcción, de seguridad, comodidad, presentación y mantenimiento, definidas por el ordenamiento jurídico (artículo 62). Así, deben tener neumáticos en buen estado (artículo 69), frenos y luces (artículo 70), una serie de elementos, como velocímetros, parachoques, rueda de repuesto, cinturones de seguridad (artículo 75). Asimismo, la carga no puede exceder pesos máximos (artículo 65). Del mismo modo, el vehículo no puede contaminar (artículo 78) y deben tener revisión técnica al día (artículo 89).

En segundo lugar, sufren estas limitaciones los conductores de dichos vehículos. Estos necesitan tener licencia para conducir, la que deben llevar consigo (artículos 5° y 6°). También deben obedecer y respetar las señales de tránsito (artículo 95); respetar los límites de velocidad (artículos 117 y 144); respetar el sentido del tránsito o de la circulación (artículos 116, 120 y 122); respetar la distancia entre vehículos (artículo 126). Asimismo, no pueden conducir si no están en condiciones físicas o psíquicas suficientes (artículo 109); si se encuentran en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol (artículo 110).

En tercer lugar, sufren limitaciones los dueños de predios colindantes a los caminos públicos. Así, estos dueños tienen prohibido ocupar las fajas de 35 metros, medidos a cada lado de los cierros actuales, con construcciones de tipo definitivo que en el futuro perjudiquen su ensanche (artículo 39). También, los predios rústicos colindantes deben permitir la extracción de tierras, arena, piedras y demás materiales análogos que fueren necesarios para construir y conservar los caminos (artículo 45). Además, la que los obliga a soportar su uso para restablecer el tránsito, si éste se interrumpiere por destrucción u obstrucción motivada por fuerza mayor o caso fortuito (artículo 46). Del mismo modo, los dueños de los predios colindantes deben proporcionar el agua que se necesite para construir los caminos (artículo 48);

QUINCAGESIMOCUARTO. Que, para garantizar ese libre tránsito, se confiere una serie de facultades a la Dirección de Vialidad. Así, ésta tiene la facultad de disponer la reapertura o ensanche de los caminos (artículo 26); también puede ordenar restablecer el tránsito, autorizando el uso de los terrenos colindantes para ello (artículo 46); además, tiene deberes de mejoramiento, defensa, reparación y conservación (artículo 18); asimismo, puede prohibir el acceso que constituya peligro para la seguridad del tránsito o que entorpezca la libre circulación (artículo 40);

QUINCUAGESIMOQUINTO. Que en el mismo sentido se enmarca la prohibición de ocupar, cerrar, obstruir o desviar los caminos públicos (artículo 35);

QUINCUAGESIMOSEXTO. Que no se advierte razón que justifique que quienes ocupan dichas fajas gratuitamente, no tengan la limitación de soportar el costo de un traslado de sus instalaciones. La pregunta es por qué no van a tener estas restricciones, si una serie de otros sujetos, para garantizar el libre tránsito por los caminos, sufre restricciones a sus derechos;

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO. Que el tercer criterio que ha establecido este Tribunal para legitimar las limitaciones, es la función pública que desempeña el concesionario.

En efecto, los servicios de telecomunicaciones satisfacen una necesidad pública. El de servicio público de telecomunicaciones, está destinado “*a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general*” (artículo 3^º, letra b), Ley N^º 18.168). Los servicios intermedios, por su parte, constituidos por servicios prestados a terceros, están destinados “*a satisfacer las necesidades de los concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones en general o a prestar servicio telefónico de larga distancia a la comunidad en general*” (artículo 3^º, letra e), Ley N^º 18.168).

La actividad de telecomunicaciones está afecta a un fin específico, de enorme impacto en la vida de las personas y en la industria. El mundo moderno exige la comunicación inmediata empleando los servicios de telecomunicaciones. De ahí que el concesionario no realice una actividad cualquiera. Realiza un emprendimiento que exige continuidad o no interrupción del servicio (artículo 27 y 28), seguridad en su prestación (artículo 7 y 24), calidad (artículo 7 bis) y no discriminación (artículo 2^º, 8^º, 12, 24 bis, 24 B y C.).

Por lo mismo, no es una propiedad cualquiera, sino sujeta a regulaciones que buscan garantizar el cumplimiento de dicha finalidad de servicio público;

QUINCUAGESIMOCTAVO. Que, por lo demás, los concesionarios de servicios de telecomunicaciones, están sujetos a una serie de obligaciones o prohibiciones que la Ley General de Telecomunicaciones les impone, semejantes a la que la empresa requirente cuestiona. Por ejemplo, requiere autorización para transferir la concesión (artículo 21); está obligado a la colocalización, bajo ciertos supuestos, sistemas radiantes de transmisión (artículo 19 bis); tiene que establecer un sistema multiportador discado (artículo 24 bis); está obligado a dar el servicio en un plazo máximo (artículo 24 c); debe establecer y aceptar interconexiones (artículo 25); tiene la obligación de implementar un sistema de portabilidad de números telefónicos (artículo 25 bis); está sujeto a un plan de resguardo de infraestructura crítica de infraestructura del país (artículo 39 A).

No es, entonces, el pago del traslado de instalaciones la única obligación que el concesionario debe soportar;

QUINCUAGESIMONOVENO. Que, en cuarto lugar, también la limitación cumple el criterio de tener en cuenta las limitaciones en el contexto de privilegios que pueda disfrutar el afectado.

En efecto, en primer lugar, como ya se ha indicado, el concesionario puede usar gratuitamente y de modo exclusivo, un pedazo de un bien nacional de uso público, un bien que es de todos y que, de no mediar el permiso, podrían usar todos.

En segundo lugar, los concesionarios de servicio público tienen una serie de privilegios: pueden disponer de servidumbres en terrenos privados (artículo 19); cobran una tarifa que les asegura una rentabilidad económica (artículo 29 y 30 A); pueden llegar a operar bajo un régimen de monopolio de hecho (artículo 12 y 29). Ello se justifica por la importancia que tienen los servicios básicos, en particular las telecomunicaciones, para la vida de las personas.

En tercer lugar, los concesionarios tienen una serie de facultades, que les permiten imponer obligaciones a particulares, incluso más intensas que la que se cuestiona en este requerimiento, como lo ha reconocido esta Magistratura en materia eléctrica, y plenamente aplicable al sector telecomunicaciones (STC Rol Nº 1.669).

Por una parte, se encuentra la facultad que tienen las empresas concesionarias para exigir a los usuarios que soliciten servicio, un aporte financiero reembolsable para la asignación de nuevas líneas (artículo 24 D). No obstante que las empresas están obligadas a dar servicio (artículo 24 C), la ley les permite que puedan solicitar este aporte, previo contrato que deben firmar con el usuario. En este caso, la empresa pide al usuario financiar la obra de ampliación o extensión. La equivalencia está dada porque para el usuario, si no cubre ese aporte, no obtiene el servicio. Ello es una verdadera orden negativa. Es decir, una prohibición de acceso a dicho servicio.

Por otra, las concesiones de telecomunicaciones crean a favor del concesionario el derecho a tender o cruzar líneas en bienes nacionales de uso público para los fines del respectivo servicio (artículo 18) y el de imponer las servidumbres necesarias para tender líneas a través de propiedades ajenas (artículo 18 y 19). Dichas servidumbres deben ser convenidas por las partes y se rigen por las normas del derecho común. En caso de no llegar a acuerdos, se entiende constituida de pleno derecho y la indemnización la fijan los tribunales, pudiendo incluso constituirse mientras el juicio se tramita (artículo 19).

Ambas figuras son semejantes al traslado de redes. En el caso *sub lite*, la autoridad, como consecuencia de administrar la faja adyacente a los caminos públicos y con el propósito de garantizar un mejor libre tránsito,

dispone su traslado. En las facultades que tienen las empresas, éstas imponen obligaciones a privados para que pueda llevarse a cabo el servicio de telecomunicaciones;

SEXAGÉSIMO. Que, finalmente, se cumple el último criterio: que la limitación no se convierta en privación del dominio.

En efecto, en la obligación de traslado, en primer lugar, no hay desplazamiento patrimonial. Lo que existe es un mandato de hacer, que la empresa debe llevar a cabo, como consecuencia de tener sus instalaciones en un bien nacional de uso público. Dicha obligación es trasladar las redes de modo temporal, hasta que se mejore el camino público en cuya faja se encuentran ubicadas. En esa obligación, las instalaciones siguen siendo de propiedad de las concesionarias, no pasan a dominio de la Dirección de Vialidad.

En segundo lugar, no hay privación, porque no hay daño. El eventual perjuicio económico que signifique el traslado, se compensa con el uso gratuito de la faja, que la empresa ha usado pacífica y tranquilamente por prácticamente diez años, contados desde 1996. Ha tenido tiempo suficiente para amortizar sus inversiones.

En tercer lugar, no hay privación porque no se afecta el funcionamiento de la empresa. Esta podría perfectamente ubicar sus instalaciones en los predios privados colindantes al camino. Pero eso implicaría un costo por el pago de las servidumbres de paso. Prefiere, por tanto, instalarse en la faja del camino público, por su gratuidad. Pero eso la sujeta a eventuales traslados y a órdenes de retiro que pueda disponer la autoridad.

y VISTO lo dispuesto en los artículos 19, N^{OS} 20^º y 24^º, y 93, N^º 6^º, de la Constitución Política de la República, así como en las normas pertinentes de la Ley N^º 17.997, orgánica constitucional de esta Magistratura,

SE RESUELVE: QUE SE RECHAZAN LOS REQUERIMIENTOS DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDOS.

DEJÉSE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN LAS CAUSAS ROLES N^{OS} 2.043, 2.077, 2.078 Y 2.079, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO.

NO SE CONDENA EN COSTAS A LA REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVOS PLAUSIBLES PARA DEDUCIR SUS ACCIONES.

El Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán dejan constancia de que concurren a la sentencia que rechaza el requerimiento deducido, por estimar que dicha decisión se conforma con el mérito del presente proceso constitucional; pero cumplen con hacer presente que

no comparten ciertos enfoques doctrinarios de la sentencia, especialmente sobre la naturaleza del derecho del concesionario de servicio público de telecomunicaciones a usar bienes nacionales de uso público para el ejercicio de su actividad y en cuanto a la justificación de las cargas que recaen sobre ese derecho, en lugar de los cuales tienen presente lo siguiente:

1°. Si bien hay doctrina que sostiene que la utilización exclusiva o preferente de un bien estatal o público por parte de un particular no puede ejercitarse sino en virtud de un acto unilateral de la Administración, descrito como un acto administrativo denominado permiso, de carácter discrecional, unilateral y precario, crecientemente la legislación nacional se inclina por consagrar también, como fuente de ese derecho, un contrato: el de concesión. Así lo hacen, por ejemplo, el Decreto Ley N° 1.939 (artículos 57 y siguientes); la Ley N° 18.695 (artículo 36); la Ley N° 18.696 (artículo 3°), y la Ley N° 19.542 (artículos 7 y 53) entre otras.

También, en ocasiones, es la propia ley la que concede directamente ese derecho, tratándose en dichos casos de un verdadero derecho legal de uso, pues el uso del bien público lo permite directa e inmediatamente una norma legal expresa, como ocurre en el caso de autos, en que es la Ley General de Telecomunicaciones (Ley N° 18.168) la que en su artículo 18, consagra dicha facultad.

En efecto, el artículo 18 de dicho cuerpo legal, en lo pertinente, prescribe: *“Los titulares de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho a tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas en calles, plazas, parques, caminos y otros bienes nacionales de uso público, sólo para los fines específicos del servicio respectivo”*

De esta forma, el uso de los bienes nacionales de uso público con las indicadas finalidades constituye un derecho propio de la calidad de concesionario, en virtud del estatuto jurídico que rige a las concesiones de servicio público de telecomunicaciones. Dichos concesionarios, que además prestan un servicio que beneficia a la comunidad toda, gozan del derecho legal para tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas en las fajas de los caminos públicos, desde que tales bandas adyacentes son bienes nacionales de uso público, por definición del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, de 1998, artículo 24.

En tal sentido, debe tenerse presente que esta misma Magistratura ha señalado que la concesión *“importa un acto esencialmente creador de derechos”*, de forma tal que se le *“ha reconocido siempre un carácter contractual”* (STC Rol N° 467).

2°. No resulta contradictorio con lo afirmado, la circunstancia de que el mismo artículo 41 del D.F.L N° 850, cuyo inciso final se cuestiona, establezca que deba otorgarse una autorización, por parte de la Dirección de Vialidad, para hacer uso material de este derecho legal de uso, esto es, *“para tender las líneas aéreas y subterráneas sólo para los fines específicos del*

servicio respectivo” en un bien nacional de uso público, pues dicha autorización o permiso no es constitutiva de un derecho de uso que ya ha sido conferido por la ley, sino que tiene por objeto velar, por parte de la entidad bajo cuya competencia se encuentran los caminos públicos, por el cumplimiento de las normas preexistentes relativas a la seguridad vial y el uso público de los caminos, como se puede concluir con facilidad de simple la lectura de la citada norma. De allí que la Dirección de Vialidad esté obligada a otorgar dichas autorizaciones “*a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas.*” (Artículo 41 del D.F.L. N^º 850, inciso cuarto).

3°. Que sea la ley la que otorga directamente este derecho de uso al concesionario, si bien le confiere mayor estabilidad y firmeza que un simple permiso o un contrato de concesión, no significa que se trate de un derecho puro y simple que pueda ejercitarse libremente. Nada ha impedido al legislador imponer, por razones derivadas del bien común y amparadas por la función social de la propiedad, determinada en este caso especialmente por necesidades de utilidad pública, condiciones, modalidades u otras obligaciones o cargas asociadas a su ejercicio, aún más tratándose de un derecho que implica autorizar a un particular a utilizar bienes públicos en su provecho, gratuitamente en el caso del requirente, frente a la alternativa de verse obligado a enfrentar los costos de establecer una servidumbre para el tendido de sus redes de telecomunicaciones.

En efecto, siendo deber del Estado promover el bien común, conforme lo establece el artículo 1° de la Constitución, así como establecer las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad, consagrada en el párrafo segundo del numeral 24, de su artículo 19, y fijar por ley las normas sobre concesión de los bienes del Estado (artículo, 63, numeral 10), no puede reprochársele que, junto con conceder gratuitamente el derecho legal de uso de bienes públicos a un particular, para facilitarle el ejercicio de su actividad de concesionario de un servicio de telecomunicaciones que, si bien presta un servicio público, de su legítimo provecho se apropia exclusivamente el concesionario, haga recaer sobre él la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del D.F.L. N^º 850, del mismo modo que lo obliga a cumplir, como se dijo en el motivo anterior, las condiciones relativas al uso libre y seguro de los caminos públicos. Por lo demás, siempre las concesiones de esta clase implican, para su titular,

derechos y obligaciones, como lo detalla la sentencia en sus considerandos quincuagesimooctavo y quincuagesimonoveno.

4°. De esta forma, dichos concesionarios están jurídicamente obligados a soportar la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del D.F.L. N° 850, salvo que en el permiso o contrato de concesión respectivo se hayan fijado otras condiciones, así como los demás derechos y obligaciones a que se ha aludido, dado que ello forma parte del estatuto legal de estas concesiones. Se derivan de su propia naturaleza y de la realidad fáctica en que se desenvuelven, la que naturalmente variará en el tiempo, debido al desarrollo del país, a las necesidades del perfeccionamiento vial y a los avances tecnológicos, entre otras razones, pues si así no fuera estaríamos frente al absurdo de suponer una Nación petrificada eternamente, con los mismos caminos, líneas de electricidad, de telecomunicaciones, drenajes, ductos, acueductos, ciudades, puentes.

Es por ello que la innovación normativa que demanda el progreso no puede sino considerarse parte integrante del estatuto legal de la concesión.

5°. En relación al supuesto efecto retroactivo de la norma, cabe tener presente que dicha materia fue arduamente debatida durante la discusión de la ley, especialmente en la sesión efectuada en el Senado el 18 de junio de 1996, quedando claro que la disposición no tenía tal carácter.

En tal sentido, el Ministro de Obras Públicas de la época, señor Ricardo Lagos, insistió que *“estamos hablando de una normativa que regirá a futuro”*, de modo que *“obviamente, esto tendrá vigencia a futuro, porque estamos legislando a partir del momento en que se publique la respectiva ley”*.

Como consecuencia de lo anterior, el senador señor Fernández, hizo presente que *“la ley en proyecto no tiene efecto retroactivo y que, por lo tanto, no afectará a los derechos que empresas o particulares puedan tener respecto de instalaciones existentes en fajas de propiedad fiscal”*.

A su turno, el senador señor Hamilton reiteró que *“el proyecto no contiene ninguna disposición que permita que en esta parte la ley rija para el pasado. Su vigencia comienza desde su publicación en el Diario Oficial. Ahora bien, las concesiones que se otorguen en adelante serán afectadas por estas normas, y si hay modificaciones de las anteriores, ellas podrán o no verse afectadas dependiendo de las condiciones en que fueron pactadas. Si se altera la franja del camino donde se encuentren ubicadas las concesiones, eso se resolverá de común acuerdo entre las partes, o conforme a la ley, o, en subsidio, por los tribunales”*.

Por su lado, el senador señor Valdés destacó que *“no puede regir una disposición de esta naturaleza con efecto retroactivo, porque afectaría derechos ya incorporados a la vida jurídica y económica de las empresas, excepto el veto, en el claro entendido de que rige para el futuro y no para el pasado”*.

A su vez, el senador señor Zaldívar resumió el debate parlamentario en el sentido que *“después de la discusión y de las aclaraciones del señor Minis-*

tro, queda de manifiesto –y así constará en la historia de la ley, lo cual es importante para su interpretación posterior por quien corresponda– que lo señalado en la norma rige a futuro”.

Por último, el entonces senador señor Piñera concluyó el proceso de aprobación del precepto destacando que había *“habido unanimidad en el Senado, concurriendo a ella las palabras del señor Ministro, en el sentido de que la intención de esta normativa no es afectar hacia atrás situaciones consolidadas. Si hubiera discrepancia o disputa entre las partes hacia atrás, ellas deberán ser resueltas por los tribunales de justicia de acuerdo con lo establecido en los respectivos contratos y las leyes vigentes”*. Incluso, hizo hincapié en que le parecía *“que ese costo no sea de cargo del Ministerio, sino de las empresas respectivas, el cual, a su vez, de acuerdo con las leyes que determinan cómo se fijan las tarifas –porque hay distintos tipos de cuerpos legales sobre el particular–, podrá ser transferido a los usuarios o no”*.

6°. Por lo expresado, en cuanto a la presunta aplicación retroactiva de la ley impugnada, es un hecho no discutido que ello no ocurre, pues consta en autos que el traslado en cuestión se dispuso con posterioridad a su entrada en vigor.

Por otra parte, tal como se acaba de decir, en lo relativo a la presunta afectación de derechos adquiridos, la historia del establecimiento del precepto legal demuestra que, al momento de su aprobación en el Senado, se dejó constancia de que no afectaría el derecho de los concesionarios existentes a seguir usando gratuitamente de la faja fiscal. Por ello, junto con establecerse, para las futuras concesiones, la obligación del pago de derechos por el uso de la faja fiscal, se contempló una disposición transitoria excluyendo de dicho pago a los concesionarios existentes. Con ello, mantuvieron estos concesionarios el beneficio que la ley les reconocía. En lo demás, como se ha dicho, nunca existió un pretendido derecho adquirido a la gratuidad de los traslados, pues esta posibilidad estuvo siempre incorporada en el estatuto jurídico de la concesión.

7°. Por estos motivos estimamos que el precepto legal cuestionado en estos autos no es contrario a la Constitución, reafirmando la doctrina enunciada por esta Magistratura en sentencia de 10 de febrero de 1995 (STC Rol N^o 207) en cuanto, entre los elementos propios del 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, lo cual 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. Confianza que se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quién los realizó en el pasado podía contar al

adoptar sus decisiones. De allí que, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, y la prevención, el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Roles N° 1.993-2011, 2.043-2011, 2.077-2011, 2.078-2011 y 2.079-2011 (acumuladas).

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, y por el Suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL N^º 1.994-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2^º, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N^º 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

(ACUMULADO CON ROLES N^{OS} 1.995, 1.996, 1.997, 1.998, 1.999,
2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005, 2.006 Y 2.007
TODOS DEL 2011).

Santiago, veintiséis de abril de dos mil doce.

VISTOS:

A fojas 1, mediante sendas presentaciones, todas de fecha 31 de mayo de 2011, el señor Rolf Sommer Sulfrían, Gerente General, en representación de MINERA LÍMITE S.A., requirió a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 70 del Código de Minería y del inciso segundo del artículo 2^º de la Ley N^º 19.573, interpretativo del primero, en el marco de los recursos de casación en el fondo radicados ante la Excm. Corte Suprema, Roles N^{OS} 4697-2011, 4701-2011, 4704-2011, 4706-2011, 4708-2011, 4710-2011, 4712-2011, 4714-2011, 4715-2011, 4717-2011, 4718-2011, 4719-2011, 4720-2011 y 4721-2011, deducidos en contra de las sentencias de la Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó que, aplicando las referidas disposiciones, revocaron los fallos del Segundo Juzgado de Letras de Vallenar y, en consecuencia, acogieron la caducidad de las pertenencias mineras en diversos procesos de concesiones mineras de explotación, solicitada por el abogado Francisco René Valle Pensa, ordenando la cancelación de las correspondientes inscripciones.

Al exponer los hechos la parte requirente señala que con fecha 30 de marzo de 2009, Eloise Moreno Lemus solicitó ante el Segundo Juzgado de Letras de Vallenar diversas concesiones mineras de explotación sobre sustancias concesibles en terrenos abiertos e incultos de la comuna de Alto del Carmen, provincia del Huasco, III Región de Atacama, de diferentes denominaciones (Solución 5, 7, 8, 9, 10, 15, 17, 18, 20, 22; El Tesoro del Inca XIII y XVIII). Agrega que posteriormente se dio cuenta al tribunal del cambio de la titularidad de los derechos derivados de la concesión minera, quedando como única y exclusiva dueña la requirente de autos, MINERA LÍMITE S.A., como consecuencia de la compraventa y posterior tradición efectuada entre Eloise Moreno y esta última; que con fecha 23 de noviembre de 2009 se publicó la solicitud de mensura y con fecha 23 de diciembre de 2009, COMPAÑÍA MINERA NEVADA LTDA. dedu-

jo oposición a dicha mensura, demanda que fue proveída con fecha 29 de diciembre del mismo año, teniendo a la mencionada compañía como opositora y como demandada a MINERA LÍMITE S.A., ordenándose exhortar al Juzgado de turno en lo Civil de Santiago para efectos de la notificación del libelo de oposición al representante de la demandada.

Agrega que con fecha 5 de enero de 2010 se dejó constancia del retiro del exhorto por parte de la demandante de oposición; que con fecha 5 de junio de 2010 la demandada y requirente en estos antecedentes se notificó por escrito de la resolución que proveyó la demanda y que, con fecha 10 de junio de 2010, el abogado Francisco René Valle Pensa, como “tercero”, “*aparentemente en interés de la ley*”, solicitó la declaración de caducidad de los derechos emanados de la manifestación minera, previa certificación de que las partes no realizaron gestión alguna destinada a dar curso progresivo a los autos durante más de 3 meses, solicitud que fue rechazada por sentencias interlocutorias del Segundo Juzgado de Letras de Vallenar, las que posteriormente fueron revocadas por la Corte de Apelaciones de Copiapó, en fallos, todos de fecha 20 de abril de 2011, que acogieron la caducidad respecto de los derechos emanados de la manifestación de las pertenencias mineras, ordenando la cancelación de las respectivas inscripciones.

En contra de esta resolución la requirente de autos recurrió de casación en el fondo ante la Corte Suprema, recursos que fueron concedidos y constituyen la gestión pendiente que da motivo a estos requerimientos.

Las normas cuya aplicación impugna disponen:

Artículo 70, inciso primero, del Código de Minería:

”Desde que quede presentada una demanda de oposición conforme al artículo 61, y hasta que quede ejecutoriada la correspondiente sentencia, las partes no podrán paralizar el juicio por más de tres meses. Si transcurre este término sin que alguna de ellas practique cualquiera diligencia útil destinada a dar curso progresivo a los autos, cualquiera persona podrá solicitar que se declare, con sólo el mérito del certificado del secretario, la caducidad de los derechos de ambas partes, y que se ordene cancelar las inscripciones respectivas. Con todo, la caducidad no afectará en caso alguno la concesión para explorar y a la pertenencia, ya constituidas.”

Artículo 2º, inciso segundo, de la Ley Nº 19.573:

“Declárase, asimismo, interpretando el inciso primero del artículo 70 del mismo Código, que el término de tres meses, que en él figura, comienza a correr desde que la demanda de oposición, a que dicho inciso se refiere, queda presentada en la secretaría del tribunal correspondiente.”

En cuanto al fondo del asunto planteado, indica la requirente que la aplicación de los preceptos impugnados infringe las garantías constitucionales del derecho de defensa y del debido proceso, integradas en el derecho de igualdad ante la justicia contemplado en el Nº 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, por asignar efectos a una caducidad procesal

sin haber juicio, al no estar trabada la *litis*, bajo la sola justificación de estar presentada la demanda de oposición minera y haber transcurrido más de tres meses de inactividad en la causa.

En este orden de ideas, señala que el real sentido del inciso primero del artículo 70 del Código de Minería es evitar que el juicio de oposición a la mensura esté paralizado por más de tres meses. Por ello, aduce, se contempla una sanción para la inactividad de las partes consistente en la caducidad de sus derechos, pero para que dicha caducidad opere se requiere de la existencia de un juicio en términos legales, lo que exige como trámite esencial que se haya emplazado al demandado, lo que ocurrió recién con fecha 5 de junio de 2010, cuando la parte demandada en dichos autos y requirente en este recurso de inaplicabilidad se dio expresamente por notificada de la demanda en la Secretaría del Tribunal. Agrega la requirente que desde esa oportunidad hasta el 10 de junio de ese año –fecha en que el abogado Valle Pensa presentó la solicitud de caducidad– sólo habían transcurrido 5 días.

Esta cuestión, a juicio de la requirente, no plantea simplemente un asunto de legalidad propio de la casación, sino que también una cuestión de constitucionalidad, en la medida que con la decisión del tribunal de segundo grado se cristaliza una aplicación de preceptos legales con resultados contrarios a la Constitución.

Sostiene que frente a una norma que pueda ser interpretada en dos sentidos, siempre ha de preferirse aquél que guarde concordancia y armonía con los principios formativos del debido proceso, como el de bilateralidad de la audiencia, y con las instituciones propias del Derecho Procesal; garantía objeto de desarrollo legislativo y que está presente en la configuración del derecho de igualdad ante la justicia, consagrado en el N^º 3 del artículo 19 de la Constitución.

Añade que interpretar el referido inciso primero del artículo 70 en el sentido de estimar que el plazo de tres meses se cuenta desde la presentación de la demanda sin que se requiera previamente notificarla, asílándose en la ley interpretativa del inciso segundo del artículo 2^º de la Ley N^º 19.573, como lo hizo la Il^{ta}. Corte de Apelaciones de Copiapó, es una aplicación de preceptos legales que resulta contraria a la Constitución, agregando que además queda abierta la cuestión de legitimidad constitucional de dichos preceptos frente a un eventual control abstracto de constitucionalidad.

Destaca que el proceso es un instrumento de resguardo del derecho; sin embargo, en oportunidades como la de la especie, el derecho resulta vulnerado precisamente por el instrumento que debía tutelarlos.

Agrega que la caducidad solicitada por el abogado Francisco René Valle Pensa a partir de la oposición a la solicitud de mensura incoada por Minera Nevada Ltda., es una cuestión accesoria al conflicto princi-

pal, desde que no dice relación con la superposición alegada y requiere pronunciamiento especial, según lo dispone el artículo 70 del Código de Minería, de manera que se está frente a una resolución que resuelve un incidente, conforme la definición del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, porque su resultado establece derechos permanentes en favor de las partes, siendo los preceptos legales impugnados decisivos en la resolución del asunto y norma *decisoria litis* de la casación.

Finalmente, indica que los preceptos cuya aplicación se impugna también lesionan su derecho de propiedad, sus facultades y atributos, amparado en el N° 24° del artículo 19 de la Constitución, ya que los derechos mineros de su parte en el procedimiento concesional se verán extinguidos de quedar firme y ejecutoriada la sentencia de segundo grado dictada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, por una aplicación de preceptos legales contraria al artículo 19, N° 3°, de la Constitución.

Pide que, en definitiva, se acoja el requerimiento, declarando inaplicables los preceptos legales antes citados, en las respectivas gestiones pendientes ante la Excma. Corte Suprema en sede de casación en el fondo que han sido previamente individualizadas.

Por resolución de fecha 8 de junio de 2011, escrita a fojas 33 y siguientes, se acogió a trámite el requerimiento y se decretó la suspensión del procedimiento.

Con fecha 3 de agosto de 2011, la Primera Sala de esta Magistratura escuchó alegatos sobre admisibilidad y por resolución de 1° de septiembre del mismo año, escrita a fojas 148 y siguientes, en votación dividida, declaró admisible el requerimiento.

Por resolución de 5 de septiembre de 2011, escrita a fojas 158, se resolvió la acumulación a esta causa Rol N° 1.994, de los roles N°s 1.995, 1.996, 1.997, 1.998, 1.999, 2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005, 2.006 y 2.007, todos del año 2011.

A fojas 172, la Compañía Minera Nevada S.A formuló observaciones al requerimiento, solicitando su rechazo con expresa condena en costas. Sostuvo, en primer término, que ataca una resolución judicial pronunciada por un Tribunal de alzada, por no haber éste acogido la interpretación de las normas legales objetadas en el sentido que acomoda a los intereses de la parte requirente. Ello se observa, agrega, de la simple lectura del libelo del recurso de inaplicabilidad al compararlo con el de casación, que constituye la gestión pendiente, ya que ambos contienen los mismos argumentos y razonamientos para denunciar, por una parte, ante la Excma. Corte Suprema la infracción de ley y, por otra, ante este Tribunal, una vulneración de derechos fundamentales. Transcribe al efecto partes del libelo de casación y acompaña cuadro comparativo que se encuentra agregado a los autos, a fojas 209.

En segundo término, aduce que el requerimiento plantea una cuestión de mera legalidad, que no corresponde al conocimiento de esta Ma-

gistratura, toda vez que la denuncia de inconstitucionalidad recae en la comprensión supuestamente errónea que la Corte de Apelaciones de Copiapó hace del inciso primero del artículo 70 del Código de Minería, interpretado por el legislador mediante el inciso segundo del artículo 2^º de la Ley N^º 19.573; señala igualmente que el propio requirente admitió que se trataba de una cuestión de interpretación legal al presentar recurso de casación en el fondo impugnando la aplicación preferente del mismo precepto cuya inaplicación pretende por medio de esta acción.

En tercer término, argumenta que lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2^º de la ley N^º 19.573 respecto del inciso primero del artículo 70 del Código de Minería, constituye una interpretación auténtica de una norma legal efectuada por el legislador, quien como representante de la soberanía nacional está autorizado para establecer el sentido auténtico de una norma que él mismo ha dictado, dando estabilidad jurídica a la legislación minera al recoger la evolución de sus normas y, en particular, dando protección al derecho de propiedad sobre las pertenencias al sancionar la dilación en el proceso de concesión minera.

En efecto, señala, el legislador de la Ley N^º 19.573 ha recogido la evolución de las normas legales relativas al dominio minero desde el Código de Minería de 1888 hasta la dictación de dicha ley, manteniendo el espíritu con que permanentemente ha tratado lo relativo a la propiedad minera; está en concordancia con lo dispuesto en la Constitución Política y en la Ley Orgánica sobre Concesiones Mineras, Ley N^º 18.097, en el sentido de dar estabilidad jurídica a la concesión de una pertenencia minera procurando evitar la dilación en su proceso de constitución.

Sostiene, por otra parte, que la requirente realizó en la causa gestiones que importan conocimiento de la demanda de oposición a la solicitud de mensura, y que dejó de cumplir la obligación legal de realizar gestiones útiles, no pudiendo aprovecharse de su propia negligencia.

Añade que ninguna arbitrariedad afecta al requirente de autos en su condición de solicitante de mensura en las gestiones pendientes, ya que tanto ella como la parte opositora están sujetas a la misma carga procesal de efectuar gestiones útiles a fin de evitar la caducidad de sus derechos, por lo que ambas se ven expuestas a sufrir las mismas consecuencias fruto de su inactividad.

En suma, manifiesta que la norma interpretativa y la norma interpretada no afectan ningún derecho en su esencia que pudiere acarrear su inconstitucionalidad.

Señala asimismo que de acuerdo a lo expresado por esta Magistratura, para que se dé un proceso racional y justo, toda sentencia debe estar precedida de la publicidad de los actos jurisdiccionales, del derecho a la acción, de haber podido contar con una adecuada asesoría y defensa, de haber producido libremente las pruebas, así como la exclusión de las presunciones de derecho en materia penal, la bilateralidad de la audien-

cia, la oportunidad de interponer recursos para revisar las sentencias y el pronunciamiento de los fallos en un tiempo prudente y debidamente fundados; añade que otro elemento del debido proceso atingente al caso es el oportuno conocimiento de la acción por la parte contraria.

En el caso, la acción de la cual debió tener oportuno conocimiento el solicitante de mensura y requirente de autos es la demanda de oposición a la mensura, que constituye la respuesta de quien sostiene tener derechos anteriores sobre el mismo terreno que la solicitud de mensura abarca y por ello se opone, que se presenta en el mismo expediente judicial incoado por el solicitante y no da inicio a un nuevo proceso ajeno a dicha causa.

Agrega que no resulta aceptable sostener que no se tiene oportuno conocimiento de las demandas de oposición que en respuesta a la solicitud de mensura se presenten y afirmar que para que dicho conocimiento se produzca tiene que mediar notificación de la demanda, ya que esto supondría que una parte pueda aprovecharse de sus propios actos u omisiones, es decir, de su propia inactividad para entorpecer una decisión del legislador, puesto que siendo medianamente diligente estaba obligada a revisar y a tomar conocimiento de lo actuado en la misma causa.

Concluye que la interpretación dada por el inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 19.573 en nada violenta el derecho a un debido proceso ni el derecho a la defensa, sino que hace efectivo el mandato constitucional de dar fluidez al proceso de constitución de una concesión minera y de dar certeza jurídica en materia minera, reiterando que el requirente pudo haber evitado la sanción de caducidad de haber mantenido una actitud diligente en su proceso de mensura.

Indica que siendo la requirente la peticionaria del proceso de constitución de la propiedad minera, tiene la carga de su impulso procesal hasta el otorgamiento o rechazo de la concesión minera solicitada; por otro lado, la demanda de oposición le fue notificada por el estado diario, solicitando incluso copia de la misma con mucha anticipación a darse por notificada expresamente de ella, de manera que la requirente tuvo conocimiento cierto y oportuno de tal oposición y nada útil hizo para evitar que fuera declarada la caducidad de la cual ahora reclama.

En suma, señala que no se divisa razón por la cual la requirente de autos, detentando la calidad de solicitante y teniendo el control del proceso, no ejerciera la facultad de intervenir para evitar una consecuencia jurídica ineludible, que le era perfectamente conocida, dejando transcurrir un plazo de más de cinco meses sin efectuar alguna gestión útil para la prosecución del procedimiento; más aún, habiendo solicitado copia de la demanda, lo que obviamente demuestra el conocimiento que tuvo de la oposición.

Adicionalmente, sostiene que desde que se interpone una oposición a la mensura, las partes están conscientes de que por mandato expreso

de la ley quedan afectas eventualmente a la interposición por un tercero de una solicitud de caducidad. Por ello, deduce, lo que se pretende con el requerimiento es que la norma se aplique con la interpretación que la requirente le otorga, lo que demuestra que lo planteado es una cuestión de legalidad que corresponde resolver a los jueces de fondo.

Agrega que de acogerse el presente requerimiento, se dejará al juez de fondo sin poder aplicar las normas impugnadas y, en consecuencia, la Corte Suprema no podrá pronunciarse acerca de si la sentencia de segunda instancia se dictó o no con infracción de ley.

A fojas 210 evacuó el traslado que le fue conferido el abogado Francisco Valle Pensa, solicitando el rechazo del recurso de inaplicabilidad con expresa condena en costas.

Luego de referirse a los antecedentes generales de las demandas de oposición y solicitudes de caducidad en las que incide el presente requerimiento, trata en el capítulo segundo de su presentación el procedimiento concesional minero y al respecto señala que, conforme al artículo 34 del Código de Minería, tal procedimiento tanto si se trata de exploración como de explotación, es judicial, de jurisdicción voluntaria y sólo se transforma en contencioso en los casos excepcionales de: i) oposición a la solicitud de mensura, conforme a lo establecido en los artículos 61 a 70 del Código del ramo, o de ii) oposición a la constitución de las pertenencias, conforme a lo establecido en el artículo 84 del mismo Código.

Agrega que conforme al artículo 5° de la Ley Orgánica sobre Concesiones Mineras y al artículo 41 del Código de Minería, tiene preferencia para constituir la pertenencia quien primero presente la manifestación, derecho preferente que sólo se tiene en relación a manifestaciones posteriores del mismo terreno o de parte del mismo, y a los solicitantes o peticionarios posteriores del total o de parte del terreno manifestado; sin embargo, la preferencia no tiene aplicación respecto de pertenencias mineras constituidas o concesiones de exploración originadas en pedimentos anteriores, ya constituidos en terrenos manifestados.

Señala que en concordancia con lo anterior, y para que haya el debido conocimiento de las concesiones constituidas o de las que se pretendan constituir, el procedimiento concesional minero contempla normas de publicidad en resguardo de los intereses de terceros, es decir, en protección del interés público, que se encuentran contenidas en los artículos 48, 52, 60, 87, inciso final, y 90 del Código de Minería.

En el mismo sentido indica que el artículo 83 del Código de Minería establece que una vez efectuada la publicación, su contenido deberá notificarse a la persona o personas a cuyo nombre figuren inscritas las pertenencias afectadas en el Registro correspondiente del Conservador de Minas, notificación que debe verificarse personalmente, de conformidad con el Título VI del Libro I del Código de Procedimiento Civil, por así disponerlo los incisos segundo y tercero del citado artículo. Agrega

que esta norma fue modificada por la Ley N° 19.573, obligando a que el contenido del informe del Sernageomin sea notificado personalmente a quien a cuyo nombre apareciera inscrita la concesión minera en el Registro competente del Conservador de Minas, lo que no hizo con el artículo 70 del mismo Código, de lo que colige que evidentemente lo que el legislador persiguió expresamente con esta modificación fue no exigir la notificación de la demanda de oposición a la mensura, a diferencia de lo que hizo con la demanda de oposición a la constitución de la pertenencia minera del artículo 83 del citado cuerpo legal.

En otras palabras, expresa que si se hubiere exigido tal notificación en el caso del artículo 70 del Código de Minería, así lo hubiera dicho expresamente el legislador, lo que por lo demás quedó definitivamente zanjado con la ley interpretativa. En consecuencia, sostiene, el plazo de 3 meses que prescribe la norma se cuenta desde la sola presentación de dicha demanda en la secretaría del tribunal y no desde la notificación de la misma, como erróneamente lo pretende la requirente.

La diferencia entre estas dos normas, señala, radica en que, por una parte, el artículo 70 establece la posibilidad de presentación de la demanda de oposición sobre la base de un derecho preferente para mensurar que se tiene sobre una manifestación vigente cuya fecha sea anterior a la manifestación de un tercero que pretende mensurar, como ocurre en los casos acumulados en que incide el presente requerimiento, o sea, se está frente a un mismo juicio en que las partes han tomado conocimiento cabal de él y en que además tienen la obligación de dar curso progresivo a los autos, ya que el objetivo del legislador es que se constituyan las concesiones mineras en el menor tiempo posible sin que existan entorpecimientos de ninguna clase. En tanto que el artículo 83 del Código de Minería opera cuando existan superposiciones de pertenencias mineras, ya constituidas o en trámite con derecho preferente para mensurar, en cuyo caso el Sernageomin está obligado a dejar constancia de lo anterior y según el resultado que arroje el informe respectivo, el juez ordena al interesado la publicación de un extracto del informe dentro de un plazo fatal de 30 días a fin de que el afectado sepa la existencia de estas superposiciones, razón por la cual se ordena la notificación personal a las personas que figuren inscritas en el registro del Conservador de Minas, lo que se justifica, puesto que el afectado tiene la facultad de oponerse y de no hacerlo incluso puede interponer una acción de nulidad, ya que lo que el legislador persigue es favorecer o proteger al titular de una pertenencia, no ocurriendo lo mismo con la situación del artículo 70.

Agrega que el procedimiento concesional minero impone el impulso procesal del interesado, por cuanto las concesiones mineras deben constituirse de la manera más rápida y expedita posible, impulso que se ve

reflejado en el establecimiento de plazos fatales, cuya insatisfacción o preclusión acarrea la caducidad de los derechos emanados de los pedimentos o manifestaciones. Añade, por otro lado, que el órgano jurisdiccional también tiene deberes de celeridad en el proceso, señalando a modo ejemplar algunos casos.

Sostiene que en la actualidad ya no hay discusión respecto a que el momento procesal inicial para contar el plazo de 3 meses sin que las partes hayan realizado diligencias útiles, es el de la presentación de la demanda de oposición en la secretaría del tribunal correspondiente y hasta que quede ejecutoriada la correspondiente sentencia.

Se refiere la historia fidedigna del establecimiento del artículo 70 del Código de Minería y de la ley interpretativa N^º 19.573 y cita jurisprudencia. En definitiva, señala que la disposición interpretativa se estimó necesaria para solucionar una serie de problemas que traían como consecuencia una interpretación equivocada sobre la materia.

En cuanto al fondo, sostiene que el requerimiento pretende impugnar una resolución judicial de un tribunal de alzada, por estimarla adversa a su interés, o sea, busca enmendar lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Copiapó, ya que de haber obtenido una resolución favorable de dicho tribunal no habría deducido esta acción, lo que es improcedente. Sobre este punto cita jurisprudencia de esta Magistratura.

Señala que la competencia de anulación de resoluciones judiciales de segunda instancia por infracción de ley, está reservada en nuestro sistema jurídico exclusivamente a la Excma. Corte Suprema en sede del recurso de casación en el fondo. Indica que la acción de inaplicabilidad no puede transformarse en un pseudo amparo de derechos fundamentales que se dirija en contra de sentencias judiciales, ya que no fue concebida con tal fin por el constituyente de 2005 y, por el contrario, tal opción quedó totalmente descartada.

En segundo término afirma que el requerimiento no plantea una cuestión de inaplicabilidad, sino que un asunto de mera legalidad. No se cuestiona la legitimidad de la sanción establecida en el artículo 70 del Código de Minería, sino que sólo el hecho que la misma no pudo hacerse efectiva por los jueces del fondo, pues el procedimiento debiera consultar una determinada forma de notificación al manifestante.

Agrega, por otra parte, que el supuesto fáctico en que la requirente funda sus alegaciones no es efectivo, puesto que ha tenido cabal conocimiento del hecho de haberse presentado la demanda de oposición, desde el momento mismo en que fue ingresada por Compañía Minera Nevada S.A, y determinar si la requirente debe entenderse o no notificada de la demanda de oposición a la petición de mensura luego de verificada una determinada actuación procesal, claramente envuelve una cuestión procesal de mera legalidad y no un conflicto de constitucionalidad.

Expresa, además, que la acción de inaplicabilidad carece de fundamento porque en el fondo la actora plantea que la vulneración de su derecho constitucional a un debido proceso y a la defensa se basaría en el hecho de que la demanda de oposición debió notificársele personalmente o por cédula, lo que no corresponde, al no estar contemplado en la ley.

Sostiene que no existe vulneración al derecho al debido proceso y a la defensa, pues las partes de un juicio de oposición a la mensura, en que la requirente es demandada, no pueden estar ignorantes de lo que en su propia causa sucede y de la consecuencia que su propia inactividad conlleva.

Luego de referirse a una serie de situaciones previstas en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Civil en que las resoluciones producen efectos aún sin necesidad de notificación, sostiene que el requerimiento también debe ser rechazado porque en la hipótesis de declararse inaplicable el precepto legal objetado, debiera entrar a jugar la regla general en materia de notificación de resoluciones judiciales, cual es la notificación por el estado diario, cuestión de mera legalidad que deben resolver los jueces del fondo.

Por lo demás, señala que este Excmo. Tribunal reiteradamente ha expresado que la interpretación legal no queda comprendida dentro de sus atribuciones.

Sostiene en tercer lugar que ni la norma interpretativa ni la norma interpretada afectan el derecho de defensa y del debido proceso legal, como tampoco el derecho a la igualdad ante la justicia o el principio de legalidad del juzgamiento, entendiéndose que la esencia de lo anterior es que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Reitera sobre el particular los argumentos esgrimidos por Minera Nevada SpA y, en síntesis, señala que la demanda de oposición a la mensura se presenta en el mismo proceso voluntario iniciado por el solicitante de ésta, no da inicio a un nuevo proceso ajeno a dicha causa, por lo que malamente puede la requirente de autos y solicitante de la mensura alegar no haber tenido oportuno conocimiento de la oposición que se presentó en el mismo expediente en que se tramitaba su solicitud, la cual se le notificó por el estado diario, cuando incluso solicitó copias de la misma antes de darse por expresamente notificada.

Finalmente, para solicitar el rechazo argumenta que la requirente pudo haber evitado la sanción de caducidad solicitada por su parte de haber mantenido una acción medianamente diligente en su proceso de mensura.

Por resolución de fecha 18 de octubre de 2011 se ordenó traer los autos en relación.

A fojas 258 y siguientes rola escrito de téngase presente presentado por la requirente, haciéndose cargo de las observaciones planteadas por

la Compañía Minera Nevada SpA y por el abogado Francisco Valle Pensa, sosteniendo en síntesis que en parte alguna del presente requerimiento existe impugnación de resoluciones judiciales, afirmación que indica se fundaría en una confusión entre los efectos del control concreto y el control abstracto de constitucionalidad.

En cuanto a la alegación de las requeridas en orden a que el requerimiento plantea una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad, aclara en primer término que lo que impugna el presente requerimiento no es la sanción misma, sino la forma de computar el plazo para imponer la sanción, esto es, que comience a contarse desde la sola presentación de la demanda, sin que exista notificación de la misma, lo que considera que en el caso que motiva el presente requerimiento, tiene efectos que infringen la Constitución al privar a las partes de un proceso racional y justo.

Afirma que las presentaciones de las requeridas se limitan a un análisis superficial de los requerimientos de inaplicabilidad y de los recursos de casación, ya que en el recurso de casación no se impugna la constitucionalidad de la norma y en la acción de inaplicabilidad no se traba un conflicto de legalidad. Lo que se plantea es que la aplicación de una norma conformada por una unidad de lenguaje, constituida por el artículo 70, inciso primero, del Código de Minería y por el inciso segundo del artículo 2^º de la Ley N^º 19.537, que lo interpreta, genera un efecto que resulta contrario a la Constitución, cuestión que resulta diferente a afirmar que en la sentencia objeto del recurso de casación se le ha dado un alcance al artículo 70 del Código de Minería que en realidad no tiene. Sostiene asimismo que las leyes interpretativas, al igual que todas las otras leyes, deben someterse en cuanto a su contenido a la Constitución, y evidentemente pueden ser objeto de requerimiento de inaplicabilidad, como en este caso en que la norma interpretativa y la norma interpretada conforman una unidad, cuya aplicación resulta contraria a la Constitución.

En relación a que la norma interpretativa recoge las normas legales relativas al dominio minero, desde 1888 hasta dicha ley, sostiene que las normas impugnadas, en su afán por proteger una supuesta certeza jurídica y el derecho de propiedad, dejan de lado reglas básicas del debido proceso, ya que los plazos comienzan a computarse no desde que se traba la litis, con la notificación de la demanda, como corresponde, sino desde la presentación de la de oposición a la solicitud de mensura; ello atentaría contra el debido proceso, desde el momento que una parte debe realizar gestiones dentro de un determinado plazo, sin que se le haya comunicado el hecho que marca el inicio de dicho término. Se configura así una situación totalmente inusual que priva a las partes de derechos en pos de una supuesta mayor celeridad del procedimiento, afectando elementos esenciales del debido proceso consagrados en el numeral 3^º del artículo 19 de la Constitución.

Indica que el emplazamiento es uno de los elementos básicos del debido proceso pues permite que la parte demandada pueda formular su defensa, no siendo intrascendente la forma en cómo ésta se verifica, puesto que al ser la primera gestión debe buscar el conocimiento efectivo de la parte demandada y no uno meramente presuntivo, como podría darse con la notificación por el estado diario.

Sostiene también que no es correcta la afirmación de que las normas impugnadas no establezcan diferencias arbitrarias, dado que ambas partes se encuentran en la misma posición, sometidas a la misma carga procesal, ya que considera que sí existe un atentado a la igualdad ante la ley, consagrada en el N° 2° del artículo 19 de la Constitución, toda vez que no resulta posible que el impulso procesal quede entregado por iguales partes en manos del demandante y del demandado, desconociendo la diferencia que existe entre ambas calidades, sufriendo la demandada las mismas consecuencias lesivas que sufre la demandante por no haber sido diligente en la tramitación del juicio, en circunstancias que quien debiera dar curso a los autos es la parte demandante que presentó la oposición a la mensura.

En cuanto a la alegación de que su parte pudo haber evitado la sanción de caducidad de haber mantenido una actitud diligente, señala que la discusión acerca de la diligencia o negligencia no tiene cabida en un proceso que busca determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas, ya que lo relevante es que la aplicación de dichas normas priva, por sí misma, a las partes de su derecho constitucional a un procedimiento racional y justo.

Y, finalmente, en cuanto a los efectos de una eventual sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, señala que lo que ha pedido en este requerimiento es que se declaren inaplicables dos preceptos que forman una unidad de sentido, pero no que esta Magistratura le indique a la Excma. Corte Suprema la forma en que ha de resolver la cuestión pendiente.

Con fecha 15 de marzo de 2012 se procedió a la vista de la causa y por resolución de la misma fecha se tuvo por acompañados documentos que rolan a fojas 322 a 407 e informe en derecho evacuado por el abogado Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín, agregado a fojas 289 y siguientes.

A fojas 408 y siguientes rola escrito de téngase presente al informe en derecho.

CONSIDERANDO:

A. EN CUANTO A LA OBJECCIÓN DE DOCUMENTO

PRIMERO. Que a fojas 245 la parte requirente objetó el documento acompañado por Compañía Minera Nevada Spa, en otrosí de presentación de fojas 172, consistente en cuadro comparativo entre lo expresado

en el recurso de casación que constituye la gestión pendiente y en el presente requerimiento, agregado a fojas 209 de autos.

Funda la solicitud en la falta de integridad, por presentar información descontextualizada, lo que, señala, redundaría en una presentación falsa de la realidad.

A fojas 249 se tuvo por objetado el documento y se dejó su resolución para definitiva;

SEGUNDO. Que del análisis de las alegaciones de la requirente se advierte que las mismas no se encuentran fundadas en causales legales de impugnación, siendo una mera observación al documento acompañado, razón por la cual se rechaza la objeción de documento planteada;

B. EN CUANTO AL FONDO

I ANTECEDENTES

TERCERO. Que la cuestión de constitucionalidad planteada por el requirente en las causas acumuladas, surge de la aplicación a los casos *sub lite* del artículo 70, inciso primero, del Código de Minería, interpretado por el artículo 2º, inciso segundo, de la Ley N^º 19.573. En las gestiones pendientes, a petición de un tercero y luego de transcurrido el plazo de tres meses desde que Minera Nevada Ltda. planteara oposición a la mensura, la Corte de Apelaciones de Copiapó, acogiendo recursos de apelación frente a lo resuelto por el 2º Juzgado de Letras de Vallenar, declaró la caducidad de los derechos de la requirente Minera Límite S.A., sentencias que se encuentran actualmente bajo revisión ante la Corte Suprema, por haber interpuesto Minera Límite en su contra sendos recursos de casación en el fondo, que constituyen las gestiones pendientes en que inciden las inaplicabilidades acumuladas, bajo los roles de ingreso N^{OS} 4697-2011, 4701-2011, 4704-2011, 4706-2011, 4708-2011, 4710-2011, 4712-2011, 4714-2011, 4715-2011, 4717-2011, 4718-2011, 4719-2011, 4720-2011 y 4721-2011;

CUARTO. Que, a juicio de Minera Límite S.A., de aplicarse dicho artículo a las gestiones *sub lite* se producirían resultados inconstitucionales. Alega al efecto que el cómputo del plazo de caducidad desde la presentación de la oposición por parte de Minera Nevada, afectaría el debido proceso y lesionaría sus derechos de propiedad como concesionaria minera, derechos garantizados por el artículo 19, N^{OS} 3º y 24º, de la Constitución Política;

QUINTO. Que el precepto cuya aplicación se impugna determina que el plazo de caducidad originado por la paralización del juicio por más de tres meses, debido a que las partes no hayan realizado gestiones útiles para dar curso progresivo a los autos, se cuenta desde la presenta-

ción de la demanda de oposición a la petición de mensura. En efecto, el inciso primero del mencionado artículo señala: “Desde que quede presentada una demanda de oposición conforme al artículo 61, y hasta que quede ejecutoriada la correspondiente sentencia, las partes no podrán paralizar el juicio por más de tres meses. Si transcurre este término sin que alguna de ellas practique cualquiera diligencia útil destinada a dar curso progresivo a los autos, cualquiera persona podrá solicitar que se declare, con sólo el mérito del certificado del secretario, la caducidad de los derechos de ambas partes, y que se ordene cancelar las inscripciones respectivas. Con todo, la caducidad no afectará en caso alguno la concesión para explorar y a la pertenencia, ya constituidas.” Por su parte, el artículo 2º, inciso segundo, de la Ley Nº 19.573 prescribe: “Declárase asimismo, interpretando el inciso primero del artículo 70 del mismo Código, que el término de tres meses, que en él figura, comienza a correr desde que la demanda de oposición, a que dicho inciso se refiere, queda presentada en la secretaría del tribunal correspondiente.”;

SEXTO. Que para dilucidar el asunto constitucional planteado por el requirente, es preciso hacer presente algunas consideraciones previas, referidas al marco constitucional de la minería en Chile y a las particularidades del procedimiento judicial de obtención de las concesiones mineras;

II

LA MINERÍA EN LA CONSTITUCIÓN

SÉPTIMO. Que la minería es una de las principales actividades económicas de nuestro país y su impacto trasciende los intereses particulares que pueda involucrar su desarrollo. La Constitución actual, mantuvo lo establecido en la reforma constitucional de 1971 que nacionalizó la gran minería del cobre, y dedica varios incisos del artículo 19, Nº 24º, a la regulación de la propiedad minera, recogiendo una importante tradición de la legislación nacional sobre la materia. Tal como señalara Julio Ruiz Bourgeois en su obra *Instituciones del Derecho Minero Chileno*, de 1949: “El derecho de minería se funda en dos principios básicos que son: a) las minas representan un bien distinto del terreno o suelo en que se encuentran; y b) existe un interés de orden público en que se exploten regularmente. Dichos dos principios orientan todas las normas del derecho especial en referencia”. (Ruiz Bourgeois, Julio: *Instituciones de Derecho Minero*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1949, págs. 16 y 17). Ambos principios fueron elevados a nivel constitucional por la actual Carta Fundamental y sirven de fundamento a la legislación minera tanto sustantiva como procesal;

OCTAVO. Que, en efecto, la Constitución consagra el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre todas las minas independientemente de la propiedad sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Como contrapartida, la Constitución regula

las concesiones de exploración y de explotación a favor de los particulares constituidas por resolución judicial, salvo ciertas sustancias mineras, amén de los hidrocarburos líquidos o gaseosos, cuya exploración y explotación quedan reservadas al Estado, a sus empresas o a particulares mediante concesiones administrativas o contratos especiales de operación;

NOVENO. Que la Constitución, al tratar la propiedad minera, precisa y desarrolla uno de esos principios que se deriva de su función social, a saber, el interés público comprometido en la realización efectiva de las actividades mineras una vez constituida legalmente la pertenencia. El mismo Ruiz Bourgeois precisa: *“El fin que tiene en vista la ley para otorgar la propiedad minera a los interesados que reúnan ciertos requisitos jurídicos, es la explotación que se hará de los yacimientos, explotación que importa un desarrollo de las riquezas que no sólo aprovecha al explotante, sino a la sociedad toda, es decir, al Estado.”* (ob.cit., págs.109 y 110);

DÉCIMO. Que el principio de realización de la actividad minera da un perfil más concreto a la función social de la propiedad minera, en la misma Constitución y no en la legislación como ocurre con los otros tipos de dominio.

Como dice el mismo autor ya citado, *“las sustancias minerales sólo pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación, constituidas por resolución judicial, que los dueños de tales concesiones están obligados a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento”* (Ruiz Bourgeois, Carlos: *“Diligencias útiles y caducidad en el procedimiento minero”*, en *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, Vol. III, Santiago, 1992, p. 186).

Por su parte, el régimen de amparo de la propiedad minera, según la Constitución, procurará directa o indirectamente obtener el cumplimiento de esa obligación, para lo cual contemplará causales de extinción o caducidad de las concesiones por no pago de la respectiva patente según lo establece la Ley N^º 18.097. Es decir, la Constitución, al establecer un estatuto especial de protección de la propiedad minera, ha buscado hacerlo de un modo tal que favorezca la explotación de la riqueza minera del país;

DECIMOPRIMERO. Que el principio constitucional antedicho se refleja en el procedimiento judicial para la constitución de las concesiones mineras, otorgándole características especiales que apuntan a su celeridad y pronta conclusión. En consonancia con el mandato constitucional, el legislador procura que ese proceso, que forma parte de la jurisdicción no contenciosa o voluntaria, sea expedito dándole una configuración especial, como se verá a continuación;

DECIMOSEGUNDO. Que, finalmente, este principio lo define expresamente el constituyente en el supuesto previsible de colisión de derechos entre el dueño de la concesión y el dueño de los predios superficiales. Es

así como el artículo 19, numeral 24, inciso sexto de la Constitución, en su parte final dispone que: “*los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas*”;

III

PARTICULARIDADES DEL PROCESO DE CONCESIÓN MINERA

DECIMOTERCERO. Que el proceso para obtener una concesión minera reviste especiales características que se derivan del principio constitucional de facilitar la actividad extractiva. Dicho principio se traduce en otro de carácter implícito y de naturaleza procesal, que procura una rápida tramitación de las concesiones. Ello se refleja, en primer lugar, en el rol activo o impulso procesal de las partes para dar curso progresivo a los autos, y las facultades conferidas al juez para actuar de oficio; en segundo lugar, en la existencia de numerosos plazos fatales para que las partes realicen ciertos trámites judiciales, acompañados de la carga procesal de realizarlos; y, por último, en la existencia de numerosas causales de caducidad en caso que los interesados no cumplan con sus obligaciones procesales;

DECIMOCUARTO. Que dicho procedimiento se configura como propio de la jurisdicción no contenciosa. El peticionario de un pedimento o manifestación sólo busca que el juez le reconozca un derecho de exploración o explotación. En principio no hay contrapartes, ni controversia. Si alguien se opusiere a su pretensión y surgiere una disputa, ésta se tramitará, por regla general, en juicio separado sin suspender el curso de la gestión no contenciosa. Hay que reconocer, sin embargo, que, como afirma Eduardo J. Couture, “*todo acto no contencioso lleva la contienda en potencia, ya sea de parte interesada, ya sea de parte de los órganos del Ministerio Público (del Estado diríamos), a quienes se da normalmente injerencia en estos procedimientos*” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964, pág.49). Es lo que ocurre precisamente en los procesos mineros: la historia muestra que suelen entraparse por largo tiempo debido a las disputas entre partes interesadas;

DECIMOQUINTO. Que los mecanismos de caducidad establecidos en el procedimiento de concesión minera del Código de Minería, son la lógica consecuencia del principio constitucional señalado. Con ello se apunta a su pronta conclusión a fin de que exista la certeza jurídica necesaria para dar inicio a la explotación minera.

En efecto, la caducidad se asemeja a la prescripción extintiva al consolidar ciertas situaciones jurídicas por el no ejercicio de algunos derechos, pero, a diferencia de ésta, puede ser declarada de oficio y sólo admite interrupción civil, mas no interrupción natural; además, la caducidad se encuentra estrechamente vinculada a la ritualidad del proceso judicial,

pudiendo extinguir acciones sin que ello afecte necesariamente los derechos que éstas resguardan. Por su carácter eminentemente procesal se la vincula al concepto de carga procesal, que impone a una parte la necesidad de prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de una actuación en una determinada oportunidad (Goldschmidt, James: *Principios generales del proceso*, Vol. I, Editorial Jurídica Universitaria, San José, 2001, p. 28). La caducidad puede entenderse como el resultado de una carga procesal insatisfecha;

DECIMOSEXTO. Que lo anteriormente señalado se confirma revisando la historia del actual Código de Minería.

El antecedente histórico del actual artículo 70 del Código de Minería se encuentra en la Ley N^º 1.815 de 1906, sobre Derecho Minero Salitre-ro, que en su artículo 4^º disponía que: “*Se considerarán prescritos los derechos que no se hicieren valer conforme a los artículos anteriores y se considerarán, asimismo, prescritos los derechos de los dueños de pertenencias que abandonen la prosecución de los juicios por más de tres meses contados desde la última providencia*”. Después de oscilante jurisprudencia, el legislador decidió establecer expresamente, mediante una ley interpretativa, que se trataba de caducidad, dictando el D.F.L. N^º 103/1931.

Por su parte, el artículo 50 del Código de Minería de 1932 dispuso que: “*Solicitada la mensura de una pertenencia, y hasta que quede inscrita el acta, no podrá paralizarse por más de tres meses la tramitación de la gestión o de los juicios a que diere lugar.*

Si trascurriere este término sin que el interesado o alguna de las partes practicasen diligencias útiles destinadas a dar curso progresivo a los autos, o a realizar la operación de mensura, en su caso, cualquier persona podrá solicitar que se declare, con el solo mérito del certificado del Secretario, la caducidad de la concesión o concesiones de que se trate y que se ordene cancelar las inscripciones respectivas.

Mientras no se hiciera uso de este derecho podrá en cualquier tiempo continuarse el procedimiento, pero el derecho para pedir la caducidad subsistirá hasta que quede inscrita el acta de mensura”.

Desde entonces, la caducidad no se produce *ipso iure*, sino que requiere declaración judicial a petición de parte. Uno de los fundamentos para efectuar tal modificación fue evitar eventuales perjuicios económicos que el efecto *ipso iure* causaría al mensurar y hacer transacciones sobre títulos sólo aparentemente válidos. Asimismo, se optó por exigir petición de parte en atención a que si no existe un interés real perjudicado carecería de razón castigar al minero (Tala Japaz, Alberto: *Caducidad de Derechos Mineros. El Artículo 70 del Código de Minería*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1994, p. 29);

DECIMOSEPTIMO. Que bajo la vigencia del Código de 1932 se suscitaron controversias en torno al cómputo del plazo para que concurriera la causal de paralización del procedimiento que acarrearba consigo la ca-

ducidad de la concesión: unos autores sostenían que debía contarse desde la fecha de la última solicitud del interesado que importara una diligencia útil; otros, por su parte, afirmaban que debía hacerse desde la fecha de la última providencia o notificación que hubiera dado curso progresivo a los autos. El Código de Minería de 1983 y la Ley N° 19.573 de 1998, que interpretó su artículo 70, inciso primero, pretendieron poner fin a esta incertidumbre al establecer inequívocamente que el plazo para pedir la caducidad se cuenta desde la presentación de la demanda de oposición en la secretaría del tribunal respectivo;

DECIMOCTAVO. Que el impacto de la especial regulación constitucional de la minería en el proceso de constitución de la propiedad minera también se plasma en un informe técnico suscrito por los Ministros de Justicia y de Minería de la época de dictación del Código de Minería vigente, Mónica Madariaga y Samuel Lira, donde se expresa que dicho cuerpo legal busca concretar los principios constitucionales para *“atraer la inversión y el trabajo a la minería”*, evitando *“largos juicios y grandes injusticias”* que se producían al amparo de la antigua legislación, en especial en el proceso de mensura de las manifestaciones, debido a las oposiciones que entraban el proceso de concesiones mineras. *“Con la interposición de estos juicios de oposición a la mensura queda paralizada por largo tiempo la constitución de la pertenencia, con el consiguiente perjuicio para la explotación minera, que, naturalmente, no puede iniciarse en tanto dichos juicios no hayan terminado. A lo anterior debe agregarse, en esta materia, que aprovechándose de vacíos en las normas legales pertinentes, se ha ido urdiendo una serie de subterfugios mediante los cuales quienes no tenían derecho al yacimiento en disputa, han podido impedir absolutamente la constitución de las pertenencias del descubridor para, finalmente, arrebatarle la mina a quien no disponía de medios económicos para sostener un litigio interminable (...). Finalmente, vicios de carácter procesal han sido frecuentemente esgrimidos como un medio de dilatar la constitución del título... conformando serios obstáculos para obtener la indispensable estabilidad jurídica en que debe descansar la explotación minera. El proyecto (de nuevo Código de Minería) se propone desterrar de raíz estas anomalías evitando títulos inciertos en el derecho y movedizos en el terreno. (...) El proyecto dispone que el procedimiento de constitución de la concesión no puede transformarse en contencioso y que toda cuestión que se suscite durante su tramitación se debe sustanciar en juicio separado, sin suspender el curso de aquél”*. (Historia de la Ley N° 18.248, publicada en el Diario Oficial de 14 de octubre de 1983, Biblioteca del Congreso Nacional, Valparaíso, págs. 219 y ss.);

DECIMONOVENO. Que el carácter peculiar del procedimiento judicial de constitución de la propiedad minera ha sido confirmado de la misma forma por la doctrina y la jurisprudencia.

Para Alberto Tala, por ejemplo, *“la caducidad no es sino una limitación u obligación impuesta al titular de la manifestación o pedimento inscritos, en fun-*

*ción social de su propiedad, toda vez que la utilidad pública exige una pronta constitución de la concesión minera, para estar en situación, una vez obtenida la sentencia constitutiva, conforme al artículo 107 del Código de Minería de 1983, de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justificó su otorgamiento; criterio que –como dijimos– gobierna todo el sistema minero y trasunta, incluso, al procedimiento constitutivo mismo, originando el principio de la pronta constitución de la concesión minera, implementado precisamente por medio de la técnica de la caducidad por infracción de plazos fatales en los trámites del procedimiento de constitución.” A lo que agrega que: “La pronta concesión minera es, a su vez, emanación de un principio anterior y superior, consagrado expresamente en la Constitución, cual es el de que ‘la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento’”. (Tala Japaz, Alberto: *Caducidad de Derechos Mineros. El Artículo 70 del Código de Minería*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1994, págs. 18 y 20).*

Por su parte, la Corte Suprema ha sostenido que la institución de la caducidad establecida en el artículo 70, inciso primero, impugnado en autos, es una manifestación del principio constitucional de pronta constitución minera: “*Que en esta materia rige el principio de la pronta constitución de la concesión minera, el que ha sido recogido por la legislación en las diversas disposiciones que se contienen en el actual Código de Minería. Este cuerpo legal condiciona la habilitación legal para explorar y /o explotar una mina, según el tipo de concesión, al hecho de que ésta haya quedado constituida. De manera que el interés público se proyecta y trasciende en el procedimiento de constitución de la concesión minera, para que se obtenga lo más rápido posible*” (SCS, 13 de octubre de 2003, considerando 3°). Este mismo criterio ha sido reiterado en sucesivas oportunidades (entre otras, véase SCS, 30-XI-2000, rol 1644; 30-XI-2000, rol 1636; 17-IX-2002, rol 2016);

VIGÉSIMO. Que, analizado el contexto de la cuestión de constitucionalidad planteada por el requirente y establecida la congruencia que existe entre las peculiaridades del proceso de constitución de la propiedad minera con el principio constitucional referido al interés público en la realización de las actividades en minas y yacimientos, consagrado en el artículo 19, N° 24°, resulta oportuno entonces referirse a las objeciones formuladas por aquél en orden a una supuesta vulneración del derecho de defensa, del debido proceso y de la igualdad ante la justicia;

IV

EL DEBIDO PROCESO Y LAS CONCESIONES MINERAS

VIGESIMOPRIMERO. Que, como hemos visto, en autos Minería Límite S.A. alega que la aplicación del artículo 70, inciso primero, del Código de Minería, interpretado por el artículo 2°, inciso segundo, de

la Ley Nº 19.573, afectaría el debido proceso al impedir su derecho a defensa, pues se contabilizaría un plazo extintivo desde la realización de una actuación de la contraparte, sin necesidad y con independencia de su notificación al interesado. Ello contravendría asimismo el principio conforme al cual toda resolución produce sus efectos desde que es notificada, afectando la bilateralidad del proceso judicial;

VIGESIMOSEGUNDO. Que, tal como ha precisado esta Magistratura en otras oportunidades, si bien el debido proceso es una garantía esencial de respeto al orden jurídico, no es posible identificar en la Constitución un único y acotado concepto del mismo, válido para todo tipo de procedimientos judiciales (STC roles N^{os} 576, 821, 1.130, 1.557, 1.876, 907). Por mandato constitucional corresponde al legislador determinar las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, lo que debe hacer atendiendo a la materia sobre la cual verse la controversia. Desde luego, no son las mismas garantías las exigidas para un proceso civil que para uno penal. La Constitución, por ejemplo, ha establecido precisiones únicamente referidas al proceso penal, como ocurre con la prohibición de establecer presunciones de derecho de la responsabilidad penal (artículo 19, Nº 3^o, inciso séptimo) y la prohibición de retroactividad en materia de penas (artículo 19, Nº 3^o, inciso octavo).

De la misma forma, no resulta extraño que el legislador establezca reglas procesales especiales cuando el proceso de que se trata es de naturaleza no contenciosa, como ocurre en el de concesión minera, en el que, salvo los casos que el propio Código regula, no hay contrapartes propiamente tales;

VIGESIMOTERCERO. Que, en efecto, conforme al artículo 34 del Código de Minería, el procedimiento judicial de constitución de las concesiones mineras establecido en el Título V de dicho Código es de carácter no contencioso, pues requiere la intervención de un juez sin que se promueva contienda entre partes, tal como lo describe el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil. A este procedimiento, por disposición del artículo 34 citado, no se le aplican los artículos 92 y 823 del Código de Procedimiento Civil, por lo que toda cuestión que se suscite en ellos mediante oposición de un legítimo contradictor no vuelve contencioso el negocio, la que se tramitará en un juicio separado. Así, la demanda de oposición da origen a un asunto de carácter contencioso que se tramita conforme a las reglas del juicio sumario, pero que no muta la naturaleza no contenciosa del procedimiento de constitución de la concesión. Por ello, en el juicio de oposición su notificación es fundamental para la sustanciación del proceso, pero no lo es para contar el plazo de caducidad por inacción de las partes que contempla el artículo 70, inciso primero, del Código de Minería, lo que ocurre con la requirente de autos. Es la lógica interpretación del inciso final del artículo 34 del Código de Minería,

que señala: “*Lo dispuesto en el inciso anterior es sin perjuicio de lo establecido en los artículos 61 a 70 y en el artículo 84*”;

VIGESIMOCUARTO. Que, no obstante lo anterior, en cuanto fueren aplicables a los procedimientos no contenciosos, el legislador tiene límites constitucionales insalvables al regular los diversos tipos de juicios a la luz del principio del debido proceso (STC Rol N^º 1.217), que este Tribunal se ha encargado de precisar en su jurisprudencia. Entre los elementos esenciales del debido proceso se encuentra el derecho a defensa. Así lo ha señalado esta Magistratura en diversas sentencias, indicando que el conocimiento oportuno de la demanda es una exigencia del derecho a defensa comprendido en la noción constitucional de debido proceso (STC roles N^{OS} 1.429, c. vigesimonoveno; 1.437, c. séptimo; 1.438, c. séptimo; 1.449, c. séptimo; 1.473, c. séptimo; 1.557, c. vigesimoquinto; 567, c. cuadragésimo-primer, y 1.448, c. cuadragésimo);

VIGESIMOQUINTO. Que el derecho a defensa se expresa en el principio de bilateralidad de la audiencia. Nadie puede ser condenado sin ser oído, ya sea en juicios penales o civiles. El demandado debe contar con los medios necesarios para presentar adecuada y eficazmente sus alegaciones, lo que presupone el conocimiento oportuno de la acción.

Por ello, por regla general, la ley establece que la demanda y el resto de las acciones en juicio sean debidamente notificadas. La finalidad de la notificación es poner en conocimiento del afectado la alegación que se entabla en su contra; la determinación de sus formas corresponde al legislador, teniendo en cuenta la naturaleza del conflicto que ha dado origen a la demanda y los datos relativos a la persona a quien se busca notificar (STC Rol N^º 1.368, c. séptimo);

VIGESIMOSEXTO. Que la bilateralidad de la audiencia apunta a que el demandado tenga oportunidad de controvertir en juicio, para lo cual debe conocer aquello que se le imputa. Couture ha enfatizado que: “*La demanda debe ser efectivamente comunicada al demandado, según las formas que la ley procesal determine. Puede hacerse, por supuesto, comunicación indirecta, tal como lo establecen muchas legislaciones. Hoy no se exige unánimemente una citación en la persona misma del demandado. Pero se exige que verosímelmente el demandado tenga noticia del proceso.*” (Énfasis agregado) (COUTURE, EDUARDO: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Cuarta Edición, Editorial Metropolitana, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 126);

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, sin embargo, si bien la bilateralidad es la regla general, ella admite gradaciones y excepciones, según la naturaleza de la acción ejercitada. Sobre este punto, por ejemplo, esta Magistratura ha señalado que: “*su intensidad no es la misma en un juicio de lato conocimiento que en uno ejecutivo y su expresión aparece postergada en las acciones propiamente cautelares*” (STC roles N^{OS} 1.200, c. quinto; 1.235, c. quinto; 1.414, c. decimonoveno). Las excepciones se justifican por la urgente necesidad

de adoptar ciertas providencias cuya dilación acarrearía grave perjuicio, como ocurre con la paralización de los procedimientos de constitución de la propiedad minera. De la misma forma se ha manifestado este Tribunal al sostener que la resolución de plano en ciertos casos no vulnera el derecho a un debido proceso (STC Rol N° 747, cc. décimo y decimoprimer). Ello con mayor razón se comprende en un procedimiento de carácter no contencioso, donde el principal impulso procesal recae en el peticionario.

Como ha sostenido el profesor y ex ministro de este Tribunal, Juan Colombo, *“en términos generales, en todo proceso debe operar el principio de la bilateralidad ... No obstante, en casos excepcionales y por razones de conveniencia procesal el legislador puede aplicar el principio de unilateralidad, lo que realiza con frecuencia en los procedimientos monitorios cautelares... En tal caso la unilateralidad queda compensada por la racionalidad que debe tener el procedimiento y con la preparación del juez ante el cual se tramita el proceso”* (Colombo Campbell, Juan: *El debido proceso constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 32, año 2006, p. 92);

VIGESIMOCTAVO. Que, por lo anterior, no resulta extraño que el principio conforme al cual toda resolución vale desde su notificación, admita excepciones. En efecto, el mismo artículo 38 del Código de Procedimiento Civil señala que *“las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella”* (énfasis agregado). La concurrencia de este requisito dependerá de cada materia asociada al procedimiento, y así lo ha resuelto el propio Tribunal Constitucional al estimar *“que no es necesario para entender válidamente formulado un requerimiento, la notificación de este al Presidente de la República o al organismo constitucional interesado, según corresponda.”* (STC Rol N° 207, cc. decimonoveno y vigésimo). En consecuencia, la falta del emplazamiento podría violar o no el debido proceso en razón del procedimiento específico;

VIGESIMONOVENO. Que, por otra parte, así como el legislador puede fijar distintas formas de notificación atendiendo a la naturaleza del proceso, también puede prescindir de ella en casos calificados, procurando un bien superior, cuando es posible presumir que el actor tiene conocimiento regular del proceso porque existe una carga procesal que lo impele a ello, como es la de dar curso progresivo a los autos en los procedimientos de constitución de concesiones mineras;

TRIGÉSIMO. Que, como se ha indicado anteriormente, en el procedimiento de constitución de la propiedad minera ello ocurre con una serie de resoluciones o gestiones judiciales a partir de las cuales comienzan a computarse algunos plazos fatales, donde el deber del solicitante de dar impulso al procedimiento es perentorio. En este sentido, se ha señalado que *“el primero (solicitante) se encuentra en la necesidad de agilizar el procedimiento, para lograr la pronta constitución de la concesión. Este impulso*

procesal reviste el carácter de una carga procesal constante, vinculada a diversos plazos fatales, cuya insatisfacción provoca una forma de preclusión que consiste en la caducidad de los derechos del peticionario o del manifestante.”(Ossa Bulnes, Juan: *Tratado de Derecho de Minería*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 5^a Edición, Santiago, 2012, p. 205);

TRIGESIMOPRIMERO. Que, consecuente con lo anterior, Samuel Lira Ovalle en su Curso de Derecho de Minería resalta *“el deseo del legislador de instar a la más pronta constitución del título y de ahí que las actuaciones que señala la ley con ese fin estén encadenadas por plazos fatales y, en consecuencia, la posibilidad de ejercer el derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extinguen al vencimiento del respectivo plazo (artículo 64 del Código de Procedimiento Civil). Asimismo, para que esos plazos corran siempre, se ha dispuesto, teniendo en consideración el carácter no contencioso de la gestión, que éstos se cuenten a partir de la fecha de las respectivas resoluciones y no desde su notificación”* (Lira Ovalle, Samuel: *Curso de Derecho de Minería*, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 106). Este mismo criterio el legislador minero lo ha extendido cuando se suscita un juicio de oposición a la mensura, para computar el plazo de la inactividad procesal que da origen a la caducidad;

TRIGÉSIMOSEGUNDO. Que, en virtud de lo razonado, el artículo 70 del Código de Minería cuyo inciso primero, interpretado por el artículo 2^º, inciso segundo, de la Ley N^º 19.573, es impugnado en autos, adquiere su pleno significado dentro del conjunto de normas que regulan la propiedad minera y el procedimiento judicial de constitución de las concesiones de minas, siguiendo el principio que consagra el interés público involucrado en el deber del concesionario de realizar las actividades mineras para las cuales obtuvo la concesión, el que se traduce, como hemos visto, en otro principio de economía procesal y en un equilibrio entre el rol activo de las partes y del juez, cargas procesales y plazos fatales cuyo incumplimiento acarrea la caducidad de las pretensiones de las partes;

TRIGESIMOTERCERO. Que estamos frente a una especial regla de caducidad, que se inserta en el marco general del principio de facilitar la explotación minera. Las cargas procesales que dan lugar a caducidad no afectan el derecho a defensa si las partes en juicio tienen la posibilidad de satisfacerlas y se establecen con miras a un interés superior. El peticionario de una concesión, si quiere llevar a feliz término su pretensión, no puede desentenderse por más de tres meses de lo que ocurre en el respectivo proceso. Efectivamente, el juez ordena publicar la solicitud de mensura para que empiece a correr el plazo de treinta días que la ley contempla para que cualquiera que sienta amagado su derecho preferente pueda presentar oposición a la mensura en el mismo expediente, según lo prescribe el artículo 61 del Código de Minería. Pues bien, el peticionario sabe cuál es la finalidad de la publicación de su solicitud de mensura y conoce el plazo fatal para que un tercero formule oposición,

como igualmente conoce la carga procesal del artículo 70, inciso primero, del Código de Minería;

TRIGESIMOCUARTO. Que, en el caso *sub lite*, puede presumirse el conocimiento del procedimiento por parte de los interesados, especialmente el peticionario, que no puede desconocer que existe el derecho de cualquier tercero de pedir la caducidad por inacción de las partes; ese derecho subsiste hasta que quede ejecutoriada la sentencia que pone término al juicio de oposición o se dicte la sentencia constitutiva de la concesión (artículo 70, inciso quinto, del Código de Minería). Incluso el Juez, de oficio, durante la tramitación de la constitución de concesión y mientras no se haya dictado sentencia constitutiva de la misma, puede hacer presente el transcurso del plazo fatal de tres meses declarando la caducidad de los derechos emanados del pedimento o de la manifestación, y ordenar la cancelación de las correspondientes inscripciones (artículo 86), sin afectar la concesión para explorar y las pertenencias ya constituidas (artículo 70, inciso primero, parte final);

TRIGESIMOQUINTO. Que, por lo demás, como se ha señalado en los considerandos anteriores, el peticionario de la mensura debe estar constantemente al corriente de lo que ocurre en el expediente para evitar caer en alguna causal de caducidad: es ésta una carga procesal propia del procedimiento de constitución de las concesiones mineras que, como se ha señalado, tiene su fundamento constitucional en el artículo 19, N° 24°, inciso séptimo, de la Constitución Política;

TRIGESIMOSEXTO. Que, de aceptarse la tesis del requirente que el plazo del artículo 70, inciso 1°, debería computarse desde la notificación de la oposición, significaría en la práctica dejar en manos del oponente el manejo del inicio del término para la caducidad, pudiendo retardar la notificación de la oposición y dilatar a su arbitrio el procedimiento de obtención de la concesión;

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que, a mayor abundamiento, no se concibe de qué forma podría infringirse el derecho del requirente a una adecuada defensa en razón de la aplicación del artículo 70, pues consta en los respectivos expedientes que la oposición deducida en su contra le fue debidamente notificada por el estado diario, con fecha 29 de diciembre de 2009. Revisar el estado diario es una carga del requirente, dado el carácter de orden público económico de la materia, pues al haber realizado la publicación contemplada en el artículo 60 del Código de Minería, sabía que dentro de 30 días podía presentarse alguna oposición en las respectivas gestiones pendientes.

Igualmente, para evitar cualquier alegación de indefensión por parte del requirente, el propio inciso final del artículo 70 contempla que contra la sentencia que se pronuncie acerca de la caducidad proceden los mismos recursos que contra una sentencia definitiva;

V

ALEGACIONES REFERIDAS AL DERECHO DE PROPIEDAD

TRIGESIMOCTAVO. Que, respecto a la alegación de que la aplicación del inciso primero del artículo 70 afectaría el derecho de propiedad de la requirente pues se extinguirían sus derechos mineros, cabe señalar que tales derechos son sólo pretensiones de constituir judicialmente, en definitiva, la propiedad minera cuya mensura se solicita, siempre que se cumpla con todas las reglas constitucionales y legales vigentes. El propio Código de Minería contempla que ante la publicidad de una solicitud de mensura, un tercero pueda oponerse por las razones que señala su artículo 61. Por eso la Constitución indica, en su artículo 19 N^º 24^º, que una vez constituida la propiedad minera por resolución judicial, *“el dominio del titular de la concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número”*, lo que ha sido corroborado por la Ley N^º 18.097, sobre Concesiones Mineras, que en su artículo 6^º prescribe: *“El titular de una concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ellas derecho de propiedad, protegido por la garantía del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política”*. Y por lo mismo, según el artículo 9^º de dicha ley *“Todo concesionario minero puede defender su concesión por todos los medios que franquea la ley, tanto respecto del Estado como de particulares”*. Pero para ello, debe estar legalmente constituida la concesión.

Por su parte, el artículo 54 del Código de Minería reconoce los derechos reales inmuebles que constituyen el pedimento y la manifestación inscritos durante el procedimiento destinado a obtener una concesión, pero lo hace insertos en la sistemática del Código, es decir, condicionados a las reglas de caducidad que él establece, como la que contempla el artículo 70 impugnado en autos. No constituyen propiedad plena. Están sometidos a una condición resolutive en caso de que no se llegue finalmente a obtener la concesión minera. Juan Luis Ossa en su Tratado de Derecho Minero afirma que tales derechos *“tienen una duración temporal, en cuanto son el resultado de la primera etapa del procedimiento de constitución de las concesiones mineras y obligan a continuar los trámites del caso”*, y sostiene que son susceptibles de posesión y de defensa por todos los medios legales que sean compatibles con su naturaleza especial; pueden ser objeto de contratos que convengan a tal naturaleza (op. cit., 4^a edición, Tomo I, p. 217), pero quedan sometidos, en definitiva, a la suerte que corra el procedimiento judicial de constitución de la concesión minera;

TRIGESIMONOVENO. Que de lo señalado se puede concluir que la aplicación del artículo 70, inciso primero, del Código de Minería, interpretado por el inciso segundo del artículo segundo de la Ley 19.573, a las gestiones pendientes, no ha de producir efectos contrarios a la Constitución Política.

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en los artículos 6°, 7°, 19, números 3°, 24° y 26°, y 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política de la República; y 30 y 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

1°. QUE SE RECHAZA LA OBJECCIÓN DE DOCUMENTO PLANTEADA A FOJAS 245.

2°. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.

3°. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA REQUIRENTE POR ESTIMAR EL TRIBUNAL QUE HA TENIDO MOTIVOS PLAUSIBLES PARA LITIGAR.

4°. QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DECRETADA A FOJAS 33.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, quien estuvo poracoger el requerimiento, por las siguientes consideraciones:

1°. Como cuestión previa, es indispensable afirmar que una controversia constitucional se basta a sí misma y debe decidirse en su mérito, ajeno a la consideración del contexto económico en que se verifica y a la interpretación sistemática de normas de mero rango legal. Se trata, nada más, de determinar si los efectos provocados por la aplicación en una gestión judicial de un precepto de ley se ajustan o son contrarios a la Carta Fundamental.

2°. La materia objeto de esta *litis* es de dilucidación muy simple. ¿Cumple la exigencia de garantizar un procedimiento racional y justo el ordenamiento procesal que prescinde, en un juicio, del conocimiento de la acción por parte del demandado?

Que se sepa, en la doctrina y jurisprudencia nadie ha aventurado una respuesta positiva.

Aún más, hoy día la publicidad de los actos, resoluciones y procedimientos de los órganos del Estado –cuyo es el caso del pleito originado por la oposición a una manifestación minera– posee raigambre constitucional (artículo 8° de la Constitución Política).

3°. Si bien se sabe y repite que el mandato al legislador para dar concreción a tales valores no es taxativo, ni menos normado en cuanto a su dimensión e intensidad, dependiendo de la naturaleza del proceso que se regula, lo cierto es que se cita como una regla universal y casi absoluta la del adecuado conocimiento (notificación) de la demanda. Es el antecedente primigenio y necesario del emplazamiento, la bilateralidad de la audiencia y el acceso a la defensa de toda persona. Excepcionalmente

se entiende que dicho principio puede verse limitado tratándose de determinadas acciones que, como las cautelares, no generan la pérdida de un derecho ajeno y, por su carácter accesorio y transitorio, dependen de otra, que sí debe sujetarse a la regla tan elemental que se comenta. No es el caso de la oposición a la manifestación minera que se pretende en la especie, que origina por disposición legal un juicio con todas las de la ley, regulado por el procedimiento sumario.

En este caso, se está en presencia de un precepto que atribuye a la simple interposición de una demanda, sin ser notificada, la virtualidad de producir –por el mero transcurso del tiempo– el efecto de extinguir un derecho (caducidad) para quien no ha ejecutado ciertos actos procesales que son el resultado de una actuación que desconoce. Se sanciona, pues, al demandado que no hace gestiones útiles en un proceso que, a su respecto, no existe, pues no se le ha notificado la demanda y, por ende, ni siquiera es parte legitimada para la causa.

4^º. Entre los elementos indiscutibles de un debido proceso se insiste doctrinariamente en el conocimiento de la acción, el término necesario para responder, la admisión de medios de prueba, la fundamentación de la sentencia y la posibilidad de su impugnación ante un tribunal superior. Los últimos admiten ciertos matices; el primero, no. La razón es muy sencilla: si no hay notificación de la demanda, no hay juicio. No hay nada, salvo en el conocimiento del demandante, que así como dedujo el libelo, puede rectificarlo o retirarlo.

Es un absurdo que la inactividad del actor sirva de justificación para el castigo del reo; ello desafía la lógica más elemental, sustrato indispensable de la justicia.

Por otra parte, el conocimiento de la acción debe producirse –como es obvio– a través de los medios que establece la ley. Estos son muy variados: notificación personal, por los diarios, en épocas pasadas por carteles e, incluso, deducirse de presunciones claramente determinadas por el legislador. Pero no puede extraerse de la estructura o fines del procedimiento. Presumir es inferir de un hecho conocido determinadas consecuencias y, en la especie, el precepto no consigna circunstancia alguna –presupuesto fáctico– de la cual se pueda derivar algún efecto. Suponer que la voluntad estatal en la pronta constitución del dominio minero y la celeridad y expedición del procedimiento que lo regla, bastan para presumir que un demandado conoce una demanda que no se le ha notificado es un exceso argumental. También lo es análoga conclusión, afincada en los intereses patrimoniales en juego en el negocio minero y la representación de los mismos por letrados expertos en el rubro; no son las partes o interesados las que deben responder, con su peculio, de la mayor o menor acuciosidad de sus apoderados, si la ley no lo establece expresamente.

En concreto, privar a alguien de su derecho por la simple circunstancia de no seguir o continuar un trámite que la ley no ha mandado poner en su conocimiento, es una violación flagrante de su derecho a la defensa y de las reglas del debido proceso.

5°. La igualdad ante la ley y la justicia son derechos esenciales básicos, de evidente contenido moral, enunciados explícitamente en el artículo 19 de la Constitución, y que además se fundamentan en principios reconocidos en las “Bases de la Institucionalidad”; de suerte que es ocioso discurrir sobre su trascendencia.

Por su parte, la explotación rápida y expedita de la actividad minera, así como la celeridad de los procedimientos judiciales que se le anexas, son eventualmente objetivos que se extraen implícitamente del texto constitucional.

Debe convenirse, entonces, que derechos esenciales de las personas –como el de defensa adecuada y oportuna y a un procedimiento racional y justo– prevalecen sobre un interés constitucionalmente protegido, en caso de oposición entre los mismos. De lo contrario, los derechos básicos serían postergados o restringidos por los fines superiores que la Nación o el Estado se adjudican a menudo. Y debe recordarse, al efecto, que la Constitución otorga la seguridad de que tal afectación no puede incidir en la esencia de esos derechos ni impedir su libre ejercicio.

6°. Por último, dicho sea que la contradicción anterior es meramente hipotética, debe señalarse que tampoco los principios deducidos del texto constitucional son aplicables en la especie.

Desde luego, dicho texto se circunscribe a disponer que *“la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento”* y que *“su régimen de amparo será establecido por dicha ley”*, tendiendo a obtener el cumplimiento de esa obligación.

Como se ve, la Constitución alude a etapas posteriores a las que se ventilan en el proceso (trámite preliminar de manifestación), surgidas a partir del otorgamiento de la concesión –por sentencia judicial– y de su amparo subsecuente, expresado en el pago de una patente.

Luego, los citados mandatos nada tienen que ver con el procedimiento que culmina con el otorgamiento de la concesión.

Redactó la sentencia el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney y la disidencia, su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 1.994-2011 (acumulado con roles N°s 1.995, 1.996, 1.997, 1.998, 1.999, 2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005, 2.006 y 2.007).

Se certifica que no firma el Ministro señor Gonzalo García, pese a haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente, en comisión de servicio en el extranjero.

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

ROL N^º 1.995-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2^º, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N^º 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A

(ACUMULADO CON ROLES N^{OS} 1.994, 1.996, 1.997, 1.998, 1.999,
2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005, 2.006 Y 2.007).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N° 1.996-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2°, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N° 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A**

(ACUMULADO CON ROLES N°s 1.994, 1.995, 1.997, 1.998, 1.999,
2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005, 2.006 Y 2.007).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N° 1.997-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2°, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N° 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A**

(ACUMULADO CON ROLES N°s 1.994, 1.995, 1.996, 1.998, 1.999,
2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005, 2.006 Y 2.007).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N° 1.998-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2°, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N° 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A**

(ACUMULADO CON ROLES N°s 1.994, 1.995, 1.996, 1.997, 1.999,
2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005, 2.006 Y 2.007).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N^º 1.999-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2^º, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N^º 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A

(ACUMULADO CON ROLES N^{OS} 1.994, 1.995, 1.996, 1.997, 1.998,
2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005, 2.006 Y 2.007).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N^º 2.000-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2^º, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N^º 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A

(ACUMULADO CON ROLES N^{OS} 1.994, 1.995, 1.996, 1.997, 1.998,
1.999, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005, 2.006 Y 2.007).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N^º 2.001-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2^º, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N^º 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A

(ACUMULADO CON ROLES N^{OS} 1.994, 1.995, 1.996, 1.997, 1.998,
1.999, 2.000, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005, 2.006 Y 2.007).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N° 2.002-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2°, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N° 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A**

(ACUMULADO CON ROLES N°s 1.994, 1.995, 1.996, 1.997, 1.998,
1.999, 2.000, 2.001, 2.003, 2.004, 2.005, 2.006 Y 2.007).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N° 2.003-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2°, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N° 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A**

(ACUMULADO CON ROLES N°s 1.994, 1.995, 1.996, 1.997, 1.998,
1.999, 2.000, 2.001, 2.002, 2.004, 2.005, 2.006 Y 2.007).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N° 2.004-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2°, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N° 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A**

(ACUMULADO CON ROLES N°s 1.994, 1.995, 1.996, 1.997, 1.998,
1.999, 2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.005, 2.006 Y 2.007).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N^º 2.005-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2^º, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N^º 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A

(ACUMULADO CON ROLES N^{OS} 1.994, 1.995, 1.996, 1.997, 1.998,
1.999, 2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.006 Y 2.007).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N^º 2.006-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2^º, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N^º 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A

(ACUMULADO CON ROLES N^{OS} 1.994, 1.995, 1.996, 1.997, 1.998,
1.999, 2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005 Y 2.007).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N^º 2.007-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO
PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 2^º, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N^º 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A

(ACUMULADO CON ROLES N^{OS} 1.994, 1.995, 1.996, 1.997, 1.998,
1.999, 2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005 Y 2.006).

Sentencia de 26 de abril de 2012

ROL N° 2.008-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRECEPTOS LEGALES Y
FORMA EN QUE EL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL Y LA ILTMA.
CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ CONOCIÓ Y APLICÓ EL
DERECHO, DEDUCIDO POR RAÚL ANTONIO ÁLVAREZ CORTÉS

Santiago, diez de junio de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 31 de mayo de 2011, el abogado Carlos Retamal Medina, en representación de Raúl Antonio Álvarez Cortés, ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad *“de los preceptos legales y forma en que el TOP, y la ILTMA., Corte de Apelaciones de Copiapó conoció y aplicó el derecho en la causa antes indicada en lo principal”*;

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

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

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que *“para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”*.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen:
“Artículo 79. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que

deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

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

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

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

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”.

A su vez, el artículo 84 de la misma ley orgánica establece:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

4°. Que, a fojas 160, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

5°. Que, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, siendo impertinente, por ende, que ésta sea previamente acogida a tramitación;

6°. Que, conforme consta en autos, el requirente señor Raúl Antonio Álvarez Cortés, en primer lugar, no impugna precepto legal alguno en su presentación, faltando así un presupuesto esencial a toda acción de inaplicabilidad, conforme a lo dispuesto en las normas constitucionales y legales transcritas en esta misma resolución. En efecto, en el petitorio de su presentación (fs. 15), solicita a esta Magistratura *“tener por interpuesto recurso por inconstitucionalidad de los preceptos legales y forma en que el TOP, y la ILTMA., Corte de Apelaciones de Copiapó conoció y aplicó el derecho en la causa antes indicada en lo principal”* (sic), pero sin señalar en ninguna parte a qué preceptos está aludiendo.

Además, en el petitorio el actor pide *“en definitiva decretar que los tribunales antes mencionados vulneraron e infringieron gravemente las garantías y derechos fundamentales de don Raúl Álvarez Cortés (...), como lo es el debido proceso, un juicio racional y justo, el derecho a guardar silencio y el Principio Indubio Pro reo, la no ingerencia en la estrategia procesal del Ministerio Público y sus facultades; ordenando se invalide el juicio oral seguido en contra de mi representado por haberse vulnerado las garantías fundamentales y principios antes indicados, decretando la realización de otro por el tribunal competente no inhabilitado al efecto. O en subsidio ordenando al Tribunal competente no inhabilitado ajustar las penas, de conformidad correspondan a derecho”* (sic) (énfasis agregado). Todas estas peticiones, junto con no ser propias de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, determinan que el requerimiento de autos, en segundo lugar, carece de fundamento plausible;

7°. Que, asimismo, de la lectura de la presentación de fojas 1 se aprecia que el actor, en definitiva, impugna tanto las sentencias del Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó –que lo condenó por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas– y de la Corte de Apelaciones de la misma ciudad –que rechazó el recurso de nulidad deducido en contra de dicho fallo– (fs. 2, 7, 10, 11, 12 y 13 del requerimiento), como la actuación del Ministerio Público durante la investigación (fs. 8), buscando de esta forma que este Tribunal Constitucional anule la sentencia (fs. 12 y 14) o invalide el juicio (petitorio fs. 15), todo lo cual es manifiestamente improcedente y excede la naturaleza del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de que conoce esta Magistratura.

En este sentido y en relación a la causal de inadmisibilidad contemplada en el N° 4° del inciso primero del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, esta misma Magistratura ha resuelto en reiteradas oportunidades que la acción de inaplicabilidad no

aplica como medio de impugnación de resoluciones judiciales (v.gr., entre otras, sentencias roles N^{os} 493, 1.145 y 1.349);

8°. Que, sin perjuicio de lo expresado en los considerandos precedentes, en la especie claramente no existe una gestión judicial pendiente en tramitación en la que se pudiera declarar la inaplicabilidad de un precepto legal, toda vez que el juicio *sub lite* concluyó con la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó que rechazó el recurso de nulidad, con fecha 16 de noviembre de 2010, concurriendo así una tercera causal de inadmisibilidad del requerimiento impetrado en autos;

9°. Que, conforme a lo sostenido en los considerandos precedentes, el requerimiento deducido a fojas uno, no cumple con las exigencias contenidos en los numerales 3°, 4° y 6° del artículo 84 de la ley orgánica constitucional citada, por lo que deberá ser declarado inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N^º 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en los N^{os} 3°, 4° y 6° del artículo 84 y demás normas pertinentes de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

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

Al primer y tercer otrosés, ténganse por acompañados los documentos; al segundo otrosí, estése a lo resuelto en lo principal, y al cuarto otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Archívese.

Rol N^º 2.008-2011

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

ROL Nº 2.009-2011

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY
SOBRE EL SISTEMA NACIONAL DE ASEGURAMIENTO DE LA
CALIDAD DE LA EDUCACIÓN PARVULARIA, BÁSICA Y MEDIA Y
SU FISCALIZACIÓN

Ley Nº 20.529, de 27 de agosto de 2011

Santiago, cuatro de agosto de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, por oficio Nº 770/SEC/11, de 31 de mayo de 2011, el H. Senado ha enviado a esta Magistratura el proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, denominado “Del Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media”, también denominado “Sobre el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización”, contenido en el Boletín Nº 5083-04, a fin de que este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, Nº 1º, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de las siguientes disposiciones permanentes: artículos 9º, 10, 11, 19, 32, 33, 34, 35, 38, 41, 42, 43, 45, 47, 48, 49, 84, 85, 86, 98, 101, 102, 103, 104, 108 y 112 permanentes;

SEGUNDO. Que el Nº 1º del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: *“Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.”;*

TERCERO. Que, de acuerdo al considerando anterior, corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre las normas del proyecto de ley remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

I

NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA
QUE ESTABLECEN EL ÁMBITO DE LAS LEYES ORGÁNICAS
CONSTITUCIONALES RELACIONADAS CON EL CONTENIDO
DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDO A CONTROL PREVENTIVO
DE CONSTITUCIONALIDAD

CUARTO. Que el inciso quinto del numeral 11º del artículo 19 de la Constitución Política dispone: *“Una ley orgánica constitucional establecerá los*

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

QUINTO. Que el inciso primero del artículo 38 de la Constitución Política establece que *“una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.”;*

SEXTO. Que el artículo 77 de la Constitución Política dispone, en sus incisos primero, segundo y séptimo, lo siguiente:

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

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

“(…) La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional.”;

SÉPTIMO. Que el artículo 99 del Código Político establece:

“En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.

Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.

Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al

Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia.

En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional.”;

II

NORMAS DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDO A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

OCTAVO. Que las disposiciones del proyecto de ley sobre el sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización, sometidas a consideración de esta Magistratura, son las que se indican a continuación:

“PROYECTO DE LEY:

Artículo 9°. Créase la Agencia de Calidad de la Educación, en adelante “la Agencia”, servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Educación.

La Agencia estará afecta al Sistema de Alta Dirección Pública.

El domicilio de la Agencia será la ciudad de Santiago, sin perjuicio de las oficinas que pueda establecer en otras Regiones en el decreto con fuerza de ley a que alude el artículo primero transitorio.

Artículo 10. El objeto de la Agencia será evaluar y orientar el sistema educativo para que éste propenda al mejoramiento de la calidad y equidad de las oportunidades educativas, considerando las particularidades de los distintos niveles y modalidades educativas.

Para el cumplimiento integral de dicho objeto tendrá las siguientes funciones:

a) Evaluar los logros de aprendizaje de los alumnos de acuerdo al grado de cumplimiento de los estándares, referidos a los objetivos generales señalados en la ley y sus respectivas bases curriculares por medio de instrumentos y procedimientos de medición estandarizados y externos a los establecimientos. Asimismo, deberá evaluar el grado de cumplimiento de los otros indicadores de calidad educativa.

b) Realizar evaluaciones del desempeño de los establecimientos educacionales y sus sostenedores en base a los estándares indicativos de desempeño.

c) Ordenar los establecimientos educacionales en función de las mediciones de los resultados de aprendizaje y de los otros indicadores de calidad educativa con la finalidad, entre otras, de identificar, cuando corresponda, las necesidades de apoyo.

d) Validar los mecanismos de evaluación de docentes de aula, directivos y técnico-pedagógicos.

e) Proporcionar información en materias de su competencia a la comunidad en general y promover su correcto uso.

Artículo 11. Para el cumplimiento de sus funciones la Agencia tendrá las siguientes atribuciones:

a) Diseñar, implementar y aplicar un sistema de medición de los resultados de aprendizaje de los alumnos, en función del grado de cumplimiento de los estándares de aprendizaje, referidos a los objetivos generales señalados en la ley y sus respectivas bases curriculares. Asimismo, deberá diseñar, implementar y aplicar un sistema de medición de los otros indicadores de calidad educativa.

El sistema nacional de medición del grado de cumplimiento de los estándares de aprendizaje de los alumnos, así como la medición del grado de cumplimiento de los otros indicadores de la calidad educativa, será de aplicación obligatoria para todos los establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado. La Agencia podrá realizar las mediciones respectivas directamente o por medio de terceros.

Las mediciones del grado de cumplimiento de los estándares de aprendizaje de los alumnos, referidos a los objetivos generales señalados en la ley y sus respectivas bases curriculares y de los otros indicadores de calidad educativa, se realizarán mediante instrumentos y procedimientos estandarizados, válidos, confiables, objetivos y transparentes. En el caso de los instrumentos referidos a la medición del cumplimiento de los estándares de aprendizaje, éstos se aplicarán en forma periódica en distintos cursos y sectores de aprendizaje, en forma censal a lo menos en algún curso, tanto del nivel de enseñanza básica, como de enseñanza media.

b) Coordinar la participación de Chile en mediciones de carácter internacional sobre logros de aprendizaje de los alumnos.

c) Diseñar, implementar y aplicar un sistema de evaluación de desempeño de los establecimientos educacionales subvencionados o que reciban aportes del Estado, y sus sostenedores referidos a los estándares indicativos, cuya finalidad será orientar el mejoramiento continuo de los establecimientos, a través de recomendaciones.

d) Aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones de esta ley y sus reglamentos e impartir instrucciones de general aplicación, en las materias de su competencia.

e) Elaborar informes evaluativos, basados en los estándares indicativos de desempeño mencionados en la letra c) de este artículo, que incluyan los resultados educativos, pudiendo incorporar recomendaciones de carácter indicativo para mejorar el desempeño de los establecimientos educacionales y sus sostenedores. Estos informes serán de carácter público.

f) Requerir al Ministerio de Educación y a la Superintendencia, en su caso, la adopción de las medidas pertinentes derivadas de la ordenación de los establecimientos educacionales.

g) Validar los mecanismos de evaluación de los docentes de aula, docentes directivos y de los docentes que cumplen la función técnico pedagógica que presenten voluntariamente los establecimientos educacionales particulares pagados y subvencionados y los sistemas de evaluación complementarios del sector municipal, de corporaciones municipales o de otras entidades creadas por ley.

h) Poner a disposición del público la información que, con motivo del ejercicio de sus funciones, recopile respecto de establecimientos educacionales, sostenedores, docentes y alumnos.

En caso alguno la publicación incluirá la individualización de los alumnos. Sin perjuicio de lo anterior, los padres y apoderados deberán ser informados de los resultados obtenidos por sus hijos o pupilos cuando las mediciones tengan validez y confiabilidad estadística a nivel individual, sin que tales resultados puedan ser publicados ni usados con propósitos que puedan afectar negativamente a los alumnos, tales como selección, repitencia, cancelación o condicionalidad de matrícula u otros similares.

i) Administrar los registros creados por ley que sean necesarios para ejercer sus funciones.

j) Elaborar índices, estadísticas y estudios relativos al sistema educativo y efectuar publicaciones en el ámbito de su competencia.

Asimismo, elaborará informes acerca de la cobertura de las diversas materias del currículum nacional, como también evaluaciones respecto del desempeño de los establecimientos educacionales.

k) Ingresar a los establecimientos educacionales y sus dependencias, con el fin de realizar las evaluaciones de logros de aprendizaje y mediciones del cumplimiento de otros indicadores de calidad educativa. En el caso de las visitas evaluativas y demás atribuciones que le encomienda la ley, el ingreso deberá ser avisado al sostenedor y no podrá alterar el normal desarrollo de las actividades pedagógicas del establecimiento educacional.

l) Requerir a los sostenedores de los establecimientos educacionales y organismos públicos y privados relacionados con la educación, la información estrictamente necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

Quiénes sean requeridos en virtud de este literal podrán solicitar por escrito a la Agencia, dentro de los dos días siguientes, que reconsidere el plazo para la entrega de la información solicitada, cuando fundadamente acrediten que dicho requerimiento, por su volumen o complejidad, les impide dar cumplimiento a sus labores habituales. La Agencia resolverá esta reconsideración, en única instancia, en un plazo máximo de diez días, contados desde la respectiva presentación.

m) Convenir con otros organismos de la Administración del Estado o con entidades privadas la realización de acciones específicas y la prestación de servicios que permitan cumplir sus funciones.

n) Asesorar técnicamente al Ministerio de Educación y a otros organismos en materias de su competencia.

ñ) Asesorar al Ministerio de Educación respecto al plan nacional de evaluaciones nacionales e internacionales, especialmente en relación a su viabilidad y requerimientos de implementación. Asimismo, a requerimiento del Ministerio de Educación, deberá apoyar el diseño de las directrices e implementación, en materias de su competencia, del Plan Nacional de Aseguramiento de la Calidad que elabore dicho Ministerio.

o) Cobrar y percibir derechos por la evaluación y orientación que le soliciten los establecimientos particulares pagados y por las demás certificaciones que establezca la ley en el ámbito de sus atribuciones.

p) Ejercer las demás atribuciones que determine la ley.

Artículo 19. La resolución que establezca la ordenación indicada en el artículo 17, será notificada al sostenedor en forma personal o mediante carta certificada.

Dicha resolución podrá ser impugnada mediante los recursos administrativos señalados en la ley N° 19.880, sólo en virtud de algún error de información o procedimiento que sea determinante en la ordenación del establecimiento educacional.

No obstante, para efectos de cumplir con lo establecido en el inciso anterior, el recurso de reposición se interpondrá ante el Secretario Ejecutivo de la Agencia. Para el solo efecto de lo dispuesto en este artículo, el Consejo de la Agencia de la Calidad conocerá y resolverá el recurso jerárquico.

Párrafo 6°

De la organización de la Agencia

Artículo 32. Los órganos de la Agencia son el Consejo y el Secretario Ejecutivo.

Artículo 33. El Consejo estará constituido por cinco miembros de destacada experiencia en la actividad educativa, nombrados por el Ministro de Educación, previa selección conforme al Sistema de Alta Dirección Pública. En su conformación se velará por garantizar el pluralismo del mismo.

El Consejo designará de entre sus miembros a un Presidente, quien durará en el cargo tres años, pudiendo ser reelegido por una vez.

Dicho Presidente tendrá por función dirigir el Consejo; citar a sesiones; fijar sus tablas; dirigir sus deliberaciones, y dirimir sus empates. Se relacionará con el Secretario Ejecutivo para la coordinación de las funciones y atribuciones de la Agencia.

Artículo 34. Los miembros del Consejo serán nombrados por un período de seis años, pudiendo ser designados por un nuevo período.

Los Consejeros se renovarán por parcialidades de tres y dos consejeros cada tres años, respectivamente.

Artículo 35. Corresponderá al Consejo:

a) Aprobar y dar seguimiento al plan estratégico de la Agencia, el cual deberá ser actualizado y ajustado a lo menos cada seis años. Dicho plan deberá explicitar las orientaciones que se utilizarán para efectos de la ordenación y evaluación de los establecimientos.

b) Aprobar y dar seguimiento anualmente al plan de trabajo de la Agencia, así como la memoria y el balance del año anterior, y conocer el anteproyecto de presupuesto.

c) Aprobar la ordenación de los establecimientos educacionales en los plazos que establece la ley y aprobar anualmente el cambio de ordenación de los establecimientos educacionales.

d) *Aprobar las certificaciones que realice el Secretario Ejecutivo de la Agencia, cuando un establecimiento se mantenga en la categoría de Desempeño Insuficiente según lo establece el artículo 31.*

e) *Proponer el plan de evaluaciones nacionales e internacionales al Ministerio de Educación.*

f) *Aprobar el Registro de Personas o Entidades acreditadas para apoyar la realización de las visitas evaluativas.*

g) *Aprobar la organización interna, las denominaciones y funciones que correspondan a cada una de las unidades de la Agencia así como el personal adscrito a tales unidades.*

h) *Ejercer las demás atribuciones que le encomienden las leyes y reglamentos.*

Artículo 38. Serán causales de cesación en el cargo de Consejero las siguientes:

a) *Expiración del plazo por el que fueron designados.*

b) *Renuncia aceptada por el Ministro de Educación.*

c) *Incapacidad legal sobreviniente, circunstancia que será calificada por la mayoría de los Consejeros con exclusión del afectado.*

d) *Actuación en un asunto en que estuvieren legalmente inhabilitados.*

e) *Incumplimiento de los deberes y obligaciones que establece esta ley.*

En caso de que uno o más Consejeros cesaren por cualquier causa en su cargo, procederá la designación de un nuevo Consejero, sujeto al mismo procedimiento dispuesto en el artículo 33, por el período que restare.

Si el Consejero que cesare en el cargo en virtud del inciso precedente invistiere la condición de Presidente del Consejo, su reemplazante será designado en la forma prevista en el artículo 33, por el tiempo que faltare al que produjo la vacante.

Artículo 41. El Secretario Ejecutivo será el Jefe Superior del Servicio, y estará afecto al Sistema de Alta Dirección Pública.

Corresponderán al Secretario Ejecutivo las siguientes atribuciones:

a) *Velar por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo y proponerle el programa anual de trabajo del Servicio.*

b) *Participar en el Consejo, con derecho a voz.*

c) *Delegar en funcionarios de la institución las funciones y atribuciones que estime conveniente.*

d) *Coordinar la labor de la Agencia con las demás instituciones que comprende el Sistema y participar directamente o por medio de un representante en el comité de coordinación establecido en el artículo 8°.*

e) *Conocer y resolver todo asunto relacionado con los intereses de la Agencia, salvo aquellas materias que la ley reserva al Consejo, pudiendo al efecto ejecutar los actos y celebrar los contratos que sean necesarios o conducentes a la obtención de los objetivos del Servicio, ya sea con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de derecho público o privado.*

f) *Comunicar a los organismos competentes los antecedentes de que disponga o de que tome conocimiento, para que éstos ejerzan a su vez las facultades que les sean propias.*

g) *Dictar las resoluciones que apruebe el Consejo, así como conocer los recursos que procedan conforme a la ley. Le corresponderá, también, cumplir y hacer cumplir las instrucciones que le imparta el Consejo y realizar los actos que éste le delegue en el ejercicio de sus atribuciones.*

h) *Certificar, según lo que establece el artículo 31, cuando un establecimiento se ha mantenido en la categoría de Desempeño Insuficiente. Dicha certificación deberá contar con el acuerdo del Consejo de la Agencia.*

i) *Representar judicial y extrajudicialmente al Servicio.*

j) *Preparar el plan anual de trabajo, el anteproyecto de presupuesto y toda otra materia que deba ser sometida a la consideración del Consejo.*

k) *Gestionar administrativamente el Servicio.*

l) *Contratar labores operativas de inspección o verificación del cumplimiento de las normas de su competencia a terceros idóneos debidamente certificados.*

m) *Celebrar convenios y ejecutar los actos necesarios para el cumplimiento de los fines del Servicio.*

n) *Nombrar y remover personal del Servicio, de conformidad a esta ley y a las normas estatutarias.*

ñ) *Informar periódicamente al Consejo respecto de la marcha de la institución y del cumplimiento de sus acuerdos e instrucciones.*

o) *Ejercer las demás atribuciones que le encomiende la ley.*

Artículo 42. El personal de la Agencia se regulará por las normas de esta ley y sus reglamentos, por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N^º 29, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto Administrativo y, en materia de remuneraciones, por las normas del decreto ley N^º 249, del año 1974, que fija la Escala Única de Sueldos.

Artículo 43. Previo acuerdo del Consejo, el Secretario Ejecutivo, con sujeción a la planta de personal, establecerá su organización interna y determinará las denominaciones y funciones que correspondan a cada una de las unidades establecidas para el cumplimiento de las funciones que le sean asignadas, como asimismo el personal adscrito a tales unidades.

El personal a contrata de la Agencia podrá desempeñar funciones de carácter directivo o de jefatura, las que serán asignadas, en cada caso, por el Secretario Ejecutivo. El personal a que se asigne tales funciones no podrá exceder del 7% del personal a contrata de la Agencia.

El personal que preste servicios sobre la base de honorarios se considerará comprendido en la disposición del artículo 260 del Código Penal.

Artículo 45. Sin perjuicio de las causales previstas en el Estatuto Administrativo para la cesación del cargo de personal de carrera, se podrá declarar la vacancia por las siguientes causales:

a) *Necesidades de la Agencia, determinadas por el Jefe Superior del Servicio una vez al año y fundadas en razones vinculadas al buen, oportuno y eficiente funcionamiento de la Agencia.*

Anualmente, los Altos Directivos Públicos del II nivel jerárquico de la Agencia, a más tardar en el mes de diciembre, efectuarán, en conjunto, una evaluación sobre la marcha de la institución en función de su misión institucional y los objetivos estratégicos fijados. Los resultados de dicha evaluación servirán de base para que el Secretario Ejecutivo ejerza la facultad a que se refiere este literal. Un reglamento fijará los procedimientos que adoptarán y la forma y oportunidad en que recibirán la información y antecedentes requeridos al efecto.

b) Evaluación de desempeño en lista condicional.

El personal que cese en sus funciones por aplicación de la causal prevista en el literal a) precedente tendrá derecho a la indemnización contemplada en el artículo 154 del decreto con fuerza de ley N° 29, del Ministerio de Hacienda, de 2005, sobre Estatuto Administrativo.

TÍTULO III DE LA SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN

Párrafo 1°

Objeto y atribuciones

Artículo 47. Créase la Superintendencia de Educación, en adelante “la Superintendencia”, servicio público funcionalmente descentralizado y territorialmente desconcentrado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y que se relaciona con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Educación.

La Superintendencia constituye una institución fiscalizadora en los términos del decreto ley N° 3.551, de 1981, y estará afecta al Sistema de Alta Dirección Pública.

El domicilio de la Superintendencia será la ciudad de Santiago, sin perjuicio de las Direcciones Regionales que constituya a través del decreto con fuerza de ley a que alude el artículo primero transitorio.

Artículo 48. El objeto de la Superintendencia será fiscalizar, de conformidad a la ley, que los sostenedores de establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado se ajusten a las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la Superintendencia, en adelante “la normativa educacional”. Asimismo, fiscalizará la legalidad del uso de los recursos por los sostenedores de los establecimientos subvencionados y que reciban aporte estatal y, respecto de los sostenedores de los establecimientos particulares pagados, fiscalizará la referida legalidad sólo en caso de denuncia. Además, proporcionará información, en el ámbito de su competencia, a las comunidades educativas y otros usuarios e interesados, y atenderá las denuncias y reclamos de éstos, aplicando las sanciones que en cada caso corresponda.

Las instrucciones que dicte la Superintendencia deberán resguardar el derecho a la educación, la libertad de enseñanza y los principios establecidos en el artículo 3° de la ley N° 20.370, General de Educación.

Si en el ejercicio de sus atribuciones la Superintendencia toma conocimiento de infracciones a otras normas legales que no integran la normativa educacional, deberá informar a los órganos fiscalizadores correspondientes. La Superintendencia no podrá iniciar procesos sancionatorios por infracciones a normas legales que no integran la normativa educacional.

Artículo 49. Para el cumplimiento de sus funciones, la Superintendencia tendrá las siguientes atribuciones:

a) Fiscalizar que los establecimientos educacionales y sus sostenedores reconocidos oficialmente cumplan con la normativa educacional.

b) Fiscalizar la rendición de la cuenta pública del uso de todos los recursos, públicos y privados, de acuerdo al Párrafo 3^º de este Título, a través de procedimientos contables simples generalmente aceptados. Dichas rendiciones consistirán en un estado anual de resultados que contemple, de manera desagregada, todos los ingresos y gastos de cada establecimiento. Dichos antecedentes estarán, también, a disposición de la comunidad educativa a través del Consejo Escolar.

c) Realizar y ordenar auditorías al estado anual de resultados mencionado en la letra anterior.

d) Ingresar a los establecimientos educacionales y dependencias del sostenedor que tengan relación con la administración del establecimiento educacional, a objeto de realizar las funciones que le son propias. En el ejercicio de esta atribución, los funcionarios de la Superintendencia no podrán impedir el normal desarrollo de las actividades pedagógicas del establecimiento educacional.

Respecto de los establecimientos educacionales particulares pagados, el ejercicio de esta atribución exigirá la existencia de una denuncia o reclamo conforme al Párrafo 4^º de este Título, salvo que se trate de la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para mantener el reconocimiento oficial del Estado. En este último caso, la Superintendencia no podrá examinar los libros y cuentas de la entidad fiscalizada.

e) Acceder a cualquier documento, libro o antecedente que sea necesario para fines de fiscalización, sin impedir el normal desarrollo de las actividades pedagógicas del establecimiento educacional, y examinar, por los medios que estime del caso, todas las operaciones, bienes, libros, cuentas, archivos y documentos de las personas o entidades fiscalizadas, y disponer de todos los antecedentes que juzgue necesarios para la mejor fiscalización. La Superintendencia, mediante resolución, determinará aquellos libros, archivos y documentos que deberán estar permanentemente disponibles para su examen en el propio establecimiento educacional. Las mismas facultades, y en los mismos términos, tendrá la Superintendencia respecto de los terceros que administren los establecimientos educacionales.

Respecto de los establecimientos educacionales particulares pagados, el ejercicio de esta atribución exigirá la existencia de una denuncia o reclamo conforme al Párrafo 4^º de este Título.

f) Citar a declarar a los representantes legales, administradores y dependientes de las instituciones fiscalizadas respecto de algún hecho que estime necesario para

resolver alguna denuncia que esté conociendo o cuando de oficio, en un procedimiento administrativo, lo determine en cumplimiento de sus funciones. Las mismas facultades, y en los mismos términos, tendrá la Superintendencia respecto de los terceros que administren establecimientos educacionales. La citación deberá considerar los horarios internos que posea la institución fiscalizada.

Respecto de los establecimientos educacionales particulares pagados, el ejercicio de esta atribución exigirá la existencia de una denuncia o reclamo conforme al Párrafo 4° de este Título, salvo que se trate de la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para mantener el reconocimiento oficial del Estado.

g) Absolver consultas, investigar y resolver denuncias que los distintos miembros de la comunidad escolar presenten.

h) Recibir reclamos y actuar como mediador respecto de ellos.

i) Formular cargos, sustanciar su tramitación y resolver los procesos que se sigan respecto de todos los incumplimientos o infracciones a la normativa educacional, así como de los que conozca por la vía de denuncias del público o por denuncia que formule el Ministerio de Educación u otros órganos públicos.

j) Disponer el nombramiento de un administrador provisional para la gestión de los establecimientos educacionales subvencionados o que reciban aportes del Estado, en los casos que determine esta ley.

k) Fiscalizar el cumplimiento de los requisitos exigidos para mantener el reconocimiento oficial del Estado como establecimiento educacional y, cuando corresponda, remitir los antecedentes al Ministerio de Educación para que éste, en un plazo no superior al término del año escolar, proceda a la revocación del reconocimiento señalado.

l) Imponer las sanciones correspondientes por infracción a la normativa educacional, así como aquellas que proponga la Agencia.

m) Aplicar e interpretar administrativamente la normativa educacional cuyo cumplimiento le corresponde vigilar, e impartir instrucciones fundadas de general aplicación al sector sujeto a su fiscalización, sin perjuicio del ejercicio de las facultades propias del Ministerio de Educación. Las instrucciones y resoluciones que emanen de la Superintendencia serán obligatorias a partir de su publicación y deberán ser sistematizadas, de tal forma de facilitar el acceso y conocimiento de ellas por parte de los sujetos sometidos a su fiscalización.

La Superintendencia deberá publicar en su sitio web un registro de fácil acceso y comprensión con todas las obligaciones que en virtud de la normativa educacional les sean aplicables a los establecimientos educacionales.

n) Elaborar índices, estadísticas y estudios relativos al sistema educativo y efectuar publicaciones en el ámbito de su competencia.

ñ) Requerir, en el ámbito de sus atribuciones, de los sostenedores y docentes directivos de los establecimientos educacionales y de organismos públicos y privados la información pertinente para el cumplimiento de sus funciones. Asimismo, podrá recoger la información proporcionada por las instituciones, procesarla cuando corresponda, y distribuirla anualmente a los distintos usuarios.

Quiénes sean requeridos en virtud de este literal podrán solicitar por escrito a la Superintendencia, dentro de los dos días siguientes, que reconsidere el plazo para la entrega de la información solicitada, cuando fundadamente acrediten que dicho requerimiento, por su volumen o complejidad, les impide dar cumplimiento a sus labores habituales. La Superintendencia resolverá esta reconsideración, en única instancia, en un plazo máximo de diez días, contados desde la respectiva presentación.

o) Poner a disposición del público la información que, con motivo del ejercicio de sus funciones, recopile respecto de establecimientos educacionales, sostenedores, docentes, estudiantes y demás integrantes de la comunidad educativa, siempre que su publicidad, comunicación o conocimiento no afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud o la esfera de su vida privada. Asimismo, la Superintendencia podrá administrar los registros creados por ley que sean necesarios para ejercer sus funciones.

p) Convenir con otros organismos de la Administración del Estado o con entidades privadas la realización de acciones específicas y la prestación de servicios que permitan cumplir sus funciones.

q) Asesorar técnicamente al Ministerio de Educación y a otros organismos en materias de su competencia.

r) Capacitar a los sostenedores con el fin de realizar una adecuada rendición de cuenta pública del uso de los recursos.

s) Realizar las demás funciones que le encomienden las leyes o los reglamentos.

Artículo 84. En contra de la resolución del Director Regional que aplique cualquiera de las sanciones señaladas en el artículo 73, podrá reclamarse ante el Superintendente de Educación dentro del plazo de 15 días, contados desde la notificación de la resolución que se impugna.

Artículo 85. Los afectados que estimen que las resoluciones del Superintendente no se ajustan a la normativa educacional, podrán reclamar ante la Corte de Apelaciones correspondiente, dentro de un plazo de quince días, contado desde la notificación de la resolución que se impugna, para que las deje sin efecto.

La Corte deberá pronunciarse en cuenta sobre la admisibilidad del recurso.

Admitido el recurso, la Corte de Apelaciones dará traslado de éste a la Superintendencia, notificándola por oficio, y ésta dispondrá del plazo de quince días, contado desde que se notifique la apelación interpuesta, para evacuar el informe respectivo.

Evacuado el traslado por la Superintendencia, o vencido el plazo de que dispone para emitir su informe, la Corte ordenará traer los autos en relación y la causa se agregará extraordinariamente a la tabla de la audiencia más próxima, previo sorteo de la Sala.

La Corte dictará sentencia dentro del término de quince días, la cual podrá ser apelada ante la Corte Suprema dentro del plazo de diez días hábiles, la que resolverá en cuenta.

Artículo 86. Contra la sanción de amonestación no procederá recurso alguno.

Artículo 98. Créase un Registro Público de Administradores Provisionales, a cargo de la Superintendencia, que incluirá las personas, naturales y jurídicas, habilitadas para cumplir las funciones de administrador provisional.

Un reglamento determinará los requisitos que deberán cumplir las personas para el ingreso y permanencia en el registro que se creen; mecanismos para determinar los honorarios; procedimiento de selección y los mecanismos de evaluación de ellas; tiempo de duración en el registro, y causales que originan la salida de éste, a fin de asegurar la idoneidad del administrador provisional y la efectividad de su gestión.

Dicho registro deberá estar siempre abierto para el ingreso.

Artículo 101. Corresponderá al Superintendente, especialmente:

a) Planificar, organizar, dirigir, coordinar y controlar el funcionamiento de la Superintendencia y ejercer, respecto de su personal, las atribuciones propias de su calidad de Jefe Superior de Servicio.

b) Dictar los reglamentos internos necesarios para el buen funcionamiento de la Superintendencia.

c) Ejecutar los actos y celebrar los convenios necesarios para el cumplimiento de los objetivos del Servicio. En el ejercicio de estas facultades podrá administrar, adquirir y enajenar bienes de cualquier naturaleza.

d) Nombrar y remover al personal del Servicio, de conformidad a esta ley y a las normas estatutarias.

e) Delegar atribuciones o facultades específicas en funcionarios de su dependencia, de conformidad a la ley.

f) Coordinar la labor de la Superintendencia con las demás instituciones que comprende el Sistema y participar directamente o por medio de un representante en el comité de coordinación establecido en el artículo 8°.

g) Interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y normas técnicas que rigen las entidades y materias fiscalizadas, elaborar instrucciones de general aplicación y dictar órdenes para su cumplimiento.

h) Conocer y resolver los recursos que la ley establece.

i) Imponer las sanciones que establecen esta ley y las demás disposiciones legales que regulen la actividad educacional e informar de éstas al Ministerio de Educación, para que sean incorporadas en el registro correspondiente.

j) Ejercer las demás atribuciones que le encomienden las leyes y reglamentos.

Sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras que esta ley le confiere, el Superintendente deberá poner en conocimiento de los demás organismos fiscalizadores los antecedentes de que disponga o de que tome conocimiento, para que éstos ejerzan a su vez las facultades que les sean propias.

Artículo 102. La Superintendencia se desconcentrará territorialmente a través de Direcciones Regionales, de conformidad a lo establecido en la ley.

Artículo 103. El personal de la Superintendencia se regulará por las normas de esta ley y sus reglamentos, por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 29, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y

sistematizado del Estatuto Administrativo y, en materia de remuneraciones, por las normas del decreto ley N^º 3.551, de 1980.

Artículo 104. El Superintendente, con sujeción a la planta de personal, establecerá su organización interna y determinará las denominaciones y funciones que correspondan a cada una de las unidades establecidas para el cumplimiento de las funciones que le sean asignadas, como asimismo el personal adscrito a tales unidades.

El personal a contrata de la Superintendencia podrá desempeñar funciones de carácter directivo o de jefatura, las que serán asignadas, en cada caso, por el Superintendente.

El personal a que se asigne tales funciones no podrá exceder del 7% del personal a contrata de la Superintendencia.

El personal que preste servicios sobre la base de honorarios se considerará comprendido en la disposición del artículo 260 del Código Penal.

Artículo 108. Sin perjuicio de las causales previstas en el Estatuto Administrativo para la cesación del cargo de personal de carrera, se podrá declarar la vacancia por las siguientes causales:

a) Necesidades de la Superintendencia, determinadas por el Jefe Superior del Servicio una vez al año y fundadas en razones vinculadas al buen, oportuno y eficiente funcionamiento de la Superintendencia.

Anualmente, los Altos Directivos Públicos del II nivel jerárquico de la Superintendencia, a más tardar en el mes de diciembre, efectuarán, en conjunto, una evaluación sobre la marcha de la institución en función de su misión institucional y los objetivos estratégicos fijados. Los resultados de dicha evaluación servirán de base para que el Superintendente ejerza la facultad a que se refiere este literal. Un reglamento fijará los procedimientos que se adopten y la forma y oportunidad en que se reciba la información y antecedentes requeridos al efecto.

b) Evaluación de desempeño en lista condicional.

El personal que cese en sus funciones por aplicación de la causal prevista en el literal a) precedente tendrá derecho a la indemnización contemplada en el artículo 154 del decreto con fuerza de ley N^º 29, del Ministerio de Hacienda, de 2005, sobre Estatuto Administrativo.

Título IV

Del Ministerio de Educación

Artículo 112. Modifícase la ley N^º 18.956, que reestructura el Ministerio de Educación, en el siguiente sentido:

1) Sustitúyese el artículo 1^º, por el siguiente:

“Artículo 1^º. El Ministerio de Educación es la Secretaría de Estado responsable de fomentar el desarrollo de la educación en todos los niveles y modalidades, propendiendo a asegurar la calidad y la equidad del sistema educativo; promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento

fiscal al primer y segundo nivel de transición de la educación parvularia; financiar un sistema gratuito destinado a garantizar el acceso de toda la población a la educación básica y media, generando las condiciones para la permanencia en las mismas de conformidad a la ley; promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; fomentar una cultura de la paz, y de estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística, la práctica del deporte y la protección y conservación del patrimonio cultural.

Es deber del Estado que el sistema integrado por los establecimientos educacionales de su propiedad provea una educación gratuita y de calidad, fundada en un proyecto educativo público laico, esto es, respetuoso de toda expresión religiosa, y pluralista, que permita el acceso a toda la población y que promueva la inclusión social y la equidad.

El Ministerio, en su calidad de órgano rector del Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación, deberá desarrollar un Plan Anual de Aseguramiento de la Calidad de la Educación y llevar a cabo la coordinación de los órganos del Estado que componen dicho sistema, con el fin de garantizar una gestión eficaz y eficiente. Asimismo, rendirá cuenta pública sobre los resultados de dicho plan.”

2) *Modifícase el artículo segundo en el siguiente sentido:*

a) *Sustitúyese su letra c) por la siguiente:*

“c) Mantener un sistema de supervisión del apoyo técnico pedagógico a los establecimientos educacionales.”

b) *Agrégase la siguiente letra g) nueva, pasando la actual letra g) a ser h):*

“g) Elaborar instrumentos, desarrollar estrategias e implementar, por sí o a través de terceros, programas de apoyo educativo.”

3) *Intercálanse, a continuación del artículo 2°, los siguientes artículos 2° bis y 2° ter, nuevos:*

“Artículo 2° bis. Sin perjuicio de las funciones señaladas en el artículo anterior, también corresponderá al Ministerio:

a) *Elaborar las bases curriculares y los planes y programas de estudio para la aprobación del Consejo Nacional de Educación.*

b) *Elaborar los estándares de aprendizaje de los alumnos, los otros indicadores de calidad educativa y los estándares indicativos de desempeño para sostenedores y establecimientos educacionales.*

c) *Formular los estándares de desempeño docente y directivos que servirán de orientación para la elaboración de las evaluaciones consideradas en el decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Educación, de 1997, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 19.070, que aprueba el Estatuto de los Profesionales de la Educación y para la validación de los mecanismos de evaluación de los docentes de aula, técnico-pedagógicos y docentes directivos que presenten voluntariamente a la Agencia de la Calidad de la Educación los establecimientos educacionales particulares pagados y subvencionados y los sistemas de evaluación*

complementarios del sector municipal, de corporaciones municipales o de otras entidades creadas por ley.

d) Proponer y evaluar las políticas y diseñar e implementar programas y las acciones de apoyo técnico pedagógico para docentes, equipos directivos, asistentes de la educación, sostenedores y establecimientos educacionales con el fin de fomentar el mejoramiento del desempeño de cada uno de esos actores educativos y el desarrollo de capacidades técnicas y educativas de las instituciones escolares y sus sostenedores.

e) Proponer y evaluar las políticas relativas a la formación inicial y continua de docentes.

f) Determinar, en coordinación con la Agencia de Calidad de la Educación, el plan de mediciones nacionales e internacionales de los niveles de aprendizaje de los alumnos.

g) Desarrollar estadísticas, indicadores y estudios del sistema educativo, en el ámbito de su competencia, y poner a disposición del público la información que con motivo del ejercicio de sus funciones recopile. Esta información será pública y de libre acceso para todo el que tenga interés en consultarla. Los resguardos de confidencialidad de los resultados individuales se garantizarán de conformidad a la ley.

h) Establecer y administrar los registros públicos que determine la ley.

i) Ejecutar las sanciones que disponga la Superintendencia de Educación o, en su caso, aplicar las sanciones en los ámbitos que determinen las leyes.

Artículo 2^º ter. En cumplimiento del deber del Estado a que se refiere el inciso octavo del artículo 4^º de la ley N^º 20.370, General de Educación, corresponderá al Ministerio de Educación facilitar apoyo técnico pedagógico a los establecimientos educacionales y promover el desarrollo profesional docente.

Dichas funciones podrá desarrollarlas el Ministerio, por sí o por medio de terceros elegidos por el sostenedor de entre los sujetos registrados conforme al artículo 18, literal d).

No obstante, el Ministerio de Educación brindará el apoyo técnico directamente cuando así se lo soliciten sostenedores que sean municipalidades, corporaciones u otros entes creados por ley o que reciben aporte del Estado.”

4) Elimínase, en el artículo 4^º, la expresión “Jefe Superior del Ministerio y”.

5) Intercálase, en el artículo 6^º, a continuación de la expresión “del Ministro”, la frase “y el Jefe Administrativo del Ministerio”.

6) Agréganse en el artículo 7^º, a continuación del inciso único, que pasa a ser primero, los siguientes incisos, nuevos:

“Esta división contará con una unidad encargada de prestar apoyo técnico pedagógico a los establecimientos educacionales subvencionados y que reciben aporte del Estado y sus sostenedores, velando por el mejoramiento continuo de la calidad del servicio educativo prestado por éstos.

Para el cumplimiento de dicha función se deberán:

1. Desarrollar estrategias, elaborar instrumentos e implementar programas de apoyo educativo.

2. Identificar y difundir las mejores prácticas en materias técnico pedagógicas, curriculares, administrativas y de gestión institucional.

3. Certificar la calidad de las entidades pedagógicas y técnicas de apoyo externo.

4. Entregar información a la comunidad educativa de modo de propender a asegurar la calidad de las entidades de apoyo técnico externo.

La labor de apoyo que realice esta unidad deberá tener especial focalización en aquellos establecimientos de mayor necesidad de apoyo de acuerdo a la ley que crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación, en aquellos sectores geográficos en donde exista menor disponibilidad de apoyo técnico pedagógico, y en los establecimientos públicos y gratuitos.”.

7) Reemplázase el artículo 15 por el siguiente:

“Artículo 15. Corresponderá a las Secretarías Regionales Ministeriales planificar, normar y supervisar el apoyo pedagógico que se preste, cuando corresponda, en los establecimientos ubicados en su territorio jurisdiccional, cautelando el cumplimiento de los objetivos y políticas educacionales y su correcta adecuación a las necesidades e intereses regionales.

Les corresponderán, además, todas las funciones y atribuciones que las normas legales les otorgan, especialmente en materias técnico-pedagógicas y las vinculadas a la inspección del pago de las subvenciones.”.

8) Reemplázase el inciso primero del artículo 16, por el siguiente:

“Artículo 16. Los Departamentos Provinciales son organismos desconcentrados funcional y territorialmente de las Secretarías Regionales Ministeriales, encargados de coordinar el apoyo técnico pedagógico que se preste en los establecimientos educacionales subvencionados y acogidos al decreto ley N° 3.166 de su jurisdicción.”.

9) Incorpórase el siguiente Título III, nuevo, pasando el actual Título III a ser IV, ordenándose sus artículos 17 a 23 correlativamente como artículos 21 a 27:

“TÍTULO III

De los requerimientos de información, de la Ficha Escolar y los registros

Artículo 17. Para los efectos de los registros establecidos en la ley, los sostenedores deberán proporcionar toda la información solicitada por el Ministerio de Educación, incluyendo los cobros efectuados en los establecimientos en que así proceder, y se deberá considerar, además, toda la información pública que generen sobre los establecimientos y los sostenedores la Agencia de la Calidad de la Educación y la Superintendencia de Educación.

A partir de la información a que se refiere el inciso anterior, el Ministerio de Educación elaborará una Ficha Escolar que resumirá la información relativa a cada establecimiento educacional.

La Ficha Escolar será publicada en la página web del Ministerio de Educación.

Un reglamento fijará la forma, modalidad y periodicidad en que deberá requerirse y publicarse la información establecida en este artículo.

Artículo 18. Los Registros de Información comprenderán los siguientes:

a) Registro de Sostenedores, el que deberá incluir la constancia de su personalidad jurídica, representante legal, establecimientos que administra e historial de infracciones, si las hubiere. En el caso de percibir subvención o aportes estatales, deberá también informarse sobre origen y monto de todos los recursos recibidos.

b) Registro de Establecimientos Reconocidos Oficialmente, donde deberá incluirse el nombre y domicilio del establecimiento educacional, identificación del sostenedor y representante legal, constancia del acto administrativo por medio del cual se otorgó el reconocimiento oficial y su fecha, nivel de enseñanza y modalidad que imparte y la información pertinente relativa a alumnos, directivos, docentes y asistentes de la educación. Asimismo, deberá contemplar indicadores de eficacia y eficiencia interna y fuentes de recursos y monto de los mismos.

En el caso de los establecimientos que reciben subvenciones o aportes estatales, deberá incluir, además, la individualización de los integrantes del Consejo Escolar e información sobre el Plan de Mejoramiento Educativo, si lo tuvieren.

c) Registro de Docentes, que deberá incluir el nombre, títulos, menciones y el perfeccionamiento realizado, sector de aprendizaje, cursos y establecimiento educacional donde se desempeña y otros antecedentes relativos a la idoneidad para ejercer la profesión, de conformidad a la ley. La información para confeccionarlo deberá ser proporcionada por el sostenedor para quien trabaja el docente.

d) Registro Público de Entidades Pedagógicas y Técnicas de Apoyo, que estarán certificadas para prestar apoyo a los establecimientos educacionales y para la elaboración y ejecución del Plan de Mejoramiento Educativo. Un reglamento establecerá los requisitos y estándares de certificación que permitirán el ingreso y la permanencia en el registro, así como una adecuada identificación de las personas o entidades técnicas y las especialidades que ofrecen y los antecedentes relativos a la calidad de los servicios que hubieren prestado. Igualmente establecerá el procedimiento de certificación, la duración de la misma y las causales de pérdida de ella.

Artículo 19. El Ministerio de Educación deberá administrar y mantener con información actualizada los registros señalados en el artículo precedente, estableciendo instrucciones sobre las categorizaciones y formas de entrega de la misma.

Para efectos de los requerimientos de información a que se refiere este Título, el Ministerio de Educación procurará la debida coordinación con la Agencia de Calidad de la Educación y la Superintendencia de Educación de modo tal que estas solicitudes sean de fácil comprensión, no se dupliquen y no alteren el normal funcionamiento de los establecimientos educacionales.

La entrega de información de los registros a que se refiere este Título se sujetará a las exigencias establecidas en las leyes N^º 20.285 y N^º 19.628, en lo que fuere aplicable.

Artículo 20. Las universidades e institutos profesionales deberán remitir por medios informáticos al Ministerio de Educación la nómina de profesores titulados cada año de su respectiva institución. Tratándose de profesores titulados con

anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, deberán remitir la información, dentro del plazo de un año, contado desde su publicación.”.”.

III

DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDAS A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD, SOBRE LAS CUALES NO SE PRONUNCIARÁ ESTA MAGISTRATURA POR NO CONTENER MATERIAS PROPIAS DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

NOVENO. Que, de acuerdo a la normativa constitucional transcrita en el considerando tercero, corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre las normas del proyecto remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

DÉCIMO. Que, del análisis hecho a las disposiciones del proyecto de ley sometidas a control preventivo de constitucionalidad –señaladas en el considerando primero y transcritas en el motivo octavo de esta sentencia– este Tribunal estima que, de ellas, no legislan sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales las siguientes disposiciones permanentes: artículos 9°, 10, 11, 19, inciso primero, 34, 35, 41, letras c), d), e), f), h), i), j), k), l), m), n), ñ) y o), 42, 43, 45, 47, 48, 49, letras a), c), d), e), f), g), h), i), j), l), m), n), ñ), o), p), q), r) y s), 84, 85, incisos segundo, tercero y cuarto, 98, 101, 102, 103, 104, 108 y 112 del aludido proyecto de ley;

DECIMOPRIMERO. Que las disposiciones recién señaladas no contienen materias propias de las leyes orgánicas constitucionales a que se refieren los artículos 19, N° 11°, inciso quinto; 38, inciso primero; 77, incisos primero, segundo y séptimo, y 99, inciso final, todos de la Constitución Política de la República, ni a otras leyes orgánicas constitucionales establecidas por la Carta Fundamental.

En efecto, las disposiciones señaladas no regulan materias propias de la ley orgánica constitucional contemplada en el artículo 19, N° 11°, de la Constitución, por cuanto no se refieren a los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de enseñanza parvularia, básica y media, ni corresponden a normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento, como tampoco norman los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos de todo nivel (STC Rol N° 102).

Por otra parte, si se atiende al contenido de la ley orgánica constitucional referida en el inciso primero del artículo 38 de la Ley Fundamental, resulta evidente que las disposiciones del proyecto de ley de que se trata no se refieren a aquél;

DECIMOSEGUNDO. Que, en consecuencia, este Tribunal Constitucional no emitirá pronunciamiento, en este proceso de control preventivo de constitucionalidad, respecto de las citadas disposiciones del proyecto de ley remitido a control preventivo, por no ser propias de ley orgánica constitucional, según se desprende de lo razonado en el considerando precedente;

IV

NORMAS DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDAS A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD QUE REVISTEN NATURALEZA DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

DECIMOTERCERO. Que, conforme con la interpretación que deriva de su texto, con la naturaleza de las leyes orgánicas constitucionales dentro de nuestra normativa jurídica y con el espíritu del constituyente al incorporarlas a nuestra Carta Fundamental, las siguientes disposiciones del proyecto, que han sido consultadas, están comprendidas, según corresponda, dentro de las materias que el Poder Constituyente ha encomendado que sean reguladas por las leyes orgánicas constitucionales a que se refieren las normas transcritas en los considerandos cuarto, quinto y sexto de esta sentencia.

Dichas normas son: artículos 19, incisos segundo y tercero, 32, 33, 38, 41, letras a), b) y g), 49, letras b) y k), 85, incisos primero y quinto, y 86;

DECIMOCUARTO. Que el artículo 19, incisos segundo y tercero, del proyecto de ley remitido es propio de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N^º 18.575, a que se refiere el artículo 38, inciso primero, de la Constitución Política, al afectar sus reglas sobre impugnación de los actos administrativos, previstas en los artículos 2^º, 3^º, inciso segundo, y 10;

DECIMOQUINTO. Que los artículos 32 y 33 del proyecto de ley enviado son propios de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N^º 18.575, en relación con el artículo 38, inciso primero, de la Carta Fundamental, al crear órganos y consejos vinculados al artículo 2^º de la Ley Orgánica mencionada;

DECIMOSEXTO. Que el artículo 38 del proyecto en control preventivo, al igual que el artículo 41, letras a), b) y g), son propios de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N^º 18.575, a que se refiere el artículo 38, inciso primero, de la Constitución Política por vincularse con los artículos 2^º, 3^º, inciso segundo, y 10 de la Ley N^º 18.575;

DECIMOSÉPTIMO. Que el artículo 49, letras b) y k) del proyecto remitido, son propias de la ley orgánica constitucional de que trata el artículo 99, inciso cuarto, de la Constitución Política, contenido en el artículo 1^º de la Ley N^º 10.336;

DECIMOCTAVO. Que el artículo 85, incisos primero y quinto, y el artículo 86 son propios de la ley orgánica constitucional de que trata el artículo 77 de la Constitución Política;

V

NORMAS DEL PROYECTO DE LEY NO SOMETIDAS A CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD Y QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOMETERÁ A CONTROL POR TRATAR MATERIAS PROPIAS DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

DECIMONOVENO. Que, no obstante que el Senado ha sometido a control de constitucionalidad ante esta Magistratura, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución Política de la República, como materias propias de ley orgánica constitucional, únicamente las disposiciones del proyecto de ley señaladas en el considerando octavo de esta sentencia, este Tribunal –como lo ha hecho en oportunidades anteriores– no puede dejar de pronunciarse sobre otras disposiciones contenidas en el mismo proyecto de ley remitido, que, al igual que las normas a las que se viene aludiendo en los considerandos precedentes, revisten la naturaleza de leyes orgánicas constitucionales, siendo propias de aquéllas según, respectivamente, se indicará;

VIGÉSIMO. Que los artículos 1°, 3°, letras a), b) y g), 4°, inciso primero, 50, 73, letras c), d), e) y f), 74, 76, letras c) y d), 81, 83, 94 y 110 del proyecto de ley sobre el “Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización”, prescriben:

“Artículo 1°. Es deber del Estado propender a asegurar una educación de calidad en sus distintos niveles. Para dar cumplimiento a dicha responsabilidad créase y regúlase un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media, en adelante el “Sistema”.

El Sistema tendrá por objeto, asimismo, propender a asegurar la equidad, entendida como que todos los alumnos tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad.

Se entenderá por educación el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas.

La educación se enmarca en el respeto y valoración de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la diversidad multicultural y de la paz, y de la identidad nacional, capacitando a las personas para conducir su vida en forma plena, para convivir y participar en forma responsable, tolerante, solidaria, democrática y activa en la comunidad, y para trabajar y contribuir al desarrollo del país y se manifiesta por medio de la enseñanza formal o regular, de la enseñanza no formal y de la educación informal.”.

“Artículo 3°. El Sistema considerará:

a) Estándares de aprendizaje de los alumnos, referidos a los objetivos generales señalados en la ley y sus respectivas bases curriculares; otros indicadores de calidad educativa y estándares indicativos de desempeño de los establecimientos educacionales y sus sostenedores.

b) Requisitos del reconocimiento oficial que deben cumplir los sostenedores y los establecimientos educacionales para ingresar y mantenerse en el sistema educacional, según lo establecido en la ley.

...

g) Fiscalización del uso de los recursos, de conformidad a lo establecido en el Título III de esta ley, y del cumplimiento de los requisitos del reconocimiento oficial y de la normativa educacional por los sostenedores y administradores del servicio educativo.”.

“Artículo 4°. Los estándares de aprendizaje referidos a los objetivos generales establecidos en la ley y en sus bases curriculares definirán los conocimientos, habilidades y actitudes que se espera alcancen los alumnos en diversas etapas del proceso educativo.”.

“Artículo 50. Las facultades señaladas en el artículo anterior no obstarán a aquellas facultades generales de fiscalización que le correspondan a la Contraloría General de la República, en el ámbito de su competencia.”.

“Artículo 73. Comprobada la infracción a la normativa educacional, y sin perjuicio de la responsabilidad penal que proceda, el Director Regional podrá aplicar las siguientes sanciones, de acuerdo a la naturaleza y gravedad de la infracción:

...

c) Privación temporal de la subvención, la que podrá ser total o parcial. Con todo, la privación de la subvención no podrá exceder de 12 meses consecutivos.

d) Privación definitiva de la subvención.

e) Inhabilitación temporal o a perpetuidad para obtener y mantener la calidad de sostenedor. Las sanciones de inhabilitación aplicadas por infracciones cometidas por la entidad sostenedora se entenderán aplicadas a su representante legal y administrador.

f) Revocación del reconocimiento oficial del Estado.”.

“Artículo 74. En caso que la Superintendencia disponga la sanción de privación de la subvención, inhabilitación del sostenedor o revocación del reconocimiento oficial del Estado, deberá enviar al Ministerio de Educación los antecedentes que correspondan para su aplicación y posterior inclusión en el registro correspondiente.”.

“Artículo 76. Son infracciones graves:

...

“c) Incumplir alguno de los requisitos exigidos para mantener el reconocimiento oficial del Estado.

“d) Incumplir reiteradamente los estándares de aprendizaje exigidos en conformidad a las leyes. Esta infracción sólo podrá ser sancionada con la revocación del reconocimiento oficial del Estado.”.

“Artículo 81. La sanción de multa no impide la aplicación de la inhabilitación temporal o perpetua de la calidad de sostenedor, ni la de revocación del reconocimiento oficial del Estado, así como tampoco impide los reintegros que procedieren en cada caso.”

“Artículo 83. En caso de que la Superintendencia disponga la sanción de revocación del reconocimiento oficial del Estado, el Ministerio de Educación deberá adoptar todas las medidas que resulten pertinentes para asegurar el derecho a la educación de los alumnos, en coordinación con las facultades que tiene la Superintendencia.”

“Artículo 94. El nombramiento de un administrador provisional, en el caso de la letra a) del artículo 90, podrá tener por objeto hacer efectiva la revocación del reconocimiento oficial del establecimiento, siempre que existan establecimientos cercanos que impartan el mismo nivel educativo, ordenados en una categoría superior.

Para proceder a revocar el reconocimiento oficial de un establecimiento el administrador provisional deberá dar continuidad al servicio educativo por el período que reste hasta el término del año escolar, procurando asegurar la matrícula disponible a los alumnos para el año escolar siguiente en otros establecimientos educacionales.”

“Artículo 110. “La Superintendencia estará sometida a la fiscalización de la Contraloría General de la República en lo que concierne al examen de las cuentas de entradas y gastos.”;

VIGESIMOPRIMERO. Que las disposiciones del proyecto, transcritas en el motivo anterior, son propias de las leyes orgánicas constitucionales a que se refieren los artículos 19, N° 11°, inciso quinto; 38, inciso primero; 77, incisos primero, segundo y séptimo, y 99 de la Constitución Política;

VIGESIMOSEGUNDO. Que los artículos 1°; 3°, letras a), b) y g); y 4°, inciso primero, del proyecto de ley enviado en control preventivo, deben ser declarados como propios de ley orgánica constitucional por su directa relación con el artículo 19, N° 11°, inciso quinto, de la Constitución Política;

VIGESIMOTERCERO. Que los artículos 50 y 110 del proyecto enviado son propios de la Ley Orgánica Constitucional N° 10.336, de la Contraloría General de la República, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución Política;

VIGESIMOCUARTO. Que los artículos 73, letras c), d), e), y f), y 74 del proyecto remitido son propios de la ley orgánica constitucional a que se refiere el inciso quinto del N° 11° del artículo 19 constitucional;

VIGESIMOQUINTO. Que los artículos 76, letras c) y d); 81, en la parte que señala *“ni la de revocación del reconocimiento oficial del Estado”*; 83 y 94, del proyecto, son asimismo propios de la ley orgánica constitucional a que se refiere el inciso quinto del numeral 11° del artículo 19 de la Constitución Política;

VI
NORMAS ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES DEL
PROYECTO DE LEY REMITIDO QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ
CONFORMES A LA CONSTITUCIÓN

VIGESIMOSEXTO. Que las disposiciones contenidas en los artículos 1^º, 3^º, letras a), b) y g), 4^º, inciso primero, 19, incisos segundo, en la parte que dispone: *”Dicha resolución podrá ser impugnada mediante los recursos administrativos señalados en la ley N^º 19.880, y tercero, 32, 33, 38, 41, letras a), b) y g), 49, letra k), 50, 73, letras c), d), e) y f), 74, 76, letras c) y d), 81, en la parte que dice: “ni la de revocación del reconocimiento oficial del Estado”, 83, 85, inciso quinto, y 94, serán declaradas conformes a la Constitución Política”;*

VII
NORMAS ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES DEL PROYECTO DE
LEY REMITIDO QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ CONFORMES
A LA CONSTITUCIÓN EN EL ENTENDIDO O CON EL ALCANCE
QUE RESPECTO DE CADA UNA DE ELLAS SE INDICA

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, el artículo 19, inciso tercero, del proyecto de ley establece que *“No obstante, para efectos de cumplir con lo establecido en el inciso anterior, el recurso de reposición se interpondrá ante el Secretario Ejecutivo de la Agencia. Para el solo efecto de lo dispuesto en este artículo, el Consejo de la Agencia de la Calidad conocerá y resolverá el recurso jerárquico”.*

Conforme se puede ver, en este caso el acto decisorio o de voluntad orgánica susceptible de impugnación, según el remitido artículo 17, es el acuerdo expedido por el Consejo (artículo 35, letra c), del proyecto). De otra parte, el documento en el cual se contiene y formaliza tal determinación de ese órgano colegiado, toma la forma de una resolución, emanada del Secretario Ejecutivo (artículo 41, letra g), del proyecto). Esto es así por aplicación del artículo 3^º, inciso séptimo, de la Ley N^º 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 10 de la Ley N^º 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la impugnación administrativa en examen habría de constituir propiamente un recurso de reposición, toda vez que, en tal evento, el Consejo aparece conociendo de un reclamo entablado contra su propia decisión. A su vez, no cabría recurso jerárquico, dada la condición de servicio descentralizado que posee la Agencia de la Calidad.

De forma que el artículo 19, inciso tercero, del proyecto, si bien altera la regla contenida en el citado artículo 10 de la Ley N^º 18.575, se declarará constitucional, en el entendido que no menoscaba el derecho a

reclamo, ya que sólo crea un ficticio recurso de reposición para ante el Secretario Ejecutivo, en circunstancia que de él no emana el acto objetado, además de ampliar la posibilidad de deducir el recurso jerárquico ante el Consejo a un caso que, en los términos explicados, de ordinario no sería procedente;

VIGESIMOCTAVO. Que, en este orden de ideas, el Tribunal declarará que el artículo 49, letra b), del proyecto, es constitucional en el entendido de que sin perjuicio de la atribución fiscalizadora que este precepto confiere a la Superintendencia de Educación, quedan subsistentes las facultades de fiscalización que corresponden a la Contraloría General de la República en relación con el uso de recursos públicos;

VIGESIMONOVENO. Que, asimismo, el Tribunal ha estimado que el artículo 85, inciso primero, del proyecto es constitucional en el entendido de que la acción de reclamación que dicho precepto contempla es sin perjuicio de los otros recursos y acciones constitucionales y legales que procedan;

TRIGÉSIMO. Que, del mismo modo, el Tribunal ha estimado que el artículo 110 es propio de una Ley Orgánica Constitucional y que es constitucional en el entendido que lo es sin perjuicio de las demás atribuciones que le competen a la Contraloría General de la República;

VIII

NORMAS DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ INCONSTITUCIONALES

TRIGESIMOPRIMERO. Que, el artículo 19, inciso segundo, frase final, del proyecto de ley en estudio establece que, en contra de las resoluciones que clasifiquen a los establecimientos educacionales, de acuerdo al artículo 17 del proyecto, los recursos administrativos de la Ley N° 19.880 procederán *“solo en virtud de algún error de información o procedimiento que sea determinante en la ordenación del establecimiento educacional”*.

Lo anterior, restringe una de las “Bases generales de la Administración del Estado” a que alude el artículo 38, inciso primero, de la Constitución, así como la Ley N° 18.575, dictada en su virtud, habida cuenta de que coarta el principio de impugnabilidad de los actos de la Administración, incluido por esta ley en su artículo 2°, al señalar, en términos amplios, que *“todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”* (se destaca lo pertinente).

Por lo que tal reducción es inconstitucional, ya que no aparece justificado que la resolución específica de que se trata sólo pueda ser objetada, por vía administrativa, únicamente en esos dos supuestos, excluyendo los otros a que naturalmente se puede extender la invalidez de un acto administrativo. Como tampoco aparece razonable menoscabar el régimen re-

cursivo general con el designio de inmunizar las decisiones de un servicio público en particular, cuyo es el caso de la Agencia de Calidad.

Por dichas razones se declarará inconstitucional la referida parte del inciso segundo del artículo 19 del proyecto;

TRIGESIMOSEGUNDO. Que el artículo 86 del proyecto de ley, que señala que *“contra la sanción de amonestación no procederá recurso alguno”*, será declarado inconstitucional por este Tribunal.

Ello contraría el principio constitucional de impugnabilidad, en cuya virtud todo acto administrativo, sin excepción, puede ser revisado a instancias del afectado, sea que acuda ante el propio emisor o bien ante un tribunal, previamente o con posterioridad a que éste produzca efectos, de conformidad con lo prescrito en los artículos 7° y 38 de la Constitución Política de la República, y 2°, 3°, inciso segundo, y 10 de la Ley N^o 18.575.

En efecto, no existe fundamento alguno que justifique cometer una derogación singular, esto es abolir para este caso particular el principio general de que todo acto administrativo es siempre reclamable. Ni aún a pretexto del aparente ínfimo rigor de éste, si se considera que un conjunto de amonestaciones a firme podría producir efectos adversos en contra del sancionado, al consolidar un estado de reprochable conducta por su parte;

IX

INFORME DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIAS DE SU COMPETENCIA

TRIGESIMOTERCERO. Que consta a fojas 164 que, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N^o 18.918, se recabó –al tenor del Boletín N^o 5083-04- la opinión de la Corte Suprema sobre el proyecto de ley sometido a control;

X

CUMPLIMIENTO DE LOS QUÓRUM DE APROBACIÓN DE LAS NORMAS DEL PROYECTO DE LEY EN EXAMEN

TRIGESIMOCUARTO. Que, también, consta en el proceso que las normas del proyecto de ley examinadas fueron aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política de la República y que, respecto de ellas, no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad.

y **VISTO** lo dispuesto en los artículos 19, N^o 11°, 38, inciso primero, 77, 93, N^o 1°, y 99 de la Constitución Política de la República y lo prescrito en los artículos 48 al 51 de la Ley N^o 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA:

1. QUE, NO OBSTANTE SER CONSULTADAS, ESTE TRIBUNAL NO SE PRONUNCIA EN CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO, POR NO CONTENER NORMAS PROPIAS DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL: artículos 9°, 10, 11, 19, inciso primero, 34, 35, 41, letras c), d), e), f), h), i), j), k), l), m), n), ñ) y o), 42, 43, 45, 47, 48, 49, letras a), c), d), e), f), g), h), i), j), l), m), n), ñ), o), p), q), r) y s), 84, 85, incisos segundo, tercero y cuarto, 98, 101, 102, 103, 104, 108 y 112 del aludido proyecto de ley;

2. QUE SON ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES Y CONSTITUCIONALES LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO: artículos 1°, 3°, letras a), b) y g), 4°, inciso primero, 19, incisos segundo, en la parte que dispone: “Dicha resolución podrá ser impugnada mediante los recursos administrativos señalados en la ley N° 19.880, y tercero, 32, 33, 38, 41, letras a), b) y g), 49, letra k), 50, 73, letras c), d), e) y f), 74, 76, letras c) y d), 81, en la parte que dice: “ni la de revocación del reconocimiento oficial del Estado”, 83, 85, inciso quinto, y 94, serán declaradas conformes a la Constitución Política;

3. QUE SON ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES Y CONSTITUCIONALES LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO, EN EL ENTENDIDO QUE EN CADA CASO SE INDICA: Artículo 19, inciso tercero, en el entendido que no menoscaba el derecho a reclamo, ya que sólo crea un ficticio recurso de reposición para ante el Secretario Ejecutivo, en circunstancia que de él no emana el acto objetado, además de ampliar la posibilidad de deducir el recurso jerárquico ante el Consejo a un caso que, en los términos explicados, de ordinario no sería procedente; artículo 49, letra b), en el entendido de que sin perjuicio de la atribución fiscalizadora que este precepto confiere a la Superintendencia de Educación, quedan subsistentes las facultades de fiscalización que corresponden a la Contraloría General de la República en relación con el uso de recursos públicos; artículo 85, inciso primero, en el entendido de que la acción de reclamación que dicho precepto contempla es sin perjuicio de los otros recursos y acciones constitucionales y legales que procedan; artículo 110, en el entendido que lo es sin perjuicio de las demás atribuciones que le competen a la Contraloría General de la República; y

4. QUE SON INCONSTITUCIONALES la parte del artículo 19, inciso segundo, del proyecto que dice “sólo en virtud de algún error de información o procedimiento que sea determinante en la ordenación del establecimiento educacional” y el artículo 86 del mismo, por lo que deben ser eliminadas del texto del proyecto de ley remitido.

Los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, fueron partidarios de formular la siguiente prevención respecto del artículo 85 inciso primero:

1°. Que el artículo 85 establece un contencioso administrativo especial, pues permite impugnar ante la Corte de Apelaciones de resoluciones que dicte el Superintendente de Educación. Dicha reclamación sólo puede formularse respecto de las resoluciones que “*no se ajusten a la normativa educacional*”;

2°. Que al ser un contencioso administrativo especial, corresponde al legislador definir la causal que lo hace procedente. Esta puede o no coincidir con las causales que existen para presentar recursos administrativos u otros recursos jurisdiccionales;

3°. Que dicha naturaleza especial explica que se trate de un recurso que no impide la interposición de otros recursos generales;

4°. Que la causal que establece la ley está en estricta relación con el artículo 48 del proyecto de ley. En efecto, dicha disposición regula el objeto de la Superintendencia. De conformidad a esta disposición, le corresponderá a este servicio público fiscalizar que los sostenedores de los establecimientos educacionales se ajusten a la normativa educacional. Esta comprende “*las leyes, reglamentos, instrucciones que dicte la Superintendencia*”. Ello lo reitera el artículo 49, al establecer las potestades de la Superintendencia. Así, la letra a) señala que le corresponde “*fiscalizar que los establecimientos educacionales y sus sostenedores reconocidos oficialmente, cumplan con la normativa educacional*”; la letra i), por su parte, establece que le corresponde “*imponer las sanciones correspondientes por infracciones a la normativa educacional*”;

5°. Que, de este modo, la ley definió el ámbito normativo de fiscalización de la Superintendencia. Esta se limita a la normativa educacional. Esta está compuesta de tres tipos de normas: las normas de rango legal, los reglamentos que dicte el Presidente de la República y las instrucciones que dicte la Superintendencia. Por ello, la reclamación jurisdiccional que pueda hacerse de las resoluciones de la Superintendencia, son únicamente aquellas “*que no se ajustan a la normativa educacional*”;

6°. Que si el recurso hubiera ampliado la causal de reclamo, no hubiera sido coherente con el objeto de la Superintendencia.

Los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino fueron partidarios de formular la siguiente prevención respecto del artículo 108, letra a):

1°. Que una norma igual que la examinada estaba contenida en el artículo 12 de la Ley N^º 20.417;

2°. Que esta norma fue considerada por esta Magistratura, en la STC Rol N^º 1.554, como propia de ley simple;

3°. Que como consecuencia de lo anterior, consideramos que no existen razones para innovar en esa calificación y, por tanto, emitir un juicio sobre ella, pues esta Magistratura solamente puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales mediante control preventivo.

Los Ministros señores Viera-Gallo y Aróstica, en relación al artículo 44, inciso primero, del proyecto, expresan que concurren al fallo, con la prevención de que esta norma es propia de ley orgánica constitucional y constitucional en el entendido de que no envuelve en ningún caso una causal suficiente para negar el acceso a la información pública según lo preceptuado por el artículo 8° de la Constitución Política de la República.

Acordada la sentencia, en lo relativo a los artículos 45 y 108 del proyecto de ley sometido a control, con el voto en contra del Ministro señor Marcelo Venegas Palacios (Presidente), quien estimó que los artículos 45 y 108 del proyecto de ley sometido a control, son normas propias de la ley orgánica constitucional a que alude el artículo 38 de la Constitución y son inconstitucionales, por atentar contra la carrera funcionaria de los funcionarios de la Administración del Estado garantizada en dicha disposición constitucional.

Tiene presente para ello los siguientes motivos:

1°. El artículo 38 de la Constitución establece, en su inciso primero, que una ley orgánica constitucional “... *garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse...*”.

En cumplimiento de la disposición constitucional citada, la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado regula lo relativo a la carrera funcionaria, incluyendo la estabilidad en el empleo como un derecho de los funcionarios, en sus artículos 43 a 51.

Sobre esta materia, en numerosas oportunidades este Tribunal Constitucional ha resuelto que, tratándose de los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, el artículo 38, inciso primero, de la Constitución, consagra la garantía de una carrera funcionaria como un derecho para los empleados públicos que debe ser regulado por una ley orgánica constitucional (STC roles N°s 39, 50, 239, 248 y 375, entre otros).

2°. En su sentencia de 16 de julio de 1996 (STC Rol N° 238), esta Magistratura precisó, con claridad, la naturaleza y alcances de la carrera funcionaria de la manera siguiente:

“8°. *Que, conforme al artículo 38, inciso primero, de la Constitución, es materia reservada a la ley orgánica constitucional garantiza “la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.”*

La denominada “carrera funcionaria” en la Administración del Estado, que es un derecho fundamental de los funcionarios públicos, implica para que sea operativa, según lo dispone la propia Carta Fundamental, la estabilidad en la función o empleo; la promoción, es decir, la posibilidad de ir ascendiendo, grado a grado, en ese cursus honorum que es la carrera funcionaria, y que conlleva el derecho a que se respeten las reglas del ascenso; la calificación en el desempeño de sus cargos, que hace posible la promoción; y la capacitación y perfeccionamiento, que permiten un mejor desempeño en la función, una mejor calificación funcionaria y la consecuen- cial posibilidad de promoción.

Este cuádruple mecanismo –que la Constitución prevé de manera muy certera– configura la carrera funcionaria, materia que ha sido reservada a la regulación que de ella haga una ley orgánica constitucional;”

3°. Los artículos 45 y 108 del proyecto de ley sometido a control establecen, respectivamente, para los funcionarios de carrera de la Agencia de Calidad de la Educación y de la Superintendencia de Educación, una causal especial de cesación en el cargo, no aplicable a los demás funcionarios de la Administración, consistente en “necesidades de la Agencia” (o de la Superintendencia, en su caso) determinadas por el jefe superior del servicio, y otra consistente en “evaluación de desempeño en lista condicional” (por una vez).

4°. Las aludidas causales de cesación en el cargo atentan contra el derecho a la estabilidad del empleo y, por tanto, a la carrera funcionaria, además de consagrar una discriminación arbitraria.

En efecto, la aplicación de la causal de la letra a), equivalente a “necesidades del servicio” queda entregada a la voluntad unilateral del jefe superior del servicio, quien puede ejercerla discrecionalmente, sin relación a aspectos propios del desempeño del empleado público, como serían las calificaciones o el incumplimiento en sus obligaciones funcionarias, sino que sólo a factores de funcionamiento de la respectiva institución pública, determinados por el mismo;

La causal de la letra b), por su parte, consagra una evidente desigualdad entre los funcionarios de los servicios en cuestión y los demás servidores sujetos al Estatuto Administrativa, la cual carece de justificación razonable, lo que la transforma en arbitraria.

La desigualdad arbitraria de ambas causales se hace aún más ostensible si se considera lo que establece el inciso quinto del artículo sexto transitorio del proyecto de ley, que es del siguiente tenor:

“Al personal de planta que provenga del Ministerio de Educación o servicios dependientes o que se relacionen por su intermedio, que sea traspasado bajo cualquiera de las modalidades que fija esta ley no le serán aplicables las normas de los artículos 45 y 108.”

Estas razones me bastan para estimar que las causales de cesación en el cargo del personal de carrera de la Agencia de Calidad de la Educación

y de la Superintendencia de Educación que se crean, consagradas en los artículos 45 y 108 del proyecto de ley sujeto a control, son inconstitucionales y deben ser suprimidas del texto de dicho proyecto de ley.

Asimismo, el Presidente Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, conjuntamente con los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado, estuvieron por declarar inconstitucional el artículo 85, inciso primero, del proyecto de ley, al señalar que *“Los afectados que estimen que las resoluciones del Superintendente no se ajustan a la normativa educacional, podrán reclamar ante la Corte de Apelaciones correspondiente, dentro de un plazo de quince días contado desde la notificación de la resolución que se impugna, para que las deje sin efecto”*.

Del tenor de la disposición transcrita es posible advertir que dicho contencioso reduce su alcance, únicamente a la impugnación judicial de aquellos actos dictados en ejercicio de la normativa *“educacional”*, en circunstancias que, acorde con los artículos 6°, inciso primero, de la Constitución, y 2° de la Ley N° 18.575, los órganos administrativos deben someter su acción a todo el ordenamiento jurídico, en su integridad. De donde se sigue que cualquiera antijuridicidad cometida por ellos deviene susceptible de reclamo en sede judicial, según lo reconoce, además, en términos amplios el artículo 38, inciso segundo, constitucional. Por lo mismo que el citado artículo 2° de la Ley N° 18.575 concluye con latitud que *“Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”*.

Así que, como el ordenamiento jurídico nacional no admite cortapisas para que los tribunales revisen la plena conformidad a derecho de cualquier acto de la autoridad, salvo cualificadas excepciones de bien común, debidamente justificadas, no es aceptable que el precepto examinado, sin incurrir en una diferencia infundada, limite este remedio judicial al solo evento que la decisión por su conducto objetada vulnere una preceptiva sectorial determinada.

Discriminación en sí misma que no se subsana por la sola circunstancia de existir, en el régimen procesal común, otras acciones que puedan hacerse valer contra los actos de la Superintendencia del ramo, puesto que la forma de ejercer el derecho a reclamo, que le asiste a sus destinatarios, se hace depender del tipo de ilegalidad que cometa la propia Superintendencia, lo que aparece inexplicable e inédito en el derecho público chileno.

De modo que estos disidentes consideran que la expresión *“educacional”* es inconstitucional y que debió eliminarse del proyecto, quedando así el precepto controlado en plena concordancia con las normas constitucionales y orgánicas constitucionales antes recordadas.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, respecto a los siguientes preceptos:

1°. Artículo 11, letra a), que otorga a la Agencia de Calidad de la Educación la atribución de diseñar y aplicar un sistema de medición de los resultados de aprendizaje de los alumnos, el que debe realizarse “*mediante instrumentos y procedimientos estandarizados, válidos, confiables, objetivos y transparentes*”, precepto que debe ser considerado de rango orgánico constitucional y conforme a la Constitución Política.

Para ello tiene en cuenta que la citada disposición, por su contenido, es una materia que el inciso quinto del N^º 11 del artículo 19 de la Constitución Política, encarga regular a la ley orgánica constitucional, ya que se refiere a las normas objetivas, de general aplicación, que permiten al Estado velar por el cumplimiento de los requisitos mínimos que se exigen en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media, por lo cual, debe ser considerada propia de ley orgánica constitucional y conforme a la Constitución;

2°. Artículo 73, que establece las sanciones que los directores regionales de la Superintendencia de Educación pueden aplicar en caso de incumplimiento de la normativa educacional, precepto que debe ser considerado íntegramente orgánico constitucional y conforme a la Constitución.

Esta disposición reitera en alguna de sus letras las sanciones ya establecidas en el artículo 50 de la Ley General de Educación, específicamente las sanciones de amonestación por escrito, multa, inhabilitación especial o a perpetuidad para obtener y mantener la calidad de sostenedor, y revocación del reconocimiento oficial del Estado, al paso que en otras letras añade sanciones nuevas: la privación temporal y la privación definitiva de la subvención.

Por referirse, entonces, a una norma que en su momento, en la sentencia de 28 de julio de 2009, fue declarada orgánica y constitucional en su integridad por este Tribunal, esa misma debiera ser la declaración en esta oportunidad.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, en la parte que dice relación al artículo 3°, letras a) y b) del proyecto, quien estuvo por estimarlas como normas no propias de ley orgánica constitucional.

Acordada la declaración de ley orgánica de las letras a) y b) del artículo 3°, con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por considerar que dichas normas son propias de ley simple, fundados en las siguientes consideraciones:

1°. Que las leyes orgánicas son excepcionales en nuestro ordenamiento y deben interpretarse restrictivamente (STC roles N^{os} 160, 255 y 1.410). Asimismo, para que estemos en presencia de estas leyes, las normas respectivas deben modificar o derogar preceptos de la misma naturaleza (artículo 66, Constitución);

2°. Que el artículo 3° sólo enuncia un conjunto de elementos que componen el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media. Dichos elementos están regulados en otras disposiciones del mismo proyecto de ley o en otras normas legales, de modo específico y más detallado. Así sucede con los estándares de aprendizaje (artículos 4° y siguientes del proyecto) y con el reconocimiento oficial (artículos 31, 49, letras d), f) y k), 73, letra f), 74, 76, letras c) y d), 81, 93, 94, 97).

Tal como están dispuestos en el artículo 3°, tanto los estándares de aprendizaje como los requisitos del reconocimiento oficial no modifican ni derogan precepto alguno vinculado a la materia, ni entregan potestades vinculadas a estas materias (como sucede con la letra g) del artículo 3°);

3°. Que son, por tanto, materia de ley simple.

Acordada la decisión de declarar inconstitucional una parte del inciso segundo del artículo 19, con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, fundado en las siguientes consideraciones:

1°. Que, en primer lugar, estimamos que la materia regulada en el inciso segundo del artículo 19, que ha sido objetado por la mayoría, es un asunto de ley simple. Por de pronto, porque la norma objetada establece una causal para interponer los recursos administrativos señalados en la Ley N^o 19.880. Esta ley fue considerada por esta Magistratura, salvo sus artículos 33 y 63, como materia de ley simple (STC Rol N^o 374). Como la norma que se cuestiona, manteniendo los recursos de la Ley N^o 19.880, sólo define la causal por la cual serán procedentes, es técnicamente una modificación a dicha normativa. Por lo mismo, si la norma modificada fue considerada ley simple, no existe razón para considerarla como propia de ley orgánica constitucional.

Enseguida, en varias oportunidades en que se han establecido reglas especiales respecto de los recursos administrativos consagrados en la Ley N^o 19.880, esta Magistratura ha considerado que son propias de ley simple (por ejemplo, STC Rol N^o 1.554). Lo que sucede es que antes de la sentencia que se pronunció sobre la Ley N^o 19.880, esta Magistratura consideraba como orgánica cualquier regulación de los recursos administrativos, porque se entendía que modificaban la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (por ejemplo, STC Rol N^o 287). Pero con la entrada en vigencia de la Ley N^o 19.880, que le dedica varios párrafos a los recursos (artículos 59 a 62), la jurispru-

dencia de este Tribunal ha sido considerar estos asuntos como propios de ley simple, porque se entiende que modifican la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

Asimismo, toda vez que las leyes orgánicas, por ser excepcionales, deben ser interpretadas restrictivamente (STC roles N^{OS} 160, 255 y 1.410) y que deben regular, en lo medular, ciertas instituciones básicas, con el propósito de dar estabilidad al sistema de gobierno y evitar el riesgo de que mayorías ocasionales lo puedan alterar (STC Rol N^º 160), consideramos que al estar ya regulados los recursos administrativos en una ley, no tiene por qué considerarse una causal para hacer procedentes dichos recursos, como propia de ley orgánica constitucional.

Finalmente, los recursos administrativos se enmarcan dentro de un procedimiento administrativo. Conforme a la Constitución (artículo 63, N^º 18), por una parte, no todo lo que tenga que ver con procedimiento es materia de ley, pues sólo las “bases de los procedimientos administrativos” deben serlo. Por la otra, dichas bases son materia de ley simple;

2^º. Que, en segundo lugar, no consideramos que la norma objetada restrinja arbitrariamente la causal para hacer procedentes los recursos señalados en la Ley N^º 19.880. Por de pronto, porque la causal que se objeta, es decir que dichos recursos procedan “sólo en virtud de algún error de información o procedimiento que sea determinante en la ordenación del establecimiento educacional”, está en relación directa con la resolución que se impugna. Dicha resolución, dictada por la Agencia de Calidad de la Educación, que debe ser fundada, lo que hace es ordenar los establecimientos educacionales, de acuerdo al grado de cumplimiento de los estándares de aprendizaje. Para tal efecto, la ley regula cómo se establecen dichos estándares, la metodología que debe emplearse (que debe ser aprobada por decreto supremo del Ministerio de Educación), las distintas categorías en que puede ubicarse al establecimiento, la periodicidad con que se debe hacer la ordenación (anualmente). Por lo mismo, los errores jurídicos en que pueda incurrir la autoridad están asociados a la información que tuvo a la vista para la ordenación o a la falta de uno o más trámites que hay que seguir para dictarla. Esto es, están vinculados a los vicios típicos que se pueden configurar por la resolución.

Enseguida, porque la Ley N^º 19.880 no establece causales específicas para interponer los recursos administrativos. Por lo mismo, el legislador puede perfectamente contemplar una causal específica que los haga procedentes. No observamos nada irregular en eso.

Asimismo, porque el legislador ha regulado en detalle la causal, pues se ha preocupado de señalar los requisitos para configurarla. Así, debe existir “algún error”; este error debe referirse a la información o al procedimiento; y este error debe ser “determinante” en la ordenación del establecimiento educacional.

Del mismo modo, porque lo que se regula no es la impugnación de cualquier resolución, sino sólo de aquella que ordena a los establecimientos. Para otras impugnaciones dirigidas a cuestionar otras resoluciones, quedan a salvo los recursos administrativos tal como los regula la Ley N^o 19.880. Por lo mismo, no observamos ninguna inmunidad;

3°. Que, por otra parte, no cabe invocar como infracción el que se restrinja la causal del artículo 2° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, por dos razones.

En primer término, si bien esta señala que se puede reclamar por “*todo abuso o exceso*”, es una ley. Por lo mismo, no es parámetro de constitucionalidad.

En segundo lugar, porque dicha ley establece más vicios que ese. Por de pronto, establece el de violación de la Constitución y de la ley (artículo 3°); el de incompetencia (artículo 3°); el de finalidad (artículos 3°, 28, 52 y 53); el de opacidad (artículo 53); el de motivación (artículo 53); el de imparcialidad (artículos 53, 54 y 57). Por lo mismo, se está erigiendo un vicio en desmedro de otro, como un parámetro.

Acordada la decisión de declarar como orgánico constitucional el inciso tercero del artículo 19, con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, por los siguientes motivos:

1°. Que el proyecto otorga a la Agencia de la Calidad de la Educación la naturaleza jurídica de servicio público descentralizado. En tal sentido, contra sus resoluciones no procede el recurso jerárquico (artículo 59, inciso cuarto, Ley N^o 19.880).

No obstante ello, para establecer una mayor garantía a favor de los reclamantes, se configura una manera especial de procedencia de los recursos administrativos de reposición y jerárquico. En efecto, si bien el Secretario Ejecutivo de la Agencia es el jefe superior del servicio y su rol es dictar las resoluciones que apruebe el Consejo de la Agencia (artículo 41, letra g), le corresponde al Consejo de la Agencia, entre otras cosas, aprobar la ordenación de los establecimientos (artículo 35, letra c). De esta manera, en principio, no cabría el recurso jerárquico, pues la resolución la dicta el Consejo de la Agencia.

Pero la ley establece una ficción, permitiendo que el recurso de reposición lo resuelva el Secretario Ejecutivo de la Agencia, y así se pueda interponer el recurso jerárquico ante el Consejo de la entidad.

El legislador es consciente de esta ficción, pues establece esta posibilidad “*para el solo efecto de lo dispuesto en este artículo*”;

2°. Que la Ley N^o 19.880 regula los recursos de reposición y jerárquico, estableciendo el plazo para su interposición, ante quién se interponen, el plazo para su resolución, los efectos que produce el recurso acogido.

También regula los casos en que no procede el recurso jerárquico. Su artículo 59, inciso cuarto, señala que no procede recurso jerárquico “*contra los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los alcaldes y los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados*”.

De esta manera, la norma del inciso tercero del artículo 19 es una modificación a dicha disposición.

El artículo 59 de la Ley N^º 19.880 fue considerado por esta Magistratura como materia de ley simple (STC Rol N^º 374).

Por lo mismo, la norma que lo modifica debe ser también materia de ley simple.

Acordada, en la parte relativa a los artículos 32; 33; 38 y 41 letras a), b) y g), del proyecto, con el voto en contra del Ministro señor Francisco Fernández Fredes, quien fue de opinión de que se declararan como normas no propias de ley orgánica constitucional.

Acordada, respecto del artículo 38, con el voto en contra del Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney, quien comparte opinión con el Ministro señor Fernández Fredes.

Acordado, respecto al entendido sobre el artículo 49, con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, por las siguientes razones:

1°. Que consideramos que ello no es posible, en primer lugar, porque sólo le corresponde al legislador establecer las atribuciones de los órganos públicos. Y respecto a la Contraloría, es al legislador orgánico al que le cabe esa tarea, no al Tribunal Constitucional;

2°. Que, en segundo lugar, esta Magistratura no puede entregar más atribuciones a la Contraloría que las que el Congreso Nacional quiso otorgarle. Corresponde al legislador determinar hasta dónde se puede controlar a estas entidades. Eso es un juicio de mérito, ajeno a las competencias de este Tribunal;

3°. Que, finalmente, si sólo reitera las facultades que la Constitución entrega a la Contraloría, ello es redundante.

Acordada, asimismo, respecto de los artículos 45, letra a), y 108, letra a), del proyecto, con los votos en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y José Antonio Viera-Gallo Quesney, quienes fueron de la opinión de que ambos preceptos se declararan normas orgánicas constitucionales e inconstitucionales, por entrar en contradicción con el sistema de carrera funcionaria y de estabilidad en el empleo público, garantizado por el inciso primero del artículo 38 constitucional, al no respetar la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico

y profesional en que debe fundarse, pues entregan una facultad ampliamente discrecional a la autoridad de la Agencia y de la Superintendencia, respectivamente, para determinar anualmente la permanencia de los funcionarios atendiendo exclusivamente a lo que a su juicio sería el “*buen, oportuno y eficiente funcionamiento*” de la institución, sin que deba tomar en consideración las exigencias derivadas de la carrera funcionaria.

Acordada la decisión de declarar como orgánico e inconstitucional el artículo 86 del proyecto, con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, sustentado en las siguientes razones:

1°. Que la norma objetada establece que contra la sanción de amonestación no procederá recurso alguno;

2°. Que no compartimos la decisión de la mayoría, por dos razones. Por una parte, porque no consideramos que la disposición sea orgánica constitucional. Por de pronto, el artículo 73, letra a), que regula esta sanción, fue considerado como norma propia de ley simple. Enseguida, porque no observamos que este asunto sea algo esencial o medular de la regulación de una institución, que es el ámbito propio de las leyes orgánicas (STC Rol N° 160);

3°. Que, por la otra, la amonestación es una de las sanciones que establece el artículo 73 del proyecto que se examina. Es la menos grave, si se considera que las otras son la multa, la privación definitiva o temporal de la subvención y la revocación del reconocimiento oficial del Estado.

Además, la ley contempla una clasificación de las infracciones administrativas en graves, menos graves y leves, estableciendo una tipificación de los hechos, actos u omisiones que las constituyen (artículos 75, 76, 77 y 78). La amonestación sólo procede respecto de las infracciones leves.

Enseguida, las sanciones se aplican después de un procedimiento administrativo que regula la ley (artículos 68 y siguientes). En contra de la resolución del director regional de la Superintendencia de Educación, puede reclamarse ante el Superintendente de Educación, dentro del plazo de quince días desde la notificación de la resolución respectiva (artículo 84).

Asimismo, la amonestación tiene una particular regulación, porque junto con ser escrita, obliga al afectado a subsanar la infracción dentro del plazo que le indique la autoridad que la establece (artículo 73, letra a);

4°. Que, así las cosas, la improcedencia de recursos contra la sanción de amonestación es sólo respecto del reclamo judicial a que se refiere el artículo 85. Este regula un contencioso administrativo especial ante la Corte de Apelaciones correspondiente.

Pero deja a salvo el recurso de protección, que está regulado en la Constitución;

5°. Que si el legislador puede crear un recurso jurisdiccional, estableciendo las resoluciones contra las cuales procede, así como el tribunal que lo va a resolver y su procedimiento de tramitación, consideramos que es perfectamente legítimo que excluya de su ámbito ciertas resoluciones.

El asunto sería grave si no procediera ningún recurso en contra de la amonestación. Pero, como ya vimos, proceden los recursos administrativos y el recurso de protección.

6°. Que no vemos, entonces, que se afecte la impugnabilidad de los actos administrativos. Es el legislador el que define el racional y justo procedimiento, tanto en materia judicial (artículo 63, N^º 3, de la Constitución), como administrativo (artículo 63, N^º 8). Esta propia Magistratura ha reconocido la discrecionalidad del legislador para regular los procedimientos de acuerdo a la naturaleza del conflicto involucrado (por ejemplo, STC roles N^{OS} 519, 576, 821, 1.373, 1.432, 1.535). Lo relevante es que se evite la indefensión (STC Rol N^º 1.432).

Lo anterior explica la forma en que el legislador ha concebido los recursos administrativos. Así, la Ley N^º 19.880, no establece la impugnabilidad de todos los actos (artículo 15, inciso 2°, 59 inciso 4°); la interposición de los recursos administrativos no suspende la ejecución del acto impugnado (artículo 57 inciso 1°); interpuesta una reclamación ante la administración, no puede el interesado deducir igual pretensión ante los tribunales de justicia (artículo 54, inciso 1°). Incluso la Ley N^º 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, establece en el artículo 28 de su artículo primero, la de agotar la vía administrativa para reclamar ante los tribunales;

7°. Que el estándar con que esta Magistratura debe juzgar los procedimientos establecidos por el legislador, es el de racionalidad y justicia (artículo 19, N^º 3).

En la norma que se analiza, el legislador ha cumplido su propósito de justicia, pues no deja en la indefensión al afectado, al consagrar la posibilidad de impugnar la sanción vía recurso administrativo y jurisdiccional.

En relación a la racionalidad, el legislador que crea un recurso jurisdiccional no tiene por qué establecer su procedencia respecto de todos los actos y de todos los vicios. Con esa lógica, por una parte, se elimina la distinción entre recursos generales y especiales. Todos deberían ser generales. Por la otra, se restaría flexibilidad al diseño legislativo. En la norma que se examina, el Congreso consideró que con los recursos jurisdiccionales generales y con el recurso administrativo especial que se establece, se consagraba una garantía suficiente, siendo, por tanto, no arbitrario o racional.

Acordada, respecto al entendido sobre el artículo 110, con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, por las siguientes razones:

1°. Que la Contraloría General de la República es un órgano constitucional. Por lo mismo, está creado y configurado, en sus elementos esenciales, por la Constitución. No obstante, el artículo 98, inciso primero, de la Carta Fundamental permite que la ley orgánica constitucional le encargue otras tareas (“desempeñará las demás funciones” que ella le encomiende); lo mismo efectúa el artículo 99, inciso final, al entregar a una ley orgánica constitucional definir, “en lo demás”, sus atribuciones;

2°. Que, de este modo, hay dos tipos de atribuciones de la Contraloría. Por una parte, están las atribuciones que la Constitución directamente le confiere. Por la otra, están las facultades que las leyes le encomiendan.

Mientras las primeras no pueden ser objeto de restricciones sino sólo de regulaciones por el legislador, porque justamente las entrega la Constitución, las segundas están dentro del ámbito de deliberación y regulación propio del Poder Legislativo;

3°. Que la norma sobre la cual se formula el entendido, establece potestades de la Contraloría respecto de la Superintendencia de Educación, en el sentido de que sólo podrá fiscalizar “*lo que concierne al examen de las cuentas de entradas y gastos*”;

4°. Que, si estamos en presencia de recursos públicos, la Contraloría puede perfectamente fiscalizarlos. Esta atribución se la entrega la Constitución y la regula su ley orgánica;

5°. Que, así las cosas, el entendido que aquí se cuestiona, en la medida que se refiere a atribuciones que la Constitución le entrega a la Contraloría, es reiterativo. En cambio, respecto de las demás atribuciones, el entendido es distinto, pues implica agregar facultades a aquellas que el Congreso otorgó a dicho organismo de control dentro del ámbito de su libre configuración normativa;

6°. Que consideramos que ello no es posible, en primer lugar, porque sólo le corresponde al legislador establecer las atribuciones de los órganos públicos. Y respecto a la Contraloría, es al legislador orgánico al que le cabe esa tarea, no al Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, esta Magistratura no puede entregar más atribuciones a la Contraloría que las que el Congreso Nacional quiso otorgarle. Corresponde al legislador determinar hasta dónde se puede controlar a estas entidades. Eso es un juicio de mérito, ajeno a las competencias de este Tribunal;

7°. Que por estas razones, entonces, estos Ministros no comparten el entendido formulado al artículo 110 del proyecto de ley.

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

Devuélvase el proyecto de ley al H. Senado, rubricado en cada una de sus hojas por la Secretaría del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

Rol N^º 2.009-2011

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

ROL N^º 2.010-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38 TER DE LA LEY N^º 18.933, 2^º, INCISOS SEGUNDO Y FINAL, DE LA LEY N^º 20.015, EN LA PARTE QUE ALUDE A LA TABLA DE FACTORES ETAREOS, 199 DEL D.F.L. N^º 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD Y 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR LUIS SERAFÍN SOTO POZO

Santiago, nueve de junio de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1^º. Que, con fecha 1^º de junio de 2011, el abogado Ricardo González Benavides, en representación de don Luis Serafín Soto Pozo, ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 38 ter de la Ley N^º 18.933, incorporado por el artículo 1^º, N^º 15, de la Ley N^º 20.015; 2^º, incisos segundo y final, de la Ley N^º 20.015; 199 del D.F.L. N^º 1, de 2005, del Ministerio de Salud, y 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, en la causa sobre recurso de protección deducido en contra de Isapre Consalud S.A., que se encontraría pendiente ante la Corte Suprema, bajo el Rol de Ingreso N^º 4374-2011;

2^º. Que, mediante presentación de 7 de junio de 2011, el requirente solicita ser tenido por desistido de la acción de inaplicabilidad deducida

en estos autos, en consideración a que en la gestión pendiente se dictó sentencia definitiva de segunda instancia con fecha 2 de junio de 2011;

3°. Que el artículo 46 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dispone:

“Artículo 46. Mientras no sea declarada su admisibilidad, las cuestiones promovidas ante el Tribunal por los órganos o personas legitimados podrán ser retiradas por quien las haya promovido y se tendrán como no presentadas.

El retiro de las firmas por parte de parlamentarios que hayan promovido una cuestión ante el Tribunal producirá el efecto previsto en el inciso anterior, siempre que se efectúe antes de que se dé cuenta de ella al pleno o a la sala, según corresponda, y que, por el número de firmas retiradas, el requerimiento deje de cumplir con el quórum requerido por la Constitución Política de la República.

Declarada su admisibilidad, dichos órganos y personas podrán expresar al Tribunal su voluntad de desistirse. En tal caso, se dará traslado del desistimiento a las partes y se comunicará a los órganos constitucionales interesados, confiriéndoles un plazo de cinco días para que formulen las observaciones que estimen pertinentes.

El desistimiento será resuelto y producirá los efectos previstos en las normas pertinentes del Título XV del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, en lo que sea aplicable.”;

4°. Que, mediante resolución de 1° de junio de 2011, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

5°. Que, a la fecha de la presente resolución, esta Sala no se ha pronunciado sobre la admisión a trámite ni respecto de la admisibilidad del presente requerimiento de inaplicabilidad, siendo, por consiguiente, y conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, arriba transcrito, improcedente en esta etapa procesal solicitar el desistimiento de la acción impetrada;

6°. Que, conforme al inciso primero del citado artículo 46, sí procede en el estado procesal actual de la cuestión promovida ante este Tribunal, su retiro, por lo que así se declarará.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 46 y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

A fojas 47, téngase derechamente por retirado el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno y por no presentado para todos los efectos legales.

A lo principal y primer, segundo y tercer otrosíes de fojas 1, estése a lo resuelto, y al cuarto otrosí, téngase presente.

Archívese.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Rol N^º 2.010-2011

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

ROL N^º 2.011-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO LEGAL ENUNCIADO EN LA ORACIÓN “LA NULIDAD ABSOLUTA PUEDE Y DEBE SER DECLARADA POR EL JUEZ, AÚN SIN PETICIÓN DE PARTE, CUANDO APARECE DE MANIFIESTO EN EL ACTO O CONTRATO”, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1683 DEL CÓDIGO CIVIL, DEDUCIDO POR EL BANCO DEL ESTADO DE CHILE

Santiago, veintiséis de julio de dos mil once.

Proveyendo al segundo otrosí de fojas 37, estése a lo que se resolverá. A lo principal de fojas 90, téngase por evacuado el traslado conferido, y al primer y segundo otrosíes, téngase presente y por acompañado el documento, bajo apercebimiento legal.

A fojas 97, agréguese a los autos el oficio de la Corte de Apelaciones de Santiago, N^º 82-2011, ingresado con fecha 20 de julio de 2011, por el que se remiten copias autorizadas de las piezas principales de la gestión en que incide el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto. Téngase por cumplido lo ordenado a fojas 83.

A fojas 254, téngase presente.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1^º. Que, por resolución de 30 de junio de 2011, esta Sala admitió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en estos autos por el abogado Francisco Javier Zaldívar Peralta,

en representación de Banco del Estado de Chile, respecto del precepto legal enunciado en la oración “[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”, contenida en el artículo 1683 del Código Civil, en la causa sobre juicio sumario caratulada “Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (CONADECUS) con Banco del Estado de Chile”, que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 7459-2010.

En la misma resolución citada se dispuso, entre otras medidas, la suspensión del aludido proceso judicial y, para resolver sobre la admisibilidad del requerimiento, se confirió traslado a la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, por el plazo de diez días.

A fojas 90, CONADECUS evacuó el traslado solicitando la declaración de inadmisibilidad de la acción deducida, fundando su petición en las causales contenidas en los N°s 2°, 5° y 6° del artículo 84 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional;

2°. Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Ley Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”.

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

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que, en su artículo 84, establece:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6^º Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

4^º. Que, conforme al mérito del proceso y a los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha llegado a la convicción de que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación decisiva en la resolución del asunto ventilado en la gestión *sub lite*, lo que determina la concurrencia en la especie de la causal de inadmisibilidad contemplada en el numeral 5^º del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, arriba transcrito;

5^º. Que, en síntesis, el requirente –Banco del Estado de Chile– estima que el precepto legal contenido en la oración “[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”, del artículo 1683 del Código Civil, en la gestión *sub lite* constituida por el juicio sumario especial de protección de interés colectivo o difuso de los consumidores, tramitado conforme a la reglas contenidas en el Título IV de la Ley N^º 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, iniciado por demanda colectiva interpuesta por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile en contra de dicho Banco, con fecha 26 de noviembre de 2004; resuelto en primera instancia por el Decimocuarto Juzgado Civil de Santiago, con fecha 28 de septiembre de 2010 y actualmente pendiente por recurso de casación en la forma y apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, debe ser declarado inaplicable por esta Magistratura Constitucional dado que dicho precepto impugnado, en el caso concreto, infringiría el artículo 19, N^º 3^º, inciso quinto, y N^º 26^º de la Constitución, y las normas de los tratados internacionales que se indican a fojas 1;

6^º. Que en la sentencia definitiva de primera instancia se acogió la demanda de CONADECUS y se declaró “que la redacción de las cláusulas relativas al cobro de comisiones emanadas de los contratos de adhesión del caso *sub lite* afectan el interés colectivo de los consumidores en razón de que aquellas tienen la naturaleza jurídica de ser abusivas debiéndose tener presente que se está en presencia de un fenómeno de contratación masiva” (sic) (fojas 197), ordenándosele al Banco del Estado de Chile cesar en el cobro de comisiones por concepto de mantención de cuentas de ahorro y restituir lo descontado por dicho concepto a los titulares de las cuentas.

El Banco requirente sostiene que el sentenciador de primera instancia *“asume la necesidad de actuar de oficio para determinar la existencia y consecuencias de tal carácter abusivo, pese a que ninguna de las partes lo había planteado ni solicitado”* (fojas 2), agregando que *“si bien la sentencia no lo consigna de manera expresa, y según se demostrará al aducirse que el precepto impugnado puede resultar decisivo en la resolución de la gestión pendiente, la única norma que pudo haber habilitado al juez para declarar de oficio la nulidad de las cláusulas de un contrato era la contenida en la primera oración del artículo 1683 del Código Civil”* (fojas 2). Sin perjuicio de lo anterior, el mismo actor señala que *“la contraria [CONADECUS], en cambio, sostiene que el juez pudo declarar la nulidad de oficio, fundado tan solo en lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor. Esta parte entiende que esa ley no habilita al juez a declarar de oficio la nulidad. Tal debate es uno de interpretación legal (de la Ley de Protección al Consumidor) y, por lo mismo, debe ser resuelto por los jueces del fondo”* (fojas 4). En fin, el Banco aduce que *“de declararse inaplicable el precepto impugnado, el juez ad quem al conocer los recursos de casación en la forma y apelación debería necesariamente anular o revocar la sentencia recurrida, en atención a que no hay ninguna otra disposición que hubiere permitido al juez a quo declarar de oficio la nulidad por él dispuesta”* (fojas 6);

7°. Que, por su parte, CONADECUS estima que *“es la Ley 19496 la ley de fondo donde obtiene el juez la obligación legal de efectuar la declaración de ineficiencia de estas cláusulas abusivas y no del artículo 1683 del Código Civil que nada tiene que ver con la ley de fondo aplicable”* (sic) (fojas 92), agregando esta Corporación que en la especie se incumplen los requisitos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad y que *“el precepto legal cuya inaplicabilidad se pretende no necesariamente puede resultar decisivo en la resolución del asunto, ya que el juez A Quo se basó en una norma expresa de la ley del consumidor”* (sic) (fojas 93);

8°. Que en la sentencia de primera instancia agregada a los autos, se aprecia que el Juez del Decimocuarto Juzgado Civil de Santiago acogió la demanda y declaró abusiva las cláusulas relativas al cobro de comisiones, fundado en diversas disposiciones de la Ley N° 19.496 y del Código Civil (vid. fojas 196), dentro de las cuales no se menciona el artículo 1683 de este último cuerpo normativo. En cambio, el juez a quo sí menciona –entre otros– los artículos 16, 16 A y 16 B de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, ubicados en el Párrafo 4° de la misma, denominado *“Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”*.

CANADECUS, en su escrito de se tenga presente al resolver y se niegue lugar al recurso de casación en la forma, señala que *“no es posible desconocer la facultad del juez de actuar de oficio, basado en normas como las del art. 16, 16 A y 16 B de la Ley 19.496, las cuales son invocadas expresamente en la sentencia, en cumplimiento del art. 170, 5° C.P.C.”* (fojas 234), y pide a la

Corte de Apelaciones de Santiago que desestime el vicio de ultrapetita alegado por el Banco;

9°. Que, por otro lado, el mismo Banco requirente de inaplicabilidad reconoce que el juez de primera instancia estimó que *“las cláusulas bajo consideración resultaban abusivas en los términos del artículo 16 (a) de la Ley de Protección al Consumidor y, por consiguiente, declaró su nulidad en conformidad al artículo 16 A de la misma ley”* (fojas 2).

El mismo actor, en su escrito de casación en la forma, recurre en contra de la sentencia de primera instancia alegando, entre otros, la existencia de un vicio de ultrapetita, respecto del cual sostiene que *“el tribunal no ha invocado ninguna disposición o facultad que se le haya conferido para proceder de oficio. Podría pensarse erradamente que el tribunal ejerció la facultad conferida por el artículo 1683 del Código Civil de declarar de oficio la nulidad absoluta cuando ésta ‘aparece de manifiesto en el acto o contrato’. Sin embargo **ello no ha ocurrido ni ha podido ocurrir ya que (i) el tribunal no ha manifestado en la sentencia haber ejercido tal facultad, (ii) aún si la hubiera ejercido, no se darían los supuestos necesarios para su ejercicio, por lo que habría actuado igualmente con ultrapetita**”* (fojas 204, énfasis añadido). Y agrega que *“en consecuencia, si la declaración de nulidad absoluta se sustentaba en la facultad extraordinaria del artículo 1.683 del Código Civil, el tribunal debía haberlo declarado así en la misma Sentencia Recurrída. **Si no lo hizo es porque no consideró haber estado ejerciendo dicha facultad**”* (sic) (fojas 204, énfasis añadido).

De lo dicho en este considerando, así como de las consideraciones contenidas en los que le preceden, aparece en forma indubitada que el precepto impugnado –artículo 1683 del Código Civil, en la parte en que dispone la facultad del juez para declarar de oficio la nulidad absoluta cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato– no ha de tener aplicación decisiva en la resolución del asunto involucrado en la gestión *sub lite*, lo cual se confirma con los párrafos transcritos del recurso de casación en la forma, en que el mismo requirente argumenta en orden a que el precepto legal cuestionado no es aplicable a la decisión de la *litis*.

En consecuencia, el presente requerimiento de inaplicabilidad deberá ser necesariamente declarado inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N^º 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N^º 5° del artículo 84 de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

Que se declara inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 83. Oficiese al efecto a la Corte de Apelaciones de Santiago.

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

Comuníquese al Tribunal que conoce de la gestión judicial pendiente. Archívese.

Rol Nº 2.011-2011

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

ROL Nº 2.012-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38, INCISO
QUINTO, DE LA LEY Nº 18.933, VIGENTE CON ANTERIORIDAD
A LA LEY Nº 20.015, EN LA PARTE QUE ALUDE A LA TABLA
DE FACTOR ETÁREO; 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, QUE
CORRESPONDE AL ARTÍCULO 199 DEL D.F.L. Nº 1, DE 2005, DEL
MINISTERIO DE SALUD, Y 2º DE LA LEY Nº 20.015, DEDUCIDO
POR PATRICIO HERNÁNDEZ KINAST**

Santiago, primero de diciembre de dos mil once.

VISTOS:

El señor Patricio Eduardo Hernández Kinast ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso quinto del artículo 38 de la Ley Nº 18.933, vigente con anterioridad a la Ley Nº 20.015, en la parte que alude a la tabla de factor etáreo; del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. Nº 1, del Ministerio de Salud, de 2005; y del artículo 2º de la Ley Nº 20.015, en el recurso de protección interpuesto

por el requirente en contra de la Isapre Más Vida S.A. y que se encuentra actualmente pendiente de apelación ante la Corte Suprema bajo el Rol de ingreso N^º 4851-2011.

Como antecedentes de la referida gestión se indica que el requirente suscribió un contrato de salud con la mencionada Isapre con fecha 31 de mayo de 2002 (fojas 29) y que mediante carta fechada el 28 de febrero de 2011 (fojas 7), ésta le informó el aumento que sufriría el precio de su plan de salud –de 12,28 a 16,27 Unidades de Fomento mensuales–, por efecto del cambio del factor de riesgo a raíz de la variación de la edad del cotizante y de su cónyuge beneficiaria (53 años), siendo el aumento de 1,20 a 2,20 y de 2,00 a 2,30, respectivamente.

En cuanto al conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura, el actor sostiene que la aplicación de los preceptos legales impugnados en la resolución del asunto judicial pendiente invocado, resulta contraria a las garantías que aseguran los N^{os} 2^o, 9^o, 24^o y 26^o del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

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

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

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de 5 de julio de 2011 (fojas 20), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide. Posteriormente, por resolución de 9 de agosto de 2011 (fojas 73), la misma Sala declaró admisible la acción deducida sólo respecto del inciso quinto del artículo 38, en la parte que alude a la tabla de factor etéreo, de la Ley N^º 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N^º 20.015, declarando inadmisibles el requerimiento respecto de las demás normas legales cuestionadas.

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

recurrida ni los órganos constitucionales interesados hicieran uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 25 de agosto de 2011 se procedió a la vista de la causa en forma conjunta de las causas roles N^{os} 1.893 y 1.900, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se presentó a alegar en la respectiva audiencia.

CONSIDERANDO:

I
LA IMPUGNACIÓN

PRIMERO. Que el requirente, Patricio Eduardo Hernández Kinast, sostiene que la Isapre Más Vida S.A., con quien tiene un contrato de salud previsional desde el 31 de mayo de 2001, le ha comunicado que el precio de su plan complementario de salud aumentó, debido a que su factor de riesgo y el de su cónyuge beneficiaria subieron de 1,20 a 2,20 y de 2,00 a 2,30, respectivamente, al pasar de un tramo a otro de la tabla de factores etéreos, aumentando de manera considerable el precio que debe pagar mensualmente a dicha institución de salud. Contra esa decisión el requirente interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, cuya sentencia fue apelada por la requerida ante la Corte Suprema, lo que constituye la gestión pendiente de estos autos;

SEGUNDO. Que, en el marco de dicha gestión, el requirente ha impugnado la constitucionalidad del inciso quinto del artículo 38 de la Ley N^o 18.933, del artículo 38 ter de la Ley N^o 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N^o 1, del Ministerio de Salud, de 2005; y del artículo 2^o de la Ley N^o 20.015. A su juicio, dichas normas legales infringen los números 2^o, 9^o, 24^o y 26^o del artículo 19 de la Constitución;

TERCERO. Que, mediante resolución de 9 de agosto de 2011 (fojas 73), se declaró admisible la acción deducida sólo respecto del inciso quinto del artículo 38, en la parte que alude a la tabla de factor etéreo, de la Ley N^o 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N^o 20.015, motivo por el cual no se emitirá pronunciamiento respecto de las demás normas legales invocadas en el requerimiento;

II
EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO

CUARTO. Que la norma legal impugnada corresponde al inciso quinto del artículo 38 de la Ley N^o 18.933, que indica:

“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por

sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre.”

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

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

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

III

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

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

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

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

Dicha doctrina tiene tres componentes fundamentales. Por una parte, ciertos criterios que debe cumplir la tabla de factores para ser legítima.

En primer lugar, este Tribunal ha dicho que la tabla de factores debe tener proporcionalidad en relación a las rentas (STC Rol N° 1.710, cc. sexagesimoquinto, centesimocuatragesimoquinto y centesimocuatragesimosexto); por lo mismo, no puede generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimosexto); no puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas del afiliado (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoquinto); no puede generar la imposibilidad de que el afiliado costee el aumento del precio que su aplicación conlleva (STC Rol N° 1.710, c. centesimosexagésimo); y no puede obligar a los beneficiarios a emigrar del sistema (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimoséptimo).

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

En tercer lugar, el mecanismo debe permitir una intervención del afiliado, sin que pueda limitarse a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional ofrezca (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimotercero); no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimotercero).

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

NOVENO. Que el segundo componente de esta doctrina es la manera en que este Tribunal ha caracterizado al contrato de salud. Así, ha señalado que el constituyente ha configurado algunas variables de este contrato. Estos tienen que ver con la posibilidad de las Isapres de financiar acciones de salud (artículo 19, N° 9°), con la opción del cotizante entre el sistema estatal o privado (artículo 19, N° 9°), con la cotización obligatoria (artículo 19, N° 9°) y con el control del Estado de las acciones realizadas en el ámbito de la salud (artículo 19, N° 9°). Asimismo, ha sostenido que el contrato de salud es un contrato de tracto sucesivo (STC Rol N° 1.710, c. centesimoseptuagésimo), de orden público (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimocuarto) y distinto a un contrato de seguro propio del derecho privado (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquinquagesimocuarto). En el mismo sentido se han pronunciado las sentencias en los roles

N^{os} 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745. Del mismo modo lo ha entendido la Corte Suprema (SCS roles 8837-10, 566-2011 y 9044-10);

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

IV

APLICACIÓN DE ESTOS ESTÁNDARES AL CASO CONCRETO

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

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

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

En el caso del requirente, su plan de salud tenía un costo de 5,93 y, después del reajuste, pasa a tener un costo de 6,77 UF mensuales. Es decir, aumentó un 14%. Antes del reajuste pagaba, en dinero de hoy, 131 mil pesos y después del reajuste termina pagando casi 150 mil pesos;

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

En efecto, en la tabla que suscribió el requirente, el precio de su plan se encarece con la edad. De hecho, para el caso que nos ocupa, por el cambio de la edad del requirente, el factor aumenta en 0,42, esto es, en un 42%;

DECIMOQUINTO. Que, en tercer lugar, tampoco se respeta el estándar de protagonismo que debe tener el afiliado en su determinación. Por

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

DECIMOSEXTO. Que, además, el precepto legal objetado tampoco pasa el estándar de la no discriminación. Por de pronto, porque se construye el mecanismo en base a elementos inherentes a la naturaleza humana, como la edad y el sexo. En el caso del requirente, el mecanismo implica que entre más edad tenga él, más caro será su plan. Enseguida, el sistema implica potenciar una discriminación en materia de seguridad social, no sólo en base a edad, sino también en base a ingresos, pues las prestaciones de seguridad social deben tender hacia ser “básicas” –que no es mínimo, sino cubierto todo lo esencial– y “uniformes” –no abiertas y groseramente desiguales– (artículo 19, N° 18°);

DECIMOSÉPTIMO. Que, por otra parte, en el presente caso, la infracción del artículo 19, N° 18°, de la Constitución ocurre de forma incluso más patente que respecto del artículo 38 ter (STC Rol N° 1.710, c. centesimoquincuagesimonoveno), pues en el caso del precepto legal que se examina no se establece ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social que el contrato de salud conlleva (STC roles N°s 1.572, 1.598, 1.629, 1.765, 1.766, 1.784, 1.806, 1.807, 1.769 y 1.745);

DECIMOCTAVO. Que, en consecuencia, el requerimiento interpuesto debe acogerse, toda vez que la aplicación del inciso quinto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, impugnado, vulnera el derecho a la protección de la salud (artículo 19, N° 9°) y a la seguridad social (artículo 19, N° 18°) y, por tanto, resulta contrario a la Constitución.

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

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 19, números 9° y 18°, y 93, incisos primero, N° 6°, y undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE EL INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY N° 18.933 EN LA CAUSA *SUB LITE*.

El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto previene que concurre a lo resuelto en la sentencia, pero lo hace basado únicamente en la consideración de que el precepto legal declarado inaplicable por inconstitucional contiene una regulación incompleta e imprecisa de las reglas a utilizar en la configuración de la estructura de las tablas de factores que se utilizan para reajustar el precio de los planes de salud, lo que ha permitido un incumplimiento del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud en la forma y condiciones que determine la ley, mandato que ésta no ha cumplido a cabalidad.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre a lo resuelto únicamente en atención a lo señalado en los considerandos primero a quinto, y teniendo adicionalmente presente que el legislador no precisó suficientemente en el aludido artículo 38, inciso quinto, que se impugna, la forma de fijación de la tabla de factores, según criterios de edad y sexo, la que por sí misma no es contraria a la Carta Fundamental, como lo ha señalado esta misma Magistratura. De este modo, se incumple así el mandato delegado al legislador de establecer la forma y condiciones en que el Estado debe garantizar adecuadamente la ejecución de las acciones de salud, sea que éstas se presten a través de instituciones públicas o privadas, en el marco del principio de subsidiariedad. No corresponde, sin embargo, a través de esta vía procesal constitucional pronunciarse acerca de los aumentos en los valores de los planes de salud que ha sufrido el requirente, todo lo cual es materia propia de la acción de protección, tal como lo ha señalado reiteradamente este previniente (STC Rol N^º 1.710), puesto que la ponderación de los hechos litigiosos de las gestiones respectivas corresponde a los jueces de fondo de la instancia (STC roles N^{os} 1.130, 1.210, 1.266 y 1.324). Finalmente, es del caso tener presente que las tablas de factores se incorporaron a los respectivos contratos, de suerte tal que las acciones de inaplicabilidad no resultan idóneas para declarar la inconstitucionalidad de los contratos suscritos, lo que deberá impugnarse –en su caso– a través de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico.

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

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

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2.012-2011

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

ROL N° 2.013-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 24 DEL D.F.L. N° 2,
DE 1998, DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN, DEDUCIDO POR
RENÉ VARAS GONZÁLEZ**

Santiago, cinco de julio de dos mil once.

Proveyendo a lo principal de fojas 74, se resolverá en su oportunidad; al primer y tercer otrosíes, téngase presente, y al segundo otrosí, ténganse por acompañados los documentos.

A lo principal y otrosí de fojas 98, y a fojas 99, téngase presente.

A fojas 118, agréguese a los autos el oficio de la Corte Suprema, N° 7535-2011, ingresado con fecha 24 de junio de 2011, por el que se remiten copias autorizadas de las piezas principales de la gestión en que incide el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto. Téngase por cumplido lo ordenado a fojas 67.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, por resolución de 14 de junio de 2011, esta Sala admitió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en estos autos por René Antonio Varas González, respecto del

artículo 24 del D.F.L. N^º 2, de 1998, del Ministerio de Educación, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales, en la causa sobre recurso de protección interpuesto en contra del Centro Educacional Principado de Asturias, que fue rechazada en primera instancia por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en los autos Rol N^º 71-2011, y que se encuentra actualmente pendiente en segunda instancia ante la Corte Suprema, bajo el Rol N^º 4956-2011.

En la misma resolución citada se dispuso, entre otras medidas, la suspensión del aludido proceso judicial y se decretó que se oírían alegatos sobre la admisibilidad de la acción deducida, fijándose al efecto la audiencia que tuvo lugar el día 28 de junio de 2011, a las 15.45 horas, en la cual alegaron los abogados del requirente y del Centro Educacional recurrido.

Asimismo, dicho Centro Educacional se hizo parte y, mediante presentación de 13 de junio de 2011, a fojas 52, solicitó la declaración de inadmisibilidad de la presente causa;

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

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

3^º. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que, en su artículo 84, establece:

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

1^º Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legítimado;

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

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

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

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

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

4°. Que, conforme al mérito del proceso y a los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha llegado a la convicción de que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación decisiva en la resolución del asunto ventilado en la gestión *sub lite*, lo que determina la concurrencia en la especie de la causal de inadmisibilidad contemplada en el numeral 5° del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, arriba transcrito;

5°. Que el artículo 24 del D.F.L. N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos, que el requirente impugna, dispone:

“Los establecimientos educacionales de financiamiento compartido podrán efectuar cobros mensuales por alumno no mayores a 4 U.S.E.

Para los efectos de este Título, se entenderá por cobro mensual promedio el valor que resulte de aplicar el artículo 34 de la presente ley.

Los sostenedores de los establecimientos educacionales regidos por este Título, **eximirán total o parcialmente del pago de los valores que mensualmente se deban efectuar, a los alumnos que se determine conforme a un sistema de exención de los cobros mensuales.** Las bases generales para dicho sistema de exención, contenidas en un reglamento interno, se darán a conocer a los padres y apoderados del establecimiento antes del 30 de agosto del año anterior a su incorporación al sistema de financiamiento compartido, o al momento de requerir su acuerdo, en el caso señalado en el artículo anterior, según corresponda.

Las bases generales del sistema de exención a que se refiere el inciso precedente, deberán establecer los criterios y procedimientos objetivos que se utilizarán para seleccionar a los alumnos beneficiarios.

Con todo, a lo menos las dos terceras partes de las exenciones se otorgarán atendiendo exclusivamente a las condiciones socioeconómicas de los alumnos y su grupo familiar; alumnos que se entenderán incluidos en el porcentaje establecido en la letra a) bis) del artículo 6°, cuando la exención del inciso tercero anterior sea total y corresponda a alumnos en condiciones de vulnerabilidad.

La calificación de las condiciones socioeconómicas y la selección de los beneficiarios será efectuada por el sostenedor, el que implementará, para estos efectos, un sistema que garantice la transparencia.

Las exenciones que se concedan mediante este sistema, deberán mantenerse mientras las circunstancias socioeconómicas del grupo familiar lo ameriten. Los padres beneficiarios deberán informar, en el más breve plazo, los cambios experimentados en su situación socioeconómica al sostenedor, el que deberá reasignar las exenciones en caso de existir nuevos recursos disponibles. En todo caso, el sostenedor deberá reevaluar los beneficios otorgados al inicio del segundo semestre del año escolar respectivo.

Para el objeto de acreditar el cumplimiento de este artículo, el sostenedor deberá enviar copia del reglamento señalado al Departamento Provincial de Educación correspondiente.

Los cobros que efectúen los establecimientos educacionales de financiamiento compartido sólo podrán ser los comunicados conforme al inciso tercero del artículo 26, los que deberán constar en recibos timbrados por el Servicio de Impuestos Internos y serán incompatibles con otros cobros, obligatorios para los padres y apoderados, cualquiera sea su denominación o finalidad.

Las Direcciones Provinciales de Educación deberán informar, dentro del mes de septiembre de cada año, a las respectivas secretarías regionales ministeriales los establecimientos educacionales que no han dado a conocer a los padres y apoderados el sistema de exención de los cobros mensuales dentro del mes de agosto anterior. Atendidas las circunstancias, la Subsecretaría de Educación podrá retener la subvención hasta que el establecimiento cumpla con la obligación indicada.” (énfasis añadido);

6°. Que el actor estima que la aplicación del precepto legal transcrito en el considerando precedente, en cuanto permite a los establecimientos educacionales de financiamiento compartido efectuar **cobros mensuales** por alumno, en el caso concreto constituido por el recurso de protección deducido en contra del Centro Educacional Principado de Asturias y de que conoce en segunda instancia la Corte Suprema, vulneraría su derecho constitucional y el de los otros recurrentes de protección en la misma causa, en su calidad de padres y apoderados de dicho Centro Educacional, **a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos**, asegurado en el inciso cuarto del N^º 11° del artículo 19 de la Constitución Política, en relación con la garantía constitucional dispuesta en el inciso tercero del N^º 10 del mismo artículo 19 constitucional;

7°. Que, sin embargo, de la exposición de los hechos contenida en el mismo requerimiento, se aprecia que lo que motivó la interposición del recurso de protección en contra del Centro Educacional Principado de Asturias fue que este último –dado que los padres de algunos de sus estudiantes no estaban en condiciones de pagar la matrícula en diciembre de 2010– se habría allanado a **reservarles el cupo y esperar hasta marzo** para el pago de la matrícula (fojas 2 y 3 del requerimiento), compromiso que no habría sido cumplido y que les habría impedido a los estudiantes matricularse en 4° año medio;

8°. Que, de lo dicho en el considerando precedente se desprende que el problema de fondo debatido en la gestión pendiente no tiene relación directa e inmediata con la existencia o no del derecho del establecimiento educacional a efectuar un cobro por concepto de matrícula (que, según indica el actor ascendía a \$13.500), ni con la legalidad o ilegalidad de dicho cobro.

Lo anterior se corrobora al analizar la sentencia de primera instancia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en que se rechaza el recurso de protección, expresando dicho Tribunal que *“los recurrentes imputan al Centro Educacional Principado de Asturias (...) actos que importan privación de los derechos constitucionales de igualdad ante la ley, derecho a la educación y el derecho a los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos. Sostienen que sus hijos eran alumnos de dicho centro educacional y que se aprontaban a terminar su enseñanza media en el año 2011, ya que les correspondía cursar el cuarto año medio. Como debían matricularlos en Diciembre del año 2010 y no pudieron hacerlo por causas económicas porque no contaban con el dinero suficiente para pagar el valor que se les pedía, llegaron a un acuerdo con el colegio, en el sentido que se les reservarían los cupos y podrían pagar la matrícula en Marzo de este año. Al concurrir el día 3 de Marzo se encontraron con la sorpresa que el colegio se niega a hacer efectivo el acuerdo y les señaló que **disminuyeron los cupos del Cuarto Año de Enseñanza Media**, por lo que sus hijos quedaban sin la posibilidad de integrarse a clases con sus antiguos compañeros (...) por lo que piden que acogiendo el recurso, se ordene a la recurrida que deje sin efecto la exclusión de sus hijos y permita que terminen su enseñanza media en este Colegio al que han pertenecido por largos años”* (C.1°) (énfasis agregado).

Consigna el fallo aludido que *“en su informe la recurrida señaló que **no es efectivo que se haya impedido la matrícula** de los hijos de los recurrentes en Diciembre del año 2010, porque no tenían el dinero suficiente. Señala que en Noviembre de dicho año se despachó una **comunicación** a los apoderados informándoles que el periodo de matrícula para los alumnos regulares sería a partir del 29 de Noviembre y se les prevenía que, por **existir una aumento de las postulaciones para el año 2011**, debían responder la comunicación, indicando si su hijo continuaría en el colegio en el año siguiente, sin que esta comunicación fuera devuelta por los apoderados recurrentes. (...) Señala por otra parte que, según lo reconocen los propios recurrentes, estos concurren al Colegio el día 3 de Marzo del año en curso para concretar la matrícula de sus hijos, en circunstancias que de acuerdo al calendario escolar del presente año, el inicio del año se fijó para el 1 de Marzo, en tanto que las clases comenzaban el día 3, lo que demuestra que los recurrentes actuaron con total despreocupación respecto de un tema que ellos mismos califican de importante”* (C.2°) (énfasis agregado).

Luego, la Corte declara que *“el hecho en que se funda el recurso, esto es el acuerdo verbal que los recurrentes habrían tenido con el colegio para proceder a la matrícula de sus hijos en el mes de Marzo del año en curso, no*

fue reconocido por la recurrida, quien negó tal circunstancia, como asimismo el que no hubieran autorizado la matrícula por consideraciones de orden económico. Establecido lo anterior, no resulta posible estimar que su proceder haya sido arbitrario en cuanto que en forma unilateral hubiera desconocido un acuerdo previo y que perjudicó a los recurrentes, lo que constituye una razón suficiente para el rechazo del recurso” (C.3°) (énfasis agregado).

Y termina consignando que *“es posible concluir de los antecedentes acompañados por la recurrida, que el proceso de matrícula se realizó de acuerdo al calendario escolar fijado por la autoridad, del cual los apoderados de los educandos fueron advertidos oportunamente, quienes, a su vez, debían manifestar su voluntad en cuanto a la continuación del proceso educativo en el establecimiento, lo que respecto de los hijos de los recurrentes no aconteció, no obstante haber recibido la comunicación pertinente, por lo que no resulta posible sostener que el hecho que se denuncia por el recurso sea imputable a la recurrida. El hecho que en el proceso de matrícula que llevó a cabo la recurrida, sólo logró inscribir un número de alumnos como para obtener de la autoridad educacional la autorización para formar un solo curso, todo esto antes que los recurrentes requieran matrícula, demuestra que no fue por su arbitrio que no se permitió el ingreso de los hijos de estos, toda vez que para ello se materializara, debía contar con una nueva autorización, que en todo caso solicitó y que hasta la fecha de la interposición de este recurso no le ha sido concedida” (C.4°) (énfasis agregado);*

9°. Que, conforme a lo transcrito en el considerando precedente, es indubitado que en la especie y según ya se anticipó al principio del considerando anterior, los hechos que motivan la gestión pendiente no dicen relación con los cobros que puede realizar el establecimiento educacional en comento, sino con la existencia o no de un acuerdo entre algunos apoderados y dicho establecimiento para postergar el proceso de matrícula de sus hijos.

De este modo, el precepto impugnado de inaplicabilidad, que regula los **cobros que pueden efectuar los establecimientos educacionales de financiamiento compartido** y, en su caso, las exenciones del pago del mismo, **no puede resultar decisivo en su aplicación a la gestión en que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad**, toda vez que no resuelve el conflicto envuelto en ella.

El mismo actor reconoce lo anterior, al señalar que, *“la Corte de Apelaciones de San Miguel ha rechazado el recurso interpuesto (...) con argumentos que no dicen relación inmediata con la disposición legal cuya aplicación se impugnada en este requerimiento”* (fojas 18 del requerimiento);

10°. Que, lo expresado en el considerando precedente se ve corroborado al revisar el contenido de los escritos de recurso de protección y de apelación deducida en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, que han sido acompañados al proceso por el propio requerente.

En efecto, en el recurso de protección –que rola a fojas 43 y siguientes de estos autos–, los recurrentes hacen consistir la arbitrariedad de la recurrente en el hecho de que *“desconoce un acuerdo verbal legítimo, afectando solo a nuestros hijos, impidiendo que estos terminen su vida escolar en el Colegio al que han asistido por largos años, desconociendo el concepto de ‘Comunidad Educativa’ establecido en la Ley General de Educación”* (fojas 44). Luego, en cuanto a la ilegalidad que existiría, se señala que *“el artículo 10 letra B de la Ley General de Educación dispone que un derecho de los padres es el ser informado del funcionamiento del Colegio, lo que incluye modificaciones que este realice en cuanto a los cupos por alumno en los diferentes cursos que este imparta”* (sic)(fojas 45). En seguida, citan diversas disposiciones de la misma Ley General de Educación, sin aludir en ninguna parte del recurso al precepto impugnado de inaplicabilidad ante este Tribunal Constitucional, cuestión que acontece igualmente con el escrito de apelación, acompañado a fojas 20.

En consecuencia, el presente requerimiento de inaplicabilidad deberá ser necesariamente declarado inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el Nº 5º del artículo 84 de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

Que se declara inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 67. Oficiése al efecto a la Corte Suprema.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney, quienes estuvieron por declarar admisible la acción de inaplicabilidad deducida en autos, por las siguientes consideraciones:

1º. Que para analizar si el artículo 24 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación es decisivo en la gestión pendiente, es preciso, previamente, fijar la atención en la naturaleza de la gestión pendiente. En el caso *sub lite*, se trata de un recurso de protección, interpuesto el 1 de abril de 2011, a favor de cuatro menores de edad y en contra del establecimiento educacional al que asistían hasta el año 2010, el Centro Educacional Principado de Asturias, ubicado en la comuna de Puente Alto, el que se encuentra pendiente ante la Excma. Corte Suprema;

2º. Que, tratándose de un recurso de protección, deben considerarse las características especiales que configuran esta acción.

En primer lugar, la Corte de Apelaciones no está vinculada por los alegatos de las partes. En sede de protección, la Corte es llamada a actuar en pos de la tutela de determinados derechos fundamentales y su misión primordial es poner freno a la lesión de éstos. En efecto, la Constitución entrega un amplio poder al juez para “asegurar la debida protección del afectado”, facultándolo a adoptar las medidas que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Estas amplias facultades han sido reconocidas por esta Magistratura en sentencia reciente (STC Rol N^º 1.557).

En segundo lugar, no es obligación del recurrente señalar a la Corte las normas aplicables ni fundamentar en ellas su alegato. La acción de protección cautela derechos y posee naturaleza de procedimiento tutelar de urgencia. Por ello, el recurrente no tiene ninguna obligación de hacer una completa y acabada argumentación jurídica. Por lo mismo, puede perfectamente omitir una norma aplicable, pues quien aplica el derecho es la Corte de Apelaciones y, si hay apelación, la Corte Suprema.

En tercer lugar, lo anterior se vincula con la naturaleza de acción cautelar autónoma y no de recurso, en sentido estricto, que tiene la protección. Ello determina que tiene plena aplicación el conocido aforismo latino *iura novit curia*, toda vez que la competencia del juez no se limita por las alegaciones de las partes, sino por su obligación de tutelar los derechos fundamentales conculcados y restablecer el imperio del derecho.

Finalmente, la Constitución concibe al recurso de protección como una acción procesal desformalizada, exenta de requisitos especiales. En el propio auto acordado de la Corte Suprema que regula la tramitación de dicha acción, sólo establece que “*el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República*”;

3°. Que, precisado lo anterior, estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto debatido.

La cuestión que le corresponde decidir a este Tribunal, es si el precepto legal impugnado puede o no ser aplicado a la gestión pendiente. Es decir, cuál es el sentido que debe dársele al artículo 81 de la Ley Orgánica de esta Magistratura, cuando señala que la cuestión de inaplicabilidad procede ante un precepto “*que pueda ser decisivo*” en una gestión pendiente;

4°. Que, para resolver esta pregunta, debemos considerar lo siguiente. En primer lugar, el hecho de que la norma cuya inaplicabilidad se solicita no haya sido invocada hasta ahora, ni por la Corte expresamente ni por las partes, no obsta que pueda ser aplicada en definitiva. La Corte Suprema, conociendo del recurso de apelación en curso, puede perfectamente aplicarla.

5°. Que, en segundo lugar, cabe recordar que el juicio que le corresponde realizar a esta Magistratura en el presente requerimiento, es sólo de probabilidad, no de certeza; lo que le compete es hacer una apreciación hacia el futuro, o sea, tener una visión prospectiva, no hacia el pasado, de las normas que pueden ser consideradas por el tribunal competente para fallar.

Así lo dice el artículo 93, inciso once, de la Constitución al señalar como requisito de la inaplicabilidad que el precepto legal impugnado *“pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”*.

La jurisprudencia de esta Magistratura coincide en que basta que un precepto pueda ser aplicable para que el recurso de inaplicabilidad sea admisible; es suficiente la posibilidad y no la certeza plena de que el precepto legal impugnado pueda ser invocado por los jueces del fondo; lo que el Tribunal verifica es que la norma impugnada pueda resultar derecho aplicable, no que deba serlo (STC roles N^{os} 501, 505, 790, 808, 943, 1.463 y 1.061);

6°. Que, en tercer lugar, a juicio de estos disidentes, la Corte de Apelaciones sí consideró la norma impugnada por los requirentes en su razonamiento, sin hacer expresa cita de ella, en el considerando 4° de su fallo, en cuanto afirma que el establecimiento se limitó *“a cumplir con la normativa a la que se encuentra sometido”*. Entre estos preceptos, está el impugnado;

7°. Que, por otra parte, el recurrido alega que la negativa a aceptar al alumno afectado en su establecimiento, no está relacionada con la norma que el requirente impugna. Afirma que tal negativa se fundamenta en una situación de hecho: una reducción de la matrícula disponible.

Al respecto debemos señalar, por de pronto, que determinar o no la efectividad de dichas alegaciones, escapa a la competencia de este Tribunal. Esa es una decisión que corresponde al tribunal del fondo. La tarea de esta Magistratura se limita a hacer un contraste normativo entre la ley y la Constitución en relación a los efectos que su aplicación al caso concreto podría producir.

Además, no podemos otorgar preferencia al alegato del recurrido ni menos darlo por cierto.

Asimismo, la argumentación del recurrido puede ser revocada y modificada por la Corte Suprema al fallar la apelación;

8°. Que, enseguida, el establecimiento educacional sostiene que hay otras normas aplicables a la gestión pendiente, que permiten realizar cobros a los alumnos de establecimientos educacionales subvencionados y a su familia: los artículos 6°, letra e), 23 y 26 del D.F.L. N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación. Dado que esas normas no han sido impugnadas, sostiene, el requerimiento sería inútil.

No nos parece adecuado este argumento. En primer lugar, porque a esta Magistratura no le corresponde asumir una tarea interpretativa propia del tribunal del fondo, es decir, determinar cómo se relacionan los

preceptos de rango legal entre sí en la gestión pendiente y extraer de ello una consecuencia jurídica;

9º. Que, en segundo lugar, es necesario anotar que el precepto legal impugnado, si bien no es el único que regula la posibilidad de efectuar cobros a los estudiantes y sus familias, es la norma habilitante fundamental sobre la materia, de la cual derivan todas las demás, las cuales son, en este sentido, auxiliares o secundarias.

En efecto, si se analizan dichos preceptos, se observa que el artículo 6º, letra e), citado, sólo establece como un requisito para percibir la subvención el que no se exijan cobros ni aportes económicos, directos o indirectos, a los estudiantes y sus familias, “*que excedan los derechos de escolaridad y matrícula autorizados por la presente ley*”. Esa remisión debe entenderse hecha, entre otros, al precepto legal impugnado.

Luego, el artículo 23º, se limita a establecer el derecho a percibir subvención por parte de los establecimientos que hagan los cobros señalados en el artículo 24 cuestionado.

Asimismo, el artículo 26 sólo habla del deber de información que tiene el establecimiento acerca de los cobros que realiza; pero estos cobros están autorizados por el mismo artículo 24;

10º. Que, como se observa, es el artículo 24 la norma básica que autoriza o habilita a los establecimientos a realizar cobros a los estudiantes y sus familias, bajo la modalidad del llamado financiamiento compartido. En consecuencia, está bien impugnada la aplicación de solo el artículo 24, aunque no se hayan cuestionado las demás normas accesorias o secundarias citadas;

11º. Que, en tercer lugar, esta Magistratura debe respetar un principio de hermenéutica constitucional que mire a la conservación de las normas legales, pues éstas gozan de presunción de constitucionalidad. Luego, resulta coherente limitar el cuestionamiento a las normas legales que regulen la esencia de una determinada materia, sin extenderse a aquellas secundarias o accesorias.

Este Tribunal ha aceptado esta manera de proceder, por ejemplo, en STC Rol N^º 1.710, en que el cuestionamiento original fue hecho ampliamente al artículo 38 ter de la Ley N^º 18.933, y el Tribunal lo limitó tan sólo a partes específicas de dicho precepto, y

12º. Que, en mérito de todo lo anterior, a juicio de estos disidentes, el requerimiento formulado cumple con los requisitos para ser declarado admisible, pues existe una gestión pendiente y un precepto legal impugnado que puede ser aplicado por el órgano jurisdiccional llamado a resolver dicha gestión.

Habiéndose producido empate de votos, de acuerdo con lo dispuesto en la letra g) del artículo 8º –que excepciona únicamente las atribuciones de los numerales 6º y 7º del artículo 93 de la Constitución, pero no la contenida en el inciso undécimo de esta norma– y en el artículo 9º de

la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se acuerda la presente resolución con el voto dirimente de la Presidenta subrogante de la Sala.

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

Comuníquese al Tribunal que conoce de la gestión judicial pendiente. Archívese.

Rol N° 2.013-2011

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

ROL N° 2.014-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 88 DE LA LEY N° 16.744, DEDUCIDO POR LUISA CAROLINA NARANJO SOTO

Santiago, seis de noviembre de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 9 de junio de 2011, Luisa Carolina Naranjo Soto, ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la expresión “personalísimos” del Artículo 88 de la Ley N° 16.744 sobre accidentes del Trabajo y enfermedades profesionales.

El citado artículo dispone:

“Los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables”.

La gestión pendiente invocada es un proceso tramitado ante el Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, en el cual la requirente tiene la calidad de demandante y es uno de los herederos de un trabajador fallecido en un accidente del trabajo, que han accionado de indemnización

por el daño causado en contra de la empleadora del difunto, –Sociedad Comercial Clover S.A.– y, solidariamente, de la compañía para la cual prestaba servicios la demandada principal –Embotelladora Andina S.A.–.

Expone que las empresas demandadas han contestado el libelo alegando una supuesta “intransmisibilidad” de la acción, basados en la norma impugnada, para alegar así la “incompetencia absoluta” del tribunal laboral y la “falta de legitimación activa” de los demandantes.

Cabe mencionar que al momento de formularse el requerimiento de inaplicabilidad se encontraba pendiente la realización de la audiencia preparatoria del juicio en la gestión invocada.

Expone la actora que en función de esas alegaciones, de aplicarse el precepto impugnado en la resolución del asunto pendiente, se vulnerarían sus garantías constitucionales al rechazarse la demanda de indemnización por accidente del trabajo. Invoca así como infringidos los artículos 5^º, inciso segundo, y 9, numerales 2^º, 3^º, 23^º, 24^º y 26^º de la Carta Fundamental, en cuanto a sus derechos a la igualdad ante la ley, a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, las garantías del derecho a la propiedad y finalmente el derecho de propiedad, conjuntamente con la norma que reconoce como límite de la soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, además de vulnerarse el principio de supremacía constitucional, por cuanto se les estaría negando su derecho demandar la indemnización por el daño moral.

Agrega que la Corte Suprema ha declarado reiteradamente que son personalísimos los derechos emanados del seguro de accidentes del trabajo, por lo que resulta natural distinguir a partir del artículo 69 de la Ley N^º 16.744 entre la acción de daño moral contractual y la extracontractual, tanto para el trabajador como para las víctimas por repercusión, pues si el accidente se debe a dolo o a culpa se puede demandar al empleador o a terceros por las indemnizaciones que correspondan de acuerdo al derecho común, lo cual incluye el daño moral.

Señala que en una sentencia reciente se extendió el carácter personalísimo a la acción indemnizatoria, dándose el absurdo de que si el trabajador sobrevive puede demandar ante los Tribunales del Trabajo, pero si el trabajador muere no hay acción indemnizatoria en sede laboral, violándose la igualdad ante la ley e impidiendo que se acceda al dominio sobre la indemnización mediante la sucesión por causa de muerte como modo de adquirir, vulnerándose también el derecho de propiedad y consecuentemente el contenido esencial de las citadas garantías, impidiendo incluso que se discuta si la muerte de su marido debe ser indemnizada.

Expone que de conformidad a la ley son herederos, declarados como tales por el Registro Civil y que la acción indemnizatoria del daño moral es transmisible, por lo cual puede ser adquirida mediante la sucesión por

causa de muerte, más aún si la ley no prohíbe su transmisión y no es una prestación inherente a la Ley N° 16.744 sobre accidentes del Trabajo.

Con fecha 28 de junio de 2011, la Segunda Sala de este Tribunal acogió a tramitación el requerimiento, suspendió el procedimiento en la gestión invocada y confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad, el cual no fue evacuado.

Con fecha 9 de agosto de 2011 el requerimiento fue declarado admisible y posteriormente se confirió traslado acerca del fondo de la cuestión de constitucionalidad planteada.

A fojas 113 comparece Embotelladora Andina S.A. y a fojas 131 evacua el traslado conferido, dando cuenta de los antecedentes de hecho del proceso en el que incide el requerimiento, agregando que se interpuso la excepción de falta de legitimación activa, por cuanto la acción indemnizatoria del daño moral es personalísima e intransmisible.

Expone que el requerimiento busca declarar inconstitucional la interpretación que los tribunales superiores han hecho del precepto impugnado, que no se plantea una contradicción concreta y determinada entre normas constitucionales y el precepto cuestionado y que determinar si es posible o no que un heredero demande en sede laboral por daño moral es una cuestión de aplicación e interpretación de normas del Código Civil y de la Ley N° 16.744, lo cual excede la órbita de atribuciones de este Tribunal.

Así, argumenta que para determinar si existe o no la transmisibilidad de la acción no influirá la eventual declaración de inaplicabilidad pretendida por la parte requirente, por corresponder el conflicto a un asunto de mera legalidad.

De tal forma, alega que lo pretendido es la resolución del fondo del asunto, mediante la interpretación del precepto, acerca de si la transmisión incluye o no a los derechos y obligaciones personalísimas.

Finalmente, cita jurisprudencia de inadmisibilidad de este Tribunal, para reafirmar que no está llamado a resolver sobre la aplicación e interpretación de normas legales.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo de la acción.

Con fecha 29 de septiembre de 2011, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 29 de diciembre de 2011 se verificó la vista de la causa.

CONSIDERANDO:

I

CONFLICTO CONSTITUCIONAL

PRIMERO. Que la requirente es viuda de un trabajador víctima de un homicidio mientras laboraba en un camión repartidor de bebidas analco-

hólicas, contingencia cubierta por la Ley N^º 16.744 denominada seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. En esta causa impugna y solicita declarar inaplicable por inconstitucional el artículo 88 de la Ley N^º 16.744 que establece que: “*Los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables*”, específicamente la expresión “personalísimos”. A juicio de la requirente, una interpretación reciente de esta norma impediría a los herederos suceder en la acción por daño moral del causante que se deriva del accidente acaecido;

SEGUNDO. Que en el caso *sub lite* la interpretación que ha hecho la parte requerida (Sociedad Comercial Clover S.A., en calidad de demandado principal y Embotelladora Andina S.A. como demandado solidario), conforme se puede deducir de las presentaciones del fondo allegadas a esta Magistratura, sostiene que de la expresión “*personalísimos*” se puede inferir la improcedencia de la transmisibilidad de las acciones emanadas de un accidente del trabajo con resultado de muerte del trabajador. Este alcance impediría ejercer la responsabilidad contractual de la empresa para la cual laboraba el accidentado y, con ello, no se transmitiría a la masa hereditaria las acciones de reparación de daños, entre ellos el moral, ocasionados a la víctima directa. Por tanto, una expresión amplia de la dimensión de *derechos personalísimos* abarcaría los derechos propios del seguro de accidentes del trabajo reconocidos por la Ley N^º 16.744 y, también, la acción de indemnización del daño moral resultante del accidente del trabajo con resultado de muerte. En tal sentido, la condición de *personalísimos* impediría el ejercicio de estas acciones por titulares diferentes a la propia víctima siendo, en consecuencia, intransmisibles;

TERCERO. Que, a juicio de la requirente, la interpretación aludida en el considerando anterior, vulneraría los artículos 19, N^º 2, sobre igualdad ante la ley, el artículo 19, N^º 23, sobre derecho a la propiedad, artículo 19, N^º 24, sobre derecho de propiedad y 19, N^º 26, sobre contenido esencial de los derechos. En tal sentido, la requirente realiza una interpretación que, declarándose por esta Magistratura la inaplicabilidad de la expresión “*personalísimos*”, mantendría los derechos generales propios del seguro de accidente quedando salvaguardados, expresamente, las acciones de indemnización de perjuicios por daño moral resultante del accidente. Para ello, sostiene que la regla aplicable está considerada en el artículo 69 de la misma Ley N^º 16.744, que dispone que: “*Cuando, el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las siguientes reglas: a) El organismo administrador tendrá derecho a repetir en contra del responsable del accidente, por las prestaciones que haya otorgado o deba otorgar; y, b) La víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral” [énfasis agrgado];*

CUARTO. Que, por tanto, la requirente solicita declarar inaplicable la expresión “*personalísimos*”, sosteniendo que estas diferencias interpretativas no se refieren únicamente a cuestiones hermenéuticas propias de reglas legales sino que la fundamenta en la vulneración del artículo 19, N^{os} 2^o, 23^o, 24^o y 26^o, de la Constitución, según se explicará. Este examen se realizará a partir de identificar aquellas vulneraciones planteadas por el requirente que funden un auténtico juicio de relevancia. Esto es, la identificación de cómo se produciría el resultado inconstitucional en el caso concreto en relación con las normas constitucionales invocadas;

II CUESTIONES PREVIAS

QUINTO. Que, a objeto de simplificar la conceptualización de los términos que se utilizarán en esta sentencia, procederemos a precisar un conjunto de conceptos involucrados en esta causa constitucional siguiendo a la doctrina nacional en la materia. En primer lugar, un hecho como un accidente del trabajo implica una amplia consideración respecto de los potenciales sujetos activos de la acción de indemnización de perjuicios. El sujeto activo de la acción puede serlo por derecho propio (*iure proprio*) o su titularidad puede ser derivada (*iure hereditatis*). A su vez, en la titularidad por derecho propio se distinguen las víctimas directas y las por repercusión (o por rebote), aquéllas son las que han padecido directamente el daño, éstas, las personas cuyo perjuicio se produce como consecuencia de las relaciones afectivas o económicas que tenían con la víctima directa o, en otras palabras, “*el sufrido por víctimas mediatas de un hecho que ha causado la muerte o lesiones a otra persona*” (Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica, 2006, p. 345). En fin, una víctima *iure hereditatis* es aquella a la cual una víctima por derecho propio transmite la titularidad de la acción de indemnización del daño causado.

En segundo término, cuando una contingencia genera daño, éste puede ser patrimonial o extrapatrimonial (moral). El daño patrimonial se clasifica en lucro cesante y daño emergente. El daño moral mitiga el dolor o la aflicción de la cual se es víctima y el quiebre de un plan de vida inviolable y autónomo;

SEXTO. Que, en base a las distinciones ya realizadas y que sirven a objeto de la explicación de esta causa, procederemos a realizar algunas apreciaciones previas. En primer lugar, conforme a los planteamientos del requirente y los antecedentes del asunto de fondo, la presente causa se refiere al derecho que tendrían los herederos de una persona fallecida a sucederla en su acción por daño moral causado por un accidente del trabajo con resultado de muerte y el impedimento que ello generaría por la aplicación de la disposición requerida. En segundo lugar, que este

es un proceso constitucional determinado por la aptitud que tiene el requerimiento de resolver aquellas cuestiones planteadas en el mismo con cargo a una fundamentación constitucional. Por tanto, no se desprenderá de esta sentencia la determinación de quién tiene competencia legal para conocer las acciones de fondo que se reclaman. Tales asuntos están completamente entregados al juez de fondo y esta Magistratura no se pronunciará sobre el alcance del artículo 420 letra f) del Código del Trabajo, entre otros artículos relevantes en la decisión de fondo. En consecuencia, no le corresponde calificar al Tribunal Constitucional las reglas procesales, la carga de la prueba, las facultades del juez o las garantías que se derivan de aplicar uno u otro procedimiento legal. Parte de la deferencia de esta Magistratura con el juez de fondo, es preservar dicha definición a la jurisdicción laboral y de derecho común concernida, respectivamente;

SÉPTIMO. Que, realizadas estas consideraciones previas, corresponde analizar las infracciones constitucionales alegadas como vulneradas por el requerimiento;

III

INFRACCIÓN A LA LIBERTAD DE ADQUIRIR EL DOMINIO Y AL DERECHO DE PROPIEDAD

OCTAVO. Que la requirente sostiene que se produciría una infracción al derecho a la propiedad, reconocido en el artículo 19, N^º 23, de la Constitución, al sustraer de la sucesión por causa de muerte, como modo de adquirir el dominio, acciones naturalmente transmisibles como sería la del daño moral causado a la víctima directa por un accidente del trabajo con resultado de muerte. Y, coherente con su interpretación, sostiene que el artículo 88 de la Ley N^º 16.744, al disponer la expresión “personalísimos”, implicaría una privación material que afecta la propiedad correspondiente a los herederos, vulnerando el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 19, N^º 24, de la Constitución.

En tal sentido, la requirente en esta causa interpreta que la indemnización por daño moral, como consecuencia de un accidente laboral con resultado de muerte, debe generar una acumulación de acciones indemnizatorias relativas al daño moral: por una parte, acciones *iure hereditatis* que le corresponden como sucesora en una masa hereditaria que las incorpora. Y, por otra parte, las acciones *iure proprio*, por el daño reflejo de quienes se ven afectados por el fallecimiento de una víctima respecto de la cual tenía relaciones afectivas relevantes. El impedimento para adquirir el dominio de la acción por daño moral por derecho hereditario es la calificación de “personalísimos” que realiza el artículo 88 de la Ley N^º 16.744. Si lo normal es que las acciones por daño moral pueden ser regularmente transferidas y transmitidas, se puede argumentar que no se ve razón para

que el legislador haya privado a los familiares de una acción tan relevante sino la más significativa que se origina por el accidente laboral;

NOVENO. Que, como primera consideración, es necesario tener en cuenta que, desde un punto de vista constitucional, existe un margen de apreciación del legislador para estimar que hay acciones que pueden considerarse intransmisibles o personalísimas. La legislación civil y de seguridad social, especialmente, tiene un conjunto relevante de ejemplos que así lo precisan (derecho de alimentos, de uso y habitación, de usufructo, entre otros). Por definición, abstractamente considerada, la intransmisibilidad no puede considerarse, en principio, inconstitucional. Lo anterior no implica tomar partido con la idea de que el daño moral en caso de muerte de un trabajador es intransmisible, sólo quiere manifestar que la eventual determinación por parte del legislador de su intransmisibilidad no hace que por principio ello sea contrario a la Carta Fundamental;

DÉCIMO. Que, sumado a lo anterior, es imprescindible constatar que la doctrina civil nacional no se encuentra conteste respecto a la transmisibilidad de la acción por daño moral en caso de muerte. En efecto, es posible verificar gran cantidad de argumentos y posiciones sobre esta materia, que para efectos de esta causa se reducen, básicamente, a quienes rechazan la transmisibilidad del daño moral y a quienes la afirman. Es claro y relevante en esta causa el hecho de que el problema de la transmisibilidad de la acción por daño moral en caso de muerte de la víctima directa no se encuentra aún superado en la propia doctrina civil nacional;

DECIMOPRIMERO. Que consistente con la descripción anterior, la cuestión sobre la interpretación que deba darse a la disposición requerida es debatida. La Corte Suprema ha considerado que la norma es un argumento para rechazar la transmisibilidad del daño moral (STC Rol N° 309). Por parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, luego de la reforma procesal laboral, conociendo un recurso de nulidad, ha estimado que la voz “personalísimos” del artículo 88 de la Ley N° 17.644 sólo vincula o refiere a los derechos otorgados por dicha ley y no a otros (STC Rol N° 606);

DECIMOSEGUNDO. Que la construcción de una postura que provea de sentido legal a la tesis de la transmisibilidad o intransmisibilidad del daño moral no es competencia de esta Magistratura en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Es más, desde la perspectiva de los derechos fundamentales a adquirir el dominio de toda clase de bienes y del derecho de propiedad, la decisión que adopte el juez de fondo en esta materia (y el legislador) no debe definirla este Tribunal;

DECIMOTERCERO. Que esta Magistratura, por su carácter especialísimo y por la competencia específica que le entrega la Constitución, tiene el deber, en primer lugar, de no inmiscuirse en la competencia de los jueces de fondo. En efecto, “*en sede de inaplicabilidad por inconstitucional-*

alidad, el Tribunal Constitucional sólo ha sido autorizado por la Carta Fundamental para efectuar el control de constitucionalidad concreto de los preceptos legales objetados y, por consiguiente, no ha sido llamado a resolver sobre la aplicación e interpretación de normas legales, cuestión que, de conformidad a la amplia jurisprudencia recaída en requerimientos de inaplicabilidad, es de competencia de los jueces del fondo” (STC roles N^{OS} 1.314, 1.351, 1.832 y 2.184 entre otras).

Otro deber que tiene esta Magistratura, no menos importante, es el de deferencia con el legislador que, como más arriba se señaló, tiene libertad para determinar, cuando sea justificado, qué derechos no deben ser transmisibles. En efecto, *“los actos legislativos, emanados de un órgano expresivo de la soberanía, concebido para dictar normas obligatorias de general aplicación, se encuentran dotados de un principio de legitimidad evidente; de suerte tal que su contrariedad con el contenido de la ley fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes”* (STC Rol N^º 549, c. décimo);

DECIMOCUARTO. Que existen razones aceptables tanto para acoger la transmisibilidad de la acción por daño moral como para rechazarla, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Sin embargo, desde el punto de vista constitucional y, específicamente, del derecho de propiedad y de la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes, la decisión del legislador (y del juez de fondo en el caso concreto) no vulnera la Carta Fundamental por estos capítulos.

Por lo demás, corresponderá a la Corte Suprema, en un eventual recurso de unificación de jurisprudencia, decidir cuál es el estatuto aplicable al daño moral respecto de su transmisibilidad conforme al ordenamiento jurídico vigente (y en relación a la disposición requerida) y al legislador, en su caso, modificar ese estado de cosas conforme estime conveniente dentro de los parámetros que establece la Carta Fundamental;

IV

INFRACCIÓN A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

DECIMOQUINTO. Que la afectación de la igualdad ante la ley, reconocida en el artículo 19, N^º 2, aparece, a juicio de la requirente, particularmente vulnerado por el precepto legal cuestionado. Tal desigualdad impugnada la describe el requirente sosteniendo que el accidentado vivo tendría una acción para indemnizar su daño moral, en cambio, el accidentado muerto no;

DECIMOSEXTO. Que la pregunta constitucional de trato igualitario planteada es el trato diferenciado que se otorga a un accidentado con resultado de muerte o sin resultado de muerte.

Este trato diferente se convertiría en discriminatorio por los valores jurídicos que están en juego, puesto que no podría estimarse razonable

una diferencia de trato que cautela en mejor grado la integridad física que la vida de la persona. Se produciría un atentado a la igualdad ante la ley porque no se alcanza el derecho a la reparación, ya que el daño es la propia muerte de la persona extinguiendo la capacidad de la misma y sus derechos accionables. Por tanto, ocasionar la muerte liberaría de las acciones transmisibles de indemnizar el daño moral y dejarlo herido genera tal derecho, produciendo un efecto de incentivo perverso contrario a relevantes derechos fundamentales;

DECIMOSÉPTIMO. Que cabe rechazar la impugnación de que esta norma implicaría una transgresión de la igualdad ante la ley basada, parcialmente, en las consideraciones anteriores así como en un plausible ejercicio acerca del estándar de igualdad que el precepto legal requerido satisface plenamente;

DECIMOCTAVO. Que como se ha señalado, la disposición requerida ha sido objeto de análisis y divergencias que superan la competencia de esta Magistratura en el caso concreto. Que las dos interpretaciones sostenidas por los tribunales y la doctrina no vulneran el derecho de propiedad y la libertad de adquirir toda clase de bienes. Ahora bien, respecto del derecho de igualdad cabe afirmar algunas precisiones;

DECIMONOVENO. Que en primer lugar, es admisible para el legislador establecer diferencias, sin perjuicio que la Constitución impide que éstas se configuren de un modo arbitrario. *“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”*(STC Rol N° 1.254, c. cuadragésimosexto);

VIGÉSIMO. Que la razonabilidad del examen de la igualdad debe realizarse en torno a lo que sostiene el precepto legal y no sobre algunas de sus hipotéticas consecuencias de determinadas interpretaciones reduccionistas del propio artículo 88 de la Ley N° 16.744. Así, por ejemplo, el legislador podría adoptar una dimensión restrictiva de la concurrencia del daño moral. El daño moral *“es el sufrimiento de carácter espiritual, físico o psíquico que perjudica a una persona y que no puede ser determinado por elementos estrictamente económicos”*. (Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1941, p. 220) o adoptar una tesis amplia del daño moral, en el sentido que se trata de la fractura de un plan de vida inviolable y autónomo.

En cualquier caso, la distinción entre la intransmisibilidad de la acción en caso de muerte de la víctima directa y generación de dicha acción en caso que ella no muera, tiene plausibilidad para su tratamiento diferenciado, sin que ello implique necesariamente inconstitucionalidad. Lo anterior, repetimos, sin perjuicio de lo que decidan los jueces de fondo respecto del estatuto que han de aplicar a la transmisibilidad de la acción del daño moral;

VIGESIMOPRIMERO. Que, en efecto, dependiendo de la concepción que tenga el legislador respecto del daño moral, y asumiendo consideraciones prácticas y teóricas para su compensación, puede ser factible negar transmisibilidad a la acción por daño moral en caso de muerte, sin que ello vulnere el trato igualitario.

De esta opinión es el profesor Barros Bourie en el sentido que “*la concurrencia cumulativa de acciones [iure proprio y iure hereditatis] tiene el especial inconveniente de que las indemnizaciones por daño moral personal y a título hereditario se superponen necesariamente, porque en la aflicción de las personas más cercanas ya está incorporado el sufrimiento del fallecido*” (Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica, 2006, ps. 946)[énfasis en el original];

VIGESIMOSEGUNDO. Que como ha sido expuesto en esta sentencia, la decisión del legislador y de los jueces que interpreten el fondo, en caso de asumir la posición contraria a la expuesta en el considerando precedente, tampoco generaría problemas respecto del trato igualitario;

VIGESIMOTERCERO. Que en el caso que el juez de fondo adopte la posición de la intransmisibilidad de la acción por daño moral de la víctima directa, no puede admitirse que exista un trato diferenciado, cuando la situación que se regula, como se indicó, puede ser diferentemente tratada sin que ello sea inconstitucional. En el evento de que se cuente con menos acciones indemnizatorias, porque el juez de fondo entienda que los herederos carecen de la acción por daño moral de la víctima directa, no quiere decir que la entidad y peso de las acciones sea desigual. Es evidente que, en ese caso, el daño reflejo y por repercusión que ocasiona a los familiares, el homicidio por un disparo en la cabeza a un conductor de un camión de bebidas alcohólicas mientras trabajaba, es un hecho que origina acciones que no pueden minusvalorarse bajo ninguna circunstancia;

VIGESIMOCUARTO. Que, en fin, la pretensión de distinguir dos tipos de responsabilidades diferentes, una contractual, en sede laboral, y otra extracontractual, en sede de derecho común, tampoco ilustra una diferencia que pueda estimarse arbitraria. Esta magistratura ha sostenido que no se pronunciará sobre la naturaleza de los procedimientos, el juez competente para conocerla y las garantías que ordena el caso concreto. Sin embargo, resulta claro que la concurrencia de dos tipos de responsa-

bilidades diferentes es un hecho extraordinario que puede acontecer en casos como el de este proceso constitucional y que está regulado expresamente como una posibilidad cierta en el artículo 69 de la Ley N° 16.744 sobre accidentes del trabajo. Y, en ese caso, resulta claro que se puede accionar ampliamente;

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

y **VISTO** lo prescrito en los artículos 19, número 2, número 23, número 24 y número 26, y 93, incisos primero, N° 6, y undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

RECHAZAR EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADO A FS. 1. DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO, OFICIÁNDOSE AL EFECTO.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a la decisión de rechazar el requerimiento, pero teniendo presente las siguientes consideraciones particulares:

1°. Que la requirente solicita la declaración de inaplicabilidad del artículo 88 de la ley N° 16.744, que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, específicamente en aquella parte en que la disposición utiliza la expresión “personalísimos” para referirse a los derechos concedidos por la misma ley;

2°. Que, como se recuerda en la parte expositiva de esta sentencia, su acción se fundamenta en que la aplicación del precepto legal indicado, en el procedimiento ordinario laboral sobre accidente del trabajo “Soto con Sociedad Comercial Clover S.A.”, RIT N° O-496-2010, sustanciado por el Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, vulneraría el artículo 19, N° 2°, de la Carta Fundamental, en la medida que establecería un derecho de reparación del daño moral para una persona que sufre un accidente laboral sin resultado fatal, pero no para aquella persona que sufre el mismo accidente, con resultado fatal. Asimismo, la requirente alega una infracción al artículo 19, N° 23°, de la Constitución Política de la República, pues estima que se le desconocería su derecho constitucional a adquirir la propiedad, en especial, el modo de adquirir sucesión por causa de muerte respecto de la acción de indemnización del daño moral por accidente laboral que le hubiera correspondido al causante, don Luis Servando Naranjo Vera, padre de la requirente de estos autos. La acción

acusa como igualmente infringido el derecho de propiedad, consagrado en el numeral 24^º del artículo 19 de la Constitución Política, así como el numeral 26^º del mismo artículo, en cuanto la aplicación del precepto impugnado impediría la seguridad en el libre ejercicio de los derechos constitucionales mencionados;

3^º. Que, en concepto de esta juez previniente, el imperativo de abordar el conflicto de constitucionalidad que se ha sometido a la decisión de este Tribunal, torna imprescindible asumir un concepto de daño moral, pues así lo exige el control concreto de constitucionalidad que importa la acción de inaplicabilidad deducida, en la medida que éste es el objeto de la pretensión impetrada ante el Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel.

En efecto, la gestión pendiente sobre la cual incide la presente acción, persigue el resarcimiento a los herederos de los perjuicios tanto patrimoniales como extrapatrimoniales o morales ocasionados por el accidente laboral sufrido por don Luis Servando Naranjo Vera, a consecuencia del cual se produjo su muerte. La requirente –cónyuge del fallecido– ha alegado en esta causa que la interpretación del precepto legal impugnado, aplicada al caso concreto, establecería una supuesta intransmisibilidad de la acción por daño moral que le hubiese correspondido al causante, produciéndose así los efectos inconstitucionales ya anotados;

4^º. Que en sentencia recaída en el Rol N^º 943, sobre la inaplicabilidad del artículo 2331 del Código Civil, esta Magistratura diferenció el daño patrimonial del daño extrapatrimonial o moral de la siguiente forma:

“El daño patrimonial es descrito como un empobrecimiento patrimonial, sea por pérdida o menoscabo en los bienes de la víctima del ilícito, sea por privación de la ganancia, utilidad o provecho que, de no mediar el ilícito dañoso, pudo natural y previsiblemente obtener.

El daño moral, en cambio, es definido por los autores, como aquel sufrimiento o menoscabo originado por la lesión de un derecho que no tiene directamente una significación económica.” (c. decimooctavo);

5^º. Que, en la misma sentencia aludida, este Tribunal recordó la regla general vigente en nuestro ordenamiento jurídico en orden a que todo daño causado por un acto ilícito debe indemnizarse. Así, tanto el daño patrimonial como el daño moral, si se han producido, deben ser reparados por el responsable (c. decimonoveno). La decisión de cuándo procede uno u otro o ambos compete solamente al legislador atendiendo a la naturaleza de la fuente generadora del daño, pues, tal como ha precisado asimismo esta Magistratura, si la lesión importa el menoscabo de un bien espiritual (asociado a un derecho de la personalidad), no obstante tener en ocasiones también un valor económico, negar la posibilidad de indemnizar el daño moral resultaría improcedente (c.vigesimoséptimo);

6^º. Que, sin perjuicio de que, como postula la sentencia, la intransmisibilidad del daño moral a los herederos de quien lo ha experimentado

no suscita una opinión unánime entre la doctrina especializada, las razones de quienes sí la afirman parecen convincentes para quien suscribe este voto, atendido el concepto mismo de daño moral que ha asumido este Tribunal en pronunciamientos precedentes como la finalidad que persigue su resarcimiento.

Así, Ramón Domínguez Águila, señala que lo que caracteriza el daño moral es la violación de algunos derechos inherentes a la personalidad del sujeto; es cualquier atentado a un derecho inmaterial de la persona. Esta noción del daño moral se opone a la transmisibilidad de la acción para obtener su reparación, pues **la indemnización tiene por objeto resarcir un daño exclusivamente unido a la persona**. El interés protegido por la acción resarcitoria, por tanto, no es un interés económico, como tampoco lo es la indemnización, sino que **el bien protegido es la lesión de la personalidad**. (Domínguez Águila, Ramón. “Por la intrasmisibilidad de la acción de daño moral”. En: Estudios de Derecho Civil. Código y dogmática en el Sesquicentenario de la promulgación del Código Civil: Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valdivia (Chile): Lexis Nexis, 2005. 607-633).

En el mismo sentido, Carmen Domínguez Hidalgo sostiene que el daño moral es **una lesión a un derecho unido a la persona** y que su reparación corresponde a la víctima directa del daño, pudiendo existir víctimas por repercusión a quienes se les indemniza de su propio daño, pero no por el daño sufrido por la víctima principal (Domínguez Hidalgo, Carmen. “El daño moral: Tomo II”. Santiago (Chile). Jurídica, 2002. 728-747).

Por último, apuntando precisamente a los fines de la acción resarcitoria del daño moral, Marcelo Barrientos Zamorano afirma que la indemnización del daño extrapatrimonial sirve de medio para posibilitar al dañado perseguir otros fines que le dejen en una situación que, aunque diferente de la existente *ex ante*, sea tan favorable como aquella, es decir, debe hacer posible la satisfacción de intereses y aspiraciones personales (Barrientos Zamorano, Marcelo. “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”. En: Revista Chilena de Derecho. / Pontificia Universidad Católica de Chile. 35 (Nº 1) enero-abril 2008, 85-106);

7°. Que en el caso concreto de la presente acción, los herederos de don Luis Servando Naranjo Vera pretenden adquirir –por causa de muerte– un derecho que la ley califica de “personalísimo”, como lo es la acción indemnizatoria del daño moral sufrido con ocasión de un accidente laboral con resultado de muerte, en circunstancias que la víctima ha fallecido y no hay forma posible de compensar la aflicción que ella misma ha experimentado como consecuencia del daño. Ése –y no otro– es el sentido que debe atribuírsele a la expresión “personalísimos” utilizada en

el artículo 88 de la Ley N^º 16.744, impugnado en esta oportunidad. Atendido, entonces, que la acción de reparación por el daño moral apunta a resarcir, en el patrimonio de la víctima, el daño sufrido por ella misma es que, desde la perspectiva de la situación concreta sometida al juzgamiento de este Tribunal, no puede estimarse inconstitucional la aplicación del artículo 88 de la Ley N^º 16.744, en el juicio de indemnización de perjuicios que actualmente sustancia el Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel;

8^º. Que, profundizando el argumento que antecede, cabe tener presente que la lesión sufrida por la víctima se produjo, precisamente, en uno de sus derechos de la personalidad, como es el derecho a la vida, asegurado por el artículo 19, N^º 1^º, de nuestra Constitución Política. Lo único que está reconociendo en este caso la norma impugnada, es que el daño a un derecho que forma parte indisoluble de la personalidad del afectado, debe ser resarcido en la medida que a esa misma persona le permita compensar de algún modo la lesión sufrida en su patrimonio moral;

9^º. Que, como ya se ha dicho, si el interés protegido por la acción resarcitoria del daño moral es la lesión de un bien jurídico extrapatrimonial unido exclusivamente a la persona y no a una suma de dinero en cuanto tal, no corresponde que sean los herederos quienes, sin haber sufrido dicha lesión, reciban una compensación económica por dicho concepto, pues ésta carecería de causa como medio de satisfacción del daño. Ello es sin perjuicio del propio daño moral que puedan haber sufrido los herederos como cónyuge e hijos del difunto, el cual, por supuesto, sería susceptible de ser reparado en cuanto tal y no por transmisibilidad de la acción que hubiera correspondido al causante;

10^º. Que, sobre la base de los razonamientos consignados en este voto, y en concepto de esta juez previniente, la aplicación del artículo 88 de la Ley N^º 16.744 al caso *sub lite*, no resulta contraria a la igualdad ante la ley, desde el momento que no importa una discriminación arbitraria o carente de razonabilidad con víctimas que sobreviven al daño, ni tampoco al derecho de propiedad de los herederos de don Luis Servando Naranjo Vera, en la medida que ningún derecho pudo incorporarse a su patrimonio, si el titular extinguió el derecho de la personalidad de que se trata con su propio fallecimiento.

Acordada con el voto en contra del Presidente del Tribunal, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, quien estuvo por acoger el requerimiento en virtud de las siguientes consideraciones:

1^º. Que la impugnación del artículo 88 de la Ley N^º 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, se centra en el carácter de “personalísimos” que tienen los derechos concedidos por dicha ley y que, a juicio de la requirente, impide a los herederos de una persona fallecida en

un accidente del trabajo con resultado de muerte, sucederla en la acción que le correspondía para ser indemnizada por el daño moral sufrido;

2°. Que, si bien es cierto que corresponde en principio al legislador la determinación de los supuestos en que procede la indemnización del daño moral y la transmisibilidad de las acciones, no debe olvidarse que, como toda actividad estatal, la legislativa debe efectuarse con pleno respeto de los derechos garantizados por la Constitución Política (artículo 1°, inciso cuarto), por lo que una regulación legislativa que no cumpla esta exigencia infringe la Constitución;

3°. Que, para satisfacer la exigencia de respetar en plenitud los derechos garantizados en la Carta Fundamental, le está vedado al legislador incurrir en diferencias arbitrarias, esto es, dar un trato diferente a personas, categorías o grupos, que carezca de fundamentación razonable, como asimismo no otorgar a las personas una igual protección en el ejercicio de sus derechos, pues ello vulnera la Constitución en los números 2 y 3 de su artículo 19;

4°. Que, tal es lo que sucede con la disposición impugnada de inconstitucional en su aplicación, ya que, si se entiende que siempre, esto es sin excepción alguna, la indemnización por el daño moral sufrido por una persona fallecida en accidente del trabajo con resultado de muerte, es personalísima y, por consiguiente, no puede transmitirse en caso alguno a sus herederos, ella carece de justificación e impide satisfacer el mandato constitucional impuesto al legislador de dar igual protección a las personas en el ejercicio de sus derechos;

5°. Que, debe precisarse que lo que se estima inconstitucional no es en sí misma la intransmisibilidad de los derechos, pues ello significaría que la Constitución Política –al menos implícitamente– exige que todo derecho sea transmisible, posición ésta que, por su carácter absoluto, no parece que tenga fundamento válido;

6°. Que, sin embargo, es diversa la conclusión en torno a la conformidad a la Carta Fundamental de un precepto legal que, al declarar personalísimo un determinado derecho a todo evento, sin atender a las circunstancias del caso y a la propia índole del derecho que, debidamente ponderadas, justifican su transmisibilidad, impide en todo caso que ella tenga lugar. Tal es, a juicio de este disidente, el reproche que cabe formular a la aplicación del artículo 88 de la Ley N° 16.744, ya que, no cabe descartar que, al menos en ciertos casos cuya ocurrencia debiera apreciar el juez, la indemnización por el daño moral correspondiente al fallecido en un accidente laboral con resultado de muerte, es razonable que se transmita a sus herederos.

Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino y los votos particulares, sus autores.

Notifíquese, comuníquese y archívese.

Rol N° 2.014-2011

Se certifica que el Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y el Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurrieron al acuerdo y fallo, pero no firman por encontrarse con licencia, el primero, y haciendo uso de su feriado, el segundo.

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

ROL N° 2.015-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 2º, LETRAS
M) Y N) Y 38 TER DE LA LEY N° 18.933, QUE ACTUALMENTE
CORRESPONDEN A LAS LETRAS M) Y N) DEL ARTÍCULO 170 Y
199, RESPECTIVAMENTE, DEL D.F.L. N° 1, DE 2005,
DEL MINISTERIO DE SALUD,
DEDUCIDO POR JOSÉ ARTURO URZÚA BASAURE**

Santiago, ocho de julio de dos mil once.

A fojas 20, ténganse por cumplido lo ordenado y por acompañado el documento.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1º. Que, con fecha 9 de junio de 2011, José Arturo Urzúa Basaure ha deducido ante esta Magistratura un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las letras m) y n) del artículo 2º y del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que actualmente corresponden

a las letras m) y n) del artículo 170 y al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, del año 2005, en la causa sobre recurso de protección interpuesto en contra de la Isapre Banmédica S.A., que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol de ingreso N° 2.223-2011, conforme al certificado acompañado por el mismo requirente a fojas 16;

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

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

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que exige que con anterioridad al pronunciamiento sobre la admisibilidad de un requerimiento de esta naturaleza, se resuelva acerca de su admisión a trámite. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que “*para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales*”.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen: “*Artículo 79. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

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

Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las

piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

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

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;

4°. Que, a fojas 17, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento de inaplicabilidad deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

5°. Que, a fojas 18, mediante resolución de 14 de junio de 2011, esta Sala, previo a resolver sobre la admisión a trámite de la acción de inaplicabilidad deducida, solicitó al requirente que acompañara, dentro del plazo de cinco días, copia del contrato de salud previsional que suscribió con la Isapre aludida y que, conforme indicó en su requerimiento, era de mayo del año 2001.

Cumpliendo lo ordenado, a fojas 20, el actor acompañó copia del referido contrato, suscrito el día 31 de mayo de 2001;

6°. Que, los preceptos legales impugnados por el requirente –letras m) y n) del artículo 2° y del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que actualmente corresponden a las letras m) y n) del artículo 170 y al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, del año 2005– fueron agregados a la referida Ley N° 18.933, hoy DFL 1, de 2005, por la Ley N° 20.015, publicada en el diario oficial de 17 de mayo de 2005 y, conforme al artículo 2° de esta última ley, entraron en vigencia recién en julio del año 2005.

En consecuencia, las normas impugnadas de inaplicabilidad no son aplicables, como en el caso de autos, a un contrato de salud celebrado con anterioridad a julio del año 2005;

7°. Que, conforme a lo consignado en los considerandos precedentes, esta Sala estima que en la especie el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto no da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, en orden a “*contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional*”, por lo que no podrá ser acogido a tramitación, y así de declarará,

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

SE RESUELVE:

A lo principal de la presentación de fojas uno, **no se admite a tramitación el requerimiento deducido**. Téngase por no presentado, para todos los efectos legales; al primer y segundo otrosíes, ténganse por acompañados los documentos; al tercer otrosí, estése a lo resuelto en lo principal, y al cuarto otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Rol N° 2.015-2011

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

ROL N° 2.016-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38,
INCISO QUINTO, DE LA LEY N° 18.933, 2°, INCISOS SEGUNDO Y
FINAL, DE LA LEY N° 20.015, Y 22 DE LA LEY SOBRE
EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES,
DEDUCIDO POR RAÚL LLANOS IBÁÑEZ**

Santiago, trece de octubre de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO.

1°. Que, mediante presentación de 14 de septiembre de 2011 –a fojas 162–, el abogado Ricardo González Benavides, por el requirente, Raúl Llanos Ibáñez, ha solicitado a esta Magistratura Constitucional que se tenga por desistida de la acción deducida en estos autos;

2°. Que a los efectos previstos en el inciso tercero del artículo 46 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, mediante resolución de 16 de septiembre de 2011, el Tribunal ordenó,

para pronunciarse sobre la solicitud de desistimiento formulada, que se confiriera traslado a la Isapre Vida Tres S.A y se comunicara la referida presentación al Presidente de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados, para que, dentro del plazo de cinco días, formularen las observaciones que estimaren pertinentes;

3º. Que consta en autos que ni la Isapre aludida ni los órganos constitucionales interesados evacuaron el traslado dentro de plazo, así como tampoco hicieron valer observación alguna respecto del desistimiento pedido ni manifestaron su oposición al mismo.

SE RESUELVE:

Ha lugar a la solicitud de fojas 162. Téngase al requirente, señor Raúl Llanos Ibáñez por desistido de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida en autos y por terminado este proceso constitucional.

Déjese sin efecto la suspensión del procedimiento decretada. Ofíciase al efecto a la Corte Suprema.

Notifíquese por carta certificada.

Archívese.

Rol N^º 2.016-2011

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Autoriza el Secretario Subrogante del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Plores.

ROL Nº 2.017-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD “DE LA SENTENCIA RECAÍDA SOBRE
EL RECURSO DE PROTECCIÓN INTERPUESTO DENTRO DE
PLAZO, ANTE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE VALPARAÍSO EN
LOS AUTOS ROL NÚMERO 462-2010”, DEDUCIDO POR HÉCTOR
HERNÁN ANDRADE VALDERAS

Santiago, veintinueve de junio de dos mil once.

A fojas 25, ténganse por acompañados los documentos.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 13 de junio de 2011, el señor Héctor Hernán Andrade Valderas ha deducido ante esta Magistratura un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad “*respecto de la Sentencia recaída sobre el Recurso de Protección interpuesto dentro de plazo, ante la ilustrísima Corte de Valparaíso en los autos ROL número 462-2010, (...) fallado con fecha 25 de Octubre del año 2010*” (sic);

2°. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”.

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

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que “*para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*”.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen:
“Artículo 79. En el caso del número 6^º del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

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

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

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

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”.

A su vez, el artículo 84 de la misma ley orgánica establece:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6^º Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

4°. Que, a fojas 24, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

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

6°. Que, del estudio del requerimiento interpuesto, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, por lo que será declarada derechamente inadmisibile;

7°. Que, en efecto y sin perjuicio de la existencia de defectos que acarrearían la necesaria inadmisión a trámite de la acción deducida a fojas 1, en la especie concurre la causal de inadmisibilidad establecida en el artículo 84, N^o 4°, de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, toda vez que el requerimiento de fojas uno no impugna precepto legal alguno, sino que cuestiona el actuar del sentenciador, en este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago, pidiendo que se declare inconstitucional el fallo de dicho Tribunal que rechazó el recurso de protección deducido por el actor, mediante sentencia de 25 de octubre de 2010, siendo ello ya motivo suficiente para declarar la inadmisibilidad de la acción deducida;

8°. Que, en relación con lo consignado en el considerando anterior, esta Magistratura en reiteradas oportunidades ha declarado la improcedencia de la acción de inaplicabilidad como medio de impugnación de resoluciones judiciales. Así, en la sentencia Rol N^o 493, señaló que *“la acción de inaplicabilidad es una vía procesal inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar, o anular éstas; ya que la guarda del imperio de la ley en el conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado en general y de la sustanciación en particular en las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley a través de las vías procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento;”* (en el mismo sentido, STC roles N^{os} 1.145 y 1.349);

9°. Que, asimismo, en este caso concurre la causal de inadmisibilidad del N^o 6° del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, ya que el requerimiento impetrado carece de fundamento plausible. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha sostenido que la exigencia constitucional de fundamentar razonablemente un requerimiento de inaplicabilidad, para los efectos de declarar su admisibilidad, supone una *“condición que implica –como exigencia básica– la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la*

Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente. La explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada.” (STC roles N^{OS} 482, 483, 484, 485, 490, 491, 492 y 494, entre otras);

10°. Que, en el presente caso, de la sola lectura del requerimiento se aprecia que adolece de tal grado de confusión que hace imposible su acertada inteligencia así como que este Tribunal pueda deducir una cuestión de constitucionalidad específica sometida a su decisión. Así, por ejemplo, el requirente confunde el recurso de protección que en el inicio y petitorio de su presentación estima como gestión en que incide el requerimiento deducido, con un juicio ejecutivo seguido en su contra y con un juicio criminal seguido por el delito de prevaricación ante el Juzgado de Garantía de Valparaíso, planteando –a fojas 4– este último juicio como el constitutivo de la gestión pendiente relacionada con su acción de inaplicabilidad.

Por otro lado, a fojas 4, solicita la inaplicabilidad del artículo 19, N^º 3, inciso cuarto y quinto, de la Constitución Política, en circunstancias que el requerimiento de inaplicabilidad procede en contra de preceptos legales y no constitucionales.

En fin, en el tercer otrosí de su presentación, insinúa que este Tribunal debiera dictar una sentencia de reemplazo, siendo ello manifiestamente improcedente.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N^º 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en los N^{OS} 4° y 6° del artículo 84 y demás normas citadas y pertinentes de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Téngase por no presentado para todos los efectos legales. Al primer, segundo, tercer y cuarto otrosíes, estése a lo resuelto en lo principal.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Archívese.

Rol N^º 2.017-2011

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

ROL Nº 2.018-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 207,
LETRA B), DE LA LEY Nº 18.290; Y 39 Y 40 DE LA LEY Nº 18.287,
DEDUCIDO POR EL JUZGADO DE POLICÍA LOCAL
DE MARÍA PINTO

Santiago, siete de agosto de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 14 de junio de 2011 el Juez de Policía Local de María Pinto ha requerido a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 207, letra b), de la Ley Nº 18.290 (D.F.L. Nº 1, del Ministerio de Justicia, del año 2007, en adelante, indistintamente, D.F.L. Nº 1 o Ley de Tránsito) y de los artículos 39 y 40 de la Ley Nº 18.287, que establece el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, en el marco del proceso de suspensión de licencia de conductor por acumulación de anotaciones de infracciones Rol Nº 553-2011, que se encuentra actualmente pendiente.

Los preceptos cuya aplicación se requiere declarar inconstitucional disponen:

“Artículo 207. Sin perjuicio de las multas que sean procedentes, el Juez decretará la suspensión de la licencia de conducir del infractor, en los casos y por los plazos que se indican a continuación:

(...) b) Tratándose de procesos por acumulación de infracciones, al responsable de dos infracciones o contravenciones gravísimas cometidas dentro de los últimos doce meses, la licencia se suspenderá de 45 a 90 días y al responsable de dos infracciones o contravenciones graves cometidas dentro de los últimos doce meses, de 5 a 30 días.” (DFL Nº 1).

“Artículo 39. El juez de policía local abogado del domicilio que el conductor tenga anotado en el Registro Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados o aquél que sea competente de acuerdo con el penúltimo inciso del artículo 14 de la ley Nº 15.231, si el del domicilio no fuere abogado, conocerá de la cancelación o suspensión de la licencia de conductor cuando proceda por acumulación de anotaciones de infracciones en aquel Registro, sin perjuicio de la facultad de los tribunales para cancelar o suspender la licencia en los procesos de que conozcan.” (Ley Nº 18.287)

“Artículo 40. El Juez, con la información que le envíe el Registro Nacional de Conductores, citará al afectado a una audiencia para un día y hora determinados, en la que deberán hacerse valer los descargos.

Para tal efecto, se citará al conductor afectado mediante cédula, en extracto, que se dejará en su domicilio. Si no concurriere a la citación o el domicilio regis-

trado no le correspondiere o fuere inexistente, el Juez ordenará su arresto para que concurra a la presencia judicial.

Efectuados los descargos, el Juez fallará en el acto o recibirá la prueba, decretando todas las diligencias que estime pertinentes.

No procederá recurso alguno contra las sentencias y demás resoluciones que se dicten en este procedimiento.” (Ley N^º 18.287)

Expone el requirente que la aplicación de las normas impugnadas contraviene el inciso sexto del numeral 3^º del artículo 19 de la Carta Fundamental, esto es, el racional y justo procedimiento, en su expresión del principio *non bis in idem*, en virtud del cual nadie puede ser juzgado y sancionado dos veces por un mismo hecho y que impide que una persona pueda estar indefinidamente sujeta a persecuciones litigiosas, cuando ya ha sido condenada y ha cumplido condena.

El requerimiento fue acogido a tramitación con fecha 28 de junio de 2011 por la Segunda Sala de este Tribunal.

Con fecha 12 de julio de 2011, se declaró su admisibilidad, requiriendo al tribunal que conoce la gestión pendiente el envío de las piezas principales del expediente.

Posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

Adicionalmente, el requerimiento fue comunicado al Servicio de Registro Civil e Identificación en su calidad de denunciante en la gestión invocada, en ocasión de lo cual dicho Servicio compareció dando cuenta de haber formulado la denuncia de acumulación de infracciones, obrando de conformidad a lo ordenado por los artículos 210, 211 y 216 de la Ley N^º 18.290.

Concluida la tramitación del proceso, con fecha 4 de noviembre de 2012, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 12 de abril de 2012 se verificó la vista de la causa.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que se inició el presente proceso constitucional por requerimiento deducido el Tribunal de Policía Local de María Pinto, solicitando la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 207, letra b), de la Ley de Tránsito y de los artículos 39 y 40 de la Ley N^º 18.287, que establece el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, en el marco de un proceso pendiente, sobre suspensión de licencia de conductor por acumulación de anotaciones de infracciones;

SEGUNDO. Que la preceptiva legal cuestionada ha sido transcrita en la parte expositiva de esta sentencia, en la cual también se han consignado debidamente las alegaciones y fundamentos de derecho aducidos por el requirente, así como las resoluciones, comunicaciones y certificaciones que dan cuenta de la sustanciación de este proceso constitucional;

TERCERO. Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, produciéndose empate de votos respecto de la solicitud de inaplicabilidad del artículo 207, letra b), de la Ley de Tránsito y del artículo 40 de la Ley N° 18.287, con lo cual, atendido el quórum calificado exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y asimismo que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por desechado el requerimiento por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido respecto de dicha preceptiva. Por otra parte, en ambos votos se rechazó la solicitud de inaplicabilidad del artículo 39 de la Ley N° 18.287.

I

VOTO POR EL RECHAZO DEL REQUERIMIENTO

Los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, (Presidente), la Ministra señora Marisol Peña Torres y los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino estuvieron por rechazar la acción de inaplicabilidad, teniendo presentes las siguientes consideraciones:

I

Consideraciones previas

1°. Que, como consideraciones previas al caso concreto, es preciso tener presente, de modo sintético, el tratamiento y regulación de la licencia de conductor como expresión de la libertad ambulatoria, su marco legal y sus límites, por una parte, así como la referencia al principio del *non bis in ídem*, por otra, puesto que ambas materias tienen importancia en la resolución del conflicto sometido a decisión de esta Magistratura;

1. Tratamiento de la licencia de conductor

2°. Que, en cuanto a la primera cuestión, cabe recordar brevemente algunas características distintivas que posee la licencia de conductor tratadas en las STC roles N°s 1.804 y 1.888 (cc. decimoprimeros a trigesimonoveno y décimo a trigesimonoveno, respectivamente), en el entendido de que lo que se ventila en el asunto de fondo tiene similares características con el presente caso, esto es, la suspensión de la licencia, medida motivada por la acumulación de anotaciones de infracciones a la Ley de Tránsito en menos de doce meses;

3°. Que, en primer lugar, cabe señalar que una de las manifestaciones de la libertad ambulatoria consagrada constitucionalmente es el derecho a transitar y movilizarse, mediante vehículos motorizados, por las vías públicas. Tratándose de una libertad constitucional, *“resulta normal que deba ser desarrollada y concretados sus contenidos mediante regulación legal, la cual puede establecer ‘condiciones o requisitos para su ejercicio’, debiendo respetar en todo caso el contenido esencial de esta libertad”* (STC Rol N^º 1.888, c. decimoquinto);

4°. Que existen condiciones y requisitos habilitantes para conducir en las vías públicas, puesto que se trata de una actividad con riesgos personales y para terceros. Por tanto, existe un amplio conjunto de conductas prohibidas para un conductor. Lo relevante, más allá del establecimiento de un catálogo exhaustivo de ellas, es determinar la razón de su establecimiento, esto es, la garantía y respeto de terceros para la cautela y protección de sus derechos (STC Rol N^º 1.888, cc. decimoctavo, decimonoveno, vigésimo y vigesimoprimer);

5°. Que, porque el respeto a terceros es una variable fundante de la regulación de esta materia, ésta se ha entregado a una autoridad pública y no a la decisión de privados. Por lo mismo, la licencia de conductor es un acto administrativo autorizante, municipal, habilitante, de vigencia indefinida, pero de revisión temporal, que puede ser perfectamente no otorgada, suspendida o cancelada en caso de acaecer las hipótesis consideradas por el legislador; además se trata de un acto administrativo sujeto a registro e inscripción. Conducir un vehículo motorizado en una vía pública no corresponde al ejercicio de una libertad natural sino que la Constitución le otorga cobertura al legislador para resguardar la libertad ambulatoria de todos, especialmente del derecho de terceros (STC Rol N^º 1.888, c. vigésimo);

6°. Que, en efecto, *“desde el reconocimiento constitucional de la libertad ambulatoria aplicada a la conducción motorizada en vías públicas, y teniendo en cuenta los procedimientos administrativos que reconocen determinadas aptitudes en el conductor y obligaciones en la conducción, es que la licencia puede ser suspendida o cancelada”* (STC Rol N^º 1.888, c. trigesimosegundo). La suspensión se encuentra vinculada estrictamente a hechos propios (artículo 170, inciso final, Ley de Tránsito) y tiene un límite temporal precisamente establecido por el legislador en el caso de autos (de 45 a 90 días);

7°. Que lo afirmado se corrobora por el hecho de que el tránsito de vehículos motorizados es una actividad que el legislador asume como riesgosa, y una expresión de esa asunción es la obligación por él establecida del contrato de seguro obligatorio de accidentes personales causados por la circulación de vehículos motorizados. Efectivamente, el artículo 1^º de la Ley N^º 18.490 dispone que todo *“vehículo motorizado que para transitar por las vías públicas del territorio nacional requiera de un permiso de circulación,*

deberá estar asegurado contra el riesgo de accidentes personales a que se refiere esta ley". El legislador obliga al ciudadano que pretenda circular en vehículo motorizado a contratar dicho seguro, y parece no haber dudas de que dicha exigencia constituye un medio razonable y proporcionado para precaver riesgos colectivos en una perspectiva preventiva;

8°. Que estas consideraciones permiten comprender que la regulación sobre el tráfico de vehículos motorizados y la licencia de conductor (otorgamiento, tratamiento, plazos de vigencia, requisitos, suspensión, revocación, entre otras), dada su naturaleza, deba ser ordenada por el legislador observando todas estas variables, por lo que, en consecuencia, tiene una amplia libertad para su realización y desarrollo en el marco constitucional debido;

2. Breve consideración sobre el principio "*non bis in idem*"

9°. Que, en relación a la segunda cuestión preliminar, el requirente afirma que las normas legales respecto de las cuales se formula el requerimiento, citadas en la parte expositiva de esta sentencia, infringirían el principio *non bis in idem*, que forma parte del procedimiento racional y justo consagrado en el artículo 19, N° 3°, inciso quinto [hoy sexto] de la Carta Fundamental;

10°. Que el principio penal de *non bis in idem* supone, en términos generales, que nadie puede ser juzgado y/o sancionado dos veces por un mismo hecho;

11°. Que la prohibición del *non bis in idem* implica una restricción de carácter procesal, por un lado, y una restricción de naturaleza material o sustantiva, por otro, ambas, en principio, restricciones que vinculan al sentenciador;

12°. Que, como estándar de clausura procesal, "*el principio se traduce en una exclusión de la posibilidad de juzgamiento de un hecho ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho*", restricción que se identifica con la institución de la cosa juzgada material o la *litis pendencia*, cuando el juzgamiento es sucesivo o simultáneo, respectivamente. Por su parte, como estándar sustantivo de adjudicación, la prohibición vincula, en principio, a aquellos casos en que "*el hecho objeto del juzgamiento puede satisfacer dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo, en términos de lo que se conoce como un concurso de delitos*", estándar que obliga, en principio, al juez, "*porque la premisa ideológica que subyace a la aplicación del principio en su modalidad de prohibición de doble valoración es la necesidad de evitar las consecuencias de una eventual redundancia legislativa circunstancial*" (ambas citas y consideraciones: Mañalich R., Juan Pablo. Informe en Derecho: El principio *ne bis in idem* en el derecho sancionatorio comparado y chileno, página 14 y siguientes. Disponible en <http://www.tdrc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=2467&GUID>);

13°. Que como se puede concluir de lo expresado, la prohibición del *non bis in idem* tiene como destinatario de referencia normativa fundamental al juez sentenciador que, en el caso concreto, debe resolver si es que un hecho sometido a un procedimiento radicado en su competencia ya ha sido juzgado, siguiendo la regla clásica de coincidencia de sujetos, hechos y fundamento, o si el comportamiento que ha de ser juzgado se describe y sanciona en diversas disposiciones sin fundamento para ello (prohibición de doble valoración). Cuando el juez se ve enfrentado a problemas como éstos, el ordenamiento jurídico le otorga diversas herramientas de solución; así, por ejemplo, las excepciones de cosa juzgada y litis pendencia (artículos 264, letras b) y c), y 374, letra g), del Código Procesal Penal) o la detección y aplicación de un concurso aparente de delitos;

14°. Que, sumado a lo anterior, el principio *nonbis in idem* prohíbe al legislador establecer penas crueles, inhumanas o degradantes y la constitucionalidad de la disposición requerida debe ser considerada, también, bajo éste parámetro;

15°. Que, en efecto, la regla del *non bis in idem* es un principio que “no prohíbe que una persona pueda ser castigada doblemente (por) unos mismos hechos si la imposición de una y otra sanción responden a distinto fundamento. Así podría decirse que lo proscrito por el principio *non bis in idem* no es tanto que alguien sea castigado o perseguido doblemente por idénticos hechos, cuanto por idéntico ilícito, entendido como hechos que lesionan o ponen en peligro determinado interés protegido por la norma sancionadora” (Rafael Pérez Nieto y Manuel Baeza Díaz-Portales, Principios del Derecho Administrativo Sancionador, Volumen I, Consejo General del Poder Judicial, Fundación Wellington, Madrid, 2008, p. 152) [énfasis agregado];

16°. Que, respecto a la consagración del principio de *non bis in idem*, sin perjuicio de que no tenga un reconocimiento constitucional explícito, debe deducírsele –en su faz procesal– del debido proceso, consagrado en el artículo 19, N^º 3^º, como también “*ha de entenderse que forma parte del conjunto de derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover en virtud del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución, el que reconoce como fuente de esos derechos tanto a la propia Carta Fundamental como a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*” (STC Rol N^º 1.968, c. cuadragésimoprimer), especialmente en relación al artículo 14, N^º 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 8, N^º 4, de la Convención Americana de Derechos Humanos;

17°. Que el legislador en materia penal tiene libertad para definir los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la sanción punitiva. Por tanto, es perfectamente admisible que una conducta pueda infringir diversos bienes jurídicos generando una multiplicidad de penas. Así las posibilidades sancionatorias son amplias y muchas veces el legislador po-

drá concurrir, legítimamente, a fijar penas principales, penas accesorias, sanciones penales junto a sanciones administrativas o consecuencias no penales derivadas o anudadas a una pena penal. Junto a la multiplicidad de penas, normalmente, concurrirá una cierta gradación en donde la reiteración y la reincidencia tienen un papel esencial en el agravamiento de la o las penas, cualquiera sea la naturaleza de las mismas. En todas las situaciones, habrá que estar al caso concreto de cautela de los bienes jurídicos protegidos, su proporcionalidad y su respeto a la interdicción de la doble incriminación por el triple fundamento de identidad en la persona, la conducta y sus fundamentos;

18°. Que, habida cuenta de estas observaciones, al analizar la constitucionalidad de las normas requeridas, debe tenerse en cuenta, por una parte y como ya se indicó, que el legislador tiene libertad amplia en la regulación sobre el tráfico de vehículos motorizados y la licencia de conductor, dadas las características anotadas y el interés público y de terceros comprometido, así como también posee un margen amplio de libertad para determinar las penas asociadas a comportamientos negativamente valorados y, por otra parte, debe considerarse que el principio penal de *non bis in ídem* tiene expresión en el ordenamiento jurídico en la instituciones antes señaladas;

II

Procedimiento de suspensión de licencia de conductor por acumulación de anotaciones de infracciones de tránsito

19°. Que el procedimiento de suspensión de licencia de conductor por acumulación de anotaciones de infracciones de tránsito, que se realiza ante los Juzgados de Policía Local y respecto del cual el requirente impugna dos disposiciones directamente y una relacionada (artículos 39 y 40 de la Ley N° 18.287 y 207, letra b), de la Ley de Tránsito), tiene características especiales que, sin perjuicio de que la decisión final no sea la misma, esta Magistratura en su mayoría ha reconocido como tales (véase cc. 12°, 13° y 14° del voto por acoger y los cc. 64° a 86° del voto por rechazar de la STC Rol N° 1.888, de 2010);

20°. Que, en síntesis, este procedimiento –Título IV de la Ley N° 18.287– es el resultado de procedimientos infraccionales previos que determinan si un comportamiento constituye una infracción a la Ley de Tránsito y de un procedimiento administrativo en virtud del cual la infracción debe ser anotada en el Registro Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados (en adelante Registro), a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación (artículo 210 de la Ley de Tránsito);

21°. Que, ocurrido lo anterior y en caso que conste en el Registro que existe acumulación de infracciones graves o gravísimas y aparecie-

ra que se cumplen los presupuestos para la suspensión de la licencia de conductor, “*el Servicio de Registro Civil e Identificación deberá informarlo detalladamente al Juez de Policía Local del domicilio que el titular de la licencia tuviera registrado, dentro de los dos días hábiles contados desde la anotación de la infracción en el Registro*” (artículo 216 de la Ley de Tránsito), después de lo cual comienza a operar el procedimiento de suspensión dispuesto en el Título IV de la Ley N^º 18.287;

22º. Que es fácil advertir que el procedimiento en que incide este requerimiento no se funda únicamente en las normas requeridas y que más bien obedece a un “*procedimiento complejo que debe incluir en su análisis constitucional el proceso infraccional y el intercambio administrativo de información definitiva entre los tribunales de justicia y el ente registral*” (STC Rol N^º 1.888, c. octagesimosexto).

En efecto, existe un complejo de disposiciones distintas a las requeridas que forman parte de este sistema más amplio que genera el procedimiento de suspensión por acumulación de anotaciones de infracción (entre otras, los artículos 211, N^º 2, 215 y 216 de la Ley de Tránsito);

23º. Que, sumado a lo anterior, la especial naturaleza de este procedimiento se ratifica desde su propio origen, puesto que la misma historia de la ley que lo estableció creó “*un trámite, sin forma de juicio, ante el Juez de Policía Local, que permitirá en forma rápida y garantizando los derechos del afectado, hacer efectivas las penas de cancelación o suspensión por reincidencia del titular de una licencia en infracciones gravísimas o graves*” (Historia fidedigna de la Ley N^º 18.287, Tomo II, p. 335);

24º. Que, como se puede apreciar, la propia historia del establecimiento de este procedimiento reconoce que se trata de un “*trámite*” que permite hacer efectiva la sanción que establezca el legislador (la suspensión en este caso), por la reiteración de ciertas conductas en un tiempo determinado;

25º. Que, en consecuencia, se trata de un procedimiento complejo, *ex novo*, que se funda y tiene como objeto hacer más eficiente la realización de la sanción por el incumplimiento reiterado en un tiempo específico, acotado a un año, de las normas del tránsito que establecen infracciones calificadas de graves y gravísimas. No se trata, por consiguiente, de un procedimiento análogo, ni comparable a los anteriores que lo causan y que, en consecuencia, constituya un procedimiento que pueda impugnarse como excepción de cosa juzgada respecto de los procedimientos infraccionales;

26º. Que lo anterior se confirma por el hecho de que, en los procedimientos ordinarios que se ventilan ante los Juzgados de Policía Local, el legislador garantizó el principio penal del *non bis in ídem*, puesto que para toda falta o contravención rige “*lo dispuesto en los artículos 174 a 180, inclusive, del Código de Procedimiento Civil, en cuanto les fueren aplicables*” (artículo 29, inciso primero, de la Ley N^º 18.287);

27°. Que deliberadamente el legislador consideró la excepción de cosa juzgada como una excepción admisible en los procedimientos ante los Juzgados de Policía Local y razonadamente, también, no la estimó aplicable en el procedimiento de suspensión por acumulación de anotaciones respecto de los procesos infraccionales, dada su especial naturaleza: es un procedimiento (trámite, como indica la historia de la ley), causado y antecedido por los procedimientos infraccionales y la comunicación administrativa, que tiene por objeto aplicar eficientemente una sanción a quien, de manera reiterada en cierto espacio de tiempo, ha infringido las normas del tránsito grave o gravísimamente, sanción dispuesta en el artículo 207, letra b), de la Ley de Tránsito, impugnado en autos;

28°. Que, habida consideración de lo señalado, el procedimiento del Título IV de la Ley N° 18.287 no es uno en el que se examinen hechos ya juzgados y sancionados, sino que es un nuevo procedimiento para aplicar de manera efectiva la sanción por una conducta reiterada de infracción de las normas de tránsito en un tiempo determinado. Por eso el legislador lo ideó con características que no se encuentran en otros procedimientos;

29°. Que, en efecto, el legislador no ha establecido una sanción sin una conducta valorada negativamente, puesto que las normas que contemplan la sanción y el procedimiento en que se tramita discurren sobre una hipótesis nueva, distinta a la de una sola infracción individualmente analizada: se trata de dos infracciones en un tiempo determinado. La finalidad de la norma es regular, con anterioridad a la perpetración de los hechos, la hipótesis de varias infracciones cometidas por el mismo conductor como manifestación de una vulneración sistemática de las reglas del tránsito, en función de los bienes jurídicos que protege. La vulneración reiterada de las normas del tránsito en un tiempo determinado y que deben ser conocidas por todos quienes pretendan acceder a la licencia de conductor de vehículos motorizados, supone una actitud distinta del infractor ocasional, diferencia que el legislador justificadamente recoge y sanciona;

30°. Que, en efecto, estas reglas producen el incentivo para conducir con cuidado y ampliar las medidas precautorias en la población, puesto que toda fiscalización es, por esencia, aleatoria y el hecho de que una persona sea sancionada dos veces en menos de un año con la pena de la suspensión de su licencia de conducir manifiesta una conducta que el legislador ha querido, fundadamente, disuadir;

31°. Que, sumado a lo anterior, el legislador busca cautelar un bien jurídico complejo, integrado por la seguridad vial, como bien intermedio, y la vida e integridad física de las personas, como bienes jurídicos finales. Normalmente, la dimensión jurisdiccional de cada una de las conductas sancionadas se dirige a reconocer la vulneración concreta de la seguridad vial, y la dimensión administrativa por su parte, cautela preventivamente

el complejo integrado de bienes jurídicos, configurando un nuevo fundamento;

32°. Que el procedimiento impugnado es uno en donde el legislador ha previsto una modalidad graduada de penalidad. Esto es, siempre aplica pena principal alternativa (multa o suspensión) sin recurrir a la idea de pena principal (multa) y pena accesoria (suspensión), como acontece normalmente en un conjunto amplio de infracciones penales o administrativas. Solamente con la acumulación de penas dentro de doce meses, esto es, con reincidencia definida jurisdiccionalmente y no con reiteración fáctica de infracciones, aparece un nuevo proceso para acreditar la suspensión, otorgando un rango al juez de determinación del disvalor;

III

Caso concreto

33°. Que el asunto de fondo que motiva este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que se ventila en el Juzgado de Policía Local de María Pinto, Rol N^º 553, tiene por objeto hacer efectiva la suspensión que le corresponde a quien cometió dos faltas gravísimas en menos de doce meses, en virtud de lo dispuesto en el artículo 207, letra b), de la Ley de Tránsito, suspensión que va de los 45 a los 90 días;

34°. Que este procedimiento tiene como fundamento la reincidencia en conductas gravísimas que infringen la Ley de Tránsito en un tiempo determinado, que fueron debidamente registradas en virtud de lo establecido en el artículo 211, N^º 2, del D.F.L. N^º 1 y comunicadas al Juzgado de Policía Local del domicilio del infractor de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 211, N^º 2, y 216 del mismo cuerpo legal;

35°. Que la actitud reiterada de contravención de las reglas de tránsito es evaluada negativamente por el legislador, imponiéndole una sanción especial si es que la reincidencia se produce en un tiempo determinado (menos de doce meses). Para la imposición de dicha sanción existe un trámite especial, más efectivo, ante el Juzgado de Policía Local del domicilio del infractor;

36°. Que dicho procedimiento –de suspensión de la licencia de conductor por acumulación de anotaciones de infracciones gravísimas–, como se indicó más arriba, no es comparable a los procedimientos infraccionales que lo fundamentan y, en consecuencia, éstos no pueden esgrimirse como excepción de cosa juzgada respecto de aquél;

37°. Que la naturaleza distinta del procedimiento así fue definida por el legislador, dentro de su ámbito de competencia, al establecer un “*trámite, sin forma de juicio, ante el Juez de Policía Local, que permitirá en forma rápida y garantizando los derechos del afectado, hacer efectivas las penas de cancelación o suspensión por reincidencia del titular de una licencia en infracciones gravísimas*”

o graves” (Historia fidedigna de la Ley N° 18.287, Tomo II, p. 335);

38°. Que, como se advirtió, la regla general en las causas que se tramitan en los Juzgados de Policía Local es la aplicabilidad de la excepción de la cosa juzgada (artículo 29 de la Ley N° 18.287), que en este caso el legislador razonadamente no admite que sea empleada tomando como base los procesos infraccionales que fundan el trámite de la suspensión;

39°. Que dicha decisión no vulnera el principio *non bis in idem*, puesto que el fundamento de la sanción y la naturaleza del trámite son distintos a los que lo causan (los dos procedimientos infraccionales por cada infracción cometida). La identidad exigida entre los procedimientos sólo concurre en la persona y no en la configuración normativa de los hechos ni en los fundamentos;

40°. Que tampoco constituye una pena desproporcionada. Es más, el Nuevo Segundo Informe de la Comisión de Transporte del Senado en la Historia de la Ley N° 19.495 da cuenta de la voluntad del legislador de rebajar los tiempos de suspensión: *“De acuerdo con la ley actual, por una infracción gravísima se suspende la licencia por un plazo que va de 10 a 90 días. En proceso de acumulación: por 2 gravísimas en 12 meses, la suspensión es de 90 a 180 días y por 2 graves en 12 meses, la suspensión es de 30 a 90 días [...] Se estimó que 10 días de suspensión, que es el plazo mínimo de suspensión para las infracciones gravísimas, es mucho, atendido el hecho de que la persona puede perder su fuente de trabajo y, además, producirse una serie de efectos colaterales no deseados. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se trata de suspender la licencia por acumulación de infracciones, toda vez que se trata de un infractor contumaz, perseverante, que no ha entendido”,* tomándose la decisión de *“[r]ebajar los días de suspensión paralas infracciones gravísimas contemplados en el Segundo Informe de “10 a 90” por “5 a 45”, salvo caso de alcohol o drogas, que se aplica el doble, o sea, “10 a 90”; dos gravísimas en 12 meses, de “90 a 180” por “45 a 90” y 2 graves en 12 meses, de “10 a 60” por “5 a 30” días. En consecuencia, se rebajaron los días de suspensión a la mitad del plazo establecido por la Comisión en su Segundo Informe, todo ello sin perjuicio de las multas que sean procedentes”* [énfasis agregado] (Historia fidedigna de la Ley N° 19.495, página 623).

Sumado a lo anterior, debe afirmarse es que el legislador se orienta hacia *“el infractor contumaz y perseverante”* (Historia de la ley N° 19.495, p. 623) y el bien jurídico no es el reproche ya juzgado por una conducta específica sino que la variada reincidencia que exige una disuasión legítima que inhiba tales contravenciones;

41°. Que, además, la sanción establecida en el artículo 207, letra b), se encuentra perfectamente definida y predeterminada, dejando a discrecionalidad del juez disponer la duración de la suspensión entre 45 y 90 días;

42°. Que, asimismo, el requerimiento no atiende al hecho de que existe un entramado de normas más complejo que configura y antecede al

procedimiento de suspensión de licencia de conductor por acumulación de anotaciones de infracciones de tránsito, que no ha sido impugnado en el presente requerimiento;

43°. Que, por las consideraciones expuestas y, a juicio de los Ministros que suscriben este voto, procede rechazar la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada.

II

VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO

Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado estuvieron por acoger la acción de inaplicabilidad respecto de los artículos 207, letra b) de la Ley N^º 18.290 y 40 de la Ley N^º 18.287, teniendo presentes las siguientes consideraciones:

1°. Que, en la gestión invocada, un proceso seguido ante un Juzgado de Policía Local, instruido por acumulación de infracciones de tránsito, se pretende la aplicación decisiva de los preceptos impugnados, de lo que resulta la imposición de la pena de suspensión de la licencia para conducir.

Consta que el antecedente preciso es la comisión, en épocas diversas, de dos faltas, cada una sancionada judicialmente;

2°. Que, si bien el requerimiento se funda explícitamente en la transgresión del artículo 19, N^º 3, de la Constitución –vulneración de las reglas que garantizan un racional y justo procedimiento, en su expresión del principio del *non bis in idem*–, estos sentenciadores, sin perjuicio de acogerlo por el motivo indicado, estiman que concurren además otros fundamentos para tal declaración. Así razonan en estricto cumplimiento del artículo 88 de la Ley N^º 17.997, que sólo lo impide en el caso de que el nuevo fundamento sea el *único* que sustenta la decisión;

3°. Que, como se verá, las disposiciones objetadas suscitan diversos reproches constitucionales, que se analizarán separada y sucesivamente;

I

Sobre el artículo 207, letra b), de la ley N^º 18.290

4°. Que es una base esencial de todo ordenamiento penal democrático el principio de que por un mismo hecho delictivo el responsable no puede sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución criminal, conocido como el *“non bis in idem”*. Esta interdicción del juzgamiento y la sanción múltiples se sustenta, respectivamente, en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad.

Su fundamento constitucional deriva de la dignidad personal y del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana,

cualidad que le es reconocida universalmente. Su transgresión constituye, pues, un atropello de las bases de la institucionalidad, así como de las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, consagradas en el capítulo sobre igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Como se ha dicho reiteradamente, tales garantías no se restringen a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional. En ese sentido, el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho desafía toda noción de justicia;

5°. Que, en este caso, la contrariedad a los principios constitucionales referidos aparece clara y nítida, no pudiendo ser interferida en su comprensión por consideraciones ajenas a su esencia, pues en todos los procesos vinculados se tutela el mismo bien jurídico; no existe un hecho delictivo nuevo (que motiva el tercer proceso no lo es, como que su fundamento es una infracción ya juzgada) y el instituto de la acumulación de penas está reservado, por su naturaleza, a situaciones del todo ajenas a las que se ventilan en este caso;

6°. Que se constata, asimismo, la vulneración de la prohibición estampada en el inciso final del N° 3° del artículo 19 de la Constitución, referida a que *“ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”*

La tipicidad, o descripción abstracta de la circunstancia delictiva, a que alude el precepto citado, es un elemento esencial del delito, sin el cual éste simplemente no existe. Comprende, necesariamente, la acción, el resultado y la vinculación causal entre ambos.

El examen de la figura en cuestión (acumulación de infracciones o contravenciones graves o gravísimas en los últimos doce meses) revela que no hay descripción de algún comportamiento o conducta, entendidos como un acto voluntario, y, por ende, no hay acción que pueda configurar un hecho típico. Si no hay acción, no hay delito; si no hay culpa, no hay delito. Esta conclusión, tan elemental, no resiste controversia alguna. Así lo refrenda la definición del delito, coincidente en la doctrina y la legislación nacional, que lo estima como toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.

Aún más, la pena –magnitud del injusto– es una consecuencia del delito y no un elemento de su estructura. En esta situación, hay pena, pero no hay delito; salvo, claro está, que se estime legítimo sancionar criminalmente hechos que ya fueron objeto de represión criminal. La Constitución, ciertamente, no lo permite;

7°. Que, también, el precepto objetado aparece transgrediendo el mandato constitucional que prohíbe al legislador presumir de derecho la responsabilidad penal.

De éste –en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos limitativos de las garantías no pueden afectar la esencia de las mismas– se deduce indirectamente el principio de inocencia, claramente consignado en tratados internacionales suscritos por Chile, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La voluntariedad del acto, elemento esencial del hecho delictivo, debe justificarse y no puede ser presumida en tales términos que se impida acreditar los supuestos de la irresponsabilidad penal.

En sentencia de esta Magistratura Rol N^º 787, de 13 de mayo de 2008, se afirmó “*que la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal constituye un principio que es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1^º de la Constitución Política, y del derecho a la defensa en el marco de un debido proceso, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19, N^º 3, de la Ley Fundamental*”. “Acercándonos a la especie, la prohibición señalada representa un soporte sustancial a gran parte de las garantías de la doctrinariamente bien llamada igualdad ante la justicia, que en nuestro ordenamiento adoptó la peculiar denominación “*igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*”, dando sustento a la presunción de inocencia en materia penal, de unánime reconocimiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial”.

Resulta inconcuso que, en esta materia, la ley adjudica responsabilidad penal a una persona por la sola circunstancia de haber sido sancionada anteriormente, omitiendo la atribución de un acto culpable. Antes, incluso, que la imposibilidad de desvirtuar los supuestos de hecho que amparan la sanción, está la falta de descripción del hecho punible como acto voluntario. La vulneración del principio constitucional es evidente, como que se presume la responsabilidad criminal sin posibilidad de desvirtuarla, introduciendo un inédito evento de responsabilidad objetiva;

8^º. Que, por otra parte, la proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de igualdad en la protección de los derechos, tanto en su versión del concepto de igualdad jurídica como de fundamento material de un justo procedimiento.

La pena, concebida como retribución jurídica (el responsable de un delito acepta también la pena), se sujeta a reglas jurídicas universales, como las de intervención mínima, interdicción de la arbitrariedad y aplicación del principio de la proporcionalidad. Así, sostiene un reputado autor, “*la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las condiciones que la hacen “necesaria”; en ningún caso puede exceder esa necesidad*” (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo I, p. 49).

De este atributo se prescinde manifiestamente cuando, como en la especie, por la comisión de un mismo hecho se sanciona más de una vez al responsable y, muy en particular, si a las penas impuestas por dos infracciones diversas, se adiciona la de suspensión de la licencia para conducir;

9°. Que, como corolario, cabe tener en cuenta que la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos se materializa, en el texto constitucional, en varios principios que conciernen a manifestaciones diversas de un valor que impregna el derecho punitivo (irretroactividad, legalidad, debido proceso), principios cuya concreción a menudo se enlaza sutilmente, de suerte que su amparo –vital en un estado de derecho democrático– se antepone ciertamente a las necesidades de una política criminal represiva, por seductora que ésta sea en ciertas épocas y sociedades;

10°. Que, en análogo sentido, los referidos principios se reconocen como propios de todo el derecho sancionador y no se constriñen a su manifestación estrictamente penal, máxime si, como en la especie, se reprocha constitucionalmente una pena impuesta por un tribunal. Los matices –no se sabe cuáles– que se reclaman para el derecho administrativo sancionador, no tienen cabida en el ejercicio de la jurisdicción criminal, cuando ella le incumbe a un Juzgado de Policía Local; éste es un *tribunal*, no órgano administrativo que ejerce jurisdicción, y aplica una *pena de falta*;

11°. Que, adicionalmente, en la especie la pena de suspensión de la licencia de conducir –por su desproporción y ausencia de fundamento objetivo– puede afectar la garantía que recoge el artículo 19, N° 7°, letra a), de la Constitución, en cuanto impone una condición que impide el libre ejercicio del derecho a trasladarse de un punto a otro del territorio;

II

Sobre los artículos 39 y 40 de la ley N° 18.287

12°. Que, de la Ley N° 18.287, sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, además merece cuestionarse su artículo 40. Porque al abandonar las reglas procesales generales, para abocarse en especial al “*procedimiento de cancelación y suspensión de la licencia de conductor por acumulación de anotaciones de infracciones*”, impele al juez a consumir estas sanciones tras una tramitación sin forma de juicio, concentrada y rápida, lo que menoscaba las garantías de un enjuiciamiento justo y racional, aseguradas en el artículo 19, N° 3, inciso sexto, constitucional.

13°. Que, de la Ley N° 18.287, sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, además merece cuestionarse su artículo 40. Porque al abandonar las reglas procesales generales, para abocarse en especial al “*procedimiento de cancelación y suspensión de la licencia de conductor por acu-*

mulación de anotaciones de infracciones”, impele al juez a consumir estas sanciones tras una tramitación sin forma de juicio, concentrada y rápida, lo que menoscaba las garantías de un enjuiciamiento justo y racional, aseguradas en el artículo 19, N^º 3, inciso sexto, constitucional.

Dando por reproducidos los argumentos vertidos en las sentencias estimatorias recaídas en los roles N^{OS} 1.804 y 1.888, cabe reiterar en esta oportunidad que ello es así, tanto por establecer una “*audiencia*” que, contrariando el sentido natural del término, no se ofrece para el interesado como una oportunidad real donde aducir razones o pruebas, que puedan ser tenidas en cuenta a los efectos de absolución o condena, cuanto por disponer que “*no procederá recurso alguno*” en contra de esa sentencia, necesariamente punitiva;

14°. Que, en efecto, si bien dicha norma, en su inciso primero, contempla la citación del afectado a una “*audiencia*” para que éste pueda hacer valer sus “*descargos*”, es lo cierto que tal diligencia aparece como un trámite puramente nominal y carente de significación práctica. Comoquiera que se practica “*bajo apercibimiento de arresto*” y no consulta la existencia de unos previos cargos contra los cuales el afectado se pueda efectivamente levantar, por eso pues dicha citación deviene en simple aviso sobre la puesta en marcha de un proceso inexorable, predestinado a obtener su sola e ineludible inculpación de haber saldado aquellas preexistentes penas, que –a su vez– conducen en forma irremisible a la imposición de esta nueva condena de suspensión o cancelación, según se ha explicado.

De suerte que así también se menoscaba la jurisdicción, correlato al derecho de acceso a la justicia, puesto que, en su empeño por imprimir mayor eficacia coercitiva, la norma impugnada reduce a los jueces al cumplimiento de una función meramente maquina, de “*hacer ejecutar*” una pena que viene prácticamente impuesta fuera de estrados. Impidiéndoles, por ende, “*conocer*” y “*juzgar*” en su propio mérito cada nueva situación, habida cuenta de que pertenece al fuero de los jueces aplicar o modular el rigor de la ley;

15°. Que, en tal contexto, asimismo aparece carente de justificación el inciso tercero del artículo 40 objetado, al indicar que “*no procederá recurso alguno*” en contra de las sentencias que se dicten en este reducido proceso de ejecución. Por cuanto dicha fórmula remata –en este caso– una ritualidad donde no se conocen aspectos de hecho o de derecho susceptibles de ser juzgados por un tribunal, en la lógica deletérea e implacable de que si estas operaciones se clausuran a nivel a quo, no pueden sino quedar anticipadamente cerradas también para ante el grado *ad quem*.

En circunstancias que, si bien se ha fallado a veces que no siempre comprende el derecho al recurso, acorde con las garantías reconocidas en los numerales 3° y 26° del artículo 19 del texto constitucional, un impedimento absoluto de esa índole debería reservarse para conferir fijsa

solamente a ciertas resoluciones, que han sido corolario de un previo procedimiento pleno y gobernado por el principio de contradictoriedad, lo que no acontece en la especie;

III

Consideraciones finales

16°. Que en nuestro régimen positivo, que parte del principio de control jurídico y no de la inmunidad de los actos estatales, la “*presunción de constitucionalidad de las leyes*” no puede aceptarse si no se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Menos cuando ella viene siendo desusada hasta en su mismo país de origen, en tanto no venga acompañada con otros elementos de juicio, según autorizada y reciente doctrina (Richard A. Posner, *The rise and fall of judicial self-restraint*, en *California Law Review* N° 3, junio 2012, pp. 519-556).

Porque sustentar una tal suposición respecto de todas las leyes, sobre la sola base de provenir de los competentes órganos democráticos, esto es únicamente por incumbir a decisiones legislativas mayoritarias, importaría amagar innecesariamente la supremacía de la Carta Fundamental. Amén de erigirse en una auto restricción infundada para los jueces constitucionales, cuando no se trata más que de examinar el correcto ejercicio jurídico de dicha potestad;

17°. Que, acerca de las disposiciones legales objetadas, en abstracto consideradas, es de advertir que no concurre a su respecto ningún indicio que permita darlas como constitucionalmente correctas, a priori. Siendo tales credenciales todavía más necesarias, cuando en la materia se pasó de un trato como reincidencia (artículo 315 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3.068, de 1964), a otro más gravoso en que a las penas precedentes de multa y suspensión, se añade a posteriori otra suspensión, sin haber mediado ninguna nueva infracción (Ley N° 18.290, artículo 203, actual 207).

Además que, aplicadas al caso concreto de que se trata, no resultan proporcionadas, cuando se hacen recaer sobre una persona que ya fue sancionada por no respetar un disco “Pare” y, en otra ocasión, por conducir a 82 en una zona con “*velocidad, máxima de 60 kilómetros por hora*” (El Redil, comuna de María Pinto), y en circunstancias que ambas infracciones ya fueron en su momento castigadas, cada una con multa y suspensión (fojas 9 y 10), en calidad de gravísimas dentro del severo rigor de la Ley del Tránsito;

18°. Que, por otra parte, el artículo 39 cuestionado es sólo una norma de tipo competencial, que establece la atribución del tribunal de policía local para conocer de la denuncia. En dicho marco, estos juzgadores no han adquirido convicción en torno a que pueda tener la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución.

y VISTO lo prescrito en los artículos 19, número 3°, inciso quinto, y 93, incisos primero, N° 6°, y undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA:

1. QUE, POR UNANIMIDAD, SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 RESPECTO DEL ARTÍCULO 39 DE LA LEY N° 18.287.

2. QUE, POR NO HABERSE REUNIDO EL QUORUM EXIGIDO POR EL ARTÍCULO 93, NUMERAL 6°, DE LA CONSTITUCIÓN PARA ACOGER EL REQUERIMIENTO RESPECTO DE LA SOLICITUD DE INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 207, LETRA B), DE LA LEY DE TRÁNSITO Y DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY N° 18.287, ÉSTE SE ENTIENDE RECHAZADO.

3. DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO, OFICIÁNDOSE AL EFECTO AL JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE MARÍA PINTO.

Redactó el voto de rechazo el Ministro señor Gonzalo García Pino. El voto por acoger fue redactado por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2.018-2011

Se certifica que los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes concurrieron a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firman por haber cesado en su cargo, el primero, y por encontrarse con licencia médica, el segundo.

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

ROL Nº 2.019-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 115, INCISO
SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR
SERGIO TORRES BALBONTÍN

Santiago, nueve de agosto de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que con fecha 15 de junio de 2011, el abogado don Juan Carlos Manríquez, en representación de don Sergio Torres Balbontín, solicita la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 115, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en la parte que dice: *“La resolución que declare admisible la querrela será inapelable”*, para que surta efectos en la causa RUC 1110005142-9, RIT 1777-2011 del Tribunal de Garantía de Viña del Mar y en el recurso de hecho criminal Rol IC 568-2011-RPP de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por estimar que su aplicación resultaría contraria a los artículos 5°, inciso segundo, y 19, números 2° y 3°, inciso cuarto, de la Carta Fundamental;

2°. Que, a fojas 12, el 15 de junio de 2011, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento en la Segunda Sala de esta Magistratura, la que, con fecha 28 de junio de 2011, lo admitió a trámite, solicitando a la Corte de Apelaciones de Valparaíso el envío de las piezas principales del recurso de hecho criminal Rol IC 568-2011-RPP y dio traslado, acerca de la admisibilidad, al Banco del Estado;

3°. Que, a fojas 22, el 4 de julio de 2011, el requirente solicitó se complementara la resolución de esta Sala, de 28 de junio de 2011, dictada a fojas 13, en el sentido que se declarara que los efectos de la suspensión decretada para el procedimiento seguido en el recurso de hecho rol IC Nº 568-2011 alcanzaban a la causa RIT 1777-2011 RUC 1110005142-9 del Tribunal de Garantía de Viña del Mar, debiendo oficiarse al efecto;

4°. Que, a fojas 23, el 6 de julio de 2011, esta Sala confirió traslado al Ministerio Público y al Banco del Estado, por el término de diez días, a los efectos de la presentación del requirente contenida a fojas 22;

5°. Que, con fecha 13 de julio de 2011, a fojas 45, el Banco del Estado evacuó el traslado, solicitando que se desechara la petición del requirente y sosteniendo que no se necesita ninguna aclaración, toda vez que la resolución de esta Sala que suspendió el procedimiento seguido ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, es clara y que, en todo caso, dicha gestión está fallada y declarado inadmisibile el recurso de hecho;

6°. Que a fojas 46, el requirente hace presente que el Tribunal de Garantía de Viña del Mar, con fecha 8 de julio de 2011, resolvió, suspender

el procedimiento seguido ante dicha instancia y mientras se resuelva la cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad planteada. Lo anterior, ante la suspensión decretada por esta Sala del Tribunal Constitucional, a fojas 13, con fecha veintiocho de junio de dos mil once, y en mérito de la certificación correspondiente;

7°. Que, por su parte, a fojas 48, el 14 de julio de 2011, el Ministerio Público solicita se rechace la petición del requirente de extender los efectos de la suspensión del procedimiento del recurso de hecho aludido al juicio seguido ante el Tribunal de Garantía de Viña del Mar referido;

8°. Que, en otro orden de cosas, a fojas 28, el Banco del Estado, el 13 de julio de 2011, evacuó el traslado conferido a fojas 13 acerca de la admisibilidad del requerimiento, expresando que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 115 del Código Procesal Penal, en el caso concreto, debía ser rechazada por no existir afectación al “derecho al recurso”, debido a que los principios de prontitud, oportunidad y economía procesal de los actuales procesos penales se tornarían insostenibles y. Agregó, asimismo, no se infringe la igualdad ante ley por la concurrencia de dos querellantes;

9°. Que, esta Sala, a fojas 62, el 21 de julio de 2011, decretó que la Secretaria del Tribunal certificara el estado procesal del recurso de hecho, seguido ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol IC N° 568-2011. Dicha diligencia fue cumplida a fojas 63 expresándose que dicho recurso fue fallado, rechazándose, con fecha veintinueve de junio de dos mil once y que, con fecha 6 de julio de 2011, se resolvió no emitir pronunciamiento respecto de la reposición presentada por encontrarse suspendido el procedimiento por resolución de esta Magistratura;

10°. Que del examen de autos, especialmente del certificado de fojas 10, se colige que lo rechazado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso es un recurso de hecho intentado en contra de una resolución que rechazó la apelación interpuesta en contra de una resolución que rechazó un recurso de reposición dirigido contra la resolución que admitió a trámite una querrela criminal;

11°. Que, según consta del certificado de fojas 63, la resolución de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que rechazó el recurso de hecho, se encuentra con recurso de reposición pendiente;

12°. Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política de la República, es atribución de este Tribunal “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”;

13°. Que, en el mismo orden de ideas, el inciso undécimo del aludido artículo 93 de la Carta Fundamental dispone: “*En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce*

del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”;

14°. Que, a su turno, el artículo 84 de dicha ley orgánica constitucional establece que:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

15°. Que esta Sala estima que el precepto impugnado, esto es, el artículo 115 del Código Procesal Penal, en la parte que dice *“La resolución que declare admisible la querrela será inapelable”*, no resulta aplicable en el actual estado de la gestión pendiente, por lo que deberá ser declarado inadmisibile por este capítulo;

16°. Que, además, a esta Sala le resulta evidente que la acción deducida no satisface la exigencia constitucional de contener un reproche *“fundado razonablemente”*, pues no se han impugnado todos los preceptos del Código Procesal Penal necesarios para producir el efecto perseguido por la inaplicabilidad deducida y, además, la impugnación parece dirigirse a enmendar una resolución judicial adoptada, en este caso, por el Tribunal de Garantía de Viña del Mar;

17°. Que, en efecto, la inaplicabilidad es un mecanismo de control concreto de constitucionalidad de la ley establecido por la Constitución

Política de la República con el objeto de resolver si una disposición de jerarquía legal que puede ser derecho aplicable en un asunto pendiente de resolución por los tribunales ordinarios o especiales, produce o no en ese caso un efecto contrario a las normas constitucionales que son invocadas en el respectivo requerimiento;

18°. Que, como lo ha declarado este Tribunal, entre otros, en el requerimiento Rol N° 493, de veintisiete de abril de dos mil seis, *“la acción de inaplicabilidad es una vía procesal inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar o anular éstas; ya que la guarda del imperio de la ley en el conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado en general y de la sustanciación en particular de las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley a través de las vías procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento”* (c. sexto).

Por su parte, en el Rol N° 947, con fecha once de octubre de dos mil siete, el Tribunal declaró inadmisibles las acciones por cuanto, como indica el considerando 5°: *“No puede considerarse como razonablemente fundado el requerimiento si para explicar el eventual conflicto de constitucionalidad que provocarían las normas legales que impugna, el actor se limita a expresar su disconformidad con lo decidido por el 15° Juzgado Civil de Santiago, en el respectivo cuaderno de apremio del juicio especial ya individualizado, en cuanto a disponer ... la ampliación del embargo...”*. *“Resulta evidente que esa clase de cuestionamientos no configura un conflicto de carácter constitucional de aquellos que compete resolver a esta Magistratura, sino una cuestión de otra naturaleza, cuya resolución corresponde a los tribunales ordinarios”*; y

20°. Que, en consecuencia, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha logrado convicción en el sentido de que el requerimiento de fojas uno no cumple con la exigencia establecida en el artículo 93, inciso undécimo de la Constitución Política y en el artículo 84, inciso primero, N° 5°, de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, por lo que debe ser declarado inadmisibles.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución y normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno. Déjase sin efecto la suspensión de procedimiento decretada a fojas 13, alzándose. Oficiese a la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Proveyendo a fojas 22, 28, 45, 46 y 48, estése a lo resuelto precedentemente.

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

Archívese.

Rol Nº 2.019-2011

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

ROL Nº 2.020-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO
TERCERO, Y 38 BIS DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR JULIO
FRANCISCO JAVIER FUENZALIDA ASMUSSEN**

(ACUMULADO AL ROL Nº 1.856-2010)

ROL Nº 2.021-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 30, INCISO
TERCERO, Y 34, INCISO PRIMERO, AMBOS DEL D.L. Nº 3.538,
DE 1980, QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y
SEGUROS; 35 DEL D.L. Nº 1.263, DE 1975, Y 2º, NÚMERO 2, LETRA
B), DEL D.F.L. Nº 1, DE 1994, DEL MINISTERIO DE HACIENDA,
DEDUCIDO POR ARSENIO MOLINA ALCALDE**

(ACUMULADO CON ROLES Nºs 1.885 Y 1.886)

ROL N° 2.022-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 36 B,
LETRA A), DE LA LEY N° 18.168, DE TELECOMUNICACIONES,
Y 15 Y 18 DE LA LEY N° 18.838, QUE CREA EL CONSEJO
NACIONAL DE TELEVISIÓN, DEDUCIDO POR
CLAUDIO RAFAEL SEGOVIA COFRÉ

Santiago, veintinueve de marzo de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 17 de junio de 2011, Claudio Rafael Segovia Cofré ha requerido a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los siguientes preceptos legales:

– artículo 36, B letra a), de la Ley N° 18.168, de Telecomunicaciones (fojas 2):

“Artículo 36 B. Comete delito de acción pública:

a) El que opere o explote servicios o instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión sin autorización de la autoridad correspondiente, y el que permita que en su domicilio, residencia, morada o medio de transporte, operen tales servicios o instalaciones. La pena será la de presidio menor en sus grados mínimo a medio, multa de cinco a trescientas unidades tributarias mensuales y comiso de los equipos e instalaciones, y

b) El que maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y el comiso de los equipos e instalaciones.

c) El que intercepte o capte maliciosamente o grave sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM.

d) La difusión pública o privada de cualquier comunicación obtenida con infracción a lo establecido en la letra precedente, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 5.000 UTM.”

– artículos 15 y 18 de la Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, referidos al estatuto de las concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción:

“Artículo 15°. Las concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción sólo se otorgarán a personas jurídicas, cuyo plazo de vigencia no podrá ser inferior al de la concesión. Las concesiones durarán 25 años. El Consejo, con 180 días de anticipación al vencimiento del plazo de vigencia de toda concesión, o dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada la resolución que declara caducada una concesión, o dentro de los 30 días siguientes a la

fecha en que sea requerido para ello por cualquier particular interesado en obtener una concesión no otorgada, llamará a concurso público. Las bases de la licitación deberán publicarse en el Diario Oficial por tres veces, mediando no menos de tres ni más de cinco días hábiles entre cada publicación; deberán señalar con claridad y precisión la naturaleza y la extensión de la concesión que se licita y sólo podrán exigir requisitos estrictamente objetivos. La concesión será asignada al postulante cuyo proyecto, ajustándose cabalmente a las bases del respectivo concurso, ofrezca las mejores condiciones técnicas para garantizar una óptima transmisión. Se entenderá, sin necesidad de mención expresa, que toda postulación conlleva la obligación irrestricta de atenerse y mantener permanentemente el “correcto funcionamiento” del servicio, en los términos establecidos en el inciso final del artículo 1° de esta ley. En toda renovación de una concesión, la concesionaria que la detentaba tendrá derecho preferente para su adjudicación, siempre que iguale la mejor propuesta técnica que garantice una óptima transmisión. No podrá adjudicarse concesión nueva alguna a la concesionaria que haya sido sancionada de conformidad al artículo 33, N° 4, de esta ley, como tampoco a la persona jurídica que sea titular de una concesión VHF o que controle o administre a otra concesionaria de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción VHF, en la misma zona de servicios del país.”

“Artículo 18°. Sólo podrán ser titulares de una concesión de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción o hacer uso de ella, a cualquier título, personas jurídicas de derecho público o privado, constituidas en Chile y con domicilio en el país. Sus presidentes, directores, gerentes, administradores y representantes legales deberán ser chilenos y no haber sido condenados por delito que merezca pena aflictiva. Se aplicarán a las concesionarias las normas establecidas en el artículo 46 de la ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas. La infracción a estas disposiciones será sancionada por el Consejo, de acuerdo con el informe de la Superintendencia de Valores y Seguros, conforme a lo establecido en el artículo 33 de esta ley.”

La Gestión judicial invocada es el proceso penal simplificado RUC 1100474360-3, RIT 913-2011 del Juzgado de Garantía de Graneros, en el cual el requirente es imputado por el delito contenido en el primer precepto impugnado.

Señala que gestionaba un canal UHF de servicios comunitarios en Graneros, por lo que fue detenido y acusado del delito contemplado en el primer precepto impugnado.

Expone que fue requerido en proceso simplificado y que al no aceptar responsabilidad en los hechos se realizó la audiencia preparatoria del juicio simplificado.

Señala que su canal realizó ayuda a la comunidad y servicios comunitarios con las policías y que incluso se adjudicó un proyecto en el gobierno regional para la realización de la página web del canal.

El actor señala que la aplicación de la preceptiva impugnada infringe

el artículo 1^º de la Constitución, en la medida que se niega el acceso a las telecomunicaciones, y se exige ser persona jurídica y tener un cierto capital, en infracción a la protección constitucional de los grupos intermedios y al deber de asegurar la participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Considera que se infringe también la garantía de la igualdad ante la ley contenida en el numeral 2^º del artículo 19 de la Carta Fundamental, pues se le acusa por un delito consistente en transmitir sin autorización, la cual jamás podrá ser obtenida por él, pues la norma discrimina entre personas naturales y jurídicas. La aplicación de esta normativa a señales comunitarias como la suya sería discriminatoria.

En otro capítulo, considera infringida la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa, contenida en el numeral 12^º del artículo 19 de la Carta Fundamental, además del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica y del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos.

En mérito de lo expuesto, solicita la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la preceptiva referida.

Con fecha 28 de junio, el requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala de este Tribunal, que decretó la suspensión del procedimiento confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad.

A fojas 36 el Ministerio Público comparece y solicita la declaración de inadmisibilidad del requerimiento, toda vez que las normas de los artículos 15 y 18 de la Ley N^º 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión no resultarían de aplicación decisiva. La decisión de otorgar o denegar una concesión no es materia del proceso penal, pues lo único que debe juzgarse en la gestión invocada es si el actor operaba o no instalaciones de televisión y a qué título lo hacía. Por otra parte, alega que no se contendría en el libelo argumento alguno que sustente una contradicción con la Constitución del artículo 36 B de la Ley N^º 18.168. Señala además que se está en presencia de una cuestión abstracta, sin referencia a la aplicación de los preceptos al caso concreto.

A fojas 43 comparece el Consejo Nacional de Televisión, solicitando se le tenga por parte. Pide la declaración de inadmisibilidad, aduciendo que la cuestión descansa en considerar inconstitucional la normativa que establece que sólo las personas jurídicas pueden acceder a concesiones de televisión. Expone, por otra parte, que los artículos 15 y 18 impugnados no son normas aplicables al caso, ya que lo que se debe decidir es si el requirente explotaba o no una frecuencia de tv sin autorización y aun si se declararan inaplicables dichas normas el actor se encuentra dentro de la conducta típica que se le imputa en el proceso penal. Por otro lado, señala que no se expone de qué manera la aplicación de las normas vulnera la Carta Fundamental.

Con fecha 9 de agosto, en votación dividida, se declaró la admisibilidad del requerimiento, tras lo cual se confirmó traslado acerca del fondo del asunto planteado.

A fojas 63 el Ministerio Público evacuó el traslado conferido solicitando el rechazo de la acción, reiterando lo argumentado en sede de admisibilidad, agregando que las cuestiones planteadas carecen de aptitud para influir en la decisión de la gestión pendiente y que la incorporación del artículo 36 B en la preceptiva impugnada es puramente funcional, ya que no hay ningún cuestionamiento autónomo que lo afecte.

A fojas 70 compareció el Consejo Nacional de Televisión, solicitando el rechazo de la acción, reiterando lo argumentado en etapa de admisibilidad.

Con fecha 29 de septiembre de 2011 se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 27 de diciembre de 2011 se verificó la vista de la causa.

CONSIDERANDO:

I
ANTECEDENTES

PRIMERO. Que de conformidad a lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 6 de la Constitución, don Claudio Segovia Cofré ha solicitado a este Tribunal que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 36 B, letra a), de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 18.168, y de los artículos 15 y 18 de la Ley N° 18.838, del Consejo Nacional de Televisión;

SEGUNDO. Que, los preceptos cuya aplicación se impugna establecen que sólo se otorgarán concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción a personas jurídicas (artículo 15, inciso primero, de la Ley N° 18.838), y que sólo éstas podrán ser titulares de una concesión de radiodifusión televisiva de libre recepción o hacer uso de ella, a cualquier título (artículo 18, inciso primero, de la Ley N° 18.838). El artículo 36 B, letra a), de la Ley General de Telecomunicaciones, por su parte, señala que *“Comete delito de acción pública: a) El que opere o explote servicios o instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión sin autorización de la autoridad correspondiente, y el que permita que en su domicilio, residencia, morada o medio de transporte, operen tales servicios o instalaciones. La pena será la de presidio menor en sus grados mínimo a medio, multa de cinco a trescientas unidades tributarias mensuales y comiso de los equipos e instalaciones”*;

TERCERO. Que, la gestión pendiente en la cual incidiría la aplicación de tales preceptos legales se sigue ante el Juzgado de Garantía de Graneros, bajo el RUC 1100474360-3, en la cual se imputa responsabilidad al requirente por el delito de acción pública previsto en el artículo 36 B,

letra a), de la Ley General de Telecomunicaciones. Los hechos por los cuales el Ministerio Público ha dado inicio a una persecución penal en contra del requirente consisten en la operación, por éste, de instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción por la frecuencia del Canal N^º 15, UHF, sin contar con autorización de la autoridad correspondiente;

II

GARANTÍAS FUNDAMENTALES INVOCADAS

CUARTO. Que, a juicio del requirente, el impedir que se entreguen concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción a personas naturales como él, y la persecución penal que se hace en su contra por haber operado un canal de televisión sin autorización, son discriminatorias y afectan su libertad de expresión, impidiendo que el Centro Cultural que dirige desarrolle sus fines específicos como grupo intermedio, vulnerando así los artículos 1^º y 19, N^{OS} 2 y 12, de la Constitución;

QUINTO. Que respecto de la garantía de igualdad ante la ley, el requirente aduce que ésta se infringiría toda vez que las normas cuya aplicación se cuestiona exigen que se cuente con personalidad jurídica para ser titular de una concesión de radiodifusión televisiva, sin distinguir el tipo de canal o programación que se pretende transmitir. Frente a la ausencia de normativa especial para las organizaciones comunitarias como el Centro Cultural que dirige, indica, las señales comunitarias tendrían que someterse a la misma regulación general de todo concesionario, cuestión que no se condice con las particulares condiciones y finalidad de ese tipo de organizaciones. Así, se trata de forma idéntica a sujetos que se encuentran en situaciones jurídicas distintas, de modo que se infringiría la igualdad ante la ley;

SEXTO. Que, a juicio del requirente, se infringiría el artículo 19, N^º 12, de la Constitución, pues por no contar con personalidad jurídica, se le impide transmitir una señal de radiodifusión de libre recepción y se le sanciona penalmente por hacerlo, de manera que se le veda emitir opinión e informar. Agrega que se transgredirían también el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

SÉPTIMO. Que, además, frente lo formulado por un Ministro en la vista de la causa en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 88 de la ley orgánica constitucional de esta magistratura, el requirente extendió su alegato. Sostuvo que la aplicación del artículo 36 B, letra a), de la Ley General de Telecomunicaciones sería inconstitucional por infringir el principio de proporcionalidad en materia penal, reconocido en el artículo 19, N^{OS} 2^º y 3^º de la Constitución. A su juicio, la persecución penal en el caso concreto resultaría excesivamente lesiva en atención al fin que

persigue la norma, lo que no se condice con la naturaleza de *última ratio* del derecho penal;

OCTAVO. Que, antes de analizar cada uno de los planteamientos del requirente a fin de determinar la constitucionalidad de la aplicación de los preceptos cuestionados en el proceso *sub lite*, nos referiremos brevemente a la regulación de las concesiones y permisos de radiodifusión televisiva a la luz de la Constitución Política;

III REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES Y PERMISOS DE DIFUSIÓN TELEVISIVA

NOVENO. Que, en nuestro ordenamiento jurídico el acceso a la transmisión televisiva se encuentra regulado en diversos cuerpos legales e intervienen en su aseguramiento distintos órganos del Estado, dependiendo de la modalidad de acceso o título de intervención de que se trate. Tales títulos pueden ser permisos provisorios a título experimental, permisos para desarrollar servicios limitados de televisión y concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción.

Todo ello, como lo señaló esta Magistratura en sentencia Rol N° 1.849, en virtud de las facultades que el Presidente de la República tiene de administración del Estado: “*Que, dado que los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y la administración del Estado, según el artículo 33, inciso primero, de la Constitución, y atendida la circunstancia de que este cometido se traduce, entre otros, en “asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector”, merced al artículo 22 de la Ley N° 18.575, por ello al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones le corresponde, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, “administrar y controlar el espectro radioeléctrico”, según prevé el Decreto Ley N° 1.762, de 1977, en su artículo 6°, letra f).*

Lo cual debe entenderse sin perjuicio de las atribuciones que, para aquellas concesiones tratadas en la Ley N° 18.838, le corresponden al Consejo Nacional de Televisión, servicio público descentralizado colaborador del Presidente de la República en el cumplimiento de la función administrativa, en los términos del artículo 1° de la Ley N° 18.575.” (c. decimoprimeros);

Corresponde al Ministro de Transportes y Telecomunicaciones otorgar permisos provisorios para el funcionamiento temporal, sin carácter comercial y a título experimental o demostrativo, para instalar servicios de telecomunicaciones en ferias o exposiciones (Art. 15, inciso final, de la Ley N° 18.168). Por su parte, la Subsecretaría de Telecomunicaciones de dicho Ministerio se encarga de otorgar permisos para desarrollar servicios limitados de televisión, los cuales tienen duración indefinida y se pueden otorgar a toda persona interesada, natural o jurídica (Art. 9 de la Ley N° 18.168).

La administración de las concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción, en cambio, corresponde al Consejo Nacional de Televisión, en tanto servicio público descentralizado, con autonomía constitucional, colaborador del Presidente de la República en el cumplimiento de la función administrativa, en los términos del artículo 1^º de la Ley N^º 18.575;

DÉCIMO. Que, como se desprende de lo reseñado en el considerando anterior, las concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción, cuya regulación se cuestiona por el requirente en autos, no son el único mecanismo o título para acceder a la trasmisión televisiva;

DECIMOPRIMERO. Que, las concesiones en cuestión envuelven una autorización para utilizar y explotar un bien nacional de uso público, cual es el llamado “espectro radioeléctrico”, compuesto por las diferentes bandas o bloques de frecuencias por donde discurre la trasmisión televisiva. Como bien nacional de uso público constituye un recurso de libre acceso, pero como se trata de un bien limitado y escaso, es administrado por el Estado para su mejor aprovechamiento según los avances tecnológicos (STC Rol N^º 1.895, c. décimo, y STC Rol N^º 1.849, c. decimosegundo).

Como ha reconocido esta Magistratura, cabe distinguir entre la asignación de frecuencias y el otorgamiento de concesiones: “*Que, atingente a la administración del espectro radioeléctrico, el artículo segundo del Decreto Supremo N^º 264, explicitado en el considerando 9^º, numeral 9.2 del mismo texto, ordena a la Subsecretaría de Telecomunicaciones no que asigne, sino que determine y calendarice –por resolución pública y transparente– cuáles frecuencias precisas dentro de la banda UHF van quedando paulatinamente disponibles, a objeto de que las correspondientes concesiones se puedan abrir al ingreso de nuevos operadores.*”. (STC Rol N^º 1.849, c. decimosexto);

DECIMOSEGUNDO. Que para comprender la exigencia de personalidad jurídica para ser titular de una concesión, debe tenerse presente que el artículo 19 de la Constitución, si bien en su enunciado señala que la Constitución asegura “*a todas las personas*” los derechos que enumera a continuación, en su N^º 12 distingue los derechos que se reconocen a las personas naturales y a personas jurídicas, indistintamente, de aquellos derechos respecto de los cuales se ha entregado al legislador determinar quiénes podrán ejercerlos. Así, el inciso tercero del N^º 12 del artículo 19 reconoce el derecho de rectificación en las condiciones que determine la ley, a “*toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social*”. Lo mismo sucede con el inciso cuarto de la misma disposición, en el cual se señala que “*toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley*”.

En cambio, en su inciso quinto, respecto del derecho de establecer, operar y mantener estaciones de televisión, el artículo 19, N^º 12, de la Constitución señala que éste corresponde al “*Estado, aquellas universidades*

y demás personas o entidades que determine la ley”. Consecuente con lo anterior, la Ley N° 19.838 exige que para ser titular de una concesión de radiodifusión televisiva de libre recepción, se requiere contar con personalidad jurídica con un período de duración al menos equivalente al de la concesión;

DECIMOTERCERO. Que, la exigencia de personalidad jurídica para ser titular de una concesión de radiodifusión televisiva de libre recepción se inserta en un sistema regulado, que apunta asegurar que la utilización del espectro radioeléctrico se realice de forma continua y seria, sometándose a los deberes de “correcto funcionamiento” a que alude el inciso sexto del artículo 19, N° 12, de la Constitución.

Ello corresponde a la importancia que el constituyente reconoce a la televisión como medio de comunicación social, a cuya regulación dedica dos incisos especiales, que podría haber omitido si la hubiera asimilado a los demás medios de comunicación conocidos en la época: diarios, revistas y periódicos. Esta preocupación particular por el impacto social y cultural de la televisión se refleja además en la historia del establecimiento de la televisión en el país: al principio sólo podían ser titulares de canales de televisión el Estado y las universidades reconocidas por éste. Por eso el texto constitucional prescribe que sólo podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión el Estado aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine. Tales personas sólo pueden ser de naturaleza jurídica, pues si la ley pudiera determinar que ciertas personas naturales pueden obtener concesiones de televisión y otras no, sin que tal distinción fuera objetiva y razonable, estaría incurriendo en una discriminación arbitraria. Por eso la distinción que la Constitución contempla es entre ciertas personas o entidades, en el entendido que se está refiriendo a ciertas personas jurídicas o entidades que tienen la capacidad para gestionar adecuadamente un canal de televisión, y las personas naturales que quedan excluidas.

Así, la Ley del Consejo Nacional de Televisión en su artículo 15 establece que los titulares de las concesiones deben ser “*personas jurídicas de derecho público o privado, cuyo plazo de vigencia no podrá ser inferior al de la concesión*”, o sea 25 años. Luego, estas personas deben estar constituidas en Chile y tener domicilio en el país. Sus presidentes, directores, gerentes, administradores y representantes legales deben ser chilenos y no haber sido condenados por delito que merezca pena aflictiva (Arts. 15 y 18 de la Ley N° 18.838). Además, a las concesionarias se les aplican las normas del artículo 46 de la Ley N° 18.046, referidas a la obligación del directorio de proporcionar a los accionistas y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y, en su caso, la Superintendencia determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad.

Por la importancia que la Constitución atribuye a la televisión, establece además que un organismo especializado, el Consejo Nacional de Televisión, velará por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación, lo que no ocurre con ningún otro. Para tal fin su ley orgánica estipula que tendrá la super vigilancia y fiscalización de los servicios de televisión. Privado de facultades para inmiscuirse en la programación de los canales, dicho Consejo puede, sin embargo, sancionarlos según lo previsto en su Título V. La ley le otorga a cualquier ciudadano la capacidad para denunciar ante ese organismo una falta al correcto funcionamiento o una infracción a las normas del Consejo para impedir programas que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres (Art. 40 bis).

En síntesis, cabe recordar que la propia Constitución contempla un estatuto especial para los servicios de televisión, encargando a la ley su regulación sin vulnerar la libertad de expresión;

DECIMOCUARTO. Que, el otorgamiento de concesiones de radio-difusión televisiva debe respetar el principio de libre e igualitario acceso exigido por los artículos 2^º y 8^º de la Ley General de Telecomunicaciones, en concordancia con el principio de igualdad ante la ley y del derecho de libre expresión consagrados por el artículo 19, N^{OS} 2^º y 12^º de la Carta Fundamental. Ello se expresa en que los requisitos establecidos para optar a una concesión son de general aplicación y que se accede a ella mediante un concurso público que asegura la transparencia e integridad de la concesión, acorde con el hecho de recaer en un bien nacional de uso público (Art. 15 de la Ley N^º 18.838);

DECIMOQUINTO. Que, debe recordarse que ya en otras oportunidades este Tribunal se ha pronunciado sobre la exigencia impuesta por ley de contar con personalidad jurídica para ejercer determinados derechos que suponen una cierta organización capaz de garantizar la seriedad del prestador de un servicio. Así ocurrió cuando esta Magistratura tuvo que pronunciarse, ejerciendo control preventivo obligatorio de constitucionalidad, sobre la Ley General de Educación. Se señaló que la exigencia de personalidad jurídica a los sostenedores de establecimientos educacionales, otorga un grado de permanencia, transparencia y estabilidad a los establecimientos educacionales que no es posible alcanzar por las personas naturales, y apunta a cumplir de mejor manera la obligación de garantizar una educación de calidad que asegura el artículo 19, N^º 10, de la Constitución. Así se establecía una clara distinción entre el patrimonio personal del dueño del establecimiento reconocido y el de la personalidad jurídica que cumple las veces de sostenedor, lo que resulta indispensable para asegurar el buen uso de la subvención educacional. En ese sentido, se apuntó, la libertad de enseñanza supone determinada

organización para su ejercicio (STC Rol N° 1.363, cc. decimoséptimo, decimoctavo y decimonoveno);

DECIMOSEXTO. Que, lo mismo ocurre con la libertad de expresión y su ejercicio por medio de la radiodifusión televisiva. Para que pueda explotarse de forma adecuada el espectro radioeléctrico y permitir la mejor utilización de éste en tanto bien nacional de uso público, la ley ha previsto que el establecimiento, operación y mantención de estaciones de televisión sea realizado por personas jurídicas, que cumplan con las exigencias que la ley indica. La particular regulación del sistema de concesiones de radiodifusión televisiva responde a la especial naturaleza y relevancia que posee la televisión como medio de comunicación, lo que ha sido reconocido por la Constitución según se ha señalado anteriormente;

DECIMOSEPTIMO. Que, la exigencia de personalidad jurídica se presenta como justificada cuando ello asegura la prestación permanente de un servicio o satisfacción de un derecho. Así, en los casos en que la Constitución entrega al legislador determinar quiénes podrán desarrollar una determinada actividad o ejercer un derecho, son numerosas las situaciones en que el ordenamiento jurídico exige una determinada organización para ello. Tal como se señaló en la sentencia citada en el considerando anterior, *“exigencias de esta especie existen en otras áreas de manera mucho más estricta y nunca han sido objeto de reproche de constitucionalidad. Así, por ejemplo, las ISAPRES, de acuerdo al artículo 171 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005, “deberán constituirse como personas jurídicas y registrarse en la Superintendencia”. En algunos otros casos se exige una específica forma societaria como respecto de los Bancos o de las AFP. Así, el artículo 27 de la Ley General de Bancos establece que “las empresas bancarias deben constituirse como sociedades anónimas en conformidad a la presente ley”. En el mismo sentido, el artículo 23 del D.L. N° 3.500 establece que “las Administradoras de Fondos de Pensiones, denominadas también en esta ley Administradoras, serán sociedades anónimas que tendrán como objeto exclusivo administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley”. Un último ejemplo, también más estricto, lo encontramos en el artículo 15 del D.F.L. N° 1, de Educación, de 1980, también conocido como Ley de Universidades, que establece que “podrán crearse universidades, las que deberán constituirse como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro”;*” (STC Rol N° 1.363, c. vigesimoprimer);

IV

EXIGENCIA DE PERSONALIDAD JURÍDICA FRENTE A LAS GARANTÍAS INVOCADAS EN EL CASO CONCRETO

DECIMOCTAVO. Que, la libertad de expresión asegura a las personas poder manifestar sus opiniones y difundir y recibir información, sin censura previa. Como se ha planteado por este mismo Tribunal: *“la liber-*

tad de expresión, por su parte, desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor; y la existencia de una opinión pública informada” (STC Rol N^º 567, c. trigesimosegundo). Además, *“dentro del contenido de la libertad de expresión, se comprenden las declaraciones sobre hechos y también las meras opiniones, con independencia de si son fundadas racionalmente o no. Su protección alcanza no sólo al contenido de las ideas, sino también a la forma en que ellas son expresadas; las personas puedan escoger libremente el lugar, los medios y las circunstancias para hacerlo*” (STC Rol N^º 567, c. trigesimocuarto);

DECIMONOVENO. Que, no obstante lo anterior, la misma Constitución distingue entre la titularidad del derecho y quienes pueden ejercerlo en cada una de sus manifestaciones atendido el medio que se emplee. Conforme a la Constitución, sólo pueden establecer, operar y mantener estaciones de televisión, el *“Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine”*. Así, con todo, corresponde analizar si esta exigencia que ha efectuado el legislador afecta en el caso concreto la libertad de expresión del requirente (Art. 19, N^º 12, de la Constitución), la igualdad ante la ley (Art. 19, N^º 2, de la Constitución) y el deber del Estado de promover el bien común y de amparar a los grupos intermedios (Art. 1, incisos 3^º y 4^º, de la Constitución);

VIGÉSIMO. Que, en primer lugar, la exigencia de personalidad jurídica no es un real obstáculo para el funcionamiento de un canal de televisión comunitario, pues éste podría desarrollarse mediante un permiso de servicio limitado de televisión, sin necesidad de conformar una personalidad jurídica. Tampoco puede considerarse que constituir una persona jurídica sea un trámite engorroso en nuestro ordenamiento jurídico, pues actualmente toda persona puede hacerlo en forma expedita, según lo establece el Título XXXIII del Libro I del Código Civil y la Ley N^º 20.500, Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública. Por ende nada impedía al requirente formar una personalidad jurídica u obtener un permiso de servicio limitado de televisión, como de hecho ocurre en múltiples comunas del país en casos análogos. Como se sabe, la exigencia de personalidad jurídica no excluye a las personas naturales, sino que supone que éstas dirigen e integran la persona jurídica;

VIGESIMOPRIMERO. Que, no corresponde a esta Magistratura hacerse cargo de la negligencia del requirente. Éste pudo solicitar un permiso de radiodifusión limitado a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, como muchas televisiones comunitarias lo hacen. También pudo constituir una personalidad jurídica y luego esperar un proceso de licitación de una concesión por parte del Consejo Nacional de Televisión, cuestión que no hizo. En el caso, como consta en autos, el requirente simplemente optó

por transmitir sin autorización alguna en conocimiento que esa conducta se encontraba sancionada por la ley;

VIGESIMOSEGUNDO. Que, por lo demás, aun cuando el requirente contara con personalidad jurídica y postulara a una concesión televisiva de libre recepción, nada le asegura ganar el concurso y efectivamente acceder a una concesión de radiodifusión televisiva, pues el espacio radioeléctrico es limitado;

VIGESIMOTERCERO. Que, consecuentemente, no puede estimarse que la aplicación de las normas cuestionadas pueda infringir la libertad de opinión e información del requirente, quien además puede ejercer dicha libertad en otros medios de comunicación o transmitir sin utilizar el espectro radioeléctrico;

VIGESIMOCUARTO. Que, por los motivos señalados en los considerados anteriores, tampoco pueden estimarse infringidos los derechos consagrados en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La regulación impugnada –que tiene un fundamento objetivo en el carácter limitado del espacio radioeléctrico– no puede ser considerada una forma indebida de restringir la libertad de expresión por vías o medios indirectos, pues no se trata de una manipulación del uso de las frecuencias radioeléctricas sino de requisitos razonables para ser titular de una concesión de servicios televisivos;

VIGESIMOQUINTO. Que, respecto de la igualdad ante la ley, supuestamente infringida por la aplicación de las normas cuestionadas, es preciso recordar que ésta supone *“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”* (entre otras, STC roles N^{os} 986 y 1.414);

VIGESIMOSEXTO. Que no se aprecia en qué forma se produciría una discriminación arbitraria (infracción al artículo 19, N^o 2, de la Constitución) en perjuicio del requirente al aplicarse las normas cuestionadas. Tales normas establecen criterios objetivos y rigen para la generalidad de los sujetos. Incluso, el artículo 15 de la Ley N^o 18.838, objetado en autos, en su inciso tercero señala que los requisitos que habrán de exigirse en las bases de la licitación serán públicos y estrictamente objetivos. El otorgamiento de concesiones de radiodifusión televisiva debe respetar el principio de libre e igualitario acceso exigido por los artículos 2^o y 8^o de la Ley General de Telecomunicaciones;

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, consecuentemente, por lo sostenido en los considerandos anteriores, tampoco es acertado lo alegado por el requirente sobre la supuesta infracción a los incisos tercero y cuarto del artículo 1^º de la Constitución. La organización comunitaria que el requirente dirige no se ha visto ni habrá de verse obstaculizada en el cumplimiento de los fines que le son propios por la aplicación de las normas cuestionadas, sino que por los eventuales ilícitos que ha cometido su director;

VIGESIMOCTAVO. Que, por último, determinar si el delito previsto en el artículo 36 B ya citado, en su aplicación al caso concreto, resulta desproporcionado, exige tener presente que, conforme al principio democrático (artículo 4^º de la Constitución), el legislador es libre para determinar razonablemente los requisitos para castigar una conducta y establecer la sanción correspondiente.

Así lo ha reconocido esta Magistratura en la STC Rol N^º 786, en los siguientes términos:..."**VIGESIMOCTAVO:**.... *En efecto, ya se ha recordado de qué manera la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir, la que, sin duda, ha tenido presente que, de conformidad con el artículo 37, letra b), de la Convención sobre los Derechos del Niño, no se prohíbe la privación de libertad de los adolescentes, sino que se impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del mismo legislador.*

Pero, además, debe tenerse presente que la determinación de las penas es de resorte exclusivo del legislador; al tenor de lo dispuesto en el artículo 19, N^º 3, incisos séptimo y octavo, de la Constitución, que señalan, el primero, que 'ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado' y, el segundo, que 'ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella'.

La competencia reservada al legislador en esta materia ha sido destacada por varias Cortes Constitucionales, pertenecientes a diversas áreas geográficas. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que: 'En materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador, junto a los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar; así como las penas con que intenta conseguirloen tales casos, el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen para determinar las penas ...' (Sentencia de 21 de julio de 2005, Expediente 0019-2005-AI/TC, considerando 198^º).

El Tribunal Constitucional de Alemania, por su parte, refiriéndose a la pena de trabajos forzados, ha afirmado que: "La ley fundamental obliga al legislador a

desarrollar un concepto efectivo de la resocialización y a estructurar la ejecución de la pena con base a estos criterios. Para esto se ha dejado a él (al legislador) un amplio espacio de regulación (...) Él puede, atendiendo a toda clase de conocimientos, principalmente en los campos de la antropología, la criminología, la terapia social y la economía, llegar a una regulación que –atendiendo a los costos– se encuentre en concordancia con el rango y necesidad de otras funciones del Estado.” (Schwabe, Jürgen (compilador). Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2003, pág. 268);”

VIGESIMONOVENO. Que esta Magistratura, entretanto, ha invocado previamente jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, el que, conociendo de un requerimiento que impugnaba un proyecto de ley tendiente a crear y aumentar penas, decidió que: *“Dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos (STC Rol N° 591, c. noveno);*

TRIGÉSIMO. Que, afirmada la exclusividad de la competencia legislativa en la determinación de las penas como en la fijación de sus modalidades de cumplimiento, resulta que lo que corresponde al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19, N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19, N° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano.

El mismo criterio fue reafirmado en la STC N° 1.328 (c. decimotercero), al establecer: *“Corresponde al legislador el establecimiento de una pena para un determinado delito. Por tanto, éste tiene discrecionalidad para la fijación de las penas, en la medida que respete los límites que le fija la Constitución. Así, asignar penas para un delito es parte de la política criminal y depende de un juicio de oportunidad o conveniencia que corresponde efectuar al legislador...”.*

Las normas penales deben respetar los criterios y principios que contempla la Constitución, no pudiendo establecer discriminaciones arbitrarias. En STC N° 1.584 (cc. vigesimoprimer y vigesimosegundo) se reconoce que a mayor gravedad del delito corresponde una pena superior. Por lo mismo, deben ajustarse a un criterio de proporcionalidad, dada la intensidad de la afectación de derechos fundamentales que su aplicación provoca. El Derecho Penal es la herramienta del Estado más invasiva en la restricción de la libertad, por lo que requiere un mayor cuidado en su configuración. Efectivamente, la norma de carácter penal debe ser idónea

y necesaria para proteger un determinado bien jurídico, manteniendo un equilibrio entre la trascendencia social de la conducta típica y la pena que se asigna al delito (Constitución y Principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010).

De lo cual cabe concluir que a esta Magistratura sólo le incumbe pronunciarse sobre la proporcionalidad de una sanción penal en casos de extrema gravedad en que se pueda concluir que se está en presencia de una discriminación arbitraria explícita o encubierta;

TRIGESIMOPRIMERO. Que, en el presente caso, no parece desproporcionada la configuración del delito contemplado en el artículo 36 B, letra a), de la Ley N^º 18.168, General de Telecomunicaciones, ni su penalidad, dada la importancia que para la sociedad tiene el bien jurídico protegido, cual es el correcto uso del espacio radioeléctrico, para lo cual se requiere la autorización de la autoridad competente una vez cumplidos los requisitos que la ley establece, los cuales, como se ha afirmado en este fallo, se ajustan a la Constitución.

Cabe tener también en cuenta que el requirente se ha sometido a un juicio simplificado, en el cual la pena se limita aun más, al no poder exceder la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, sin considerar las eventuales atenuantes de responsabilidad penal que pudieran beneficiar al requirente.

Analizar más allá de los criterios reseñados el precepto penal impugnado podría implicar la formulación de un juicio de mérito, cuestión que escapa a la competencia de esta Magistratura.

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE lo previsto en los artículos 1^º, 6^º, 7^º y 19, números 2^º y 12^º, de la Constitución Política, así como las disposiciones pertinentes de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA:

Que se rechaza el presente recurso de inaplicabilidad. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento, oficiándose al efecto.

Se previene que el Ministro señor Carlos Carmona Santander concurre a la presente sentencia sin compartir lo razonado en su considerando vigesimocuarto.

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Reppetto, Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica, quienes estuvieron por acoger el requerimiento sólo en cuanto a declarar inaplicable por inconstitucional, en el proceso respectivo, la aplicación de la pena corporal contemplada en la letra a)

del artículo 36 B de la Ley N^o 18.168 y decidir, en consecuencia, que la aplicación en el caso *sublite* del precepto legal que establece como pena la de “*presidio menor en sus grados mínimo a medio*”, contenido en la citada disposición legal, resulta contraria a la Constitución.

Tienen presente para ello los motivos siguientes:

1°. La necesaria caracterización de la relación jurídico procesal en que incide la acción cobra particular relevancia en este caso, atendido a que el tipo penal –bajo una cobertura común, operar o explotar servicios de instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción o radiodifusión sin autorización de la autoridad correspondiente– admite hipótesis fácticas de la más variada intensidad o disímil peligrosidad. Así, puede ser sancionado con la misma pena corporal tanto la operación de un canal de televisión clandestino de gran alcance, incluso difundiendo contenidos contrarios al orden o salud públicos, como otro de extensión restringida y local, que divulgue noticias de interés público para la comunidad.

2°. En la especie, la conducta incriminada alude a la operación de un canal de televisión en la frecuencia 15 de la banda UHF, en la localidad de Graneros, que –según el imputado y requirente– “*emitía programación solamente para dicha comuna, dirigido a la información, cobertura de noticias, ayuda a la comunidad, entre otras, realizando muchas de las actividades en conjunto con organismos públicos, entre otros Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones de Chile y el hospital local, afirmando aquél haber conseguido la adjudicación por parte del gobierno de la Región de O’Higgins, de un proyecto destinado a la realización de una página web de dicho canal de televisión*”.

3°. La disposición objetada sanciona al responsable con presidio menor en sus grados mínimo a medio, multa de 5 a 300 Unidades Tributarias Mensuales y comiso de los equipos e instalaciones, constituyendo la acumulación de penas, a través de la imposición de la corporal, el elemento transgresor del principio de proporcionalidad constitucionalmente protegido.

4°. Según lo ha hecho presente esta Magistratura (STC roles N^{os} 755, 790, 1.138, 1.140, 1.254 y 1.518), “*la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados*”;

5°. De la misma forma, se ha considerado por este Tribunal “*que el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material (STC roles N^{os} 437 y 1.518), como es –entre otras dimensiones– garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada*”.

6°. En la especie, la reclamada proporcionalidad no se produce, como se ha dicho anteriormente, estimándose que la pena corporal mencionada en su aplicación resulta contraria al principio establecido en el artículo 19, N^º 3, de la Constitución Política.

7°. Que no resulta acorde con el pleno respeto a los derechos y garantías constitucionales exigido por el inciso cuarto del artículo 1° de la Carta Fundamental, admitir una versión restringida del principio de legalidad punitiva ni aceptar una discrecionalidad legislativa sin límites efectivos, como tampoco parece procedente juzgar en sede constitucional el comportamiento de un imputado, correspondiéndole a este Tribunal estimar arbitraria una norma que criminaliza y sanciona con presidio una conducta si ello, como ocurre, infringe el principio de proporcionalidad.

8°. Todo lo cual se ve corroborado cuando se observa la existencia de otros cuerpos legales que, atendiendo al contenido de las transmisiones y los propósitos perseguidos, sancionan drásticamente como delito la emisión de noticias falsas o tendenciosas con el designio de alterar el orden o perturbar el orden institucional de la República, cuyo es el caso de la Ley N^º 12.927 (artículo 4° letra g).

Redactó la sentencia el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney y la disidencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N^º 2.022-2011

Se certifica que el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

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

ROL Nº 2.023-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 453 DEL CÓDIGO
DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR JAVIER GAMBOA BUSTAMANTE

Santiago, veintiuno de septiembre de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 17 de junio, Javier Gamboa Bustamante ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 453 del Código del Trabajo, en el marco del laboral ordinario caratulado “Vallejos con Gamboa”, RIT O-67-2010 del Juzgado Laboral de San Bernardo, Rol de ingreso Nº 204-2011 de la Corte de Apelaciones de San Miguel;

2°. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*

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

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que *“para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.”*

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen:
“Artículo 79. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

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

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

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

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”;

4º. Que, por otra parte, el artículo 84 de dicha ley orgánica constitucional establece que:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6º Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

5º. Que el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Primera Sala de esta Magistratura;

6º. Que, con fecha 7 de septiembre de 2011, previo a resolver acerca de la admisión a trámite, esta Sala ordenó certificar por la señora Secretaria-

ría de este Tribunal cuál era el estado actual de la gestión en la que podría incidir el requerimiento, lo cual fue cumplido constatándose que dicho proceso se encontraba concluido;

7°. Que esta Magistratura Constitucional, en oportunidades anteriores y atendido el mérito de cada caso particular, ha determinado que el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto adolece de vicios o defectos tales que hacen imposible que pueda prosperar, siendo así impertinente que la Sala respectiva efectúe un examen previo de admisión a trámite y procediendo que la misma declare derechamente la inadmisibilidad de la acción deducida;

8°. Que, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, toda vez que no cumple con las exigencias constitucionales y legales antes transcritas, al no concurrir el presupuesto de verificarse la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, configurándose, en la especie, la causal de inadmisibilidad del número 3° del ya transcrito artículo 84 de la Ley N° 17.997.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N° 3° del artículo 84 y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

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

Notifíquese por carta certificada a la parte requirente.

Archívese.

Rol N° 2.023-2011

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

ROL N^º 2.024-2011REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 150 Y 151 DE LA
LEY N^º 18.834, ESTATUTO ADMINISTRATIVO, DEDUCIDO POR
HERNÁN EUSEBIO LECHUGA FARIÁS

Santiago, trece de diciembre de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 17 de junio de 2011, a fojas 1, Hernán Eusebio Lechuga Farías deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 150 y 151 de la Ley N^º 18.834, sobre Estatuto Administrativo, en los autos sobre nulidad de derecho público caratulados “*Lechuga con Fisco*”, de que conoce el Quinto Juzgado Civil de Santiago bajo el Rol N^º 9.269-2009.

En concreto, el actor solicita la inaplicabilidad de la letra a) del artículo 150, que establece que la declaración de vacancia procederá por la causal de “*salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo*”; y del inciso primero del artículo 151, que dispone que “*el Jefe superior del servicio podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable*”.

Señala el requirente que estos preceptos legales –aplicables a la litis pendiente– facultan a la autoridad administrativa para declarar, discrecionalmente, la vacancia por salud incompatible, siendo contrarios a los artículos 1^º, 5^º y 19, N^{OS} 2^º, 3^º, 7^º, letra h), 16^º, 17^º y 18^º, de la Constitución Política.

Así, en primer lugar alega la infracción del artículo 1^º de la Constitución, en sus incisos primero, cuarto y quinto, señalando que la declaración de salud irrecuperable hace patente la racionalidad, razonabilidad, oportunidad y proporcionalidad de su procedimiento y resultado, lo que no sucede con la declaración de salud incompatible con el cargo, en la que no se aprecian tales requisitos.

En el caso concreto, las normas cuestionadas, además, serían inaplicables por carecer de oportunidad al utilizarse respecto del requirente la declaración de salud incompatible con el cargo, en circunstancias que estaban en trámite su jubilación por vejez (desde diciembre de 2005) y su solicitud de declaración de salud irrecuperable (presentada el 30 de noviembre de 2007), vulnerándose de ese modo el principio de legalidad jurisprudencial de la Contraloría General de la República, que ha hecho prevalecer el derecho a la seguridad previsional, que se garantizaba con los dos trámites en curso aludidos.

Aduce que el Fisco ha optado, en forma discrecional, por la declaración de incompatibilidad en vez de la de salud irrecuperable, haciendo presente que esta última no presume sino que constata el mal estado de salud del funcionario, y que en la incompatibilidad no se protege la salud del funcionario, sino el aseguramiento del servicio público, pero con violación de los derechos fundamentales de la persona, utilizándola como medio para cumplir un fin, lo que estaría proscrito por el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental, que consigna la dignidad de la persona humana, constituyendo ésta un fin en sí misma.

Agrega que en el caso de la salud incompatible, el funcionario es separado del servicio sin ninguna carga pecuniaria para el Fisco, a diferencia de la salud irrecuperable en que se generan las cargas del proceso de diagnóstico; de los seis meses de remuneración sin trabajar; del bono de retiro voluntario, si renuncia antes; de la pensión de invalidez, y de la pensión de vejez anticipada, en su caso.

Además, los preceptos impugnados vulneran el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución, que establece el principio de servicialidad del Estado y de promoción del bien común, porque al declararse la incompatibilidad y el cese de funciones, se pierden las remuneraciones; las cotizaciones previsionales; el derecho al bono de retiro voluntario, y el beneficio de la jubilación por vejez anticipada.

Asimismo, en las circunstancias descritas, el Estado obtiene un beneficio pecuniario a costa del empobrecimiento correlativo del funcionario, lo que constituye un enriquecimiento sin causa e importa, asimismo, la conculcación del inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental, ya que no es compatible el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional con la situación de desprotección de derechos fundamentales como el acceso a la salud y el derecho a la función y su remuneración, en que se encuentra el actor.

Por otra parte, señala el requirente que el artículo 5° de la Constitución, en su inciso segundo, adelanta la protección de los derechos asegurados en el artículo 19 de la misma, algunos de los cuales se vulnerarían en la especie, en los términos que se indican a continuación:

En primer lugar, se infringe el artículo 19, N° 2°, desde que el legislador podría perfectamente establecer medidas como las contenidas en los artículos 150 y 151 impugnados, mientras ello se aplicara a todos por igual, y no como ocurre en la especie en que siendo la norma aplicable a un grupo asimilable de potenciales destinatarios –constituido por todos los funcionarios con más de 180 días de licencia médica en los dos últimos años y no existiendo criterios de aplicación ni excepciones preestablecidas–, se aplica discrecionalmente por la Administración, resultando sólo algunos afectados, lo que constituye una discriminación arbitraria al producir el cese de funciones sin ningún beneficio remuneratorio, indemnizatorio ni previsional para el funcionario.

Concluye el actor, luego de citar doctrina y jurisprudencia de esta Magistratura, que la norma impugnada no otorga una facultad discrecional a la autoridad, pues ello implicaría que aquélla optara entre dos alternativas igualmente justas, cuyo no es el caso al escoger entre la salud irrecuperable o la incompatibilidad con el cargo.

En segundo término, se infringe el artículo 19, N^º 3^º, de la Constitución, precepto que el requirente vincula con el artículo 63 de la Carta Fundamental, en el sentido de que la reserva legal exige que el legislador enmarque la actuación de los órganos administrativos; delimite por anticipado sus competencias y las bases de procedimiento que han de seguir para ejercerlas; dejándolos en condiciones de ejecutar lo preceptuado por las leyes y complementarlas en lo pertinente, siempre ceñidos a las bases materiales establecidas en ellas, y, por último, que la discrecionalidad administrativa quede reducida a su expresión mínima y no se erija en amenaza para la certeza jurídica.

Agrega el requirente que el debido proceso, que el numeral 3^º del artículo 19 establece como garantía constitucional de racionalidad y justicia, a la luz del derecho internacional, debe ser entendido como un derecho exigible no sólo en sede judicial, sino ante cualquier órgano o autoridad estatal con jurisdicción. Luego, en la aplicación de los artículos 150 y 151 del Estatuto Administrativo se constata la ausencia absoluta de los elementos del debido proceso, ya que no existe un tribunal imparcial y objetivo, siendo inaplicables las impugnaciones y recusaciones a la autoridad administrativa que aplica las normas; sólo se notifica el procedimiento finalizado con la toma de razón de la Contraloría; hay ausencia de bilateralidad de la audiencia; dado el carácter de presunción simplemente legal de la salud incompatible con el cargo, se impide igualmente la prueba por falta de debido proceso; no hay igualdad de armas al excluir al funcionario en el procedimiento, y no existen recursos disponibles.

Concluye que la reposición, la apelación jerárquica y la apelación impropia a la Contraloría no están disponibles como consecuencia de la pérdida automática de la calidad de funcionario que genera la declaración de vacancia, por lo que sólo restaría la vía judicial en procedimiento ordinario que, en términos de la Corte Interamericana, resulta inidónea.

En tercer lugar, se infringe el artículo 19, N^º 7^º, letra h, de la Constitución, que prohíbe aplicar como sanción la pérdida de los derechos previsionales, afirmando el requirente que –no obstante la jurisprudencia de la Contraloría– la separación del cargo por salud incompatible es propiamente una sanción, idéntica a la más grave del Estatuto Administrativo: la destitución. Ello ya que, en ambos casos, se dispone el cese inmediato de funciones sin derecho a beneficios remuneratorios, indemnizatorios ni previsionales, y en virtud de un acto unilateral y discrecional de un órgano del Estado.

En cuarto lugar, se vulnera el artículo 19, N° 16°, de la Carta Fundamental, afectándose la libertad de trabajo y su protección, al producirse una discriminación que no se basa en la capacidad o idoneidad profesional sino en un mero cómputo de tiempo. Además, la tramitación de la incompatibilidad con el cargo de los artículos 150 y 151 cuestionados se realiza internamente, en desconocimiento del afectado, sin transparencia administrativa y sin sujeción a un régimen de derecho público claramente preestablecido.

En quinto lugar, se conculca el N° 17° del artículo 19, en cuanto a la admisión a las funciones y empleos públicos sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes. Conforme ha dictaminado la Contraloría, el principio de juridicidad exige que los actos administrativos, especialmente en el ejercicio de potestades discrecionales, tengan un fundamento racional y no obedezcan a un mero capricho de la autoridad, caso en el cual serían arbitrarios y, por ende, ilegítimos y contrarios al principio de igualdad ante la ley. Ello se confirma en la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones que han dispuesto la garantía del funcionario consistente en que la cesación de sus labores no quede entregada a la mera discrecionalidad de la Administración.

Por último, estima el actor que se infringe el N° 18° del artículo 19, contradiciéndose el mandato constitucional al Estado dirigido a garantizar el derecho a la seguridad social, al declarar la vacancia en el cargo por salud incompatible, con la consecuente pérdida de las remuneraciones y suspensión de las cotizaciones previsionales, mandato constitucional que sí sería respetado en caso de optar el Estado por la declaración de salud irrecuperable.

La Segunda Sala de esta Magistratura, por resoluciones de 7 de julio y de 11 de agosto de 2011, respectivamente, admitió a tramitación y declaró admisible el requerimiento deducido. Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y del Fisco de Chile, sin que los aludidos órganos constitucionales hicieran uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

Mediante presentación de 6 de septiembre de 2011, a fojas 471, la abogada procuradora fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, Irma Soto Rodríguez, encontrándose dentro de plazo, hizo uso de su derecho a formular observaciones, instando por el rechazo del requerimiento interpuesto.

Parte el Fisco señalando como antecedentes del juicio en que incide la acción de inaplicabilidad de autos que, mediante Resolución N° 1332, de 25 de octubre de 2007, de la cual tomó razón la Contraloría General de la República el 22 de noviembre del mismo año, el Director del Hospital Félix Bulnes, dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Occidente,

declaró vacantes los cargos de 22 y 28 horas del doctor Hernán Lechuga Farías, por aplicación de la causal de salud incompatible con el servicio, contemplada en el Estatuto Administrativo. Agrega que el proceso de calificación de la salud incompatible con el cargo y de declaración de vacancia debe ser llevado a cabo exclusivamente por el Director del Hospital aludido, conforme a los artículos 150 y 151 del Estatuto Administrativo. En este sentido, el Director del Hospital, antes de declarar la vacancia, constató que el doctor Lechuga había hecho uso de más de seis meses de licencia médica en el plazo de un año y cuatro meses (22 de junio de 2006 a 25 de octubre de 2007). Posteriormente, la Contraloría, mediante el dictamen N^o 27894/08, al pronunciarse sobre el reclamo deducido por el doctor Lechuga, validó la legalidad del actuar del Director del Hospital.

Agrega el Fisco que el doctor Lechuga, en la gestión *sub lite* en que se pide la inaplicabilidad de los preceptos legales impugnados, demandó la nulidad de derecho público de la resolución aludida, por la cual el Director declaró la vacancia de su cargo, ya que, según su apreciación particular de los hechos, ello tuvo lugar mientras él habría iniciado el trámite de jubilación por vejez a raíz de stress crónico (año 2005) y solicitado la declaración médica de padecer enfermedad irrecurable (30 de noviembre de 2007), habiendo creado el órgano administrativo artificialmente las condiciones para generar el cese irregular de sus funciones, a pesar de que el cargo había sido declarado vacante el 1^o de enero de 2002, por aplicación del artículo 44 de la Ley 15.076, agregando el doctor Lechuga que la autoridad administrativa le impidió conocer con anticipación la declaración de vacancia que lo afectó, careciendo así la respectiva resolución de motivación y apartándose del principio de legalidad jurisprudencial.

Añade el Fisco que, antes de deducir la referida acción de nulidad de derecho público, el doctor Lechuga, además de la ya referida impugnación ante la Contraloría, interpuso un recurso de protección, sin haber deducido en esa época recurso de inaplicabilidad alguno, aceptando así la constitucionalidad de las normas que ahora cuestiona. Dicho recurso de protección fue rechazado por extemporáneo por la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo confirmado por la Corte Suprema. Luego, el actuar del requirente, al no haber cuestionado la constitucionalidad de la ley con anterioridad, vulnera la denominada teoría de los actos propios y el principio de la buena fe, lo que implica que su requerimiento de inaplicabilidad incurre en manifiesta falta de fundamento y debe ser declarado inadmisibles por este Tribunal.

Aduce el Fisco, además, que la acción ejercida en autos también debe ser rechazada porque lo que el requirente impugna no es la colisión de preceptos legales con la Constitución, sino la "*interpretación*" que en su concepto debió darse a dichos preceptos, cuestión que escapa al control de constitucionalidad.

Luego, se hace cargo el Fisco de las infracciones constitucionales invocadas por el actor, consignando, en primer lugar, que no existe la infracción alegada del artículo 1° de la Constitución, en sus incisos primero, cuarto y quinto, ya que la constatación de que un funcionario tenga salud incompatible con la función que desempeña, en base a un antecedente objetivo, para la declaración de vacancia en su cargo, no vulnera la dignidad de las personas. Al contrario, permite resguardar su salud y proceder a su reemplazo. Tampoco se vulnera el principio de servicialidad del Estado al dejar el funcionario de percibir remuneraciones, pues ello es su derecho mientras permanece en la función pública, mientras no cese en el cargo. Además, el cese en el cargo es compatible con una declaración de invalidez, de jubilación o pensión según el sistema previsional al que se encuentre afiliado. Por último, la declaración de vacancia no impide a la persona seguir participando en la vida nacional desde otro rol, en actividades privadas, académicas, filantrópicas, etc.

Respecto al artículo 5° de la Carta Fundamental, el requirente no señala cómo se produciría su infracción.

En relación al artículo 19, N° 2°, de la Constitución, el propio requirente reconoce la constitucionalidad de los artículos 150 y 151 impugnados, al señalar que *“el legislador puede tratar de forma diferente del resto a todos aquellos que se encuentren en una posición de igualdad”*. Sin embargo, estima inconstitucional la discrecionalidad con que el legislador dotó al Jefe del Servicio. Luego, en la especie, el requirente impugna la decisión del Director del Hospital Félix Bulnes y no la norma misma. En todo caso, no existe discrecionalidad excesiva, toda vez que el legislador obliga al Jefe del Servicio a fundar su decisión en un hecho objetivo, como es el hacer uso de licencia médica por más de 180 días en dos años.

En cuanto al artículo 19, N° 3°, no es efectivo que se vulnere el debido proceso, pues el requirente tuvo oportunidad de recurrir a la Contraloría, de conformidad al propio Estatuto Administrativo; también recurrió de protección y ahora somete a los tribunales ordinarios la legalidad del acto administrativo que declaró la vacancia en su cargo. En todos estos procesos administrativos, cautelar y ordinario, se consideran los elementos del debido proceso que esboza el actor.

Tampoco se puede estimar vulnerado el derecho al trabajo del artículo 19, N° 16°, de la Constitución, por una disposición legal que permite poner término a la relación funcionaria respecto de quien, precisamente, no ha cumplido sus funciones. Además, existe inconsistencia en los planteamientos del requirente que antes impugnaba la discrecionalidad y en esta parte alega que el término de las funciones se produce por un hecho objetivo, consistente en *“un mero cómputo del tiempo”*.

En relación al N° 17° del artículo 19, el actor no indica cómo los preceptos cuestionados atropellarían el principio constitucional de igualdad en el acceso a los cargos públicos.

Por último, respecto del N^o 18^o del artículo 19, no existe conflicto alguno entre el cese de funciones y el derecho a la seguridad social, ya que el trabajador está obligado a efectuar cotizaciones previsionales mientras trabaja y cuando deja de hacerlo, independientemente de la causal, puede cotizar voluntariamente; reanudar su vida laboral y hacerlo en forma obligatoria, o bien, si su salud es incompatible, puede acogerse a los beneficios de una jubilación anticipada.

Concluye el Fisco afirmando que el requerimiento cuestiona la aplicación de las normas que hizo el Jefe de Servicio y persigue, en definitiva, un pronunciamiento indirecto de este Tribunal Constitucional sobre el juicio de nulidad de derecho público pendiente ante el Quinto Juzgado Civil de Santiago, fijando el sentido y alcance de los preceptos legales cuestionados, al aplicarse al caso concreto, excediendo así la finalidad de una acción de inaplicabilidad, por lo que debe ser rechazado.

A fojas 488 se ordenó traer los autos en relación e incluir la causa en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla y, en audiencia de 17 de noviembre de 2011, se procedió a la vista de la causa, escuchándose la relación y los alegatos del abogado Juan Sebastián Reyes Pérez, por el Consejo de Defensa del Estado.

Y CONSIDERANDO:

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

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

TERCERO. Que, como se ha señalado en la parte expositiva, en el presente requerimiento Hernán Eusebio Lechuga Farías solicita la declaración de inaplicabilidad de los artículos 150 y 151 de la Ley N^o 18.834, sobre Estatuto Administrativo, en la causa sobre nulidad de derecho público caratulada “Lechuga Farías con Fisco de Chile”, Rol N^o C-9269-2009, del Quinto Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, siendo ésta, precisamente, la gestión pendiente seguida ante un tribunal ordinario o especial que habilita a esta Magistratura Constitucional para pronunciarse sobre la acción de inaplicabilidad entablada;

CUARTO. Que los preceptos legales del Estatuto Administrativo cuya inaplicabilidad se solicita, insertos ambos en el Título VI “De la cesación de funciones” del mismo, son los siguientes:

“*Artículo 150. La declaración de vacancia procederá por las siguientes causas:*

1. *Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo;*
2. *Pérdida sobreviniente de alguno de los requisitos de ingreso a la Administración del Estado;*
3. *Calificación del funcionario en lista de Eliminación o Condicional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50, y*
4. *Por no presentación de la renuncia, según lo señalado en el artículo 158, inciso final”.*

“*Artículo 151. El Jefe superior del servicio podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable.*

No se considerará para el cómputo de los seis meses señalado en el inciso anterior, las licencias otorgadas en los casos a que se refiere el artículo 115 de este Estatuto y el Título II, del Libro II, del Código del Trabajo”;

QUINTO. Que, aunque el requerimiento aparece formulado respecto a la totalidad de los artículos 150 y 151 del Estatuto Administrativo, la impugnación se centra únicamente en lo dispuesto en la letra a) del artículo 150 y en lo establecido en el inciso primero del artículo 151, por lo que es respecto a tales preceptos que debe examinarse su constitucionalidad;

SEXTO. Que, antes de examinar si la aplicación judicial de los artículos 150, letra a), y 151, inciso primero, del Estatuto Administrativo infringe alguno de los preceptos constitucionales que el requerimiento indica, cabe recordar que la Administración del Estado, conforme al principio de servicialidad del artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución Política, existe para atender necesidades públicas en forma continua y permanente (artículo 3º, inciso primero, de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), para lo cual actúa a través de servicios públicos, que son precisamente “*órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua*” (artículo 28, inciso primero, de la citada Ley N° 18.575);

SÉPTIMO. Que es necesario, para que la Administración Pública atienda de modo apropiado las necesidades colectivas para cuya satisfacción existe, que las personas a través de las cuales ella actúa sean idóneas para el desempeño de las tareas que se les encomiende, pues, de no existir dicha idoneidad se vuelve imposible el cumplimiento de la función pública;

OCTAVO. Que, a objeto de garantizar la idoneidad funcionaria para el desempeño de la respectiva función pública, es preciso que el ordena-

miento jurídico establezca requisitos demostrativos de dicha idoneidad y cuyo cumplimiento es exigible para las personas que aspiren a ser nombradas en un cargo público, mientras que su pérdida es causal de cese en el mismo;

NOVENO. Que, de esta forma, no merece reproche alguno el criterio adoptado en el artículo 150, letra a), del Estatuto Administrativo, que permite declarar vacante un cargo público por salud irrecuperable o incompatible con el cargo de quien lo desempeña, pues, si ello ocurre, el funcionario afectado no podrá desempeñar en absoluto la función y tareas inherentes al mismo, o bien, lo hará de modo deficiente, por lo que no es razonable que ocupe un cargo cuya provisión por una persona idónea es necesaria para el cumplimiento de la función pública;

DÉCIMO. Que, a su vez, el artículo 151, inciso primero, del mismo Estatuto Administrativo únicamente regula la modalidad para la declaración de salud incompatible, a cuyo efecto faculta al Jefe superior del servicio para hacerlo si concurren las circunstancias de hecho que justifican tal declaración, consistentes en haber hecho uso de licencia médica en un lapso, continuo o discontinuo, superior a seis meses en los últimos dos años sin que haya mediado declaración de salud irrecuperable, debiendo, además, el ejercicio de dicha facultad ajustarse a todas las disposiciones constitucionales y legales aplicables para ser jurídicamente irreprochable;

DECIMOPRIMERO. Que debe entenderse que la mera circunstancia de haber hecho uso de licencias médicas por más de seis meses en los últimos dos años no habilita por sí sola al Jefe superior del servicio para considerar que el funcionario que ha disfrutado de ellas tenga salud incompatible con el desempeño del cargo que le corresponde, sino cuando ellas sean indicativas de que el afectado no podrá recuperar el estado de salud que le permite desempeñar el cargo.

En efecto, por una parte hay que tener presente que el propio artículo 151 del Estatuto Administrativo, en su inciso segundo, dispone que no se considerará para el cómputo de los seis meses de licencias médicas, las que fueren otorgadas con motivo de accidentes del trabajo, enfermedades derivadas del desempeño de la función pública o a causa de maternidad, y, por otra, que es principio general de derecho público el que veda todo abuso en el ejercicio de una potestad pública, como se aprecia en el artículo 3^º de la Ley N^º 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y más aún, en el artículo 20 de la Constitución Política, regulatorio del recurso de protección, que lo hace procedente contra actos arbitrarios, esto es no razonables, de la Administración;

DECIMOSEGUNDO. Que, sin embargo, la eventual aplicación abusiva de una norma legal por parte del órgano administrativo competente, como pudiera ocurrir en el supuesto del artículo 150, inciso primero, del

Estatuto Administrativo, no corresponde que sea corregida por el Tribunal Constitucional a través del recurso de inaplicabilidad, pues éste sólo permite efectuar la declaración que se solicita a esta Magistratura cuando la debida –y no torcida– aplicación del precepto legal produce efectos contrarios a la Constitución;

DECIMOTERCERO. Que, una vez precisado cuál es el significado correcto de los preceptos legales impugnados, debe examinarse si ellos vulneran alguno de los preceptos constitucionales que el requirente estima infringidos;

DECIMOCUARTO. Que el primer fundamento de la acción de inaplicabilidad consistiría en la infracción de los incisos primero, cuarto y quinto del artículo 1° de la Carta Fundamental, puesto que la consideración de salud incompatible con el cargo –a diferencia de la declaración de salud irrecuperable– afectaría la dignidad como persona humana del funcionario involucrado, implicaría una actividad estatal llevada adelante sin respetar plenamente los derechos del mismo funcionario y le impediría participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional;

DECIMOQUINTO. Que tales reproches no configuran una infracción de lo dispuesto en los diversos incisos del artículo 1° de la Constitución Política, pues no es desdoroso para una persona si se estima que su salud no le permite desempeñar un cargo público, si tal circunstancia efectivamente concurre; ni tampoco la declaración de salud incompatible, si se fundamenta en la causal del artículo 151, inciso primero, del Estatuto Administrativo, implica por sí una privación de derechos, puesto que lo que autoriza es sólo poner término al ejercicio de un cargo para el cual ya no se es idóneo, exclusión, por otra parte, que en el caso que nos ocupa protege a la población en general al asegurarle que no será atendida por un profesional médico cuya salud es incompatible con el cargo para el que había sido nombrado.

Que, en todo caso, los efectos derivados de la declaración de salud incompatible con el cargo, que el requirente considera lesivos a sus derechos, como el cese de sus remuneraciones y cotizaciones previsionales, la pérdida del derecho al bono de retiro voluntario y la imposibilidad de acceder al beneficio de la jubilación por vejez anticipada, son consecuencia de la aplicación de otras disposiciones legales que no han sido impugnadas y acerca de cuya constitucionalidad este Tribunal carece de competencia específica para hacerlo, atendidos los términos del requerimiento sometido a su conocimiento y decisión;

DECIMOSEXTO. Que el requirente señala igualmente como infringido el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política, que establece que *“[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”* y que *“[e]s deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución,*

así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, añadiendo a continuación que la norma citada adelanta la protección de los derechos particulares que luego analizará.

Atendido, entonces, que no se formula un reproche específico a los artículos 150 y 151 de la Ley N^º 18.834 respecto al artículo 5^º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, corresponde asimismo rechazar en lo que a este vicio respecta la acción de inaplicabilidad;

DECIMOSEPTIMO. Que, en cuanto a la infracción a la garantía de igualdad ante la ley reconocida en el artículo 19, N^º 2^º, de la Constitución Política, el requirente indica que la inconstitucionalidad de los artículos 150 y 151 de la Ley N^º 18.834 emana de su carácter discrecional y arbitrario, pues dentro del grupo de funcionarios que hayan hecho uso de licencias médicas por seis meses en los dos últimos años, y sin que existan excepciones o criterios preestablecidos legalmente, permite su aplicación por vía administrativa sólo a algunos de ellos.

Para rechazar en este punto la inconstitucionalidad aducida debe tenerse en cuenta, primeramente, que el propio artículo 151 del Estatuto Administrativo, en su inciso segundo, dispone que no se considerará para el cómputo de los seis meses de licencias médicas las que fueren otorgadas con motivo de accidentes del trabajo, enfermedades derivadas del desempeño de la función pública o a causa de maternidad, lo que al excluir ciertas licencias para configurar la causal de salud incompatible con el cargo, limita legalmente su aplicación, y, luego, que atendidos el carácter de generalidad que reviste el Estatuto Administrativo y las variadísimas situaciones que para los diversos cargos administrativos podrían configurar casos de salud incompatible con cada uno de ellos, no es exigible que la ley, nominativamente, las enumere, siendo suficiente, como lo hace la ley, la indicación de una causal genérica, la que, en su aplicación por los órganos administrativos, no puede serlo arbitrariamente ni de modo abusivo, existiendo en nuestro ordenamiento jurídico los medios para corregir la eventual actuación antijurídica de la Administración;

DECIMOCTAVO. Que, seguidamente, el requirente adujo como infringida la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, reconocida genéricamente en el inciso primero del artículo 19, N^º 3^º, de la Constitución Política, norma cuyo respeto es exigible tanto a los tribunales como a todo órgano que ejerza jurisdicción, cual es el caso de la autoridad administrativa que declara la salud incompatible con el cargo de un funcionario del servicio, autoridad que debe actuar permitiendo ejercer el derecho de defensa del afectado y conforme a las garantías de un racional y justo procedimiento, exigencias éstas contenidas en los incisos segundo y quinto del mismo N^º 3^º del artículo 19 de la Carta Fundamental, que no se respetan tampoco por los artículos 150 y 151 del Estatuto Administrativo;

DECIMONOVENO. Que, aunque no es aceptable que la declaración de salud incompatible con el cargo de un funcionario de un servicio público efectuada por el jefe superior del servicio sea de índole jurisdiccional, pues representa el ejercicio de una potestad administrativa, sí es exigible que ella esté enmarcada legalmente en su ejercicio y que el procedimiento aplicable se ajuste, entre otros, a los principios de contradictoriedad, imparcialidad e impugnabilidad, pues de no hacerlo, no cumpliría con las exigencias de racionalidad y justicia que la Constitución impone;

VIGÉSIMO. Que los artículos 150 y 151 del Estatuto Administrativo confieren básicamente una competencia a favor del jefe superior de los servicios públicos para declarar que un funcionario de ellos tiene salud incompatible con el cargo que desempeña, pero no establecen el procedimiento aplicable, por lo que no se les puede reprochar el incumplimiento de las garantías establecidas en el N° 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental aducidas por el requirente.

Lo dicho no significa, naturalmente, que se admita que el ejercicio por parte del jefe de un servicio de la potestad antes señalada no esté sujeto a procedimiento alguno, o que sea libre para determinarlo a voluntad, sino que el mismo será el que fije la legislación especial que exista y que sea aplicable al caso o, en su defecto, el establecido en la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado, ley ésta que, conforme a lo dispuesto en su artículo 1°, es de aplicación supletoria y que en sus artículos 10, 11 y 15 enuncia los principios de contradictoriedad, imparcialidad e impugnabilidad que, junto a los otros que contempla la ley, deben seguirse en toda actuación administrativa, pero cuyo acatamiento no corresponde verificar al Tribunal Constitucional;

VIGESIMOPRIMERO. Que el requirente sostiene asimismo que la aplicación de los artículos 150 y 151 del Estatuto Administrativo infringe el artículo 19, N° 7°, de la Constitución Política en su letra h), la que dispone que “[n]o podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales”, pues la declaración de salud incompatible con el cargo es idéntica a la sanción más grave que dicho Estatuto permite aplicar y que no es otra, según su artículo 121, que la destitución, medida ésta que no puede emanar de un acto meramente discrecional.

Basta, para rechazar este motivo de inaplicabilidad, con considerar que en la declaración de salud incompatible con un cargo público no se efectúa reproche alguno de antijuridicidad a la conducta del funcionario, sino, únicamente, se constata que ya no reúne un requisito indispensable para el cumplimiento de una función pública y, además, como se ha señalado antes en esta sentencia al analizar la pretendida infracción al artículo 1° de la Constitución Política, los efectos derivados de la declaración de salud incompatible con el cargo que el requirente considera

lesivos a sus derechos previsionales son consecuencia de la aplicación de otras disposiciones legales que no han sido impugnadas y acerca de cuya constitucionalidad este Tribunal carece de competencia específica para pronunciarse, atendidos los términos del requerimiento sometido a su conocimiento y decisión;

VIGESIMOSEGUNDO. Que, a continuación, el requerimiento plantea que las normas legales impugnadas vulneran la garantía del artículo 19, N^º 16^º, de la Constitución Política, específicamente respecto a la libertad de trabajo y su protección, al contemplar una discriminación que se basa en el mero cómputo de un tiempo y no en la capacidad e idoneidad profesional, ni tampoco en razones de nacionalidad o edad, que son circunstancias contempladas en la norma constitucional para efectuar diferencias entre trabajadores.

Al respecto, debe reiterarse, para rechazar en esta parte el requerimiento, que no basta para fundamentar la declaración de salud incompatible con el cargo el solo hecho de haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, y que, de existir efectivamente un estado de salud en el funcionario afectado que le impida desempeñar el cargo, ella es constitutiva de falta de idoneidad personal –que no es ciertamente culposa– para continuar en su trabajo, circunstancia que, al igual que ocurre con la capacidad, la Carta Fundamental contempla específicamente como factor de diferenciación en materias laborales (artículo 19, N^º 16^º, inciso tercero);

VIGESIMOTERCERO. Que, seguidamente, el requerimiento incluye como un nuevo motivo de inconstitucionalidad de los artículos 150 y 151 del Estatuto Administrativo la infracción del artículo 19, N^º 17^º, de la Constitución Política, que reconoce a toda persona “[l]a admisión a todas las funciones y empleos públicos sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”, puesto que con su aplicación se vulneraría el derecho a la función al permitirse que la actuación arbitraria de la Administración provoque el cese en su trabajo de un funcionario público.

Para desestimar este motivo de inconstitucionalidad, por una parte, debe recordarse que la garantía constitucional invocada se refiere al ingreso y no al cese de una persona en toda función pública y, por otra, debe reiterarse que las normas legales impugnadas –por las razones expuestas anteriormente en esta sentencia–, rectamente aplicadas, no permiten una actuación arbitraria o carente de justificación por parte de la jefatura del correspondiente servicio público y que, si ella se produce, el ordenamiento jurídico contempla vías administrativas y jurisdiccionales para remediarlo, entre las cuales no se cuenta, por cierto, la acción de inaplicabilidad;

VIGESIMOCUARTO. Que, por último, el requerimiento invoca la vulneración del derecho a la seguridad social del afectado que se asegura

en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución Política, específicamente en la parte –inciso cuarto– en que se dispone que “[e]l Estado supervigilará el ejercicio del derecho a la seguridad social”, mandato éste que, a juicio del requirente, resulta contradicho gravemente cuando la declaración administrativa de salud incompatible con el cargo de un funcionario público se aplica en lugar de la declaración de enfermedad o salud irrecuperable, la que no le trae aparejada la pérdida de sus derechos previsionales y asistenciales.

Cabe recordar, para no admitir tampoco esta causal de inaplicabilidad, que los artículos 150 y 151 del Estatuto Administrativo, en la parte en que han sido impugnados, únicamente contemplan la situación de salud incompatible con el cargo como causal para la declaración de vacancia en el mismo, pero no diferencian los efectos de tal declaración respecto a la de salud irrecuperable, efectos que están regulados en disposiciones legales cuya declaración de inaplicabilidad no se ha solicitado, por lo que no corresponde a esta Magistratura entrar a examinar si acaso existe una diferencia de trato que pudiera ser considerada inconstitucional;

VIGESIMOQUINTO. Que, por las consideraciones expuestas, debe rechazarse el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto.

y VISTO lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 19, N°s 2°, 3°, 7°, letra h), 16°, 17° y 18°, y 93, inciso primero, N° 6, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE: QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1.

Los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino previenen en el sentido que no comparten los considerandos decimoprimer y vigesimosegundo de la sentencia, por considerar que de ellos se infiere que la licencia médica tiene que ver con el cargo que se desempeña, en circunstancias que la normativa impugnada no distingue, y considerando que uno de los deberes de los funcionarios es desempeñar las funciones del cargo en forma regular y continua (artículo 61, letra a), Ley N° 18.834). Después de seis meses de licencia en los últimos dos años, el derecho que tiene el funcionario de ausentarse del trabajo, con el fin de atender al restablecimiento de su salud, gozando del total de sus remuneraciones, se hace incompatible con la permanencia en el servicio. Además, el artículo 151 fue modificado, entregándose al Jefe del Servicio la facultad de apreciar si la salud incompatible con el cargo se da o no, por el hecho de que el funcionario hizo uso de una licencia médica superior a seis meses en los dos últimos años.

El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney y el Suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers concurren al fallo previniendo que si el requirente hubiese fundamentado su recurso alegando que las disposiciones legales impugnadas pugnaban con el Artículo 19, N^º 9, de la Constitución Política, que asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud, su voto hubiese sido favorable a la pretensión de inaplicabilidad del señor Hernán Eusebio Lechuga Farías, por cuanto, a su juicio, al aplicarle el Jefe del Servicio de Salud Metropolitano Occidente las normas sobre salud incompatible declarando la vacancia del cargo –artículos 150, letra a), y 151, inciso primero, del Estatuto Administrativo, Ley 18.834– se produce en el caso *sub lite* un efecto contrario a la Carta Fundamental, pues el Estado ha faltado al deber constitucional de proteger el libre e igualitario acceso a acciones orientadas a la recuperación de la salud y rehabilitación del requirente, sobre todo si se tiene en cuenta las circunstancias en que fue decretada la declaración administrativa de salud incompatible encontrándose en la tramitación la declaración de salud irrecuperable en el COMPIN, lesionando de este modo sus justas aspiraciones y derechos como médico cirujano que ha prestado por largo tiempo sus servicios en el sistema público de salud. Así como este Tribunal ha declarado que la Constitución condiciona los contratos de seguros privados de salud (STC Rol N^º 1.710), de igual modo opera la irradiación de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, en la especie el derecho a la protección de la salud, tratándose del estatuto legal que rige las relaciones laborales del Estado con los funcionarios públicos.

Redactó la sentencia el Presidente del Tribunal, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y las prevenciones, los Ministros y el Suplente de Ministro que, respectivamente, las suscriben.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N^º 2.024-2011

Se certifica que el Suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse con permiso.

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

ROL Nº 2.025-2011

REQUERIMIENTO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE
“LA ACTUACIÓN DEL SENADO Y LA CONSECUENTE
MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR ÉSTE AL ARTÍCULO
197 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO” CONTENIDO EN EL
PROYECTO DE LEY QUE CREA EL PERMISO POSTNATAL
PARENTAL Y MODIFICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO

Santiago, veinte de julio de dos mil once.

VISTOS:

Con fecha 20 de junio de 2011, el Presidente de la República ha requerido a esta Magistratura, de conformidad con lo establecido en los artículos 93, Nº 3º, de la Constitución Política de la República y 61 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, para que se declare la inconstitucionalidad de la actuación ejecutada por el Senado y la consecuente modificación introducida al nuevo artículo 197 bis, que se incorpora al Código del Trabajo, mediante el Proyecto de Ley que crea el permiso post natal parental y modifica dicho Código, Boletín No 7526-13, por contradecir los artículos 6º, 7º y 65 de la Constitución Política.

Señala que por medio de una actuación inconstitucional se dividió la votación de un artículo eliminando el tope del subsidio que se proponía, con lo que el Senado vulneró el ámbito de materias reservado a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República al aumentar un gasto.

Expone que entre los principios del presidencialismo en nuestro país están las atribuciones de administración financiera del Presidente de la República, configuradas, entre otros instrumentos, a través de su “iniciativa exclusiva”, y que en dichas materias el Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los beneficios y gastos que el Jefe de Estado proponga, en función del marco normativo establecido por el artículo 65 de la Constitución, norma central en torno a la cual gira el requerimiento.

Posteriormente realiza una síntesis de la doctrina y la jurisprudencia acerca de la iniciativa exclusiva desde 1925, señalando como su fuente la responsabilidad constitucional que le asiste al Presidente de la República en materia de administración financiera y presupuestaria del Estado, para velar por una sana política fiscal, precisamente como producto de las malas prácticas parlamentarias que llevaron a las reformas constitucionales de 1943 y 1970, de todo lo cual quedó de manifiesto la necesidad de reservar el manejo administrativo y financiero del Estado y sus organismos al Presidente de la República como jefe máximo de la administración

y de la gestión económica estatal, citando las opiniones de destacados ex Ministros de Estado y del ex Presidente Frei Montalva en este sentido.

Manifiesta a continuación que a pesar del consenso generalizado en torno a la necesidad de fortalecer las potestades del Congreso Nacional, la existencia de la iniciativa exclusiva presidencial no es un punto de conflicto.

Por otra parte, afirma que no pretende dejar sin efecto su propuesta de ampliación del beneficio de postnatal, sino que persigue su total aprobación. Tampoco pretende desconocer las legítimas atribuciones del Congreso Nacional como órgano colegislador en la aprobación de las políticas públicas, sino que se dirige a reafirmar los valores, principios y normas constitucionales actualmente vigentes, lesionados por esta actuación del Senado.

Así, señala que el tema relevante en este caso no es la extensión del descanso postnatal ni el rol del Congreso Nacional en un régimen democrático, sino el respeto al ordenamiento constitucional, específicamente a su artículo 65, por lo que considera que este requerimiento de inconstitucionalidad es un deber para este Gobierno, pues las violaciones a la Constitución por el Senado son un grave precedente e importan un socavamiento al sistema político y a la institucionalidad.

En el capítulo 1 del requerimiento se expone que el 15 de marzo del año en curso ingresó al Senado el Mensaje N.º 611-358 (Boletín N.º 7.526-13), que crea el nuevo permiso postnatal parental, agregando un artículo 197 bis al Código del Trabajo, con un tiempo de descanso adicional de 12 semanas para el padre o la madre, a elección de ella.

La nueva norma disponía que *“durante las doce semanas siguientes inmediatas al término del período postnatal, existirá un permiso postnatal parental a favor de la madre; no obstante, a elección de aquélla, el padre trabajador podrá hacer uso de dicho permiso a partir de la sexta semana del mismo. La mujer o el padre trabajador que se encuentre haciendo uso de este permiso recibirá el subsidio mencionado en el artículo 198. La base de cálculo del subsidio que origine el permiso postnatal parental, no podrá exceder a la cantidad equivalente a 30 unidades de fomento, al valor que tenga ésta al último día de cada mes anterior al pago, y en la determinación de su monto se considerarán siempre las remuneraciones de la madre, independiente de quien haga uso del permiso. Este tope será también aplicable a las remuneraciones que deban enterarse a los funcionarios de la administración del Estado cuando hagan uso del permiso postnatal parental. Este subsidio se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares del decreto con fuerza de ley No 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.”*

El tope de 30 UF de subsidio –necesario por los recursos disponibles y la focalización del gasto– sería sólo para este nuevo período de descanso, sin perjuicio de aplicarse las normas de cálculo de los actuales subsidios de pre y postnatal.

La fuente de financiamiento de este nuevo permiso sería el Fondo Único de Prestaciones Familiares, al igual que los actuales pre y post natal.

Asumiendo que existirían padres cuya remuneración imponible no sería cubierta completamente, se contempla el trabajo a jornada parcial, con un tope, ya que la suma de la remuneración y el subsidio en ningún caso podría superar el promedio de las tres últimas remuneraciones anteriores al inicio de su descanso prenatal, en el caso de la madre, o al inicio del permiso postnatal parental en el caso del padre.

Expone que esta unidad normativa, con sus diversas precisiones, significaba un gasto fiscal ascendente a \$ 43.771 millones, tal como consta en el Informe Financiero de la Directora de Presupuesto, que se acompaña en un otrosí.

Expresa asimismo que la extensión del descanso y este subsidio constituyen un todo, que consideraba la prestación, su financiamiento y su base de cálculo, y que además el proyecto contemplaba modificaciones al artículo 8° del D.F.L. N° 44, de 1978, sobre el financiamiento del subsidio de pre y post natal.

Agrega que el proyecto fue enviado a la Cámara Revisora el 19 de mayo pasado y que en primer trámite fue conocido por las Comisiones Unidas de Trabajo y de Salud del Senado, aprobado por unanimidad en general, y que luego pasó a la Comisión de Hacienda.

En la votación particular del nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo, se solicitó por el Senador Rossi la votación separada de las normas del inciso primero de dicho artículo, escindiendo así la extensión del beneficio y el tope del subsidio.

Frente a dicha propuesta los Senadores Longueira, Chahuán y Uriarte se opusieron por considerarla inadmisibles al implicar un mayor gasto fiscal, invadiendo así la iniciativa exclusiva del Jefe de Estado, a la vez que el Ministro Secretario General de la Presidencia, don Cristián Larroulet, formuló expresa reserva de constitucionalidad, señalando además que de votarse así, aprobándose la extensión del beneficio y rechazando lo demás, no sólo se elimina el tope del subsidio, sino que, además, se desfinanciaría el proyecto, al no aprobarse su fuente de financiamiento.

La admisibilidad de lo solicitado por el Senador Rossi fue sometida a votación por la Presidenta de las Comisiones Unidas, Senadora Rincón, y resultó aprobada, tras lo cual se procedió a la votación dividida, eliminándose las oraciones tercera a quinta del inciso primero del nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo propuesto en el mensaje.

De esta manera, señala el requirente, se eliminó el tope de 30 UF, aplicable también a los funcionarios de la Administración del Estado, como asimismo la fuente permanente de financiamiento del subsidio.

En cuanto al resto del artículo 197 bis propuesto por el Ejecutivo, agrega que el inciso segundo fue aprobado y el inciso tercero rechazado;

los incisos cuarto, quinto y sexto, a su vez, fueron aprobados por la unanimidad de los miembros de las Comisiones Unidas con una enmienda formal a su inciso quinto.

Con posterioridad, el proyecto de ley fue remitido a la Comisión de Hacienda del Senado, instancia en la que la Directora de Presupuestos expuso que la norma aprobada por las Comisiones Unidas suponía un incremento de gasto fiscal de al menos US\$ 35 millones por año. Durante la discusión en el seno de esta Comisión, el Senador Kuschel efectuó expresa reserva de constitucionalidad acerca del proyecto de ley y, en particular, respecto del artículo 197 bis aprobado, por haber sido objeto de las supresiones ya señaladas.

También formuló reserva de constitucionalidad el Senador Longueira, quien agregó que se está en presencia de un inédito y grave riesgo para la estabilidad y el equilibrio fiscal del país, cualquiera sea el Gobierno de turno, pues es posible que una mayoría en el Congreso Nacional pueda alterar financieramente la administración del Estado.

Añade el requerimiento que en la Sala del Senado hubo varias intervenciones acerca de las cuestiones de inconstitucionalidad. Así, el Senador Espina señaló:

“Este proyecto, señor Presidente, con lo que votó la Concertación ayer, se quedó sin financiamiento. Porque en el artículo 197 bis se eliminó la norma que establecía los recursos previstos para ello, con lo cual se aumentó de manera impropcedente el gasto. Eso vulnera nuestra Constitución y la Ley Orgánica del Congreso Nacional, que en forma expresa le prohíben al Parlamento aumentar los gastos de una iniciativa.

Lo que me preocupa del debate habido es esencialmente que por primera vez –no recuerdo otra ocasión desde el año 90– se viola de manera flagrante la Carta Fundamental en una norma que hasta ahora, coincidentemente, tanto el Gobierno como la Oposición habían acatado y respetado (...) Por lo tanto, señor Presidente, hago reserva de constitucionalidad.”

Por su parte y en el mismo sentido, el Senador Chadwick indicó en la Sala:

“¿Dónde radica lo referente a la constitucionalidad? En que los Senadores de la Concertación eliminaron, en las Comisiones Unidas y en la de Hacienda, el tope de 30 unidades de fomento que el artículo 197 bis del proyecto del Ejecutivo había establecido al subsidio por la extensión del posnatal. Ahí reside la dificultad. Porque se plantea una de dos alternativas, señor Presidente. Si alguien piensa que no hay un gasto fiscal al eliminarse el límite planteado por el Ejecutivo, cabe precisar que lo resuelto implica que el posnatal, en su subsidio, se fue hoy día a cero.

Y como supongo que esa no habrá sido la intención de ninguno de los señores Senadores de la Concertación, pues el que habrían cometido es un error garrafal, entonces no queda más que otra alternativa: la medida sí significa un aumento del gasto.

En tal sentido, expondré algo básico: si la eliminación del tope de 30 unidades de fomento significa un aumento del gasto, se trata de una atribución exclusiva del Presidente de la República. Y es algo que hemos respetado durante todos los años de funcionamiento del Congreso Nacional.

¿Y por qué es una atribución exclusiva del Primer Mandatario? Porque dos normas específicas lo señalan así en la Constitución. El inciso tercero del artículo 65 dispone especialmente que es materia de su iniciativa exclusiva todo lo que diga relación con la administración financiera del Estado.

Pregunto, señores Senadores: ¿alguien puede sostener que aumentar el gasto, de una forma no prevista, en un proyecto enviado por el Ejecutivo, no es una alteración en la administración financiera del Estado? Quisiera escuchar el fundamento de quien pueda afirmarlo.

Además, el número 6° del artículo 65 establece que, en materia de seguridad social, el Congreso sólo podrá –y ya no es un problema de indicación o no, sino de votación– aceptar, disminuir o rechazar beneficios y gastos. Repito: aceptar, disminuir o rechazar.

¿Qué no puede hacer? Aumentar beneficios y gastos. Eso le está prohibido porque es una atribución exclusiva del Presidente de la República.”.

Agrega el requirente que en la posición contraria se encontraban algunos senadores que no desconocían el mayor gasto público que la actuación del Senado implicaba y que ninguno de ellos defendió su constitucionalidad, citando al efecto las intervenciones de los senadores Gómez y Lagos.

De este modo, el Senado aprobó el nuevo permiso postnatal parental, pero eliminó el tope del subsidio, a pesar del claro tenor de la idea matriz que contemplaba un nuevo beneficio con tope para focalizar el gasto en los grupos más débiles.

Por otra parte, el Senado suprimió también la oración que hacía de cargo del Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía la prestación, con lo que habría desfinanciado el proyecto.

Las disposiciones constitucionales que se denuncian como infringidas son el artículo 65, inciso tercero, en cuanto a la iniciativa exclusiva que corresponde al Presidente de la República en proyectos de ley sobre administración financiera y presupuestaria del Estado; el inciso cuarto, numerales 4° y 6°, del mismo artículo de la Constitución, al referirse a un beneficio para funcionarios públicos y al incidir en una materia de seguridad social; el inciso final del mismo artículo, al aumentar el Senado un gasto público propuesto por el Presidente de la República, y los artículos 6° y 7°, consecuentemente.

En cuanto a la iniciativa exclusiva en materias financieras, el requerimiento cita la jurisprudencia de este Tribunal (STC Rol N° 1.867), en el sentido de que tales normas “*permiten resguardar, asimismo, las esferas de competencia que la Constitución ha reservado al Presidente de la República*”, y en

cuanto ha señalado que la administración financiera no sólo trata de aspectos monetarios y cambiarios, sino que también incluye la recaudación y gasto, sus prioridades, su distribución y control.

Expone luego el requirente que para la acertada resolución del presente conflicto debe determinarse el alcance de la iniciativa exclusiva y de la facultad para formular indicaciones sin alterar las ideas matrices, en resguardo de la integridad financiera del Estado.

Citando a Silva Bascañán, expresa que la “iniciativa” es la facultad de hacer una propuesta en materia de ley, que se extiende durante todo el proceso legislativo y que no se agota luego de ser iniciado un proyecto por mensaje presidencial.

En cuanto a las indicaciones, citando al mismo autor, señala que pueden formularlas los mismos órganos que gozan de iniciativa y dentro del campo constitucionalmente autorizado.

Por otra parte, afirma que no podrán admitirse aquellas indicaciones que afecten materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, salvo que tengan por único alcance el de aceptar, reducir o rechazar las proposiciones del Ejecutivo sobre tales materias, de acuerdo al artículo 24, inciso final, de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional.

Agrega que este Tribunal ha fallado que en este tipo de materias el objeto de la intervención parlamentaria es en sí limitado, pues no debe tener relación con un aumento del gasto ni generar ese efecto.

Por otra parte, agrega que este Tribunal ha determinado que si el proyecto de ley en cuestión no se refiere a una materia que por su contenido corresponda conocer a la Comisión de Hacienda, el hecho de que sea enviado a ella se funda en que su aprobación compromete las finanzas del Estado.

Expone que al eliminar el tope de 30 UF de la base de cálculo del subsidio se produce inmediatamente un aumento del gasto cercano a los 36 millones de dólares americanos anuales, que obviamente deberá ser cubierto con fondos públicos, alterando de ese modo el diseño de la administración financiera y presupuestaria al eliminar la fuente de financiamiento, en una intromisión grave en un régimen cuya conducción la Constitución reserva al jefe del Estado.

Agrega, por otro lado, que el proyecto se refiere a beneficios para los trabajadores de la Administración Pública, vulnerándose con el proceder denunciado el inciso cuarto, numeral 4^o, del artículo 65 de la Carta Fundamental, que establece la iniciativa exclusiva en la materia y en su base de cálculo, en lo que constituye una especificación de la reserva de la iniciativa legislativa en el Ejecutivo, prevista en el inciso tercero del artículo 65 de la Constitución, porque incide en los equilibrios macroeconómicos y en la administración financiera del Estado, por lo cual la fijación del ingreso mínimo o el reajuste de los funcionarios públicos son materias de

iniciativa privativa del Ejecutivo, frente a la cual el Congreso sólo puede aceptar, disminuir e incluso rechazar el gasto, pero nunca aumentarlo.

En la especie, el subsidio por ampliación del postnatal es un beneficio económico, dirigido a los trabajadores públicos y privados, cubierto por las normas del inciso tercero y de los numerales cuarto y sexto del inciso cuarto del artículo 65 de la Constitución, ya que hoy el pre y postnatal en el sector público no tiene topes de subsidio.

Por otra parte, expone que la actuación impugnada transgrede el artículo 65, inciso cuarto, numeral 6°, de la Constitución, al referirse a normas sobre seguridad social o que incidan en ella, pues corresponde al Presidente de la República la iniciativa exclusiva en la materia. Agrega que el derecho a la seguridad social es de naturaleza prestacional, porque requiere de conductas activas para su materialización, como es en este caso el subsidio de maternidad, carácter que quedó claro tanto en el mensaje como en la tramitación del proyecto, pues en el Primer Informe de las Comisiones Unidas de Trabajo y Seguridad Social y de Salud, el artículo 197 bis y sus normas fueron considerados de quórum calificado *“por cuanto regulan el ejercicio del derecho a la seguridad social, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución Política de la República”*.

Por otro lado, considera que la actuación que se impugna excedió las atribuciones del Congreso Nacional establecidas en el artículo 65, inciso final, de la Constitución, norma que es complementada por el inciso tercero del artículo 24 de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, que prohíbe a los parlamentarios formular indicaciones que afecten *“en ninguna forma”* materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, *“ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento”*, pues la letra de la disposición constitucional y el espíritu e historia de la norma son claros: se pretende que el Congreso Nacional no distribuya los recursos públicos, no otorgue beneficios ni prebendas. En la especie los senadores no aprobaron, ni rechazaron ni disminuyeron el gasto, sino que al eliminar un inciso que lo limitaba y era la esencia de la idea matriz, lo aumentaron, infringiendo el inciso final del artículo 65.

Expresa que, según lo razonado por esta Magistratura, el ritmo del gasto, el manejo de los recursos financieros del sector público, su distribución y control, así como la elaboración del presupuesto, son de resorte del Ejecutivo, por lo que una acción parlamentaria en orden inverso es inconstitucional.

Expone seguidamente que existen precedentes de este Tribunal que reconocen la inconstitucionalidad de actuaciones de este tipo y que diversas mociones parlamentarias e indicaciones han sido declaradas inadmisibles cuando generan un gasto, habiéndose procedido así también cuando por medio de una indicación o de la votación separada se produce un

efecto que sólo podría nacer a la vida del derecho por medio de una actuación del Presidente de la República.

Señala que, en principio, no se cuestiona la facultad de presentar la indicación o solicitar la separación de la votación, sino el hecho de orientarlas a aumentar el gasto y alterar materias propias de la administración financiera del Estado.

Señala como ejemplos:

a) Durante la tramitación de la Ley N^º 20.440, que flexibiliza los requisitos de acceso para obtener beneficios del seguro de cesantía de la Ley N^º 19.728, producto de la catástrofe del 27 de febrero de 2010;

b) Durante la tramitación de la Ley N^º 20.444, que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y establece mecanismos de incentivo tributario a las donaciones efectuadas en caso de catástrofe;

c) Durante la tramitación de la Ley N^º 20.433, que creó los Servicios de Radiodifusión Ciudadana Comunitaria;

Señala como corolario que los parlamentarios han consolidado, en la forma descrita, un precedente que ellos mismos han quebrantado en esta ocasión, fundado en una interpretación armónica de los preceptos constitucionales que respeta las facultades de los congresistas, pero supeditándolas a la Constitución.

Posteriormente, en un tercer capítulo, y sin perjuicio de las infracciones constitucionales precedentemente expuestas, el requerimiento sostiene y explica la inconstitucionalidad de la división de la votación efectuada por el Senado, que significó invadir materias de iniciativa exclusiva presidencial, con un aumento directo y cierto del gasto público.

A este respecto, invoca el artículo 164 del Reglamento del Senado, según el cual *"cualquier Senador podrá pedir que se divida una proposición antes de empezar su votación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional"*. A su vez, el aludido artículo 35 exceptúa de la división de la votación a las normas contenidas en las observaciones formuladas por el Presidente de la República a los proyectos de ley o de reforma constitucional.

Sobre el particular, señala que el Reglamento del Senado es una fuente escrita del Derecho Constitucional chileno, como se reconoció en la sentencia Rol N^º 1 de 1972, del Tribunal Constitucional, en su considerando 12, de manera que las disposiciones contenidas en él no pueden entrar en colisión con las normas constitucionales sino que deben ser interpretadas a la luz de ellas.

Agrega que en este caso no se objeta una norma reglamentaria, que en la medida que se aplique en consideración y armonía con las disposiciones constitucionales no debería ser contraria a ellas, y que la división de una votación en una materia vinculada con la iniciativa exclusiva del Presidente de la República viola diversas disposiciones de la Carta Fundamental, en actuación que es impugnante ante este Tribunal.

Hace presente que el Reglamento de la Cámara de Diputados, en su artículo 146, dispone que *“cualquier diputado podrá pedir que se divida una proposición antes de cerrarse el debate, salvo los siguientes casos: ... b.) Que de dividir la proposición pueda incurrirse en una decisión inconstitucional, situación que debe ser calificada por el Presidente.”*

Al explicarse el alcance de esta disposición, el entonces Diputado Alberto Espina, en Sesión 21a. de la Cámara de Diputados, ordinaria, del 12 de mayo de 1994, manifestó lo siguiente:

“La norma (...) apunta al tema de la división de las votaciones. Se establece que ‘cualquier Diputado puede pedir que se divida una proposición antes de cerrarse el debate, salvo...’ en el caso de ‘las observaciones o vetos formulados por el Presidente de la República,...’ o cuando dividirla signifique incurrir en una inconstitucionalidad. Por ejemplo, el Presidente de la República puede presentar un inciso en el cual crea determinados empleos públicos, y luego, en un inciso segundo, establecer una excepción. La Cámara podría pedir división de la votación, aprobar el inciso primero en el cual el Presidente crea empleos públicos, y eliminar el segundo, que restringe la aplicación del primero, con lo cual, en el hecho, está creando más empleos públicos que los propuestos por el Presidente.

La norma se incorpora para evitar que la división de la votación sea un instrumento que el día de mañana sirva para que la Corporación se arrogue atribuciones que son de la exclusiva competencia del Presidente de la República, en el caso que he señalado, o que las proposiciones de ley adolezcan de otro vicio de inconstitucionalidad.”

En este orden, la división de la votación no puede hacerse generando efectos inconstitucionales, que en este caso consistieron en invadir la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, en tanto que los Diputados y Senadores sólo pueden aceptar, disminuir o rechazar las iniciativas del Presidente.

Es por ello que este requerimiento no se funda en una infracción legal o reglamentaria, sino que en la existencia de una actuación, durante la tramitación del proyecto de ley referido, que vulneró la Carta Fundamental y que ha generado una cuestión de constitucionalidad, entendida según esta Magistratura como *“un desacuerdo, una discrepancia”*, según la sentencia Rol N° 24, *“entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo o en el seno mismo del segundo”*, como es el caso que se analiza.

Agrega que en el proceso Rol N° 1.410 se requirió a esta Magistratura, con fecha 16 de junio de 2009, para que declarara inconstitucionales las actuaciones del Senado durante la tramitación del proyecto de ley sobre declaración de ausencia por desaparición forzada de personas. En dicha causa, este Tribunal señaló que puede recurrirse contra actuaciones de alguno de los órganos colegisladores, y no sólo en el caso de una contienda normativa, tal como lo argumentaron los diputados requirentes, frente a la cual el Tribunal se declaró competente para conocer, tras lo

cual resolvió acoger el requerimiento y declarar “*que la actuación del Senado impugnada por los requirentes debió ajustarse a lo dispuesto en los artículos 66 y 70 de la Constitución*”.

Fundamenta la competencia de esta Magistratura en lo razonado en la misma sentencia acerca de “*la misión asignada a este Tribunal de velar por la efectiva vigencia del principio de supremacía constitucional –como soporte esencial del Estado de Derecho y de la democracia–, que “abarca tanto la denominada ‘constitucionalidad de forma’, que apunta a la conformidad de los preceptos legales con el proceso nomogenético o de formación de la ley, como a la ‘constitucionalidad de fondo’, que dice relación con la conformidad sustantiva de las normas legales con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental*”, en la medida que “*si bien el Constituyente ha confiado a la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional la regulación de todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley (artículo 55, inciso tercero, de la Constitución), tal encargo debe efectuarse guardando debida concordancia con el espíritu y el sentido de las disposiciones constitucionales*.”.

Finalmente, agrega que este Tribunal ha utilizado como criterio para distinguir una cuestión de constitucionalidad de otra reglamentaria o de legalidad, el hecho de si es la Carta Fundamental la que regula el asunto o, por el contrario, está tratado primordialmente en el Reglamento de la respectiva Cámara o en la ley respectiva, citando como ejemplo lo razonado en la sentencia Rol N^º 464, en la cual se desechó emitir pronunciamiento sobre la declaración de admisibilidad o de inadmisibilidad de un proyecto de reforma constitucional porque “*la Carta Fundamental no contiene norma alguna que regule*” y que “*como bien se afirma en uno de los escritos de respuesta al requerimiento: La Constitución se ocupa del tema sólo tangencialmente, en dos preceptos, vinculados por una misma idea: en el artículo 69 respecto de la relación que debe existir entre las indicaciones y las ideas matrices del proyecto, y en el artículo 73 en lo atinente a la correspondencia que deben guardar los vetos con las referidas ideas matrices, materias que son ajenas al tema en examen*.”.

Agrega que las materias de iniciativa exclusiva, las atribuciones de gasto del Congreso Nacional y la admisibilidad de actuaciones que se vinculen con ellas son un asunto netamente constitucional, como queda de manifiesto con la frondosa jurisprudencia emanada de este Tribunal, como cuando se quiso trasladar el Congreso a Santiago (STC Rol N^º 242) o como cuando se declaró inadmisibile la indicación de un grupo de diputados que propusieron un nuevo concepto de empresa en la Ley de Subcontratación (STC Rol N^º 534).

Señala el requirente que existe una contienda específica en el seno del proceso de formación de la ley, que involucra una actuación del Senado con efectos directos en la iniciativa exclusiva del Presidente, materia densamente reglada en la Carta Fundamental, y no una contienda política

ajena al ámbito constitucional, tal como ya lo resolvió el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente Nº 2 en el año 1972.

Agrega que para la doctrina española, por ejemplo, el procedimiento parlamentario de elaboración de las leyes tiene el significado no sólo de establecer la ordenación interna de la actividad de las Cámaras, sino también de fijar el criterio adecuado para determinar la constitucionalidad de las leyes o su eventual inconstitucionalidad por motivos formales, contraponiéndose ésta a la inconstitucionalidad material o sustantiva.

En síntesis, concluye:

1. Que es al Presidente de la República a quien corresponde, por mandato claro del artículo 65 de la Constitución, la iniciativa legislativa exclusiva sobre, entre otras materias, las que digan relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado, las que concedan beneficios al personal en servicio de la Administración Pública y las que establezcan o modifiquen las normas sobre seguridad social. Cuando el Jefe del Estado, en ejercicio de esta facultad, planteó la modificación del Código del Trabajo con un nuevo permiso postnatal parental, con condiciones, límites y forma de financiamiento específicos, con una base de cálculo del subsidio de hasta 30 UF, en un todo indivisible no susceptible de separación en sus elementos básicos, propuso un solo beneficio, cuya alteración lo desfigura, contradiciendo en forma flagrante la proposición formulada por el Presidente de la República en uso de sus atribuciones exclusivas.

2. Que se ha infringido la norma establecida en el inciso final del artículo 65 de la Constitución, pues el Senado ha incrementado los beneficios sociales previstos y el gasto público consiguiente, yendo más allá de lo que la Constitución le permitía: rechazar, aprobar o disminuir.

3. Que se han creado nuevos beneficios y gastos que no cuentan con respaldo en la iniciativa presidencial, provocándose en este caso una evidente distorsión, cambio de naturaleza o efectos diferentes a los contemplados en el proyecto.

4. Finalmente, que de aceptarse la tesis contraria se establecería un precedente absolutamente reñido con el régimen presidencial contemplado por nuestro ordenamiento constitucional y con la dirección superior que la Constitución ha dado al Presidente de la República en la conducción financiera del Estado, en armonía con el artículo 24 y numerosos otros preceptos de la Constitución Política.

Por lo tanto, no cabe aceptar que por la vía de una actuación del Senado, dirigida a eliminar algunas frases de un artículo del proyecto de ley propuesto por el Presidente de la República, en una materia de su exclusiva iniciativa, se socaven las bases del régimen presidencial, particularmente el manejo de la Hacienda Pública, y los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, al ejercer el Senado competencias que ni la Constitución ni la ley le reconocen, para arrogarse iniciativa

legislativa allí donde se encuentra reservada exclusivamente al Ejecutivo.

Por todo lo expuesto, solicita tener por formulado requerimiento para que se declaren contrarias a los artículos 6^º, 7^º y 65 de la Constitución Política de la República la actuación del Senado y la consecuente modificación introducida por éste al artículo 197 bis del Código del Trabajo contemplado en el proyecto de ley en trámite (Boletín N^º 7526-13), dejándola sin efecto o adoptando las medidas que este Tribunal estime conducentes a restablecer el imperio del derecho y la supremacía de la Constitución en la tramitación de dicho proyecto de ley.

Con fecha 30 de junio se acogió a tramitación el requerimiento y, con igual fecha, se resolvió su admisibilidad, confiriéndose traslado a los órganos colegisladores.

Con fecha 5 de julio, dentro del plazo legal, el Presidente de la Cámara de Diputados compareció y formuló observaciones al requerimiento deducido, solicitando que se le tenga por parte en el proceso. En un primer capítulo da cuenta del proyecto de ley en cuestión y de lo obrado por el Senado, de conformidad a lo ya expuesto, recalcando que la extensión del período postnatal y la base de cálculo del subsidio estaban indisolublemente unidas, no obstante lo cual la norma fue dividida, en una actuación cuya admisibilidad fue latamente discutida. Expone que en su calidad de Presidente de la Cámara, al igual que todos sus antecesores, ha velado fielmente por el cumplimiento de las normas constitucionales sobre iniciativa legislativa, al punto que el Reglamento de la Cámara fue modificado hace 16 años con ese fin.

Posteriormente, en un segundo capítulo, se refiere al sentido y alcance de las normas sobre iniciativa exclusiva contenidas en el artículo 65 de la Carta Fundamental, que de acuerdo a lo razonado por esta Magistratura deben interpretarse restrictivamente. Agrega una síntesis de las normas sobre materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, que desde la Carta de 1925 han ido ampliándose, conforme lo expone a fojas 424 y siguientes.

En un tercer capítulo se refiere a la iniciativa exclusiva del Jefe de Estado en materia de gasto público, que además tiene origen reservado en la Cámara de Diputados. Expone que desde 1943 la iniciativa parlamentaria en este tipo de asuntos está restringida, para recoger posteriormente en otro capítulo la evolución histórica de la normativa que la regula hasta llegar al estatuto constitucional actual.

En un quinto capítulo, se refiere al rol del Congreso en materias de iniciativa exclusiva presidencial, en específico para el gasto público. De conformidad al artículo 65 de la Carta Fundamental, el Congreso sólo puede aceptar, disminuir o rechazar, mas no aumentar un gasto propuesto por el Presidente. Expone que ambas Cámaras deben aprobar la erogación y que el rechazo o la disminución obliga a un diálogo al Ejecutivo,

para atender los requerimientos parlamentarios que lo motiven. Agrega que se está frente a una exigencia constitucional para establecer o modificar normas de seguridad social y de beneficios para el personal de la Administración del Estado y no sólo frente a un problema de administración de recursos.

Señala que la cuestión debatida es la división de la votación en dos partes, el beneficio y después el tope del subsidio, lo que constituye una cuestión de constitucionalidad en el sentido amplio y referida a lo procedimental, por invadirse las materias de iniciativa exclusiva señaladas en los numerales 4° y 6° del artículo 65 de la Carta Fundamental, pues el Senado se excedió de su rol de aprobar, rechazar o disminuir el gasto.

Expone que desde 1994 el Reglamento de la Cámara de Diputados norma exhaustivamente la división de la votación en su artículo 146, lo que se explica en términos similares a los utilizados en el libelo de fojas 1, a efectos de evitar que se utilice para burlar la iniciativa exclusiva en infracción a la Constitución, para concluir que en el Senado dicha actuación también está prohibida al regir las mismas normas constitucionales.

Por todo lo anterior, solicita se acoja el requerimiento.

Con fecha 6 de julio y vencido el plazo respectivo, comparece el Presidente del Senado, designando abogados patrocinantes, solicitando una audiencia especial para ser oído y haciendo presente que formulará argumentaciones por escrito.

Con fecha 7 de julio se decretó oír a los abogados designados por el Presidente del Senado en la audiencia del 14 del mismo mes, a las 10 horas.

A fojas 442 se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 11 de julio, comparecieron en el ejercicio del derecho de petición y solicitaron ser oídos los senadores Chadwick, Hernán Larraín, Carlos Larraín, Pérez Varela, Novoa, Orpis, Espina, Chahuán, Horvath, Coloma, Prokurica, Cantero, García, Uriarte y Longueira. Formularon observaciones de hecho y de derecho, dando cuenta del contenido del proyecto y su tramitación, en los términos ya reseñados, agregando un capítulo acerca de las cuestiones de constitucionalidad que se plantearon. Exponen que el artículo aprobado implica un aumento del gasto sin iniciativa del Presidente de la República, para realizar posteriormente una síntesis histórica de la evolución de la iniciativa presidencial en materia de gasto público hasta llegar a la normativa actual, con una especial referencia al proceso Rol N° 254 de esta Magistratura, en el cual varios de los senadores que sostienen la constitucionalidad de lo obrado abonaron una tesis argumentativa que implica acoger el requerimiento de fojas 1.

Posteriormente señalan que se está en presencia de una norma de seguridad social y que aumenta los beneficios para el personal de la Administración del Estado, también aprobada sin iniciativa presidencial.

Finalmente, señalan que el Tribunal Constitucional es plenamente competente para conocer acerca del conflicto planteado, y que, en definitiva, debe acogerse al requerimiento formulado porque la norma aprobada es contraria a la Constitución, designando abogado patrocinante a doña Olga Feliú Segovia.

Con fecha 12 de julio, el Pleno del Tribunal resolvió oír a los aludidos parlamentarios en la audiencia especial del día 14 de julio a las 10 horas.

A fojas 495, en representación del Presidente del Senado de la República, los abogados Francisco Zúñiga, Patricio Zapata y Pablo Ruiz-Tagle solicitan a esta Magistratura tener presente que el requerimiento se refiere a un conjunto de actuaciones del Senado, sin que la acción impetrada se refiera a pretensiones de anulación de normas que tengan como soporte un conflicto de constitucionalidad preventivo recaído en una norma, que debe referirse, de conformidad a lo razonado por este Tribunal en su sentencia Rol N^º 786, a un juicio de legitimidad, entendido como cotejo objetivo entre un precepto infraconstitucional y un principio, norma o valor amparado por la Carta fundamental, cuestión que es reafirmada por su artículo 94, en tanto dispone que las disposiciones declaradas inconstitucionales no pueden transformarse en ley. Así, lo que se ha solicitado a este Tribunal sería el ejercicio de jurisdicción de amparo frente a la división de la votación y no el kelseniano rol de legislador negativo que le es propio.

En segundo término, afirman que el reglamento parlamentario es una fuente formal de derecho, de rango infraconstitucional, y referida a materias propias del ejercicio de la función parlamentaria. Agregan que este tipo de reglamentos y los de otros órganos fueron excluidos del control de este Tribunal y que dicha circunstancia fue reafirmada por la reforma constitucional del año 2005, quedando fuera de la órbita competencial de esta Magistratura.

En un tercer capítulo, razonan latamente acerca de las diferencias entre el control político y el control jurisdiccional de constitucionalidad. Exponen que la división de la votación es una manifestación del primero, que es el único admisible en un Estado de Derecho para decisiones interna corporis del proceso legislativo. Expresan que mediante el requerimiento se busca un quiebre del equilibrio que debe existir entre ambos tipos de control al someter a este Tribunal un asunto político ajeno a su órbita competencial, faltando en la especie un presupuesto procesal básico, cual es la existencia de todo o parte de un proyecto de ley que se impugne.

En un cuarto capítulo, señalan que la determinación y adecuación del tope del subsidio postnatal es un tema que sólo puede ser decidido por los órganos colegisladores, con iniciativa exclusiva del Presidente de la República, que no puede trasladar su responsabilidad política al Tribunal

Constitucional. Exponen que la indicación presidencial referida al tope del estipendio puede ser repuesta en segundo trámite constitucional o en comisión mixta, e incluso puede ser objeto de veto, caso en el cual las cámaras no podrán dividir la votación, de conformidad a los artículos 35 de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, 146 del Reglamento de la Cámara y 188 del Reglamento del Senado. Así, se está en presencia de una cuestión que es de mera legalidad y no propiamente de constitucionalidad.

Posteriormente, en otra sección, se refieren a la jurisprudencia de esta Magistratura sobre cuestiones de constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de proyectos de ley, señalando que ella es usada como eje del requerimiento, pero que debe ser analizada con seriedad y rigor.

Conceptualizando qué es la jurisprudencia, recurren a la definición de la Real Academia Española de la Lengua y a la doctrina para concluir que debe obedecer a argumentaciones públicas y conocidas, cumpliéndose así el deber de motivación, y valorando lo obrado en dicho sentido por esta Magistratura. Así, la motivación es una garantía frente a fallos puramente políticos y se exige relativa coherencia a través del tiempo, que según el sistema se expresa en el *stare decisis* o en la consideración de lo fallado anteriormente por el propio tribunal. Exponen que en Chile muchos no creen en la vinculación del juez a la jurisprudencia; por de pronto, no existe en la Constitución ni en la ley orgánica de este Tribunal norma alguna que establezca el deber de coherencia, a pesar de lo cual se ha desarrollado una práctica muy consistente en ese orden, a partir del denominado fallo “Juzgados de Policía Local”.

En este sentido, el requerimiento cita la sentencia Rol N° 23, de 1984, sin decir que se reconoce en ella la lectura estricta del concepto de cuestión de constitucionalidad, sin decir tampoco que el Tribunal afirmó categóricamente no ser un órgano de consulta ni tampoco de tipo dictaminal y sin recordar que cuando se crea el primer Tribunal Constitucional chileno se reconoce que los conflictos entre poderes primero se enfrentan y superan mediante el libre juego de las instituciones y sólo si ello no funciona, mediante el proceso. Tampoco se hace referencia a las exigencias establecidas en dicha sentencia acerca del planteamiento específico y riguroso del conflicto.

En cuanto a la sentencia Rol N° 1.410, exponen los elementos del conflicto resuelto en dicho proceso, relativo a la calificación como orgánica constitucional de una norma, y dan cuenta de la división de la votación en el Pleno del Tribunal, concluyendo que nada tiene que ver con iniciativa exclusiva en materia de gasto, además de citarse las expresiones de los abogados como si fueran precedentes judiciales. Además, de dicha sentencia queda claro que las “*actuaciones inconstitucionales*” no son un nuevo objeto de control, ya que se refiere a la constitucionalidad de forma de la norma.

Por otra parte, se sostiene la impertinencia del uso de doctrina española en el requerimiento, atendida la diferencia de régimen político y de potestades atributivas de los órganos de control.

En otra sección, se afirma que el proyecto es normativa regulatoria de derechos fundamentales y de políticas públicas para su ejercicio, que no establece simples concesiones del gobierno, lo que se desprende del Mensaje, en relación al inciso cuarto del artículo 1^o de la Carta Fundamental y al artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al deber de proteger a la familia, a la maternidad y a la infancia.

Exponen que se trata de definir el rol del Estado frente a los llamados derechos prestacionales y sus deberes frente al derecho internacional, lo que es reconocido al destacarse en el requerimiento que el proyecto versa sobre materias de seguridad social.

Aducen que mediante el rechazo parcial del proyecto de ley el Senado ha actuado en forma acorde con la Constitución porque la seguridad social es un derecho fundamental, al cual se ha dado mayor eficacia mediante el rechazo al tope del subsidio propuesto. En este sentido recuerdan que de acuerdo a la sentencia Rol N^o 786, este Tribunal estableció dos criterios en materia de indicaciones: objeto central y efecto colateral, de conformidad a lo cual la división de la votación correspondió al ejercicio de una potestad reglada propia de los parlamentarios, que pretende ser impugnada invocando el control y la focalización del gasto.

Tras cuestionar la afirmación del Ejecutivo en cuanto al carácter regresivo del subsidio maternal, señalan que el tope del mismo es para el Senado una contradicción con un derecho fundamental y una discriminación arbitraria que vulnera el deber de proteger a la familia y que perjudica a los funcionarios de la Administración Pública.

Posteriormente, en referencia a la reserva de ley como garantía normativa de los derechos y a la supuesta indivisibilidad del subsidio y su tope por la focalización del gasto, hacen presente que la ley es expresión de la voluntad ciudadana, cuestión que debe ser ponderada a la hora de invocarse las potestades presidenciales, sin que pueda entenderse que la iniciativa exclusiva sustituye al Parlamento. Así, si el proyecto busca la ampliación del campo de ejercicio de derechos fundamentales, el supuesto incremento del gasto como efecto colateral indirecto no alcanza para provocar la intervención de este Tribunal, ya que las 30 unidades de fomento fueron consideradas un subsidio modesto por diversas organizaciones.

En cuanto a la garantía constitucional del derecho a la seguridad social, señalan que se funda en el principio de solidaridad, en tanto expresión de la igualdad. Agregan que es plenamente exigible y justiciable, por lo que el subsidio no puede emanar de la discrecionalidad del Ejecutivo y sus límites no pueden ser arbitrarios ni caprichosos, en la medida que debe gozar de universalidad, integralidad y uniformidad y, en ese sen-

tido, lo razonable es el tope de 66 unidades de fomento, pues sustituye una remuneración similar a la base de cálculo del aporte al sistema de seguridad social.

Por otro lado, argumentan que el permiso parental para ausentarse del trabajo emana de la Convención sobre los Derechos del Niño, según se detalla a fojas 532, y que los derechos sociales se fundamentan en la dignidad humana y el deber de satisfacción de necesidades básicas, acerca de lo cual el Estado debe cumplir estándares internacionales de respeto, protección, promoción, garantía, no regresividad y progresividad, marco en el cual el Senado ha actuado legítimamente, de acuerdo a la Constitución y al derecho internacional, al impedir se rebaje el tope de un subsidio desde 66 a 30 unidades de fomento, frente a lo cual el Ejecutivo podría insistir por la vía del veto.

Posteriormente dan cuenta de la inexistencia de iniciativa exclusiva en el presidencialismo norteamericano y afirman que la contraposición entre ella y el Congreso desconoce la naturaleza y la evolución de esta institución, ya que la iniciativa ha estado vinculada en sus orígenes a las prácticas parlamentarias, citando al efecto a los profesores Sebastián Soto y Teodoro Ribera a fojas 540.

Posteriormente se refieren al estatuto de la división de la votación, para concluir que lo obrado se ajusta a la ley y al Reglamento del Senado, en una decisión que no es reclamable ante autoridad alguna.

Por otro lado, argumentan que el requerimiento confunde la estimación de gasto realizada por la Dirección de Presupuestos y la fuente de financiamiento del proyecto, cuya determinación corresponde al órgano legislativo.

A fojas 544 y siguientes, argumentan latamente acerca del rol de los Tribunales Constitucionales en el pensamiento de Hans Kelsen y la conocida controversia entre dicho jurista y Carl Schmitt, para concluir acerca de la función de contrapeso y equilibrio que se asigna a la justicia constitucional en un Estado Social y Democrático. Finalmente, en mérito de todo lo expuesto solicitan el rechazo del requerimiento.

A fojas 553, en ejercicio del derecho de petición y en calidad de *amici curiae*, comparecen la Asociación Nacional de Empleados Fiscales, la Confederación Nacional de Funcionarios de la Salud Municipalizada y la Federación Nacional de Profesionales Universitarios de los Servicios de Salud y solicitan tener presente que el proyecto de ley en cuestión discrimina al padre al no reconocerle titularidad de derecho alguno y a la mujer al distribuir desigualmente el cuidado de los hijos, además de vulnerar diversas disposiciones de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer, agregando que los derechos humanos no se pueden focalizar sólo en ciertos grupos, como pretende el Ejecutivo. Agregan que si el Senado hubiera aprobado

la norma propuesta por el Ejecutivo la discriminación sería aún mayor. Posteriormente se refieren a la situación del subsidio en los trabajadores del sector público, para concluir que los hace perder derechos.

A fojas 572 los profesores de Derecho Público Eduardo Soto, Luz Bulnes, Miguel Ángel Fernández, Ignacio Covarrubias, José Ignacio Martínez Estay y Julio Alvear comparecen formulando consideraciones de derecho en favor del requerimiento, por considerar vulnerados los artículos 6^º y 7^º de la Carta Fundamental. Hacen presente que se está en presencia de una cuestión de constitucionalidad y que según el profesor Patricio Zapata este control debe referirse a todos y cada uno de los vicios que pudieren afectar al proyecto examinado, agregando que el Consejo de Estado dejó constancia expresa acerca de la procedencia del control de vicios de forma.

Más adelante se refieren al deber del Presidente de la República de cuidar la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley, para después referirse a la iniciativa exclusiva en materia presupuestaria, concluyendo que el Tribunal Constitucional es competente para conocer de esta causa y que las modificaciones introducidas por el Senado deben ser declaradas inconstitucionales.

Con fecha 13 de julio, la Fundación Jaime Guzmán solicitó ser oída en las audiencias públicas que se fijen al efecto.

Finalmente, con igual fecha, el abogado Francisco Zúñiga formula consideraciones de derecho referidas a los argumentos planteados por los senadores que comparecen a fojas 448 y siguientes, objetando además los documentos que acompañaron.

Con fecha 14 de julio se realizó la audiencia especial a que se hizo referencia y a continuación se verificó la vista de la causa, alegando, en representación del Presidente de la República, el abogado señor Teodoro Ribera Neumann.

CONSIDERANDO:

I

CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDO A ESTE TRIBUNAL

1. Breve descripción del conflicto de constitucionalidad.

PRIMERO. Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N^º 3, de la Carta Fundamental, el Presidente de la República ha requerido a este Tribunal que resuelva una cuestión de constitucionalidad, atinente a la supuesta infracción en que habría incurrido el Senado al modificar, durante su tramitación, el nuevo artículo 197 bis, que se incorpora al Código del Trabajo, mediante el proyecto de ley de

que da cuenta el Mensaje N° 611-358, de 28 de febrero de 2011, ingresado a esa Corporación el 15 de marzo de 2011 (Boletín 7526-13).

Ello, por las razones que se sintetizan en la parte expositiva de esta sentencia, relativas al principio de competencia que vertebra el derecho público chileno, el cual, al permitir a los órganos del Estado hacer sólo lo expresamente autorizado, encuentra una manifestación concreta en el artículo 65 constitucional. Éste determina el alcance de las potestades del Presidente de la República cuando formula propuestas que caben dentro de su “*exclusiva iniciativa*” legal, entre otras, las referentes a los beneficios de seguridad social, así como las consiguientes facultades que le asisten al Congreso Nacional para “*acceptar, disminuir o rechazar*” aquella proposición presidencial;

2. La cuestión de constitucionalidad suscitada en el Senado.

SEGUNDO. Que a través de dicha iniciativa legal, el Ejecutivo dio comienzo a un proyecto donde –para lo que interesa– el descanso postnatal de doce semanas que dura en la actualidad, con un subsidio sobre las remuneraciones de hasta 66 U.F., se extiende a un nuevo permiso de otras doce semanas más, amén que para este período extra dispone la concesión de un nuevo subsidio estatal, de hasta 30 U.F.

El tenor del artículo 197 bis, inciso 1°, que en esa instancia el Presidente de la República propuso agregar al Código del Trabajo, dice textualmente lo siguiente: “*Durante las doce semanas siguientes inmediatas al término del período postnatal, existirá un permiso postnatal parental a favor de la madre; no obstante, a elección de aquélla, el padre trabajador podrá hacer uso de dicho permiso a partir de la séptima semana del mismo. La mujer o el padre trabajador que se encuentre haciendo uso de este permiso recibirá el subsidio mencionado en el artículo 198. La base de cálculo del subsidio que origine el permiso postnatal parental, no podrá exceder a la cantidad equivalente a 30 unidades de fomento, al valor que tenga ésta al último día de cada mes anterior al pago, y en la determinación de su monto se considerarán siempre las remuneraciones de la madre, independiente de quien haga uso del permiso. Este tope será también aplicable a las remuneraciones que deban enterarse a los funcionarios de la administración del Estado cuando hagan uso del permiso postnatal parental. Este subsidio se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares del decreto con fuerza de ley N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social*” (se destaca lo que, a la postre, será eliminado en el Senado);

TERCERO. Que, sin embargo, del Informe de las Comisiones unidas de Trabajo y Previsión Social y de Salud, del Senado, acompañado en autos (fs. 134-349), aparece que aquel límite de 30 U.F. fue objeto de diversos cuestionamientos durante la discusión en general del proyecto.

Así, el senador Rossi fue de la opinión que éste constituye “*un retroceso respecto de la realidad existente*”, dado que el subsidio por el descanso vigente se mantiene con un tope de 66 UF (fs. 166). Reiteró luego su disconformidad ya que “*se ofrece algo menor a lo que hoy día en los hechos ya existe*”, por lo que “*perjudicará a las madres trabajadoras cuyas remuneraciones superen los \$650.000*” (fs. 193), agregando que con este tope “*las mujeres se verán afectadas y discriminadas*” por las razones que detalla (fs. 226).

Por su parte, la senadora Rincón apuntó que con este límite “*en algún momento estas madres disminuirán sus ingresos*” (fs. 175). Más adelante, desarrolló un planteamiento similar (fs. 232), para terminar añadiendo que “*estamos en presencia de un subsidio que no es suficiente para todas las madres trabajadoras*” (fs. 255), por lo que propugna un “*aumento de las coberturas*” (fs. 278) y da cuenta de la “*importancia de la cobertura sin tope*”, según los cálculos que señala (fs. 279). El senador Muñoz Aburto expuso una apreciación coincidente (fs. 251), y el senador Lagos adujo que en esta materia “*no resulta pertinente discriminar*” (fs. 230);

CUARTO. Que, producida la aprobación en general de la iniciativa, durante la discusión en particular, “*el senador Rossi solicitó votación separada respecto de las oraciones primera y segunda del inciso primero del artículo 197 bis, nuevo, señalando que el objetivo tenido en vista para ello es velar por la no discriminación en esta materia*” (fs. 291). No obstante las oposiciones planteadas, “*finalmente la Honorable Senadora señora Rincón, en su calidad de Presidenta de las Comisiones unidas, declaró admisible la petición de votación separada respecto de la norma en referencia*” (fs. 292).

En tal sentido, cabe puntualizar que diversos senadores hicieron presente la circunstancia de que dicho proceder implicaba un vicio de constitucionalidad de forma. Así, el senador Longueira se opuso a la petición anterior, argumentando que dicha votación separada sería, en este caso, improcedente, toda vez que ella implicaba “*una intromisión en las facultades del Presidente de la República, única autoridad que, por mandato constitucional, tiene la iniciativa legal exclusiva en torno a una materia de esta naturaleza*”. La división de la norma, enfatizó, “*importa generar un mayor gasto fiscal, atribución que está vedada a la iniciativa parlamentaria*”. En igual sentido, el senador Chahuán coincidió con lo señalado por el senador Longueira, subrayando “*que no es posible votar separadamente la norma en cuestión por cuanto significa aumentar el costo fiscal asociado al proyecto de ley, vulnerando potestades que son exclusivas del Presidente de la República, en concreto las relativas a la administración financiera y presupuestaria del Estado, al tenor de lo establecido en el artículo 65, inciso tercero, de la Carta Fundamental*”. Bajo ese entendido, hizo reserva de constitucionalidad respecto a esta materia.

Impugnada que fue esta declaración de admisibilidad por algunos señores senadores por estimarla inconstitucional, el senador Rossi la apoyó porque la norma “*tal como está propuesta por la iniciativa legal, genera una*

discriminación entre las madres trabajadoras de nuestro país y, por consiguiente vulnera el principio de igualdad ante la ley consagrado en nuestra Constitución Política” (fs. 292). A lo que se sumaron otros parlamentarios, invocando el artículo 164 del Reglamento del Senado, merced al cual “*cualquier Senador podrá pedir que se divida una proposición antes de empezar su votación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional*”;

Sobre el punto, el senador Longueira enfatizó que “*separar la votación de la norma en cuestión, conduce, a la postre, a un mayor gasto fiscal y, por tanto, involucra hacer uso de una facultad que compete en forma exclusiva al Primer Mandatario por expresa disposición constitucional, vulnerando sus atribuciones privativas en materia de administración financiera y presupuestaria del Estado*”. Señaló que “*esto podría llevar a límites lamentables, destruyendo la conducta que invariablemente se ha observado en los últimos veinte años, ya que jamás se ha procedido a separar la votación de una norma cuando ello significa aumentar el gasto público*.” El senador Kuschel, por su parte, “*solicitó una estimación de los costos que importarían ambas propuestas legislativas, es decir, la del proyecto del Ejecutivo y la que resultaría tras dividir la votación de la norma, porque, de prosperar esta última, sin lugar a dudas que se incrementará el gasto fiscal asociado a esta iniciativa*.” Indicó, asimismo, que “*la iniciativa legal exclusiva en este orden permite un control del gasto público. En el caso de la especie, además, el establecimiento de un tope al gasto fiscal importa la focalización mínima de los recursos que deben existir en esta materia*.” Subrayó que “*aquí no se trata sólo de un problema de discriminación, sino que hay un marco presupuestario que debe respetarse y que, sin embargo, con la votación separada se desvirtúa completamente*.” Por consiguiente, apuntó, “*es inadmisibles dividir la votación de la norma en referencia, y solicitó, por tanto, que así se declare en consecuencia*.” Por último, el senador Uriarte “*citó nuevamente el artículo 65, inciso final, de la Constitución Política de la República, conforme al cual el Congreso Nacional sólo puede aceptar, disminuir los gastos sometidos a su consideración por el Presidente de la República*.” Es decir, destacó, “*existe norma constitucional expresa sobre el particular, la cual se replica en la Ley Orgánica del Congreso Nacional*.” Lo que ha sucedido durante este debate, añadió, “*es que se ha acogido una propuesta que es inconstitucional, pues se cruza con una atribución exclusiva del Ejecutivo*.” Conforme a lo anterior, “*hizo un llamado a rechazar la votación separada en cuestión*.”

QUINTO. Que, enseguida, se sometió a votación la admisibilidad de la votación separada, la que fue aprobada por 5 votos a favor y 3 en contra. Por la afirmativa sufragaron la Sra. Rincón y los Sres. Muñoz Aburto, Girardi, Rossi y Ruíz-Esquide. Se pronunciaron por la negativa los senadores Bianchi, Chahuán y Uriarte. Los Sres. Kuschel y Longueira hicieron constar que no votaban (fs. 294).

Luego, precisados los puntos en votación, se aprobaron las oraciones primera y segunda del inciso primero del artículo 197 bis, en discusión. Mientras que sus oraciones tercera, cuarta y quinta quedaron rechazadas,

por 5 votos en contra (Sra. Rincón, y Sres. Girardi, Muñoz Aburto, Rossi, y Ruíz-Esquide), 4 a favor (Sres. Chahuán, Kuschel, Longueira y Uriarte) y una abstención (Sr. Bianchi) que en definitiva, por razones reglamentarias, se sumó a la mayoría (fs. 295-296);

3. El precepto legal aprobado en primer trámite en el Senado.

SEXTO. Que, según el Diario de Sesiones del Senado, en la Sesión N^º 20^a, Especial, celebrada el 19 de mayo de 2011, el senador Rossi declaró que se había ejercido la mayoría opositora, en la forma expuesta, con el objetivo de “*obtener ventajas superiores*” (fs. 89), pasando a agregar enseguida que gracias a este proceder “*hoy el proyecto es mejor*” (fs. 89 vta.) y que “*esta iniciativa es ahora mucho mejor*” (fs. 90). A su turno, la senadora Rincón concluyó diciendo: “*Señor Presidente, el proyecto ahora en discusión es distinto del que entró al Congreso el 11 de marzo. Fue mejorado. No es el que nos habría gustado votar hoy, pero, claramente, fue perfeccionado*” pues “no obliga a las mujeres a renunciar a sus derechos” y “aumenta la cobertura”, entre otras razones (fs. 94 vta.);

SÉPTIMO. Que, en definitiva, el proyecto aprobado por el Senado en primer trámite constitucional fue comunicado a la Cámara de Diputados mediante Oficio N^º 747/SEC/11, de 19 de mayo de 2011 (fs. 387 a 395). El inciso primero del artículo 197 bis del proyecto comunicado es del siguiente tenor:

“Durante las doce semanas siguientes inmediatas al término del período postnatal, existirá un permiso postnatal parental a favor de la madre; no obstante, a elección de aquella, el padre trabajador podrá hacer uso de dicho permiso a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que acuerden, las que deberán ubicarse en el período final del permiso. La mujer o el padre trabajador que se encuentre haciendo uso de este permiso recibirá el subsidio mencionado en el inciso primero del artículo 198” (fs. 388).

De este modo, al suprimirse la fuente permanente de financiamiento prevista en el D.F.L. N^º 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1981, por aplicación del artículo 198 del mismo proyecto en trámite, en relación con el artículo 8^º, inciso primero, del D.F.L. N^º 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, y con el artículo 16, inciso primero, del DL N^º 3.500, de 1980, se establece un subsidio con un monto máximo de 66 U.F., según se ha explicado;

OCTAVO. Que, en estas condiciones, la nueva norma previsional emanada del Senado, tuvo por explícito propósito introducir importantes “modificaciones” o producir un “cambio” significativo respecto al contenido de la iniciativa presidencial en trámite, tendientes a “mejorar” y “perfeccionar” la misma, y con miras a generar un “aumento de las coberturas” o “ventajas superiores”, todo lo cual se concretó en la forma antes indicada.

Lo que da por resultado la concepción de un nuevo beneficio de seguridad social, distinto al propuesto en su oportunidad por el Jefe de Estado, a la par que, al hacerle extensivo el límite de 66 unidades de fomento, incrementa el gasto fiscal involucrado, en las sumas que prevé el certificado de la Directora de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, acompañado en autos y no objetado (fs. 82);

NOVENO. Que, en esta oportunidad, pues, no se ha solicitado al Tribunal Constitucional un veredicto acerca de las diferencias resultantes de los subsidios maternales sobre que versa la iniciativa en trámite, por lo que no le es dable extender su pronunciamiento respecto a las eventuales discriminaciones injustificadas que se producirían por aplicación del precitado límite de 30 unidades de fomento.

La sentencia que sigue a continuación habrá de discurrir, entonces, respecto a (I) la competencia e inexcusabilidad que le asiste a esta Magistratura para zanjar la controversia planteada, acerca de la constitucionalidad de la antes dicha norma, así originada; (II) evolución constitucional y alcance de las prerrogativas del Jefe de Estado para formular esta clase de leyes en materia de subsidios que son de cargo fiscal; (III) la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en el presente conflicto de constitucionalidad; (IV) las prerrogativas del Congreso Nacional como foro de debate e instancia de definición respecto del proyecto presidencial así presentado; (V) para terminar concluyendo en un veredicto que restablece el imperio de la Constitución, con los alcances que se indicarán, mas siempre sobre la base de que lo favorable u odioso de las pertinentes disposiciones no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación;

II

COMPETENCIA E INEXCUSABILIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. VALOR ABSOLUTO DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

DÉCIMO. Que previamente al análisis del conflicto constitucional que motiva estos autos, cabe hacer presente ciertas precisiones en relación a la competencia de este Tribunal, su deber de inexcusabilidad y la oportunidad en que el Presidente de la República ha requerido a esta Magistratura, materias que han sido planteadas en el escrito suscrito por tres abogados en representación del Presidente del Senado de la República;

1. Competencia del Tribunal Constitucional.

DECIMOPRIMERO. Que, tal como se señaló en la sentencia recaída en autos Rol N° 591, “*este Tribunal Constitucional es el llamado a decidir los*

conflictos constitucionales, mas dentro del sistema concentrado y compartido sólo le corresponde dirimir aquellos que estén expresamente entregados a su competencia. Louis Favoreu precisa este concepto al expresar: Un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional y debe velar por el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución. Debe igualmente considerarse que las normas que articulan la jurisdicción constitucional deben interpretarse de manera que potencien al máximo su defensa y cumplimiento. En este orden de ideas, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de Derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.’” (c. octavo);

DECIMOSEGUNDO. Que la atribución que le confiere el artículo 93, inciso primero, N^º 3^º de la Constitución, permite a este Tribunal resolver, entre otras, *“las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley (...)”*, esto es, aquellos desacuerdos o discrepancias sobre la preceptiva constitucional surgidos entre los órganos colegisladores en relación con la desigual interpretación de las normas constitucionales, ya sea que ello se produzca en relación a un proyecto de ley o a una o más de sus disposiciones (STC roles N^{OS} 23, c. cuarto, y 1.410, c. vigesimotercero).

El primer Presidente de esta Magistratura, profesor Enrique Silva Cimma, explica el origen de esta atribución –introducida por la reforma constitucional de 1970– en los siguientes términos: *“(...) cada vez con más nitidez empezó a plantearse en los círculos políticos y muy especialmente en las esferas gubernativas de la época, la necesidad de ir a la creación de un organismo que asumiera el rol de dilucidar los conflictos jurídicos que se suscitaban como consecuencia de la dictación de leyes inconstitucionales. Particularmente, se ponía énfasis en los casos reiterados de infracciones a la Carta que se motivaban por el avasallamiento que el Congreso hacía de las atribuciones del Ejecutivo, ya invadiendo con sus iniciativas materias que eran propias de éste, ya infringiendo normas sobre financiamiento adecuado para los proyectos de ley. En opinión de muchos, además, todo ello se acentuaba gravemente en los períodos preelectorales.”* (“El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)”, Cuadernos del Tribunal Constitucional Número 38 (2008), p. 22);

DECIMOTERCERO. Que, expresado en otros términos, la competencia del Tribunal Constitucional apunta a determinar la exacta interpretación de una o más disposiciones constitucionales cuando ella ha sido objeto de una discrepancia entre los órganos colegisladores. Dicha discrepancia tiene que haberse manifestado en una acción u omisión producida durante el proceso de tramitación de la ley que importe, al menos en concepto de uno de los órganos colegisladores, una infracción a la Carta

Fundamental, ya sea desde el punto de vista sustancial o de fondo, o bien, desde la perspectiva procedimental o de forma.

Y es que, como también ha sostenido esta Magistratura, “*la misión asignada a este Tribunal de velar por la efectiva vigencia del principio de supremacía constitucional –como soporte esencial del Estado de Derecho y de la democracia– abarca tanto la denominada “constitucionalidad de forma que apunta a la conformidad de los preceptos legales con el proceso nomogenético o de formación de la ley como la “constitucionalidad de fondo” que dice relación con la conformidad sustantiva de las normas legales con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental.*” (STC Rol N° 1.410, c. vigesimoquinto);

DECIMOCUARTO. Que si bien la competencia específica del Tribunal Constitucional respecto de la atribución que se comenta dice relación con “*proyectos de ley*”, no cabe duda que el contenido normativo que se impugna tiene su origen en una acción u omisión de uno de los órganos colegisladores que ha dado como resultado una determinada preceptiva que, en cualquier fase de la tramitación del proyecto de ley de que se trata, pueda estimarse contraria a la Ley Suprema;

DECIMOQUINTO. Que, desde el punto de vista explicado, los términos en que el requerimiento haya sido redactado, no tienen incidencia en la determinación de la competencia específica del Tribunal Constitucional para zanjar una cuestión de constitucionalidad cuando el mismo expresa, inequívocamente, un desacuerdo entre los órganos colegisladores respecto de la conformidad de un determinado proyecto de ley con la Carta Fundamental, como ocurre en el presente caso.

Efectivamente, a la luz de los antecedentes que conforman el presente proceso, a estos sentenciadores les resulta claro que, en la especie, se ha planteado una cuestión de constitucionalidad, de aquellas a que se refiere el artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Constitución, y cuya resolución se encuentra, por ende, dentro de la esfera competencial que el Constituyente ha asignado a este Tribunal;

2. Inexcusabilidad del Tribunal Constitucional.

DECIMOSEXTO. Que, siendo así, en el presente caso esta Magistratura se encuentra frente a una divergencia de relevancia jurídica de orden constitucional, entre una interpretación sostenida por el titular el Poder Ejecutivo, y una tesis discrepante del Senado, la cual recae en una cuestión tan trascendente como la delimitación de la iniciativa que a cada uno de ellos cabe en el proceso legislativo, tratándose del establecimiento de beneficios de seguridad social y el costo público asociado a ellos y del gasto del Estado en general;

DECIMOSEPTIMO. Que, como se ha recordado en sentencia Rol N° 591, desde 1970 el ordenamiento chileno ha previsto un sistema de solu-

ción de conflictos constitucionales radicado en este Tribunal, al cual se ha encomendado la interpretación definitiva e inapelable de la Constitución, interpretación que debe desarrollarse en forma integral, esto es, considerando tanto la letra como los valores, principios y espíritu de la Carta Fundamental, a fin de asegurar la vigencia efectiva de la supremacía constitucional, que es la que garantiza, en definitiva, la eficacia del Estado constitucional de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales de las personas;

DECIMOCTAVO. Que en dicha ocasión se manifestó (c. tercero) que esta Magistratura, titular de este sistema de solución de conflictos, no podría permanecer indiferente si el Presidente de la República le planteara que una simple ley ha incursionado en materias propias del Poder Constituyente Derivado o que el Congreso está amagando su iniciativa legal exclusiva; o si el Congreso sostuviese que un reglamento presidencial ha invadido materias de reserva legal o desconocido el Poder Ejecutivo, mediante un acto administrativo, atribuciones exclusivas de las Cámaras o del Congreso.

Se añadió que es deber de esta Magistratura examinar y resolver los conflictos que se le plantean para, tras un debido proceso constitucional, restablecer la supremacía de la Carta Fundamental, en caso de que ella haya sido quebrantada. Puesto que, al dejar un conflicto sin resolver y careciendo de una justificación más allá de toda duda razonable para hacerlo, significaría abdicar gravemente de la primera responsabilidad que cabe al titular del sistema de solución de conflictos de constitucionalidad que ha previsto nuestra Carta Fundamental, además de constituir un incumplimiento inexcusable del deber que el artículo 6^º de la Constitución impone a todo órgano del Estado de garantizar el orden institucional de la República;

DECIMONOVENO. Que ratifica esta ineludible obligación, el artículo 3^º, inciso segundo, de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en cuya virtud *“reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión”*.

Consecuencia de lo anterior es que, en presencia de una inconstitucionalidad, la existencia de posibilidades políticas o procesales de negociación legislativa, para superar eventualmente sus efectos, no inhiben a los órganos constitucionalmente legitimados para recurrir a esta Magistratura, ni eximen a ésta de ejercer su ministerio en conformidad a la Constitución, porque en definitiva, su acatamiento no puede quedar jamás supeditado a la voluntad de quienes le deben sujeción y respeto.

En este sentido y, refiriéndose a los parlamentarios, este Tribunal ha sostenido que *“la Carta Fundamental confiere distintas facultades a los parlamentarios, ya sea en el ejercicio de sus funciones como miembros de las Cámaras*

respectivas, como en lo que respecta a la posibilidad de impugnar determinadas normas jurídicas por adolecer de inconstitucionalidad. El ejercicio de cada una de esas facultades no implica que precluya la posibilidad de hacer uso de las demás atribuciones que les confiere expresamente la Constitución”. (STC Rol N° 1.005, c. sexto);

3. Oportunidad para requerir al Tribunal Constitucional por parte del Presidente de la República.

VIGÉSIMO. Que, con todo, corresponde hacerse cargo de las apreciaciones vertidas en estos autos, en orden a que este requerimiento pretende trasladar a la esfera del Tribunal la decisión de una cuestión netamente política, vinculada a las vicisitudes ocurridas durante la negociación de cualquier proyecto de ley, donde, además, la intervención de esta Magistratura resultaría inoficiosa, pues la indicación presidencial referida al tope del beneficio postnatal parental puede ser repuesta en segundo trámite constitucional o en comisión mixta, e incluso puede ser objeto de veto, caso en el cual las Cámaras no podrán dividir la votación.

En otras palabras, los abogados que solicitaron ser oídos en este proceso, en representación del Senado, han aducido también que el conflicto sometido a esta Magistratura se refiere a asuntos de técnica legislativa y a las decisiones asociadas al procedimiento legislativo o, eventualmente, al ejercicio de la prerrogativa del veto. Alegan que no hubo vicios procedimentales que vulneraran la Constitución, atendido que el proyecto de ley se inició por mensaje del Presidente de la República, por tratar de una materia de su iniciativa exclusiva, y asimismo se cumplió con acompañar el informe financiero de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, de modo que el hecho de haberse producido un rechazo con votación dividida del tope de 30 U.F., dejando subsistente el tope que contempla la actual legislación (66 U.F.), importa una cuestión de mera legalidad;

VIGESIMOPRIMERO. Que la reseñada pretensión debe ser desestimada, toda vez que – y sin perjuicio de que no es posible presentar, ante este sentenciador, cuestiones de competencia o de jurisdicción– ella no se aviene con lo estatuido en nuestra Carta Fundamental. En efecto, el artículo 93, inciso primero, en su numeral 3°, prescribe que son atribuciones del Tribunal Constitucional: “*Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley (...)*”, por lo que resulta claro que el constituyente no ha constreñido la competencia del Tribunal Constitucional a un determinado período o instancia del proceso nomogenético de la ley ni ha establecido como requisito el que se hayan agotado las instancias al interior de dicho proceso para que pueda interponerse una cuestión de inconstitucionalidad;

VIGESIMOSEGUNDO. Que, de esta manera, no es exigencia para interponer la cuestión de inconstitucionalidad de un proyecto de ley en tramitación, la circunstancia de que se agoten –eventualmente– las vías propias del proceso de formación y aprobación de la ley en las cámaras, puesto que el constituyente ha permitido en términos amplios su impugnación, tanto por el Presidente de la República como por parlamentarios, ya sea por vicios de forma o de fondo;

VIGESIMOTERCERO. Que, por lo demás, este Tribunal se ha pronunciado sobre distintas cuestiones de constitucionalidad planteadas por el Presidente de la República, sin considerar ni analizar en aquellas ocasiones cuál era el estadio de la tramitación del proyecto legal objetado. Baste citar al efecto, las sentencias roles N^{OS} 160, dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, y 1.504, pronunciada con posterioridad a aquella modificación, en las que no se estableció ningún requisito referido al momento en que es posible deducir una cuestión de constitucionalidad durante el proceso de formación de la ley. A mayor abundamiento, la Ley N^º 20.381, que vino a modificar la Ley N^º 17.997, orgánica constitucional de esta Magistratura, no estableció como requisito de admisibilidad del requerimiento, como el que se examina en la especie, el que la impugnación se formule en una determinada etapa de la tramitación del proyecto de ley o el que haya hecho imposible su modificación por parte de alguno de los órganos colegisladores;

III

EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN MATERIA DE GASTOS Y SEGURIDAD SOCIAL

VIGESIMOCUARTO. Que, conforme se lleva explicado, lo que motiva este conflicto constitucional es la transformación del subsidio postnatal parental efectuada por el Senado, cuyo efecto en el proceso nomogenético, plasmado en el artículo 197 bis del proyecto de ley aprobado en primer trámite, ha sido aumentar un gasto público al margen de la iniciativa del Presidente de la República. La situación descrita involucra una discrepancia entre los colegisladores respecto a lo preceptuado en el artículo 65 de la Carta Fundamental, referente a la legitimidad y extensión de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de gastos originados en beneficios a funcionarios y trabajadores y de modificaciones a normas de seguridad social. Lo anterior envuelve, al mismo tiempo, una discrepancia respecto a las atribuciones que otorga la citada norma en esos tópicos al Congreso Nacional.

De esta manera, este sentenciador deberá resolver si la disposición aprobada por el Senado, vulnera o no el citado artículo 65, por cuanto

importaría una extralimitación de sus facultades y la invasión de la iniciativa exclusiva que concede la Carta Fundamental al Jefe de Estado para aumentar gastos y establecer regulaciones en el ámbito de la seguridad social;

VIGESIMOQUINTO. Que para resolver la discrepancia planteada, conviene revisar la historia constitucional relativa a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, a juicio del actual Mandatario aquí desconocida por el Senado, especialmente en lo referido a la administración financiera y presupuestaria, al aumento del gasto público, así como a la regulación de aquellas materias que son propias de la seguridad social o que inciden en ella.

Esto es así, a efectos de comprender el fundamento, sentido y alcance de dicha institución y, por consiguiente, de la disposición que hoy en día la consagra, esto es, el artículo 65 de la Constitución Política, que como se verá, no es sino continuadora de una tendencia histórico-institucional que comienza a configurarse desde la Carta de 1925 y, en especial, a partir del año 1943;

1. Antecedentes históricos.

VIGESIMOSEXTO. Que, en efecto, esta materia ha sido objeto de regulación desde los primeros textos constitucionales de nuestra historia republicana. Así, el Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile, establecía en su artículo 15° que *“La Autoridad Ejecutiva librará sobre el tesoro público todos los gastos ordinarios y extraordinarios que, siendo ejecutivos, no excedan de dos mil pesos, acordando los mayores con el Congreso que, por los sagrados objetos a que los liga su representación, debe empeñarlo con preferencia”*. Por su parte, el Reglamento Provisorio de 1812 confería al Senado la facultad de otorgar su dictamen en los grandes negocios que interesen la seguridad de la patria, lo que reitera la Constitución Provisoria de 1818. Posteriormente, la Constitución Provisoria de 1822 preceptuaba que le corresponde al Congreso *“examinar la inversión de los gastos públicos”* (artículo 47, N° 14), mientras que al aludir al Ejecutivo expresa que el Director Supremo *“observará la más rigurosa economía de los fondos públicos, no aumentando gastos, sino en casos muy precisos, y con aprobación del Poder Legislativo”* (artículo 109).

La Constitución de 1823 establece que entre las facultades del Director Supremo se encuentra *“determinar la inversión de los caudales destinados legalmente a los ramos de administración pública”* (artículo 18, N° 7), correspondiéndole sancionar al Senado *“el presupuesto de gastos públicos y fiscales que consulta el Ejecutivo”* (artículo 39, N° 5). La Carta de 1828 fija entre los deberes del Poder Ejecutivo el *“presentar cada año al Congreso el presupuesto de los gastos necesarios, y dar cuenta instruida de la inversión del presupuesto*

anterior” (artículo 84, N.º 3), correspondiéndole al Congreso Nacional el “aprobar o reprobado, aumentar o disminuir los presupuestos de gastos que el Gobierno no presente” (artículo 46, N.º 3);

VIGESIMOSÉPTIMO. Que la Constitución de 1833 señalaba como materia de reserva legal el “fijar anualmente los gastos de la administración pública”, otorgándole atribución especial al Presidente de la República para “cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley” (artículo 84, N.º 12), correspondiéndole al Congreso Nacional el “aprobar o reprobado anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debe presentar el Gobierno” (artículo 36, N.º 1). Según la doctrina de la época “cuando el Congreso ejerce esta atribución, funciona no como Poder Legislativo, sino como Autoridad llamada a inspeccionar y a juzgar los actos del Ejecutivo” (Jorge Huneeus, *La Constitución ante el Congreso*, Tomo I, p. 173).

Sabido es que el conflicto entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República con motivo de la aprobación de la Ley de Presupuesto desencadenó –al menor formalmente– la guerra civil de 1891, situación que motivó al Presidente Balmaceda, en un discurso pronunciado el 20 de abril de 1891, al afirmar que “Las diversas cuestiones de jurisdicción o competencia entre el Presidente de la República y sus agentes y el Poder Judicial, o entre el Poder Legislativo y los Poderes Ejecutivo y Judicial, acerca de la constitucionalidad de las leyes han creado conflictos muy serios, y por último el que ha provocado la convocatoria de la constituyente. Sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombrados por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y en la forma que la Constitución establezca. No es natural, ni justo, que en los conflictos de poderes sea alguno de éstos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno sólo de los poderes públicos sea únicamente juez, siendo al mismo tiempo parte”;

2. La Constitución Política de 1925.

VIGESIMOCTAVO. Que la Constitución de 1925 modificó sustancialmente el régimen presupuestario, fijando un plazo para su aprobación y limitando el actuar del Congreso. Así, en el texto primitivo se estableció como materia de ley el “aprobar anualmente el cálculo de entradas y fijar en la misma ley los gastos de la administración pública. La Ley de presupuestos no podrá alterar los gastos o contribuciones acordados en leyes generales o especiales. Sólo los gastos variables pueden ser modificados por ella; pero la iniciativa para su aumento o para alterar el cálculo de entradas corresponde exclusivamente al Presidente de la República. El proyecto de ley de presupuestos debe ser presentado al Congreso

con cuatro meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir; y si, a la expiración de este plazo, no se hubiere aprobado, regirá el proyecto presentado por el Presidente de la República. En caso de no haberse presentado el proyecto oportunamente, el plazo de cuatro meses empezará a contarse desde la fecha de presentación. No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación, sin crear o indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender a dicho gasto” (artículo 44, N° 5).

Del mismo modo, se señaló que “los suplementos a partidas o ítem de la Ley general de Presupuestos, sólo podrán proponerse por el Presidente de la República” (artículo 45, inciso 2°). Sabido es que el Presidente Alessandri había propuesto que todas las leyes que importaran gastos para el erario fiscal fueran de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, lo que en definitiva no obtuvo consenso entre los constituyentes;

VIGESIMONOVENO. Que, como recuerda el propio Presidente Arturo Alessandri, “el régimen parlamentario implantado, como hemos dicho y repetido, como consecuencia de las batallas de Concón y Placilla, donde mayores y más grandes perturbaciones introdujo, fue en lo relativo a la Hacienda Pública y a su necesaria y correcta administración. No faltaban leyes para imponer orden en aquel importantísimo servicio; pero, la dictadura parlamentaria imperante, encontraba el medio de eludir el cumplimiento de aquellas leyes. Se había hecho endémico despachar los presupuestos con déficit por no considerar y respetar debidamente el equilibrio entre las entradas y los gastos. Lo más grave era que se tomó la costumbre de ir retardando el despacho de los presupuestos que, debiendo empezar a regir el 1° de enero, fue creciendo el hábito de ir progresivamente retardando la fecha de vigencia año por año. El último año de mi primera administración fue despachado en octubre, es decir, en el último trimestre del año financiero. Se comprenderá fácilmente la absoluta imposibilidad de mantener orden y corrección en gestión de las finanzas nacionales con tal régimen. Era un desquiciamiento total en todos los ramos y resortes de la Administración Pública (...) Se comprenderá por estas razones cuán grande fue mi esfuerzo para encontrar en la Subcomisión un remedio eficaz para tan inmenso mal. Se creyó encontrar el remedio definitivo para los males denunciados, estableciendo que por ley se aprobaría anualmente el cálculo de entradas para fijar con arreglo a ese cálculo y en equilibrio, los gastos de la Administración Pública. Se estableció que en la Ley de Presupuestos no se podrían alterar los gastos ni las contribuciones establecidas por leyes generales o especiales. La ley de Presupuesto podría modificar sólo los gastos variables. La iniciativa para un aumento o para alterar el cálculo de entradas, correspondería exclusivamente al Presidente de la República. El proyecto de Ley de Presupuesto debería ser presentado al Congreso con cuatro meses de anterioridad a la fecha en que debía empezar a regir, y, si no hubiere sido despachado a la expiración de aquel plazo, regirá el proyecto enviado por el Presidente de la República. Los cuatro meses se contarían desde la presentación del proyecto si no se hubiere cumplido aquel trámite antes de los cuatro meses anteriores para su vigencia. No se podría aprobar

por el Congreso ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la nación, sin crear o indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarias para atender a dicho gasto. Los suplementos que se necesitaren sólo corresponde su iniciativa al Presidente de la República y podrán despacharse ocho meses después de la vigencia del presupuesto. Estas medidas propuestas y aceptadas por la Subcomisión, quedaron después incluidas en la Constitución de 1925. Su eficacia fue inmensa. Se puso un dique infranqueable al desorden financiero y, desde que aquella Constitución se promulgó, no se ha retardado nunca la entrada en vigencia del presupuesto después del 1° de enero de cada año (...) Desgraciadamente, si es cierto que se ha mantenido la vigencia del presupuesto desde el 1° de enero de cada año, por sobre las eficaces medidas constitucionales referidas, el parlamentarismo que lucha por recuperar su pérdida y dañosa influencia de otros años, amparado en la debilidad de algunos gobiernos, ha conseguido hacer renacer nuevamente con arrogancia los déficit presupuestarios de otros años, que no existieron jamás durante mi última administración” (Recuerdos de Gobierno, Tomo II, pp. 195 y 196);

TRIGÉSIMO. Que la Constitución de 1925 consagraba la iniciativa exclusiva del Presidente de la República especialmente respecto de suplementos a partidas o ítems de la Ley General de Presupuestos. Al analizar los fundamentos de esta limitación a la iniciativa legislativa, la doctrina señala: *“A poco andar el sistema legislativo diseñado por el constituyente de 1925, se advirtió que los parlamentarios no eran capaces de sustentar o apoyar una conducción económica pública unitaria. En efecto, los intereses de cada congresal movían a promover iniciativas legales con impacto económico siguiendo las necesidades particulares de cada clientela política. Para un Poder Ejecutivo deseoso de invertir recursos fiscales en programas de desarrollo técnicamente planificados, este casuismo económico representaba el creciente alejamiento de la posibilidad de llevar adelante una gestión de gobierno exitosa. De allí que ya a mediados de los años treinta el Presidente comience a reclamar la aprobación de una reforma constitucional que acabe con la iniciativa económica de los parlamentarios.”*(Aldunate L., Eduardo; Bronfman V., Alan, Cordero Q., Eduardo: Informe Final del Estudio “Actualización de Normas y Prácticas Parlamentarias”, encargado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, 2009);

3. La reforma constitucional de 1943.

TRIGESIMOPRIMERO. Que, como consecuencia de lo señalado, aprobada la Constitución de 1925, paulatinamente se fueron ampliando las materias de iniciativa exclusiva presidencial. En primer lugar, en 1943, se dicta la ley de reforma constitucional N° 7.727, impulsada por el Presidente Juan Antonio Ríos, por medio de la cual se buscaba restringir la injerencia del Congreso en los gastos públicos. Lo anterior por cuanto se entendió que *“privando de derecho de iniciativa a los representantes populares en los órdenes administrativo y financiero, se daría un gran paso para su*

fortalecimiento fue la idea central que inspiró la primera reforma de que fue objeto el texto de 1.925” (Alejandro Silva Bascuñán, ob cit., p. 107). Fundando la necesidad de restringir la iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos, señaló el entonces Ministro de Justicia de la época Óscar Gajardo Villarroel: *“Si el factor económico es determinante para el éxito de un gobierno y, por lo tanto para la felicidad de la ciudadanía, la marcha de las finanzas sólo puede ser acertada cuando su dirección está en una sola mano. La Constitución del 25 trató de establecer un Ejecutivo fuerte, pero no advirtió que al planificar dentro de ella un sistema financiero débil, en que interfiere cada diputado y cada senador su propósito resultaba estéril por la libre e ilimitada actual iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos.”*

A su vez, el Ministro exponía que era necesario vigorizar la iniciativa exclusiva del Presidente en materia de gasto público, toda vez que la falta de ésta: *“Ha dado vida a la inestabilidad en la organización administrativa; ha llevado al embate político lo que es de la elemental técnica del Gobierno; ha permitido alterar la contextura legítima de los servicios públicos, entregándolos a las influencias indebidas de la politiquería bajo la presión irresponsable de las clientelas electorales; ha roto el orden de las finanzas y el equilibrio de los presupuestos, y ha quitado al Ejecutivo, en la gestión financiera, toda la autoridad que le es debida en razón de las supremas conveniencias nacionales en una palabra, ese vacío es la mantención de las iniciativas en materia de gastos públicos en manos del Congreso.”* (Discurso pronunciado por el Ministro de Justicia, don Óscar Gajardo Villarroel, en la sesión de 6 de julio de 1943, en “La reforma constitucional en su contexto histórico de Eduardo Frei” en el libro “La Reforma Constitucional de 1970”, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 37). De esta manera, la alegada necesidad de vigorizar las facultades del Presidente de la República en materia de gastos, se concretó en el texto de la Ley de Reforma Constitucional de 1943 que le confió la iniciativa exclusiva al agregar un tercer inciso al artículo 45 de la Constitución del 25, del siguiente tenor: *“Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa para alterar la división política o administrativa del país; para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales. El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos o aumentos que se propongan. No se aplicará esta disposición al Congreso Nacional ni a los servicios que de él dependan”* (Silva Bascuñán, Tratado, Tomo VII, p.107;

TRIGESIMOSEGUNDO. Que, pese a la reforma efectuada, sólo dos décadas después, los altos dirigentes del país hacían presente que ella no había sido suficiente para ordenar los gastos públicos. Explica un autor que *“La acción de los gobiernos posteriores al de don Juan Antonio Ríos fue evidenciando gradualmente que la precitada reforma había dejado en manos del Congreso un amplio campo de acción para aumentar el gasto público, frente al*

cual la posibilidad del Ejecutivo de controlar la legislación que emergía en estas circunstancias era prácticamente nula. En efecto, el Congreso, mediante iniciativas parlamentarias en materia de exención o condonaciones tributarias, en materia previsional y en todo lo relativo a las remuneraciones del sector privado, podía aún dictar leyes que impusieran nuevas cargas no financiadas al erario nacional, que disminuyeran sus ingresos, o que alteraran las bases de la división política económica programada por el gobierno. De este modo, el concepto mismo de la planificación económica era desvirtuado, pues los planes resultaban esterilizados por iniciativas contradictorias del Ejecutivo y del Parlamento.” (Mario Verdugo y otros, Derecho Constitucional, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 43);

TRIGESIMOTERCERO. Que, así es, durante la década de los sesenta, los presidentes Jorge Alessandri y Eduardo Frei presentaron diversos proyectos de reforma constitucional encaminados a fortalecer la iniciativa exclusiva presidencial en materia de gasto público. El año 1964, el entonces Presidente Alessandri fundaba la necesidad de la reforma que enviara al Congreso en los siguientes términos: “*Aquellas prácticas inconvenientes que antes ejerció el Congreso en la ley de presupuestos, se hace sentir hoy en día en todos los proyectos que el Ejecutivo somete a su consideración, especialmente, en los de orden social, previsional, financiero, tributario y otros, aparte de que muchas veces los parlamentarios toman directamente la iniciativa de proyectos de ley sobre estas materias, que producen efectos aún peores. Cada proyecto es objeto de cientos de indicaciones que desnaturalizan su finalidad, que destruyen otras legislaciones vigentes y que involucran toda clase de materias absolutamente ajenas al proyecto mismo (...) Las consecuencias de todas estas iniciativas –continuó diciendo el señor Alessandri– y de los errores que pueden significar, recaen sobre el Presidente de la República, a quien corresponde la administración financiera y económicas de la Nación. Si este tiene la responsabilidad exclusiva de su manejo, lo lógico es que los parlamentarios no tengan derecho alguno de iniciativa en esta materia y que ella le pertenezca exclusivamente al jefe de Estado.*” (Alejandro Silva Bascuñán, en “La Reforma Constitucional de 1970”, Editorial Jurídica de Chile, año 1970, pp. 91 y 92);

4. La reforma constitucional de 1970.

TRIGESIMOCUARTO. Que, posteriormente, el Presidente Frei, presentó dos proyectos de reforma constitucional, siendo el segundo, que data de 17 de enero de 1969, el que finalmente se concretará como la Ley de Reforma Constitucional N^º 17.284, y que viene a establecer las bases que en materia de iniciativa sobre gasto público contempla actualmente nuestra Carta Fundamental. Se lee en la exposición de motivos presentados por el Presidente Frei que el fortalecimiento de la iniciativa presidencial en materia de administración financiera y presupuestaria era necesaria desde el momento que: “*La autoridad del Ejecutivo debe ser reafirmada en*

lo que concierne a la planificación del desarrollo y del control del proceso económico y, para este efecto, es necesario extender los proyectos de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, a todas las materias que incidan en gastos fiscales y en el régimen de remuneraciones y de previsión del sector privado. La idea tiene ya un lugar en la Constitución vigente, donde la llevó una reforma que patrocinó el Presidente Ríos. Pero su texto, la interpretación que de ella se ha dado y la experiencia recogida, hacen impostergable ampliarla en la forma que se propugna. Es imperioso porque la eficacia de la gestión económica del Estado, hace inevitable radicar esta responsabilidad en el Poder Ejecutivo, el que, por su estructura y la asistencia técnica de que dispone, está en situación de actuar con la coherencia y la continuidad que el Congreso Nacional no puede dar y que son esenciales en todos los países, pero especialmente, en los que están en desarrollo como el nuestro.”

En su discurso, de 16 de enero de 1969, el Presidente Frei Montalva, indica que *“la política monetaria, el gasto público, el régimen tributario, las inversiones, los gastos de previsión que son significativos, las prioridades que se otorgan, son de tal manera determinantes que no pueden quedar al acaso ni expuestas a iniciativas contradictorias o esporádicas, que llevan muchas veces el temor y la inseguridad a quienes están trabajando (...) ¿Cómo puede pensarse entonces que la economía de un país pueda manejarse si quienes son elegidos para dirigir y administrar ven destruidos sus proyectos, distorsionando el programa, o se le imponen nuevos gastos para los cuales no se le dan recursos, o se cambian las prioridades en la inversión, con repercusiones tan variadas en todo el contexto de la política que se está aplicando?. Muchas veces el Gobierno está estudiando un proyecto en que un millón de escudos más o menos desequilibra todo, y de repente pasa una indicación que grava al Servicio de Seguro Social y le impone obligaciones por doscientos millones de escudos. Y el que ha hecho la indicación, ¿quién sabe su nombre? Pero si mañana el Servicio de Seguro Social no tiene con qué pagar esas pensiones ¿a quién responsabiliza el país?; al Presidente de la República porque está mandando. Y, sin embargo, el Presidente dice, no me planteen esta indicación o manda el veto y se lo rechaza ¿En qué condiciones puede dirigirse la economía del país en esta forma? Esto conduce necesariamente al fracaso. La tendencia natural de quienes no tienen la responsabilidad de la administración es imponer más gastos. Esto es humano, está en la estructura de las cosas. Yo he sido parlamentario y no estoy haciendo una crítica barata. Llegan los grupos y piden. Son los mismos grupos que dentro de pocos días van a votar y cuyos votos se necesitan. ¿Qué se puede hacer? Tendría que ser un superhombre el que dijera siempre que no. Por eso, están presionados inevitablemente, por su propia fuerza electoral, por su propia posición política, e incluso por intereses regionales legítimos, o por la imposibilidad de conocer en el detalle las repercusiones de cada medida que sólo una compleja red técnica y administrativa puede conocer”*. Explicando el alcance de la reforma aprobada, el Presidente Frei Montalva, luego de despachado el proyecto, que *“la iniciativa exclusiva del Presidente de la República para legislar en determinadas materias de orden económico-social relacionadas con el cumplimiento de*

las metas de la planificación nacional. Bajo la Presidencia de don Juan Antonio Ríos, en 1943, se modificó la Constitución con el fin de reservar al Ejecutivo la iniciativa de las leyes que importaran gastos públicos, especialmente creación de nuestros servicios o empleos públicos y mejoramiento de las remuneraciones de los funcionarios del sector público. El propósito de esa reforma fue impedir que mediante indicaciones de origen parlamentario se dictaran nuevas disposiciones legales que desfinanciaran el presupuesto de la Nación y perturbaran la política económica financiera cuyo cumplimiento es de responsabilidad del Presidente de la República. A pesar de esa reforma, ha seguido ocurriendo que mediante iniciativas parlamentarias en materia de exenciones o condonaciones tributarias, en materia previsional y en lo relativo a remuneraciones del sector privado, se dictan leyes que imponen nuevas cargas no financiadas al erario nacional, que disminuyen sus ingresos o que alteran las bases de la política programadas por el Gobierno. De este modo, la idea a que responde la planificación es desvirtuada, puesto que los planes son esterilizados por iniciativas contradictorias. La reforma aprobada por el Congreso en esta materia permitirá, en lo sucesivo, que la política económica financiera planificada por el Gobierno pueda cumplirse sin interferencias, y se ponga término al régimen de irresponsabilidad existente hasta ahora en la materia” (Francisco Cumplido, en “La reforma constitucional”, 1970, pp. 168 y 169);

TRIGESIMOQUINTO. Que en virtud de la comentada reforma constitucional, contenida en la Ley N° 17.284, el texto supremo amplió aún más el campo de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República a las siguientes materias: “suprimir, reducir o condonar impuestos y contribuciones de cualquiera clase, sus intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y establecer exenciones tributarias totales o parciales; fijar los sueldos y salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos, establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social; conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios pecuniarios, y para condonar las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia” (Carlos Andrade, Elementos de Derecho Constitucional Chileno, 1971, p. 532);

TRIGESIMOSEXTO. Que, luego de entrar en vigencia, la doctrina comentó que “La reforma constitucional aprobada (...) no elimina la discusión en el Congreso de las materias que son objeto de ley, sino que limita a los parlamentarios la posibilidad de tomar iniciativas en ciertas materias económicas. (...) Este último aspecto tiene profundo significado y está en la línea de la argumentación que se ha hecho en párrafos anteriores, en el sentido que los programas económicos y sociales deben cumplir con el requisito esencial de la coherencia y la globalidad y, en consecuencia, no es aceptable ni recomendable para el buen funcionamiento de la administración del país que se rompa esta coherencia por quienes no tienen la responsabilidad de la administración que, en definitiva, está radicada en el Presi-

dente de la República. La historia legislativa chilena está plagada de ejemplos en que, por la vía de la iniciación de proyectos de ley o la iniciativa parlamentaria en el período ordinario de sesiones se han creado obstáculos graves para el normal desenvolvimiento económico y social del país (...). Lo que sucede es que la presión o presencia de ciertos grupos induce a tomar iniciativas en su favor, sin ponderar debidamente todas las repercusiones que esto pueda acarrear. (...) Es difícil para un parlamentario –concluye– negarse a este tipo de demandas porque (...) constituyen grupos con fuerza electoral y política (...). El ejemplo más claro y trágico se encuentra en la caótica, injusta y dispendiosa legislación sobre seguridad social” (Sergio Molina, en “La Reforma Constitucional de 1970”, Editorial Jurídica de Chile, 1970, página 81 y ss.);

5. La Constitución Política de 1980.

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que en la elaboración de la Constitución de 1980, se tuvo presente en la Comisión de Estudio similares fundamentos para mantener el régimen que en materia de gastos había establecido la aludida ley de reforma constitucional de 1970. En efecto, se señaló por la comisionada señora Romo “que en los análisis sobre la materia realizados con los personeros del sector económico, se llegó a la conclusión de que era conveniente prohibir terminantemente al Congreso todo tipo de iniciativa en materia económica, porque éste tiende, de manera inevitable, a crear seudofinanciamientos y los consiguientes problemas posteriores al gobierno. A su juicio, la iniciativa en materia económica debe quedar radicada exclusivamente en el Presidente de la República (páginas 3029 y 3030), afirmaciones que contaron con el respaldo de la mayoría de los integrantes de la Comisión y con la adhesión de los invitados a esa sesión, señores Pablo Barahona (Ministro de Economía) y de Sergio Castro (Ministro de Hacienda). El pensamiento dominante en la Comisión Ortúzar llega a concretarse en la proposición formulada en el Consejo de Estado luego del debate que da cuenta su sesión 88 (págs. 104 y 105), redactada por el señor julio Philippi y origen del inciso tercero del artículo 62”, hoy artículo 65 de la Carta (Alejandro Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Constitucional, tomo V, Gobierno, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, página 202).

En el informe de la Comisión de Estudio se indicó que “el anteproyecto otorga asimismo, especiales atribuciones al Presidente de la República para ejercer la administración económica del país (...) Al efecto como se verá al tratar de las atribuciones de carácter legislativo del Presidente de la República, amplía considerablemente la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en todas aquellas materias administrativas, económicas, financieras, previsionales y otras que, en general, pueden importar gastos al erario”. Por su parte, el Consejo de Estado al explicar la iniciativa exclusiva presidencial hace presente que “para desterrar de nuestra política otro mal gravísimo (...) la irresponsabilidad parlamentaria (...) agravada (pese a las esforzadas y laudables iniciativas en con-

traria desplegadas por algunos Presidentes de la república) por las facilidades que la distorsión de los textos constitucionales vigentes hasta ayer les brindaban, en sus pretensiones de coadministrar el Estado, de intervenir en el manejo de la hacienda pública y de entrometerse en los mecanismos financieros”, enfatizándose además que en materia de gasto público “se ha reservado toda iniciativa en la materia al Presidente de la República, quien, como administrador del Estado y para poder realizar una gestión útil, debe tener en la materia una exclusividad absoluta, de manera que en sus medidas no se vean, como ocurrió a menudo en el pasado, entrabadas o enteramente desfiguradas y anuladas, por indicaciones carentes de estudio, imprudentes o simplemente demagógicas”;

6. La Constitución Política reformada el año 2005.

TRIGESIMOCTAVO. Que la Constitución, luego de la reforma constitucional de 2005, efectuada por la Ley N^º 20.050, mantuvo el texto de las disposiciones que se estiman vulneradas por el Presidente de la República, existiendo consenso en cuanto a su sentido y alcance.

En efecto, el artículo 65 de la Constitución sólo ha sido objeto de dos modificaciones, específicamente su inciso cuarto, en sus numerales 2^º y 3^º, en virtud de las leyes de reforma constitucional N^{os} 19.526 de 1997 y 19.097 de 1991, respectivamente;

7. Conclusión sobre la evolución histórica.

TRIGESIMONOVENO. Que los antecedentes anotados develan que la evolución del control del gasto público, que hoy queda reservado a las decisiones que adopte el Presidente de la República, se sustenta en similares fundamentos, los que, a lo largo del siglo XX, forjaron de manera progresiva la radicación de la iniciativa exclusiva en la más alta autoridad del Ejecutivo, en lo que se refiere a administración financiera, gasto y regulación de materias referidas o que incidan en la seguridad social. Específicamente, la razón de ello se ha encontrado en la necesidad de establecer un sistema coherente de gastos que permita al Presidente de la República dar cumplimiento a la política de financiamiento que considere adecuada para el cumplimiento de su programa de gobierno, en armonía con su calidad de jefe de gobierno y máximo jerarca de la administración y de responsable del manejo de las finanzas públicas, de conformidad a los establecido en los artículos 24 y 32, N^º 20^º, de la Constitución Política.

A la vez que busca impedir, según la doctrina actual sobre finanzas públicas, que *“los parlamentos, en contacto más próximo a sus electores y cuyos miembros pueden ser reelegidos indefinidamente, se sientan presionados a la extrema generosidad en los gastos, especialmente en los que significan beneficios personales, como la creación de empleos rentados y el aumento de los sueldos. Este peligro*

es aún mayor, si a la presión del electorado se agrega que los parlamentarios no son responsables por sus actuaciones como tales (...) Por esta causa, la Constitución Política establece limitaciones a la iniciativa parlamentaria en materia de gastos, en diversas normas, principalmente en relación con la aprobación del presupuesto y la formación de las leyes.” (Hugo Araneda Dörr, “Finanzas Públicas”, Editorial Jurídica de Chile, 1993, página 61).

Las normas constitucionales sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias legislativas guardan estrecha relación con la forma como nuestra Carta Fundamental ha consagrado el régimen presidencial de Gobierno. Tales normas permiten resguardar, asimismo, las esferas de competencia que la Constitución ha reservado para el Presidente de la República. En este sentido, se ha señalado que *“el constituyente desea que todas las leyes que tengan un impacto económico en la vida nacional, sean iniciadas por quien tiene a su cargo ‘el gobierno y la administración del Estado’, quien es el Jefe de Estado: el Presidente de la República (art. 24).”* (Fermandois V., Arturo y García G., José: “Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, Ideas Matrices e Iniciativa Legislativa Exclusiva”, en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 36 N° 2, 2009, p. 297). Este punto adquiere particular relevancia tratándose de la Ley de Presupuestos, que contiene una estimación de los ingresos y gastos del sector público en un año determinado. La historia política y constitucional del país demuestra la importancia que tiene la discusión parlamentaria de esa ley al entrar en juego las atribuciones de ambos poderes colegisladores;

IV

INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y EL PRESENTE CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD

CUADRAGÉSIMO. Que, en la especie, la norma aprobada por el Senado, en primer trámite constitucional, que crea un subsidio postnatal parental, envuelve materias referidas al aumento del gasto público y al establecimiento o modificación de normas sobre seguridad social o que incidan en ellas, involucrando, a su vez la administración financiera o presupuestaria del Estado, tal como queda de manifiesto en los informes y sesiones constitutivas del debate parlamentario referido al subsidio en comento.

Cabe precisar, además, que estas materias, tal como lo ha señalado este Tribunal en sus pronunciamientos, han sido reservadas por la Constitución a la iniciativa de ley exclusiva del Presidente de la República;

CUADRAGESIMOPRIMERO. Que, atinente a la calificación de las materias comprendidas en el artículo 197 bis del proyecto, que regula el subsidio postnatal parental, como se apuntó, ésta emana claramente de su propia discusión parlamentaria. A efectos de refrendar la calificación

de esta normativa como propia de la seguridad social, baste recordar que ella fue debatida en la Comisión de Trabajo y Previsión Social y que el quórum de votación indicado en el informe que aquella comisión –unida a la Comisión de Trabajo y Previsión Social– y luego cumplido en la votación de la sala, fue justamente el que corresponde a una de ley de quórum calificado, en atención a que la preceptiva se refiere a la seguridad social.

Por otra parte, al emitir diversos pronunciamientos, esta Magistratura ha tenido en consideración que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución, los proyectos de ley que establezcan o modifiquen normas referidas o vinculadas a la seguridad social son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Así ha sucedido en sentencia Rol N^º 534 que declaró inconstitucional el precepto de un proyecto de ley teniendo en consideración que las *“disposiciones que modifican normas sobre seguridad social o que inciden en ella tanto del sector público como del sector privado, las cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 65, inciso cuarto, N^º 6, de la Constitución Política, son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”*.

A su vez, este sentenciador en autos Rol N^º 1.700 ha entendido a la seguridad social como *“el conjunto de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las instituciones requeridas para ello”* (Alfredo Bowen Herrera, *“Introducción a la Seguridad Social”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 97). En la especie, estamos ante una materia de seguridad social, toda vez que dentro de las contingencias que ella cubre, se encuentra la maternidad, a través de una prestación pecuniaria denominada subsidio, cuya cuantía y duración sólo puede definir una ley de iniciativa presidencial;

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que, como se ha venido señalando, la disposición concerniente a estos autos se ubica dentro de las materias que, por estar vinculadas al gasto público, la Constitución prescribe que son de iniciativa legal exclusiva del Presidente de la República. Al mismo tiempo, del debate producido se desprende que dicha disposición y la votación a su respecto efectuada en el Senado, recayó sobre el aumento de un específico gasto estatal.

El senador Rossi, quien propuso la idea de votar separadamente las oraciones e incisos del tantas veces señalado artículo 197 bis, expresó que: *“Gracias a la Concertación, senador Longueira –lo digo por intermedio del Presidente– esta iniciativa es ahora mucho mejor. Si el Presidente de la República fuera sabio y si estuviera realmente interesado en el futuro de los niños de Chile, acogería nuestra propuesta y le pediría a ustedes que valoraran nuestras indicaciones. Finalmente se lucirá en su discurso el 21 de mayo, porque diría que se aumentó la cobertura del postnatal, que no se discriminó, que no se les quitaron derechos a las mujeres.”* Por su parte, el senador Escalona expresó que: *“El presupuesto*

nacional, que contribuimos a aprobar, asciende a 55 millones de dólares. Y la diferencia eventual entre el proyecto enviado y el aprobado es de 35 millones de dólares. O sea, de acuerdo con el artículo 67, el Presidente de la República está autorizado para resolver el problema que presente este último monto, en relación con el presupuesto de 55 mil millones aprobado para el año en curso". La senadora Rincón, a su vez, cuantifica el aumento en la suma de 35 millones de dólares, lo que "no son una cifra sideral". En igual sentido, el Senador Lagos se pregunta si "¿el país no puede financiar esa cantidad?". A su turno, el Senador Gómez al contestar acerca de la intromisión en las facultades presidenciales expresa: "Me alegro de que de una vez por todas el Congreso Nacional haya tomado la decisión de impugnar esta Constitución, que contempla facultades que imponen un régimen casi monárquico en el país". Por último, el senador Zaldívar reconoce "que se da el efecto indicado: se produce un mayor gasto. Por cierto, es posible que ello sea así".

Este sentenciador ya fue claro en precisar, en términos similares a lo señalado en esta sentencia, que "ha sido una constante desde el año 1925 que dentro de las normas sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República se incluyan las materias que implican gasto público y las que afectan la administración financiera del Estado" (STC Rol N° 1.867);

CUADRAGESIMOTERCERO. Que, de conformidad a las consideraciones consignadas precedentemente, referidas a la evolución histórica, ha quedado suficientemente demostrado que, en materia de gasto público y de regulación de la seguridad social, diversas disposiciones constitucionales a partir del siglo XX y, hoy en día el artículo 65 de la Carta Fundamental, reservan exclusiva y excluyentemente al Presidente de la República la iniciativa de ley, es decir, la facultad para predeterminar las normas que sobre estas materias regirán a la sociedad.

A lo que cabe agregar que la facultad entregada a esa autoridad para hacer nacer una propuesta legal que involucre un nuevo gasto público, o un aumento del mismo y que, entre otras causas, como en la especie, puede derivar de beneficios que se enmarcan en el ámbito de la seguridad social, no se constriñe a la presentación del proyecto de ley, sino que se extiende a todo el proceso nomogenético. Lo anterior, desde que el inciso final del artículo 65 citado, a efectos de mantener y resguardar la iniciativa exclusiva descrita, sólo permite al Congreso "aceptar, disminuir o rechazar" los beneficios y gastos propuestos por el Jefe de Estado, de donde se sigue que a los parlamentarios les está vedado aumentarlos, en cualquier instancia del proceso de formación de la ley;

CUADRAGESIMOCUARTO. Que las atribuciones conferidas por la Constitución Política al Congreso Nacional se ejercen, como toda atribución entregada a órganos colegiados, a través del resultado que emane de las votaciones de sus integrantes. En la especie, el resultado de la votación del Senado, por la cual se modificó el tope del subsidio postnatal parental,

repercute en un aumento del gasto público que demanda aquella prestación de seguridad social, propuesta por el Presidente de la República.

De esta manera, al innovar, creando un nuevo subsidio, distinto y más elevado que el propuesto en la correspondiente iniciativa presidencial, la Cámara Alta aparece ejerciendo una atribución que no le ha sido otorgada por el artículo 65 constitucional, comoquiera que la misma se encuentra radicada expresamente en el Presidente de la República, extralimitación que, por lo mismo, comporta una vulneración de dicha norma;

V

POTESTADES DEL CONGRESO NACIONAL

1. El proyecto propuesto en el Mensaje.

CUADRAGESIMOQUINTO. Que es indudable que al proyecto de ley en examen se introdujo una modificación por iniciativa parlamentaria, configurando aspectos básicos de un beneficio de seguridad social y aumentando el costo de la iniciativa.

Mediante el Mensaje N^º 611-358, que rola a fojas 51 y siguientes de esta causa, el Presidente de la República inició un proyecto de ley que, según expresa, *“tiene por objeto extender el postnatal a seis meses, mediante la creación del permiso postnatal parental, y modificar el Código del Trabajo y otros cuerpos legales en las materias que indica”*, describiendo este nuevo beneficio como *“un tiempo de descanso inmediato al período postnatal, del cual puede hacer uso la madre o el padre, a elección de la primera”* precisando que el *“permiso postnatal parental es de doce semanas, seis de las cuales la madre puede traspasar al padre”* y que *“durante este período la madre recibirá un subsidio equivalente a su remuneración, con un tope de 30 UF”*. Añade el Mensaje, con relación a dicho monto, que: *“Si bien el ideal es que este nuevo subsidio financie completamente las remuneraciones de todas las mujeres trabajadoras, en la práctica ello no es posible. Hay recursos escasos y que deben ser distribuidos de la mejor forma posible, evitando que la entrega de este nuevo subsidio incremente aún más la regresividad de los subsidios maternales. Debemos utilizar los recursos de todos los chilenos de la mejor forma posible, focalizándolos en aquellos que más lo necesitan.”*;

CUADRAGESIMOSEXTO. Que la configuración o diseño legal del nuevo beneficio de seguridad social que el Ejecutivo propone en el Mensaje, se plasma en el texto positivo en un nuevo artículo 197 bis que se propone agregar al Código del Trabajo, particularmente en su inciso primero, del siguiente tenor (fojas 70):

“Art. 197 bis. Durante las doce semanas siguientes inmediatas al término del período postnatal, existirá un permiso postnatal parental a favor de la madre; no obstante, a elección de aquella, el padre trabajador podrá hacer uso de dicho permiso a partir de la sexta semana del mismo. La mujer o el padre trabajador que se

encuentre haciendo uso de este permiso recibirá el subsidio mencionado en el artículo 198. La base de cálculo del subsidio que origine el permiso postnatal parental, no podrá exceder a la cantidad equivalente a 30 unidades de fomento, al valor que tenga ésta al último día de cada mes anterior al pago, y en la determinación de su monto se considerarán siempre las remuneraciones de la madre, independiente de quien haga uso del permiso. Este tope será también aplicable a las remuneraciones que deban enterarse a los funcionarios de la administración del Estado cuando hagan uso del permiso postnatal parental. Este subsidio se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares del decreto con fuerza de ley N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.”.

De este Mensaje se dio cuenta en sesión del Senado de 15 de marzo del presente año, siendo remitido, para primer informe a las Comisiones de Trabajo y Previsión Social y de Salud Unidas y luego a la Comisión de Hacienda;

CUADRAGESIMOSÉPTIMO. Que el diseño del nuevo “*permiso postnatal parental*” propuesto en el Mensaje es descrito también en el Informe Financiero que rola a fojas 80, de la siguiente manera: “... *consiste en un tiempo de descanso inmediato al período postnatal, del cual puede hacer uso la madre o el padre, a elección de la primera. Este permiso es de doce semanas, seis de las cuales la madre puede traspasar al padre, en cuyo caso, deberán ser las últimas 6 semanas del permiso. Durante este período la madre recibirá un subsidio equivalente a su remuneración, con un tope de 30 UF.*”.

Sobre dicha base el aludido Informe calcula el costo del proyecto, indicando que el permiso postnatal parental tendrá un costo en régimen de \$43.771 millones;

CUADRAGESIMOCTAVO. Que de estos antecedentes se concluye lo siguiente: a) El proyecto de ley propuesto en el Mensaje crea un nuevo beneficio de seguridad social hasta ahora inexistente; b) El nuevo beneficio se crea en un nuevo artículo 197 bis que se agrega al Código del Trabajo; c) El texto del nuevo artículo contiene en su inciso primero los parámetros o componentes que fijan el diseño del nuevo beneficio, y le confieren una fisonomía o configuración precisa; d) Uno de estos componentes es que el subsidio al que da derecho a las trabajadoras del sector privado tiene como límite la remuneración de la beneficiaria, con un máximo de 30 unidades de fomento, aplicándose igual tope a los funcionarios de la administración del Estado, y e) El financiamiento previsto para esta iniciativa está calculado sobre esta base;

CUADRAGESIMONOVENO. Que consta de los antecedentes del proceso que el texto del inciso primero del artículo 197 bis propuesto en el Mensaje fue modificado en el primer trámite constitucional en el Senado, suprimiéndose parte de él por iniciativa parlamentaria, siendo comunicado a la Cámara de Diputados mediante oficio N° 747/SEC/11, que rola a fojas 387 y siguientes, con el texto siguiente:

“Artículo 197 bis. Durante las doce semanas siguientes inmediatas al término del período postnatal, existirá un permiso postnatal parental a favor de la madre; no obstante, a elección de aquélla, el padre trabajador podrá hacer uso de dicho permiso a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que acuerden, las que deberán ubicarse en el período final del permiso. La mujer o el padre trabajador que se encuentre haciendo uso de este permiso recibirá el subsidio mencionado en el artículo 198.”

QUINCUAGÉSIMO. Que, de su simple lectura, puede concluirse que el nuevo texto aprobado en el primer trámite constitucional modificó sustancialmente el beneficio de seguridad social contenido en el Mensaje del Presidente de la República.

En efecto, mientras el beneficio propuesto en el Mensaje consultaba un límite de 30 unidades de fomento, tratándose tanto de trabajadores del sector público como del sector privado, el nuevo texto ha suprimido dicho límite. También suprimió la fuente de financiamiento permanente del beneficio;

QUINCUAGESIMOPRIMERO. Que, en suma, con una modificación introducida al proyecto de ley por iniciativa parlamentaria, se configura un beneficio de seguridad social de características sustancialmente diferentes a las del propuesto por el Mensaje original, que, al suprimir los límites originales, establece mayores beneficios aplicables tanto a trabajadores del sector privado como público. Y adicionalmente, como es obvio, aumenta el costo del proyecto de ley, tal como consta del certificado que rola a fojas 82;

2. Todo proyecto de ley puede ser objeto de modificaciones durante su tramitación, pero están prohibidas aquellas que sean contrarias a la Constitución.

QUINCUAGESIMOSEGUNDO. Que, asimismo, en estos autos se sostiene por el Presidente de la República que la modificación introducida al nuevo artículo 197 bis, que se incorpora al Código del Trabajo mediante el Proyecto de Ley que crea el permiso postnatal parental y modifica dicho Código, Boletín N^º 7526-13, ha infringido los artículos 6^º, 7^º y 65 de la Constitución Política.

Para ilustrar el contexto de esta sentencia, que se pronunciará sobre el cuestionamiento constitucional planteado por el Presidente de la República, conviene tener presente que, conforme lo autoriza el artículo 69 de la Constitución, todo proyecto de ley *“puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto.”*

QUINCUAGESIMOTERCERO. Que la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, reiterando la citada norma constitucional en el

inciso primero de su artículo 24, establece que “[s]ólo serán admitidas las indicaciones que digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto.”. No obstante, en su texto original este precepto legal aludía también a las indicaciones “*tendientes a la mejor resolución del asunto por la corporación*”, alusión que fue suprimida del texto por sentencia de este Tribunal (STC Rol N^o 91) que estimó que “... no es posible incluir entre las indicaciones que puedan presentarse a un proyecto de ley en trámite aquellas “*tendientes a la mejor resolución del asunto por la corporación*”, ya que ellas pueden sólo ser las que “*tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto*”, según lo señala expresamente el artículo 66 de la Constitución Política de la República” (c. segundo);

Añade el artículo citado, en sus incisos segundo y tercero, lo siguiente:

“No podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política ni que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del Estado o de sus organismos, o de empresas de que sea dueño o en que tenga participación, sin crear o indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender a tales gastos.

En la tramitación de proyectos de ley los miembros del Congreso Nacional no podrán formular indicación que afecte en ninguna forma materias cuya iniciativa corresponda exclusivamente al Presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento. No obstante, se admitirán las indicaciones que tengan por objeto aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que haya propuesto el Presidente de la República.”;

QUINCAGESIMOCUARTO. Que el Reglamento del Senado, por su parte, también regula en numerosas de sus disposiciones lo relativo a las indicaciones que pueden formularse durante la tramitación de los proyectos de ley y de los demás asuntos que se tramitan en dicha Corporación. En muchas de dichas normas alude únicamente a las proposiciones que recaen en el texto de un proyecto de ley, para introducirle “*adiciones o correcciones*”, las cuales, según señala Silva Bascuñán pueden tratar “*ya de la agregación de un elemento; ya del perfeccionamiento del propuesto; ya de la supresión de determinado requisito; ya, en fin, de la sustitución de uno por otro, o de varios por uno o de uno por varios, etc.*” (Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VII, pág.120). Dicho sentido es el que utilizan, por ejemplo, el inciso primero del artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y los artículos 118, 120, 121, 122 y 124 del Reglamento del Senado, entre otros. En otros casos, sin embargo, la expresión es utilizada en un sentido más amplio, como en los artículos 37, 88, 131, 166 y 185 del Reglamento del Senado, en las cuales la voz indicación alude a proposiciones de la más diversa naturaleza relacionadas con la introducción de ciertas modalidades o formulación de solicitudes para ordenar de determinada forma el proceso legislativo, o bien, para que la Corporación emita pronunciamiento sobre determinados asuntos de otra índole;

QUINCAGESIMOQUINTO. Que el Diccionario de la Real Academia Española, por su parte, no consulta ninguna acepción que resulte pertinente para describir la expresión “indicación” utilizada en nuestro sistema legal de la forma en que se ha referido. Sin embargo, sí lo encontramos en la doctrina nacional. Para Silva Bascuñán, por ejemplo, el uso de esta palabra “*da a entender que se refiere al texto en el cual se formaliza cualquier tipo de proposición que parte del supuesto de un documento anterior, mediante al cual se insta por una adición, supresión, modificación o corrección de cualquier naturaleza*” (Tratado, Tomo VII, pág.122);

QUINCAGESIMOSEXTO. Que incluso esta Magistratura Constitucional suele emplear el término “indicación” para las proposiciones que uno o más Ministros formulan durante el debate de los asuntos sometidos a su decisión. Así, por ejemplo, en sentencia Rol N^º 1.153: “*Acordado el rechazo del requerimiento en lo tocante a la impugnación del Decreto Supremo N^º 583, del Ministerio de Hacienda, de 21 de abril de 2008, luego de desecharse la indicación del Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, quien propuso decidir que resultaba innecesario pronunciarse sobre la impugnación de la constitucionalidad de la garantía luego de haberse declarado inconstitucionales los créditos que se garantizarían con ella.*” Y en el Rol N^º 1.651: “*Se deja constancia de que la sentencia fue acordada luego de desecharse la indicación de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schmake y Carlos Carmona Santander, quienes estuvieron por que el Tribunal se abstuviera de emitir pronunciamiento ya que el inciso tercero del artículo 1^º de la iniciativa remitida no versa sobre aquellas materias que la Constitución exige que sean reguladas por una ley orgánica constitucional por los siguientes motivos*”;

QUINCAGESIMOSEPTIMO. Que, de esta manera, puede decirse que la expresión “indicación” se utiliza en ciertos casos con un significado restrictivo, referido únicamente a la proposición escrita que se formula por el Presidente de la República o por parlamentarios para introducir determinada “adición o corrección” al texto de un proyecto de ley en actual tramitación y en otros en un sentido amplio, como sinónimo de “proposición”, “ponencia” o “sugerencia”, y tal vez se entronizó su uso por haberse reservado el término más apropiado de “moción” para la iniciativa de nuevos proyectos de ley (la expresión “moción” en su cuarta acepción es “proposición que se hace o sugiere en una junta que delibera”);

QUINCAGESIMOCTAVO. Que en el mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en el pasado, enfatizando la amplitud del término “indicación”, al señalar que “*la voz ‘indicación’ referida a un proyecto de ley, comprende para la técnica legislativa, toda proposición tendiente a corregir o adicionar un proyecto durante la etapa de su discusión y aprobación.*” (STC Rol N^º 259);

QUINCAGESIMONOVENO. Que, de lo razonado en los considerandos precedentes puede concluirse que la expresión “indicación” es utilizada indistintamente con el sentido restringido o el sentido amplio

que se han referido, por lo cual podría, sin mayor dificultad, atribuirse el carácter de “indicación” a la petición de dividir una proposición antes de empezar su votación, establecida en el artículo 164 del Reglamento del Senado;

SEXAGÉSIMO. Que, en definitiva, en lo que importa para esta sentencia, carece de toda relevancia si la proposición que dio origen a la modificación del proyecto es denominada “indicación” o “petición de división de la votación”, o si se tratara de cualquier otro dispositivo reglamentario apto para introducir una modificación pues, está fuera de discusión que todo proyecto de ley puede ser objeto de “adiciones o correcciones”, que, como señala Silva Bascuñán al comentar el artículo 69 de la Constitución, *“pudieron llamarse posiblemente, de modo más comprensivo, adecuado y con alcance genérico ‘enmiendas’ o ‘modificaciones’, vocablos también muy exactos que se usan luego, respectivamente, en los incisos 1° y 2° del art. 68 (71), para significar la amplia voluntad del constituyente de permitir todo cambio que persiga alterar el texto de la iniciativa, que agregue o suprima un elemento, sustituya o varíe en cualquier forma el que figura en el mensaje, moción o texto en curso de aprobación.”*(Tratado, Tomo VII, pág. 120);

SEXAGESIMOPRIMERO. Que siendo inconcuso que todo proyecto de ley puede ser modificado durante su proceso de formación, sea por sugerencia, proposición o indicación de un diputado o senador, o del Presidente de la República, resulta igualmente incuestionable que están prohibidas las modificaciones contrarias a la Constitución, y lo son no sólo aquellas ajenas a las ideas matrices o fundamentales del proyecto, sino toda modificación que infrinja la Carta Fundamental por cualquier otro motivo, formal, competencial o de fondo, materia que esta Magistratura ha abordado en numerosas ocasiones anteriores (STC roles N°s 259, 410, 413, 560, 786, 1.005, entre otros);

SEXAGESIMOSEGUNDO. Que, concluyendo esta reflexión conviene recordar que tal es la trascendencia que la Carta Fundamental atribuye a esta materia, que el texto original del inciso sexto del artículo 60 (57) de la Constitución, derogado en 1989, establecía que cesaría en el cargo de diputado o senador el parlamentario que, ejerciendo la función de presidente de la respectiva corporación o comisión, *“haya admitido a votación una moción o indicación que sea declarada manifestamente contraria a la Constitución Política del Estado por el Tribunal Constitucional.”* Y agregaba que en igual sanción incurrirían *“el o los autores de la moción o indicación referida”*;

SEXAGESIMOTERCERO. Que el origen de la disposición recordada en el considerando precedente fue descrito en sentencia de 26 de septiembre de 1997 (Rol N° 259. cc. decimotercero y decimocuarto), de la siguiente manera:

“13°. Que, el Consejo de Estado, en su Informe, repuso el texto de la Constitución de 1925, pero agregó un párrafo que contempló una drástica sanción para el

evento del incumplimiento del mandato de la norma: “Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto. El Presidente de la respectiva Corporación o Comisión y el o los autores de la indicación o corrección formulada en contravención a esta norma, sufrirán la sanción establecida en el artículo 57, inciso sexto, de la Constitución”. “Justificando el rigor de la medida propuesta, el Informe del Consejo puntualiza: “La experiencia histórica chilena demuestra que el Parlamento desconoce el axioma según el cual, en materia de derecho público, las personas o corporaciones sólo pueden hacer lo que la Constitución o las leyes autorizan expresamente, por lo cual, si no se establecen sanciones, perdurará tan peligrosa y detestable corruptela”;

“14°. Que, la Junta de Gobierno dio su aprobación a la proposición del Consejo de Estado, y el texto quedó incluido en el proyecto sancionado por el plebiscito de 11 de septiembre de 1980.

“Cabe puntualizar que el inciso segundo del artículo 70, contenido en el anteproyecto de la Comisión de Estudio, no fue objeto de modificación alguna en el Consejo de Estado ni en la Junta de Gobierno.

Posteriormente, la Ley de Reforma Constitucional N^º 18.825, de 17 de agosto de 1989, suprimió el párrafo que contemplaba la sanción para el caso de contravenirse la norma;”;

SEXAGESIMOCUARTO. Que de la supresión de la norma constitucional aludida, en 1989, no puede extraerse conclusión alguna en el sentido de haberse relajado el rigor con que la Carta Fundamental prohíbe esta práctica, pues es obvio que se debió a motivos políticos de otro orden, propios de esa reforma, tendientes a facilitar el funcionamiento activo del Congreso Nacional, como de las demás instituciones democráticas. Como señala Silva Bascuñán (Tratado Tomo VI, pág. 334), siguiendo a Andrade G.: “La ley de reforma constitucional 18.825, consecuencia del plebiscito de 30 de julio de 1989, derogó la disposición en análisis atendiendo, según el profesor Carlos Andrade, a su ‘extrema rigurosidad [...] En realidad es una disposición que, por la sanción que implica, cesación en el cargo, paralizaría el trabajo parlamentario, tanto en la sala como en las reuniones de las comisiones legislativas” (Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980. Editorial Jurídica de Chile, pág. 228)”;

VI CONCLUSIONES

SEXAGESIMOQUINTO. Que, como aparece de las consideraciones expuestas, el Senado, al aprobar –en la forma como lo hizo– el nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo, alteró el proyecto presentado por el Presidente de la República, introduciendo a su respecto un aumento

de beneficios al personal en servicio de la administración pública como también a trabajadores del sector privado, y modificó asimismo normas sobre seguridad social o que inciden en ella, materias todas en que, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 65 de la Constitución Política, el Congreso Nacional sólo puede aceptar, disminuir o rechazar los beneficios y gastos propuestos por el Presidente de la República, pero no aumentarlos;

SEXAGESIMOSEXTO. Que los órganos del Estado, entre los cuales están las cámaras que integran el Congreso Nacional, deben someter su acción a la Constitución según lo prescribe el artículo 6°, inciso primero, de la Carta Fundamental, norma ésta que excluye todo comportamiento que entrañe una vulneración de los límites que la Constitución les impone. De ahí resulta, en el caso que nos ocupa, la inconstitucionalidad del nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo aprobado en primer trámite constitucional, pues, siendo por su contenido una disposición legal que corresponde a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, ésta no se ha ejercitado a su respecto, por lo que la norma aprobada por el Senado es inconstitucional y así se declarará,

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, inciso final, 6°, 7°, 65 y 93, Nº 3, de la Constitución Política de la República, y en las normas pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

Que se acoge el requerimiento deducido a fojas uno, declarándose inconstitucional el inciso primero del artículo 197 bis, que se incorpora al Código del Trabajo, mediante el proyecto de ley de que cuenta el Mensaje Nº 611-358, de 28 de febrero de 2011 (Boletín Nº 7526-13), aprobado en primer trámite por el Senado y comunicado a la Cámara de Diputado por Oficio Nº 747/SEC/11, de 19 de mayo de 2011.

Los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto y señora Marisol Peña Torres previenen que, aunque comparten en su integridad la fundamentación de la sentencia, estiman que corresponde al Tribunal precisar los efectos de la misma, tal y como se ha procedido en sentencias roles Nºs 464, 1.005, 1.504 y 1.867, a cuyo objeto debiera añadirse, en las conclusiones del fallo, los siguientes considerandos:

1°. Que, por aplicación del artículo 94, inciso segundo, de la Constitución Política, las disposiciones que este Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto de que se trate, norma que impide que la disposición específica declarada inconstitucional, esto es el inciso primero del artículo 197 bis del Código del Trabajo, surgido

del desglose y posterior votación del Senado, siga tramitándose en el proyecto de ley de que conoce actualmente la Cámara de Diputados en el segundo trámite constitucional, y

2°. Que, sin embargo, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional no tienen más efectos que los que la propia Carta Fundamental contempla, nada impide que durante la tramitación que resta del proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y modifica el Código del Trabajo, se formule y eventualmente se apruebe una indicación que modifique los términos de la norma contenida en el proyecto de ley original, aumentando el monto del beneficio, pero siempre que ella surja de la iniciativa del Presidente de la República y frente a la cual, atendido lo dispuesto en el inciso final del artículo 65 de la Constitución Política, el Congreso Nacional podrá únicamente aceptarla, disminuir o rechazar los beneficios y gastos propuestos por el Jefe de Estado, pero no aumentarlos como sucedió en el caso que motivó el requerimiento de que ha conocido esta Magistratura.

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento con fundamento en las motivaciones que se exponen a continuación:

I ANTECEDENTES

1°. Que, conforme al artículo 93, inciso primero, N^º 3°, de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

2°. Que, en el presente caso, ha entablado requerimiento por cuestión de constitucionalidad S.E. el Presidente de la República, en contra de una actuación del H. Senado, suscitada durante la tramitación del proyecto de ley que modifica el permiso post natal parental y modifica el Código del ramo (Boletín N^º 7526-13);

3°. Que se plantea, por el requirente, que el Senado, al votar en forma dividida una norma que contiene materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, ha infringido la Constitución. Se indica que la actuación inconstitucional “consistió en dividir la votación de un artículo eliminando con ello el tope del subsidio que se proponía” (requerimiento, fojas 1). Así, se sostiene que la norma despachada por el Senado adolecería de un vicio de gestación que la haría inconstitucional al provocar un

aumento del gasto público sin patrocinio presidencial;

4°. Que lo que corresponde, en consecuencia, a esta Magistratura es determinar si se ha producido el vicio de forma invocado por el requirente. El vicio invocado no consiste en la sola división de la votación efectuada por el H. Senado, sino en el resultado al que se arribó a consecuencia de ella, cual es el rechazo parcial de la norma propuesta por S.E. el Presidente de la República que establecía un tope al subsidio post natal;

5°. Que, antes de entrar al fondo de lo alegado por el Ejecutivo, es preciso formular algunas precisiones conceptuales, como se hará a continuación;

II

CUESTIONES PRELIMINARES

1. Deferencia a otros órganos del Estado y defensa de la Constitución.

6°. Que, en primer lugar, cabe tener presente que la expresión académica que el Tribunal Constitucional es “*el guardián supremo de la Constitución*” no es exacta para expresar las funciones que esta Magistratura cumple dentro de nuestro ordenamiento jurídico. No todos los actos contrarios a la Constitución son de su competencia. La tendencia interpretativa de la Constitución actual en la democracia constitucional se inscribe en lo que se denomina “*la sociedad abierta a los intérpretes constitucionales*”, en la que el destinatario de las normas participa más vigorosamente en el proceso interpretativo de lo que comúnmente se acepta. (Häberle, Peter: *El Estado Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 265).

Esta dimensión abarca especialmente a todos los órganos del Estado sin excepción. Consecuente con lo anterior, expresamente la reforma constitucional del año 2005 atribuyó a todos los órganos del Estado la función de “*garantizar el orden institucional de la República*” (artículo 6°, inciso primero, de la Constitución) que antes residía en las Fuerzas Armadas.

Así, las normas constitucionales han delineado diversas competencias en donde el Congreso se hace cargo de ciertas cuestiones constitucionales sin intervención del Tribunal Constitucional. A modo ejemplar se pueden señalar las acusaciones constitucionales (artículos 52, N° 2, y 53, N° 1, de la Constitución Política de la República), las contiendas de competencia que se susciten entre autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia (artículo 53, N° 3, de la Constitución Política de la República) o la facultad consultiva que tiene el Senado respecto de todas las materias que estime conveniente preguntarle el Presidente de la República (artículo 53, N° 10, de la Constitución Política de la República). Entre esas facultades está la conducción del debate legislativo por parte

de las autoridades de ambas ramas del Congreso hasta la determinación de una voluntad que dará origen a una ley de la República;

2. La corrección funcional como criterio interpretativo decisivo en las potestades concurrentes de formación de la ley.

7°. Que, en segundo lugar, esta Magistratura, en su ejercicio interpretativo, no puede alterar las funciones que la Constitución le ha asignado a cada uno de los órganos y poderes del Estado. *“El órgano u órganos encargados de la interpretación constitucional no puede llegar a un resultado que subvierta o perturbe el esquema organizatorio funcional constitucionalmente establecido.”* (Gomes Canotilho, Jose Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constitucao*, Almedina, Cimbra, Portugal, 3° Edicao, 1999, pp. 1149-1150). El propio Tribunal Constitucional ha reafirmado reiteradamente este criterio (STC roles N^{OS} 498, 503, 522, 551, 790 y 1.867).

Este principio es coherente con la deferencia razonada debida a los órganos legislativos y la autorrestricción de este Tribunal en el ejercicio de sus potestades. En este sentido se señala que: *“Ello implica reconocer al legislador, dentro del marco constitucional, el amplio margen para adoptar en cada caso las políticas que considere más adecuadas y oportunas. Una autocontención prudente, en la que pueda distinguirse la autocontención política que evita involucrarse en cuestiones políticas y la autocontención funcional que surge del cuidado de no extralimitarse en las resoluciones a la respuesta a las demandas planteadas”* (Nogueira Alcalá, Humberto: “El control reparador de constitucionalidad de los tratados internacionales en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre ley adecuatoria de LOC del Tribunal Constitucional de 2009”, en Nogueira, Humberto (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Cechoch, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Librotecnia, 2010, p. 143).

El principio de corrección funcional tendrá una aplicación esencial en el ejercicio de una potestad concurrente por parte del Gobierno y el Congreso Nacional en el proceso de formación de la ley;

3. El Tribunal Constitucional ejerce un control jurídico y no político.

8°. Que no cabe duda que el proceso legislativo debe someterse a las disposiciones constitucionales que lo norman y que compete a este Tribunal tutelar el cumplimiento de las mismas, conforme al artículo 93, inciso primero, N^º 3°, e incisos cuarto a sexto, de la Constitución;

9°. Que el control de los vicios de forma en la gestación de la ley no es una novedad del derecho chileno. Así, ya en el año 1892 es posible encontrar un antecedente en la Corte Suprema de los Estados Unidos (US

vs. Balin, 144 U.S.1) y constatar que este sistema de control constitucional se ha consolidado en la Europa continental de post guerra y en América Latina.

Tales normas son excepcionales, pues, como indica el inciso tercero del artículo 55 de la Constitución Política, la regla general es que sea la Ley Orgánica del Congreso Nacional la encargada de regular la tramitación interna de los proyectos de ley.

Los preceptos constitucionales sobre la materia se refieren a los siguientes puntos: Cámara de origen del proyecto de ley, número de parlamentarios para que las cámaras puedan sesionar y adoptar acuerdos, número máximo de parlamentarios que pueden suscribir una iniciativa, ámbito de iniciativa exclusiva del Ejecutivo, quórum de aprobación diferenciados según la naturaleza de los proyectos de ley, efectos del rechazo de la idea de legislar en la Cámara de origen, modificaciones vinculadas directamente con las ideas matrices de la iniciativa, trámites de los proyectos de ley, comisión mixta, veto, urgencias, promulgación y plebiscito en determinados casos. Una regulación especial reserva la Constitución a la discusión de la Ley de Presupuestos.

El Congreso Nacional, por su parte, cuenta con capacidad para que cada una de sus Cámaras dicte su propio reglamento (artículo 56 de la Constitución). Ello asegura la independencia del Parlamento respecto del resto de los poderes del Estado para regular en forma más detallada su organización y su funcionamiento.

En cada país varía la intensidad del control de constitucionalidad sobre el respeto de las normas constitucionales que regulan el debate legislativo. Pero en todos los sistemas se reconoce un grado significativo de autonomía al Parlamento y por eso se definen con precisión y en forma taxativa las facultades que los Tribunales Constitucionales poseen al respecto.

También son claros dichos límites en nuestro ordenamiento jurídico, pues, como hemos dicho, el artículo 55 de la Constitución Política remite a la Ley Orgánica del Congreso Nacional la regulación de la tramitación interna de las leyes, y las demás actuaciones de ese Poder del Estado, o de sus Cámaras en forma autónoma, no están sometidas al control de esta Magistratura.

Sólo compete al Tribunal Constitucional, en su calidad de órgano jurisdiccional –y no político–, conocer de infracciones a las normas constitucionales cuando se trate de vicios de relevancia jurídica que alteren la correcta manifestación de la voluntad normativa en alguna de las Cámaras. Al evaluar la naturaleza y la entidad de un vicio denunciado, el Tribunal Constitucional debe tomar en consideración las características del proceso legislativo, el estado de desarrollo en que se encuentra y el carácter eminentemente político de sus deliberaciones;

4. No corresponde a este Tribunal controlar los reglamentos de las Cámaras.

10°. Que, tal como ha señalado este mismo Tribunal, los reglamentos de las Cámaras, si bien poseen el mismo poder normativo que las leyes, no son objeto de control por parte del Tribunal Constitucional (STC Rol N^º 1.216).

Durante la discusión de la reforma constitucional del año 2005 se propuso someterlos a control constitucional, pero dicha iniciativa fue rechazada por el constituyente derivado.

Por lo demás, los Tribunales Constitucionales de Alemania, Italia y España y el Consejo Constitucional de Francia, por regla general, se limitan a vigilar el respeto de las disposiciones constitucionales sobre el procedimiento legislativo y no consideran eventuales infracciones al Reglamento camarál, que, por lo demás, como veremos, en este caso no se produjeron, dado el tenor del Reglamento del Senado sobre la división de las votaciones;

11°. Que en el punto preciso en debate difieren los reglamentos del Senado y de la Cámara de Diputados: el artículo 164 del Reglamento del Senado dispone: *“cualquier Senador podrá pedir que se divida una proposición antes de empezar su votación, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley del Congreso Nacional”*; mientras que el artículo 146 del Reglamento de la Cámara de Diputados prescribe: *“cualquier diputado podrá pedir que se divida una proposición antes de cerrarse el debate, salvo en los siguientes casos: a) las observaciones o vetos formulados por el Presidente de la República, y b) que de dividir la proposición pueda incurrirse en una decisión inconstitucional, situación que debe ser calificada por el Presidente”*. La razón que motivó la reforma del aludido artículo 146, en 1994, fue impedir posibles maniobras destinadas a obstruir el despacho de un proyecto de ley en la Sala recurriendo al expediente de pedir la división de la votación de sus artículos sin considerar sus efectos, situación que no se produce con igual intensidad en las Comisiones;

5. Sustrato del conflicto: las reglas procesales de la democracia.

12°. Que no debe perderse de vista que *“Chile es una República democrática”* (artículo 4° de la Constitución), lo que se manifiesta en la deliberación democrática de las leyes, desde su presentación y discusión hasta su aprobación. Para ello el constituyente, el legislador y los propios parlamentarios han determinado reglas constitucionales, legales y reglamentarias para la formación de la ley. Estas reglas de funcionamiento constituyen una garantía para todos los intervinientes.

La tarea esencial que este Tribunal posee es proteger la correcta manifestación de la voluntad democrática en la configuración de la ley;

13°. Que este proceso de formación de la ley ha sido caracterizado por este propio Tribunal recientemente en la STC Rol N° 1.867, considerando vigesimoséptimo, a raíz de un requerimiento sobre la Ley de Presupuestos, señalando que *“el presupuesto es aprobado luego de conversaciones y diálogos formales e informales, en que se llega a acuerdos, transacciones y compromisos, que se reflejan en indicaciones y protocolos complementarios a la ley. Dicha negociación no tiene nada de malo o espúreo; es la consecuencia de que la facultad de aprobación radica en un órgano plural y representativo de la sociedad. Además, dicha negociación se realiza de un modo transparente, en que sus avances y retrocesos, si bien pueden escapar al ciudadano común, no escapan a la atenta mirada de un observador avezado. A fin de que esta negociación no se dilate, existe el plazo de sesenta días para que el Congreso despache el presupuesto. Como consecuencia de lo anterior, las potestades con que la Constitución dota al Ejecutivo no pueden interpretarse estáticamente y descontextualizadas de la realidad en que operan. Es más, considerarlas de manera binaria, es decir, que el rol del Congreso se limite a aceptar o rechazar, puede llevar a rigidizar el proceso de negociación de esta importantísima ley;”*;

6. Principios que rigen el proceso de formación de la ley.

14°. Que, para resolver el presente requerimiento, deben considerarse los principios que rigen el procedimiento legislativo, que constituye el cauce a través del cual se da lugar a la formación de la ley y por lo mismo es un mecanismo al servicio de la correcta expresión de la voluntad popular;

15°. Que, si bien el proceso legislativo comparte algunas características con otros procedimientos de toma de decisiones de órganos públicos, también posee peculiaridades propias que lo hacen sui generis. Entre los elementos comunes, está la naturaleza instrumental del mismo; entre las diferencias encontramos una decisiva: el proceso legislativo se dirige a dar lugar a la correcta formación de la voluntad popular mediante una deliberación eminentemente política en el seno de las Cámaras que conforman el Congreso Nacional;

16°. Que el principio democrático garantiza el pluralismo en la formación de la ley, la aplicación de la regla de la mayoría (simple o calificada, según el caso) y la publicidad en la adopción de las decisiones (Biglino Campos, Paloma: Los vicios en el procedimiento legislativo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 73);

17°. Que, además, el proceso legislativo se rige por el principio de finalidad o pro-formación de la ley, que determina que todas sus etapas de deliberación y toma de decisiones por mayoría se dirigen a permitir la formación de la ley; el principio de impulso progresivo, conforme al cual una vez iniciada la discusión legislativa, el desarrollo y discusión pos-

terior se impulsan con independencia de la voluntad de sus iniciadores; el principio de perfeccionamiento progresivo, conforme al cual todos los sujetos legitimados pueden intervenir en sucesivas etapas en la formación de la ley; el principio de discusión gradual, según el cual no existe una única discusión de los proyectos ley, sino diversas instancias sucesivas; el principio de la simple mayoría, conforme al cual la regla general es que las decisiones se adopten por mayoría y no se obstaculice la formación de la voluntad del legislador; el principio de control interno, que dispone que las propias Cámaras tienen la responsabilidad de controlar el respeto de las normas de procedimiento; y el principio de economía del derecho, conforme al cual el proceso legislativo debe orientarse a una utilización eficiente de los medios y actuaciones que prevé (Ministerio Secretaría General de la Presidencia: Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Tomo II, Santiago, 2000, pp. 241 a 248);

7. Los vicios de forma y el proceso de formación de la ley.

18°. Que la flexibilidad del Derecho Parlamentario es coherente con la naturaleza del proceso de formación de la ley que se funda en la deliberación política, el diálogo entre posiciones contrapuestas, la búsqueda de las mejores soluciones a los problemas planteados y la toma de decisiones por la mayoría. Sus normas apuntan a resguardar la corrección en la manifestación de la voluntad de las Cámaras, salvaguardando especialmente los derechos de las minorías. Prueba de tal flexibilidad es la posibilidad de suspender la vigencia de los reglamentos por acuerdo unánime de los comités parlamentarios o de la Sala de las Cámaras. Dado el carácter eminentemente político del debate legislativo, el Derecho Parlamentario no puede ser ni rígido ni casuístico.

Esto ha llevado a autores como Zagrebelsky y Pizzorusso a sostener que la evaluación constitucional del proceso legislativo por parte del Tribunal Constitucional no puede ser formalista, sino más bien elástica, finalista y práctica. Sólo debe declararse la inconstitucionalidad por vicios de forma cuando se transgrede una norma constitucional incidiendo decisivamente en la formulación definitiva de la ley;

19°. Que los vicios graves del procedimiento legislativo provocan la anulación del trámite respectivo y, por tanto, su declaración debe ser excepcional y en los casos estrictamente contemplados en la Constitución.

Haciendo una analogía con lo que señalara Couture respecto del proceso jurisdiccional, cabe sostener que el proceso legislativo también posee normas instrumentales para alcanzar un fin. Mientras en el proceso jurisdiccional la finalidad es la resolución de un conflicto de relevancia jurídica mediante la decisión de un juez imparcial, en el legislativo dicha finalidad consiste en la formación de la voluntad soberana plasmada en la ley.

El análisis de eventuales infracciones constitucionales durante el proceso legislativo debe considerar los principios de conservación o trascendencia y de economía del derecho, señalados con anterioridad. Por ello, sólo se producirá la nulidad de las actuaciones cuando éstas ocasionen un perjuicio irreparable, noción común a la nulidad procesal en todo proceso, sea civil, penal o administrativo (Lübbert Álvarez, Valeria: “Control Constitucional Provocado del Procedimiento Legislativo”, Revista Hemiciclo, N° 2, Cámara de Diputados, Valparaíso, 2010, p. 36).

No hay sanción ni perjuicio si se cumplen los fines de la normas que regulan la esencia del procedimiento legislativo (Pizzorusso, citado por Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos, Editorial LOM, Santiago, 2010, p. 261);

20°. Que ejemplariza lo anterior la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 13, inciso segundo, donde se señala que: *“El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado”*.

En el proceso legislativo, la trascendencia del vicio se relaciona con el cumplimiento de la finalidad de la norma procesal, el respeto de las competencias constitucionales y con el principio democrático, es decir, con la corrección en la formación de la voluntad en ambas Cámaras del Congreso según lo predispone la Constitución;

21°. Que de lo anterior se desprende que la evaluación de un vicio de procedimiento debe hacerse en relación a su trascendencia y atendiendo al propósito o finalidad de la norma procesal. Ello exige distinguir, por una parte, entre vicios consolidados o consumados y gérmenes de vicios que sólo se pueden concretar en etapas posteriores del debate de la ley; y, por otra parte, vicios insanables de aquellos que pueden ser reparados durante el desarrollo del proceso legislativo;

22°. Que no procederá, en consecuencia, declarar la nulidad de una actuación si se han cumplido los fines de la regulación o se han eliminado los efectos que se estimaban contrarios a dicha finalidad o existe pendiente la posibilidad de que ello ocurra. Al respecto se ha señalado que: *“Este carácter instrumental del procedimiento legislativo ha sido puesto de manifiesto por amplios sectores doctrinales. Sea cual sea la concepción que se tenga del mismo, siempre se interpreta como una serie de actos o un cauce formal a través del cual se intenta alcanzar un fin. Es precisamente la consecución de esta finalidad lo que constituye su razón de ser. Por ello la relevancia de los vicios que se producen durante el procedimiento no puede medirse teniendo en cuenta sólo la naturaleza de la norma infringida sino, sobre todo, la forma en que la infracción ha repercutido sobre la meta que el procedimiento está destinado a cumplir.”* (Biglino Campos, Paloma: Los vicios en el procedimiento legislativo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 54);

23°. Que lo anterior, como se indicó previamente, se vincula con el carácter subsanable de ciertos vicios (reconocido en la doctrina nacional, entre otras fuentes, en: Ministerio Secretaría General de la Presidencia: Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, op. cit., pp. 257 y ss.; Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos, op. cit., p. 199 y ss.).

Son reparables, por ejemplo, las infracciones al artículo 74 de la Constitución cuando no se cumple con el plazo de las urgencias; o bien cuando el trabajo parlamentario se construye en base a indicaciones que serían en principio inadmisibles por invadir la esfera de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República a la espera de una indicación sustitutiva del Ejecutivo que sanee esa irregularidad, etc. También es posible que en una Cámara se subsane una infracción cometida en otra. En casos como éstos, no procede que el Tribunal Constitucional se pronuncie, pues o la irregularidad no es trascendente o el posible vicio puede ser reparado;

24°. Que, como se ha señalado, un vicio se subsana o convalida si en una actuación posterior se corrige la infracción. Una infracción a una regla del procedimiento puede ser subsanada, ya sea por sanación, es decir, por el cese de sus consecuencias negativas, o por subsanación, esto es, por la corrección del vicio en cuanto tal (Palacios Torres, Alfonso: Concepto y control del procedimiento legislativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 301). Ello puede ocurrir en la misma Cámara donde se originó la posible infracción o bien en la Cámara revisora, cuyo criterio debe ser refrendado por la Cámara de origen cuando conoce del proyecto en tercer trámite constitucional, o resolverlo en definitiva en la Comisión Mixta destinada a lograr un consenso frente a las discrepancias de criterio entre ambas Cámaras.

En consecuencia, para analizar la alegación de haberse producido un germen de vicio de procedimiento es necesario que éste se haya concretado irreversiblemente en el proceso legislativo y sus efectos no puedan ser reparados, lo que por regla general sólo puede verificarse una vez concluida la discusión del proyecto de ley por parte del Congreso Nacional;

III PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO

1. La actuación que se impugna fue sometida a debate.

25°. Que, en primer lugar, no puede efectuarse un análisis apropiado de la actuación impugnada –división de la votación del artículo 197 bis del proyecto en cuestión– sin analizar el contexto en el cual tuvo lugar.

Este proyecto de ley se inició por mensaje del Presidente de la República, de conformidad con el artículo 65, inciso primero, de la Constitución

Política. En su primer trámite constitucional en el Senado, fue sometido a discusión en las Comisiones de Trabajo y Previsión Social y de Salud, unidas, los días 21 de marzo, 4 y 18 de abril, 4, 11, 18 y 19 de mayo de 2011.

El día 19 de mayo de 2011, las Comisiones discutieron el proyecto en general y en particular a la vez, atendido que éste se encontraba con urgencia calificada de suma. En dicha discusión, el H. Senador Fulvio Rossi planteó la solicitud de votación dividida del artículo 197 bis que hoy se impugna. Sometida a votación por parte de la H. Senadora Ximena Rincón, que ejercía como Presidenta de las Comisiones Unidas, se aprobó la propuesta. Los H. Senadores Kuschel y Longueira se abstuvieron de votar, pese a haber manifestado su opinión contraria, dando lugar a la aprobación de la solicitud de votación dividida.

Así consta en el Informe de dichas comisiones: *“Puesta en votación la admisibilidad de la votación separada solicitada respecto de las oraciones primera y segunda del inciso primero del artículo 197 bis del proyecto, ésta fue aprobada por mayoría de votos, con cinco votos a favor y tres en contra. Votaron por la afirmativa los Honorables Senadores señora Rincón y señores Muñoz Aburto, Girardi, Rossi y Ruiz-Esquide. Se pronunciaron por la negativa los Honorables Senadores señores Bianchi, Chahuán y Uriarte. Los Honorables Senadores señores Kuschel y Longueira hicieron constar que no votaban.”*. (Informe Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y Salud, p. 161).

En el mismo Informe consta que el H. Senador Longueira solicitó enseguida someter a votación dividida la totalidad del proyecto y así se procedió.

La Comisión de Hacienda no modificó lo obrado en las Comisiones Unidas. Luego, en la votación en la Sala del Senado, se aprobaron las normas votadas favorablemente por la unanimidad de los miembros de las Comisiones Unidas y en relación con las cuales no se presentaron indicaciones. Respecto del artículo 197 bis cuestionado, el Ejecutivo presentó indicaciones para restablecer el límite de 30 Unidades de Fomento para el cálculo del subsidio, las cuales fueron rechazadas por 18 votos contra 12, sin que ningún Senador solicitara al Presidente del Senado que declarara la inconstitucionalidad de la norma, como podría haberse hecho en conformidad a la Ley Orgánica del Congreso;

26°. Que las actuaciones descritas demuestran que el procedimiento legislativo constituye una dinámica propiamente política, en la cual los actores legitimados pueden ejercer las competencias que la Constitución les reconoce. En el seno de esta dinámica política, los mecanismos de avance en el procedimiento también son sometidos a deliberación y, por ende, los acuerdos que adoptan los intervinientes son legítimos en la medida que éstos se ajusten a los preceptos constitucionales y se adopten en un contexto deliberativo en que todos tengan garantizado poder intervenir en igualdad de condiciones, con apego a la ley y al reglamento;

27°. Que, en la tramitación del presente proyecto de ley en el Senado, consta que todos los intervinientes tuvieron oportunidad de expresar su opinión y votar libremente. Quienes pudieron haber impedido que la votación se dividiera, se abstuvieron de participar y finalmente optaron por solicitar divididir la votación del resto del proyecto de ley.

Enmendar aquello no es tarea de este Tribunal;

2. La facultad prevista en el artículo 93, N^º 3^º, de la Constitución.

28°. Que el Tribunal Constitucional rige su actuación por la Constitución y su ley orgánica y no puede arrogarse más facultades que las expresamente reconocidas en aquélla. La atribución que contempla el artículo 93, inciso primero, N^º 3^º, de la Constitución señala que el requerimiento sólo puede ser promovido por los órganos legitimados que la Constitución indica; que debe formularse antes del plazo preclusivo previsto en la Constitución y que debe referirse a cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley, reforma constitucional o tratado;

29°. Que la expresión “*cuestiones sobre constitucionalidad*” exige, en primer lugar, que se indique con precisión cuál es el vicio que se invoca (STC Rol N^º 23, c. cuarto); y, en segundo lugar, que se trate efectivamente de un vicio consolidado que no admite sanación, es decir, que sus efectos sean irreparables.

Consecuente con ello la Constitución prescribe que las cuestiones sobre constitucionalidad deben suscitarse durante la tramitación legislativa. Es decir, deben ser conflictos de constitucionalidad que ocurran durante la formación de la ley y que incidan en el contenido de una norma o en el resultado de una etapa legislativa. No basta que se trate de cuestiones que simplemente están en vías de producirse o de dudas sobre resultados hipotéticos de la tramitación legislativa; tampoco se trata de irregularidades menores que no contravienen normas constitucionales ni de decisiones que pueden ser revisadas en su contenido y en sus efectos durante etapas posteriores del procedimiento legislativo;

30°. Que ante vicios de forma reparables que repercuten en el contenido de las normas, la “*cuestión de constitucionalidad*” sólo se produce al final del proceso legislativo, cuando concluye lo que el Título II de la Ley del Congreso llama “*la tramitación interna de los proyectos de ley*”. Sólo entonces, en casos como el sometido a conocimiento de esta Magistratura, queda configurada una infracción constitucional.

El posible saneamiento o corrección de un vicio procesal inhibe la intervención del Tribunal Constitucional; lo contrario implicaría que éste asuma un rol activo en el debate legislativo que no le es propio, pudiendo lesionar la autonomía del Parlamento;

31°. Que, conforme a lo anterior, no corresponde a este Tribunal emitir pronunciamiento si se trata de vicios no consolidados o no consumados, cuando los órganos legitimados no han terminado la discusión. Sólo podría pronunciarse una vez que se “suscite” una cuestión de constitucionalidad, es decir, cuando la tramitación ha concluido o porque han precluido las oportunidades para enmendarlas. Ejemplo de vicios irreparables son la omisión de un trámite esencial previsto por la Constitución o aquellos casos en que no se ha alcanzado el quórum requerido por ella o una de las Cámaras ha dado una interpretación errónea sobre el quórum necesario dando por rechazada la iniciativa;

32°. Que lo anterior se confirma con lo dispuesto por el inciso sexto del artículo 93 de la Constitución, al señalar que la interposición del requerimiento no suspende la tramitación del proyecto respectivo. Se reconoce con ello al Congreso Nacional la posibilidad de sanear el vicio antes de que el Tribunal pueda emitir pronunciamiento. La única limitación a la tramitación dice relación con la prohibición de promulgar la parte impugnada hasta la expiración del plazo del Tribunal para dictar sentencia, salvo que se trate de la ley de presupuestos o en el caso de la declaración de guerra;

33°. Que, por lo demás, ésta ha sido la orientación de la jurisprudencia de esta Magistratura. Cuando el Tribunal ha declarado la existencia de vicios de forma en controles preventivos lo ha hecho cuando tales vicios son irreversibles. Así, sólo lo ha hecho ejerciendo control preventivo obligatorio de constitucionalidad o, bien, tratándose de controles preventivos provocados, respecto de vicios que han influido decisivamente en el resultado de la tramitación legislativa y ello no ha sido corregido ulteriormente durante la tramitación.

Al respecto es posible analizar lo resuelto en los roles N^{os} 1.410 y 1.504. En el primero de ellos, recaído sobre el proyecto de Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada de Personas, el resultado del vicio invocado no podía ser subsanado pues había concluido la tramitación en ambas cámaras y se trataba de una actuación que había implicado declarar el rechazo del proyecto, debiendo tenerse por aprobado con la exclusión de una sola norma; en el segundo, recaído sobre la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se había declarado rechazado el proyecto, al exigírsele un quórum de aprobación mayor al previsto en la Constitución. En ambos casos, se trataba de actuaciones irreversibles e irrevocables en la tramitación legislativa;

34°. Que, en el presente caso, el proceso legislativo se encuentra en pleno desarrollo, por lo que no es posible dar cuenta de un vicio irreversible, atendido lo cual no se ha producido una cuestión de constitucionalidad propiamente tal;

3. Actuación que podría considerarse una infracción a las normas sobre iniciativa exclusiva no ha producido un resultado irrevocable.

35°. Que, como consta en la parte expositiva de esta sentencia, en el caso de autos no se alega que la votación separada del artículo 197 bis sea inconstitucional en sí misma; se impugna por sus resultados. Tan evidente es esto que no se hubiera requerido ante este Tribunal si se hubiera aprobado íntegramente el artículo propuesto por el Ejecutivo.

La decisión de los Senadores de dividir la votación del artículo 197 bis del proyecto de ley en cuestión no contravino el Reglamento del Senado, pues la división de la votación se encuentra permitida en el artículo 164 de ese reglamento.

El derecho a pedir la división de la votación existe desde 1904.

Jamás puede desconocerse el derecho de los parlamentarios a pedir la división de una votación puesto que esa es una competencia cuya titularidad reside exclusivamente en los Senadores y Diputados y de la cual carece el Presidente de la República. Es una competencia que si se cuestionara, por ejemplo, bajo la tesis de la ley pantalla, se dañaría el proceso de deliberación democrática. Al restarle flexibilidad al debate legislativo, lo que facilita la búsqueda de consensos y acuerdos;

36°. Que, en el presente caso, la infracción alegada corresponde a un posible vicio de forma, sobre las preceptos constitucionales referidos a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, que tendría como resultado una norma que, de ser refrendada por la Cámara revisora, contravendría la regulación constitucional que prohíbe al Congreso Nacional aumentar el gasto público propuesto por aquél (artículo 65 de la Constitución Política).

Si el Congreso despachara la norma tal cual la aprobó el Senado, entonces el Ejecutivo podría escoger entre formular un veto aditivo o sustitutivo o plantear un requerimiento ante el Tribunal Constitucional a la luz de lo dispuesto por el artículo 65, inciso final, de la Constitución. Esta última opción puede ser también realizada si el veto no cumple su propósito al insistir el Congreso en su criterio.

El Presidente también podría, en última instancia, recurrir a la facultad contemplada en el artículo 67, inciso final, de la Constitución reduciendo proporcionalmente los gastos en relación a los recursos contemplados en el proyecto de ley. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si perdiera un eventual requerimiento ante el Tribunal;

37°. Que, en razón de lo expuesto, no se encuentra en discusión la iniciativa exclusiva del Presidente de la República consagrada en la Constitución Política, sobre la cual existe jurisprudencia consistente de esta Magistratura.

Como se ha dicho, el Tribunal no es un órgano consultivo, sino jurisdiccional, que sólo debe actuar una vez que se ha concretado irreversiblemente un vicio de procedimiento que contravenga lo dispuesto por la Constitución, o sea, en casos como el *sub lite*, una vez que se ha concluido el proceso legislativo;

38°. Que la prohibición del artículo 65, inciso final, se refiere inequívocamente al Congreso Nacional y no a una de sus Cámaras o comisiones legislativas. Tal precepto señala: “*el Congreso Nacional sólo podrá...*”. Dicho artículo alude al Congreso Nacional, lo que da cuenta de que sólo se entenderá configurado el vicio una vez que ambas cámaras se hayan pronunciado, lo que no ha ocurrido en autos.

No es posible invocar un resultado provisional como si fuese definitivo. En el presente caso, como lo han expresado públicamente varios Ministros del Gobierno, existe voluntad de buscar acuerdos en la Cámara de Diputados, es decir, están contestes respecto del carácter provisorio de la norma aprobada por el Senado;

39°. Que, ahora bien, el proyecto de ley en cuestión está en plena elaboración. Recién ha pasado a la Cámara revisora en segundo trámite constitucional. Faltan además un eventual tercer trámite en el Senado, una posible comisión mixta y eventual veto presidencial, etapas en las cuales podría corregirse el efecto inconstitucional alegado por el Ejecutivo;

40°. Que, en consecuencia, en el caso *sub lite* no se ha consumado una cuestión de constitucionalidad propiamente tal que habilite una intervención de esta Magistratura, por lo cual el requerimiento interpuesto a fojas 1 debió ser rechazado.

Los Ministros Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino estuvieron por rechazar el requerimiento y considerar que el Senado no había incurrido en ningún vicio de constitucionalidad, por las razones que se indican a continuación:

1°. Que, sin perjuicio de que estos Ministros sostienen que el eventual vicio que alega el Ejecutivo en su requerimiento no se perfeccionó, pues no se consolidó, consideran que no existe vicio alguno en la materia;

2°. Que, para sostener lo anterior, dividiremos nuestra disidencia en dos partes. En la primera, explicitaremos los criterios interpretativos que guiarán nuestra decisión. En la segunda, sostendremos que no existen vicios reprochables a lo sucedido en el Senado;

CRITERIOS INTERPRETATIVOS

3°. Que, para resolver adecuadamente la presente cuestión de constitucionalidad, queremos explicitar los criterios de interpretación que utili-

zaremos en nuestro razonamiento. Si bien algunos de ellos fueron explicitados en la otra disidencia que estos tres Ministros suscriben, queremos reiterarlos aquí para mantener la coherencia y sistematicidad expositiva de nuestra argumentación;

4°. Que, en primer lugar, la potestad legislativa es del Congreso Nacional. Si bien el Presidente de la República concurre a la formación de las leyes (artículo 32, N^º 1, Constitución), la facultad de aprobar o rechazar o modificar los proyectos de ley, cualquiera sea su origen, es del Congreso Nacional. Una cosa es la iniciativa exclusiva para proponer algunos proyectos de ley al Congreso, y otra la de emitir un pronunciamiento positivo, negativo o modificativo sobre los mismos. Mientras el Presidente puede proponer proyectos de ley, el que los vota es el Congreso. Los Ministros pueden concurrir a las sesiones de la Cámara o del Senado y tomar parte en sus debates, con preferencia para hacer uso de la palabra, pero sin derecho a voto (artículo 37, Constitución). Quienes votan, por tanto, no son ni los Ministros ni el Presidente de la República, sino únicamente los parlamentarios. Son ellos los que aprueban o rechazan todos los proyectos de ley, incluidos los que propone el Presidente de la República, haciendo uso de su iniciativa exclusiva;

5°. Que, en segundo lugar, el Congreso tiene plenas facultades para aprobar, rechazar o modificar los proyectos de ley. Por excepción, la Constitución limita esas facultades. Así sucede con la Ley de Presupuestos y con las materias que sean de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. En estos asuntos, el Congreso tiene menos facultades. Mientras para la mayoría de los proyectos puede aceptar o rechazar, disminuir o aumentar lo que se discute, en estas materias el Congreso, si bien mantiene la facultad de aumentar, rechazar o disminuir lo propuesto por el Presidente, carece de la facultad de aumentar el gasto o los beneficios (artículo 65, inciso final, artículo 67, inciso segundo, de la Constitución).

Sin embargo, como son excepciones a la regla general, deben interpretarse restrictivamente. Tal como lo ha dicho esta Magistratura, *“la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de ley constituye una excepción a dicha regla general, configurando una prohibición para los parlamentarios que, en cuanto tal, sólo puede ser interpretada restrictivamente. Si así no se entendiera, podría llegar a desvirtuarse del todo la función principal del Congreso Nacional y el ejercicio de la soberanía que se cumple a través de él”* (STC Rol N^º 786);

6°. Que, en tercer lugar, las relaciones entre el Ejecutivo y el Congreso deben ser interpretadas a la luz del principio de corrección funcional, es decir, se debe respetar el equilibrio diseñado por la Constitución en el sistema de frenos y contrapesos entre ambos órganos del Estado, de modo que nadie tenga más facultades que las que el ordenamiento jurídico le otorga (STC Rol N^º 1.867). En tal sentido, el Ejecutivo tiene la ini-

ciativa exclusiva, pero al Congreso le corresponde aprobar los proyectos. Esta no es una función menor ni carente de significado. Ambas cámaras, con las mayorías respectivas, deben pronunciarse favorablemente para que un proyecto de ley se transforme en ley de la República (STC Rol N° 1.867);

7°. Que, en este sentido, es importante señalar que en 1997, en la sentencia Rol N° 254, resolviendo un requerimiento contra un decreto supremo, iniciado por un grupo de senadores, entre los que se encontraba el actual Presidente de la República, esta Magistratura, sobre la base de una interpretación flexible, racional y lógica, permitió que el Ejecutivo pudiera modificar la Ley de Presupuestos por decreto. Para la ejecución del presupuesto, dijo este Tribunal, el Presidente debe tener todas las potestades indispensables para llevarlo a cabo, para que el presupuesto cumpla su objetivo final de satisfacer gran parte de las necesidades públicas y pueda ser un instrumento efectivo de política fiscal, que baraja las variables de ingreso y gasto público;

8°. Que el presupuesto tiene tres etapas claramente diferenciadas: la de preparación, la de aprobación y la de ejecución. La primera ocurre dentro del Ejecutivo y culmina con el envío al Congreso del proyecto de ley de Presupuestos. La etapa de aprobación es aquella que ocurre en el Congreso Nacional. La tercera etapa es aquella que comienza con la publicación en el Diario Oficial de un resumen de la Ley de Presupuestos; consiste en la percepción o recaudación de los ingresos y en la materialización del gasto previsto en ella (STC Rol N° 1.867).

Como se observa, el Ejecutivo tiene claro predominio en dos de estas etapas: la de preparación y la de ejecución.

Ahora bien, en 1997, esta Magistratura le entregó un poder al Presidente de la República (el de modificar el presupuesto por decreto), considerando que estábamos en presencia de la ejecución presupuestaria.

Sin embargo, en la presente cuestión, lo que está en juego es el ejercicio de una facultad propiamente legislativa: la de aprobar o rechazar los proyectos de ley;

9°. Que este Tribunal no puede, entonces, obviar este precedente, pues implicó entregarle un poder al Ejecutivo durante la ejecución del presupuesto. Por lo mismo, dar otro paso más en ese mismo sentido, esta vez en materia de gasto público, nuevamente sobre la base de una interpretación, significa desbalancear nuestro sistema de equilibrios de atribuciones que diseña la Constitución. Mientras la ejecución del presupuesto está en la esfera del Presidente de la República, pues a él corresponde *“cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley”* (artículo 32, N° 20, Constitución), la de aprobar o rechazar un gasto está en la esfera de atribuciones del Congreso, por mucho que ese gasto haya sido propuesto por el Presidente;

10°. Que, en cuarto lugar, la interpretación de la Constitución en materia de potestades financieras no puede realizarse estáticamente y descontextualizada de la realidad en que opera (STC Rol N^º 1.867).

En efecto, los motivos que tuvo el constituyente para restar potestades al Congreso en 1943, en 1970 y en 1980, deben ser revisados en el año 2011, pues el país y el contexto constitucional han cambiado.

En 2011, tenemos una población que supera los 16 millones de habitantes; tenemos un PGB por sobre los 250 mil millones de dólares y un ingreso per cápita de 15.800 dólares. Nuestro presupuesto supera los 50 mil millones de dólares. El precio del cobre, una de las bases para determinar el presupuesto, se acerca al promedio más alto de la historia de Chile, que fue de 3,83 dólares por libra en 1850. Las cifras oficiales indican que los ingresos tributarios serán superiores a los 18 mil millones de dólares, estimándose un superávit superior a los 3 mil millones de dólares. El peso del Estado en la economía se acerca a un 23% del PIB. El gasto público, contenido en el presupuesto de la Nación, entre 1991 y 2010, ha crecido a una cifra promedio de sobre el 6% anual;

11°. Que el contexto constitucional también es distinto. Por de pronto, el sistema previsional es básicamente privado, no público. Los fondos de pensiones, administrados por las AFP, superaron los 157 mil millones de dólares. Por lo mismo, las pensiones se definen entre privados. Y respecto del sistema antiguo de pensiones, éstas se entregan por decreto y no por ley. De hecho, cerca de la mitad de las leyes que se dictaban bajo la Constitución del 25, tenía que ver con pensiones y seguridad social. Enseguida, hoy existe un presupuesto de todo el sector público. En el pasado, los presupuestos de los servicios descentralizados no estaban incorporados en el presupuesto nacional. Además, la regla general era que la modificación del presupuesto se hiciera por ley, no por decreto, como es en la actualidad. Asimismo, la Constitución diseña una serie de mecanismos destinados a evitar lo más posible el déficit fiscal. Por ejemplo, el Presidente tiene la facultad de rebajar el nuevo gasto contenido en un proyecto de ley, si la fuente de recursos otorgada por el Congreso es insuficiente (artículo 67 constitucional, inciso final);

12°. Que, producto del robustecimiento de la iniciativa exclusiva del Presidente en materia de gasto, ya no es en el Congreso en quien radica la amenaza de un mayor gasto; no tiene iniciativa para eso. El que propone los mayores gastos es el Presidente de la República.

En un contexto de abundancia de recursos públicos, el contrabalance que pueda ejercer el Congreso frente a una agresiva política de gasto fiscal del Ejecutivo, se torna central.

La diferencia, entonces, entre 1943, 1970 y 1980, con el año 2011, radica no en el poder del Congreso para incidir en un mayor gasto, sino en el del Ejecutivo. La amenaza al uso eficiente y focalizado del gasto ya no

son los parlamentarios. El Presidente tiene una serie de incentivos para gastar más, en un contexto de bonanza económica.

De ahí que no pueda seguir interpretándose la iniciativa exclusiva como un freno al ejercicio legítimo de potestades del Congreso, y no al Ejecutivo, en circunstancias que corresponde justamente a este órgano colegiado aprobar o rechazar los proyectos de ley;

13°. Que un último criterio de interpretación radica en que la tramitación de los proyectos de ley tiene tres niveles de regulaciones. Uno lo diseña la Constitución (artículos 65 y siguientes). Otro nivel se lo encarga la Constitución a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso (artículos 55, inciso final, y 74, inciso segundo). El tercer nivel lo abordan los reglamentos de cada cámara, a los que, por mandato de la Ley Orgánica del Congreso, les corresponde regular el funcionamiento interno de las Corporaciones (artículo 4°, Ley Nº 18.918).

El asunto no es menor, porque, por una parte, la facultad de dividir un proyecto de ley al momento de votarlo, no está regulada ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Congreso, sino que en el reglamento de cada corporación. Por la otra, porque este Tribunal considera que no puede conocer de la inconstitucionalidad de reglamentos (STC Rol Nº 1.216) y su infracción no genera una cuestión de constitucionalidad (STC Rol Nº 1.216);

NO HUBO INCONSTITUCIONALIDAD EN LA DIVISIÓN DE LA VOTACIÓN

14°. Que, luego de sentados dichos principios interpretativos, estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto y demostrar cómo en este caso no se vulneró ninguna norma constitucional;

1. Los proyectos se pueden dividir para su votación.

15°. Que, en este sentido, en primer lugar, cabe señalar que la división de la votación que se produjo en el seno de las Comisiones Unidas de Trabajo y de Salud del Senado, es plenamente legítima. Ello se demuestra por lo siguiente.

Por de pronto, en que dicho mecanismo existe desde muy antiguo en los reglamentos que regulan la Cámara y el Senado. De hecho, el entonces Senador Longueira, una vez que se aprobó por las Comisiones Unidas la división del inciso primero del nuevo artículo 197 bis, pidió y obtuvo el respaldo de las Comisiones para la votación separada de todos los incisos y oraciones de incisos del proyecto (fjs. 295). Ello revela que es una práctica usada y reconocida en el Congreso Nacional.

Enseguida, porque la Constitución no aborda de modo expreso la división de los proyectos para su votación. Tampoco lo hace la Ley Orgánica del Congreso de modo general. Su propósito es facilitar la votación de organismos colegiados, dotados de la facultad de aprobar, rechazar o modificar proyectos de ley.

También cabe anotar que la facultad de dividir una votación es el complemento indispensable de la facultad de aprobar o rechazar los proyectos de ley. Precisamente, porque los parlamentarios tienen esta facultad mayor, poseen esa facultad menor de dividir;

A continuación, cabe resaltar que la Ley Orgánica del Congreso sólo restringe la divisibilidad en casos excepcionales. Estos son los siguientes. Primero, respecto de las votaciones en general, en que el proyecto debe ser admitido o desechado en su totalidad (artículo 23, inciso segundo); segundo, los informes de las comisiones mixtas, que no pueden ser objeto de indicaciones y se votan en conjunto (artículo 31); tercero, respecto de cada observación que formule el Presidente de la República en un veto, que debe ser aprobada o rechazada en su totalidad, sin que quepa dividir la votación para aprobar o rechazar sólo una parte (artículo 35); y, finalmente, respecto de los tratados, que deben ser aprobados o rechazados en votación única (artículo 59). En todos los demás casos, es perfectamente posible la división de la votación de un proyecto de ley.

16°. Que, asimismo, este Tribunal ha obligado a dividir votaciones para preservar otros bienes jurídicos. Así, ha considerado que, a pesar de lo señalado en el texto de la Ley Orgánica del Congreso, los informes de la Comisión Mixta deben ser divididos en su votación para efectos de garantizar el quórum de aprobación de sus normas, obligando a separar las disposiciones según su naturaleza y sus respectivas votaciones. El Tribunal consideró que ello era necesario porque había un bien jurídico superior que era necesario preservar: la excepcionalidad de las leyes orgánicas. Ello se afectaba si se votaba el informe de la Comisión Mixta como un todo, en bloque, exigiendo un quórum mayor a las normas que no lo tienen. Expresamente señaló: *“Por consiguiente, la única forma de hacer una interpretación sistemática de las dos normas constitucionales en juego es entender que el informe de la Comisión Mixta debe aprobarse en votación separada según la índole de los preceptos propuestos, aplicando el quórum propio de ley orgánica constitucional sólo a las normas que efectivamente revisten dicho carácter (en este caso, el artículo 2° del proyecto), en tanto que a las demás debió entenderse las aprobadas con el quórum de ley común”* (STC Rol N^º 1.410).

El punto anterior es relevante porque, en este caso, la votación se dividió para el ejercicio de una facultad reconocida en la Constitución al Congreso: la de aprobar o rechazar un proyecto de ley. Hay un bien jurídico superior que lo explique y justifique;

2. No hubo indicación.

17°. Que, en segundo lugar, no hubo indicación de ninguna naturaleza destinada a aumentar el gasto. Sólo hubo una división de la votación.

Recordemos que indicación es una proposición mediante la cual se insta por una adición, supresión, modificación o corrección de cualquier naturaleza (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, tomo VII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 122).

En el mismo sentido se ha expresado esta Magistratura, para quien la indicación es una adición o corrección que los órganos colegisladores pueden introducir a un proyecto de ley durante su tramitación (STC roles N^{os} 259, 719, 786).

Tampoco cabe la división de la votación en el concepto amplio de indicación que el artículo 131 del Reglamento del Senado establece, en relación a las indicaciones que pueden formularse durante las discusiones de los proyectos;

18°. Que el origen del conflicto constitucional que esta Magistratura debe resolver, se originó en la votación separada o dividida que se produjo en las Comisiones Unidas de Trabajo y Salud del H. Senado. Ahí, el Senador Rossi, haciendo uso de una facultad reglamentaria, solicitó la votación separada del inciso primero del nuevo artículo 197 bis que se incorpora al Código del Trabajo (fjs. 291). Dicha petición fue declarada admisible por la Presidenta de las Comisiones Unidas, senadora Rincón (fjs. 292). Tal decisión fue respaldada por la votación favorable a esa divisibilidad que manifestaron los senadores integrantes de dichas comisiones, por cinco votos a tres (fjs. 294).

Luego de esta votación, el entonces H. Senador Pablo Longueira pidió votación separada para todos los incisos y oraciones de incisos del proyecto, procediendo la Comisión en tal sentido (fjs. 295).

A consecuencia de la división acordada por la Comisión, resultaron aprobadas ciertas disposiciones y rechazadas otras.

El Gobierno manifestó su aprensión respecto de la división de la votación y de su resultado, alegando que se afectaba la iniciativa exclusiva del Ejecutivo en materias de ley que tengan que ver con el gasto público y con la seguridad social;

19°. Que, en consecuencia, de lo que se acaba de relatar, salta a la vista que no hubo indicación de ninguna naturaleza de los parlamentarios;

3. Lo que hubo fue un rechazo parcial.

20°. Que, en tercer lugar, si no hubo indicación, cabe preguntarse qué es lo que se produjo, entonces. La respuesta es que lo que hubo en las Co-

misiones Unidas fue el rechazo de una parte del proyecto, a consecuencia de dicha división.

Al respecto, cabe señalar que “el rechazo” es parte de las atribuciones que la Constitución le reconoce al Congreso Nacional respecto de las materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente. El inciso final del artículo 65 dice que el Congreso Nacional tiene tres alternativas frente a esas materias: “aceptar, disminuir o rechazar”.

Aquí se produjo un rechazo, porque la mayoría de las comisiones unidas estuvo por aprobar ciertas normas propuestas, y no otras;

21°. Que el rechazo parcial de un proyecto de ley que comprenda materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, es perfectamente posible;

22°. Que, en primer lugar, lo es porque la Constitución no distingue cuando otorga la facultad al Congreso. Las facultades que éste tiene comprenden la de aceptar o rechazar, de modo total o parcial, lo que se le someta.

En segundo lugar, porque la Constitución reconoce que el Congreso puede rechazar todo un proyecto en general, en cuyo caso no puede renovarse sino después de un año (artículo 68). Si puede, en consecuencia, rechazarlo en su globalidad, creemos que puede perfectamente aprobarlo parcialmente.

En tercer lugar, porque la Constitución permite que el Congreso pueda disminuir lo propuesto por el Presidente. La disminución es una forma de rechazo parcial a un proyecto.

En cuarto lugar, porque si lo que se restringe es la facultad de aumentar, al establecerse sólo la de disminuir, recobran plenitud las otras facultades que la Constitución entrega al Congreso Nacional. Es decir, la de aprobar o rechazar total o parcialmente un proyecto de ley.

En quinto lugar, porque no pueden interpretarse las facultades del Congreso a la luz de las facultades del Presidente de la República de iniciativa exclusiva sobre ciertas materias de ley. Es de la esencia de un órgano deliberativo, decisorio y de alta representatividad, pronunciarse en plenitud respecto de lo que se somete a su consideración. Nuestro régimen político es representativo (artículo 5°, Constitución). Por lo mismo, el Congreso actúa como un órgano representante de la soberanía popular al aprobar o rechazar las iniciativas que se someten a su consideración.

Por tanto, una facultad es la de tener el monopolio para presentar ciertos asuntos de ley a discusión del Congreso, y otra es la garantía de la aprobación de la iniciativa tal cual se presentó. Así como la iniciativa exclusiva implica la prohibición para el Congreso de proponer estas materias para ser discutidas, la facultad de aprobación o rechazo que tiene el Congreso excluye al Ejecutivo de esa materia, porque es un asunto que cae en la esfera de atribuciones propias del Congreso;

4. No se buscó aumentar el gasto.

23°. Que, por otra parte, el requerimiento sostiene que la división de la votación trajo como consecuencia la aprobación de un texto que no indica la fuente de los recursos necesarios y que produce mayor gasto;

24°. Que, para responder a ese cuestionamiento, cabe sostener, en primer lugar, que es importante precisar cuál fue la intención de los parlamentarios cuando se propuso la división de la votación en las Comisiones Unidas de Trabajo y de Salud. Dicha intención nos revela lo que quisieron hacer al rechazar parcialmente el proyecto;

25. Que, en el seno de estas Comisiones, se encuentran las siguientes razones.

Por de pronto, el argumento de la discriminación. Se sostuvo que el proyecto, tal como estaba formulado, generaba una discriminación entre las madres trabajadoras en relación al monto de los subsidios, pues se castiga a las madres de clase media (Senador Rossi, fjs. 292; Senador Ruiz-Esquide, fjs. 294).

Enseguida, se sostuvo que el subsidio que paga el Estado a la madre que hace uso del post natal es un derecho propio de la seguridad social, cuyo monto está asociado al monto de la remuneración imponible. En tal sentido, el proyecto es un retroceso para el post natal adicional (Senadora Rincón, fjs. 298).

No se trató, en consecuencia, de un rechazo caprichoso o mezquino; se hizo fundándolo en la protección de los derechos que se consideraban amagados;

26°. Que, en la Sala del Senado, cuando se discutió el proyecto, se insistió en el argumento de la discriminación. Se sostuvo que el proyecto ampliaba el plazo de post natal, pero entregaba menos beneficios que el sistema actual (Senadores Rossi, Escalona, Gómez, Lagos, Girardi, Zaldívar, Quintana, Muñoz Aburto, Ruiz-Esquide y Senadoras Rincón y Allende). Por lo mismo, se sostuvo, el beneficio debiera extenderse a todas las mujeres (Senadoras Rincón, Allende, Alvear y Senadores Rossi, Girardi, Letelier y Walker);

27°. Que en ninguna parte se aprecia una intención distinta de la señalada. Los Senadores entendían que lo que estaban haciendo era rechazar una parte del proyecto, no aumentar el gasto. En ese sentido, se manifestaron expresamente el Senador Gómez en las Comisiones Unidas (fjs. 293) y el Senador Lagos en la Sala del Senado. Este último sostuvo: *“nosotros no aumentamos el tope de 30 UF: nosotros lo rechazamos”*;

28°. Que todo lo anterior es importante por la doctrina de este Tribunal respecto del efecto central y del efecto colateral que debe guiar el análisis de una iniciativa que pueda implicar gasto.

Dicho test fue establecido en la sentencia Rol N° 786. Conforme a ella, hay que hacer un distingo: uno es el efecto central de una indicación y

otro es el efecto colateral que pueda implicar. Cuando el efecto central no busca el mayor gasto público, pero el efecto colateral es que sí lo produce, no hay ninguna inconstitucionalidad;

29º. Que, en el caso particular, lo que se buscó fue ejercer una atribución legítima del Congreso y consustancial a él como órgano deliberativo, soberano y representativo, que es rechazar parcialmente un proyecto de ley. Ese es el efecto central;

30º. Que, en segundo lugar, en relación a que no se habría indicado la fuente de los recursos, toda vez que se eliminó la referencia al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía, cabe señalar lo siguiente;

31º. Que el Fondo señalado se encuentra regulado en el D.F.L. N^º 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Se trata de un fondo financiado exclusivamente por recursos fiscales, que se fijan en la Ley de Presupuestos (artículo 21). Se destina exclusivamente al pago de los beneficios del sistema (artículo 22). Su administración corresponde a la Superintendencia de Seguridad Social (artículo 26);

32º. Que la Constitución exige que todo nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación debe indicar “*las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto*” (artículo 67, inciso cuarto). De ahí que, por una parte, la Ley Orgánica del Congreso exija lo que se conoce como el “*informe financiero*”, donde debe explicarse el gasto, la fuente de los recursos y su monto (artículo 14). Por la otra, la Comisión de Hacienda de cada cámara debe indicar en su informe la fuente de los recursos reales y efectivos con que se propone atender el gasto que significa el respectivo proyecto (artículo 17);

33º. Que la supresión de la referencia al Fondo no implicó vulnerar la norma de indicar la fuente de los recursos necesarios para atender el gasto.

En primer lugar, porque el proyecto que fue despachado al Senado, contiene un artículo cuarto, que indica que el mayor gasto fiscal que represente la ley durante el año 2011, será financiado con cargo a los recursos de la Partida Presupuestaria del Tesoro Público de la Ley de Presupuestos del sector público vigente. Tiene el proyecto, por tanto, una fuente genérica: la Ley de Presupuestos.

En segundo lugar, porque tiene una fuente específica. En efecto, la referencia que hacía el proyecto al Fondo no era necesaria, dado que la Ley N^º 18.418, del año 1985, estableció que el pago de los subsidios que se otorguen por reposos maternales y permiso por enfermedad del hijo menor de un año, son de cargo del Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía. Por lo mismo, el pago de estos subsidios se hace con cargo a este Fondo porque así lo ordena la Ley N^º 18.418. El proyecto sólo reiteraba lo anterior.

En tercer lugar, porque las normas del proyecto de ley que quedaron subsistentes en el artículo 197 bis, remiten al artículo 198 que se incorpora al Código del Trabajo. Este, a su vez, convoca al D.F.L. N° 44 de 1978, que establece normas comunes para subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado. Y este D.F.L. remite al D.F.L. N° 150, que norma el Fondo Único de Prestaciones. Tanto es así, que el artículo 2° del proyecto modifica el D.F.L. N° 44 para incorporar al artículo 197 bis en su texto;

34°. Que, por tanto, el proyecto no sólo alude a una fuente genérica de financiamiento (la Ley de Presupuestos) sino también a una fuente específica, el Fondo Único de Prestaciones;

35°. Que, en tercer lugar, en relación al eventual mayor gasto que el rechazo parcial del proyecto habría significado, cabe señalar lo siguiente.

Desde luego, de acuerdo al D.F.L. N° 150 recién citado, el Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía opera sobre la base de un programa anual que es aprobado por decreto supremo del Ministerio de Hacienda y del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. En dicho programa se contiene el presupuesto de ingresos y gastos y debe consultar las reservas presupuestarias que se estimen necesarias (artículo 23, D.F.L. N° 150/1981, Trabajo). Para tal efecto, todas las instituciones pagadoras del beneficio deben preparar presupuestos y programas particulares (artículo 24, D.F.L. N° 150/1981, Trabajo). Por lo tanto, el presupuesto del Fondo se determina por un decreto del Ministerio de Hacienda.

La autoridad financiera, en consecuencia, tiene la facultad para programar dicho gasto;

36°. Que, enseguida, el monto del subsidio por concepto del permiso postnatal parental, que es lo que genera el gasto público, no lo regula la norma en cuestión (artículo 197 bis) sino el artículo 198, aprobado sin modificaciones por el H. Senado, y no impugnado en estos autos.

En efecto, el artículo 197 bis señala que *“la mujer o el padre trabajador que se encuentre haciendo uso de este permiso recibirá el subsidio mencionado en el artículo 198”*.

A su vez, el artículo 198 regula la forma de calcular el subsidio para el post natal tradicional y para el post natal parental. Ambos se calculan *“conforme a lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, y en el artículo 197 bis, del cual se deducirán las impositivas de previsión y descuentos legales que correspondan”*.

Ello marca una diferencia con el artículo 198 vigente del Código del Trabajo, que es reemplazado, el cual establece que el monto del subsidio para el cálculo del permiso post natal general es *“equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba...”*;

37°. Que, como se observa, el artículo 198 del proyecto –tal como ingresó al Senado y como salió de él– establece dos disposiciones legales

para definir el monto del subsidio. Una es el D.F.L. N^º 44 y otro es el artículo 197 bis.

El D.F.L. N^º 44, en su artículo 8^º, señala que la base de cálculo para determinar el monto del subsidio será *“una cantidad equivalente al promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio, o de ambos, que se haya devengado en los tres meses calendarios más próximos al mes en que se inicia la licencia”*.

Sin embargo, el problema ocurre respecto a la remisión al artículo 197 bis que contiene el artículo 198, pues producto del rechazo parcial ocurrido en el Senado, la referencia que hace dicho artículo 198 al artículo 197 bis, que se desea incorporar al Código del Trabajo, quedó sin sentido.

En el artículo 197 bis, efectivamente, se establecía que la base de cálculo del subsidio que origina el permiso post natal parental, *“no podrá exceder a la cantidad equivalente a 30 unidades de fomento”*. Pero esta oración desapareció;

38º. Que la consecuencia de lo anterior no es que se genere automáticamente un mayor gasto. Una lectura apresurada de sólo el artículo 197 bis, podría permitir una conclusión en tal sentido. Si se eliminó el tope para dicho cálculo, el subsidio carece de él.

Sin embargo, el artículo 197 bis nunca estableció las remuneraciones bases para calcular el subsidio. Eso lo hizo siempre el artículo 198. Esa es la norma que establece el pago del subsidio.

Al desaparecer en el artículo 197 bis un referente central para el cálculo del subsidio, la consecuencia no es que este quedó sin tope y que, por tanto, se aumentó el gasto, sino que el artículo 198 no se puede aplicar;

39º. Que, en efecto, el artículo 198 se estructura sobre la base de la integración de dos normas: el D.F.L. N^º 44 y el referente suprimido en el artículo 197 bis. Al desaparecer este referente, la norma del artículo 198 queda con un vacío normativo que la hace inoperante.

El punto es central, porque no estamos analizando una ley vigente, donde la rigidez de sus preceptos obliga a seguir ciertas reglas de interpretación para llenar sus lagunas o vacíos. Aquí, en cambio, estamos examinando un proyecto de ley, que puede ser perfectamente corregido a fin de no generar ese vacío o inconsistencia. Dicho de otra forma, las lagunas o incoherencias de los proyectos de ley no deben ser llenados o integrados con otras normas, sino que salvados o corregidos durante el procedimiento legislativo. Los proyectos de ley deben procurar no tener vacíos o inconsistencias; las leyes, por el contrario, como ya están aprobadas, no pueden ser corregidas, sino que interpretadas.

El artículo 198 supone un factor en el artículo 197 bis, que ya no está. Por lo mismo, no se puede aplicar respecto del subsidio por permiso del post natal parental;

40º. Que, por tanto, el artículo 197 bis no genera un mayor gasto. El gasto lo establece el artículo 198, que se incorpora, al cual se remite

el artículo 197 bis. Pero el artículo 198 no se puede aplicar respecto del subsidio por permiso post natal, porque le falta un elemento para su base de cálculo, producto del rechazo parcial habido en el trámite del proyecto en el Senado. Se trata de una norma con un vacío, porque la falta un supuesto para hacerla operativa;

41°. Que, así las cosas, nunca se materializará un eventual mayor gasto, pues la norma tal como quedó despachada por el Senado, no puede producir efectos, al estar incompleta;

42°. Que, por todas estas razones, estos disidentes son partidarios de rechazar el presente requerimiento, pues no se constata el vicio que se alega.

Redactaron la sentencia los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado, la prevención los Ministros que la suscriben y las disidencias los Ministros señores José Antonio Viera-Gallo Quesney y sus autores respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol Nº 2.025-2011

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

ROL N^º 2.026-2011REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXPRESIÓN “Y C)”
COMPRENDIDA EN LA PARTE FINAL DEL ARTÍCULO 256
DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR
LAURA MUÑOZ ARAMAYONA

Santiago, catorce de agosto de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 21 de junio de 2011, Laura Muñoz Aramayona, por sí y en representación de la sociedad Laura Muñoz Aramayona y Compañía, ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la expresión “y c)” del artículo 256 del Código Procesal Penal, incorporado en el Párrafo 7^º, Título I, Libro II, de dicho cuerpo legal, relativo a la conclusión de la investigación.

El artículo que contiene el precepto impugnado dispone:

“Artículo 256. Facultades del juez respecto del sobreseimiento. El juez de garantía, al término de la audiencia a que se refiere el artículo 249, se pronunciará sobre la solicitud de sobreseimiento planteada por el fiscal. Podrá acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla, si no la considerare procedente. En este último caso, dejará a salvo las atribuciones del ministerio público contempladas en las letras b) y c) del artículo 248”.

Refiriéndose a los hechos que fundan su acción, señala que conforme a la doctrina y a lo resuelto por este Tribunal, viene en formular una cuestión de constitucionalidad, en el marco de la aplicación de una norma a un caso concreto. En este orden de ideas, expone que la gestión invocada es un proceso penal en el cual las requirentes son querellantes, en contra de dos de los hijos de la actora, doña Laura Muñoz Aramayona, por el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicios de terceros.

Explica que en el año 1990 constituyó, junto a otros socios, la sociedad que representa, cuyo patrimonio ha sido formado por varios bienes inmuebles de su propiedad que ha ido aportando, llegando a conformar un capital social de más de seis mil millones de pesos, que incluía cuarenta y siete inmuebles, entre ellos, los arrendados a una cadena de supermercados.

Agrega que, al momento de consumarse el delito, era dueña del 52% de los derechos sociales y el resto era de sus tres hijos en partes iguales, que la representación de la sociedad le correspondía a ella y que nominalmente tenían también facultades de administración dos de los otros socios actuando conjuntamente, a efectos de poder tomar decisiones cuando estuviera ausente.

Señala que, encontrándose fuera del país junto a su hija, en diciembre del año 1990, los dos querellados, en su calidad de socios y representando a la sociedad, concurren a la celebración de otro contrato de sociedad, aportando cada uno de ellos el 0,1% del capital social y la sociedad requirente de inaplicabilidad, el 99,8% equivalente a todo su patrimonio inmobiliario, procediendo a establecer que la nueva sociedad sería administrada por dos socios actuando conjuntamente.

Precisa que de esta forma los querellados despojaron a la sociedad requirente de sus bienes, la privaron a ella como persona natural de toda facultad de administración y aumentaron de manera ilícita su participación en las utilidades derivadas de la administración de los inmuebles, subiendo su porcentaje en las utilidades, en uno que a fojas tres se señala, que es proporcionalmente bajo, pero que en los montos globales “no resulta insignificante”, forjando así una apariencia contractual para apropiarse de los ingresos de “Laura Muñoz Aramayona y Compañía”, generándole el riesgo de caer en insolvencia por incumplir las obligaciones que tiene con ellos mismos.

Como consecuencia de lo anterior presentó querrela ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, acumulándose durante el transcurso de la investigación, antecedentes suficientes para dar por establecido la perpetración del delito tipificado en el artículo 471, Nº 2 del Código Penal.

Agrega que, aunque a esta Magistratura no le corresponde pronunciarse acerca del mérito de la investigación, ella consiguió acreditar la simulación y la celebración del contrato, mientras estaba fuera de Chile, y a cientos de kilómetros de la ciudad de Temuco, específicamente en la ciudad de Santiago, constatándose que la apariencia de la nueva sociedad permitió que figuren a nombre de ella los inmuebles, transferidos por medio de las respectivas inscripciones conservatorias practicadas por el Conservador de Bienes Raíces de Temuco, a pesar de lo cual la sociedad Laura Muñoz Aramayona y Compañía, ha continuado percibiendo las rentas de arrendamiento conforme a los contratos celebrados y que ha seguido pagando los dividendos hipotecarios y las contribuciones, por lo que la nueva y aparente propiedad carece de contenido real, ya que ni siquiera se han realizado en virtud de ella actos de conservación.

Expresa que también acreditó el perjuicio, según detalla a fojas seis, por lo cual solicitó al fiscal la formalización de la investigación en noviembre del año 2010, cuestión a la cual se proveyó que *“no ha lugar por ahora, a la espera de la realización de diligencias que se decretarán”*, tras lo cual, el 16 de marzo de 2011, estando pendiente el pronunciamiento del fiscal acerca de importantes diligencias que su parte solicitó, detalladas a fojas 7, el fiscal adjunto comunicó al Juzgado de Garantía el cierre de la investigación y solicitó el sobreseimiento definitivo, petición que además formuló el defensor de los imputados, dos días después.

Frente a dicha decisión, hizo uso, sin éxito, de dos mecanismos administrativos para provocar el control de la actividad del fiscal:

a) En primer lugar, dedujo una reclamación ante el fiscal regional, en conformidad al artículo 183 del Código Procesal Penal y a los artículos 32 y 44 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, para que se emitiera un instructivo particular y así se ordenara al fiscal a cargo la práctica de las diligencias en cuestión y posteriormente se formalizara la investigación. Esta solicitud fue rechazada, por el Fiscal Regional, basándose en que el fiscal adjunto tenía una distinta apreciación penal de los hechos, que fue formalmente aprobada por aquel. Esta valoración no se expresa por escrito, pero consiste en que el persecutor considera que los hechos corresponden a la figura de administración fraudulenta, no tipificada en el derecho chileno, cuestión que la requirente considera caprichosa.

b) En segundo lugar, y considerando lo anterior, ocurrió ante el juez de garantía, de conformidad a lo razonado por la jurisprudencia de este Tribunal, para solicitar que en virtud del artículo 186 del Código Procesal Penal se fijara un plazo para que el fiscal formalizara la investigación. Con fecha 17 de junio de 2011, dicha solicitud fue rechazada, razonando que este instituto se establece frente a la inactividad del fiscal, a fin de generar certeza jurídica a los intervinientes, cuestión que no ocurre en el caso, toda vez que se manifestó voluntad positiva de sobreseer.

Por tal razón, indica que existe un control jurisdiccional pendiente respecto de la arbitrariedad en el accionar del Ministerio Público, lo que deberá discutirse y resolverse, conjuntamente con la solicitud de sobreseimiento definitivo, en la audiencia decretada y que aún se encuentra pendiente. No obstante lo cual, expresa que el precepto impugnado, aunque el juez niegue lugar a la solicitud de sobreseer, deja a salvo la facultad del ente persecutor de no perseverar en la investigación, con el mismo efecto de hacer cesar el ejercicio de la acción a pesar de la voluntad manifestada por el querellante.

Así las cosas, considera vulnerado el derecho a una investigación racional y justa, el derecho de la víctima a ejercer la acción penal y el derecho a la tutela judicial efectiva, violando así los artículos 19, numeral 3^º, y 83, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Reforzando sus argumentos, hace presente lo razonado por este Tribunal en su sentencia Rol N^º 815, acerca de que la discrecionalidad en la no continuación de la investigación por el persecutor, sin ponerle término legalmente, vulnera la Carta Fundamental, para dar cuenta de que dicha tesis ha evolucionado hacia la “discrecionalidad no arbitraria” y controlada, aplicable al Ministerio Público, para lograr un equilibrio entre los derechos de la víctima y los poderes del fiscal, manifestación de lo cual es la facultad del Juzgado de Garantía de denegar la solicitud de sobreseer.

Agrega que el ejercicio de la acción por parte de la víctima es un derecho amparado por la Constitución, según esta Magistratura, y que la facultad de no perseverar no puede ser ejercida arbitrariamente, cuestión que resulta decisiva en este caso en la medida que el Ministerio Público desea sobreseer y si no se le permite podrá decidir no perseverar.

Con fecha 30 de junio de 2011, la Segunda Sala de este Tribunal acogió a tramitación la acción y suspendió el procedimiento en la gestión invocada.

A fojas 55 compareció el Ministerio Público y solicitó la declaración de inadmisibilidad del requerimiento planteado ante esta Magistratura, haciendo presente que en el nuevo proceso penal hay roles para el ofendido por el delito que derivan del diseño del sistema, en el que se han establecido diversos tipos de salidas que conviven con variadas modalidades de controles jurisdiccionales y administrativos.

Señala el órgano persecutor penal, que del requerimiento se constata que la actora ha usado los mecanismos de control que el ordenamiento procesal penal le otorga y que está pendiente el pronunciamiento de la solicitud de sobreseer, que se sujeta a control judicial de doble instancia. Expone que se plantea una cuestión hipotética sujeta a demasiadas variables, lo que transforma la acción en un reclamo abstracto, al pretenderse limitar las atribuciones del Ministerio Público, más aún cuando el cierre de la investigación, se encuentra sujeto al control jurisdiccional, conforme lo dispone el artículo 257 del Código Procesal Penal.

Expone que, sin perjuicio de lo alegado por la requirente de autos, es perfectamente aplicable el cierre de la investigación con decisión de no perseverar, según lo dispone el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, pues la norma no ha sido impugnada y la norma impugnada solo la reafirma. De lo cual deriva que no se está en presencia de un precepto legal dotado de autonomía y suficiencia, susceptible de producir un resultado sometido a control de inaplicabilidad, como lo razonó esta Magistratura en su sentencia Rol N° 1.212, de lo que se concluye que la inaplicabilidad formulada no puede tener efecto decisivo en la gestión invocada.

Los imputados, por medio de su abogado, comparecieron a fojas 63 y siguientes, exponiendo que existen otras acciones civiles referidas a los mismos hechos, relativas a designación de árbitro, simulación de contrato, indemnizaciones, acceso a información financiera, reparto de utilidades, designación de administrador, y disolución de la sociedad Laura Muñoz Aramayona y Compañía, según detalla a fojas 65 y siguientes.

A fojas 68 –precisan– que la requirente omite antecedentes relativos al endeudamiento que generó en la empresa, a la cláusula de arbitraje existente, a las operaciones de autocontratación que se verificaron, entre otras cosas, agregando que no se han repartido utilidades en 5 años, haciendo presente que todos los actos que cuestiona son legítimos. Agregan

que la requirente sólo pretende administrar la sociedad primitiva sin intervención ni opinión de los demás socios.

A mayor abundamiento, explican que el requerimiento de inaplicabilidad es puramente dilatorio, al haberse llegado a la convicción –después de la investigación– de que no estaría configurada una conducta delictiva, erigiéndose un nuevo obstáculo para sobreseer, por lo cual la acción sería inadmisibile y sólo busca entorpecer la disolución y liquidación de la sociedad Laura Muñoz Aramayona y Compañía por un árbitro, al punto que el abogado de la querellante llegó a pretender citar como imputados al abogado defensor y a dos colegas más de su estudio.

Del mismo modo, solicita la declaración de inadmisibilidad porque el precepto no se aplicará y si se aplica no sería decisivo, tornando inútil la eventual declaración de inaplicabilidad, la que tiene el carácter de abstracta, en el marco de una improbable e hipotética cadena de hechos. Señala que en la solicitud de reapertura la norma impugnada no tiene relevancia y solo tras ello se discutirá el sobreseimiento, cuyo pronunciamiento es perfectamente apelable. Así, se pretende que este Tribunal ejerza funciones de Juez de Garantía, de Corte de Apelaciones y de Ministerio Público en un control preventivo y disciplinario de dichos órganos, cuestión que sería del todo improcedente.

Agrega que se quiere privar al Ministerio Público de la facultad de no perseverar y que la declaración de inaplicabilidad no tendría efecto alguno ya que no se ve cómo podría evitarse que se ejerza la potestad exclusiva y excluyente de no perseverar en la investigación, que se manifiesta en un acto administrativo unilateral, en el cual el actor no tiene derecho alguno salvo presenciar dicha comunicación, según se señala a fojas 72.

Sostiene que existen mecanismos de control de la discrecionalidad no arbitraria, según los estándares fijados por este mismo Tribunal y que si el querellante no está conforme con lo obrado en la investigación ni con su sistema de control eso no significa que el Tribunal Constitucional tenga que revisar dicho procedimiento.

Concluye exponiendo que el requerimiento carece de fundamento plausible, reiterando lo ya afirmado, añadiendo que –incluso– la comunicación de la decisión de no perseverar es apelable y afirmando que estamos en presencia de un conflicto entre privados y no uno de tipo penal, solicitando finalmente la inadmisibilidad del requerimiento, con costas.

Con fecha 16 de agosto, en votación dividida, fue declarado admisible el requerimiento y posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

A fojas 220, el Ministerio Público evacuó el traslado conferido, reiterando los antecedentes de hecho de la gestión pendiente, reafirmando que lo impugnado no es un precepto legal y que no resulta decisivo en la

resolución de la gestión. Expone que se está en presencia de un control abstracto e hipotético, que conforme a la jurisprudencia de este Tribunal haría improcedente la acción de inaplicabilidad.

Señala que la expresión legal impugnada no produce efectos inconstitucionales, pues la contraria sostiene que la denegatoria de sobreseimiento se volvería estéril al quedar a salvo la facultad del Ministerio Público de no perseverar, lo que vulneraría su derecho a la acción. En cuanto a esta alegación, el órgano persecutor penal expone que el sobreseimiento y la facultad de no perseverar cubren espacios diferentes. El primero se refiere a si los hechos constituyen o no un ilícito penal. Y la segunda se asocia a la insuficiencia de elementos fundantes de una acusación.

Por otro lado, argumenta, que no se cuestiona la facultad de no perseverar de la letra c), del artículo 248 del Código Procesal Penal, sino sólo su subsistencia en un caso hipotético.

En cuanto a la constitucionalidad de esta forma de término de la indagación, indica que este Tribunal ha desestimado por motivos de fondo tres requerimientos de inaplicabilidad recaídos en el artículo 248, letra c), del cuerpo legal anteriormente citado (STC roles N^{os} 1.341, 1.394 y 1.404).

De esta manera, reitera, que por vía del artículo 248 del Código Procesal Penal, esta facultad subsiste y estima que lo que realmente se busca es impedir que el sobreseimiento se vuelva a discutir, cuestión que se ve reafirmada por el artículo 257 del mismo Código, que establece el mismo mecanismo en la reapertura de la investigación –el asunto pendiente– norma sobre la que no se formula reparo de inconstitucionalidad.

Expresa que el resultado de una eventual declaración de inaplicabilidad significaría que el artículo 256 del Código Procesal Penal, mantendría sus disposiciones en la parte que dispone que denegado el sobreseimiento el fiscal podría acusar si estima que hay fundamento serio para enjuiciar a las personas contra quienes se hubiere formalizado la investigación, lo que es acorde con el artículo 83 de la Constitución Política de la República, en tanto especifica que el ente persecutor tiene a su cargo la investigación en forma exclusiva y que podrá ejercer en su caso la acción penal, lo que tiene el mismo origen que el hecho de no perseverar: la existencia de una investigación y la apreciación que el fiscal hace de ella.

Finalmente, afirma que este caso es diferente al Rol N^o 815, pues en él se reprochaba que el fiscal no procedía ni a formalizar ni a poner término a la investigación, lo que no ocurre en la especie.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo de la acción.

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

Con fecha 15 de diciembre se realizó la vista de la causa, alegando los abogados de las partes. Con posterioridad se adoptó el acuerdo.

CONSIDERANDO:**I****EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL SOMETIDO
A CONOCIMIENTO DE ESTA MAGISTRATURA**

PRIMERO. Que el artículo 93, inciso primero, N^º 6^º, de la Constitución Política de la República, dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”. La misma norma constitucional dispone, en su inciso decimoprimer, que, en este caso, “*la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto*” y añade que “*corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley*”;

SEGUNDO. Que, de este modo, para que prospere la acción de inaplicabilidad es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación esté fundada razonablemente; y e) que se cumplan los demás requisitos legales;

TERCERO. Que, tal como se ha señalado en la parte expositiva, la gestión pendiente en la que tendrá efecto el presente pronunciamiento de inaplicabilidad consiste en el proceso penal por delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicios de terceros, RIT N^º 12.640, RUC N^º 1010013862 – 5, originado por querrela presentada ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago;

CUARTO. Que la acción de autos ha sido formulada por la querrelante en la gestión penal descrita en el considerando anterior, por lo que tiene la calidad de parte en el proceso pendiente en el que incidirá esta sentencia;

QUINTO. Que se ha solicitado un pronunciamiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la expresión “**y c)**”, comprendida en la parte final del artículo 256, del Código Procesal Penal.

El texto cuya inaplicabilidad se pretende reza de la manera que sigue:
“*Artículo 256. Facultades del juez respecto del sobreseimiento. El juez de garantía, al término de la audiencia a que se refiere el artículo 249, se pronunciará*

sobre la solicitud de sobreseimiento planteada por el fiscal. Podrá acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla, si no la considerare procedente. En este último caso, dejará a salvo las atribuciones del ministerio público contempladas en las letras b) y c) del artículo 248”;

Por su parte, la aludida letra c), del artículo 248 del Código Procesal Penal, señala que el Fiscal, al declarar cerrada la investigación, podrá –en caso de decidir no solicitar el sobreseimiento o formular acusación– dentro de los diez días siguientes “comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.”;

SEXTO. Que el actor funda su reproche, argumentando que la aplicación del precepto impugnado vulneraría el derecho a una investigación racional y justa, el derecho de la víctima a ejercer la acción penal y el derecho a la tutela judicial efectiva, trasgrediendo así los artículos 19, numeral 3° y 83, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Respecto de la primera de las normas alegadas como trasgredidas, expresa el requirente, que el precepto legal impugnado impide el adecuado control jurisdiccional de una decisión arbitraria del fiscal, lo que sería contrario a la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

En cuanto a la segunda norma alegada como infringida, su aplicación permitiría que el fiscal adoptara la decisión de no perseverar por no ser la conducta constitutiva de delito, aun cuando el juez competente ya la habría declarado típica al rechazar el sobreseimiento definitivo solicitado; lo cual, en opinión de la requirente, supondría el ejercicio de dicha atribución con abierta infracción del control jurisdiccional a que ya fue sujeta y de manera abiertamente abusiva;

SÉPTIMO. Que, atendido que la actora ha fundado su requerimiento argumentando esencialmente sobre la inconstitucionalidad de la posibilidad eventual de ejercer una facultad que le otorga el legislador procesal al Ministerio Público, esta Magistratura, para resolver el conflicto de autos, desarrollará su sentencia en cinco acápite, en atención a lo que esta misma judicatura ha resuelto en casos similares. El primero de ellos se referirá a la competencia del Ministerio Público para dirigir de manera exclusiva la investigación penal. El segundo versará sobre lo expresado por este órgano jurisdiccional respecto de que la investigación debe ser racional y justa. El tercero recapitulará lo sentenciado en relación a la facultad de no perseverar. El cuarto analizará los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación del Ministerio Público. El quinto se centrará en el carácter abstracto e hipotético del requerimiento de autos. Finalmente, se analizará la improcedencia de la inaplicabilidad como una vía para revisar las actuaciones administrativas del Ministerio Público;

II ACERCA DE LAS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

OCTAVO. Que, para comprender el sentido de las facultades legales conferidas al Ministerio Público, es menester recordar lo prescrito en el artículo 83 del Código Político, habida consideración de que este precepto, al establecer el marco fundamental de las funciones del aludido organismo de investigación, permite determinar las prerrogativas que éste debe tener para desarrollar su cometido. Este precepto constitucional prescribe:

*“Artículo 83. Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, **dirigirá en forma exclusiva la investigación** de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, **ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley.** De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. **En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.**”*

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.

El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso. (...)” (Énfasis agregado);

NOVENO. Que la dirección exclusiva de la investigación penal es una atribución que no supone el ejercicio de funciones jurisdiccionales. El constituyente, al consagrar al Ministerio Público como órgano constitucional autónomo encargado de dirigir de manera privativa la investigación criminal, tuvo por objeto separar la investigación penal de la función jurisdiccional. Lo anterior queda de manifiesto si se atiende a los antecedentes de la Ley de Reforma Constitucional N^º 19.519, que crea el Ministerio Público. Durante su tramitación se señaló al respecto que: *“El proyecto de reforma constitucional planteado por el Gobierno no repone el Ministerio Público creado por la Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales, de 15 de octubre de 1875, parcialmente desmantelado por el D.F.L. N^º 426, de 1927, sino que incorpora un nuevo órgano del Estado, que intervendrá antes de y durante el proceso penal, para investigar las conductas constitutivas de posibles delitos y ejercer en su caso la acción penal ante el órgano jurisdiccional. La necesidad de consagrar su existencia en la Constitución Política de la República viene determinada por la circunstancia de que algunas de las funciones*

que pasarán al Ministerio Público están actualmente radicadas en los tribunales ordinarios.”(Primer informe de la Comisión de Constitución del Senado, de 8 de abril de 1997);

DÉCIMO. Que así, según consignara la entonces Ministra de Justicia, señora Soledad Alvear, en su exposición ante el Senado: “*El sistema procesal penal que se propone, cuyo primer y más significativo paso lo constituye la reforma constitucional que hoy conoce el Senado, separa radicalmente las funciones de investigar y de juzgar, entregando la primera de ellas a un órgano de carácter autónomo, técnico y especializado, denominado Ministerio Público, y la función de juzgamiento, a los jueces que componen el Poder Judicial*” (Discusión general, Senado, 15 de abril de 1997).

Más aún, los Ministros de la Excelentísima Corte Suprema opinaron en similar sentido en un informe enviado al Congreso, en el cual se sostiene que “*no existen razones valederas para mantener la actividad instructora en la esfera del Poder Judicial y no desplazarla al Ministerio Público. Son muchos los autores de prestigio de distintas procedencias que han preconizado la necesidad de atribuir al Fiscal la fase de investigación en el proceso penal. La dirección de la investigación por el Fiscal puede ser plenamente compatible con el control jurisdiccional a cargo de un juez, como se propone en el proyecto en informe. En estas condiciones los jueces, liberados de la función investigadora, podrán dedicar plenamente su actividad a juzgar, que constituye la labor que propiamente les compete*”;

DECIMOPRIMERO. Que, sin perjuicio de ello, el constituyente también se preocupó de dejar establecido que la dirección exclusiva de la investigación penal es una atribución de carácter netamente administrativa, por cuanto expresó en el ahora artículo 83 de la Ley Fundamental que el Ministerio Público “*en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales*”.

Al respecto, el senador Otero, durante la discusión de la reforma, señaló que esta precisión se concedía con la naturaleza no jurisdiccional de la investigación penal. Explicó al respecto que: “*En el artículo 80 A se precisa la naturaleza, la denominación y las funciones de este nuevo organismo del Estado. Así, se establece que le corresponderá dirigir, en forma exclusiva, la investigación de los hechos que configuren el delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. De igual manera le corresponderá la adopción de medidas destinadas a proteger a las víctimas y a los testigos. A objeto de no dejar duda alguna de que éste es un órgano administrativo y no jurisdiccional, en la propia Constitución se ha señalado que “en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”. Se ha sostenido que la función de investigar es privativa de los Tribunales de Justicia, por cuanto conocer e investigar son una misma cosa. Este es un claro error de Derecho. Nuestra Constitución Política entrega privativamente a los tribunales de justicia la facultad de conocer y de juzgar. Esto es, el tribunal debe resolver el conflicto con pleno conocimiento de los hechos que lo configuran, los cuales son establecidos por los medios de prueba legal. Esta es una realidad tanto en el proceso civil como en*

el proceso penal y, en ambos casos, la jurisdicción es una misma". Concluyendo luego que *"por ello se ha establecido que el Ministerio Público, bajo ninguna consideración o circunstancia, puede ejercer función jurisdiccional alguna. Sólo puede investigar los hechos, buscar los medios de prueba para ejercer la acción penal ante el órgano jurisdiccional y presentar la prueba reunida. No es distinto de la función que hoy ejerce el demandante en el proceso civil y el querellante en el proceso penal. Se hace necesario reiterar aquí, una vez más, que la creación del Ministerio Público es simplemente materializar un principio de derecho universal inamovible, cual es 'no se puede ser Juez y Parte'."* (Discusión general, Senado, 15 de abril de 1997);

DECIMOSEGUNDO. Que, por consiguiente, de la revisión de los antecedentes de la Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público, puede apreciarse que ésta buscó separar las funciones de investigación y juzgamiento con el objeto de implantar por vía legal un sistema acusatorio que pusiera término al modelo inquisitivo que regía el proceso penal en Chile. Lo anterior se hacía necesario, atendido que, con anterioridad a la reforma de la Constitución, la investigación penal se encontraba radicada en los tribunales ordinarios y alguna doctrina estimaba que la investigación implicaba el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Una buena síntesis de lo anterior fue presentada por el ex Fiscal Nacional de la manera que sigue: *"El proyecto de Nuevo Código Procesal Penal de 1995 consideró entre sus principales innovaciones la de sustituir a los jueces en su atribución de investigar los ilícitos penales, reemplazándolos por los Fiscales en lo que se refiere a la dirección de las investigaciones. Al presentarse este nuevo proyecto, se desató una polémica doctrinaria acerca de si podría privarse a los tribunales ordinarios de justicia que tienen por misión conocer, juzgar y cumplir lo juzgado en las causas civiles y criminales, la etapa de investigación criminal. Los profesores de la Universidad de Chile en dos declaraciones sostuvieron que la investigación formaba parte del conocimiento de las causas criminales, tesis que fue impugnada por otros profesores, quienes sostuvieron que en los sistemas comparados la investigación la llevaban los fiscales. La Corte Suprema por su parte, en opinión dividida, aceptó que la investigación fuera encomendada a un órgano no jurisdiccional, pero ha entendido y lo ha expresado así en diversos informes, que la investigación es una simple acumulación de antecedentes por el fiscal para preparar la acusación ante los tribunales (...) Para superar las objeciones a que se ha hecho referencia, se suspendió la tramitación del nuevo Código Procesal Penal y se propuso una reforma constitucional en que se obtuvo el apoyo casi unánime del Congreso para separar la función de investigar del conocimiento y de la jurisdicción de los tribunales, de modo que el problema se solucionó directamente en la Constitución, sin perjuicio de que se agregara por indicación parlamentaria que, en caso alguno, el M.P. podría ejercer funciones jurisdiccionales"* (Guillermo Piedrabuena R., "La investigación en el nuevo proceso penal", en Revista "Temas de Derecho", año XV, N^{os} 1 y 2, Enero-Diciembre 2000);

III INVESTIGACIÓN RACIONAL Y JUSTA

DECIMOTERCERO. Que, en consideración al carácter no jurisdiccional de la dirección exclusiva de la investigación, el constituyente decidió expresamente incorporar una nueva garantía en el artículo 19, N° 3°, de la Ley Suprema, a saber, la exigencia de que la investigación penal sea racional y justa. Lo anterior, pues se tuvo presente que, al ser la aludida investigación una actuación de carácter administrativa, ésta no se encontraba sujeta a los requisitos de racionalidad y justicia que sí debe respetar todo proceso jurisdiccional.

Lo expuesto consta en los antecedentes de la tantas veces citada reforma constitucional en los siguientes términos: *“la indicación apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente sentado que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento. De otro punto de vista, la indicación también se justifica, en opinión de su autor, porque, dado que la Constitución no fija más límites o parámetros para lo que debe entenderse por un debido proceso que la justicia y la racionalidad, vale la pena hacer el mismo encargo al legislador en el caso de la investigación de delitos que dirigirá el Ministerio Público. Tal explicitación es necesaria puesto que esa investigación, como no es jurisdiccional, no estaría constreñida por los principios mencionados.”* (Senado, segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 13 de mayo de 1997) (Énfasis agregado).

De este modo, como afirma el ex Presidente de la Corte Suprema, Milton Juica Arancibia, *“al mismo tiempo que se estableció este órgano público, se debió hacer también algunas modificaciones necesarias en otras disposiciones de la misma Constitución Política. Así, por ejemplo, en el artículo 19, N° 3°, con relación a la garantía constitucional del debido proceso que se contiene en su inciso 5°, se dispone en su última parte: ‘corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos’. La modificación fue incluir la expresión ‘investigación’, que naturalmente está referida implícitamente al proceso penal, asimilando entonces la misma exigencia de racionalidad y de justicia no solamente al procedimiento sino que a la investigación”.* Concluyendo que *“por la reforma constitucional, al establecerse en un capítulo separado el Ministerio Público, otorgándose a éste en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delitos, debe entenderse que esta función que antiguamente correspondió a los tribunales de justicia, pierde el carácter jurisdiccional, porque precisamente se veda a un órgano de la jurisdicción el participar o tener parte activa en la investigación de los hechos punibles, ello sin perjuicio del poder que se le otorga*

a los tribunales para controlar cualquier medida decretada en la investigación y que pudiera afectar las garantías o derechos constitucionales de los imputados” (El Ministerio Público en la Constitución Política de 1980, en obra 20 años de la Constitución Chilena, 2001, Ed. Enrique Navarro Beltrán);

IV

LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR

DECIMOCUARTO. Que lo que se cuestiona en el presente requerimiento de inaplicabilidad en definitiva, al eliminar la remisión que efectúa el artículo 256 del Código Procesal Penal a la letra c), del artículo 248 del mismo cuerpo legal, es la facultad de no perseverar en el procedimiento, la que constituye una salida autónoma en el proceso penal, distinta del sobreseimiento temporal y del definitivo.

Esta forma de cerrar el procedimiento es facultativa, es decir, el Fiscal decide si la aplica o no, y es una de las facultades discrecionales que el sistema le entrega al Ministerio Público en el proceso de dirección de la investigación.

En efecto, el artículo 248 del Código Procesal Penal le otorga al fiscal tres alternativas para llevar adelante luego de cerrada la investigación. Tales alternativas son: a) solicitar sobreseimiento, b) formular acusación y c) comunicar la decisión de no perseverar;

DECIMOQUINTO. Que, como ha señalado recientemente esta Magistratura, para que el Ministerio Público pueda ejercer la facultad de no perseverar en la investigación, es necesario que se cumplan una serie de requisitos previos. Estos son los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ella existan elementos discrecionales, que no pueden ejercerse de manera arbitraria o abusiva, para cuyo efecto existen mecanismos de control;

DECIMOSEXTO. Que, en primer lugar, para que proceda el ejercicio de la facultad de no perseverar, es imprescindible que el fiscal haya practicado todas “*las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores*”. Esta es una expresión de la obligación del Ministerio Público de investigar, establecida en el artículo 183 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 257 del mismo Código. En virtud de los artículos citados, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento pueden solicitar al fiscal las diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal, por su parte, tiene la obligación de ordenar que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. Luego, si rechaza dicha solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público para obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia. Por otra parte, dentro de los diez días siguientes al cierre de la investiga-

ción, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de las diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado;

DECIMOSÉPTIMO. Que, como segunda condición, es necesario que el fiscal haya cerrado la investigación y que se pronuncie dentro de los diez días siguientes a dicho cierre. Así lo establece el artículo 248 del Código Procesal Penal: *“Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes...”*;

DECIMOCTAVO. Que, como tercer presupuesto, es preciso que habiendo realizado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el Fiscal llegue a la conclusión de que los antecedentes reunidos no son suficientes para fundar una acusación. Para acusar, es necesario que el Ministerio Público *“estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado”* (artículo 248, letra b)). En efecto, de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina, la decisión de no perseverar debe fundarse *“en la no existencia de un mínimo de pruebas idóneas, las cuales por su vaguedad o ineficacia hagan presumible la inutilidad de llevar el caso al juicio oral, al llevar al investigador a una duda razonable de que aquellas no podrán completarse o consolidarse, ni servir como germen o fuente de otras probanzas idóneas que puedan dar al tribunal oral en lo penal la certeza que la ley exige para poder condenar.”* (Núñez Vásquez, Cristóbal, Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral, Ed. Jurídica, 2002, pág. 150);

DECIMONOVENO. Que, en cuarto lugar, es necesario que la facultad de no perseverar se comunique en una audiencia convocada especialmente con ese objeto por requerimiento del Fiscal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 249 del Código Procesal Penal. Tal como señala la norma, a esta audiencia debe citarse a todos los intervinientes, es decir, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, para oír sus planteamientos al respecto;

VIGÉSIMO. Que, como se aprecia, la atribución del fiscal en relación con su facultad de no perseverar es una potestad con elementos reglados y con elementos discrecionales, pero sin que ello importe en modo alguno arbitrariedad desde el momento que ello lo prohíbe el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República;

V

CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

VIGESIMOPRIMERO. Que, atendido que la Constitución Política de la República exige que la investigación efectuada por el Ministerio

Público sea racional y justa y que se ha convocado al legislador a garantizarla, es comprensible que la exclusividad con que este organismo dirige la investigación penal, no impida el control de sus actuaciones, sino que, por el contrario, requiera de mecanismos legales de control que aseguren que la actividad persecutoria se someta a aquella exigencia. Más aún, la consagración de la aludida exclusividad de la investigación penal tuvo por objeto facilitar el control judicial y de otros organismos respecto de las actuaciones del Ministerio Público.

En efecto, como sostuvo la Ministra de Justicia de la época, **“buscamos concentrar las funciones investigativas en un solo ente estatal, con el objeto de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten por lo tanto más fáciles de controlar y fiscalizar por parte del Poder Judicial y de otros órganos llamados a supervisar la labor de los fiscales, según se explicita en la reforma propuesta y, desde luego, en el futuro Código de Procedimiento Penal. Todo lo anterior –o sea el conjunto de mecanismos de fiscalización– no se logra si las facultades de investigación se diseminan en diferentes entidades, con integraciones disímiles y con sistemas de controles diferenciados”**. Concluyendo que, por lo mismo, **“los diversos mecanismos de control diseñados (...) entre ellos la existencia de jueces de control de instrucción que acompañarán permanentemente al fiscal para velar por las garantías de las personas, lo cual nos parece fundamental en un sistema democrático, y que actualmente también estamos impulsando en el régimen procesal penal, permiten que, no obstante la exclusividad con que se reviste el Ministerio Público en materia de investigación criminal, existan sistemas de revisión e impugnación ante los órganos judiciales respecto de las decisiones adoptadas por el Ministerio Público. Vale decir, si este último se ha excedido o ha cometido un acto arbitrario, podrá recurrirse a través de las instancias correspondientes ante el Poder Judicial en contra de dicha decisión, situación que es efectiva desde el punto de vista de la investigación de los delitos, pero, al mismo tiempo, preserva las garantías de las personas. Por ello, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en la cual participaron Senadores y Diputados integrantes de los respectivos organismos técnicos de ambas ramas del Congreso, determinó –por las razones que acabo de explicar– la exclusividad de tal decisión en el Ministerio Público.”** (Senado, discusión particular, 3 de junio de 1997);

VIGESIMOSEGUNDO. Que del tenor de las anteriores consideraciones se desprende que si bien el Código Procesal Penal ha otorgado al Ministerio Público el ejercicio discrecional de diversas prerrogativas, ello no importa permitir la arbitrariedad en su desempeño pues, como bien ha señalado este sentenciador, **“esta hipótesis se encuentra excluida por el conjunto de disposiciones contenidas en dicho cuerpo legal y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que reglan sus potestades y que establecen el control jerárquico y jurisdiccional de su actuación”** (STC Rol N^º 1.467);

VIGESIMOTERCERO. Que, de lo señalado en el capítulo anterior se desprende que, si bien la atribución de no perseverar es una facultad privativa del Ministerio Público, ella no puede ejercerse de manera abusiva o infundada, desde que así lo exige el mandato constitucional y, además, conforme a lo establecido en el artículo 249 del Código Procesal Penal, deberá citarse a una audiencia ante el juez de garantía, quien convocará a todos los intervinientes;

VIGESIMOCUARTO. Que en tal sentido, incluso existe jurisprudencia que ha señalado que *“aunque es verdad que el artículo 248 del Código Procesal Penal indica que lo que el Fiscal hace es sólo comunicar al Juzgado su decisión de no perseverar en el procedimiento, lo cierto es que el artículo 249 del mismo cuerpo legal indica que para llevar a cabo la institución de que se habla el Fiscal debe presentar al Juez de Garantía un requerimiento y éste citar a una audiencia. Tanto lo uno como lo otro llevan necesariamente a la conclusión de que el Juez debe dictar una resolución respecto de esa presentación del Fiscal. Es admisible concluir que el examen que pueda hacer el juez sea puramente formal, en cuanto a que se encuentre realmente cerrada la investigación y quizás que ésta haya sido previamente formalizada, pero sea como fuere, la decisión del Juez de Garantía ha de pronunciarse admitiendo o rechazando el requerimiento del Ministerio Público”* (Rol N° 145-2004, Corte de Apelaciones de Rancagua, 11 de noviembre de 2004).

Del mismo modo, en otra sentencia, la Corte de Apelaciones de San Miguel estima que *“no concurren los presupuestos requeridos en las normas precitadas para estimar agotada la investigación y consecuentemente a ello, que la señora fiscal a cargo de la misma se encontrare en la situación prevista en el artículo 248 ya citado de modo que le permitiera ejercer la facultad que se ha tenido por ejercida en la resolución que por esta vía se revisa”,* agregando que debe tenerse presente que *“el Ministerio Público se encuentra obligado a hacer todo lo que esté a su alcance a fin de clarificar los hechos que se le denuncian, lo que no aparece haberse cumplido a cabalidad en este caso”,* lo que *“conduce a estos sentenciadores a concluir que la investigación no se encuentra agotada, sino que existen diligencias como las solicitadas por el querellante que resultan necesarias al esclarecimiento de los hechos”* (Rol N° 1450-2008, 25 de noviembre de 2008);

VIGESIMOQUINTO. Que, por otro lado, en relación a los derechos de la víctima, esta Magistratura ha aseverado que *“para el cumplimiento de las exigencias derivadas de la necesidad de garantizar una investigación “racional y justa”, el Código Procesal Penal ha previsto diversos mecanismos para que el querellante y la víctima, como en el presente caso, puedan plantear sus pretensiones durante la fase de investigación que desarrolla el fiscal, como asimismo en relación con la formalización de la misma y, más aun, en caso de que el fiscal no proceda a realizar esta última impidiendo la prosecución del proceso criminal”.* En efecto, *“el Código Procesal Penal permite: 1) Que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento soliciten al fiscal todas aquellas diligencias que estimen pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, debiendo aquél ordenar que*

se lleven a efecto las que estime conducentes. Si el fiscal rechazare la solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva (art. 183); 2) Que el imputado o los demás intervinientes puedan asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación cuando el fiscal lo estimare útil (art. 184); 3) Que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, pueda pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de ella, fijándole, incluso, un plazo para formalizarla (art. 186); 4) Que los intervinientes en el procedimiento puedan ser citados a la audiencia de formalización de la investigación, permitiéndoles también plantear peticiones en la misma (arts. 231 y 232); 5) Que el querellante particular pueda oponerse a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, instando, en cambio, por el forzamiento de la acusación (art. 258);” (STC roles N^{OS} 1.244 y 1.445);

VIGESIMOSEXTO. Que, adicionalmente, como lo establece el artículo 257 del Código Procesal Penal ya citado, *“dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado”, en cuyo caso “si el juez de garantía acogiere la solicitud, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará”.* En tal sentido, se ha afirmado por la doctrina que *“esta atribución judicial tiene por fin controlar que el ministerio público haya cumplido debidamente con el principio de objetividad e investigado todos aquellos hechos y circunstancias pertinentes alegados por las partes a través de sus solicitudes de investigación”* (María I. Horvitz Lennon, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, p. 579);

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, así las cosas, las facultades investigativas privativas del Ministerio Público, si bien son discrecionales, incluyen elementos reglados y, además, deben entenderse en armonía con los derechos del afectado, quien puede ejercer un conjunto de prerrogativas tendientes a obtener la tutela jurisdiccional efectiva de sus intereses. Por consiguiente, no puede estimarse que la facultad de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento constituya una prerrogativa que vulnere por sí misma el derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos o impida la tutela judicial efectiva de los intereses del querellante, a lo que debe agregarse que se trata de una actuación administrativa que no se encuentra exenta del todo de control procesal;

VI

CARÁCTER ABSTRACTO E HIPOTÉTICO DEL REQUERIMIENTO

VIGESIMOCTAVO. Que es menester precisar que este órgano jurisdiccional, en ejercicio de su competencia para conocer y resolver las ac-

ciones de inaplicabilidad, ha sido llamado a custodiar la supremacía de la Constitución en aras de tutelar la adecuación de la actuación de los órganos del Estado a la esfera de su competencia, la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales.

Sin perjuicio de lo anterior, en este examen de constitucionalidad no puede limitarse a confrontar el precepto impugnado con las disposiciones fundamentales que estatuyen las funciones de los distintos órganos, sino que además, y de manera imperativa, debe examinar si la aplicación del precepto legal vulnera los derechos que el orden supremo garantiza y que el actor pretende conculcados en la gestión judicial pendiente (STC Rol Nº 1.380).

En la especie, según ya se ha explicado con más detalle en el considerando sexto de esta sentencia, el peticionario, que actúa en calidad de querellante en el proceso penal pendiente, ha impugnado una parte de un precepto legal –la remisión a la letra c), del artículo 248 del Código Procesal Penal– alegando que su aplicación vulneraría el derecho a una investigación racional y justa, el derecho de la víctima a ejercer la acción penal y el derecho a la tutela judicial efectiva;

VIGESIMONOVENO. Que, para efectuar el análisis de la impugnación de autos, conviene recordar que esta Magistratura, en anteriores pronunciamientos, ha ido fijando la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad, y al respecto la ha diferenciado de la similar prevista en la Carta Fundamental con anterioridad a la reforma del año 2005, destacando especialmente la constatación de que de la simple comparación del texto del actual artículo 93, Nº 6º, con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa –y más bien abstracta– entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora, en cambio, se está en presencia de una situación completamente diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, todo lo cual relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior (STC roles N°s 478, 546, 473, 517, 535, 718, 1.314, entre otros);

TRIGÉSIMO. Que, atendido que ahora la decisión jurisdiccional de esta Magistratura recae en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto *sub lite*, queda de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor a la que debía atribuírseles antes de 2005. Lo anterior, desde el momento que de ellas depende que el precepto legal objetado sea aplicable y decisorio en el proceso pendiente, como también que

los efectos de la aplicación de una disposición legal puedan contravenir lo dispuesto en la Carta Fundamental;

TRIGESIMOPRIMERO. Que, en efecto, como ha señalado la doctrina, *“la inaplicabilidad cumple la función de impedir que la parte que la invoca en el caso concreto del que conoce un tribunal, se vea afectada por un precepto legal cuya aplicación a ese caso particular resulte evidentemente contraria a la Constitución y, especialmente, a los fines perseguidos por ésta. De allí que en este instituto procesal –además del juez y de las partes– comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión, a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y –lo más específicamente decisivo– el examen particular acerca de si, en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquélla”* (Lautaro Ríos Álvarez, *Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional*, Revista Estudios Constitucionales, N^º 1, 2005, p. 77).

De este modo, el examen que se efectúa en la acción de inaplicabilidad es *“entre el contenido de la Constitución y el precepto legal, a la luz de los antecedentes que derivan de la situación de hecho concreta de que se trata. No le corresponde aquí, por lo tanto, efectuar un análisis doctrinario y abstracto, de mera confrontación entre la Carta y el precepto, porque llevado lo abstracto de la norma a lo concreto de su aplicación, ella puede ser constitucional o inconstitucional según las características de los problemas específicos que se presenten”* (Alejandro Silva Bascuñán, *Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional*, en Revista de Derecho Público N^º 69, Tomo I, 2007, p. 370).

Por consiguiente y considerando que la apreciación que se realizará en esta sentencia no dice relación con un juicio abstracto sobre la compatibilidad del precepto impugnado con la Carta Fundamental, sino con el efecto que su aplicación pueda tener en una gestión judicial pendiente, es imperativo atender a las circunstancias que particularizan el proceso penal pendiente en el que incidirá el presente pronunciamiento de inaplicabilidad;

TRIGESIMOSEGUNDO. Que al respecto debe señalarse que de la lectura del libelo de la actora y de las alegaciones en estrados, esta Magistratura ha podido constatar que el requerimiento de autos se encuentra más bien construido sobre hechos hipotéticos y eventuales, toda vez que la acción deducida descansa sobre dos supuestos cuya ocurrencia es del todo incierta en el proceso penal concreto. En primer lugar, que del mérito de los antecedentes acumulados en la gestión pendiente, se resuelva positivamente el sobreseimiento definitivo solicitado por el fiscal. Y, especialmente, que el Ministerio Público, frente a una decisión negativa del Juzgado de Garantía respecto de la solicitud de sobreseimiento, haga uso de su facultad de no perseverar;

TRIGESIMOTERCERO. Que, en lo que se refiere al sobreseimiento definitivo, como acto jurídico procesal del tribunal que pone término o

suspende, total o parcialmente el proceso penal, que tiene la naturaleza jurídica de una resolución judicial o de un acto jurisdiccional, “*jamás podrá ser dispuesto por parte del Ministerio Público, correspondiéndole a este solo proponer su dictación al tribunal*” (Cristián Maturana Miquel y Raúl Montero López, Derecho Procesal Penal, Tomo II, 2010, p. 657). Luego, la posibilidad de dictar un sobreseimiento es atribución exclusiva del juez de garantía, en la que nada tiene que ver el Ministerio Público.

En otras palabras, podría suceder que los antecedentes recopilados en el expediente de investigación den lugar a otras vías procesales para solucionar el conflicto penal o dar curso progresivo a los autos, que no incluyan necesariamente el aludido sobreseimiento, por lo que su aplicación no es más que un hecho futuro, incierto e hipotético y que, por tanto, no integra ni particulariza necesariamente el caso *sub lite*.

A mayor abundamiento, la misma requirente hace presente que confía que del mérito de los antecedentes probatorios acumulados en la gestión pendiente, el Juzgado de Garantía rechazará, por arbitraria y caprichosa, la decisión del Ministerio Público, declaración que no hace más que reafirmar la inexistencia de un reclamo concreto de constitucionalidad por parte de la requirente;

TRIGESIMOCUARTO. Que lo mismo se puede predicar en cuanto a las actuaciones del Ministerio Público a las que la requirente hace referencia, especialmente, respecto de la posibilidad de ejercer la facultad de no perseverar, toda vez que consiste en una decisión privativa del ente persecutor que aún no forma parte del caso concreto y respecto de la cual no existe fórmula alguna que permita avizorar con algún grado de razonabilidad que efectivamente se adoptará. Por consiguiente, en este punto, la actora también ha sustentado la impugnación sobre circunstancias fácticas que no configuran el caso concreto, sino que tan sólo constituyen especulaciones sobre el eventual curso futuro del proceso penal;

TRIGESIMOQUINTO. Que este sentenciador ya se ha pronunciado en otras ocasiones sobre requerimientos fundados en supuestos hipotéticos, expresando al respecto que “*tales cuestionamientos no configuran un asunto de aquellos que le corresponde conocer y resolver a esta Magistratura, en ejercicio de la atribución que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución le confiere*” (STC Rol N° 1.267).

Lo anterior, habida consideración de que como también se precisara con anterioridad, “*la Constitución ha contemplado la acción de inaplicabilidad como un medio de impugnar la aplicación de normas legales determinadas invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la misma; por consiguiente, no resulta ser razonablemente fundada la acción que, como la interpuesta a fojas uno, efectúa una mera conjetura hipotética acerca del efecto que provocaría la aplicación*” (STC Rol N° 1.049);

TRIGESIMOSEXTO. Que de todo lo razonado en las motivaciones precedentes, debe concluirse que el requerimiento de autos no podrá prosperar, desde el momento en que, al apoyarse en elucubraciones sobre el curso futuro del proceso penal pendiente, prescindiendo de circunstancias concretas y reales, envuelve más bien una pretensión de inconstitucionalidad en abstracto respecto de institutos procesales como lo son el cierre de la investigación por la vía del sobreseimiento y la facultad de no perseverar que le corresponde a los fiscales del Ministerio Público en el ejercicio de sus competencias exclusivas;

VII SE PRETENDE MAS BIEN IMPUGNAR ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que, como lo ha señalado esta Magistratura en reiteradas oportunidades, la acción de inaplicabilidad no ha sido tampoco concebida para impugnar actuaciones de carácter administrativo, como resultan ser las realizadas por el Ministerio Público en la dirección de la investigación penal.

Al efecto, esta Magistratura ha señalado que *“la Constitución ha contemplado la acción de inaplicabilidad como un medio de impugnar la aplicación de normas legales determinadas invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la misma; por consiguiente, no es posible que a través de ella se discuta, como se trata de hacer en la especie, sobre actuaciones administrativas”* (STC Rol N^º 777);

TRIGESIMOCTAVO. Que, específicamente, en lo que se refiere al Ministerio Público ya se ha sentenciado que *“la inaplicabilidad no es vía idónea para declarar que un Tribunal ha actuado ilegalmente, aunque se alegue que, con ese actuar ilegal, se haya excedido la competencia y con ello afectado la Carta Fundamental; pues la acción constitucional referida sólo está llamada a pronunciarse en caso que la afectación de la Constitución Política se produzca en razón de la aplicación de lo dispuesto en un precepto legal.”*(STC roles N^{os} 1.008, 1.018 y 1.049). Y tal criterio puede extenderse también, en este caso, a la actuación de los órganos del Ministerio Público a que se ha hecho alusión” (STC Rol N^º 1.264).

Más aún, esta Magistratura ya señaló en una ocasión que *“la acción deducida no puede considerarse como razonablemente fundada, ya que no entrega argumentaciones sobre los efectos inconstitucionales que, eventualmente, provocaría la aplicación de la norma legal que se impugna en la gestión judicial que se ha invocado, sino que razona sobre la opinión que le merece la actuación desarrollada por los órganos del Ministerio Público que han intervenido en la causa sub lite. Fundamentalmente, se reprocha tal actuación, calificándola como inconstitucional, por ser contraria y/o afectar los derechos de su parte, que sería la víctima denunciante de los hechos ilícitos antes señalados.”* (STC roles N^{os} 1.264 y 1.445).

Por lo mismo se ha sentenciado que *“tampoco puede prosperar una acción de inaplicabilidad en que, bajo la aparente imputación de inconstitucionalidad en la aplicación de determinado precepto legal en una gestión judicial pendiente, en realidad se pretende cuestionar la forma o modalidad en que determinadas autoridades han procedido en el cumplimiento de sus potestades privativas, cuando, precisamente, la ley ha atribuido expresamente al Juez de Garantía la tutela de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal”* (STC roles N^{os} 1.244 y 1.445);

TRIGESIMONOVENO. Que, por consiguiente, si no procede reprochar las actuaciones del Ministerio Público en sede de control concreto de constitucionalidad, mal puede entonces pretenderse que esta Magistratura, mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad, le impida adoptar las decisiones que legalmente puede efectuar de manera exclusiva, sobre la base de suposiciones sobre un proceder errado que desconozca los límites que la Constitución Política de la República y el legislador han establecido para el adecuado desarrollo de sus funciones, con pleno respeto de los principios del debido proceso;

CUADRAGÉSIMO. Que, por todas las motivaciones expuestas, es posible colegir que la acción de inaplicabilidad formulada no podrá ser acogida, atendido que se ha efectuado un reproche de inconstitucionalidad en abstracto e hipotética de una disposición, a lo que debe agregarse que no corresponde a través de esta vía impugnar las actuaciones administrativas del Ministerio Público, sin perjuicio de lo cual corresponderá a los jueces de garantía –en su oportunidad– revisar la adecuada juridicidad de las eventuales decisiones administrativas de investigación, las que deben ser justas y racionales, de todo lo cual se deduce que la disposición impugnada no tiene la aptitud en el caso concreto de producir efectos contrarios a la Constitución Política en el estado actual del proceso penal pendiente.

Y **VISTO** lo prescrito en los artículos 19, N^o 3, 83 y 93, inciso primero, N^o 6^o, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N^o 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA: Que se rechaza el requerimiento de fojas 1. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento, oficiándose al efecto.

Adoptada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por acoger el requerimiento en virtud de las siguientes consideraciones:

1^o. Que, para ajustarse a la Constitución, la aplicación de los preceptos legales ha de efectuarse de modo tal que los principios y normas

constitucionales sean respetados y produzcan efecto, debiendo, por consiguiente, rechazarse toda posible aplicación que traiga como resultado el desconocimiento o ineficacia de los mismos, pues, la Ley Fundamental debe informar efectiva y no sólo nominalmente la actuación de los órganos del Estado, incluidos los que tienen a su cargo la dirección de una investigación criminal y los que ejercen jurisdicción;

2°. Que, en el caso de autos, se impugna la aplicación que puede recibir la expresión “y c)” del artículo 256 del Código Procesal Penal, artículo éste que al fijar las facultades del juez de garantía en la audiencia en que le corresponde pronunciarse respecto a la solicitud de sobreseimiento presentada por el fiscal, dispone que en el caso en que el juez rechace dicha solicitud, dejará a salvo las atribuciones del Ministerio Público contempladas en las letras b) y c) del artículo 248, las que, respectivamente, le facultan para “formular acusación” (letra b), y para “[c]omunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación” (letra c), siendo esta última, por consiguiente, la atribución que el Ministerio Público no podría ejercitar si se acoge el requerimiento de inaplicabilidad de autos;

3°. Que la norma impugnada lo ha sido por vulnerar el derecho a una investigación racional y justa, el derecho de la víctima a ejercer la acción penal y el derecho a la tutela judicial efectiva;

4°. Que, la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, a diferencia de lo que ocurre con la facultad que tiene para solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, no está sujeta a la aprobación del juez de garantía como lo dispone el artículo 248, letra a), en relación con los artículos 250 y 252, del Código Procesal Penal.

5°. Que, es cierto que frente a la comunicación del fiscal de no perseverar en la investigación, el querellante puede dirigirse al juez de garantía a objeto de que éste le autorice a formular la acusación y sostenerla en los mismos términos que pudiese hacerlo el Ministerio Público (artículo 258, incisos tercero y cuarto, del Código Procesal Penal) ;

6°. Que, sin embargo, no debe olvidarse que conforme al artículo 259 del Código Procesal Penal que regula el contenido de la acusación, ésta “sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica” (inciso final);

7°. Que, en el caso de autos, estamos frente a una investigación no formalizada, por lo cual la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento, que no requiere de aprobación judicial como se ha indicado, trae como consecuencia la imposibilidad para el querellante de ejercer de modo útil la acción penal, pues aunque el juez de garantía le autorizara a formular la acusación, ésta no podría cumplir con todas las exigencias del artículo 259 del Código Procesal Penal;

8°. Que, en cambio, de no aplicarse en el caso que nos ocupa la atribución contenida en el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal –que es el efecto que se produciría al acogerse el requerimiento de inaplicabilidad presentado–, el Ministerio Público únicamente podría poner término a la investigación sin formular la acusación si solicita al juez de garantía que decrete el sobreseimiento definitivo o temporal;

9°. Que, existe una diferencia sustancial cara al derecho constitucional a la acción del querellante particular cuando el fiscal solicita el sobreseimiento y cuando comunica la decisión de no perseverar en el procedimiento, pues en la primera de estas situaciones no depende de su sola voluntad el término de la investigación, lo que si ocurre en la última de ellas, en la cual no es un órgano dotado de jurisdicción –el juez de garantía– quien lo decide sino un órgano administrativo;

10°. Que, como puede apreciarse, la posible aplicación de la atribución conferida al Ministerio Público por la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, resulta contraria a la Constitución Política, razón por la que a juicio de los ministros que suscriben esta disidencia debiera acogerse la inaplicabilidad deducida.

Redactó la sentencia el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán y la disidencia el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2.026-2011

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta De la Fuente Olgún.

ROL N^º 2.027-2011CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE PROYECTO
DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N^º 18.695, ORGÁNICA
CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, Y REGULA LAS
ASOCIACIONES MUNICIPALES**Ley N^º 20.527, de 27 de agosto de 2011**

Santiago, veintiséis de julio de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, por oficio N^º 9535, de 22 de junio de 2011, la Cámara de Diputados ha remitido el proyecto de ley que modifica la Ley N^º 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y regula las Asociaciones Municipales (Boletín N^º 6792-06), aprobado por el Congreso Nacional, con el objeto de que este Tribunal Constitucional, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N^º 1^º, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de sus artículos 1^º y transitorio;

SEGUNDO. Que el N^º 1^º del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: *“Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;”*;

TERCERO. Que, de acuerdo al precepto invocado en el considerando anterior, en estos autos corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre las normas del proyecto de ley remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el Constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
QUE ESTABLECEN EL ÁMBITO DE LAS LEYES ORGÁNICAS
CONSTITUCIONALES RELACIONADAS
CON EL CONTENIDO DEL PROYECTO

CUARTO. Que el inciso sexto del artículo 118 de la Carta Fundamental señala:

“Las municipalidades podrán asociarse entre ellas en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva, pudiendo dichas asociaciones gozar de personalidad jurídica de derecho privado. Asimismo, podrán constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro cuyo objeto sea la

promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo. La participación municipal en ellas se regirá por la citada ley orgánica constitucional.”;

QUINTO. Que el inciso segundo del artículo 119 de la Constitución dispone:

“El concejo será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.”;

SEXTO. Que el inciso primero del artículo 98 y el inciso final del artículo 99 de la Constitución Política, respectivamente, establecen:

“Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.”.

“En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional.”;

NORMAS SOMETIDAS A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

SÉPTIMO. Que los artículos del proyecto de ley sometidos a control de constitucionalidad, disponen:

“Artículo 1º. Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2006, del Ministerio del Interior:

1) Introdúcense las siguientes modificaciones en la letra j) del artículo 79:

a) Reemplázase la conjunción “o”, que sigue a la palabra “corporaciones”, por una coma (,).

b) Intercálase, a continuación de la palabra “fundaciones”, la expresión “o asociaciones”.

2) Sustitúyese el inciso primero del artículo 129, por el siguiente:

“Artículo 129. Una o más municipalidades podrán constituir o participar en corporaciones o fundaciones de derecho privado, sin fines de lucro, destinadas a la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo.”.

3) Reemplázase el actual artículo 137, por el siguiente:

“Artículo 137. Dos o más municipalidades, pertenezcan o no a una misma provincia o región, podrán constituir asociaciones municipales, para los efectos

de facilitar la solución de problemas que les sean comunes, o lograr el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles, pudiendo dichas asociaciones gozar de personalidad jurídica de derecho privado, de acuerdo con las reglas establecidas en el Párrafo 3^º del presente Título.

Las asociaciones podrán tener por objeto:

- a) La atención de servicios comunes.
- b) La ejecución de obras de desarrollo local.
- c) El fortalecimiento de los instrumentos de gestión.
- d) La realización de programas vinculados a la protección del medio ambiente, al turismo, a la salud o a otros fines que les sean propios.
- e) La capacitación y el perfeccionamiento del personal municipal, como también de alcaldes y concejales.
- f) La coordinación con instituciones nacionales e internacionales, a fin de perfeccionar el régimen municipal.”.

4) Sustitúyese el encabezamiento del inciso primero del artículo 138, por el siguiente:

“Artículo 138. Del mismo modo, las municipalidades podrán celebrar convenios para asociarse entre ellas sin requerir personalidad jurídica. Tales convenios deberán contemplar, entre otros aspectos, los siguientes:”.

5) Incorpórase, a continuación del artículo 140, el siguiente Párrafo 3^º, compuesto por los artículos 141 a 150, pasando los actuales artículos 141 a 146, a ser artículos 151 a 156, respectivamente:

“Párrafo 3^º

De la personalidad jurídica de las Asociaciones Municipales

Artículo 141. La constitución de una asociación será acordada por los alcaldes de las municipalidades interesadas, previo acuerdo de sus respectivos concejos, en asamblea que se celebrará ante un ministro de fe, debiendo actuar como tal el secretario municipal de alguna de tales municipalidades, o un notario público con sede en alguna de las comunas de las mismas.

Las asociaciones municipales constituidas en conformidad a las normas de este párrafo deberán efectuar una solicitud de inscripción en el Registro que se llevará para tales efectos y depositar una copia autorizada reducida a escritura pública del acta de su asamblea constitutiva, de su directorio provisional y de sus estatutos, ante el Ministerio del Interior; a través de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, dentro del plazo de treinta días contado desde la fecha de la asamblea.

Dentro del plazo de sesenta días, contado desde la fecha de la recepción de los documentos antes señalados, el Ministerio del Interior, a través de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, podrá objetar la constitución de la asociación, si no se hubiere dado cumplimiento a los requisitos que la ley establece para su formación y para la aprobación de sus estatutos, todo lo cual será notificado por carta certificada al presidente del órgano directivo provisional de aquélla.

La asociación deberá subsanar las observaciones efectuadas dentro del plazo de treinta días, contado desde su notificación. Si así no lo hiciera, se tendrá por no presentada su solicitud de inscripción en el Registro y los miembros de la directiva provisional responderán solidariamente por las obligaciones que la organización hubiese contraído en ese lapso.

Cumplido el procedimiento anterior, la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo procederá a inscribir la organización en el Registro que llevará para tal efecto.

Transcurrido el plazo establecido en el inciso tercero, sin que la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo hubiere objetado la constitución, la solicitud de inscripción se entenderá aprobada.

Las asociaciones municipales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de haber efectuado el depósito y registro que se establece en el presente párrafo.

Dentro del plazo máximo de noventa días siguientes a la obtención de la personalidad jurídica, la organización deberá convocar a una asamblea extraordinaria, en la que se elegirá a su órgano directivo definitivo.

El directorio, que podrán integrar alcaldes y concejales, ejercerá la administración de la asociación, estará constituido por un mínimo de cinco miembros y deberá contemplar, a lo menos, los cargos de presidente, secretario y tesorero. La presidencia corresponderá a uno de los alcaldes de las municipalidades que componen la respectiva asociación. El presidente del directorio lo será también de la asociación y tendrá su representación judicial y extrajudicial.

Un reglamento establecerá las normas sobre asambleas, elección del directorio y demás órganos de la asociación, reforma de sus estatutos, derechos y obligaciones de sus miembros, registro de afiliados, aprobación del presupuesto y del plan de trabajo anual, disolución y demás disposiciones relativas a la organización, facultades y funcionamiento de las asociaciones que se constituyan en conformidad a las normas de este párrafo.

Artículo 142. Existirá un Registro Único de Asociaciones Municipales con personalidad jurídica de derecho privado, a cargo de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior.

Cualquiera asociación municipal podrá solicitar de la citada Subsecretaría el otorgamiento de un certificado que dé cuenta de su inscripción en el Registro.

La Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo mantendrá el Registro permanentemente actualizado, siendo accesible vía Internet, en forma gratuita y sin exigencia de clave para el ingreso de los usuarios.

El reglamento señalará las demás disposiciones relativas a la forma, contenidos y modalidades de la información del Registro que sean indispensables para su correcta y cabal operación.

Artículo 143. Los estatutos de las asociaciones municipales deberán contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

a) Nombre de la asociación.

b) Indicación de la comuna en que tendrá domicilio la asociación.

- c) *Finalidades y objetivos.*
- d) *Derechos y obligaciones de sus miembros.*
- e) *Órganos de dirección y de representación y sus respectivas atribuciones.*
- f) *Tipo y número de asambleas que se realizarán durante el año, indicando las materias que en ellas podrán tratarse.*
- g) *Procedimiento y quórum para reforma de estatutos y quórum para sesionar y adoptar acuerdos.*
- h) *Normas sobre administración patrimonial y forma de fijar cuotas ordinarias y extraordinarias.*
- i) *Indicación de la Contraloría Regional ante la cual harán entrega de su contabilidad.*
- j) *Normas y procedimientos que regulen la disciplina interna, resguardando el debido proceso.*
- k) *Forma y procedimiento de incorporación y de desafiliación a la asociación, debiendo constar en ambos casos el respectivo acuerdo de concejo municipal correspondiente.*
- l) *Periodicidad con la que deben elegirse sus dirigentes, la que no podrá exceder de cuatro años.*
- m) *Forma de liquidación.*

Las asociaciones que se constituyan de conformidad al presente párrafo podrán acogerse a estatutos tipo que establecerá la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior mediante resolución.

No podrá negarse el otorgamiento de la personalidad jurídica a las asociaciones municipales cuyos estatutos cumplan con los requisitos que la presente ley establece al efecto.

Artículo 144. Las asociaciones deberán dar cumplimiento permanente a sus estatutos.

El representante de la respectiva asociación deberá comunicar al Ministerio del Interior, a través de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, dentro del plazo de 30 días, toda modificación que se introduzca a sus estatutos, domicilio legal o composición de los órganos directivos.

La Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo estará facultada para fiscalizar el cumplimiento de lo dispuesto en los incisos anteriores, para lo cual podrá solicitar, tanto a las asociaciones como a las municipalidades que las conformen, toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de sus estatutos.

El incumplimiento de estas obligaciones acarreará la eliminación de la asociación del Registro.

Artículo 145. Las asociaciones municipales constituidas conforme a las disposiciones del presente párrafo dispondrán de patrimonio propio, que será gestionado de acuerdo a la voluntad mayoritaria de sus socios, y que estará formado por las cuotas de incorporación, cuotas ordinarias y cuotas extraordinarias, determinadas con arreglo a los estatutos; por donaciones; por el producto de bienes y servicios; por la venta de activos y por erogaciones, subvenciones y aportes provenientes de perso-

nas naturales o jurídicas, de las municipalidades, o entidades públicas, nacionales o internacionales; y, demás bienes que adquieran a su nombre.

Con todo, sólo serán sujeto de subvenciones provenientes de entidades públicas nacionales, fondos concursables o todo otro aporte de recursos de esta naturaleza, aquellas asociaciones que se encuentren vigentes en el Registro Único de Asociaciones Municipales, establecido en el artículo 142.

Las municipalidades socias no podrán otorgar garantías reales, ni cauciones de ninguna especie, respecto de las obligaciones que puedan contraer las asociaciones a las que pertenezcan.

Artículo 146. La disolución de una asociación de municipalidades deberá ser decidida por la mayoría absoluta de la Asamblea de socios, debiendo constar dicho acuerdo en un acta reducida a escritura pública, de la que deberá notificarse a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, en el plazo de 30 días desde su fecha de suscripción.

En este caso los bienes serán destinados al pago de obligaciones pendientes. De existir un remanente, luego de servir tales obligaciones, éste deberá restituirse a las municipalidades socias, a través de un procedimiento de liquidación establecido en el reglamento indicado en el artículo 141.

Artículo 147. El personal que labore en las asociaciones municipales de que trata el presente párrafo se regirá por las normas laborales y previsionales del sector privado.

Artículo 148. A estas asociaciones les será aplicable, en forma supletoria, lo dispuesto en los artículos 549 a 558 del Código Civil.

Artículo 149. A las asociaciones municipales les serán aplicables tanto el principio de publicidad de la función pública, consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República, como las normas de la Ley de Transparencia y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenidas en el artículo 1° de la ley N° 20.285.

Artículo 150. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136, la Contraloría General de la República podrá ejercer sus facultades de fiscalización y control sobre las asociaciones municipales de que trata este párrafo, respecto de su patrimonio, cualquiera sea su origen.”.

Artículo transitorio. Las asociaciones municipales actualmente constituidas en conformidad a la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, podrán gozar de personalidad jurídica por el simple depósito de sus estatutos en la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, los que previamente deberán ajustarse a lo dispuesto en los artículos 141 y 143 de este cuerpo legal.

Tanto la decisión de obtener personalidad jurídica, como la adecuación de sus estatutos, deberán contar con el acuerdo de la mayoría de las municipalidades asociadas.”;

DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDAS
A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD,
SOBRE LAS CUALES NO SE PRONUNCIARÁ
ESTA MAGISTRATURA POR NO CONTENER MATERIAS
PROPIAS DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

OCTAVO. Que esta Magistratura no emitirá pronunciamiento, en examen preventivo de constitucionalidad, respecto de los incisos segundo a sexto, y octavo a décimo del artículo 141; del artículo 142; de los incisos primero y segundo del artículo 143; de los incisos primero a tercero del artículo 144; de los incisos primero y segundo del artículo 145, y de los artículos 146, 147, 148 y 149, todos los cuales se contienen en el número 5) del artículo 1^º del proyecto de ley remitido, por no incidir ninguno de los preceptos legales mencionados en materias propias de las leyes orgánicas constitucionales señaladas en los considerandos cuarto, quinto y sexto de esta sentencia, ni de otras leyes orgánicas constitucionales previstas en la Constitución Política de la República.

Este Tribunal arriba a dicha conclusión toda vez que los preceptos legales aludidos en este considerando no afectan la facultad constitucional esencial de las Municipalidades en orden a poder asociarse entre ellas, pudiendo dichas asociaciones gozar de personalidad jurídica. Asimismo, las referencias contenidas en el proyecto de ley al reglamento, no pueden implicar una modificación a las disposiciones legales ni configurar nuevas causales de disolución de las asociaciones municipales;

NORMAS DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDAS
A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD,
QUE REVISTEN NATURALEZA
DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

NOVENO. Que las disposiciones contenidas en los números 2), 3) y 4) del artículo 1^º; en los incisos primero y séptimo del artículo 141; en el inciso tercero del artículo 143; en el inciso cuarto del artículo 144, y en el inciso tercero del artículo 145, agregadas por el número 5) del mismo artículo 1^º; y en el artículo transitorio del proyecto de ley bajo control, son propias de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades a que se refiere el inciso sexto del artículo 118 de la Constitución Política;

DÉCIMO. Que las disposiciones contenidas en el número 1) del artículo 1^º y en el inciso primero del artículo 141, agregado por el número 5) del mismo artículo 1^º, del proyecto en estudio, son propias de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades a que se refiere el inciso segundo del artículo 119 de la Carta Fundamental;

DECIMOPRIMERO. Que el artículo 150, contenido en el número 5) del artículo 1^º del proyecto remitido, es propio de la Ley Orgánica Cons-

titucional sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, a que aluden el inciso primero del artículo 98 y el inciso final del artículo 99 de la Constitución Política;

**NORMAS ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES DEL PROYECTO
DE LEY QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ CONFORMES
A LA CONSTITUCIÓN**

DECIMOSEGUNDO. Que las disposiciones contenidas en los números 1), 2), 3) y 4) del artículo 1°; en los incisos primero y séptimo del artículo 141; en el inciso tercero del artículo 143; y en el inciso tercero del artículo 145, agregadas por el número 5) del mismo artículo 1°; y en el artículo transitorio del proyecto de ley bajo control, serán declaradas conformes a la Constitución Política;

**NORMA ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DEL PROYECTO DE LEY
QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ CONFORME
A LA CONSTITUCIÓN EN EL ENTENDIDO QUE SE INDICA**

DECIMOTERCERO. Que el artículo 150, contenido en el número 5) del artículo 1° del proyecto remitido, será declarado conforme a la Constitución Política, en el entendido que las facultades que dicho precepto confiere a la Contraloría General de la República, lo son sin perjuicio de las demás atribuciones que la propia Carta Fundamental y la ley orgánica constitucional respectiva confieren a la misma Contraloría, las cuales no se pueden entender como restringidas por el referido artículo 150;

**NORMA ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DEL PROYECTO DE LEY
QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ INCONSTITUCIONAL**

DECIMOCUARTO. Que el inciso cuarto del artículo 144, agregado por el número 5) del artículo 1° del proyecto de ley en estudio, en cuanto establece como sanción única para el evento de que una asociación de municipalidades incumpla sus estatutos o no comunique una modificación estatutaria dentro del plazo fijado, la eliminación del Registro Único de Asociaciones Municipales con Personalidad Jurídica de Derecho Privado, y siendo dicha sanción aplicada directamente por la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, sin un procedimiento que permita a la respectiva asociación efectuar descargos al respecto, y acarreándole, consecuentemente, la pérdida de su personalidad jurídica, infringe el principio de proporcionalidad y la autonomía de las Municipalidades y su facultad esencial de poder asociarse entre

ellas, obteniendo personalidad jurídica, conculcando con ello el artículo 118, incisos cuarto y sexto, de la Constitución Política, por lo cual dicha disposición del proyecto será declarada inconstitucional;

QUÓRUM DE APROBACIÓN DE LAS NORMAS DEL PROYECTO DE LEY EXAMINADAS

DECIMOQUINTO. Que consta en autos que las normas propias de ley orgánica constitucional contenidas en el proyecto de ley materia de este proceso constitucional, fueron aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Carta Fundamental y que, respecto de ellas, no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los artículos 66, inciso segundo; 93, inciso primero, N^º 1^º, e inciso segundo; 98, inciso primero; 99, inciso final; 118, incisos cuarto y sexto, y 119, inciso segundo, de la Constitución Política de la República y lo prescrito en los artículos 48 a 51 de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1º. Que este Tribunal Constitucional no emitirá pronunciamiento, en examen preventivo de constitucionalidad, respecto de los incisos segundo a sexto, y octavo a décimo del artículo 141; del artículo 142; de los incisos primero y segundo del artículo 143; de los incisos primero a tercero del artículo 144; de los incisos primero y segundo del artículo 145, y de los artículos 146, 147, 148 y 149, todos los cuales se contienen en el número 5) del artículo 1^º del proyecto de ley remitido, en razón de que dichas disposiciones no regulan materias que la Carta Fundamental califica como propias de ley orgánica constitucional.

2º. Que las disposiciones contenidas en los números 1), 2), 3) y 4) del artículo 1^º; en los incisos primero y séptimo del artículo 141; en el inciso tercero del artículo 143, y en el inciso tercero del artículo 145, agregadas por el número 5) del mismo artículo 1^º; y en el artículo transitorio del proyecto de ley remitido, son constitucionales.

3º. Que el artículo 150, contenido en el número 5) del artículo 1^º del proyecto remitido, es constitucional en el entendido que las facultades que dicho precepto confiere a la Contraloría General de la República, lo son sin perjuicio de las demás atribuciones que la propia Carta Fundamental y la ley orgánica constitucional respectiva confieren a la misma Contraloría, las cuales no se pueden entender como restringidas por el referido artículo 150.

4°. Que el inciso cuarto del artículo 144, agregado por el número 5) del artículo 1° del proyecto de ley remitido, es inconstitucional, por lo que debe eliminarse de su texto.

Acordada con la siguiente prevención de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino:

1°. Que, sin perjuicio de lo señalado en el Considerando octavo de la sentencia, consideramos que existen una serie de razones para no estimar el proyecto como íntegramente orgánico;

2°. Que, en efecto, la Constitución faculta a las municipalidades para que puedan asociarse entre ellas “*en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva*” (artículo 118, inciso sexto). Esta regulación fue introducida por la ley de reforma constitucional N° 20.346. En el Mensaje que le dio origen, la regulación se entregaba a una ley simple. Sin embargo, ello fue modificado en primer trámite constitucional en el H. Senado;

3°. Que, para considerar que no todo lo relativo a las asociaciones municipales es materia de ley orgánica constitucional, nos apoyamos en lo siguiente.

En primer lugar, por dos características propias de las leyes orgánicas. Por una parte, este Tribunal ha considerado que las leyes orgánicas son excepcionales; la regla general es la ley común. Como consecuencia de ello, su interpretación es restrictiva, pues no puede extenderse su ámbito de aplicación más allá de lo necesario y permitido por la Constitución, ya que al hacerlo, se privaría a nuestro sistema legal de una equilibrada y conveniente flexibilidad, dado el alto quórum que se exige en estas leyes para su aprobación, modificación o derogación (STC roles N°s 160, 255, 1.410). Por otra parte, esta Magistratura ha considerado que las leyes orgánicas deben regular sólo lo esencial. Estas leyes regulan, en lo medular, ciertas instituciones básicas, con el propósito de dar estabilidad al sistema de gobierno y evitar el riesgo de que mayorías ocasionales lo puedan alterar (STC Rol N° 160);

4°. Que ambos criterios interpretativos son relevantes porque el proyecto de ley en análisis regula tres materias vinculadas a las asociaciones de municipalidades: la relativa a las atribuciones de los municipios para crearlas; su creación propiamente tal y la operación de dichas asociaciones.

Lo que es orgánico es sólo lo que se refiere a las atribuciones del municipio y algunos aspectos de la creación de la asociación (objeto, momento en que obtiene la personalidad jurídica). Pero todo lo que tiene que ver con la operación de las asociaciones, dado que pueden tener la calidad de sujetos de derecho, al obtener personalidad jurídica, no es propio de ley orgánica.

Recordemos, en este sentido, que la propia Ley Orgánica de Municipalidades distingue, en su artículo 5^º, dos tipos de atribuciones. Por una parte, están las atribuciones medulares, que son materias de ley orgánica constitucional. Por la otra, están las materias no esenciales, que son materias de ley simple. Y tal distingo, ha sido legitimado por esta Magistratura (STC Rol N^º 257)

5^º. Que, en segundo lugar, consideramos que el proyecto no es íntegramente orgánico constitucional, porque involucra dos aspectos que, de acuerdo a la Constitución, son materias de ley simple.

Desde luego, el proyecto regula potestades de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo. A esta entidad le corresponde llevar el Registro Único de Asociaciones Municipales, participar en el procedimiento administrativo de constitución de las asociaciones y fiscalizarlas en lo relativo al cumplimiento de sus estatutos. Estas potestades, son propias de ley simple, pues de conformidad al artículo 65, inciso cuarto, número 2^º, de nuestra Constitución, es materia de este tipo de leyes, otorgar atribuciones a los entes públicos.

Enseguida, el proyecto regula un procedimiento administrativo especial, a cargo de la Subsecretaría de Desarrollo Regional, con diversas etapas, destinado a que las asociaciones obtengan personalidad jurídica y se inscriban en un registro público. De conformidad al artículo 63, N^º 18, de la Constitución, las leyes que fijan las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la administración pública, son materia de ley simple;

6^º. Que, en tercer lugar, nos apoyamos para considerar que sólo algunos aspectos del proyecto son materia de ley orgánica, en que el marco jurídico que regirá a estas asociaciones es complejo.

En efecto, por una parte, éste está constituido por leyes heterogéneas. Las asociaciones se regirán por la Ley Orgánica de Municipalidades, por las normas que establece el proyecto de ley y, en forma supletoria, por ciertas normas del Código Civil (artículos 549 a 558). Estas últimas normas fueron consideradas por el Tribunal Constitucional, en la STC Rol N^º 1.868, como propias de ley simple. Asimismo, el proyecto encomienda a un reglamento regular una serie de aspectos relativos a la organización, facultades y funcionamiento de las asociaciones de municipios. Por lo mismo, estas materias no pueden ser orgánicas.

Por la otra, las asociaciones de municipalidades se regirán por sus propios estatutos. Estos deben regular sus finalidades y objetivos, sus órganos internos, el procedimiento para tomar acuerdos, los derechos y obligaciones de sus miembros, las normas de administración patrimonial, las normas de incorporación y desafiliación, las normas de liquidación. Esta autonormación impide considerar estos aspectos como orgánicos constitucionales;

7°. Que, en cuarto lugar, el ámbito de lo que el constituyente encarga a la ley orgánica, es restrictivo. La Constitución no dice que las asociaciones se regularán “*por ley orgánica*”. Lo que establece es que éstas se constituirán “*en conformidad a la ley orgánica*”. En estricto rigor, la Constitución no establece un conjunto de materias que deban ser abordadas por la ley orgánica constitucional; sólo establece una referencia para que el legislador defina la manera en que estas asociaciones puedan constituirse;

8°. Que, finalmente, queremos señalar que, tal como la ha dicho esta Magistratura, el hecho que un asunto sea abordado como propio de una ley común, no significa debilitar su regulación, pues igual esta preceptiva debe respetar la Constitución para tener plena validez jurídica (STC Rol N° 260).

Acordada con el voto en contra de los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor José Antonio Viera-Gallo Quesney, quienes estuvieron por declarar que todas las normas que integran el nuevo párrafo 3°, “*De la personalidad jurídica de las Asociaciones Municipales*”, que agrega el número 5) del artículo 1° del proyecto de ley, son propias de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, a que se refiere el inciso sexto del artículo 118 de la Constitución Política, ajustándose debidamente a ella, con la excepción del inciso cuarto del artículo 144, agregado por el número 5) del artículo 1° del proyecto de ley en examen, como sostiene el N° 4° de las declaraciones contenidas en la presente sentencia. Asimismo estiman inconstitucional el precepto contenido en el inciso décimo del artículo 141, que confía a un reglamento la regulación de un conjunto de materias que estos Ministros disidentes consideran propias de la ley orgánica constitucional a que alude el inciso sexto del artículo 118 de la Constitución Política, ya referido, infringiendo, por ende, el principio de competencia que rige en estas materias.

Acordado el entendido sobre el artículo 150, que se incorpora a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, con el voto en contra de los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, por las siguientes razones:

1°. Que la Contraloría General de la República es un órgano constitucional. Por lo mismo, está creado y configurado, en sus elementos esenciales, por la Constitución. No obstante, el artículo 98, inciso 1°, de la Carta Fundamental permite que la ley orgánica constitucional le encargue otras tareas (“*desempeñará las demás funciones*”); lo mismo efectúa el artículo 99, inciso final, al entregar a una ley orgánica constitucional definir “*en lo demás*”, sus atribuciones;

2°. Que, de este modo, hay dos tipos de atribuciones de la Contraloría. Por una parte, están las atribuciones que la Constitución directamente le confiere. Por la otra, están las facultades que las leyes le encomiendan.

Mientras las primeras no pueden ser objeto de restricciones sino sólo de regulaciones por el legislador, porque justamente las entrega la Constitución, las segundas están dentro del ámbito de deliberación y regulación propios del Congreso;

3°. Que la Contraloría, por regla general, fiscaliza a los entes públicos. Por excepción, puede ejercer ciertas atribuciones respecto de entidades privadas. Así, la Constitución le encarga fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos de entidades públicas; y examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de entidades públicas (artículo 98). Sin perjuicio de ello, la ley puede entregarle otras facultades respecto de entidades privadas;

4°. Que la norma sobre la cual se formula el entendido, establece potestades respecto de entidades privadas (las asociaciones) constituidas por entidades públicas (los municipios). Salvo que se trate de las cuentas que deban rendir, o de la fiscalización del ingreso y la inversión de recursos de entidades públicas, se trata, entonces, de un ámbito encargado a la configuración del legislador;

5°. Que la norma respectiva, entrega dos tipos de potestades a la Contraloría. En primer lugar, están aquellas señaladas en el artículo 136 de la Ley Orgánica de Municipalidades. En efecto, el precepto aludido (nuevo artículo 150, incorporado en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades) parte señalando lo siguiente: “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136*”. El artículo 136 de dicha ley entrega, a su vez, dos tipos de facultades a la Contraloría. De un lado, las atribuciones que señalan los artículos 16° y 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría. Del otro, se faculta a la Contraloría para fiscalizar a las asociaciones municipales respecto del uso y destino de sus recursos.

En segundo lugar, están las potestades que el propio artículo 150 le entrega. Estas se refieren a que la Contraloría puede fiscalizar y controlar el patrimonio de las asociaciones municipales;

6°. Que, si estamos en presencia de recursos públicos, que manejan las asociaciones, la Contraloría puede perfectamente fiscalizarlos. Esta atribución se la entrega la Constitución y la regula su ley orgánica. Respecto de la fiscalización y control del patrimonio de las asociaciones municipales, en cambio, este es un control que queda en el ámbito de lo que define el legislador orgánico;

7°. Que, así las cosas, el entendido que aquí se cuestiona, en la medida que se refiere a atribuciones que la Constitución le entrega a la Contraloría, es reiterativo. En cambio, respecto de las demás atribuciones, el

entendido es distinto, pues implica agregar facultades a aquellas que el Congreso otorgó a dicho organismo de control dentro del ámbito de su libre configuración normativa;

8°. Que consideramos que ello no es posible, en primer lugar, porque sólo le corresponde al legislador establecer las atribuciones de los órganos públicos. Y respecto a la Contraloría, es al legislador orgánico al que le cabe esa tarea, no al Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, esta Magistratura no puede entregar más atribuciones a la Contraloría que las que el Congreso Nacional quiso otorgarle. Corresponde al legislador determinar hasta dónde se puede controlar a estas entidades privadas creadas por organismos públicos. Eso es un juicio de mérito, ajeno a las competencias de este Tribunal.

En tercer lugar, el entendido puede romper la coherencia que quiso darle el legislador a la fiscalización de la Contraloría respecto de las corporaciones o fundaciones que creen los municipios y de las asociaciones municipales. Ello se constata en la forma de redacción del nuevo artículo 150, que parte por aludir al artículo 136 de la actual Ley Orgánica de Municipalidades (“*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136*”), que regula la fiscalización que puede ejercer la Contraloría respecto de las corporaciones y fundaciones. En relación a estas entidades, este Tribunal, cuando ejerció el control preventivo del proyecto de ley que entregaba dichas potestades, no formuló ningún alcance o entendido;

9°. Que por estas razones, entonces, estos Ministros no comparten el entendido formulado al nuevo artículo 150 que, por el proyecto, se incorpora a la Ley Orgánica de Municipalidades.

Acordada la declaración de inconstitucionalidad del inciso final del artículo 144, que se incorpora en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, fundado en las siguientes consideraciones:

1°. Que la mayoría estima que la sanción de eliminación de la asociación del registro por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Estatuto, es orgánica e inconstitucional, por establecer una sanción única, lo que es desproporcionado en relación a la infracción, y por no establecer ningún procedimiento administrativo de reclamación en la materia;

2°. Que discrepamos de lo anterior. Por una parte, consideramos que este es un asunto propio de ley simple. Lo propio de la ley orgánica es regular las potestades del municipio y algunos aspectos vinculados a la constitución de las asociaciones municipales. Pero todo lo que tiene que ver con el funcionamiento de la asociación, como lo es el incumplimiento de ciertas obligaciones y la sanción que ello conlleva, es propio de ley común.

Por la otra, consideramos que no existen argumentos para declarar la inconstitucionalidad de fondo;

3°. Que, para llegar a esta conclusión, es necesario describir brevemente el diseño de las asociaciones que realiza el proyecto.

Las asociaciones son constituidas por dos o más municipalidades. Si desean obtener personalidad jurídica, deben seguir un procedimiento administrativo, a cargo de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, el que culmina con la inscripción en el Registro de Asociaciones Municipales que lleva dicha entidad. Como sujetos de derecho, tienen patrimonio propio y actúan a través de los órganos que definen el legislador y sus estatutos. Como su personalidad jurídica es de derecho privado, no se les aplican las normas de las entidades públicas. Así, su personal se rige por las normas laborales y previsionales del sector privado. Sin embargo, el legislador consideró que habían algunos aspectos equiparables a los de un organismo estatal. Eso sucede con la publicidad de sus tareas y con el control de la Contraloría General de la República.

No obstante su naturaleza de entidad privada, las asociaciones municipales están sujetas a distintos tipos de controles. Desde luego, están sujetas a los controles internos de toda agrupación. Estos los deben definir sus Estatutos. Enseguida, están sujetas a los controles que puedan ejercer los municipios que las conformaron. Los concejos de cada municipalidad pueden requerir informes a estas entidades. También están sujetas al control de la Contraloría. Finalmente, están sujetas al control de la entidad que lleva el Registro (la Subsecretaría de Desarrollo Regional) y, como se les aplican supletoriamente ciertas normas del Código Civil, también están sujetas a la fiscalización del Ministerio de Justicia en los términos que define el artículo 557 del Código Civil, reformado por la Ley N^º 20.500. Por tanto, el legislador definió una titularidad del derecho de asociación de las municipalidades para asociarse entre sí, pero sujeta a reglas diversas que una titularidad común de derecho privado;

4°. Que la sanción que objeta la mayoría, se enmarca dentro del control que ejerce la Subsecretaría de Desarrollo Regional respecto de las asociaciones municipales.

Se trata de un control acotado, pues sólo se refiere a dos aspectos. Por una parte, se refiere al cumplimiento permanente de sus estatutos. Por la otra, abarca las comunicaciones que debe hacer cada asociación de toda modificación estatutaria;

5°. Que los estatutos son parte del marco jurídico que rige a las asociaciones de municipalidades. Las leyes que regulan a estas no abordan todas las materias propias de su organización y funcionamiento. Una parte importante de lo que tiene que ver con ello y que no está expresamente regulado en el proyecto, queda entregada a dichas regulaciones estatutarias libremente decididas por las municipalidades que concurren a crear

la asociación. En estos estatutos se establecen las reglas relativas a las finalidades y objetivos de la asociación, su organización interna, procedimiento para adoptar acuerdos, normas de disciplina, formas de incorporación y desafiliación, actos vinculados a su administración patrimonial. La vida cotidiana de la asociación, queda entregada a estas normas de gobierno interno;

6°. Que, de ahí se desprende la importancia que el proyecto le da a los estatutos. Por de pronto, ello se observa en el procedimiento de constitución, pues la solicitud de inscripción en el Registro, implica haber reducido a escritura pública no sólo el acta constitutiva, sino que los estatutos de cada asociación. La Subsecretaría de Desarrollo Regional puede objetar la constitución de la asociación si no ha dado cumplimiento a las normas de aprobación de los estatutos. Enseguida, el proyecto regula los elementos básicos que debe contener cada estatuto. A continuación, el proyecto establece que no puede negarse el otorgamiento de personalidad jurídica, si los estatutos de las asociaciones cumplen los requisitos que la ley consigna. Finalmente, el proyecto establece que las asociaciones deben *“dar cumplimiento permanente a sus estatutos”*;

7°. Que, por ello, el proyecto establece la sanción de eliminación de la asociación del Registro, en caso de que las asociaciones no cumplan con la obligación de respetar sus estatutos o no informen de los cambios introducidas en ellos.

No nos parece, entonces, una sanción desproporcionada;

8°. Que, en relación al carácter de sanción única, cabe señalar, en primer lugar, que nada impide que la Subsecretaría de Desarrollo Regional advierta a las asociaciones los incumplimientos, para que los corrijan, antes de aplicar la sanción.

En segundo lugar, si se trata de infracciones menores, que no justifiquen la eliminación, son elementos que deben integrar las regulaciones complementarias establecidas en el proyecto de ley, la prohibición de arbitrariedad y la prudencia y razonabilidad de la autoridad llamada a aplicar la sanción, con garantías suficientes de que esta no resulta inicua;

9°. Que, en lo que respecta a la falta de un procedimiento impugnatorio de la sanción, consideramos que ello no es efectivo, toda vez que la autoridad llamada a aplicarla, es decir, la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, se rige íntegramente por la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos. Dicha normativa establece un conjunto de garantías para la asociación análogas a las de cualquier administrado, como el derecho a la defensa, a presentar pruebas, a que se fundamente la decisión, a interponer recursos, a solicitar la invalidación si se ha incurrido en alguna ilegalidad, etc.;

10°. Que, finalmente, esta Magistratura ha reconocido que la autonomía que puedan tener las agrupaciones intermedias, es decir, todas

aquellas asociaciones distintas al aparato público (STC Rol N^º 1.295), como es el caso de una asociación municipal que goza de personalidad jurídica y que, por tanto, es un ente distinto a las municipalidades que la formaron. No obstante, ha señalado, dicha autonomía no implica que estos entes puedan actuar de manera ilegal, dañosa o ilícita, ya que de incurrir en esos excesos, su actuación queda sujeta a las responsabilidades consecuenciales (STC Rol N^º 184).

Acordada con el voto en contra del Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney, quien fue partidario de declarar inconstitucional el inciso séptimo del artículo 141, contenido en el número 5) del artículo 1^º del proyecto, considerando para ello que, tratándose de organismos que gozan de autonomía constitucional, no puede supeditarse la formación de asociaciones municipales, que están contempladas explícitamente en la Constitución, al depósito y registro del acta de su asamblea constitutiva ante una autoridad administrativa como es la Subsecretaría de Desarrollo Regional, la cual además puede formular objeciones y, en definitiva, negarse al registro, sin que el proyecto contemple recurso judicial alguno en contra de dicha determinación. La inscripción en el registro debería tener por objetivo únicamente llevar un orden de las asociaciones municipales de público conocimiento, las que deberían adquirir personalidad jurídica por la sola manifestación de voluntad de los respectivos municipios, acordada por los alcaldes previa resolución favorable de los consejos municipales en asamblea celebrada ante un ministro de fe, reducida que fuere a escritura pública la correspondiente acta constitutiva, conforme lo disponen los incisos primero y segundo del nuevo artículo 141.

Redactaron la sentencia, la prevención y las disidencias, los Ministros que las suscriben.

Devuélvase el proyecto de ley a la Cámara de Diputados, rubricado por la Secretaria del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

Rol N^º 2.027-2011

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

ROL Nº 2.028-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 360, INCISO
FINAL, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN LA PARTE QUE SE
CONSIGNA LA EXPRESIÓN “CORTE”, DEDUCIDO POR ROSA DE
LAS MERCEDES AGUIRRE DÍAZ

Santiago, veintisiete de julio de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, a fojas 121, por resolución de siete de julio de dos mil once, esta Sala acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, deducido por doña Rosa de las Mercedes Aguirre Díaz, respecto de la expresión “*la Corte*”, contenida en el inciso final del artículo 360, del Código Procesal Penal, en el marco del juicio penal seguido ante el Tribunal de Juicio Oral de Calama, RIT Nº 25-2011, RUC 1001002311-K, según consta en certificado que se ha tenido a la vista, emitido por dicho tribunal;

2°. Que, en la misma resolución citada en el párrafo anterior, esta Sala dispuso, entre otras medidas, la suspensión del aludido proceso judicial, que se despachara oficio al tribunal que conoce de él a los efectos de que se dejara constancia de dicha resolución y remitiera copia autorizada de las principales piezas del proceso y, para pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento, confirió traslado, por cinco días, al Ministerio Público;

3°. Que, a fojas 131, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, contestó el traslado conferido;

4°. Que, a fojas 142, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, remitió copia de las piezas principales de la gestión judicial en que incide este requerimiento, lo que se tuvo por cumplido a fojas 195;

5°. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6°, de la Constitución Política de la República, señala que es atribución de este Tribunal “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”;

6°. Que, en el mismo orden de ideas, el inciso undécimo del aludido artículo 93 de la Carta Fundamental dispone: “*En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del*

precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”;

7°. Que, asimismo, el artículo 82, inciso primero, de la Ley N^º 17.997, orgánica constitucional de esta Magistratura establece que “*para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales*”;

8°. Que la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, consagra, en su artículo 79, lo siguiente: “*En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

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

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

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

9°. Que, por otra parte, el artículo 84 de dicha Ley Orgánica Constitucional establece que:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6° *Cuando carezca de fundamento plausible.*

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

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

10°. Que la inaplicabilidad es un mecanismo de control concreto de constitucionalidad de la ley establecido por la Constitución Política de la República con el objeto de resolver si una disposición de jerarquía legal que puede ser derecho aplicable en un asunto pendiente de resolución por los tribunales ordinarios o especiales, produce o no en ese caso un efecto contrario a las normas constitucionales que son invocadas en el respectivo requerimiento;

11°. Que de conformidad a las disposiciones precedentemente enunciadas, el requerimiento de autos no puede prosperar y ser declarado admisible, desde el momento que no se condice con la finalidad de la acción de inaplicabilidad y, a su vez, no impugna una norma pertinente a la cuestión debatida en la gestión en actual tramitación;

12°. Que, la disposición impugnada señala: "Si la resolución judicial hubiere sido objeto de recurso por un solo interviniente, **la Corte** no podrá reformarla en perjuicio del recurrente." En relación al texto transcrito se solicita la declaración de inaplicabilidad de la expresión "la Corte", por cuanto, de esta manera, se haría extensiva la prohibición de la *reformatio in peius*, que esa norma establece en relación a los recursos, al pronunciamiento del tribunal de reenvío, esto es del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, el que conocerá del asunto luego de que la primera sentencia condenatoria dictada por el mismo fuera anulada por la Corte de Apelaciones a petición del imputado que actualmente requiere en estos autos;

13°. Que, en diversos pronunciamientos, este sentenciador ha declarado la inaplicabilidad de una expresión, una frase o inciso de un artículo y ha precisado que el requisito de la acción consistente en que se impugne un precepto legal se da por cumplido en aquellas ocasiones. Al efecto se ha razonado que "una unidad de lenguaje debe ser considerada un 'precepto legal', a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución" (STC roles N^{os} 626 y 944). De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino autárquica o, en otros términos, que se baste a sí misma" (STC roles N^{os} 626, 944, 1.204, 1.416, 1.535, 1.254, entre otras);

14°. Que, sin embargo, en este caso no se produce la situación antes descrita pues, como fuera señalado, la impugnación no se relaciona con la finalidad que el constituyente ha considerado al consagrar la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y, en ese sentido, no resulta razonablemente fundado, desde el momento que no se pretende mediante

la acción interpuesta que se inaplique un precepto legal por ser contrario a la Constitución, sino más bien, alterar la institución desarrollada en la disposición objetada, esto es, la *reformatio in peius*, ampliando su campo de aplicación a una gestión judicial para la que no ha sido dispuesta por el legislador y, de esta manera, en el fondo, se pretende que esta Magistratura pase a ser un legislador, todo lo cual escapa de la esfera propia de la acción de inaplicabilidad;

15°. Que, cabe precisar que en otras ocasiones también se ha declarado la inadmisibilidad de requerimientos en los que se impugna un vocablo contenido en un artículo, por motivos que, como es posible apreciar, también se hacen predicables en la especie. En efecto, en autos Rol N^º 1.212 se pronunció la inadmisibilidad de la acción interpuesta atendido que la frase impugnada no se puede considerar en términos aislados toda vez que junto al resto de lo preceptuado en el artículo conformaba “*un todo armónico e indivisible o una unidad de lenguaje con el resto del precepto que puede producir efectos jurídicos*”. En la especie, similar cuestión se presenta atendido que el sentido y alcance con que fue redactado el artículo 360 del Código Procesal Penal es un todo armónico que manifiesta la voluntad del legislador en orden a consagrar la *reformatio in peius* en materia de recursos, siempre y cuando se mantengan cada una de las expresiones que en él se contienen;

16°. Que de todo lo dicho si bien se comprende la falta de fundamento razonable del requerimiento, se desprende al mismo tiempo que el precepto legal reprochado no resulta aplicable ni decisivo para el proceso penal pendiente, atendido que, como se señaló, se encuentra inserto en un artículo que regula una institución establecida en relación al régimen recursal y sólo podría resultar aplicable y decisorio en el evento que esta Magistratura se constituyera como legislador alterando, mediante la declaración de inaplicabilidad solicitada, la redacción del precepto en orden a hacerlo extensivo, como lo solicita el requirente, a la gestión constituida por el segundo juicio oral a realizarse;

17°. Que, en consecuencia, atendido el mérito de los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha logrado convicción que la acción constitucional deducida no puede prosperar, atendido que no cumple con las exigencias constitucionales y legales precedentemente aludidas, esto es, encontrarse el requerimiento fundado razonablemente, y que la aplicación del precepto legal objetado tenga un carácter decisivo en la gestión judicial pendiente, por lo que debe declararse inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N^º 6°, e inciso undécimo, de la Constitución y en el artículo 84 y demás pertinentes de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno.

Se deja sin efecto la suspensión decretada a fojas 121, oficiándose a este efecto al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama.

Notifíquese por carta certificada a las partes de este proceso constitucional y comuníquese por oficio al el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, que conoce de la gestión judicial invocada en el libelo, para que deje constancia de esta resolución en el respectivo expediente.

Archívese.

Rol N° 2.028-2011

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

ROL N° 2.029-2011

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 237 DEL D.F.L.
N° 1, ESTATUTO DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS,
DEDUCIDO POR LA CORTE DE APELACIONES DE TALCA**

Santiago, ocho de enero de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 29 de junio de 2011, la Corte de Apelaciones de Talca ha deducido requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 237 del D.F.L. N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, en la causa sobre recurso de protección caratulada "*Lorena Paz Pérez Ramírez con Ejército de Chile*", que se encuentra actualmente pendiente ante dicha Corte, bajo el Rol N° 304-2011.

A fojas 122 rola la resolución de la Corte de 15 de junio de 2011 en que consta que, luego de la deliberación ocurrida con posterioridad a la vista del recurso, se observó que el referido artículo 237 podría resultar, en su aplicación, contrario a la Constitución, por lo que se resolvió, previo a decidir la admisibilidad del recurso, remitir el asunto a este Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre la eventual inaplicabilidad del precepto, suspendiendo en el intertanto el estado de acuerdo.

Por presentación posterior, de 26 de julio del mismo año, conforme a lo ordenado por esta Magistratura Constitucional, la Corte de Talca complementa su requerimiento y precisa que el conflicto constitucional que plantea está dado por que el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, en su artículo 232, establece que *“tanto los accidentes ocurridos en acto del servicio como las enfermedades derivadas de éste y las enfermedades profesionales, se verificarán previa instrucción de una investigación sumaria administrativa dispuesta por la autoridad competente (...)”*, agregando el artículo 233 que la investigación sumaria podrá iniciarse de oficio por la autoridad o por denuncia del afectado o de sus asignatarios, y el artículo 234 señala que la Comisión de Sanidad informará respecto del personal que, teniendo salud compatible con el servicio, se encuentre con su capacidad limitada para cumplir con determinadas exigencias del mismo o de su especialidad.

Por su parte, el artículo 237, impugnado, dispone que la existencia de las enfermedades invalidantes, así como su carácter permanente, que inutiliza al afectado para continuar desempeñándose en el servicio y que, además, le significa la pérdida de la capacidad de trabajo para desempeñar un empleo o contrato de trabajo remunerativo, serán calificadas exclusivamente por la Comisión de Sanidad, sin necesidad de investigación sumaria administrativa, sirviendo el informe que emita la Comisión para acreditar la existencia de todos estos requisitos.

Esta norma, indica la Corte, excluiría un debido proceso al entregar la decisión a la Comisión de Sanidad sin ajustarse a un sumario administrativo, como ocurre con las situaciones del artículo 232 citado, y sin considerar la posibilidad de recurrir respecto de lo que resuelva dicha Comisión, lo que podría constituir una infracción a las normas del artículo 19, N^º 3^º, constitucional, afectando la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, al impedirse una adecuada defensa del afectado.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 4 de agosto de 2011, admitió a tramitación el requerimiento y por resolución de 8 de septiembre del mismo año lo declaró admisible.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de las partes de la gestión judicial en que incide: la recurrente de protección, señora Lorena Paz Pérez Ramírez, y el recurrido, Ejército de Chile, a fin

de que hicieran uso de su derecho a formular observaciones a la acción de autos.

Con fecha 14 de octubre de 2011, a fojas 168, la abogada Jimena Cavalla Zapata, en representación de Lorena Pérez, formuló observaciones al requerimiento.

Comienza señalando que su representada interpuso la acción cautelar de protección, fundada en que la Comisión de Salud del Ejército, en la Resolución 405, de 1° diciembre de 2010, le diagnosticó un trastorno de personalidad límite con rasgos obsesivos y concluyó que no era apta para continuar al servicio de la institución, y que a su respecto no concurría una enfermedad profesional ni su afección tenía relación causal con actos de servicio, invocándose al efecto el artículo 237 impugnado, siendo la decisión de la Comisión de Salud del Ejército la que sirvió de sustento a su baja de la institución, sin que le correspondiera una inutilidad de II clase, no susceptible de revisión ni de recurso alguno, habiéndosele así privado de su fuente laboral con el solo mérito de dicha resolución. Además, el Ejército de Chile, al informar el recurso de protección, también ha invocado el artículo 237 impugnado.

Agrega que el artículo 237 objetado no fue objeto de control preventivo por este Tribunal y que la norma emplea la expresión “exclusivamente”, a diferencia del artículo 66, inciso final, de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, que esta Magistratura declaró ajustado a derecho en el control preventivo, precepto este último que no contempla dicha expresión, sin que esta disposición haya sido invocada por el Ejército. Precisamente es el vocablo “excluir”, contenido en el artículo 237, el que determina que respecto de su representada la decisión de la Comisión de Sanidad que motiva su baja no sea susceptible de recurso alguno, impidiendo que pueda ser revisada y conculcando el debido proceso garantizado en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución, así como en disposiciones de tratados internacionales que tienen categoría de normas constitucionales al tenor del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, como son los artículos 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –normas que, en lo sustancial, consagran el derecho al recurso judicial–, concluyendo que el estándar mínimo de la garantía constitucional del debido proceso no se cumple en la especie.

Por otro lado, manifiesta que no comparte lo sostenido por el Ejército en cuanto a que la resolución de la Comisión de Sanidad sea susceptible de los recursos de reposición y jerárquico subsidiario y del extraordinario de revisión, por aplicación supletoria de las normas de la Ley N° 19.880, toda vez que: 1°) cuando el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas ha estimado la procedencia de recursos, lo ha dispuesto expresamente. Luego, y conforme al artículo 1° de la Ley N° 19.880, las normas de esta

última ley recibirían aplicación supletoria sólo si el respectivo estatuto no hubiere contemplado recurso alguno en contra de las decisiones institucionales, presupuesto que no concurre en la especie; y 2º) porque en el evento hipotético e improbable de que se aplicara supletoriamente la Ley N^º 19.880, el Ejército vulneró el debido proceso al no dar estricto cumplimiento al artículo 41, inciso cuarto, de esta ley, pues no expresó en su resolución –debiendo hacerlo– los recursos que procedían, el órgano administrativo o judicial ante el cual debían interponerse y el plazo para ello, viéndose su representada obligada a interponer un recurso de protección para restablecer el imperio del Derecho.

Agrega que el procedimiento de calificación de la salud del personal de las Fuerzas Armadas lo desarrolla la Comisión de Sanidad de cada una de las respectivas instituciones, lo cual, a su juicio, no constituye vulneración de garantías constitucionales, pues se trata de una función técnica que desarrolla la Comisión. Tanto el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas como su Ley Orgánica Constitucional indican que la determinación de la existencia de enfermedades profesionales, muerte, lesiones y enfermedades en accidentes del servicio o a consecuencia del servicio requiere la instrucción de una investigación sumaria administrativa, reconociéndose un procedimiento en que el evaluado o afectado puede participar activamente, pudiendo solicitar y rendir prueba, lo que se condice con el debido proceso.

Sin embargo, el artículo 237 cuestionado no permite que el afectado se oponga, rinda prueba, ni solicite reconsideraciones, infringiendo garantías constitucionales y dejando en desprotección a quienes pertenecen a las instituciones castrenses, en comparación con quienes, sin formar parte de ellas, se encuentran en situaciones similares.

En efecto y en la especie, la Comisión de Sanidad calificó que la salud y las enfermedades que supuestamente aquejan a su representada, señora Lorena Pérez, eran enfermedades que no tenían el carácter de invalidantes permanentes, habiendo sido afectados sus derechos a la igual protección de la ley, pues se calificó su situación conforme a una normativa que no se condice con la supuesta condición que la aqueja, impidiéndole toda actuación y dejándola en indefensión. Todo ello a diferencia de lo que ocurre con quienes trabajan en el sector público o privado, sin pertenecer a una institución castrense, en que al momento de calificar su salud, ello se hace ante una Comisión Médica Regional dependiente de la Superintendencia de Pensiones, donde además existen interconsultas y exámenes, pudiendo el afectado participar y conocer el estado de su evaluación, y siendo, en todo caso, apelable la resolución sobre su invalidez.

Concluye cuestionando el procedimiento indicado en el artículo 237, en cuanto entrega a un órgano que es parte de la misma institución castrense, exclusivamente y sin investigación sumaria previa, la calificación

de invalidante permanente de una enfermedad, que en caso de ser así declarada, genera el retiro del funcionario con derecho a pensión, asimilándose a la declaración de invalidez del sistema no castrense, pero que, sin embargo, no contempla la injerencia del afectado, ni es apelable, conculcando el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental.

Con fecha 19 de octubre de 2011, a fojas 177, el General Juan Miguel Fuente-Alba Poblete, Comandante en Jefe del Ejército de Chile, formula observaciones al requerimiento, instando por su rechazo.

Al efecto, parte consignando que, como fundamento de la acción deducida en autos, la Corte de Talca ha establecido una comparación entre el artículo 232 del D.F.L. 1/1997, que establece que para el caso de determinación de una enfermedad profesional o de un accidente en acto de servicio debe seguirse la ritualidad de una investigación sumaria administrativa, y, por otra parte, el artículo 237 del mismo cuerpo legal, conforme al cual la existencia de una enfermedad de carácter invalidante es determinada sin dicha investigación por la Comisión de Sanidad, de modo tal que a juicio de la Corte sólo con la práctica del sumario se garantizaría el derecho a la debida defensa del afectado y su facultad de recurrir en contra de la resolución correspondiente. Agrega que, sobre el particular, cabe tener en consideración que la existencia de una enfermedad profesional, así como el hecho de que un accidente haya obedecido a un acto de servicio, demanda que junto a la evaluación médica se constate el vínculo entre la afección a la salud y la causa que le dio origen, circunstancia que escapa al conocimiento de los profesionales médicos y debe ser acreditada a través de los medios de prueba legales, lo que hace razonable instruir una investigación sumaria, sin perjuicio de que en cuanto a las consecuencias médicas el elemento de juicio fundamental siempre estará dado por el informe de la Comisión de Sanidad, conforme al artículo 234 del mismo Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

De manera coherente con ello, tratándose de la constatación de una enfermedad invalidante, cuya tipificación no exige acreditar un vínculo con el desempeño del funcionario, el legislador, en el artículo 237 cuestionado, ha considerado suficiente el pronunciamiento de la Comisión de Sanidad, sin que la falta de investigación sumaria determine una infracción del debido proceso administrativo.

Añade que este Tribunal Constitucional, en los autos Rol N° 109, declaró ajustados a la Constitución, entre otros, los artículos 65, 66 y 75 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, disposiciones que establecen idénticos procedimientos que los regulados en los artículos 232 y 237 del D.F.L. 1/1997, por lo que no habría fundamento para calificar mediante la presente acción de inaplicabilidad como inconstitucionales normas de idéntico contenido legal que las declaradas constitucionales con anterioridad.

Sin perjuicio de lo recién expuesto, afirma que de la mera atribución que el artículo 237 confiere a la Comisión de Sanidad para calificar la existencia de enfermedades invalidantes, y por el solo hecho de que la tramitación no se someta a la ritualidad de una investigación administrativa, no cabe inferir la infracción constitucional invocada. Ello por cuanto, siendo dicha Comisión integrante de un órgano de la Administración del Estado, a falta de una regulación legal especial, debe ajustar su actuar a las normas contenidas en la Ley N^º 19.880, conforme a cuyo artículo 2^º es aplicable a las Fuerzas Armadas. Por su lado, el artículo 1^º de esta ley dispone que sus preceptos son aplicables supletoriamente, a menos que la ley establezca un procedimiento administrativo diverso, cuyo no es el caso del artículo 237 ni de las demás disposiciones del D.F.L. 1/1997, que no establece procedimiento especial alguno para el funcionamiento de la Comisión, siendo así procedentes, conforme a los artículos pertinentes de la Ley N^º 19.880, los recursos de reposición y jerárquico subsidiario, así como el recurso extraordinario de revisión, además de que al interesado le asisten los derechos de acceder a las actuaciones, formular alegaciones y aportar documentos.

En consecuencia, de las normas legales aplicables al ejercicio de la facultad que el artículo 237 impugnado confiere a las Comisiones de Sanidad institucionales, no cabe sino colegir que éstas satisfacen plenamente las garantías constitucionales del artículo 19, N^º 3^º, de la Constitución, en atención a que dicha atribución ha de sujetarse al debido proceso administrativo y a la impugnabilidad de los actos administrativos, conforme a la Ley N^º 19.880.

Con fecha 21 de octubre de 2011 se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla, agregándose en la Tabla de Pleno del día 8 de mayo de 2012, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, en la que se oyó la relación y los alegatos de los abogados Guillermo Mestre Aravena, por la recurrente de protección señora Lorena Pérez Ramírez, y Marcelo Chandía Peña, por el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Ejército de Chile.

Y CONSIDERANDO:

I

LA NATURALEZA DE LA GESTIÓN PENDIENTE

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

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto fundamental señala: *“En el caso del número 6^º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera*

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

SEGUNDO. Que la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, en la causa sobre recurso de protección caratulada “*Lorena Paz Pérez Ramírez con Ejército de Chile*” que se encuentra actualmente pendiente ante dicha Corte, bajo el Rol N° 304-2011;

TERCERO. Que el precepto legal impugnado en este requerimiento dispone lo siguiente:

“Artículo 237. Las enfermedades invalidantes de carácter permanente a que se refiere la Ley N° 18.948, serán las comprendidas como acciones de medicina preventiva en la Ley N° 19.465 y las que determine el reglamento correspondiente.

La existencia de estas enfermedades, como asimismo su carácter permanente, que inutiliza al afectado para continuar desempeñándose en el servicio y que, además, le significa la pérdida de la capacidad de trabajo para desempeñar un empleo o contrato de trabajo remunerativo, serán calificados exclusivamente por la Comisión de Sanidad de la respectiva institución, sin necesidad de investigación sumaria administrativa, sirviendo el informe que emita dicha Comisión para acreditar la existencia de todos estos requisitos.”;

CUARTO. Que, tal y como se ha indicado en la parte expositiva de esta sentencia, el requerimiento materia de autos solicita a esta Magistratura pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo precitado, puesto que “podría ser inaplicable por resultar su aplicación contraria a la Constitución, (motivo por el cual la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca) resuelve, en conformidad a lo preceptuado en el N° 6 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, remitir estos antecedentes para el conocimiento del Excmo. Tribunal Constitucional a objeto de que, previo estudio de su admisibilidad, conforme a lo prevenido en la disposición citada, resuelva lo anterior” (sic, con énfasis agregado). Por tanto, el requerimiento no determina por sí mismo el modo en que se produce la infracción a algún precepto constitucional. Sin embargo, los antecedentes materiales de la eventual vulneración de derechos fundamentales se encuentran explicados por la parte en el recurso de protección, a los cuales se remite la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca. Ninguna de las partes en este proceso constitucional duda respecto de que la garantía constitucional

del artículo 19, N^º 3^º, de la Constitución es la materia fundamental del mismo, cuestión que determinó la admisibilidad del requerimiento por la unanimidad de la Primera Sala del Tribunal Constitucional;

II

ANTECEDENTES Y CRITERIO INTERPRETATIVO ESENCIAL

QUINTO. Que este caso afecta a una ex Oficial de Ejército, la Ste. (ORASA) Lorena Pérez Ramírez, reincorporada al servicio activo en el Ejército el 1^º de octubre de 2008 y notificada de su baja de la institución por Resolución N^º 405, de 1^º de diciembre de 2010, de la Comisión de Sanidad del Ejército, luego de ser diagnosticada por una enfermedad invalidante no profesional y de carácter permanente;

SEXTO. Que en esta sentencia nos guiaremos por un criterio interpretativo tan simple como inexplorado: los integrantes de las Fuerzas Armadas son personas que ejerciendo sus derechos adscriben libremente a una profesión y función pública. En cuanto personas, tienen todos y cada uno de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza a todos, puesto que su titularidad está expresamente reconocida en el artículo 5^º y en el encabezado del artículo 19 del texto fundamental. A partir de su decisión individual y de su aceptación institucional expresada en la incorporación a sus escuelas matrices y a sus plantas profesionales (artículos 102 y 105 de la Constitución), ingresan a una profesión militar dotada de características únicas en la Administración del Estado de Chile. Ingresan a cuerpos armados esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados. Todos estos atributos contribuyen al capital institucional de las Fuerzas Armadas de Chile y su cumplimiento es un ejercicio sistemático de configuración de un *ethos militar* al cual contribuye cada uno de los integrantes de las Fuerzas Armadas. Estos atributos confieren además especiales características a la profesión militar.

La estructura jerárquica de la organización impregna la persona del militar y no sólo la función. Por lo mismo, un militar de grado inferior obedece a todo superior y no sólo a su jefe. Su vínculo es un encadenamiento de jerarquías para reflejar una solicitud en el llamado “conducto regular”. Es un ejercicio permanente por la adscripción voluntaria a ese régimen disciplinario. Y por lo mismo se traduce en la intensidad del deber de obediencia, en orden a que las decisiones del inferior son y constituyen responsabilidad del superior, cuestión que en la administración civil no existe. Por lo tanto, hay intensa jerarquía personalizada y un régimen sancionatorio despersonalizado, afectando las decisiones de este continuo. La diferencia radical termina por consumarse en el hecho de que la profesión militar importa una total disponibilidad y entrega, al extremo de la vida si es que fuera necesario.

Sin embargo, nada de este *ethos militar* debe ir contra el texto constitucional. Los derechos de los militares no siempre tienen el mismo alcance y eficacia que el de otros, siempre que expresamente el constituyente y el legislador hayan previsto diferencias legítimas, objetivas y justificables. Por tanto, partimos de la base del necesario reconocimiento de los derechos fundamentales de los militares, modulando el alcance de algunos de ellos y configurando procedimientos de garantías diversos a los habituales, a objeto de conciliar los derechos de las personas con la condición jerárquica, disciplinada, obediente, no deliberante y profesional de las Fuerzas Armadas;

SÉPTIMO. Que la naturaleza de la profesión militar y la condición de sujeción especial a un estatuto reforzado de deberes que modula los derechos individuales de cada uno de sus integrantes, requieren necesariamente una explicación previa de las normas dentro de las cuales se insertan las reglas de salud y enfermedad aplicables al sector. Todo lo anterior, sin corresponderle a esta Magistratura realizar un juicio de legalidad de estas normas;

OCTAVO. Que el propio artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional distingue dos modalidades de calificación de enfermedades invalidantes de carácter permanente: las de causales tasadas por el legislador en la Ley N° 19.645 y las que se determinen discrecionalmente mediante reglamento.

En el primer caso, de causal legal tasada, hay que remitirnos a los artículos 19 y 20 de la Ley N° 19.645, que disponen lo siguiente:

“Artículo 19. Para los efectos de esta ley, la medicina preventiva es aquella que tiene por objeto promover y proteger el estado de salud del personal en servicio activo de las Fuerzas Armadas y detectar precozmente el desarrollo de enfermedades crónicas o derivadas de sus funciones y que puedan producir incapacidad para el trabajo, o la muerte.

Artículo 20. La medicina preventiva comprenderá los exámenes para pesquisar toda enfermedad cuyo diagnóstico y terapéutica precoz prevengan una evolución irreversible, tal como tuberculosis, cáncer, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, cardiopatías, enfermedades de transmisión sexual, etcétera.

Incluye también las acciones y programas de protección e identificación de condiciones que representen riesgos de accidentes del servicio, de enfermedades profesionales y de enfermedades asociadas a deficientes condiciones de saneamiento del ambiente laboral.”.

En cambio, el segundo caso, de fuente discrecional, resultante de la remisión a la Ley Orgánica Constitucional (N° 18.948) de las Fuerzas Armadas, se define como un desarrollo normativo de la regla autorizante que está contemplada en el artículo 66, inciso final, de este cuerpo legal y que dispone lo siguiente:

“Enfermedad invalidante de carácter permanente es aquella que inutiliza a los afectados para continuar desempeñándose en el servicio y que les significa la pér-

didada de la capacidad de trabajo para desempeñar un empleo o contrato de trabajo remunerativo, así calificado por la Comisión de Sanidad de la respectiva Institución.”.

Por tanto, la discrecionalidad de origen no está fundada en la posibilidad de regular una potestad complementaria a la dispuesta por la Ley N^º 19.645, mediante reglamento, sino que la determinación calificatoria de la naturaleza de la enfermedad reside en la decisión de la Comisión de Sanidad de la respectiva institución;

NOVENO. Que, como los preceptos aludidos lo refieren, es esencial identificar las normas que regulan el funcionamiento de las Comisiones de Sanidad y, especialmente, su facultad de declarar aquellas enfermedades invalidantes de carácter permanente;

DÉCIMO. Que las Comisiones de Sanidad institucionales no tienen una regulación orgánica ni procedimental en la Ley Orgánica Constitucional N^º 18.948, de las Fuerzas Armadas, ni en el Decreto con Fuerza de Ley N^º 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. Ello contrasta con el conjunto de sus atribuciones que, sin ser exhaustivos en su análisis, revela significativas competencias que partiremos ejemplificando con la disposición del artículo 234 del Decreto con Fuerza de Ley N^º 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas:

“Art. 234. El examen físico y psíquico del personal, la determinación de su capacidad para continuar en el servicio o la clase de inutilidad que pudiera corresponderle será efectuado, exclusivamente, por la Comisión de Sanidad de cada Institución. (...) El informe de la Comisión de Sanidad servirá de elemento de juicio a la resolución de la autoridad competente.”.

A partir de esta atribución central de monitoreo del estado físico y psíquico del personal se ordena todo el conjunto de atribuciones de las Comisiones de Sanidad institucionales. Ésta es esencial en la determinación de la aptitud física y psíquica exigible para el desempeño del servicio que debe cumplir cada militar durante toda su carrera profesional. En torno a ella, el aludido D.F.L. N^º 1 organiza otras atribuciones de las Comisiones de Sanidad, las que, a saber y sólo a título ejemplar, pueden: informar previamente a la Junta de Selección para resolver la permanencia en servicio activo del afectado por un accidente o enfermedad (artículo 77); declarar actividades nocivas para la salud (artículo 227); informar sobre la recuperabilidad de capacidades o habilidades de una persona para el servicio activo (artículo 229, literal b); extender licencias médicas (artículo 230), entre otras;

DECIMOPRIMERO. Que, en cuanto a su institucionalidad, el Reglamento de Organización de la Comisión de Sanidad del Ejército fue aprobado por Decreto Supremo N^º 87, de la Subsecretaría de Guerra, Ministerio de Defensa Nacional, el 2 de noviembre de 2005 y publica-

do en el Boletín Oficial del Ejército. En él se facultó, adicionalmente, al Comandante en Jefe del Ejército para que “*mediante documentos ejecutivos internos, proceda a dictar las disposiciones de detalle que complementen el presente reglamento*”.

De acuerdo al artículo 1° del mencionado Reglamento, “*la Comisión de Sanidad del Ejército es un organismo asesor de carácter técnico, que tiene por misión constatar, evaluar, declarar o certificar el estado de salud, la capacidad de trabajo o recuperabilidad de los estados patológicos del personal del Ejército en servicio activo o en retiro y de las demás personas que determinen las leyes y reglamentos, con el fin de permitirles la obtención de beneficios estatutarios, laborales, asistenciales y previsionales, así como para que el Ejército y otras entidades que determinen la ley o los reglamentos puedan adoptar las medidas que en tales situaciones sean procedentes. Emitirá sus informes o dictámenes a requerimiento del Comandante en Jefe o del Director del Personal del Ejército, a petición del interesado y en todos aquellos casos en que las leyes o reglamentos requieran su intervención.*”;

DECIMOSEGUNDO. Que, en cuanto a su integración, la Comisión de Sanidad del Ejército está integrada por:

a. El Jefe de Sanidad del Ejército, que la presidirá.

b. El Jefe del Depto. I. “Médico” de la Jefatura de Sanidad del Ejército, quien reemplazará al Presidente de la Comisión de Sanidad en caso de ausencia o impedimento.

c. Un Oficial de Sanidad del grado de Coronel o Teniente Coronel, propuesto por el Presidente de la Comisión de Sanidad y designado por el Comandante en Jefe del Ejército.

d. Uno o más médicos especialistas, designados por el Presidente de la Comisión de Sanidad cuando éste lo estime necesario. Estos especialistas deberán, preferentemente, pertenecer a la Institución, pero si no los hubiere podrán ser designados uno o más ajenos a ella.

e. Un Oficial de Justicia, designado por el Comandante en Jefe del Ejército, que asesorará en materias jurídicas, pero sólo con derecho a voz. De sus opiniones se dejará constancia en el acta y en el correspondiente informe.

f. Un Oficial Superior o Jefe de la Dirección del Personal del Ejército, quien asesorará en materias propias de personal, con derecho a voz.

El quórum para sesionar será la totalidad de sus miembros. En caso de ausencia o impedimento de los miembros señalados en las letras a. y b. precedentes, serán reemplazados por quienes deban subrogarlos en sus respectivos cargos.” (Artículo 2° del Reglamento de Organización de la Comisión de Sanidad);

DECIMOTERCERO. Que, en cuanto a las normas de especificación de los acuerdos y su impugnabilidad, las normas reglamentarias disponen que:

“Los acuerdos de la Comisión de Sanidad del Ejército no serán susceptibles de recurso alguno.

No obstante lo anterior, la Comisión podrá, de acuerdo a nuevos antecedentes, modificar o complementar las conclusiones a que hubiere llegado con anterioridad,

siempre que la autoridad a quien corresponda resolver aún no hubiere emitido un pronunciamiento definitivo.” (Artículo 16 del Reglamento de Organización de la Comisión de Sanidad);

III

PRECISIONES SOBRE LA NORMA IMPUGNADA

DECIMOCUARTO. Que las normas legales invocadas son sólo un marco de referencia para enmarcar el presente proceso constitucional y su explicación no constituye un pronunciamiento formal acerca de su aptitud para generar o no efectos inconstitucionales. Particular relevancia requiere el pronunciamiento que tuvo esta Magistratura en la STC N^º 109, relativa al control preventivo de constitucionalidad de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas (N^º 18.948), en especial, en relación con sus artículos 65, 66 y 75, que dicen relación con diversos aspectos de las enfermedades invalidantes. La declaración de que determinadas normas se encuentran conformes a la Constitución sin una explicación circunstanciada, no impide ni puede impedir la interposición de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que aluda a ellas, en la medida que se acredite que generan efectos inconstitucionales. Esta Magistratura ha especificado el punto en la STC Rol N^º 1.710 en los siguientes términos: *“únicamente procede declarar la inadmisibilidad de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en razón de un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional, concurriendo tres requisitos copulativos: a) que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado expresamente conforme a la Constitución, b) que el pronunciamiento previo en cuestión haya sido emitido en un control preventivo o conociendo de un requerimiento, y c) que se invoque el mismo vicio que fue materia de la respectiva sentencia previa”* (STC Rol N^º 1.710, c. centesimosexgaesimocuarto);

DECIMOQUINTO. Que resulta evidente que el artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N^º 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, es diferente y constituye una norma de desarrollo de los mandatos del legislador orgánico. Por tanto, no se comunica ni puede comunicarse con un pronunciamiento de constitucionalidad que no tiene la aptitud para resolver esta acción de inaplicabilidad y será justamente aquélla la norma sobre la cual se pronunciará esta Magistratura;

IV

NATURALEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE LA COMISIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO

DECIMOSEXTO. Que, descritas las normas coadyuvantes que inciden en la cuestión, definiremos la naturaleza de la decisión de los acuer-

dos de la Comisión de Sanidad del Ejército, puesto que es esencial distinguir si éstos son actos administrativos, cuál sería su naturaleza, cómo se vinculan con las decisiones de los mandos militares y cómo concurre la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos como marco procedimental supletorio;

DECIMOSÉPTIMO. Que lo primero es distinguir el acuerdo de la Comisión de Sanidad respecto de la resolución de los mandos militares. La Resolución N° 405/2010, después de identificar el diagnóstico de la Ste. Lorena Pérez Ramírez, sostiene lo siguiente:

“RESOLUCIÓN: Esta Comisión de Sanidad del Ejército ha determinado que la STE. LORENA PAZ PÉREZ RAMÍREZ no es apta para continuar al servicio de la Institución. Su estructura de personalidad no es modificable, siendo incompatible con la vida militar. No es enfermedad profesional. No le corresponde Inutilidad de II Clase, según lo estipulado en el artículo 231 del DFL (G) N° 1, 1997, “Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas”, complementado con lo establecido en el D/S EMDN.DEAG ® N° 77 de 03.MAR.1997. Mayor REINALDO ROSAS BENITO, Secretario Comisión de Sanidad Ejército, y General de Brigada Oscar Boettiger Bacigalupo, Presidente Comisión de Sanidad del Ejército”.

De esta resolución se deducen consecuencias. Primero, que el retiro o la baja de la institución de la Ste. Pérez no tiene por fundamento o antecedente este acto sino que es él mismo el que materialmente procede a declarar que *“no es apta para continuar al servicio de la Institución”*. Segundo, que las resoluciones o decretos posteriores son actos de formalización de esta decisión y que, si bien existe un margen de apreciación para cambiar esta definición, ello exigiría un incremento de la motivación del acto que sería superlativa. Tercero, que en ella se determinan los beneficios o gravámenes a los cuales se tiene o no derecho: *“no le corresponde Inutilidad de II Clase”*.

Con ello, la relación con la determinación formal de los mandos militares es de sujeción técnica determinante y vinculante a lo dispuesto por la Comisión de Sanidad;

DECIMOCTAVO. Que es necesario descomponer la naturaleza de este acto-acuerdo de la Comisión de Sanidad del Ejército a objeto de precisar frente a qué tipo de acto administrativo nos encontramos, así como identificar su naturaleza y, en consecuencia, ver cómo concurren las garantías constitucionales que se estiman transgredidas en la causa *sub lite*;

DECIMONOVENO. Que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (N° 19.880) acoge dos aproximaciones diferentes de lo que son los actos administrativos. Por una parte, está la perspectiva restringida que entiende que el acto administrativo es una **decisión**. Y, por la otra, una concepción amplia que asume el acto administrativo como una mera **manifestación de voluntad**.

La noción restringida tiene texto y definición expresa en el inciso segundo del artículo 3° de la Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Admi-

nistrativos, e indica que “*se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.*” A lo largo de dicha ley se pueden encontrar significativas referencias a la concepción restringida: así, en el artículo 8^º, en torno al principio conclusivo del “*acto decisorio*”; en el artículo 14, explicando el principio de inexcusabilidad como aquel que conduce a “*dictar resolución expresa en todos los procedimientos*”; o en el artículo 18, que definiendo el procedimiento administrativo enfatiza que éste “*tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal*”; o, por último, en el artículo 41, que definiendo los elementos del contenido de la resolución final dispone claramente que “*las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada (...)*”;

VIGÉSIMO. Que, por el contrario, la noción amplia, que entiende el acto administrativo como una mera manifestación de voluntad, parte también con una declaración meridianamente clara en el inciso tercero del artículo 3^º de la propia Ley N^º 19.880: “*Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.*”.

En esta dimensión, se inscriben algunas normas claves como los artículos 24, 37, 38 y 41 de la indicada Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, relativos a los informes como manifestaciones de voluntad estatal. En tal sentido, cabe indicar que el artículo 38 dispone sobre el valor de los informes que, “*salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.*” Y en cuanto a su procedimiento, “*se solicitarán aquellos informes que señalen las disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de requerirlos*” (artículo 37);

VIGESIMOPRIMERO. Que, en función de las explicaciones normativas y concepciones precedentes sobre lo que es acto administrativo, será relevante calificar cómo se inscribe el acuerdo de la Comisión de Sanidad del Ejército dentro de dichas categorías, a objeto de precisar el conflicto constitucional a resolver.

El acuerdo de la Comisión de Sanidad del Ejército se traduce en un informe vinculante para los mandos militares superiores, bajo forma de resolución decisoria, como acto técnico. Las características de este acto administrativo son las siguientes: es un acto de dictamen, por la naturaleza técnica del informe de la Comisión de Sanidad del Ejército y su destinatario militar. Es un acto desfavorable, puesto que determina un gravamen para el afectado. Es un acto de trámite, puesto que se inserta en un proceso administrativo que continúa y concluye con otros actos finales, pero que materialmente se encuentra determinado por este informe. Es un acto constitutivo, ya que configura un estado jurídico de

oficial en retiro, innovando en el estatuto personal previo. Es un acto de efectos particulares. Es un acto firme y no recurrible. Y es un acto complejo puesto que participan diferentes órganos en su perfeccionamiento, aun cuando el papel de la Comisión de Sanidad del Ejército es determinante;

VIGESIMOSEGUNDO. Que estas características, propias de una concepción amplia de acto administrativo, pugnan con varias normas de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, N° 19.880. En primer lugar, porque los actos desfavorables suponen la necesidad de que exista un nivel de habilitación normativa suficiente a efecto de limitar los derechos fundamentales del administrado. En segundo término, los actos de mero trámite no son impugnables como regla general, y sólo lo son “cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión” (artículo 15, inciso segundo, de la Ley N° 19.880). En tercer término, porque los actos de dictamen son facultativos y no vinculantes, “salvo disposición expresa en contrario” (artículo 38 de la referida ley), disposición que no sólo no existe sino que hay una regla de ínfimo rango en un sentido contrario. Cuarto, porque no son actos recurribles, por una disposición reglamentaria interna que impide interponer recurso alguno contra lo dispuesto por la Comisión de Sanidad del Ejército;

VIGESIMOTERCERO. Que el Ejército ha invocado la aplicación supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (N° 19.880) en los siguientes términos: “Como se hace evidente en la especie, ni el artículo 237, ni otras disposiciones del DFL-1/1997, establecen algún procedimiento especial para el funcionamiento de la Comisión de Sanidad institucional, por lo que corresponde aplicar las normas contenidas en la Ley N° 19.880. Entre los preceptos legales contenidos en la Ley 19.880 a los que debe someterse la Comisión de Sanidad, se incluyen, entre otros, los principios de impulsión de oficio, contradictoriedad, gratuidad, publicidad, imparcialidad, escrituración e impugnabilidad, reconocidos en el artículo 4 y regulados en los artículos 7, 10, 6, 16 y 5 del citado cuerpo legal, respectivamente. De conformidad al artículo 17 de la citada ley, a los interesados en el correspondiente procedimiento les asisten los derechos a acceder a las actuaciones pertinentes, formular alegaciones y aportar documentos, y, en general, ejercer cualquier otro derecho que les reconozcan la Constitución y las leyes. Específicamente, en cuanto a la impugnación de los actos administrativos se refiere, el artículo 59 de la Ley N° 19.880 otorga los recursos de reposición y jerárquico subsidiario. Su artículo 60 regula el recurso extraordinario de revisión. Sin perjuicio de lo anterior, la propia Administración se encuentra facultada para revisar, invalidar o revocar sus propios actos, de conformidad a los artículos 62, 53 y siguientes, y 61 de la Ley N° 19.880, respectivamente” (CJE General de Ejército Juan Miguel Fuente-Alba, fs. 181 y 182);

VIGESIMOCUARTO. Que la aplicación supletoria de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos es una cuestión de mera legalidad

que debe ceder frente al marco normativo fundamental que nos rige y debe ceñirse a la naturaleza de los efectos inconstitucionales invocados en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En primer lugar, porque hay normas constitucionales que disponen la naturaleza de las Fuerzas Armadas como cuerpos armados, esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados, que involucran una carrera profesional, altamente regulada y donde todos sus aspectos tienen una fuerte impronta normativa, reglamentaria y disciplinaria (artículos 101 y 105 de la Constitución) que configura un determinado *ethos militar* al que la Subteniente Lorena Pérez Ramírez estuvo plenamente sujeta. En segundo lugar, porque tal criterio cultural tiene sustento en reglas constitucionales expresas que acreditan a la profesión militar como una de aquéllas en donde hay relaciones de sujeción especial que no abrogan los derechos fundamentales de las personas sino que los modulan. En tal sentido, una norma dispone que el derecho a defensa jurídica, “*tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública (...) se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos*” (artículo 19, N^º 3^º, inciso segundo, de la Constitución). Estos dos mandatos constitucionales redundan en un reenvío a un cuerpo normativo propio que debe satisfacer las exigencias constitucionales formales y materiales de toda norma legal. Pero, especialmente, en donde el efecto cultural del *ethos militar* se manifiesta en el impedimento de apartarse de un patrón de conductas definido estatutariamente, en donde las garantías fundamentales no están precisadas, como lo indicaremos en el apartado siguiente. Tercero, porque el reenvío a la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos no puede resolver el conflicto constitucional de la causa que se origina en la potestad normativa que determina que las enfermedades invalidantes permanentes son calificadas “*exclusivamente por la Comisión de Sanidad*” (artículo 37 del D.F.L. N^º 1). Y, cuarto, porque la determinación supletoria de tal legislación opera sobre los actos formales externos, pero no tiene aptitud para desvirtuar técnicamente la decisión de fondo que da de baja al personal militar;

V

ARGUMENTOS PARA ACOGER EL REQUERIMIENTO

VIGESIMOQUINTO. Que, verificado cómo el artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N^º 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, regula el acto administrativo de la Comisión de Sanidad, cabe acoger el requerimiento por constituir dicho precepto una vulneración del artículo 19, N^º 3^º, de la Constitución, según los argumentos que se expondrán a continuación;

a. Es una norma que configura un acto administrativo excepcionalísimo en el derecho chileno.

VIGESIMOSEXTO. Que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos no constituye el cartabón de la declaración de inconstitucionalidad ni es función de la jurisprudencia constitucional calificar sus preceptos legales constitucionalizándolos. No obstante, es indiciaria de la naturaleza de las garantías que debe consultar la construcción de un procedimiento tipo. Por lo mismo, según lo expuesto anteriormente, el acto administrativo que caracteriza la determinación de la Comisión de Sanidad del Ejército, regulado por el artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, funciona siempre con los criterios contrarios a los establecidos por las reglas generales y basales del procedimiento administrativo, según lo indicaremos;

VIGESIMOSEPTIMO. Que, de esta manera, el artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que regula el acuerdo de la Comisión de Sanidad, es un informe vinculante, cuando la regla general es que los informes no lo son y carecen de valor determinante. Que la naturaleza vinculante de este acuerdo exige, por contrapartida, la garantía de su impugnabilidad, cuestión que el procedimiento interno descarta desarrollando el mandato del artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, puesto que es resorte “exclusivo” de la Comisión de Sanidad el pronunciar dicho acuerdo. Es un acto de trámite que, normalmente, no concluye la tramitación formal del procedimiento, pero genera tal indefensión que impide materialmente su continuación. Es un acto de gravamen que normalmente trae aparejado el derecho de impugnación, pero que aquí expresamente el artículo 237 del Estatuto descarta, según lo vimos. Es un acto constitutivo que genera derechos permanentes sin establecer el auxilio de garantías que permitan presentar las pruebas básicas para impugnar tal acción;

VIGESIMOCTAVO. Que estas características revelan la condición especialísima de un precepto legal que estructura este acto administrativo dentro del ordenamiento jurídico chileno en términos que exigen, ahora sí, ser confrontados con las garantías constitucionales que se estiman transgredidas;

b. Es un acto administrativo no sujeto a control por parte de la Contraloría General de la República.

VIGESIMONOVENO. Que, frente a la ausencia de controles administrativos aplicables en la legislación específica del sector, cabe analizar si es susceptible tal acto administrativo de ser objeto de control formal o

material por parte de órganos externos como la Contraloría General de la República;

TRIGÉSIMO. Que el tratarse de un acto administrativo de trámite, el cual es formalizado posteriormente mediante el decreto supremo respectivo que da de baja al oficial de la institución, nos lleva a la obligación de distinguir entre el acto administrativo inicial –acuerdo de la Comisión de Sanidad– y su refrendo en un decreto supremo. Este último puede ser objeto de control formal y respecto de él son plenamente aplicables la legislación sectorial y la supletoria propia de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. Sin embargo, respecto de la norma impugnada en el requerimiento, la reiterada jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, derivada, entre otros, de los Dicitámenes 7360/2001, 36337/2007, 67707/2009, 49091/2008, 49218/2009 y 545184/2010, ha calificado que los informes de las Comisiones de Sanidad de las Fuerzas Armadas son informaciones en que *“a ella no le corresponde revisar los antecedentes clínicos o elementos de juicio que hayan sustentado los informes de tal comisión, atendido su carácter eminentemente especializado y técnico”*. Por tanto, los controles posteriores sobre los actos formales terminales carecen de eficacia frente a la inimpugnabilidad técnica del acto trámite que les sirve de sustento, el que ni la Contraloría General de la República puede revisar;

c. Es una norma legal que configura un acto administrativo que lesiona diversas garantías del debido proceso.

TRIGESIMOPRIMERO. Que el artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N^º 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, origina las siguientes infracciones a diversas garantías integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, aseguradas por el artículo 19, N^º 3^º, de la Constitución: vulnera el derecho a defensa jurídica de un integrante de las Fuerzas Armadas, el derecho a aportar pruebas que desvirtúen la estimación médica y el derecho de revisión por un tribunal superior;

TRIGESIMOSEGUNDO. Que el artículo 19, N^º 3^º, inciso segundo, de la Constitución establece el derecho a defensa jurídica, mismo que *“tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, (...) se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos”*. Por tanto, modula el derecho a defensa jurídica reenviando su regulación a los estatutos respectivos, sólo en lo relativo a lo administrativo y disciplinario, dejando abierta la vía judicial. El núcleo del derecho de defensa jurídica es un derecho fundamental de naturaleza procesal, que se proyecta, sustantivamente, como interdicción de la indefensión y, formalmente, como principio de con-

tradición de los actos procesales. Cuando la regulación administrativa determina efectos de gravamen tan significativos como la baja o retiro del personal, determinados “*exclusivamente*” por la Comisión de Sanidad, nos encontramos con una decisión que no está acompañada de un procedimiento que permita ejercer un derecho a defensa jurídica. El artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, establece que las enfermedades invalidantes permanentes las califica la Comisión “*sin necesidad de investigación sumaria administrativa*”. La Constitución, por su parte, ha dispuesto reducir el derecho de defensa a un margen menor tratándose de personas que integran instituciones jerarquizadas, obedientes y disciplinadas como las Fuerzas Armadas. Pero ella no autoriza a abrogar el derecho o a limitarlo de tal manera que se afecte su contenido esencial generando indefensión. Por tanto, existe vulneración del derecho de defensa jurídica de un integrante de las Fuerzas Armadas;

TRIGESIMOTERCERO. Que el derecho a defensa incluye un derecho sobre los medios pertinentes de defensa, siendo esencial el tema de las pruebas. El derecho a aportar pruebas implica la aptitud procesal de presentar evidencias y tener derecho a impugnar aquellas que vulneren las pretensiones y derechos que se hagan valer. En este caso, tratándose de un informe psicológico sobre la persona afectada, se sostuvo en estrados, por el Consejo de Defensa del Estado, que la persona tenía derecho a impugnar en la misma entrevista. Sin embargo, el artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, es perentorio en materia de prueba: “*sirviendo el informe que emita dicha Comisión para acreditar la existencia de todos estos requisitos*”. Por tanto, las enfermedades invalidantes permanentes tienen por único medio de prueba acreditado y no desvirtuable el informe de la Comisión de Sanidad;

TRIGESIMOCUARTO. Que cabe preguntarse cómo se reinserta la recurrente en la vida civil con un diagnóstico que la califica como paciente de “*trastorno de la personalidad límite con rasgos obsesivos*”. Unilateralmente, la Comisión de Sanidad la había evaluado, adicionalmente, como una persona con “*síndrome depresivo caracteropático*”, cuestión desestimada posteriormente por la propia Comisión. Por tanto, tratándose de una evaluación psicológica que derivó en un cambio de los criterios con los que fue calificada inicialmente la personalidad de la requirente, cabe recordar una reciente jurisprudencia de este Tribunal acerca del alcance de estos instrumentos de prueba: “*La evaluación personal estaba vinculada con la función que se iba a desempeñar, no con la vida privada. Al respecto, debemos considerar, por de pronto, que la vida privada no se pierde por el hecho de postular a un cargo público. Los funcionarios, al igual que todas las personas, tienen aquellos derechos que su relación estatutaria, definida por el legislador, no haya limitado expresa e inequívocamente. Los funcionarios no son personas de segunda*

categoría ante la Constitución.” (STC Rol N^º 1.990, c. cuadragésimosegundo). En este caso, la caracterización sin derecho a defensa, sin posibilidad de impugnar pruebas, le impide, adicionalmente, una adecuada reinserción en el medio laboral, prolongando los efectos inconstitucionales de la aplicación normativa del artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, más allá de los supuestos que lo justificaban. Por tanto, la norma impugnada vulnera el derecho a aportar pruebas como parte integrante de las reglas del debido proceso garantizado en el artículo 19, N^º 3^º, inciso sexto, de la Constitución;

TRIGESIMOQUINTO. Que, finalmente, el precepto legal del Estatuto de las Fuerzas Armadas, tantas veces mencionado, impide la impugnación del acuerdo de la Comisión de Sanidad, siendo irrelevante que un reglamento adicionalmente impida todo recurso contra el mismo. Es la misma norma legal la que determina la inimpugnabilidad de la decisión. Es evidente que no todo acto es impugnabile y el margen de apreciación del legislador al respecto es relevante, pero en los considerandos vigesimoprimeros y trigésimos precedentes se han explicado los motivos que impiden un ejercicio razonable de la revisión de esta decisión en sede administrativa. No lo hace la Contraloría General de la República y los procedimientos administrativos no son aplicables por el propio artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. Por tanto, quedaría abierta la vía judicial de impugnación para revisar la decisión, que ha sido el camino adoptado por la recurrente;

TRIGESIMOSEXTO. Que, sin embargo, la vía judicial, tratándose de un integrante de las Fuerzas Armadas, constituye una severa falta a la disciplina consustancial al *ethos militar*. Sea porque constituye una forma de alterar el “*conducto regular*” o por ser el más grave cargo que pesa sobre un oficial en cuanto a no cumplir con las “*leyes, reglamentos y órdenes superiores*” (artículo 7^º del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas), la perspectiva de judicializar un asunto que le afecta en cuanto oficial en servicio activo puede llegar a tener el mismo efecto que se desea evitar mediante un debido proceso: dar de baja al oficial. Por tanto, la probable perfección de procedimientos judiciales en nada garantiza que se respete, a partir del artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N^º 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, el derecho a impugnar en sede administrativa o judicial, vulnerándose el artículo 19, N^º 3^º, de la Constitución;

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que, conforme a lo señalado, el artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N^º 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, resulta inaplicable, en la gestión pendiente ante la Corte de Apelaciones de Talca, al afectar el derecho a la defensa jurídica de un oficial de Ejército, el derecho a aportar pruebas y el derecho de impugnar los actos que lo afecten, en cuanto con ello se vulnera el debido proceso,

que está amparado por el artículo 19, N° 3°, incisos segundo y sexto, de la Carta Fundamental, que esta Magistratura debe respetar y proteger.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 19, N° 3°, y 93, N° 6°, de la Constitución Política de la República, así como en las normas pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

SE RESUELVE: QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO, SÓLO EN CUANTO A LA INAPLICABILIDAD EN LA GESTIÓN PENDIENTE DEL ARTÍCULO 237 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1, DE 1997, DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto (Presidente), Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señor Iván Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento planteado, sobre la base de las consideraciones siguientes:

ANTECEDENTES

1°. Que en el recurso de protección (fs. 69-81), constitutivo de la gestión pendiente en que incide este requerimiento, la reclamante cuestiona la “*calificación médica*” efectuada a su respecto por la Comisión de Sanidad del Ejército, el 1° de diciembre de 2010, consistente en el diagnóstico de que ella padecería un “*trastorno de la personalidad limitrofe con rasgos obsesivos*” (fs. 68).

Afección que viene confirmada por tres informes médicos, donde se reitera el mismo cuadro clínico, procedentes del Hospital Militar, expedidos los días 5 de julio (fs. 49), 14 de septiembre (fs. 59), y 19 de diciembre (fs. 66), todos de 2010, esto es seriados en el tiempo y suscritos por especialistas siquiátras, siendo uno de ellos su propio médico tratante. A lo que se suma otro dictamen de igual tenor proveniente de la Comisión de Sanidad de la II División de Ejército, de 16 de agosto de 2010 (fs. 54);

2°. Que en la citada acción de protección, además, se objeta que aquella evaluación forense configuraría un “*acto arbitrario*” porque, al no estar precedida de una previa investigación sumaria, se le habría impedido aportar otros antecedentes, solicitar la rendición de pruebas y, en definitiva, defenderse.

La recurrente, omitiendo indicar cuál evidencia en contrario se le habría vedado acompañar, en vez, solicita a la Corte de Apelaciones de Talca “*disponer la realización de un peritaje psiquiátrico a mi persona por el Servicio Médico Legal o el perito o institución que SSA estime conveniente*” (fs. 81), a lo que dicho tribunal resolvió en su oportunidad que “*atendida la naturaleza de la acción constitucional deducida, no ha lugar*” (fs. 84);

3°. Que, en ese mismo recurso de protección, lo que se pide a la Corte de Talca es declarar:

“1. Que la suscrita no padece del trastorno indicado en la resolución número 405 de la Comisión de Sanidad del Ejército”, y

“2. Que en vista de ello, sea declarado su retiro por causal legal, otorgándoles del beneficios consagrados en la ley en esos casos” (fs. 80);

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

4°. Que, en su requerimiento (fs. 130-131), la individualizada Corte contrasta que, mientras los accidentes en acto de servicio y las enfermedades profesionales se verifican previa investigación sumaria, el artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas establece que las enfermedades invalidantes de carácter permanente son calificadas, “exclusivamente”, por la Comisión de Sanidad, “sin necesidad de investigación sumaria”.

Para enseguida apuntar que ello excluiría un debido proceso, lo que infringiría el artículo 19, N^º 3°, constitucional, “al impedirle una adecuada defensa dentro de una investigación sumaria que considere, además, un sistema recursivo”.

Lo anterior, sin señalar qué contrapruebas, medios de contraste u otros antecedentes pudo o debió ponderar la comisión recurrida, ni indicar cómo, concretamente, tal supuesta indefensión se habría producido en sede castrense;

5°. Que, por lo tanto, dos aspectos del artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Decreto con Fuerza de Ley N^º 1, del Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Guerra, de 1997, aparecen relevantes de examinar.

El primero, es que se entregue “exclusivamente” a la respectiva comisión de sanidad institucional calificar la existencia de las enfermedades referidas en dicho precepto. El segundo, es que tal diagnosis pueda efectuarse “sin necesidad de investigación sumaria administrativa”;

ATRIBUCIONES “EXCLUSIVAS” DE LA COMISIÓN DE SANIDAD

6°. Que, tocante a lo primero, se recordará que la misma Ley N^º 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, después de señalar que el término de la carrera profesional tiene lugar, entre otras causas, por el retiro absoluto de los oficiales, en caso de que contrajeran alguna enfermedad declarada incurable (artículo 54, letra a), define –para lo que aquí interesa– que: “Enfermedad invalidante de carácter permanente es aquella que inutiliza a los afectados para continuar desempeñándose en el servicio

y que les significa la pérdida de la capacidad de trabajo para desempeñar un empleo o contrato de trabajo remunerativo, así calificado por la Comisión de Sanidad de la respectiva institución” (artículo 66, inciso final).

A su vez, el citado Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, reitera que: “*El examen físico y psíquico del personal, la determinación para continuar en el servicio o la inutilidad que pudiere corresponderle serán efectuados, exclusivamente, por la Comisión de Sanidad de cada Institución*” (artículo 234, inciso primero);

7°. Que, contrariamente a lo adjetivado en la sentencia que precede, una competencia como la reseñada no es ni “*excepcionalísima*” ni “*especial*” en el derecho chileno, habida cuenta que una situación análoga se presenta, como es sabido, con todo el personal de la Administración del Estado regido por los estatutos administrativos aprobados por las leyes N^{os} 18.834 y 18.883, cuya salud compatible con el desempeño del cargo solo puede certificarse por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez de la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Salud.

Cuya razón de ser enlaza con la necesidad de que la Administración emplee “*medios idóneos de diagnóstico*” tendientes a asegurar lo “*razonable e imparcial de sus decisiones*”, en función del principio de probidad, según exhorta la Ley N^o 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado (artículo 53);

8°. Que, así es, la expresión cuantificadora “*exclusivamente*” no traduce más que la radicación privativa y excluyente de una específica potestad en un determinado órgano subalterno, dentro de algún servicio u organización pública, según prevén los artículos 3°, inciso segundo, de la Constitución, y 33, inciso tercero, de la precitada Ley N^o 18.575, cuando tratan de la desconcentración que puede operar dentro en la Administración del Estado.

Se trata, pues, de la asignación de una competencia en exclusiva que aparece tanto más justificada, cuando se trata de salvaguardar pronunciamientos de naturaleza declarativa y esencialmente técnicos, como es el caso de los veredictos médicos especializados, en términos que sus conclusiones no puedan verse alteradas por ulteriores apreciaciones de conveniencia o mérito esgrimidas por autoridades superiores administrativas;

9°. Que, relativo al ejercicio de dicha potestad, cabe precisar que la Resolución N^o 405, de 1° de diciembre de 2010, de la Comisión de Sanidad del Ejército (fs. 68), recurrida de protección, comporta un acto administrativo decisorio o –lo que es igual– que expresa una voluntad. Puesto que, luego de diagnosticar que la afectada padece de un “*trastorno de la personalidad limítrofe con rasgos obsesivos*”, fundándose en los antecedentes singulares tenidos a la vista y en las premisas generales definidas por la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (fs. 108), dispone que “*no es apta para continuar al*

servicio de la Institución”, por ser dicha dolencia “*incompatible con la vida militar*”.

Decisión, esta última, que debió sancionarse posteriormente por el correspondiente decreto supremo que dispuso su alejamiento del Ejército, con arreglo al Decreto Ley N^º 2.306, de 1978, aplicable al personal de reserva llamado al servicio activo, por ser ésta la calidad funcionaria de la reclamante;

10°. Que el motivo y objeto de tal determinación, ponderados por un órgano especialista y colegiado, explican enseguida los acotados modos de impugnación que se franquean en su contra.

En efecto, según el tratadista don Eduardo Soto Kloss, “*dado que las potestades desconcentradas son atribuidas exclusiva y excluyentemente al órgano inferior dentro de la línea jerárquica del servicio, ente u organismo administrativo de que se trata, aparece evidente que no será posible jurídicamente hablando recurso jerárquico ante el superior*” (artículo 10 de la Ley N^º 18.575) “*por la sencilla razón que éste –cualquiera sea– carece de atribuciones jurídicas sobre la materia. Y si carece de ellas mal podría pronunciarse por la vía del referido recurso, el cual carece de la fuerza jurídica para atribuir potestades por el solo hecho de existir genéricamente en la ley de bases citada*” (Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, 2009, pág. 192);

11°. Que, en todo caso, se puede siempre interponer el recurso de reposición ante ese mismo órgano médico, conforme lo permiten la Ley N^º 18.575 (artículo 10) y el Reglamento de las Comisiones de Sanidad del Ejército, aprobado por Decreto N^º 87, del Ministerio de Defensa, de 2006 (artículo 16), hasta antes de que el cese de funciones se encuentre totalmente tramitado.

Ahora, como destaca el profesor Soto Kloss, respecto a la revisión de los actos emanados de órganos con poderes desconcentrados, lo dicho es sin perjuicio de las reclamaciones que se puedan presentar ante la Contraloría General de la República, “*o bien –y será lo más frecuente y eficaz– el control de ellos lo realizarán los tribunales ordinarios de Justicia por medio de las acciones que el agraviado por esos actos, hechos u omisiones deduzca en defensa o amparo de sus derechos vulnerados*” (Obra citada);

12°. Que, erradamente, el fallo que antecede aduce que la norma objetada obstaría la revisión contralora o judicial sobre el fondo del acto de que se trata (considerandos vigesimonoveno, trigésimo y trigésimoquinto), en circunstancias que ella no niega ni podría negar estos controles. Los que, incluso, pueden hasta escrutar la existencia material de los hechos en que se basa, si se ofrecen de contrario antecedentes que permitan desmentirlos o negarlos.

Otra cosa, muy distinta, es que tales instancias de fiscalización, en éste, como en otros muchos casos semejantes, usualmente se refrenen de sustituir la calificación profesional que puedan efectuar los órganos expertos,

comoquiera que una operación de esta índole implica determinar si tales hechos encuadran o no dentro de las leyes o principios universales de la respectiva ciencia o arte. Se trata, entonces, de un criterio jurisprudencial que se puede compartir o rechazar, pero que en ningún caso provee argumentos para cuestionar la constitucionalidad de la ley en que se sostiene el consiguiente acto administrativo de ejecución;

13°. Que, de *lege ferenda*, respecto de esta específica resolución de la Comisión de Sanidad, nada obstaría instaurar en el futuro otros medios de impugnación, distintos a los indicados recursos y reclamos, a dirimir por una nueva instancia especializada, así como por ejemplo prevé la Ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (artículos 76 y 77).

Mas, la ausencia actual de un arbitrio de esa categoría, no puede colmarla el Tribunal Constitucional con argumentos genéricamente reprobatorios y por vía simplemente interpretativa, desde que ha menester ley expresa para establecer nuevas competencias y formalidades administrativas, al tenor de los artículos 7°, inciso primero, 63, N°s 14 y 18, y 65, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución Política;

IMPROCEDENCIA DE INVESTIGACIÓN SUMARIA

14°. Que, en elementales términos estatutarios, la investigación sumaria o el sumario administrativo son legalmente exigibles solo en el orden disciplinario, a afectos de dar por establecida la eventual responsabilidad que le cabe a un funcionario, o a la respectiva institución, en una determinada situación irregular que les sería imputable.

Justamente porque estos conductos están encaminados a comprobar o descartar un demérito personal o una falta del servicio en el ámbito correctivo interno, la Ley N° 18.575 previene que: *“En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento”* (artículo 18, inciso segundo);

15°. Que, la citada Ley N° 16.744 no consulta la sustanciación de procesos administrativos para establecer la existencia de aquellos accidentes del trabajo que puedan lesionar al común de los funcionarios públicos, pero considerando el desempeño esencialmente riesgoso que se presta en las Fuerzas Armadas, el artículo 232 del Estatuto de su Personal dispone que *“los accidentes ocurridos en acto de servicio como las enfermedades derivadas de éste y las enfermedades profesionales, se verificarán previa instrucción de una investigación sumaria administrativa”*.

Puntualizando enseguida el artículo 233, inciso segundo, que *“la investigación sumaria tiene por finalidad comprobar si el accidente ocurrió en acto del servicio o si la enfermedad fue contraída como consecuencia de éste o bien fue causada directamente por el ejercicio de la profesión”*;

16°. Que, como es lógico desprender, el objetivo que se persigue en estos últimos casos, al disponer la instrucción de una previa investigación sumaria administrativa, consiste en clarificar si tales accidentes o enfermedades obedecen o no a alguna falta personal o de servicio, con vistas a corregir sus causas.

De donde se colige que la sola determinación de un estado de salud devenido incompatible con el desempeño del cargo, en cuanto no envuelve ninguna anomalía susceptible de algún juicio de reproche, no amerita incoar un procedimiento administrativo correctivo de aquella naturaleza, como recientemente entendiera este Tribunal en sentencia Rol N^º 2.024;

17°. Que, en estas condiciones y habida cuenta que el artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas no presupone cargos ni recriminaciones, no atinge reprocharle que afecte el “*derecho a defensa jurídica*” al omitir una innecesaria investigación sumaria administrativa, como echa en falta –en lo medular de su reflexión– la sentencia con que se disiente (cc. trigesimosegundo, trigesimotercero y trigesimoséptimo).

Formalidad que, por lo demás, no justifica jurídicamente su imposición en el fallo, como condición que imprimiría validez al diagnóstico de un cuerpo médico, colectivo y especializado, que por la propia complejidad de sus funciones estaría procediendo conforme a informes especializados y protocolos científicos preestablecidos, a satisfacción de metodologías universalmente aceptadas;

18°. Que, en fin, nada impide que durante la tramitación de un expediente médico, la competente comisión de salud institucional haga lugar al principio de contradictoriedad que asegura el artículo 10 de la Ley N^º 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. Si es que, obviamente, los interesados ejercen en algún momento previo a la decisión el derecho allí reconocido para “*aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio*”.

Pero tal como no corresponde al Tribunal Constitucional verificar el acatamiento de este principio en la práctica, por ser materia de los jueces del fondo, menos puede censurar una ley por inconstitucional sin antecedente alguno que de cuenta de su incumplimiento.

19°. Que, en consecuencia, estos Ministros disidentes estiman que, en la especie, la aplicación del artículo 237 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas no vulnera la garantía del artículo 19, N^º 3°, de la Carta Fundamental, referida al debido proceso legal, lo que fundamenta su rechazo al requerimiento deducido a fojas 1.

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

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N^º 2.029-2011

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

ROL N° 2.030-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38, INCISO QUINTO, DE LA LEY N° 18.933, VIGENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY N° 20.015, EN LA PARTE QUE ALUDE AL FACTOR ETÁREO, DEDUCIDO POR ANDRÉS LECAROS CONCHA

Santiago, trece de octubre de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, mediante presentación de 27 de septiembre de 2011 –a fojas 117–, el requirente Andrés Lecaros Concha ha solicitado a esta Magistratura Constitucional que se tenga a su parte por desistida de la acción deducida en estos autos;

2°. Que a los efectos previstos en el inciso tercero del artículo 46 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, mediante resolución de 16 de septiembre de 2011, el tribunal ordenó, para pronunciarse sobre la solicitud de desistimiento formulada, que se confiriera traslado a la Isapre Banmédica S.A y se comunicara la referida presentación al Presidente de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados, para que, dentro del plazo de cinco días, formularen las observaciones que estimaren pertinentes;

3°. Que consta en autos que ni la Isapre aludida ni los órganos constitucionales interesados evacuaron el traslado dentro de plazo, así como tampoco hicieron valer observación alguna respecto del desistimiento pedido ni manifestaron su oposición al mismo.

SE RESUELVE:

Ha lugar a la solicitud de fojas 117. Téngase al requirente por desistido de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida en autos y por terminado este proceso constitucional.

Notifíquese por carta certificada.

Archívese.

Rol N^º 2.030-2011

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Autoriza el Secretario Subrogante del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

ROL N^º 2.031-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 350
DEL REGLAMENTO SANITARIO DE LOS ALIMENTOS,
DECRETO 977 DE 1996, EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 3,
67 Y 169 DEL CÓDIGO SANITARIO,
DEDUCIDO POR MOLINO CAUPOLICÁN LTDA.

Santiago, siete de julio de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que a fojas 1, el 29 de junio de 2011, Molino Caupolicán Limitada, representada por don Patricio Bustamante Espiñeira, dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del “artículo 350 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, Decreto 977 de 1996, en relación a los artículos 3, 67 y 169 del Código Sanitario”, para que surta efecto en el reclamo de multa administrativa seguido ante el Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Rancagua, Rol N^º 5337-09;

2°. Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política de la República, señala que es atribución de este Tribunal “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”;

3°. Que, en el mismo orden de ideas, el inciso undécimo del aludido artículo 93 de la Carta Fundamental dispone: “En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”;

4°. Que, asimismo, el artículo 82, inciso primero, de la Carta Fundamental establece que “para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”;

5°. Que la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, consagra, en su artículo 79, lo siguiente: “En el caso del número 60 del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

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

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

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

6°. Que, por otra parte, el artículo 84 de dicha Ley Orgánica Constitucional establece que:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

7°. Que, luego del examen de los antecedentes, este Tribunal, atendida la naturaleza propia de la acción de inaplicabilidad, esto es, que tiene por objeto lograr la no aplicación de preceptos legales en un caso concreto, en razón de que dicha norma legal resulta contraria al Código Político, ha arribado a la convicción de que lo pretendido por el requirente no cumple con la razonabilidad aceptable o admisible para que prospere con el fundamento exigido para esta clase de acción constitucional;

8°. Que, en efecto, la acción de inaplicabilidad es una vía inidónea para determinar la aplicación o no de una norma reglamentaria que exige el límite mínimo o máximo de vitaminas en alimentos para humanos, cuestión que involucra un asunto de competencia del juez del fondo y no envuelve un conflicto de constitucionalidad concreto que deba ser resuelto en sede constitucional;

9°. Que, en consecuencia, al Tribunal le resulta evidente que la acción deducida no satisface la exigencia constitucional de contener una impugnación “fundada razonablemente”, misma que, según ha resuelto esta Magistratura en la STC Rol N^º 1.288 (punto resolutivo N^º 11), reitera la Ley N^º 17.997 en su artículo 84, inciso primero, N^º 6, mediante la expresión “cuando carezca de fundamento plausible”;

10°. Que la inaplicabilidad es un mecanismo de control concreto de constitucionalidad de la ley establecido por la Constitución Política de la República con el objeto de resolver si una disposición de jerarquía legal que puede ser derecho aplicable en un asunto pendiente de resolución por los tribunales ordinarios o especiales, produce o no en ese caso un efecto contrario a las normas constitucionales que son invocadas en el respectivo requerimiento;

11°. Que, como lo ha declarado este Tribunal, entre otros, en el requerimiento Rol N° 493, de veintisiete de abril de dos mil seis, *“la acción de inaplicabilidad es una vía procesal inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar o anular éstas; ya que la guarda del imperio de la ley en el conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado en general y de la sustanciación en particular de las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley a través de las vías procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento”* (c. sexto).

Por su parte, en el Rol N° 947, con fecha once de octubre de dos mil siete, el Tribunal declaró inadmisibile la acción por cuanto, como indica el considerando 5°: *“No puede considerarse como razonablemente fundado el requerimiento si para explicar el eventual conflicto de constitucionalidad que provocarían las normas legales que impugna, el actor se limita a expresar su disconformidad con lo decidido por el Decimoquinto Juzgado Civil de Santiago, en el respectivo cuaderno de apremio del juicio especial ya individualizado, en cuanto a disponer ... la ampliación del embargo...”*. *“Resulta evidente que esa clase de cuestionamientos no configura un conflicto de carácter constitucional de aquellos que compete resolver a esta Magistratura, ‘sino una cuestión de otra naturaleza, cuya resolución corresponde a los tribunales ordinarios’; y*

12°. Que, atendido lo razonado y el mérito de los antecedentes que obran en autos, esta Sala ha logrado convicción que la acción constitucional deducida no puede prosperar, toda vez que no cumple con las exigencias constitucionales y legales precedentemente transcritas, al carecer de los fundamentos plausibles que autoricen examinar el fondo de la cuestión de constitucionalidad, por lo que debe declararse inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución y en el artículo 84 y demás pertinentes de la Ley N° 17.977, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA INADMISIBLE el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno.

Notifíquese por carta certificada a las partes de este proceso constitucional y comuníquese por oficio a la Corte de Apelaciones de Rancagua, que conoce de la gestión judicial invocada en el libelo, para que deje constancia de esta resolución en respectivo expediente.

Archívese.

Rol N° 2.031-2011

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y

por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL N^º 2.032-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD “EN CONTRA DE LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 240, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL”, DEDUCIDO POR GUSTAVO HERNÁN LORCA QUITRAL

Santiago, veintiocho de julio de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Que consta en autos que el requirente no ha dado cumplimiento a lo ordenado por esta Sala con fecha 13 de julio de 2012 –a fojas 14– y, atendido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 82 de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

SE RESUELVE:

Téngase por no presentado el requerimiento de fojas uno, para todos los efectos legales.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Archívese.

Rol N^º 2.032-2011

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

ROL N° 2.033-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 4°
DE LA LEY N° 19.260; Y 2° DE LA LEY N° 18.754, DEDUCIDO POR
CARLOS GUIDO MONTENEGRO VÁSQUEZ

Santiago, diez de agosto de dos mil once.

Proveyendo a los escritos de fojas 113 y 114, téngase por cumplido lo ordenado y por acompañados los documentos, bajo apercibimiento legal.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 6 de julio de 2011, Carlos Guido Montenegro Vásquez ha requerido a esta Magistratura Constitucional la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 4° de la Ley N° 19.260 y 2° de la Ley N° 18.754, en el marco del proceso laboral Rol N° 5290-2004, del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, caratulado “MONTENEGRO con INP”, en actual tramitación ante la Corte Suprema bajo el Rol N° 1507-2011;

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

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

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que “*para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*”.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen:
“Artículo 79. En el caso del número 6^º del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

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

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

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

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”;

4^º. Que, por otra parte, el artículo 84 de dicha ley orgánica constitucional establece que:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6^º Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

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

6°. Que cabe tener presente que esta Magistratura ha dictado sentencias definitivas en reiteradas oportunidades acerca de diversos requerimientos recaídos en el artículo 4° de la Ley N° 19.260 cuya aplicación impugna el requirente, tales como los pronunciamientos emitidos en los procesos roles N°s 1.182 y 1.193, ambos de 18 de noviembre de 2008; 1.201, de 18 de diciembre de 2008, y 1.260, de 7 de mayo de 2009;

7°. Que debe tenerse presente además que en el conjunto de las cuestiones de inaplicabilidad resueltas mediante las sentencias aludidas precedentemente se invocaron como infringidas las mismas normas constitucionales aludidas por el actor en el libelo de fojas 1, declarándose en todos esos casos que la aplicación del precepto legal impugnado se ajusta a la Carta Fundamental;

8°. Que, en este orden de ideas, en el requerimiento de autos no se contiene ningún argumento nuevo del cual esta Magistratura no se haya hecho cargo en las sentencias aludidas, ni elementos propios del caso concreto que permitan diferenciarlo sustancialmente de los casos anteriores, por lo que debe concluirse que el actor no ha aportado antecedente alguno que permita alterar el mérito de lo resuelto, más aún si ni siquiera se hace cargo de lo razonado en las aludidas sentencias definitivas de inaplicabilidad;

9°. Que el conjunto de antecedentes reseñados precedentemente lleva a esta Sala a concluir que, en lo relativo al artículo 4° de la Ley N° 19.260, el requerimiento deducido carece de fundamento razonable, cuestión que da lugar a la concurrencia de la causal de inadmisibilidad del numeral 6° del artículo 84 de la Ley N° 17.997;

10°. Que, en cuanto al artículo 2° de la Ley N° 18.754, de los antecedentes allegados al requerimiento se deduce que el mismo no tendrá aplicación en el recurso de casación que constituye la gestión pendiente en que incide el libelo de fojas 1;

11°. Que, sin perjuicio de lo razonado precedentemente, a partir del mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción deducida en estos autos no puede prosperar, siendo impertinente, por ende, que, previo a su examen de admisibilidad, ella sea acogida a tramitación, toda vez que no se verifica la exigencia constitucional de estar razonablemente fundado el libelo de fojas 1, por lo que se configura, en la especie, la causal de inadmisibilidad del número 6° del artículo 84 de la ley orgánica constitucional de este Tribunal respecto del artículo 4° de la Ley N° 19.260. Además, en cuanto a la impugnación del artículo 2° de la Ley N° 18.754, se verifica la concurrencia de la causal de inadmisibilidad del N° 5° del citado artículo 84 de la Ley N° 17.997.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N^º 6^º, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en los artículos 79, 80, 82 y 84, N^{OS} 5^º y 6^º, y demás normas pertinentes de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

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

Notifíquese por carta certificada a la parte requirente.

Comuníquese por oficio a la Corte Suprema.

Archívese.

Rol N^º 2.033-2011

Se certifica que el Ministro señor Gonzalo García Pino concurrió al acuerdo pero no firma la presente resolución por encontrarse ausente.

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

ROL N^º 2.034-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 768, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DEDUCIDO POR ORPI S.A.

Santiago, cinco de julio de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 12 de julio de 2011, el abogado Nicolás Sánchez López, en representación de ORPI S.A. –antes Calaf S.A.– ha solicitado a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, cuyo

texto preceptúa que “*En los negocios a que se refiere el inciso segundo del artículo 766 sólo podrá fundarse el recurso de casación en la forma en alguna de las causales indicadas en los números 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 7° y 8° de este artículo y también en el número 5° cuando se haya omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido.*”.

El proceso en el cual ha de surtir efectos la reseñada solicitud de inaplicabilidad consiste en sendos recursos de casación en la forma y en el fondo, Rol N° 9262-2009, sustanciados ante la Corte Suprema. Los arbitrios fueron interpuestos por la actora en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca que confirmó el fallo del Director del Servicio de Impuestos Internos, de la misma ciudad, el que rechazó las reclamaciones que dedujera respecto de las liquidaciones N°s 127 y 128 –del impuesto a la renta de primera categoría– emanadas del citado organismo.

Como antecedentes de la gestión judicial invocada la actora indica que ésta surge a propósito de una liquidación del Servicio de Impuestos Internos, el que, luego de haber aprobado las liquidaciones de impuesto de los años 2004 y 2005, decidió tasar la venta de activos de la empresa Calaf S.A. –hoy ORPI S.A.–, lo que tuvo como consecuencia el rechazo por parte de esa entidad del gasto consistente en el menor valor de venta de los activos y de las cuentas por cobrar.

Precisa que la sentencia cuya nulidad se solicita, a través del recurso de casación, tuvo como fundamento –para rechazar la reclamación en contra de las liquidaciones del SII– la inexistencia de un documento que diera cuenta de la metodología ocupada para efectuar la valoración de las cuentas por cobrar y de las existencias que se enajenaron. Alega que ese documento sí fue acompañado en el momento procesal correspondiente y que además, la Corte no habría tenido en consideración diversos documentos acompañados, los que permitirían comprobar la existencia de la venta y el precio de la misma, esto es, del gasto rechazado por el Servicio de Impuestos Internos.

Expresa que respecto a situaciones como la anterior, en las que no se ha fundamentado debidamente una sentencia –tal como sucede en la especie, por la falta de pronunciamiento respecto de la prueba rendida– el ordenamiento jurídico prevé una herramienta para corregirlas, a saber, el recurso de casación en la forma que, de conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, permite impugnar las sentencias por falta de consideraciones de hecho y de derecho. Sin embargo, por aplicación del inciso segundo de aquel artículo, le estaría vedado, en el caso *sub lite*, ejercer aquel recurso por la causal señalada, toda vez que esa disposición no la contempla para los juicios especiales, como lo es la reclamación tributaria.

Por todo lo anterior, aduce que se le privaría de ejercer su derecho a obtener una sentencia motivada con consideraciones que se refieran a la

prueba rendida y, de esta manera, se transgredirían los artículos 19, N^{os} 2^o y 3^o, inciso sexto, de la Constitución Política.

Argumenta que se conculcaría el derecho a no ser discriminado –que asegura el artículo 19, N^o 2^o, inciso segundo, de la Constitución–, desde el momento que no existe justificación para conceder el recurso de casación por la indicada causal en los procedimientos ordinarios y no en los procesos especiales.

Aduce que se vulneraría el derecho al debido proceso –que garantiza el artículo 19, N^o 3^o, inciso sexto, de la Ley Fundamental– atendido que, de conformidad a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho al debido proceso incluye, entre otras garantías, la del derecho a recurrir, la que se vería violentada por la disposición que se impugna. A su vez, también se atropellaría el derecho a obtener una sentencia motivada –derecho que impide sentencias arbitrarias y que estaría reconocido en el artículo 19, N^o 3^o, inciso sexto, y 76, inciso final, de la Constitución– y el derecho a rendir las pruebas pertinentes.

Por resolución de 3 de agosto de 2011, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, en la misma oportunidad, decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N^o 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Corte Suprema, a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado al Servicio de Impuestos Internos, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Por escrito presentado el 21 de octubre de 2011, el Servicio de Impuestos Internos formuló sus observaciones al requerimiento en base a los siguientes tres tópicos que se describen a continuación.

En primer lugar, el organismo requerido se refiere a los antecedentes de la gestión judicial. En este punto, transcribe diversos considerandos del fallo del Tribunal de primera instancia y la sentencia del Tribunal de Alzada, precisando que en el respectivo recurso de apelación no se alegó, de conformidad al artículo 139 del Código Tributario, el vicio de falta de consideraciones de hecho y de derecho. Señala que, además, en segunda instancia no se presentó prueba alguna a efectos de desvirtuar la convicción del tribunal inferior. De todo ello, desprende que mediante el recurso de casación en la forma invocado no se impugna la falta de consideraciones de hecho y de derecho, es decir, la falta de fundamentación de la sentencia, sino más bien, la disconformidad con la ponderación de la prueba efectuada por el Tribunal de primera instancia.

En segundo lugar, expone sus observaciones formales al requerimiento. La primera de ellas consiste en que el precepto reprochado no sería

de aplicación decisiva, desde el momento que la acción de inaplicabilidad impetrada, al igual que el recurso de casación, se fundamentaría en la aludida disconformidad, motivo por el cual la verdadera pretensión que encierra es la creación de un recurso extraordinario que faculte a la Corte Suprema para conocer sobre una cuestión de fondo como lo es determinar si la prueba fue debidamente ponderada. La segunda observación formal, es que el requerimiento carecería de fundamento razonable, tanto por lo ya señalado como por la falta de relación de las argumentaciones de inconstitucionalidad con las particularidades que caracterizan a la gestión *sub lite*.

En tercer lugar, el Servicio presenta sus argumentaciones para desvirtuar los reproches de constitucionalidad denunciados.

En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, esgrime que ésta no existiría desde el momento que todas las partes intervinientes en el procedimiento especial de reclamación tributaria se encuentran afectas al régimen recursivo establecido en la disposición reprochada, de manera que, no se estaría frente a una discriminación arbitraria prohibida por la Constitución.

En lo que se refiere a la conculcación del derecho al debido proceso, expone que ésta no se presenta por cuanto el precepto objetado no impide el acceso a un proceso racional y justo; al derecho a una sentencia motivada; al derecho a rendir probanzas ni al derecho a ejercer recursos.

Respecto al derecho a un proceso racional y justo, expone que no se vulnera en términos abstractos, atendido que el Tribunal Constitucional, en su fallo Rol N° 616, sentenció que el procedimiento de reclamación tributaria cumple con las garantías del debido proceso. Además, no se infringe en términos concretos, toda vez que el requirente utilizó las diversas herramientas procesales que le otorga aquel procedimiento para hacer valer sus defensas y descargos –lo que queda en evidencia desde el momento que presentó una reclamación tributaria, acompañó pruebas y ejerció diversos recursos–.

En cuanto al derecho obtener una sentencia motivada, explica que, de conformidad a los incisos primero y segundo del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, cuando se trata de una sentencia de segunda instancia confirmatoria, ésta no debe fundarse si la sentencia de primera instancia cumple con aquel requisito. En la especie, el fallo del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos responde a aquella exigencia –pues de su sola lectura se advierte que contiene las consideraciones referentes a la valoración de la prueba acompañada– y, por consiguiente, el recurso de casación en la forma por falta de fundamentación carecería de toda base legal.

En relación al derecho a la prueba, aduce que éste no se ha vulnerado toda vez que el requirente, tanto en sede administrativa como en sede judicial, presentó sus probanzas.

Finalmente, argumenta que no se infringe el derecho al recurso por dos órdenes de razones. Primero, porque la requirente ha hecho valer los distintos medios de impugnación que contempla el Código Tributario, esto es, de conformidad al artículo 139 de ese código apeló la sentencia de primera instancia y, de conformidad al artículo 145 del mismo cuerpo legal, casó el fallo de segunda instancia. Segundo, porque tal como lo ha resuelto el Tribunal Constitucional, el derecho al recurso no supone que la Constitución obligue al legislador a establecer un arbitrio en especial. Explica al respecto que, en el caso de autos, lo que verdaderamente pretende la requirente mediante la acción de inaplicabilidad, es que se le permita el ejercicio de un recurso extraordinario cuya improcedencia establece el artículo 140 del Código Tributario –pues éste prescribe que los vicios formales de que adolezca la sentencia de primera instancia sólo pueden ser corregidos por la Corte de Apelaciones vía recurso de apelación y no mediante el recurso de casación en la forma ni a través de su anulación de oficio–. Indica que, sobre este punto, además hay que tener presente que en la gestión judicial el requirente no alegó como vicio, en su recurso de apelación, el que la sentencia del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos careciera de fundamentaciones de hecho y de derecho relacionadas con la prueba rendida. Lo anterior, importaría que el recurso de casación sea declarado inadmisibile en sede judicial, aun cuando se declarara la inaplicabilidad de la disposición reprochada, por cuanto no se habría preparado según lo ordena el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 17 de mayo del año en curso, oyéndose los alegatos del abogado Nicolás Sánchez López, por la requirente, y del abogado Jorge Torres Zúñiga, por el Servicio de Impuestos Internos.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que se inició el presente proceso constitucional por requerimiento deducido por el abogado Nicolás Sánchez López, en representación de ORPI S.A. –antes Calaf S.A.–, solicitando la declaración de inaplicabilidad del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, referido a la procedencia del recurso de casación en la forma en juicios especiales, en los autos sobre recursos de casación en la forma y en el fondo, Rol N^º 9262-2009, sustanciados ante la Corte Suprema;

SEGUNDO. Que el precepto legal cuestionado ha sido transcrito en la parte expositiva de esta sentencia, en la cual también se han consignado debidamente las alegaciones y fundamentos de derecho aducidos por el requirente, así como las resoluciones, comunicaciones y certificaciones que dan cuenta de la sustanciación de este proceso constitucional;

TERCERO. Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, produciéndose empate de votos, con lo cual, atendido el quórum calificado exigido por la Carta Fundamental para resolver esta clase de materias y teniendo en cuenta que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime este tipo de empate, **se tuvo por desechado el requerimiento por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido.**

I

CONSIDERACIONES PARA ACOGER EL REQUERIMIENTO

Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado, y el Suplente de Ministro señor Ricardo Israel Zipper, estuvieron por acoger la acción de inaplicabilidad de autos en base a las siguientes consideraciones:

1°. Que, como se desprende de la parte expositiva, este proceso se constituye por la eventual aplicación inconstitucional del precepto contenido en el inciso antepenúltimo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en la parte en que impide pedir la anulación, por casación en la forma, de las sentencias que, pronunciadas en juicios regidos por leyes especiales, carecen de las consideraciones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, como dispone el numeral 4° del artículo 170 del mismo cuerpo legal;

2°. Que la norma impugnada dispone que: *“En los negocios a que se refiere el inciso segundo del artículo 766 sólo podrá fundarse el recurso de casación en la forma en alguna de las causales indicadas en los números 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 7° y 8° de este artículo y también en el número 5° cuando se haya omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido”.*

Es decir, respecto de las sentencias que se dicten en los juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales, la casación de forma no puede fundarse en la omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, sino únicamente en la preterición de la decisión del asunto controvertido. Se excluye como causal del citado recurso –en lo que interesa a este conflicto– la omisión de las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia;

3°. Que en el juicio en relación con el cual se ha presentado el requerimiento de inaplicabilidad se ha dictado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago sentencia definitiva de segunda instancia, confirmando la de primera, en contra de la cual la requirente dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, fundando el primero en haber dejado ésta de ponderar integralmente la prueba rendida en la causa, lo que constituye

el vicio de no haberse extendido el fallo con arreglo a lo prevenido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, por carecer de consideraciones o motivaciones, y que el artículo 768, N^º 5, de este cuerpo legal consagra como causal de procedencia de la casación en la forma;

4^º. Que el reproche esencial del requerimiento se vincula a la necesidad de fundar o motivar las sentencias judiciales y a la repercusión de la infracción de ese deber en el ámbito constitucional.

Es importante, entonces, determinar si dicha exigencia tiene consagración en nuestra Carta Política;

5^º. Que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el de España o Perú –que explicitan formalmente dicho deber en sus constituciones–, la Constitución Política de la República no consigna expresamente un principio de ese carácter.

Con todo, el mismo puede ser inferido de la aplicación conjunta y sistemática de diversos preceptos constitucionales.

Así, el artículo 76 alude a los “fundamentos” de las resoluciones judiciales; el artículo 8^º destaca la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus “fundamentos”; el artículo 19, N^º 3^º, prescribe que toda sentencia debe “fundarse” en un proceso previo legalmente tramitado, y, en fin, el artículo 6^º proclama la interdicción de la arbitrariedad como una de las bases de la institucionalidad, incorporando implícitamente la exigencia de dar razón o argumentar las decisiones jurisdiccionales;

6^º. Que nuestra legislación procesal recoge y desarrolla el mencionado principio, en los más variados ámbitos.

El artículo 170, N^º 4, del Código de Procedimiento Civil (contenido en el Libro Primero, sobre Disposiciones Comunes a todo Procedimiento) dispone que las sentencias definitivas contendrán “*las consideraciones de hecho o de derecho*” que les sirven de fundamento.

A su vez, el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la Forma de las Sentencias, dictado en cumplimiento de un mandato legal, regula en los números 5 y siguientes la exigencia de fundamento referida, en los siguientes términos:

Las sentencias contendrán:

“5^º. *Las consideraciones de hecho que sirvan de fundamento al fallo. Se establecerán con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que debe fallarse, con distinción de los que hayan sido aceptados o reconocidos por las partes y de aquellos respecto de los cuales haya versado la discusión;*

6^º. *En seguida, si no hubiere discusión acerca de la procedencia legal de la prueba, los hechos que se encuentren justificados con arreglo a la ley y los fundamentos que sirvan para estimarlos comprobados, haciéndose, en caso necesario, la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas legales;*

7°. *Si se suscitare cuestión acerca de la procedencia de la prueba producida, la exposición de los fundamentos que deben servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma expuesta en los párrafos precedentes para los fines consiguientes;*

8°. *Establecidos los hechos, las consideraciones de derecho aplicables al caso”;*

7°. Que otros textos procesales dan variada cuenta de la necesidad de fundar la sentencia, considerando y valorando la prueba.

Así, el artículo 297 del Código Procesal Penal dispone que “el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados”.

De manera análoga, se refieren a la apreciación de la prueba el artículo 456 del Código del Trabajo, el 32 de la Ley N° 19.968 (sobre nuevos Tribunales de Familia) y el 14 de la Ley N° 18.287 (que establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local);

8°. Que sobre el examen y valoración completa de la prueba rendida y, en particular, de la documental acompañada, existe una antigua y consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema.

“El tribunal debe examinar y aquilatar la totalidad de las pruebas rendidas, siempre que sean pertinentes a las cuestiones debatidas y tengan importancia para ser estudiadas individualmente, con el objeto de producir el convencimiento de que se ha pronunciado un fallo justo y deducir de su estudio los hechos cuya errada apreciación jurídica dejará a las partes en situación de interponer recursos de casación en el fondo”. (C. Suprema, 19 agosto 1938. R., t. 36, sec. 1ª, p. 171. C. Suprema, 25 agosto 1939. R., t. 37 sec. 1ª, p. 236. C. Suprema, 19 abril 1954. R., t. 51, sec. 1ª, p. 76.)

“Los sentenciadores deben considerar la prueba rendida, examinarla y ponderarla, cualquiera sea la convicción y conclusión a que lleguen en la decisión de la controversia, tanto porque es imperativo legal, como porque es indispensable el establecimiento de los hechos que digan relación con la contienda, desde que, sin ellos, la Corte de Casación, que debe atenerse a los sentados por los jueces de la instancia, se hallaría en la imposibilidad de dictar sentencia de reemplazo si, por apreciación con distinto criterio de la cuestión debatida, hubiera de acoger un recurso de casación en el fondo que se pudiera haber interpuesto”. (C. Suprema, 29 marzo 1971. R., t. 61, sec. 1ª, p. 61.)

“El tribunal está obligado a hacer consideraciones de derecho sobre todos y cada uno de los documentos acompañados al juicio, aunque carezcan de influencia para lo dispositivo del fallo, o, al menos, debe haber declaración expresa de que carecen de tal influencia para dejar de tomarlos en cuenta”. (C. Suprema, 12 mayo

1954. R., t.51, sec. 1^a, p. 80.C. Suprema, 9 noviembre 1954. R., t.51, sec. 1^a, p. 559.C. Suprema, 23 agosto 1960. R., t.57, sec. 1^a, p. 211.);

9°. Que si la decisión judicial sólo puede recaer sobre una solución legítima; para ser aceptable desde un punto de vista jurídico y atribuirle validez, es evidente que la motivación de la sentencia es esencial. Ella es la justificación –no la explicación– de la resolución; se trata de un discurso cerrado, de clausura: una vez dictado el fallo, debe contener todos los requisitos de la justificación, no pudiendo ser variado o modificado. Doctrinariamente (CHAMORRO BERNAL, La tutela judicial efectiva, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 205) se asigna las siguientes funciones a la motivación: “1) permitir el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de la publicidad, 2) lograr el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de la resolución, 3) permitir la efectividad de los recursos, 4) poner de manifiesto la vinculación del juez a la ley”.

En un estado moderno y democrático el poder de los jueces no es absoluto. Al respecto Michele Taruffo ha señalado que la justificación de las sentencias resulta particularmente importante también por razones ético-políticas, pues la decisión judicial presenta numerosos elementos de discrecionalidad, por lo que a través de la fundamentación se exige que el juez demuestre que ha ejercido correctamente sus poderes, conforme a los criterios de racionalidad del ordenamiento jurídico. (Taruffo Michele, Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Editorial Temis S. A., Bogotá, 2006, p. 197);

10°. Que la transgresión del citado deber se produce tanto si el juez no funda la sentencia, como –al contrario de lo que ha sostenido la requerida en estrados– si se impide la impugnación, por ese capítulo, del fallo que omite su adecuada motivación. El resultado es el mismo –vulneración del derecho–, producido en este caso por la falta del instrumento que corrija el vicio;

11°. Que el deber de fundamentar la sentencia, como se ha entendido siempre por la doctrina y la jurisprudencia, no significa facultar el mero arbitrio del juez ni la simple enunciación formal –enumeración– de los elementos de juicio;

12°. Que, en armonía con lo relacionado, puede concluirse que la motivación de la sentencia es connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio. Constituye, a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado;

13°. Que la parte requerida ha desarrollado diversas alegaciones tendientes a excluir la infracción al debido proceso, a saber, que el precepto objetado no impide el acceso a un proceso racional y justo; al derecho a una sentencia motivada; al derecho a rendir probanzas ni al derecho a ejercer recursos esgrimiendo en este último punto la satisfacción del principio por la existencia del recurso de apelación y la inhibición para configurarlo de la casación;

14°. Que las mencionadas argumentaciones deben descartarse porque, en primer lugar, la Constitución requiere para el ejercicio de la jurisdicción un proceso previo legalmente tramitado, sin distinguir entre la civil y la penal, y, enseguida, porque la universalidad del principio sobre el debido proceso alcanza todas las formas procedimentales existentes o que se crean, sin circunscribirse a priori a la existencia o no de determinado recurso. Es posible que constitucionalmente no sea exigible determinada forma de impugnación de las sentencias; la Constitución Política no prejuzga al respecto pues la configuración de los recursos procesales compete al legislador, pero es deber del legislador establecer un sistema de recursos que garantice los elementos propios de un racional y justo procedimiento, es decir, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, sobre todo, dado el tema que nos ocupa, en lo referente al control de fundamentación de las sentencias. Así, a título ejemplar, ciertas relaciones se juzgan legítimamente en única instancia, mas no sería racional y lógico autorizar, en vez de lo anterior, recursos de apelación y/o casación a una sola de las partes;

15°. Que, por otra parte, para decidir sobre la infracción del principio de igualdad referido en los números 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución, en su vertiente de prohibición del establecimiento de diferencias arbitrarias, es menester calificar la circunstancia seleccionada como relevante para realizar la distinción al regular el ejercicio del derecho.

Ella debe ser legítima y razonable, es decir, proveer una relación instrumental o de funcionalidad entre el fin perseguido por la norma y el criterio escogido para justificar el trato diferente;

16°. Que, en los términos expuestos, no se advierte claramente una finalidad intrínsecamente legítima en el precepto que, en los juicios regidos por leyes especiales, impide casar en la forma una sentencia que carece de consideraciones de hecho o de derecho.

Ningún fundamento racional aparece en la citada restricción y no se divisa la razón para privar al litigante de un juicio determinado del mismo derecho que le asiste a cualquier otro en la generalidad de los asuntos;

17°. Que, por ende, el precepto impugnado establece una diferencia arbitraria, transgrediendo las garantías de igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos;

18°. Que, en la situación *sub lite*, los criterios reseñados adquieren particular relevancia si se atiende a que el requerimiento reprocha, en par-

ticular, la falta de consideraciones de la sentencia definitiva de segunda instancia respecto de una prueba documental cuyo análisis se omite y, en otro aspecto, se niega en cuanto a su existencia o producción;

19°. Que, por las motivaciones anteriores, los Ministros que suscriben este voto estiman que la eventual aplicación del precepto objetado es contraria a lo estatuido en el artículo 19, N^º 3°, inciso sexto, y N^º 3°, inciso primero, en relación con el N^º 2°, de la Carta Fundamental.

II

CONSIDERACIONES PARA RECHAZAR EL REQUERIMIENTO

**Los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmo-
na Santander y Gonzalo García Pino, y el Suplente de Ministro señor
Christian Suárez Crothers, estuvieron por rechazar el requerimiento
deducido en autos fundados en las siguientes consideraciones:**

I

ASUNTOS PREVIOS

1°. Que, ante todo, resulta necesario hacerse cargo de ciertos asuntos de previo y especial pronunciamiento sobre el presente caso;

2°. Que la primera de estas cuestiones dice relación con el hecho de que la norma impugnada hace referencia a los “*juicios o reclamaciones re-
gidos por leyes especiales*” (artículo 766, inciso segundo, en relación al 768,
inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil) para determinar si
procede o no la casación en la forma.

Sin embargo, tal referencia implica interpretar si estamos frente a un
procedimiento común o uno especial. Dicha cuestión es un asunto de
mera legalidad, ajeno completamente a las atribuciones de este Tribunal,
pues corresponde al juez del fondo determinar si el procedimiento res-
pectivo corresponde o no a tal categoría;

3°. Que, en segundo lugar, es necesario precisar también que la ac-
ción de inaplicabilidad es un recurso supresivo, pero no creativo. En vir-
tud de él se declara que cierta norma no resulta aplicable por estar en
contradicción, en el caso concreto, con la Constitución.

Por lo tanto, cualquiera sea el contenido de la presente sentencia, es
necesario enfatizar que su estimatoria no habilita a tener por concedido el
recurso de casación en la forma en la gestión pendiente en que incide la
inaplicabilidad. Una cosa es acoger la inaplicabilidad y otra hacer proce-
dente el recurso de casación. Esta última es decisión del legislador y con-
forme a ella, del juez del fondo. Al respecto, este Tribunal ha señalado:

*“En este sentido, esta Magistratura en reiteradas oportunidades ha destacado
el efecto exclusivamente negativo de la declaración de inaplicabilidad (entre otras,*

sentencias roles N^{os} 1130, 821 y 608-609-610-611-612/2006) en términos tales que, si se declara inaplicable un precepto legal, queda prohibido al tribunal que conoce de la gestión respectiva, fundar su decisión en el mismo. En cambio, si se desecha la acción de inaplicabilidad intentada, el tribunal llamado a resolver la gestión pendiente recupera en plenitud su facultad para determinar la norma que aplicará a la resolución del conflicto del que conoce.

De este modo, esta Magistratura Constitucional no tiene competencia para determinar la norma aplicable al caso particular; pues ello es de resorte exclusivo de los jueces del fondo.”(STC Rol N^o 1.913);

4°. Que lo anterior cobra relevancia atendido el tenor del artículo 140 del Código Tributario. Éste no permite el recurso de casación en la forma contra la sentencia de primera instancia; tampoco su anulación de oficio. Pero faculta a que sea el tribunal de apelaciones el que corrija los vicios en que hubiere incurrido el tribunal de primera instancia.

Entonces, constituiría una incongruencia la procedencia de la casación en la forma, en segunda instancia, sin texto expreso, cuando el legislador ni siquiera la permitió en primera instancia. Más todavía, si la apelación en los juicios tributarios cumple un rol semejante a la casación, al permitir al tribunal de alzada corregir vicios;

5°. Que, al respecto, cabe consignar que en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca se indica que el apelante no pidió expresamente la revocación del fallo (Considerando 3°, fjs. 85). No obstante, la Corte de Apelaciones estimó que al solicitar que se dejaran sin efecto las liquidaciones, ello conllevaba la petición de revocación;

6°. Que, en tercer lugar, no se impugna en la presente gestión el artículo 170, N^o 4, del Código de Procedimiento Civil, que obliga a toda sentencia a establecer las consideraciones de hecho que sirven de fundamento a una sentencia. Se impugna el artículo 768, inciso segundo, de dicho cuerpo normativo.

El punto es importante, porque el requirente dedica gran parte de su alegación a sostener la inexistencia de fundamentación en la sentencia de la Corte de Apelaciones.

Sin embargo, eso no está en discusión en la presente acción. De hecho, el requirente no ha impugnado las normas que regulan este deber de fundamentación. El deber de fundamentar las sentencias no es una cuestión debatida en la presente acción de inaplicabilidad. Una cosa es que la sentencia judicial deba fundarse, y otra distinta es que ello deba ser, por imperativo constitucional, una causal del recurso de casación, como sostiene el requirente;

7°. Que, por lo demás, esta Magistratura no puede asumir que la sentencia de la Corte de Apelaciones no está fundada. Por una parte, porque eso excede sus competencias. Por la otra, porque hay normas legales expresas que permiten que la Corte proceda como lo hizo.

En todo caso, la sentencia de segunda instancia es confirmatoria de la de primera. Y ésta sí tiene fundamentación. Por lo mismo, esta Magistratura debe tener cuidado en distinguir la existencia de razones de la discrepancia de las mismas, pues la sentencia de primera instancia tiene veintitún considerandos;

8°. Que, en este sentido, no se ha impugnado el artículo 170 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, que establece que la sentencia de segunda instancia que confirma la sentencia de primera instancia, no necesita fundarse. Esta norma resultaba clave de cuestionar, dado el alegato de la requirente, pues la sentencia de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Talca, de 26 de octubre de 2009, confirmó la sentencia de primera instancia, revocando sólo la condena en costas;

9°. Que, por otra parte, hay que considerar que la requirente ha tenido distintos alegatos según el recurso interpuesto. Así, en el recurso de casación en la forma, alega que se omitió ponderar cierta documentación; mientras que en el recurso de casación en el fondo, alega que se alteró la carga de la prueba, pues correspondía al Servicio de Impuestos Internos probar la falta de veracidad de la documentación acompañada. En el presente recurso de inaplicabilidad, sostiene que la sentencia carece de fundamento, al no haber ponderado antecedentes acompañados;

10°. Que, al respecto, hay que considerar, por de pronto, que no se ha impugnado en estos autos, el artículo 21 del Código Tributario, que hace de cargo del contribuyente probar el monto de las operaciones que deban servir para el cálculo del impuesto.

Enseguida, no corresponde a esta Magistratura la facultad de revisar resoluciones judiciales. El recurso de inaplicabilidad no es un mecanismo para impugnar dichas resoluciones.

Finalmente, no se puede sostener simultáneamente, en distintas sedes, que no se ponderó adecuadamente los antecedentes y que no se le dio el valor probatorio legal a esos mismos antecedentes;

II

NO HAY DERECHO A LA CASACIÓN

11°. Que, por otra parte, entrando al fondo del asunto, cabe señalar que el recurso de casación es un recurso extraordinario, de derecho estricto. Sólo procede en virtud de norma expresa y por las causales que expresamente señala la ley. Ello quiere decir que el legislador define contra qué sentencias procede y por qué causales. Si la ley, entonces, hace improcedente este recurso para ciertas situaciones, es una decisión que cabe al legislador, no a esta Magistratura.

En ejercicio de estas facultades soberanas, el legislador ha definido numerosos casos en que no procede el recurso de casación. Así, por ejemplo,

por regla general no procede tratándose de las sentencias interlocutorias en el procedimiento civil (artículos 766 y 767 del Código de Procedimiento Civil); en materia penal (artículos 361, 373 y 374 del Código Procesal Penal); en materia laboral (artículos 478 y 483 del Código del Trabajo); y se encuentra sumamente restringido en materia de familia (artículo 67 de la Ley Nº 19.968), tributaria y aduanera (artículo 3º, Nº 5, de la Ley Nº 20.322, que introdujo el artículo 119 del Código Tributario). De hecho, el artículo 140 del Código Tributario, impide la casación en la forma respecto de sentencia de primera instancia;

12º. Que es necesario, por una parte, distinguir el deber de fundamentación de las sentencias, de la garantía de poder solicitar la revisión de éstas por un tribunal superior. La fundamentación de las sentencias no exige que proceda un recurso determinado y se reconoce a nivel legal en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que –reiteramos– no ha sido impugnado en autos. Por otra parte, es necesario distinguir el derecho a la impugnación de las sentencias (“derecho al recurso”), que integra la garantía del debido proceso, de un supuesto derecho a un recurso en concreto, tal como la casación, como pretende el requirente.

En efecto, este mismo Tribunal ha reconocido que el debido proceso es una garantía integral, que se expresa a lo largo de todo el ejercicio jurisdiccional. Así ha señalado: *“el acceso efectivo a la jurisdicción en todos los momentos de su ejercicio, que se manifiesta en la exigibilidad de la apertura y, consecuentemente, de la sustanciación del proceso, además del derecho a participar en los trámites del mismo, en igualdad de condiciones que los demás intervinientes. ... A este respecto, 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 26º del artículo 19 de la Carta Fundamental.”* (STC Rol Nº 1.535).

Pero una cuestión distinta es que la Constitución obligue al legislador a establecer algún recurso judicial determinado. Establecida la posibilidad de revisión, el legislador es libre para determinar el modo y los procedimientos para lograrla. Así lo ha declarado esta Magistratura: *“dentro de los principios informadores del proceso penal, se encuentra la configuración del mismo en base a la única o a la doble instancia, **opción de política legislativa que corresponde al legislador decidir**, en el marco de las reservas legales específicas de las garantías de legalidad del proceso y del racional y justo procedimiento, contenidas en el artículo 19 número 3 de la Carta Fundamental, que deben ser entendidas, además, limitadas por la garantía genérica de respeto a los derechos fundamentales como límite al poder estatal, establecida en la primera parte del inciso segundo del artículo 5º de la misma”* (STC Rol Nº 986). El legislador tiene discrecionalidad para establecer procedimientos en única

o en doble instancia, en relación a la naturaleza del conflicto (STC roles N^{os} 576, 519 y 821). En este mismo sentido, el Tribunal ha señalado que no se garantiza por la Constitución el derecho al recurso de apelación, es decir, no se asegura la doble instancia (STC roles N^{os} 986, 1.432 y 1.448).

Lo anterior no podría ser de otra forma, porque la Constitución entrega al legislador definir el racional y justo procedimiento;

13°. Que, en conclusión, lo que la Constitución exige, el núcleo esencial del derecho, es que el legislador garantice efectivamente a las personas el acceso a una impugnación que signifique la revisión de lo resuelto en una instancia previa por un tribunal superior. Siempre que garantice ello, el legislador es libre para configurar las modalidades de ejercicio, sea en procedimientos con única instancia y la posibilidad de obtener un pronunciamiento de nulidad, sea en procedimientos de doble instancia.

En este caso concreto, el requirente ha tenido la posibilidad de apelar ante la Corte de Apelaciones, la que tuvo la posibilidad de revisar lo obrado por el Tribunal de primera instancia. También ha presentado recursos de casación en el fondo ante la Corte Suprema y ha requerido ante esta Magistratura. Ha ejercido, por tanto, su derecho al recurso;

III

NO SE AFECTA LA IGUALDAD ANTE LA LEY

14°. Que, finalmente, no compartimos la conclusión de que la norma impugnada plantee un problema de igualdad, pues ésta es una regla de general aplicación. En efecto, este Tribunal ha resuelto anteriormente, en materia de igualdad en materia procesal, *“que la igualdad ante la ley se traduce, entre otras expresiones, en los caracteres de generalidad y abstracción característicos de este tipo de normas, lo cual supone que todos los gobernados son destinatarios de ellas;”* (STC Rol N^º 986, c. vigesimonoveno).

La importancia de la generalidad de una norma en materia procesal radica en el hecho de que se aplica a ambas partes del juicio, quienes se encuentran en la misma situación para interponer las impugnaciones, asegurándose de ese modo un principio primordial del procedimiento civil: la bilateralidad de la audiencia.

Además, tal como sostuvieron los abogados de ambas partes en estrados, los juicios en que se aplica la restricción de la casación en la forma (juicios regidos por leyes especiales) no son únicamente aquellos en que incide la gestión pendiente, sino que varios y heterogéneos. No es, por tanto, una norma que discrimine de modo arbitrario y especial;

15°. Que, asimismo, hay que considerar que el artículo 140 del Código Tributario prohíbe la casación en la forma en primera instancia. Ello hace consistente la norma impugnada con esa disposición, pues impide dicha casación en primera como en segunda instancia.

Por lo mismo, permitir la casación en la forma es lo que rompe la igualdad ante la ley, pues genera un privilegio que nadie más tiene;

16°. Que, por todas estas razones, consideramos que el presente requerimiento debe rechazarse.

Y **VISTO**, además, lo prescrito en los artículos 5°, 6°, 19, N^{os} 2° y 3°, de la Constitución Política de la República y en las normas pertinentes de la Ley N 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA:

Que habiéndose producido empate de votos, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, inciso primero, numeral 6°, de la Carta Fundamental, motivo por el cual debe entenderse rechazado el requerimiento deducido a fojas uno.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 35. Oficiese al efecto a la Corte Suprema.

Redactó el voto por acoger la acción deducida el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake. Redactó el voto por rechazarla, el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2.034-2011

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente Subrogante, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino y los Suplentes de Ministro señores Christian Suárez Crothers y Ricardo Israel Zipper. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgúin.

ROL N^º 2.035-2011REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 206 DEL
CÓDIGO CIVIL; Y 5^º TRANSITORIO, INCISOS TERCERO Y
CUARTO, DE LA LEY N^º 19.585, DEDUCIDO POR CAROLINA
REJAS LÓPEZ Y JUAN REJAS LÓPEZ

Santiago, cuatro de septiembre de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 18 de julio de 2011, el abogado Cristián Manasevich solicitó la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil y de los incisos tercero y cuarto del artículo 5^º transitorio de la Ley N^º 19.585, en el marco de un recurso de casación en la forma y de apelación conjunta de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante los cuales se pretende impugnar una sentencia dictada por el Cuarto Juzgado de Familia de esta ciudad que desestimó una demanda de impugnación y reclamación de filiación, por la aplicación de los plazos contenidos en las normas impugnadas, a pesar de que el referido tribunal había llegado a la convicción de que los demandantes eran hijos de quien aparece como su padre biológico.

Expone el requirente que los demandantes nacieron en 1984 y 1988, y que su padre biológico no los reconoció, lo que en el año 2002 sí hizo el demandado de impugnación. Agrega que el padre biológico se suicidó en 1990 y que antes de ello asumía los gastos de manutención de los niños y tenía una relación directa y regular con ellos, acreditada por diversas fotos y un certificado de bautismo, no obstante no haberlos reconocido.

La madre les informó quién era su verdadero padre en septiembre de 2009, por lo que dos meses después procedieron a demandar.

Señala que 23 días antes de la audiencia preparatoria del juicio, la viuda del padre biológico otorgó un mandato para exhumar su cadáver y cremarlo, a lo cual se procedió con celeridad, impidiendo con ello la práctica de la pertinente prueba pericial.

Los preceptos cuya aplicación se impugna disponen:

Artículo 206 del Código Civil:

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

Artículo 5^º transitorio de la Ley N^º 19.585:

“Los plazos para impugnar, desconocer o reclamar la filiación, paternidad o maternidad, o para repudiar un reconocimiento o legitimación por subsiguiente

matrimonio, que hubieren comenzado a correr conforme a las disposiciones que esta ley deroga o modifica se sujetarán en su duración a aquellas disposiciones, pero la titularidad y la forma en que deben ejercerse esas acciones o derechos se regirá por la presente ley.

Los plazos a que se refiere el inciso anterior que no hubieren comenzado a correr, aunque digan relación con hijos nacidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se ajustarán a la nueva legislación.

No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Pero podrán interponerse las acciones contempladas en los artículos 206 y 207 del Código Civil dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad. En este caso, la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales a futuro y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros.”.

El requirente estima que de aplicarse las normas impugnadas se vulnera la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, como también el derecho a la identidad, configurado a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y reconocido por este Tribunal en su sentencia Rol N° 1.340, por cuanto se priva a los hijos de las acciones procesales para determinar su filiación, ocasionando una diferencia de trato que no supera un test de proporcionalidad.

La Primera Sala de esta Magistratura acogió a tramitación el requerimiento y posteriormente declaró su admisibilidad.

Conferido traslado sobre el fondo del problema de constitucionalidad planteado, el demandado de impugnación de paternidad en la gestión invocada se hizo parte y solicitó que se acogiera el requerimiento de inaplicabilidad.

Cabe hacer presente que la parte demandada de reclamación de paternidad no evacuó el traslado conferido.

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

Con fecha 22 de marzo de 2012 se verificó la vista de la causa.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, como ha sido señalado en la parte expositiva, el conflicto de constitucionalidad planteado por el requirente alude a dos normas legales específicas, a saber el artículo 206 del Código Civil y el artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585, en concreto sus incisos tercero y cuarto. Por consiguiente, en lo que sigue se efectuará el correspondiente examen de constitucionalidad respecto de cada una de esas disposiciones por separado;

I
ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO CIVIL

SEGUNDO. Que este precepto ha sido declarado inaplicable en pronunciamientos anteriores de este Tribunal (v.gr., STC Rol N^º 1.340) por resultar las limitaciones en él contenidas inconciliables con el derecho a la igualdad ante la ley (consagrado en el numeral 2^º del artículo 19 constitucional) y con el derecho a la identidad, proclamado por diversos tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y actualmente vigentes en nuestro país, así como implícito en el concepto de dignidad humana consagrado en el artículo 1^º de la Constitución;

TERCERO. Que si bien en las oportunidades recordadas en el motivo precedente el reproche de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se refirió a la plenitud del contenido de esta norma legal, en el presente caso sólo se estimará contrario a la Constitución el que el legislador haya circunscrito la posibilidad de incoar la acción de filiación contra los herederos del presunto padre cuando éste haya fallecido antes del parto o, a más tardar, dentro de los ciento ochenta días siguientes al mismo, toda vez que este último requisito entraña, en opinión de estos sentenciadores, una exigencia arbitraria que limita injustificadamente el derecho del hijo a reclamar su filiación y lo sitúa en una desventaja objetiva respecto de quienes su presunto padre efectivamente murió dentro de tal plazo;

CUARTO. Que, en búsqueda de una explicación racional para el establecimiento del referido término de ciento ochenta días contados desde el nacimiento del presunto hijo para que tenga lugar la muerte del padre, no cabe sino concluir que el mismo es resultado de una extrapolación impropia de dicho plazo desde la regulación de la paternidad presuntiva derivada del artículo 76 del Código Civil (base de la presunción de *pater is est*, en relación con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 180 del mismo Código), plenamente aplicable para determinar la filiación matrimonial, a una situación de posible filiación no matrimonial, como es la planteada en autos. De allí que determinar la procedencia de la acción de filiación contra los herederos en función de la muerte del padre dentro de un cierto plazo, por lo demás exiguo, contado desde el nacimiento del hijo, resulte ser un condicionamiento sin base lógica, por lo mismo contrario al estándar de razonabilidad con el que debe confrontarse cualquier diferencia de trato por parte del legislador;

QUINTO. Que, en cambio, el otro requisito impuesto por el impugnado artículo 206, cual es que la acción se deduzca dentro de los tres años siguientes a la muerte del padre o a la fecha en que el presunto hijo haya alcanzado la plena capacidad, es enteramente razonable, por consideraciones elementales de certeza jurídica, atendido lo cual estos juzgadores no lo estiman susceptible de reproche de inconstitucionalidad;

SEXTO. Que, en atención a lo precedentemente razonado, el requerimiento de inaplicabilidad en contra del artículo 206 del Código Civil debe acogerse parcialmente, sólo en lo que atinge a la exigencia de que el presunto padre haya debido fallecer dentro del plazo de ciento ochenta días posteriores al nacimiento del hijo para que sea procedente la reclamación de la filiación respecto de los herederos de aquél, y así se declarará;

II

INCISOS TERCERO Y CUARTO DEL ARTÍCULO 5º TRANSITORIO DE LA LEY Nº 19.585

SÉPTIMO. Que los preceptos referidos excluyen la posibilidad de reclamar la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.585 (sobre Filiación), a menos que la acción respectiva se interponga dentro del año siguiente a dicha entrada en vigencia y siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad;

OCTAVO. Que el aludido límite temporal de un año para la procedencia de los reclamos de filiación en contra de los herederos de quienes fallecieron antes de que se introdujera en nuestro ordenamiento la posibilidad de demandar vínculos de filiación con posterioridad al fallecimiento del presunto progenitor, debe considerarse justificado por consideraciones de certeza jurídica, pues impide que estas relevantes relaciones de parentesco puedan permanecer indefinidas por largo tiempo y, más aún, que las pericias biológicas indispensables para acreditar tales vínculos pretendan practicarse sobre restos humanos de antigua data.

Por consiguiente, no se advierte fundamento racional para estimar que con semejante regulación el legislador haya vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley ni tampoco el derecho a conocer el origen biológico de una persona dentro de latitudes ecuanimes.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 19, Nº 2º, y 93, Nº 6º, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República,

SE RESUELVE:

- 1) Acoger el requerimiento de fojas 1 sólo en cuanto se declara inaplicable, en la especie, la frase “dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto”, contenida en el artículo 206 del Código Civil;
- 2) Rechazar, en todo lo demás, el recurso del requirente;
- 3) No condenar en costas al requirente, por estimarse que ha tenido motivo plausible para acudir a esta Magistratura y

4) Dejar sin efecto la suspensión de procedimiento decretada respecto de la gestión pendiente, debiendo oficiarse al efecto a la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se previene que los Ministros señor **Hernán Vodanovic Schnake**, señora **Marisol Peña Torres** y señores **José Antonio Viera-Gallo Quesney** y **Gonzalo García Pino** concurren a la decisión de acoger el requerimiento de fojas 1, pero no en forma parcial, sino respecto de todo el contenido normativo del artículo 206 del Código Civil y, además, del inciso tercero del artículo 5^º transitorio de la Ley N^º 19.585, por las razones que se consignan a continuación:

1^º. Que, en la presente causa, los requirentes han impugnado la totalidad del artículo 206 del Código Civil, así como los incisos tercero y cuarto del artículo 5^º transitorio la Ley N^º 19.585;

2^º. Que, en concepto de los requirentes, la aplicación de las normas legales impugnadas al juicio de reclamación e impugnación de paternidad que, actualmente, se encuentra radicado en la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol de ingreso N^º 1015-2011, vulneraría, por una parte, el artículo 5^º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en relación con los artículos 3, 5.1 y 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 16 y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, transgrediría, asimismo, el artículo 19, N^º 2^º, de la Constitución Política;

3^º. Que, en cuanto a la primera infracción constitucional, los actores aducen que ella se produciría porque *“(...) los artículos 206 del Código Civil y 5 transitorio, incisos tercero y cuarto, de la ley 19.585 vedarían en la especie, a mis representados, de modo absoluto, la posibilidad de ejercer su derecho a la identidad, en tanto cuanto los privan de las acciones procesales idóneas para ese efecto. Así, la redacción del artículo 206 del Código Civil –insertada en nuestra legislación por la ley 19.585– los coloca en una hipótesis diversa de las que contempla para legitimarlo (sic) activamente, mientras que los incisos 3 y 4 del artículo 5 transitorio de ley 19.585 hacen aplicable éste en atención a la fecha del deceso del presunto padre, acaecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley.”* (Fojas 7).

En lo que respecta al segundo reproche constitucional, precisan que *“el análisis del artículo 206 del Código Civil conlleva necesariamente a la conclusión de que éste levanta una discriminación entre aquellos hijos cuyo presunto padre o madre falleció dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, y aquellos hijos cuyo presunto padre o madre falleciere con posterioridad al transcurso de los ciento ochenta días siguientes al parto. A los primeros se les concede acción de reclamación que debe ser interpuesta en el plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la ley 19.585, en virtud de lo preceptuado en el artículo 5 transitorio, incisos tercero y cuarto. A los hijos que se encuentran en la segunda hipótesis,*

derechamente se les priva de toda acción que les permita reclamar su filiación, sea que el presunto padre haya fallecido con anterioridad o después de la entrada en vigencia de la ley 19.585.”;

4°. Que, como ha sostenido previamente esta Magistratura, “*en materia de acciones de filiación, la regla general está constituida por aquella acción que dirige el hijo contra el padre, madre o ambos, o bien, por éstos contra el hijo y sus padres aparentes. En consecuencia, el artículo 206 del Código Civil constituye una excepción a la regla general, pues permite dirigir la acción de reclamación del estado de hijo, ya no contra el padre o madre, sino contra sus herederos cuando uno u otro han fallecido y siempre que se cumpla alguno de los siguientes supuestos: a) que el hijo sea póstumo o b) que alguno de los padres haya fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. En ambos casos la acción podrá deducirse dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte, o si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad.*”(STC Rol N° 1.340, c. decimo-cuarto).

A su vez, las reglas contenidas en los incisos tercero y cuarto del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585 constituyen una contraexcepción a la norma del artículo 206 del Código Civil, en cuanto: a) no se permite la reclamación de paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, y b) en el caso, específicamente, de las acciones de los artículos 206 y 207 del Código Civil, podrán interponerse sólo dentro del plazo de un año contado desde la entrada en vigencia de la misma ley y siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad;

5°. Que, en primer término, estos jueces previnientes se harán cargo de la alegada infracción al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política, en relación con las normas indicadas de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respecto del derecho a la identidad personal;

6°. Que, en tal sentido, útil es recordar que el artículo 206 del Código Civil se ubica dentro del párrafo 2 –“De las acciones de reclamación”– del Título VIII del Libro I de dicho cuerpo normativo y que del artículo 195 del mismo Código se desprende que la reclamación de la filiación constituye un derecho, toda vez que dicha norma expresa: “*El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable (...).*”

La reclamación de la filiación constituye un derecho desde la perspectiva de posibilitar el legítimo ejercicio de las facultades que conlleva tal calidad. Pero, también, constituye un derecho desde el momento en que permite acceder a la verdad biológica y, por ende, concretar el derecho a la identidad personal que esta Magistratura ha definido como aquel que “*implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace,*

a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a ser cuidada por ellos". Ha agregado que *"la estrecha relación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece."* (STC Rol N^º 1.340, c. décimo);

7^º. Que, a mayor abundamiento, el carácter de derecho esencial que emana de la naturaleza humana del derecho a la identidad personal – comprometido en el ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación– no puede ponerse en duda. Desde luego, porque este mismo Tribunal ha sostenido que *"esta última expresión (que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana) significa que los hombres son titulares de derechos por el hecho de ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional."* (STC Rol N^º 226, c. vigesimoquinto). Asimismo, porque no puede existir una facultad más ligada a la naturaleza humana que la necesidad de reafirmar el propio yo, la identidad y, en definitiva, la posición que cada quien ocupa dentro de la sociedad, lo que no puede limitarse a la sola inscripción del nombre y apellidos de una persona en el registro correspondiente.

De esta forma y aun cuando se sostuviera que el reconocimiento del derecho a la identidad personal no encuentra sustento en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque no lo mencionan en forma expresa, igualmente habría que reconocer que el ejercicio de la soberanía, por parte del legislador, se encuentra limitado por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como es el caso del derecho a la identidad personal.

Precisamente ése es el sentido de lo afirmado previamente por esta Magistratura en orden a que *"aun cuando la Constitución chilena no reconozca en su texto el derecho a la identidad, ello no es obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país."* (STC roles N^{OS} 834, c. vigesimosegundo y 1.340, c. noveno).

Así, puede afirmarse que el derecho a la identidad personal constituye un derecho implícitamente reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en base a lo dispuesto en los artículos 1^º, 5^º, inciso segundo, y 19, N^º 4^º, referido este último a lo que la doctrina ha denominado como *"el derecho al nombre y a la propia imagen"* que ya han ido adquiriendo una configuración autónoma dentro de la protección del ámbito de la privacidad.

Esta tesis se ha ido abriendo paso, también, en la jurisprudencia de otras magistraturas constitucionales como es el caso de la Corte Cons-

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

8°. Que la historia del debate parlamentario que dio origen a la Ley N° 19.585, reproducida en la sentencia recaída en el Rol N° 1.340, deja en evidencia que algunos legisladores visualizaron la total afectación para el derecho a la identidad personal que podría producirse en caso de establecerse limitaciones para accionar contra los herederos cuando el padre, como el caso en examen, ha fallecido fuera de los supuestos que se contemplaban en lo que pasó a ser el artículo 206 actual del Código Civil (c. vigesimosegundo);

9°. Que, teniendo presente, entonces, la circunstancia de que el derecho a la identidad personal –reflejado en las acciones de reclamación de paternidad como la de la especie– constituye un derecho esencial que emana de la propia naturaleza humana, aun cuando no tenga reconocimiento expreso en la Carta Fundamental, y que, en ese carácter, limita el ejercicio de la soberanía que se expresa, entre otras modalidades, en la función legislativa, es que no puede resultar acorde con la Ley Suprema un precepto legal, como el artículo 206 del Código Civil, que circunscribe la acción de reclamación de paternidad a los supuestos que ella contempla y a un plazo que, a todas luces, resulta arbitrario, si se trata de reconocer, como se ha dicho, el lugar que una persona ocupa dentro de la sociedad, posibilidad que siempre debe estar abierta.

Es por lo antes expresado que esta Magistratura ha sostenido que:

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

En efecto, si –como en el caso de autos– el supuesto padre ha fallecido después de transcurridos los ciento ochenta días siguientes al parto, el demandante quedará siempre con la interrogante abierta acerca de su origen y, por ende, de su verdadero nombre, que es un atributo de la personalidad. Esa hipótesis podría darse efectivamente en el caso sub lite en caso (sic) que el juez estimase, precisamente, que el

actor no se encuentra dentro de los supuestos contemplados en el precepto legal impugnado.” (STC Rol N^º 1.340, c. vigesimoquinto);

10º. Que, así, queda demostrado que la aplicación del artículo 206 del Código Civil a la gestión pendiente de que se trata, vulnera el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en lo que toca al derecho a la identidad personal como derecho esencial que emana de la naturaleza humana;

11º. Que, en lo que se refiere al capítulo de impugnación vinculado a la igualdad ante la ley, sólo cabe reiterar aquí la doctrina –ya uniforme– de este Tribunal (STC roles N^{os} 755, 790, 825, 829, 834, 1.340, 1.537, 1.563 y 1.656), según la cual, para determinar la existencia de una diferencia arbitraria, en los términos aludidos por el inciso segundo del artículo 19 N^º 2º de la Constitución Política, es necesario precisar, en primer término, si existe una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar y, luego, examinar si tal diferencia tiene carácter arbitrario. Para ello, deberá considerarse si la arbitrariedad importa una falta de razonabilidad en función de los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida adoptada por el legislador;

12º. Que, en tal sentido, y como se razonó por esta Magistratura en las sentencias roles N^{os} 1.537, 1.563 y 1.656, el artículo 206 del Código Civil introduce una diferencia entre la misma categoría de personas, que corresponden a aquellas que reclaman el reconocimiento de la filiación, pues dicho precepto permite accionar contra los herederos del supuesto padre o madre únicamente si concurren los supuestos que se han recordado en el considerando 4º de esta prevención. En cambio, quienes también reclaman el reconocimiento de su filiación, pero no se encuentran dentro de los supuestos previstos en la norma cuestionada, carecen de acción para obtenerlo (considerandos 15º y 16º, respectivamente);

13º. Que, comprobada la diferencia de trato entre personas que se encuentran en la misma situación (persiguen el reconocimiento de su filiación), debe verificarse si tal diferencia resulta razonable, pues no toda desigualdad de trato es necesariamente inconstitucional (sentencia del Tribunal Constitucional de España 128/1987);

14º. Que, examinada la historia del establecimiento del artículo 206 del Código Civil –latamente expuesta en sentencias roles N^{os} 1.340, 1.537, 1.563 y 1.656–, se comprueba que, lejos de apreciarse un fundamento objetivo y razonable en la limitación que dicha norma establece para reclamar el reconocimiento de la filiación a los herederos del supuesto padre fallecido, se tuvo en cuenta, más bien, la necesidad de superar la distinción precedente entre tipos o categorías de hijos facilitando un acceso amplio al reconocimiento de la paternidad;

15º. Que si se trataba de equilibrar la búsqueda de la verdad biológica en materia de investigación de la paternidad con la necesidad de pre-

servar la paz y armonía familiares de los herederos que veían alterada su vida por tal investigación, bastaba con introducir resguardos frente a demandas temerarias o infundadas (como la verosimilitud de las pruebas acompañadas) o con asegurar que se respondiera de la mala fe empleada, pero sin sacrificar el pleno respeto a los derechos a la identidad personal y a obtener la verdad biológica.

Con mayor razón, cuando el propio Código Civil se encarga de resguardar la integridad patrimonial de los herederos del supuesto padre señalando, en su artículo 195, que: *“El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia.”*;

16°. Que, desde esta perspectiva, la diferencia de trato que introduce el artículo 206 del Código Civil para quienes –como los requirentes de autos– están fuera de los supuestos de esa norma, no resulta ni necesaria ni idónea al tenor de la finalidad perseguida por el legislador. Tampoco puede sostenerse que exista proporcionalidad al establecer limitaciones de supuestos y de plazo que terminan impidiendo, del todo, el reconocimiento de la paternidad y, en suma, el derecho a la identidad personal tan vinculado con la dignidad humana, según se ha explicado;

17°. Que, en consecuencia, la aplicación de la totalidad del artículo 206 del Código Civil al asunto *sub lite* resulta contraria, en concepto de quienes suscriben este voto, no sólo al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, sino que, también, al derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19, N° 2°, de la misma Carta;

18°. Que la conclusión a la que se ha arribado en el considerando precedente es plenamente aplicable al inciso tercero del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585 –también impugnado en estos autos– y que prescribe que: *“No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.”* La vigencia a la que se alude se produjo con fecha 26 de octubre de 1999, por expresa disposición del artículo 9° de la Ley N° 19.585.

La sentencia pronunciada por la Juez Suplente del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago basa el rechazo de la demanda de reclamación de paternidad de los requirentes en estos autos, entre otras razones, en el hecho de tratarse de un padre fallecido en el año 1990, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, invocando, precisamente su artículo 5° transitorio;

19°. Que, como puede observarse, la sentenciadora de primera instancia ha invocado el artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585 para denegar la demanda de reconocimiento de paternidad, porque el padre de los requirentes había fallecido antes de la vigencia de la Ley N° 19.585.

Cabe tener presente aquí que, según se expresa en su libelo, los requirentes recién se enteraron de quién era su padre biológico con fecha 18

de noviembre de 2009, procediendo a entablar la respectiva demanda de reconocimiento de paternidad, la que fue notificada con fecha 24 de ese mismo mes y año (fojas 3);

20°. Que, entonces, la norma contenida en el inciso tercero del artículo 5° transitorio de la Ley N^º 19.585 impide, absolutamente, el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad cuando el progenitor ha fallecido antes de la vigencia de la misma, resultando su aplicación, a la gestión pendiente, tan contraria a la Constitución como el artículo 206 del Código Civil, por las mismas razones antes analizadas. Lo anterior, teniendo presente, además, que los requirentes no pudieron intentar previamente la acción por ignorar –en forma ajena a su voluntad–, antes del año 2009, cuál era su padre biológico. Por dichas razones, nuestro voto considera que el inciso tercero del artículo 5° transitorio de la Ley N^º 19.585 es, también, inaplicable, en la gestión radicada actualmente en la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol de ingreso N^º 1015-2011.

Los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander previenen, compartiendo el rechazo al requerimiento formulado en contra del artículo 5° transitorio de la Ley N^º 19.585, por las siguientes otras razones:

1°. Que el requerimiento plantea que el artículo 5° transitorio de la Ley N^º 19.585, al establecer una limitación temporal para la acción de reclamación de filiación respecto del hijo póstumo y del padre fallecido hasta 180 días después del nacimiento del hijo, afecta la igualdad ante la ley y el derecho a la identidad personal;

2°. Que la mayoría rechaza el requerimiento fundado en que el plazo de un año para la procedencia del reclamo de filiación, debe considerarse justificado por dos razones. Por una parte, por certeza jurídica, pues impide que estas relevantes relaciones de parentesco puedan permanecer indefinidas por largo tiempo. Por la otra, porque las pericias biológicas para acreditar tales vínculos pueden afectar a restos humanos de antigua data;

3°. Que lo primero que queremos señalar es que existen ciertas diferencias entre el artículo 206 y el artículo 5° transitorio de la Ley N^º 19.585. Desde luego, una es una norma permanente y otra está destinada a regir la transición de lo que sucedía antes de su entrada en vigencia. Enseguida, mientras el artículo 206 entrega tres años para reclamar, el artículo 5° transitorio de la Ley N^º 19.585, sólo entrega uno. A continuación, el artículo 206 distingue la manera de contar el plazo, pues diferencia según si los hijos tenían o no plena capacidad, cosa que no hace el artículo 5° transitorio. Además, el artículo 5° transitorio expresamente señala que no puede reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas antes de la entrada en vigencia de ella, salvo que se haga en los términos que dicho precepto establece;

4°. Que las condiciones que fija el artículo 5° transitorio para que sea posible dicha demanda, son las siguientes. En primer lugar, la demanda debió interponerse en un plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585. Es decir, a más tardar el 27 de octubre de 1999. En segundo lugar, no tiene que existir sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad. Con ello se impide renovar discusiones zanjadas por los tribunales. Ello lo reitera el artículo 6° transitorio de la misma ley, al señalar que *“la presente ley no alterará el efecto de cosa juzgada de la sentencia ejecutoriada con anterioridad a su entrada en vigencia”*. En tercer lugar, es necesario que se dé la hipótesis del artículo 206. En consecuencia, el demandante tiene que ser hijo póstumo o hijo de padres fallecidos dentro de los 180 días siguientes al parto;

5°. Que, como se observa, el artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585, diseña un sistema especial y único para regular las situaciones generadas con anterioridad a su entrada en vigencia;

6°. Que no consideramos que este sistema sea inconstitucional. En primer lugar, porque la ley que crea un derecho, puede fijar las condiciones de su ejercicio. En este caso, recordemos que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, junto con distinguirse entre hijos legítimos y los ilegítimos, una de cuyas categorías era la de hijo natural, se establecía en el artículo 272 del Código Civil, que la demanda para el reconocimiento de paternidad o maternidad debía notificarse en vía del supuesto padre o madre. El artículo 5° transitorio establece como regla general que no puede reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas, salvo que la acción la ejerzan los hijos que se encuentren en la situación de los artículos 206 y 207 del Código Civil, y lo hagan en el plazo de un año. En otras palabras, la ley permite la demanda, pero con la limitación de que se haga en un plazo. El artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585 establece el derecho de reclamar la filiación de padres muertos. Ese derecho antes no existía. Pero otorga un plazo para hacerlo.

En segundo lugar, el artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585 no reconoce la calidad de hijo que tenga una persona respecto de cierto padre o madre. Sólo permite un reclamo judicial, permitiendo este reconocimiento. Es ese reclamo el que queda sujeto a un límite temporal.

En tercer lugar, es cierto que el artículo 195 del Código Civil establece que el derecho a reclamar la filiación es imprescriptible. Sin embargo, este es un derecho legal. Por lo mismo, otra norma legal, en este caso, el artículo 5 transitorio de la Ley N° 19.585, puede establecer reglas de caducidad. No hay reglas en la Constitución que prohíban establecer estos plazos. Más todavía si se trata de normas que regulan la transición de un régimen a otro totalmente nuevo. Además, el artículo 19, N° 26, de la Constitución permite al legislador avanzar en estas reglas.

En cuarto lugar, esta regla de entablar la demanda dentro de un pla-

zo, es parte de otra serie de medidas destinadas a consolidar situaciones que la Ley N^º 19.585 estableció, sobre todo en materia patrimonial. En efecto, si bien la filiación produce efectos retroactivos a la época de la concepción del hijo, cuando queda legalmente determinada (artículo 181, Código Civil), los efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas de prescripción (artículo 195). De ahí que la sentencia que da lugar a la reclamación, no perjudica los derechos de terceros de buena fe que hayan sido con anterioridad a la subinscripción de éste al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (artículo 221, Código Civil). El mismo artículo 5^º transitorio establece que la declaración de paternidad o maternidad produce efectos patrimoniales a futuro y no puede perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros;

7^º. Que, asimismo, el artículo 5^º transitorio de la Ley N^º 19.585 es claramente favorable. Salvo las situaciones de los artículos 206 y 207 del Código Civil, todos los demás hijos no pueden demandar de reconocimiento de paternidad o maternidad a los padres muertos;

8^º. Que, por lo demás, en el caso particular, cuando entró en vigencia la ley 19.585, los hijos demandantes de la gestión pendiente, tenían 15 y 11 años respectivamente. En el marco estricto del artículo 206, como eran menores de edad, pudieron demandar directamente el año 2002 o 2006, respectivamente. Sin embargo, como las reglas de transición de la Ley N^º 19.585 establecieron un plazo, debieron demandar a más tardar el 27 de octubre del 2000.

De este modo, no es que el artículo 5^º transitorio les haya impedido demandar. Dicha norma no lo prohibió; sólo estableció un plazo para hacerlo. Sin embargo, los demandantes no ejercieron ese derecho en el plazo permitido por la ley. En nada se contrapone a lo anterior el que hayan sido menores de edad cuando entró en vigencia la Ley N^º 19.585, pues por ellos pueden actuar sus representantes legales;

9^º. Que por todas esas razones, estos Ministros consideran que el requerimiento formulado contra el artículo 5^º transitorio de la Ley N^º 19.585, debe rechazarse.

Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado dejan constancia de que, si bien en esta ocasión el Tribunal ha restringido su declaración, continúan juzgando que el artículo 206 del Código Civil no es contrario a la Constitución, como tampoco lo es el artículo 5^º transitorio de la Ley N^º 19.585, por los mismos motivos que ya expusieran, latamente, en disidencias anteriores (STC roles N^{OS} 1.537, 1.563 y 1.656).

Desean subrayar, sin embargo, que estiman que tratándose del establecimiento de beneficios, como el plazo adicional o de gracia que la sentencia declara inconstitucional, el legislador goza de una facultad que

puede ejercer con cierta discrecionalidad, siendo una cuestión pacífica que no es sinónimo de arbitrariedad. Comprenden, sin embargo, que tratándose de materias tan sensibles como la de la especie, habrá siempre distintas opiniones y hasta disconformidad con la mayor o menor generosidad o prudencia con que se ejerció esta discrecionalidad, pero ello no basta para convertir el beneficio cuestionado en inconstitucional.

Los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander estuvieron, asimismo, por rechazar el requerimiento, respecto del artículo 206 del Código Civil, fundados en lo siguiente:

1°. Que el requerimiento plantea que el artículo 206 del Código Civil, al establecer una limitación temporal para la acción de reclamación de filiación respecto del hijo póstumo y del nacido hasta 180 días después del fallecimiento del padre, afecta la igualdad ante la ley y el derecho a la identidad personal.

2°. Que la mayoría sólo acoge el requerimiento parcialmente, únicamente respecto de la limitación que afecta a la acción de reclamación del hijo cuyo padre o madre falleció dentro de los 180 días siguientes al parto, porque se trata de una exigencia arbitraria que limita injustificadamente el derecho del hijo a reclamar su filiación, situándolo en una desventaja objetiva respecto de quienes sí pueden demandar;

I

CRITERIOS INTERPRETATIVOS

3°. Que para efectuar nuestro razonamiento, queremos dejar sentados los criterios interpretativos que lo guiarán.

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

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

4°. Que los conflictos que conoce en sede de inaplicabilidad tienen en común el hecho que se produzca en ellos una vulneración de la Constitución, por violación de uno o más de sus preceptos, por una determinada aplicación de un precepto legal a una gestión pendiente. Lo que evalúa esta Magistratura en esos casos “...no es la eventual aplicación incorrecta o

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

5°. Que, en segundo lugar, sólo si se agotan las posibilidades de conciliar la norma cuestionada con la Carta Fundamental, cabe declarar la inaplicabilidad por inconstitucional. Pero si dicha posibilidad existe, tal declaración debe evitarse por estar en juego la presunción de constitucionalidad de las normas legales y la deferencia que esta Magistratura debe tener con el legislador;

6°. Que, en efecto, como lo señala García de Enterría, la presunción de constitucionalidad no es sólo la afirmación formal de que cualquier ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más: “*primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando exista ‘duda razonable’ sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación constitucional habrá que presumir que, siempre que sea ‘razonablemente posible’, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que permitirá mantenerse dentro de los límites constitucionales*” (García de Enterría, Eduardo; “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”; Civitas; 3^a ed.; Madrid, 1985; p. 96.).

Tal como lo explica Patricio Zapata, “*la doctrina de la ‘presunción de constitucionalidad’ postula que, existiendo dudas respecto a la constitucionalidad de un acto de otro poder del Estado, el TCCh debe, en principio, presumir su*

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

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

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

7°. Que, en tercer lugar, en íntima conexión con el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, se encuentra el principio de la “interpretación conforme”, en virtud del cual el Tribunal intenta “buscar la interpretación de las normas que permitan resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución” (STC Rol N° 217). Y sólo si ello no es posible, es decir, si se han agotado los esfuerzos de conciliación entre la norma objetada y la Constitución, cabe la declaración de inconstitucionalidad, pero no antes; “no cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta Fundamental” (STC Rol N° 1.337);

8°. Que, en cuarto lugar, esta Magistratura debe actuar con corrección funcional, es decir, debe respetar el reparto de competencias entre los distintos órganos del Estado (STC Rol N° 1.867).

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

9°. Que, finalmente, si bien en un requerimiento es necesaria la exposición de los hechos y fundamentos en que se apoya e indicar cómo ellos producen como resultado una infracción constitucional, con la indicación de los vicios de inconstitucionalidad y de las normas constitucionales que se estiman infringidas, ello es un requisito de admisión a trámite (artículo 80 y 82). Luego de la admisión a trámite, el Tribunal Constitucional debe

decidir su admisibilidad en base a otros parámetros. Una vez declarada la admisibilidad, recién el Tribunal puede entrar al fondo del asunto, o sea, definir si hay efectivamente una cuestión de constitucionalidad, y cómo se resuelve ésta de ser ella efectiva.

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

II

EXISTE UNA INTERPRETACIÓN QUE CONCILIA EL PRECEPTO CON LA CONSTITUCIÓN

10°. Que, en el presente caso, consideramos que hay un problema interpretativo de nivel legal, pues hay al menos dos posiciones que se enfrentan sobre el sentido y alcance del artículo impugnado. Una tesis, que llamaremos restrictiva, sostiene que el artículo 206 sólo permite que los hijos del presunto padre o madre muerto para demandar a los herederos de éste en búsqueda del reconocimiento filiativo, lo puedan hacer únicamente en los dos casos que contempla: hijo póstumo y padre o madre fallecidos dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. La otra tesis, que llamaremos amplia, sostiene que este precepto debe mirarse como una excepción, pues hay otros preceptos del Código Civil que abren la posibilidad de demanda a otras situaciones que las contempladas en el precepto impugnado.

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

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

Para la segunda posición, si bien el artículo 205 del Código Civil dice que la acción “*le corresponde sólo al hijo contra su padre o madre*”, ello no obsta

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

11°. Que lo anterior es relevante, porque para construir la inconstitucionalidad, el requerimiento no se hace cargo de la tesis amplia. En efecto, la imposibilidad de demandar de reconocimiento filiativo a posibles hijos que se encuentran en situaciones distintas a las reguladas en el artículo impugnado, es lo que funda la eventual vulneración de la igualdad ante la ley (aquéllos que se encuentren en las situaciones del artículo son privilegiados en relación al resto);

12°. Que, como se observa, para construir la posible inconstitucionalidad, se ha debido obviar la tesis que hace viable las posibles demandas y que elimina los reproches de infracción a la Constitución. Una vez tomada esa opción, se afirma que hay una vulneración a la Constitución.

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

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

13°. Que, la presunción de constitucionalidad de la ley y el principio de interpretación conforme, tienen plena aplicación en el presente caso, pues existe una interpretación que armoniza el texto impugnado con la Carta Fundamental. Ello impide a esta Magistratura declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal impugnado, pues existe una duda más que razonable para proceder en este sentido. No es definitivo que exista una incompatibilidad indudable entre el artículo impugnado y la Carta Suprema;

III UTILIDAD DE LA INAPLICABILIDAD

14°. Que, por otra parte, tomar opción por la tesis restrictiva, como la única posible, para construir la declaración de inconstitucionalidad, implica restringir la utilidad de la inaplicabilidad. En efecto, si se ordena por esta Magistratura dejar de considerar el precepto objetado para la resolución del asunto, quedan subsistentes todas las normas que permiten construir la tesis amplia de la acción de legitimación. Por lo mismo, lo que se estaría haciendo al acoger la inaplicabilidad, es eliminar sólo un obstáculo interpretativo para que los jueces lleguen a la misma conclusión si hicieran un esfuerzo de armonización razonable;

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

15°. Que, por otra parte, cabe considerar que el deber de respeto y promoción a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que estén establecidos en tratados internacionales ratificados por nuestro país y vigentes, es un mandato para los “*órganos del Estado*”.

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

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

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

V LA PRESCRIPCIÓN ES UN ASUNTO QUE CORRESPONDE DEFINIR AL LEGISLADOR

16°. Que, finalmente, no estamos en contra de la imprescriptibilidad de la acción de reclamación. Pero esa es una decisión que le corresponde tomar al legislador. El constituyente considera que es materia de ley definir cuándo y por qué plazo debe establecerse una regla de prescripción

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

17°. Que por todas esas razones, estos Ministros consideran que el requerimiento formulado contra el artículo 206, debe rechazarse.

Redactó la sentencia el Ministro señor Francisco Fernández Fredes, las prevenciones la Ministra señora Marisol Peña Torres y el Ministro señor Carlos Carmona Santander, respectivamente, y las disidencias el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios y el Ministro señor Carlos Carmona Santander, respectivamente.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol Nº 2.035-2011

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

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

ROL N^º 2.036-2011CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO
DE LEY QUE REGULA EL CIERRE DE FAENAS
E INSTALACIONES MINERAS.Ley N^º 20.551 de 11 noviembre de 2011

Santiago, dieciocho de octubre de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, por oficio N^º 950/SEC/11, de 19 de julio de 2011, el H. Senado ha enviado a esta Magistratura el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que “regula el cierre de faenas e instalaciones mineras”, contenido en el Boletín N^º 6415-08, a fin de que este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N^º 1^º, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad a su respecto;

SEGUNDO. Que el N^º 1^º del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: “Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;”;

TERCERO. Que, en consecuencia, corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre las normas del proyecto de ley remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

I

NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA
QUE ESTABLECEN EL ÁMBITO DE LAS LEYES ORGÁNICAS
CONSTITUCIONALES RELACIONADAS CON EL CONTENIDO
DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDO A CONTROL PREVENTIVO
DE CONSTITUCIONALIDAD

CUARTO. Que el artículo 19, N^º 24^º, inciso séptimo, de la Constitución Política establece que “corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que

tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión”;

QUINTO. Que el artículo 77 de la Constitución Política dispone, en sus incisos primero, segundo y séptimo, lo siguiente: “*Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.*

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

(...)

“La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional.”;

SEXTO. Que, no obstante que el Senado no indica las normas del proyecto que somete a control de constitucionalidad por estimarlas propias de ley orgánica constitucional, este Tribunal –como lo ha hecho en oportunidades anteriores– se pronunciará sobre todas las disposiciones contenidas en el proyecto de ley que, a su juicio, revestirían la naturaleza de leyes orgánicas constitucionales;

SÉPTIMO. Que las disposiciones del proyecto de ley remitido son las que se indican a continuación:

PROYECTO DE LEY:

“TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°. Ámbito de aplicación. El cierre de las faenas de la industria extractiva minera se regirá por esta ley, sin perjuicio de lo establecido en las demás normas que resulten aplicables en los ámbitos específicos de su competencia.

Artículo 2°. Objeto del plan de cierre. El objeto del plan de cierre de faenas mineras es la integración y ejecución del conjunto de medidas y acciones destinadas a mitigar los efectos que se derivan del desarrollo de la industria extractiva minera, en los lugares en que ésta se realice, de forma de asegurar la estabilidad física y química de los mismos, en conformidad a la normativa ambiental aplicable. La ejecución de las medidas y acciones de la manera antes señalada deberá otorgar el

debido resguardo a la vida, salud, seguridad de las personas y medio ambiente, de acuerdo a la ley.

El plan de cierre de las faenas de la industria extractiva minera es parte del ciclo de su vida útil.

El cierre de faenas mineras se planificará e implementará de forma progresiva, durante las diversas etapas de operación de la faena minera, por toda la vida útil.

El plan de cierre de faenas mineras debe ser ejecutado por la empresa minera, antes del término de sus operaciones, de manera tal que al cese de éstas se encuentren implementadas y creadas las condiciones de estabilidad física y química en el lugar que operó la faena.

Artículo 3°. Definiciones. Para los efectos de esta ley y su reglamento, se entenderá por:

a) Abandono: El acto por el cual la empresa minera cesa las operaciones de una o más faenas o instalaciones mineras, sin cumplir con las obligaciones que le impone esta ley y su reglamento.

b) Área de influencia: el área o espacio geográfico, cuyos componentes ambientales podrían verse afectados luego del cese de las operaciones de la faena o instalación minera, de acuerdo a lo establecido en la ley N^º 19.300.

c) Cierre Parcial: La etapa de un proyecto minero que corresponde a la ejecución de la totalidad de las medidas y actividades contempladas en el plan de cierre respecto de una instalación o parte de una faena minera, efectuada durante la operación, y cuya implementación íntegra se acredita mediante un certificado otorgado por el Servicio.

d) Cierre Final: La etapa de un proyecto minero que corresponde a la ejecución de todas las medidas y actividades contempladas en el plan de cierre, respecto de la totalidad de instalaciones que conforman una faena minera, efectuado al término de la operación minera y cuya implementación se acreditará mediante un certificado otorgado por el Servicio.

e) Director: El Director Nacional del Servicio Nacional de Geología y Minería.

f) Empresa Minera: La persona natural o jurídica que a título propio o por cuenta de un tercero ejecuta operaciones propias de la industria extractiva minera, sujetas a la obligación de cierre de faenas.

g) Estabilidad Física: Situación de seguridad estructural, que mejora la resistencia y disminuye las fuerzas desestabilizadoras que pueden afectar obras o depósitos de una faena minera, para la cual se utilizan medidas con el fin de evitar fenómenos de falla, colapso o remoción.

Para los efectos de esta ley se consideran medidas para la estabilización física aquellas como la estabilización y perfilamiento de taludes, reforzamiento o sostenimiento de éstos, compactación del depósito y otras que permitan mejorar las condiciones o características geotécnicas que componen las obras o depósitos mineros. La estabilidad física comprende, asimismo, el desmantelamiento de las construcciones que adosadas permanentemente a la faena minera la aseguren.

h) Estabilidad Química: Situación de control en agua, en aire y en suelo de las características químicas que presentan los materiales contenidos en las obras o depósitos de una faena minera, cuyo fin es evitar, prevenir o eliminar, si fuere necesario, la reacción química que causa acidez, evitando el contacto del agua con los residuos generadores de ácidos que se encuentren en obras y depósitos masivos mineros, tales como depósitos de relaves, botaderos, depósitos de estériles y rípios de lixiviación.

i) Faena minera e industria extractiva minera: Se entenderá por Faena Minera el conjunto de instalaciones y lugares de trabajo de la industria extractiva minera, tales como minas, plantas de tratamiento, fundiciones, baterías, equipamiento, ductos, oleoductos y gasoductos de hidrocarburos, maestranzas, talleres, casas de fuerza, puertos de embarque de productos mineros, campamentos, bodegas, lugares de acopios, pilas de lixiviación, depósitos de residuos masivos mineros, depósitos de relaves, de estériles, rípios de lixiviación y, en general, la totalidad de las labores, instalaciones y servicios de apoyo e infraestructura que existen respecto a una mina o establecimiento de beneficio para asegurar el funcionamiento de las operaciones mineras.

Para los efectos de esta ley se considerará industria extractiva minera el conjunto de actividades relacionadas con la exploración, prospección, extracción, explotación, procesamiento, transporte, acopio, transformación, disposición de sustancias minerales, sus productos y subproductos; las sustancias fósiles y depósitos de hidrocarburos líquidos o gaseosos, en las condiciones específicas que se señalan en el Título XII. La industria extractiva minera incluirá el conjunto de obras destinadas a abrir, habilitar, desarrollar, instalar y adosar permanentemente, en su caso, las excavaciones, construcciones, túneles, obras civiles y maquinarias que tengan estrecha relación con las actividades antes señaladas.

j) Garantía: Las obligaciones que se contraen e instrumentos que se otorgan para asegurar el cumplimiento de las cargas que derivan del plan de cierre, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.

k) Modificación sustancial del proyecto minero: Para los efectos de esta ley constituyen una modificación sustancial del proyecto las variaciones que excedan de diez por ciento de la estimación de la vida útil del proyecto minero, sin perjuicio de las que se originaren por cambios importantes de ritmo de explotación, en las tecnologías o diseños de los métodos de explotación, ventilación, fortificación o de tratamiento de minerales determinados, así como nuevos lugares de ubicación, ampliación o forma de depósitos de residuos mineros, producidos por alteraciones en el tipo de roca, leyes o calidad de los minerales y, en general, cualquier cambio en las técnicas utilizadas que envuelvan más que una simple ampliación de tratamiento para colmar las capacidades del proyecto.

l) Operación minera: Las actividades que incluyen las fases de exploración, en los casos que se encuentre sometida al sistema de evaluación de impacto ambiental, de acuerdo a las disposiciones de la ley N° 19.300, y las actividades de prospección, construcción, explotación y beneficio de minerales, de una faena minera.

m) *Paralización temporal*: El cese transitorio de la operación de una faena minera, el cual podrá ser total o parcial, según afecte instalaciones específicas o al conjunto de instalaciones que constituyen la faena minera.

n) *Plan de Cierre*: El documento que especifica el conjunto de medidas técnicas y actividades que la empresa minera debe efectuar desde el inicio de la operación minera, y el programa de detalle conforme al cual deben implementarse, de manera que tienda a prevenir, minimizar o controlar los riesgos y efectos negativos que se puedan generar en la vida e integridad de las personas que se encuentran relacionadas directa e inmediatamente a las mismas, así como mitigar los efectos de la operación minera en los componentes medio ambientales comprometidos, tendientes a asegurar la estabilidad física y química de los lugares en que ésta se realice.

o) *Post cierre*: Es la etapa que sigue a la ejecución del plan de cierre, que comprende las actividades de monitoreo y verificación de emisiones y efluentes y, en general, el seguimiento y control de todas aquellas condiciones que resultan de la ejecución de las medidas y actividades del plan de cierre, para garantizar en el tiempo la estabilidad física y química del lugar, así como el resguardo de la vida, salud, seguridad de las personas y medio ambiente, de acuerdo a la ley.

p) *Servicio*: el Servicio Nacional de Geología y Minería.

q) *Vida útil del proyecto minero*: Aquel cálculo que se efectúa en función de las reservas demostradas, probadas más probables, certificadas por una Persona Competente en Recursos y Reservas Mineras de acuerdo a las disposiciones de la ley N^º 20.235, en relación con los niveles anuales de extracción de mineral.

Artículo 4^º. Carácter sectorial del plan de cierre. La aprobación que realizare el Servicio al plan de cierre, en conformidad a lo dispuesto en la presente ley, constituirá un permiso sectorial para todos los efectos legales. El plan de cierre original deberá ser elaborado en conformidad con la resolución de calificación ambiental previamente aprobada, de forma tal de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de reparación, mitigación o compensación diversas a las prescritas por esta ley, respecto de los predios superficiales, en conformidad a la ley N^º 19.300 y la normativa ambiental aplicable. La empresa minera no podrá iniciar la operación de la faena minera sin contar, previamente, con un plan de cierre aprobado en la forma prescrita en esta ley.

TÍTULO II

AUTORIDAD COMPETENTE

Artículo 5^º. Autoridad competente y funciones. El Servicio es el órgano de la Administración del Estado encargado de revisar y aprobar sectorialmente los aspectos técnicos de los planes de cierre de faenas mineras y sus actualizaciones, como asimismo velar por el cumplimiento de las obligaciones de la empresa minera causadas por los planes de cierre aprobados. Tendrá las facultades de supervigilancia y fiscalización que establece la ley.

Al Servicio le corresponderán las siguientes funciones y atribuciones:

a) *Aprobar, en conformidad a la resolución de calificación ambiental, las medidas que serán implementadas y actividades que serán ejecutadas para el cumplimiento de los planes de cierre de faenas mineras y sus modificaciones, de acuerdo a la presentación que hicieren los interesados.*

b) *Aprobar la valorización del plan de cierre y la correspondiente cantidad de dinero o monto que será garantizada durante la vida útil del proyecto minero, supervigilar la suficiencia de los instrumentos otorgados en garantía, autorizar las rebajas que provengan de la ejecución de cierres parciales de faenas mineras, así como efectuar la liberación de la garantía a medida que se ejecutare el plan de cierre.*

c) *Elaborar el programa de fiscalización de los planes de cierre aprobados y fiscalizar su cumplimiento.*

d) *Disponer o evaluar, en interacción con la autoridad ambiental, si correspondiere, modificaciones y actualizaciones a los planes de cierre aprobados, de acuerdo con las variaciones que experimenten los proyectos y su vida útil, en los términos del procedimiento establecido en esta ley y su reglamento.*

e) *Disponer, en caso que las medidas comprometidas en el plan de cierre no fueren ejecutadas o lo fueren de manera imperfecta, las acciones necesarias para que la garantía otorgada se aplique íntegramente a la ejecución del plan de cierre.*

f) *Ordenar la ejecución de medidas correctivas para los casos de incumplimiento del plan de cierre.*

g) *Preparar guías metodológicas para la elaboración de los proyectos de planes de cierre simplificados.*

h) *Verificar las competencias específicas de los auditores de planes de cierre, para los efectos de informar sobre la adecuación y cumplimiento de los mismos, y llevar el Registro correspondiente, de acuerdo con lo que disponen esta ley y su reglamento.*

i) *Inspeccionar las faenas o instalaciones mineras a fin de asegurar el cumplimiento de las medidas y actividades comprometidas por la empresa minera, según lo establecido en el plan de cierre.*

j) *Aplicar sanciones administrativas, según lo dispuesto en el Título X de esta ley.*

TÍTULO III

APROBACIÓN DE LOS PLANES DE CIERRE

Párrafo 1°

Requisitos generales

Artículo 6°. Plan de Cierre, elaboración, contenidos, objetivos y requisitos formales. Toda empresa minera deberá presentar, para la aprobación del Servicio, un plan de cierre de sus faenas mineras, elaborado en conformidad con la resolución de calificación ambiental que se pronuncie favorablemente sobre el proyecto minero, cuando correspondiere, de acuerdo a la ley N° 19.300.

El plan de cierre contemplará los objetivos propios y adecuados a las características de la faena minera, establecidos en la presente ley y el reglamento.

Los requisitos formales para el otorgamiento de esta aprobación, así como los contenidos técnicos y económicos que deberá contener el plan de cierre, son los que se señalan en esta ley y el reglamento.

Artículo 7°. Obligatoriedad del plan de cierre. Una vez aprobado, el plan de cierre obliga a la empresa minera a ejecutar íntegramente todas las medidas y actividades contempladas en dicho documento, dentro del plazo fijado, y de la manera y condiciones previstas en el mismo.

Artículo 8°. Oportunidad de la aprobación del plan de cierre. Todo plan de cierre deberá ser aprobado por el Director previo al inicio de la exploración, explotación de una faena minera o de la operación de un establecimiento de beneficio, según correspondiere.

Artículo 9°. Elementos del plan de cierre. La empresa minera deberá presentar un plan de cierre que contemple la totalidad de la faena minera, el que contendrá y especificará todas las medidas y actividades de cierre contempladas. Podrá asimismo, presentar planes de cierre parcial, los que deberán ejecutarse durante la operación minera, de acuerdo a la programación global y de detalle aprobada por el Servicio, de acuerdo a lo dispuesto por esta ley.

Los Planes de Cierre que se sometan a aprobación del Servicio tendrán carácter público y se registrarán por las disposiciones de la ley N^º 20.285.

Párrafo 2°

De los procedimientos de aprobación del plan de cierre

Artículo 10. Tipos de procedimientos de aprobación. El plan de cierre de faenas mineras se someterá a aprobación del Servicio, a través del procedimiento de aplicación general o simplificado.

La exploración minera, de la forma establecida en la ley N^º 19.300, se sujetará al procedimiento de aprobación simplificado.

Se sujetará al procedimiento de aplicación general la empresa minera cuyo fin sea la extracción o beneficio de uno o más yacimientos mineros, y cuya capacidad de extracción de mineral sea superior a diez mil toneladas brutas (10.000 t) mensuales por faena minera.

Resultará aplicable el procedimiento simplificado a la empresa minera cuya capacidad de extracción o beneficio de mineral sea igual o inferior a la señalada en el inciso anterior.

Lo dispuesto en el inciso anterior rige para efectos de esta ley y no modifica las normas establecidas en la ley N^º 19.300 para el ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental.

1. Del procedimiento de aplicación general

Artículo 11. Efectos del procedimiento de aplicación general. La empresa minera sometida al procedimiento de aplicación general quedará sujeta a la obligación establecida en el Título XIII de esta ley.

Artículo 12. Pronunciamiento sobre el plan de cierre. El Servicio deberá pronunciarse sobre el plan de cierre de la empresa minera dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de su presentación.

El Servicio podrá solicitar, dentro del plazo de treinta días, las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que se estimaren necesarias o que, referidas a información esencial del plan de cierre, sirvieran para complementar o salvar omisiones en su presentación. Las mismas deberán presentarse dentro del término de treinta días. El ejercicio de esta facultad suspenderá el transcurso del plazo legal para pronunciarse.

Cuando la empresa minera hiciere entrega de la información requerida o dejare transcurrir el plazo sin hacerlo el Servicio emitirá pronunciamiento en los términos antes señalados.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, el Servicio, previa resolución fundada y atendido los nuevos antecedentes presentados por la empresa minera, podrá ampliar el plazo para pronunciarse sobre el plan de cierre, hasta por diez días.

Artículo 13. Requisitos del plan de cierre. El plan de cierre deberá, a lo menos, contener los antecedentes y acompañar los documentos que se señalan a continuación:

a) Individualización completa de la empresa minera, escrituras sociales de constitución, con especificación de su RUT y de su representante legal o el RUT del empresario minero cuando sea una persona natural quien realice la explotación;

b) Descripción de la faena minera, con indicación de sus instalaciones, sus características, procesos y productos, la enunciación de las áreas que comprende y de los depósitos e insumos que utilizará. De la misma forma deberá considerar los aspectos geológicos y atmosféricos del área en que se encuentra;

c) Resolución de calificación ambiental aprobatoria, cuando corresponda, de acuerdo a la ley N° 19.300;

d) Informe técnico elaborado y suscrito por una o más Personas Competentes en Recursos y Reservas Mineras de aquellas señaladas en la ley N° 20.235, que se pronuncie acerca de la vida útil del proyecto minero;

e) El conjunto de medidas y actividades propuestas por la empresa minera para obtener la estabilidad física y química del lugar donde se encuentra la faena minera, así como el resguardo de la vida, salud, seguridad de las personas y medio ambiente, de acuerdo a la ley;

f) Una estimación de los costos del plan de cierre propuesto, expresado en unidades de fomento, o el sistema de reajuste fijado por el Banco Central que sustituya a la unidad de fomento, y la programación global y de detalle de ejecución de las medidas de cierre contempladas en él;

g) Un programa y una estimación de costos de las medidas de post cierre, expresado en unidades de fomento, o el sistema de reajuste fijado por el Banco Central que sustituya dicha unidad, y la programación de su ejecución;

h) La cantidad de dinero o monto representativa del costo del plan de cierre que será garantizado, el período por el cual esa caución se otorgará, de acuerdo a la vida útil del proyecto establecida en la forma descrita en la letra d), y los instrumentos que se utilizarán;

i) Cualquier otro documento que sirva de fundamento al plan de cierre o de base para su elaboración, si así lo estima el solicitante;

j) *Indicación de la información técnica que pueda ser considerada de utilidad pública, tal como la relativa a infraestructura, monumentos nacionales, según definición de la ley N° 17.288, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio arquitectónico y natural, y*

k) *Un programa de difusión a la comunidad sobre la implementación del plan de cierre de la faena minera, con excepción de aquellas a las que les corresponda el régimen simplificado.*

Artículo 14. Aprobación o rechazo del plan de cierre. El Servicio deberá pronunciarse acerca de los aspectos técnicos del plan de cierre, mediante la dictación de una resolución fundada de aprobación o rechazo del mismo dentro del plazo legal.

El Servicio podrá requerir a la empresa minera, en el plazo de treinta días a partir de la presentación del plan de cierre, las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que fueren necesarias. El plazo legal para pronunciarse sobre él se suspenderá por el tiempo que dure el ejercicio de esta facultad.

El plan de cierre será aprobado cuando cumpla los requisitos establecidos por esta ley y de acuerdo a la resolución de calificación ambiental, cuando correspondiere.

Si el Servicio rechazare el plan de cierre, indicará las correcciones, rectificaciones y modificaciones precisas y específicas que estimare procedentes al plan de cierre, a efectos de ajustar el mismo a las medidas técnicas necesarias conforme a la presente ley. Los aspectos que no fueren observados se tendrán por aprobados.

Artículo 15. Contenido de la resolución aprobatoria del plan de cierre. El Director dictará la resolución aprobatoria de los planes de cierre de faenas mineras presentados por los interesados, la que deberá contener:

a) *Identificación de la empresa minera, de la respectiva faena minera y de su o sus representantes legales;*

b) *Mención de la vida útil estimada del proyecto minero;*

c) *El conjunto de medidas técnicas y actividades comprometidas para la ejecución del plan de cierre, y la programación global de su ejecución, y*

d) *La estimación de los costos del plan de cierre, que serán garantizados por la empresa minera.*

2. Del procedimiento simplificado

Artículo 16. Presentación del plan de cierre. Las empresas mineras sometidas al procedimiento simplificado elaborarán su plan de cierre incluyendo en el mismo los antecedentes a que se refieren los literales a), b) y e) del artículo 13, y conforme a las guías metodológicas que preparará el Servicio. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de acompañar al mismo la resolución de calificación ambiental favorable si procediere.

El Servicio pondrá a disposición de los interesados las guías metodológicas que especifiquen los estándares técnicos aplicables a las empresas mineras sometidas a este procedimiento y que servirán para la elaboración y complementación de los proyectos de planes de cierre simplificado, conforme a lo establecido en la ley.

Artículo 17. Contenido de la resolución aprobatoria del plan de cierre. La resolución que se pronuncie sobre un plan de cierre de faenas mineras sometidas al procedimiento simplificado contendrá los siguientes antecedentes:

- a) Identificación de la empresa minera y de la respectiva faena o instalaciones como, asimismo, de sus representantes legales;*
- b) Un listado de las medidas y actividades específicas a que quedará sujeta la ejecución del plan de cierre, y*
- c) La programación de su ejecución.*

TÍTULO IV

AUDITORÍA DE LOS PLANES DE CIERRE

Párrafo 1°

Objetivos

Artículo 18. De las auditorías periódicas y extraordinarias. Finalidad, periodicidad y elección del auditor. Las empresas mineras que se encontraren sujetas al procedimiento de aplicación general deberán hacer auditar su plan de cierre cada cinco años, a su costo y de acuerdo al programa de fiscalización que elaborará el Servicio.

El objeto de las auditorías es certificar al Servicio la adecuación y cumplimiento del contenido del plan de cierre y de su actualización, así como la sujeción a su programación de ejecución, de manera de velar por su implementación y avance efectivo en relación al proyecto minero específico.

El Servicio podrá, mediante resolución fundada, ordenar la elaboración de auditorías extraordinarias a costa de la empresa minera cuando se trate de situaciones graves que relacionadas con la adecuación, modificación o rectificación del plan de cierre requieran mayor nivel de información o se encuentren específicamente asociadas a paralizaciones temporales o cierres parciales.

La empresa minera podrá presentar al Servicio auditoría voluntaria de su plan de cierre, cuando se produjere una modificación al proyecto minero que pudiere incidir en la adecuación o modificación del plan de cierre.

Sobre la base del resultado de dichas auditorías el Servicio podrá ordenar fundadamente la adecuación, cumplimiento parcial o actualización extraordinaria del plan de cierre.

La auditoría será efectuada por aquellos auditores que se encuentren inscritos en el Registro Público de Auditores Externos que llevará el Servicio de conformidad con esta ley y su reglamento.

La empresa minera tendrá la facultad de elegir el auditor de entre los que figuren en el Registro antes señalado. De igual forma, y en caso de auditorías extraordinarias, el Servicio podrá designar de entre los inscritos en el Registro el auditor competente.

Artículo 19. Procedimiento y efectos de las auditorías. El Reglamento regulará las normas con arreglo a las cuales se elaborarán los informes técnicos de auditoría.

El informe que emita el auditor deberá ser entregado al Servicio de acuerdo con el procedimiento que establecerá el reglamento.

La evaluación de los informes que efectúe el Servicio, y las eventuales controversias que se generen a ese respecto se regirán, en lo no dispuesto en este artículo, por la ley N^º 19.880.

Con el mérito de los informes de auditoría presentados por la empresa y los actos que en el ejercicio de sus atribuciones de fiscalización realice, el Servicio procederá a resolver, en el plazo de sesenta días contados desde la presentación de la referida auditoría, pronunciándose respecto de las medidas concretas y específicas que deberán adoptarse por la empresa minera en la actualización periódica o extraordinaria del plan de cierre aprobado.

Párrafo 2^º

Normas particulares

Artículo 20. De los auditores y del Registro Público de auditores externos. Podrán desempeñarse para los fines establecidos en este Título los auditores inscritos en el Registro Público de Auditores Externos que llevará el Servicio, quienes estarán sujetos al cumplimiento de los requisitos exigidos por esta ley y su reglamento.

El Servicio sólo podrá inscribir en el Registro a quienes acrediten cumplir con los siguientes requisitos:

1. Persona natural que cuente con título profesional relacionado con las ciencias vinculadas a la industria minera, entre otros, ingenieros de minas, ingenieros de ejecución en minas o geólogos, y que acrediten experiencia en el área de a lo menos diez años.

2. Sociedades de profesionales o personas jurídicas constituidas en conformidad a la ley, cuyo objeto contemple la auditoría de planes de cierre de faenas mineras, en que tuvieran participación o fueren integradas por profesionales que cumplan con los requisitos señalados en el numeral anterior.

En ningún caso podrán efectuar auditorías quienes carezcan de independencia de juicio en relación con las operaciones mineras auditadas, debiendo presentar declaración jurada de independencia e imparcialidad.

Para los efectos de esta ley se entenderá que carecen de independencia de juicio respecto de una empresa minera auditada las siguientes personas naturales y jurídicas:

a) Las que personalmente, su cónyuge o parientes por consanguinidad, hasta el tercer grado inclusive, tengan o hayan tenido durante los últimos tres años, vínculo ya sea como profesional independiente o bajo subordinación o dependencia o quienes, en el mismo período, hubieren prestado servicios a la empresa minera auditada o a cualquiera otra entidad relacionada en los términos del artículo 100 de la ley N^º 18.045, en su caso.

b) Las que directa o indirectamente posean acciones o participaciones sociales en la empresa minera auditada o en cualquier otra entidad relacionada en los términos del artículo 100 de la ley N^º 18.045.

c) Las que tengan una relación de negocios significativa, esto es, que hayan percibido directa o indirectamente ingresos brutos, derivados de dichas relaciones, por una cantidad superior a 500 unidades de fomento o el equivalente en el sistema de reajuste del Banco Central que sustituya la unidad de fomento, con la empresa minera auditada o cualquiera otra entidad relacionada en los términos del artículo 100 de la ley N° 18.045.

No podrán ser registrados, y serán eliminados del Registro Público de auditores externos, quienes se encuentren acusados o hayan sido condenados por delito que merezca pena aflictiva. No serán registradas y serán eliminadas aquellas sociedades de profesionales o las personas jurídicas en las cuales algún socio o alguno de sus trabajadores se encuentren acusados o hayan sido condenados por delito que merezca pena aflictiva. Tampoco podrán ser incorporados y serán eliminados del Registro aquellas sociedades que hayan sido condenadas, de manera grave y reiterada, por práctica antisindical o por infracción a los derechos fundamentales del trabajador o registraren saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social, lo que se acreditará con el correspondiente certificado.

Artículo 21. Contenido de la solicitud de inscripción en el Registro. Los auditores externos, al solicitar su inscripción en el Registro Público, deberán acompañar en forma conjunta con su solicitud de inscripción, un informe que incorpore la descripción específica y detallada de la metodología de trabajo, la que deberá contener a lo menos el desarrollo del plan de auditoría respecto de los contenidos mínimos señalados en las guías metodológicas confeccionadas por el Servicio. Sin perjuicio de lo anterior, todo auditor deberá especificar:

- a) Los estándares técnicos a que sujetará su plan de auditoría.
- b) Los parámetros de certificación.
- c) El procedimiento de control y verificación.
- d) La política de confidencialidad y el manejo de la información privilegiada.
- e) La forma de verificar y garantizar la independencia de juicio e idoneidad técnica del personal encargado de la dirección y ejecución de la auditoría externa.

TÍTULO V

ACTUALIZACIÓN DEL PLAN DE CIERRE Y PARALIZACIÓN TEMPORAL DE OPERACIONES

Párrafo 1°

Implementación de ajustes a los planes de cierre

Artículo 22. De la implementación de actualizaciones del plan de cierre. Todo plan de cierre aprobado por el Servicio deberá ser actualizado durante la operación minera en cuanto a su programación de ejecución, de manera de ser implementado progresiva e íntegramente por la empresa minera o por un tercero por cuenta de ella de acuerdo al avance efectivo del proyecto.

Con el mérito del informe de auditoría y de lo resuelto a su respecto por el Servicio, la empresa minera deberá proceder a la actualización de su plan de cierre.

Las modificaciones a la fase de cierre, que se consignaren en una resolución de calificación ambiental, obligan a la modificación del plan de cierre respectivo, en conformidad a lo establecido en la ley N^º 19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Las actualizaciones de los planes de cierre incluirán, materializarán y concretarán progresivamente, para todos los efectos legales, los objetivos ambientales contenidos en la resolución de calificación ambiental del proyecto para la fase de cierre.

Artículo 23. Procedimiento de actualización del plan de cierre. Dentro del plazo de noventa días contados desde la notificación de la resolución que se pronuncia respecto de la auditoría del plan de cierre, la empresa minera deberá presentar ante el Servicio el proyecto de actualización de su plan de cierre.

La resolución que se pronuncie sobre el proyecto de actualización deberá dictarse dentro del plazo de treinta días, contados desde su ingreso al Servicio.

En contra de la resolución que se pronunciare sobre el proyecto de actualización del plan de cierre procederá recurso de reposición dentro del término de diez días.

Párrafo 2^º

De la paralización temporal de operaciones.

Artículo 24. Paralización. Duración y deberes durante la misma. Las empresas mineras podrán paralizar temporalmente sus operaciones mineras. Previo al cese temporal de sus operaciones mineras deberán obtener la aprobación de un plan de cierre temporal que contenga las medidas destinadas a velar por el adecuado mantenimiento de sus instalaciones y mitigación de los efectos que con ello pudieren causar durante el cese temporal, debiendo mantener vigentes todas las garantías constituidas.

El proyecto de cierre temporal deberá especificar el plazo propuesto de paralización, el que no podrá exceder de dos años, así como los detalles de su plan de cierre temporal y de las medidas antes señaladas.

El proyecto de cierre temporal y el plazo de paralización serán autorizados y calificados por resolución debidamente fundada del Director.

Antes del término del plazo de paralización autorizado la empresa minera podrá solicitar, con causa justificada, la ampliación del mismo hasta por un máximo de tres años adicionales.

Al término del período de paralización autorizado la empresa podrá solicitar al Servicio, por razones calificadas, una ampliación excepcional de la paralización, el que podrá autorizarlo por resolución fundada, previa puesta a disposición del mismo de un monto adicional de garantía equivalente al 30% del total de la garantía, la que deberá ser constituida en instrumentos tipo A.1, cualquiera que fuese la situación que la obligare por aplicación de las reglas establecidas en el Título XIII.

Si no se efectuare reanudación de la faena en los plazos referidos, y concluidos que fueren los períodos de paralización autorizados, el Servicio procederá conforme a lo dispuesto en el Título XI, con el objeto de hacer efectiva y ejecutar la totalidad de la garantía.

Artículo 25. Sanción en caso de abandono. Los representantes legales de la empresa minera que, falsamente y a sabiendas, hubieren informado al Servicio sobre la paralización temporal de operaciones, encubriendo un abandono de la faena minera o de ciertas instalaciones de la misma, serán castigados con multa de mil a diez mil unidades tributarias mensuales.

TÍTULO VI DE LAS SERVIDUMBRES

Artículo 26. De las servidumbres para la ejecución de los planes de cierre. Los predios superficiales y las concesiones mineras que comprendan o estén comprendidas por una faena minera estarán afectos al gravamen de permitir la ejecución del plan de cierre, conservándose a su respecto las servidumbres que existan al tiempo de la operación minera, incluso hasta después de que ella esté concluida y por todo el tiempo que deba ejecutarse el plan de cierre, pero limitado sólo al área que se requiera para tal ejecución. En caso de no existir dichas servidumbres u otros derechos sobre los predios superficiales o concesiones mineras que permitan ejecutar el plan de cierre a la empresa minera, ésta podrá obtener, en su favor, una servidumbre para tales efectos, quedando ella limitada al área necesaria y con el propósito exclusivo de dar cumplimiento al plan de cierre.

Producido el cierre de la faena minera de acuerdo a lo establecido en la presente ley, el propietario del predio superficial, o cualquiera que tuviere interés patrimonial en ello, podrá solicitar la extinción de la servidumbre minera que grava el predio superficial.

En todo lo no previsto en el presente Título resultarán aplicables las normas de los artículos 122 a 125, 234 y 235 del Código de Minería.

TÍTULO VII DEL CUMPLIMIENTO DEL PLAN DE CIERRE

Artículo 27. Del cumplimiento del plan de cierre. El plan de cierre deberá ser implementado íntegramente por la empresa minera o por un tercero por cuenta de ella, durante la operación minera.

Implementada la totalidad de las medidas y actividades comprometidas en el plan de cierre en cumplimiento del objeto de esta ley, la empresa minera sometida al procedimiento de aplicación general deberá presentar al Servicio un informe final de auditoría que contendrá una descripción de las obras que permanecerán en el sitio de la faena minera, así como los demás antecedentes que den cuenta del cumplimiento del plan de cierre de acuerdo al procedimiento que se establecerá en el reglamento.

El contenido del informe final de auditoría será revisado por el Servicio, debiendo resolver dentro del plazo de treinta días y según el procedimiento que para estos efectos será establecido en el reglamento.

El Servicio, mediante resolución fundada, se pronunciará respecto al cumplimiento de plan de cierre.

Artículo 28. De la liberación gradual de la garantía. El Servicio, a petición de la empresa minera y a medida que se ejecute el plan de cierre, podrá liberar parte de la garantía otorgada.

Una vez aprobada la solicitud de liberación gradual de la garantía por parte del Servicio, ésta se sujetará a las reglas siguientes:

a) Iniciada la ejecución efectiva del plan de cierre se podrá liberar hasta el treinta por ciento del valor de la garantía enterada.

b) Luego de ejecutada la totalidad de los hitos significativos y permanentes señalados por la empresa minera en su plan de cierre se podrá liberar hasta un treinta por ciento adicional del valor de la garantía enterada.

c) El remanente se liberará contra la entrega del certificado de cierre final.

El Reglamento determinará la forma y condiciones a las que se ajustará el procedimiento de liberación gradual.

Artículo 29. Certificado de cumplimiento del plan de cierre. Ejecutado el plan de cierre conforme al mismo instrumento, incluidas sus actualizaciones, el Servicio emitirá uno o más certificados que acreditarán el cierre de la faena minera de acuerdo con las disposiciones de esta ley y su reglamento.

Artículo 30. Tipos de certificado de cumplimiento. El Servicio otorgará dos tipos de certificados de cumplimiento:

a) Certificado de cierre parcial, que se otorgará una vez implementadas las medidas comprometidas en el plan de cierre respecto de una instalación o parte de la faena minera.

b) Certificado de cierre final, que será otorgado una vez que se encuentren ejecutadas la totalidad de las medidas comprometidas en el plan de cierre de la faena minera y se haya materializado el aporte al fondo de post cierre de acuerdo a lo establecido en el Título XIV de esta ley.

Artículo 31. Certificados de cierre y garantías. La emisión de los certificados de cierre parcial de instalaciones o partes de una faena minera facultará a la empresa minera para solicitar la reducción proporcional del monto de la garantía, así como la liberación de los excedentes financieros a prorrata de la garantía liberada, si los hubiere.

La emisión del certificado final importará el fin de la obligación de mantener la garantía vigente. El Servicio ordenará la liberación de la misma, de su saldo y de los excedentes que existieren, en el plazo máximo de treinta días.

Artículo 32. Efectos de los certificados. Los certificados acreditarán el cumplimiento íntegro de los deberes y obligaciones de la empresa minera establecidos en esta ley y su reglamento, respecto de la instalación, grupo de instalaciones o faena a cuyo respecto se otorga, sin perjuicio de las responsabilidades que otras normas legales establezcan.

El que maliciosamente otorgare u obtuviere un certificado de los señalados en el artículo 30 sin cumplir con los requisitos que esta ley exige para su otorgamiento será sancionado con las penas previstas en los artículos 193 y 196 del Código Penal.

TÍTULO VIII
RESPONSABILIDAD

Artículo 33. Responsables del cumplimiento del plan de cierre. La empresa minera o el empresario minero serán responsables del cumplimiento del plan de cierre, ya sea que lo ejecuten directamente o por intermedio de terceros.

Artículo 34. Responsabilidad de los representantes legales. Los representantes legales de la empresa minera y quienes resulten responsables de incumplir la ejecución del plan de cierre serán sancionados con multa de cien a mil unidades tributarias mensuales.

Artículo 35. Quiebra de la empresa minera. En caso de quiebra de la empresa minera, el Servicio o quien éste designe participará de las Juntas de Acreedores. El valor del plan de cierre debidamente aprobado por el Servicio constituirá un crédito de primera clase, de aquellos establecidos en el número 9 del artículo 2472 del Código Civil.

Siempre que ocurra una quiebra que involucre una faena o instalación minera, el Síndico deberá informar de la misma al Director antes de la celebración de la primera Junta de Acreedores.

En todo lo demás se aplicarán las reglas comunes dispuestas en el Libro IV del Código de Comercio.

TÍTULO IX
FISCALIZACIÓN y SUPERVIGILANCIA

Artículo 36. Fiscalización. Será de competencia exclusiva del Servicio fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de esta ley y de su reglamento, sin perjuicio de las facultades legales de otros órganos de la Administración del Estado dentro del ámbito de sus competencias.

Artículo 37. Facultades fiscalizadoras. En virtud de las atribuciones conferidas por esta ley el Servicio podrá:

a) Ingresar a toda faena, instalación o establecimiento asociado a ella, con excepción de aquellos que sean utilizados como vivienda o morada.

b) Realizar todas las inspecciones, exámenes, indagaciones o pruebas técnicas que sean consideradas necesarias para determinar la naturaleza y extensión de los riesgos, existentes o potenciales, sobre la faena a que se refiere el plan de cierre. El Servicio podrá, para estos efectos, contratar servicios de asesores externos especializados.

c) Inspeccionar la implementación de las medidas comprometidas en el plan de cierre que sean necesarias para completar un informe al Director.

d) Ordenar la actualización de los planes de cierre aprobados, de acuerdo a las observaciones e informes elaborados por sus fiscalizadores.

e) Ordenar la ejecución de medidas correctivas, causadas por incumplimientos a la obligación de cierre, en la oportunidad fijada por el Director, de acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento.

f) Indagar o hacer preguntas a cualquier persona, oralmente o por escrito.

Artículo 38. Ejercicio de la fiscalización. Las facultades de fiscalización deberán ser ejercidas de acuerdo al principio de probidad administrativa y con racionalidad.

Los fiscalizadores del Servicio estarán facultados para recabar la información necesaria para el ejercicio de las competencias establecidas en esta ley.

En casos de impactos no previstos en los planes de cierre y a propósito del ejercicio de la facultad contemplada en la letra d) del artículo 37, los fiscalizadores podrán requerir, a costa de la empresa, la realización de los estudios pertinentes.

Los fiscalizadores del Servicio están facultados para inspeccionar y evaluar las condiciones de funcionamiento de la totalidad de las instalaciones que formen parte de las faenas mineras, con el objeto de controlar el cumplimiento del plan de cierre.

Para tales efectos, la empresa minera o quienes actúan en su representación les facilitarán el acceso a la faena las veces que el Servicio estimare procedente, debiendo proporcionar en forma oportuna la información necesaria a los fines específicos de la fiscalización.

En caso de negativa de acceso a la faena minera el Director podrá solicitar, previa resolución fundada, el auxilio de la fuerza pública.

Los funcionarios del Servicio tendrán el carácter de ministros de fe, respecto de los hechos que constataren dentro del ámbito de sus competencias y en ejercicio de las facultades fiscalizadoras establecidas en este Título. Para dar fe de los hechos que constataren, en ejercicio de sus facultades, se requerirá la concurrencia a la faena de al menos dos funcionarios del Servicio, quienes deberán autorizar las actas de fiscalización en que consten las correspondientes actuaciones.

Los funcionarios del Servicio deberán guardar reserva de aquellos antecedentes que conocieren en el ejercicio de sus funciones, relativos a los negocios de las personas sujetas a su fiscalización. La infracción a esta obligación podrá ser sancionada en la forma establecida en el inciso primero del artículo 247 del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que procediere.

TÍTULO X

INFRACCIONES Y SANCIONES

Párrafo 1^º

De las Infracciones a esta Ley

Artículo 39. Competencia administrativa. El Director será competente para conocer administrativamente y sancionar a quienes incurrieren en infracciones a esta ley y su reglamento, resultando aplicable el procedimiento administrativo establecido en la ley N^º 19.880.

En contra de las resoluciones del Servicio procederá recurso de reposición, el que podrá deducirse dentro del plazo de diez días contados desde la notificación por carta certificada de las mismas.

Toda vez que las infracciones revistan los caracteres de delito, el Director denunciará tales hechos y pondrá los respectivos antecedentes en conocimiento del Ministerio Público.

Artículo 40. Infracciones. Constituyen infracciones a esta ley, y podrán ser objeto de sanción, las siguientes conductas:

a) Aquellas que, por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el plan de cierre, causaren como consecuencia directa la muerte o lesión grave de una o más personas.

b) El daño a la propiedad pública o privada que fuere consecuencia directa de la ejecución o falta de implementación del plan de cierre.

c) Abandonar total o parcialmente una faena minera.

d) No entregar la información requerida, o entregar falsa, manifestamente incompleta u ocultarla en forma tal que pudiere afectar la determinación y ejecución de las obligaciones que establece esta ley.

e) No cumplir, dentro del plazo y en la forma establecida en esta ley y su reglamento, con las obligaciones específicas, acciones concretas o parte de las medidas establecidas en el plan de cierre.

f) Iniciar la explotación de faenas mineras sin dar el aviso establecido en el artículo 21 del Reglamento de Seguridad Minera.

g) No constituir o no poner a disposición del Servicio la garantía de cumplimiento establecida en el Título XIII, en los plazos y forma indicados en dicho Título.

h) Incumplir la obligación de mantener la suficiencia e integridad de la garantía de cumplimiento establecida en el Título XIII, durante la vida útil de la faena.

i) No cumplir, dentro del plazo y en la forma establecida en esta ley y su reglamento, con las instrucciones establecidas por el Servicio.

j) Resistir o dificultar un acto de fiscalización.

k) No cumplir dentro del plazo y en la forma establecida en esta ley con la obligación de auditar el plan de cierre e informar al Servicio de las modificaciones sustanciales al proyecto.

l) No presentar, ejecutar o actualizar su plan de cierre cuando procediere de acuerdo a las causales establecidas en la ley.

m) Impedir o dificultar, mediante vías de hecho, la ejecución de un plan de cierre aprobado por el Servicio.

Artículo 41. Sanciones. El Servicio, de acuerdo a la naturaleza y gravedad de las infracciones, podrá imponer a quienes incurran en las conductas establecidas en el artículo anterior las siguientes sanciones:

a) Multas de 10 unidades tributarias mensuales, por cada día de infracción, con un máximo total de 10.000 unidades tributarias mensuales.

b) Suspensiones temporales de operación de faenas e instalaciones mineras.

c) Disponer la constitución y puesta a disposición de la totalidad de la garantía de cumplimiento, en instrumentos tipo A.1, en el plazo de treinta días.

d) Multa desde 50 unidades tributarias mensuales hasta 300 unidades tributarias mensuales respecto de las infracciones contempladas en las letras a) y b) del artículo anterior.

La sanción contemplada en la letra c) del presente artículo sólo podrá ser aplicable a las infracciones establecidas en las letras g), k) y l) del artículo anterior.

Artículo 42. Procesos sancionatorios. Respecto de las resoluciones que establezcan sanciones de las previstas en esta ley, podrá deducirse recurso de reposición en el plazo de diez días ante el Director.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, serán aplicables las disposiciones contempladas en el Capítulo IV de la ley N^º 19.880.

La reclamación administrativa interrumpirá el plazo para ejercer la acción judicial a que se refiere el artículo siguiente. Una vez que se notifique el acto que resuelva dicha reclamación administrativa el plazo volverá a contarse íntegramente, de acuerdo al artículo 54 de la ley N^º 19.880.

Artículo 43. Sanciones pecuniarias. Las multas que esta ley establece, y que corresponda aplicar al Servicio, serán impuestas administrativamente por el Director. El pago de las mismas deberá ser acreditado al Servicio dentro del plazo de diez días contados desde que se notifique la resolución respectiva.

Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables ante el juzgado de letras competente y aquellas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta. El juicio se sustanciará de acuerdo con las disposiciones del procedimiento sumarísimo a que alude el artículo 235 del Código de Minería. Las multas deberán ser pagadas por el infractor dentro del plazo de 10 días contado desde que la resolución se encuentre ejecutoriada.

La multa prescribirá en el plazo de tres años contados desde la notificación de la resolución que la impone y la responsabilidad por infracciones a esta ley se extinguirá en el plazo de tres años.

Los referidos plazos de prescripción se suspenderán desde el momento en que el Servicio inicie la investigación de la que derive la aplicación de la multa respectiva.

El producto de las multas que se apliquen a las empresas mineras pasará a integrar el Fondo a que alude el Título XIV de esta ley.

TITULO XI

DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE CIERRE Y DEL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN

Artículo 44. Declaración del incumplimiento. Constituirán causales de incumplimiento de la obligación de cierre de faenas mineras:

1. La falta de implementación de la totalidad de medidas y actividades contempladas en el plan de cierre aprobado o sus respectivas actualizaciones.

2. La implementación parcial, inadecuada o inoportuna de las medidas de cierre contempladas en el plan aprobado.

En caso de que el plan de cierre no fuere implementado íntegra y oportunamente, en conformidad a su programación global y de detalle, el Servicio, mediante resolución fundada, declarará el incumplimiento del plan de cierre.

Si el incumplimiento versare sobre materias cuya calificación estuviere contenida en la Resolución de Calificación Ambiental e incidiere en la determinación del incumplimiento total o parcial del Plan de Cierre, respecto de materias medioambientales, el Servicio deberá resolver previo informe vinculante de la Superintendencia de Medio Ambiente, la que deberá informar dentro del plazo de quince días. Lo anterior es sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la Superintendencia del Medio Ambiente, de conformidad a su ley orgánica.

El Servicio resolverá el incumplimiento y notificará dicha resolución a la empresa minera mediante carta certificada.

En contra de la resolución que resuelva el incumplimiento total o parcial del plan de cierre procederá el recurso de reposición, el que deberá deducirse dentro del término de diez días de notificada la referida resolución.

Lo dispuesto en el inciso anterior es sin perjuicio de las sanciones que en ejercicio de sus facultades legales imponga el Servicio.

Respecto de la resolución que rechazare total o parcialmente la reposición decidida por la empresa minera procederá reclamación ante la Corte de Apelaciones respectiva, en la forma establecida por los artículos siguientes.

Artículo 45. La empresa minera o el empresario minero que estimare que la resolución del Servicio que declare el incumplimiento no se ajusta a la ley o al reglamento podrán reclamar de la misma, dentro del plazo de diez días hábiles contados desde su notificación, ante la Corte de Apelaciones correspondiente al emplazamiento físico de la faena.

Artículo 46. La Corte de Apelaciones dará traslado de la reclamación al Servicio, notificándolo por oficio y éste dispondrá del plazo de diez días hábiles contado desde que se notifique la reclamación interpuesta para formular observaciones.

Evacuado el traslado por el Servicio, o vencido el plazo de que dispone para formular observaciones, el tribunal ordenará traer los autos en relación y la causa se agregará extraordinariamente a la tabla de la audiencia más próxima, previo sorteo de la Sala. La Corte de Apelaciones podrá, si lo estima pertinente, abrir un término probatorio que no podrá exceder de siete días, y escuchar los alegatos de las partes.

La Corte de Apelaciones dictará sentencia dentro del término de quince días. En contra de la resolución de la Corte no procederá recurso alguno.

Si se solicitare orden de no innovar la Corte deberá requerir informe al Servicio dentro del plazo de 24 horas a efectos de que el mismo justifique la negativa a su otorgamiento fundado en los riesgos inminentes del daño que éste podría ocasionar a la salud de las personas o al medio ambiente.

Artículo 47. De la aplicación de la garantía. Determinado que fuere el incumplimiento de la obligación de cierre y no existiendo recurso pendiente en contra de la resolución que lo declare, corresponderá al Servicio, en ejercicio de su mandato legal e irrevocable, realizar las gestiones tendientes a obtener, mediante la garantía, por cuenta y riesgo de la empresa minera, el cumplimiento de la obligación de cierre.

En virtud de lo señalado en el inciso anterior, el Servicio podrá disponer la liquidación de los instrumentos otorgados en garantía por la empresa. Para estos efectos, el Servicio deberá, por cuenta de la empresa minera, celebrar los actos y suscribir los contratos que en derecho correspondan para la ejecución por parte de terceros del plan de cierre.

TITULO XII

DE LOS PLANES DE CIERRE DE FAENAS DE HIDROCARBUROS

Artículo 48. Del Plan de Cierre de Faenas de Hidrocarburos. Quedarán sujetos a la obligación de presentar plan de cierre de sus faenas las personas naturales o jurídicas que efectúen exploración, explotación o beneficio de yacimientos de hidrocarburos líquidos o gaseosos, de acuerdo a las reglas establecidas por este Título.

Serán titulares de esta obligación las personas naturales o jurídicas que fueren concesionarias del respectivo decreto de concesión, contratista en el contrato especial de operación que se haya suscrito con el Estado de Chile, y la Empresa Nacional del Petróleo, cuando ejecutare directamente sus operaciones en el territorio nacional.

Los planes de cierre que deberán ser presentados a la aprobación del Servicio serán elaborados en conformidad con la resolución de calificación ambiental que se pronuncie favorablemente sobre el proyecto de hidrocarburos líquidos o gaseosos, de acuerdo a la ley N^º 19.300.

El plan de cierre contemplará los objetivos propios y adecuados a las características de la faena de hidrocarburos. El reglamento contemplará las especificaciones técnicas a que deberán sujetarse el cierre de las faenas contenidas en este Título.

Los planes de cierre que se formulen para la exploración, explotación y beneficio de hidrocarburos, y cuya capacidad de extracción por yacimiento sea superior a seiscientos metros cúbicos por día (600 m³/día) de petróleo o un millón de metros cúbicos por día (1.000.000 m³/día) de gas natural, se sujetarán al procedimiento de aplicación general, y deberán constituir garantía que asegure al Estado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación de cierre, en la forma establecida por el Título XIII.

Respecto de aquellos planes de cierre que se formulen para la exploración, o para la explotación y beneficio de un yacimiento de hidrocarburos cuya capacidad de extracción sea igual o inferior a la señalada en el inciso anterior, se sujetarán al procedimiento simplificado.

TÍTULO XIII

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO

Artículo 49. Obligatoriedad y objeto de la garantía. Toda empresa minera o empresario minero que efectúe operaciones mineras sujetas al procedimiento de aplicación general deberá constituir garantía que asegure al Estado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación de cierre establecida en esta ley.

Constituye objeto de la garantía el resguardo de la ejecución de la obligación de cierre por parte de la empresa minera, en los términos señalados en el inciso anterior.

La puesta a disposición del Servicio del conjunto de instrumentos que constituyen la garantía importará el otorgamiento, por el solo ministerio de la ley, de mandato legal e irrevocable al mismo para liquidarla, cobrarla y percibirla por cuenta de la empresa, a efectos de aplicarla al cumplimiento íntegro del plan de cierre. Para todos los efectos legales este mandato tendrá carácter gratuito.

Artículo 50. Determinación de la garantía. El monto de la garantía será determinado a partir de la estimación periódica del valor presente de los costos de implementación de todas las medidas de cierre, contempladas para el período de operación de la faena hasta al término de su vida útil, así como las medidas de seguimiento y control requeridas para la etapa de post cierre.

El cálculo de la vida útil se efectuará en función de las reservas demostradas, probadas más probables, certificadas por una persona competente en recursos y reservas mineras, lo que se determinará de acuerdo a los niveles anuales de extracción de mineral, y en conformidad a lo establecido en la ley N° 20.235.

La actualización a valor presente considerará la tasa de descuento de los Bonos en Unidades de Fomento publicada por el Banco Central (BCU) de al menos diez años, o el instrumento financiero emitido por dicho Banco que lo reemplace.

El monto deberá incluir, además, el valor presente de los costos de administración del entero plan de cierre de faenas, ejecutado directamente por la empresa minera o por un tercero contratado al efecto por la misma, o por el Servicio, en su nombre y representación, de acuerdo con el procedimiento señalado en este Título.

Las actualizaciones y ajustes al monto de la garantía, que se produzcan una vez iniciadas las operaciones de explotación, se efectuarán dentro del plazo de treinta días contados desde la notificación de la aprobación de las actualizaciones del plan de cierre, de acuerdo a las reglas establecidas en esta ley y el reglamento.

Para efectos de establecer el monto de la garantía, se descontará de los dineros que sean necesarios constituir, los montos ya entregados en garantía según lo dispuesto en el artículo 297 del Código de Aguas, sólo en aquella proporción en que se valorizó el plan de cierre respecto de la obra garantizada por lo dispuesto en el artículo antes citado. En caso de que dicha garantía no sea suficiente para cubrir la totalidad de lo estipulado para dicho cierre, se deberá enterar necesariamente la diferencia.

Para efectos de valorizar el plan de cierre respecto de las obras garantizadas en el artículo 297 del Código de Aguas, el Servicio deberá evacuar un informe señalando los montos a garantizar y si éstas se encuentran o no cubiertas por la citada garantía ya constituida.

Artículo 51. Integridad, estabilidad y suficiencia de la garantía. La empresa minera deberá velar por la integridad, suficiencia y estabilidad de la garantía durante toda la vida útil de la faena.

Toda contingencia que afectare a la empresa, y pudiere afectar los instrumentos otorgados en garantía, deberá ser informada al Servicio en el plazo de tres días hábiles, a efecto que el mismo, en el plazo de treinta días a partir de esa notificación, resuelva acerca de su mantención, sustitución o complementación.

En el caso de fusiones, transformaciones, divisiones, disoluciones o cualquier otro acto jurídico u operación que implique un cambio total o parcial del dominio, la forma, composición o naturaleza jurídica de la empresa minera sujeta a la obligación de cierre, la misma o la continuadora seguirá afectada a las obligaciones que se hubieren determinado de acuerdo a esta ley.

En caso de que las operaciones anteriores importaren la enajenación del activo de la empresa minera o la cesión del mismo, a cualquier título, a un tercero, le será oponible a éste la obligación de cierre, así como la de garantía, la que subsistirá de forma indivisible en el adquirente o sucesor, que se considerará la empresa minera para todos los efectos previstos en esta ley.

Todas las modificaciones y operaciones contenidas en los incisos anteriores deberán informarse al Servicio, en el plazo de tres días hábiles contados, en su caso, desde la última formalidad requerida, con el objeto de que el Servicio, dentro del plazo de 30 días a partir de esa notificación, resuelva acerca de su mantención, sustitución o complementación.

Artículo 52. Instrumentos elegibles como garantía y administración. El monto de la garantía, en virtud de las disposiciones de esta ley, deberá ser integrado por los siguientes niveles de instrumentos, de acuerdo a las siguientes categorías:

A.1) Certificados de depósito a la vista, boletas bancarias de garantía a la vista, certificados de depósitos de menos de trescientos sesenta días, carta de crédito stand by emitida por un banco cuya clasificación de riesgo sea a lo menos A o su equivalente.

Los instrumentos señalados precedentemente deberán ser tomados a nombre y favor de la empresa minera, y puestos a disposición del Servicio, debidamente endosados en garantía, cuando corresponda atendida su naturaleza, para caucionar el cumplimiento de la obligación de cierre.

Los instrumentos categoría A.1), que hubieren sido propuestos por la empresa minera y aprobados por el Servicio, deberán ser entregados en custodia al Depósito Central de Valores, cuando corresponda, o depositarse en una institución financiera autorizada para tales efectos. La administración, renovación, sustitución y reemplazo de los mismos corresponderán a la empresa minera, la que deberá informar al Servicio su identidad y vigencia, mediante la remisión de copias digitales de los certificados de las instituciones antes descritas, que acrediten las características y montos de los instrumentos respectivos.

A.2) Instrumentos financieros representativos de captaciones o de deuda comprendidos en el artículo 45 del decreto ley N^º 3.500, de 1980, con clasificación de riesgo de a lo menos clase A nacional o equivalente internacional.

A efectos de acreditar la adquisición y existencia de estos instrumentos en el patrimonio, la empresa minera deberá exhibir copia auténtica de sus balances y estados financieros, auditados por alguna institución de aquellas inscritas en la Superintendencia de Valores y Seguros.

A.3) Otros instrumentos, tales como: cesión del contrato de venta de minerales celebrado con la Empresa Nacional de Minería u otro poder comprador que cumpla

los requisitos de suficiencia que determinará el Servicio; prenda sobre el retorno de exportación; fianza solidaria de un socio controlador con clasificación de riesgo de a lo menos clase A nacional o equivalente internacional, anualmente certificada.

No obstante lo anterior, respecto de los instrumentos A.2 y A.3, las modificaciones en la composición de dichos instrumentos deberán ser informadas al Servicio mensualmente.

Artículo 53. Plazo y forma de otorgar y poner a disposición la garantía. El plazo para extender y poner a disposición el monto de la garantía es el que resulte de aplicar las reglas siguientes:

1. Cuando la vida útil estimada de la faena fuere menor a veinte años, el total de la misma deberá ser puesta a disposición del Servicio dentro de los dos tercios de esa vida útil estimada.

2. Cuando la vida útil estimada de la faena excediere de veinte años, el total de la misma deberá ser puesta a disposición del Servicio dentro del plazo de quince años.

La empresa minera comenzará a constituir la garantía a partir del aviso al Servicio del inicio de las operaciones de explotación minera, en conformidad a lo establecido en el artículo 21 del Reglamento de Seguridad Minera.

En el plazo de treinta días contados a partir de esa comunicación, y durante el primer año, deberá constituir una garantía que no podrá ser inferior al veinte por ciento del valor presente del costo total de las medidas de cierre, de acuerdo a las reglas establecidas por este Título. Su composición será equivalente a la señalada en el numeral (1.) del siguiente inciso.

A partir del segundo año de operaciones la garantía se otorgará en forma proporcional y a prorrata del plazo establecido para constituirla o ponerla a disposición íntegramente. La composición de ésta será la siguiente:

1. Hasta completar el primer tercio del plazo establecido en el inciso primero del presente artículo de la siguiente forma: Cuarenta por ciento, al menos, en instrumentos A.1; hasta cuarenta por ciento, en instrumentos A.2; y hasta veinte por ciento en instrumentos A.3.

2. Entre el final del primer tercio y hasta completar el segundo tercio del mismo plazo, de la siguiente forma: sesenta por ciento, al menos en instrumentos A.1; hasta cuarenta por ciento en instrumentos A.2.

3. Entre el final del segundo tercio y hasta completar el plazo total para su constitución o puesta a disposición, la totalidad de la garantía deberá estar compuesta por instrumentos del tipo A.1.

El monto de la garantía deberá ser ajustado en el tiempo, cuando se produzcan actualizaciones del plan de cierre, de acuerdo a las reglas establecidas en el Título V; cambios en los costos de implementación del plan de cierre, cierres progresivos y parciales contemplados en el plan de cierre; otra circunstancia debidamente calificada y fundamentada por el Servicio, según los criterios que se establecerán en el reglamento.

Los ajustes que importen aumentos en el monto de la garantía, de acuerdo a lo señalado en el inciso anterior, quedarán sujetos al régimen general de constitución

de garantías establecidas en este Título, y deberán ejecutarse dentro del plazo de treinta días, a partir de su notificación.

Los ingresos por rentabilidad que generen los instrumentos otorgados en garantía incrementarán el monto garantizado.

Artículo 54. Facultades respecto a la garantía. La idoneidad y suficiencia de la garantía será calificada en conjunto por el Servicio y la Superintendencia de Valores y Seguros y de acuerdo a la naturaleza de los instrumentos propuestos, los que podrán delegar dicha función en los organismos técnicos públicos o privados que determinen para tales efectos.

TÍTULO XIV

DE LA ETAPA DE POST CIERRE

Artículo 55. Creación, Administración y Formación del Fondo. Créase el Fondo para la Gestión de Faenas Mineras Cerradas, adscrito al Servicio, que será administrado en la forma señalada en este Título y cuya finalidad será financiar las actividades determinadas de acuerdo a esta ley, para asegurar en el tiempo la estabilidad física y química del lugar en que se ha efectuado un plan de cierre, así como el resguardo de la vida, salud y seguridad de las personas, de acuerdo a la ley.

El Fondo estará integrado por los aportes de las empresas mineras, en la forma establecida por esta ley, por el producto de las multas que se paguen por infracciones a ésta, por las donaciones o asignaciones que le hicieren, y por las erogaciones y subvenciones que obtenga de personas naturales o jurídicas, municipalidades o del Estado.

Las donaciones que se efectúen estarán exentas del trámite de la insinuación a que se refiere el artículo 1401 del Código Civil.

Las funciones del Fondo se cumplirán mediante licitación de acuerdo a normas objetivas y públicas que contemplen la materia, contenidos, y demás características definidas por esta ley.

El Fondo será administrado por una institución profesional en la administración de activos financieros, acreditada por la Superintendencia de Valores y Seguros, elegida por medio de licitación efectuada por el Servicio. La política de inversiones y sus obligaciones de reporte serán consignadas en el reglamento respectivo.

Artículo 56. Del deber de aportar al Fondo. Antes del otorgamiento del certificado de cierre final la empresa minera deberá efectuar un aporte no reembolsable al Fondo, en dinero o en los instrumentos financieros establecidos en el artículo 52, A.1, representativos de los recursos necesarios para financiar las actividades de post cierre de la faena o instalación minera de la forma que establece el inciso siguiente. Para estos efectos el Director podrá autorizar que se libere parte de la garantía para integrar el fondo.

El monto de dichos recursos corresponderá al valor presente del costo total de las medidas de post cierre por el plazo que el plan establezca, incluyendo los costos de administración de contratos con un tercero, y ajustes correspondientes.

Artículo 57. Efectos del aporte al Fondo. La entrega íntegra de los recursos y la consecuente obtención por parte de la empresa minera del certificado de cierre final a que alude esta ley liberará a la empresa minera de la responsabilidad por la implementación de las medidas de post cierre.

La ejecución de las medidas de post cierre serán efectuadas con cargo al Fondo, por el Servicio o quien éste designe, de acuerdo a la ley.

Ejecutadas que fueren las acciones asociadas al post cierre el Servicio emitirá una resolución fundada que declarará el cumplimiento del mismo.

TÍTULO XVI

OTRAS DISPOSICIONES

Artículo 58. Provisiones y gastos. La empresa minera podrá provisionar financieramente la cantidad equivalente al monto de la garantía efectivamente constituida en cada uno de los años, determinado según la ley por las sumas que correspondan al plan de cierre.

Para efectos de lo establecido en el artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1° del decreto ley N° 824, de 1974, sólo podrá deducirse como gasto necesario para producir la renta el monto de la garantía efectivamente constituida. En este caso la deducción sólo podrá efectuarse durante el plazo que corresponda al último tercio de la vida útil de la faena minera. La deducción anual autorizada será equivalente al resultado de dividir la garantía efectivamente constituida por la cantidad de años correspondientes al último tercio de vida útil de la faena. Al término de la vida útil y ejecución del plan de cierre se harán los ajustes que correspondan para reconocer los gastos efectivamente incurridos por la empresa. Este gasto no será deducible para los efectos de la determinación del Impuesto Específico a la Actividad Minera establecido en la Ley sobre Impuesto a la Renta.

En el evento de que se amplíe el plazo de vida útil de la faena minera, la diferencia entre los gastos efectivamente incurridos en el plan original y la garantía constituida, debidamente actualizado por la ampliación del plazo de vida útil, deberán agregarse a la renta líquida imponible del año en que se determine la ampliación y deducirse en los períodos tributarios correspondientes, de conformidad a lo señalado en el inciso precedente.

Artículo 59. Crédito fiscal. Dará derecho a crédito fiscal el Impuesto al Valor Agregado recargado en la adquisición de bienes o contratación de servicios necesarios para la ejecución del plan de cierre de faenas mineras a que se refiere esta ley.

Las empresas mineras que por cesar en su actividad no puedan recuperar en conformidad a los artículos 23, 28 y 36 del decreto ley N° 825, de 1974, y su Reglamento, el Impuesto al Valor Agregado recargado en la adquisición de bienes y servicios utilizados que sean necesarios para la ejecución del plan de cierre de faenas mineras a que se encuentren obligados, podrán obtener su reembolso dentro de los tres meses siguientes a la aprobación del término de giro de la empresa por

parte del Servicio de Impuestos Internos. Las empresas mineras deberán acreditar al Servicio de Impuestos Internos, en la forma que éste determine, que el Impuesto al Valor Agregado cuyo reembolso se solicita corresponde al soportado en la ejecución del plan de cierre de faenas mineras.

Artículo 60. Esta ley entrará en vigencia en el plazo de un año luego de su publicación en el Diario Oficial.

Dentro del plazo de entrada en vigencia de la ley deberán dictarse los reglamentos necesarios.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

Artículo primero. Las empresas mineras y de hidrocarburos que a la época de entrada en vigencia de esta ley se encontraren en operación, y quedaren afectas al procedimiento de aplicación general, deberán determinar, otorgar y poner a disposición del Servicio la garantía de su plan de cierre, en la forma que se señala en los artículos siguientes.

Lo anterior no será aplicable a los contratistas de contratos especiales de operación vigentes que se hayan suscrito con el Estado de Chile. Respecto de ellos se mantendrá el régimen de garantías por cierre o abandono establecidas en los respectivos contratos.

El Servicio será competente para fiscalizar el cumplimiento de los planes de cierre o abandono de faenas de hidrocarburos y ejecutar, en caso de incumplimiento, y por cuenta de la misma empresa, la correspondiente garantía.

Artículo segundo. Para efectos de lo establecido en el artículo anterior, la valorización de los planes de cierre aprobados por el Servicio, en virtud del Título X del Reglamento de Seguridad Minera, deberá efectuarse mediante la aprobación ambiental de la fase de cierre del mismo, cuando procediere obtenerla, de acuerdo a las normas de la ley N^o 19.300.

El proceso de valorización respecto de la fase de cierre deberá efectuarse en el plazo de dos años, de manera que integre los aspectos ambientales y sectoriales aprobados por las autoridades competentes.

Artículo tercero. Luego de transcurrido el plazo señalado en el artículo precedente o inmediatamente a la entrada en vigencia de esta ley, la empresa minera y de hidrocarburos deberá presentar su Resolución de Calificación Ambiental aprobatoria de la fase de cierre y el plan de cierre aprobado por el Servicio, en virtud del Título X del Reglamento de Seguridad Minera, en conjunto con la propuesta de valorización que contenga la determinación circunstanciada del costo de ejecución del plan de cierre, y los instrumentos en que se otorgará la garantía en conformidad a lo establecido en el Título XIII de esta ley. El Servicio resolverá sobre esta presentación en el plazo de sesenta días.

Artículo cuarto. Aprobada la valorización por el Servicio, la empresa minera y de hidrocarburos otorgará y pondrá la garantía a disposición del mismo, a partir del primer día hábil posterior al sexto mes de aprobada ésta, en la forma dispuesta en el título XIII de esta ley.

Para efectos de la constitución de garantía de los proyectos mineros y de hidrocarburos que a la época de entrada en vigencia de esta ley se encontraren en operación, éstos se registrarán por los parámetros establecidos en los artículos 49 y siguientes, los que se calcularán respecto del remanente de vida útil de la faena minera o de hidrocarburo.

Artículo quinto. En contra de la resolución del Servicio que rechace o apruebe parcialmente la solicitud de valorización procederá el recurso de reposición, el que podrá deducirse dentro del plazo de diez días contados desde la notificación por carta certificada de dicha resolución.”;

III

DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDO A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD, SOBRE LAS CUALES NO SE PRONUNCIARÁ ESTA MAGISTRATURA POR NO CONTENER MATERIAS PROPIAS DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

OCTAVO. Que esta Magistratura no emitirá pronunciamiento en examen preventivo de constitucionalidad respecto de todas las disposiciones sometidas a control preventivo, salvo las que se indicarán en el párrafo IV de esta sentencia; ello porque ninguno de los otros preceptos, a juicio de este Tribunal Constitucional, es propio de las leyes orgánicas constitucionales señaladas en los considerandos cuarto y quinto de esta sentencia, ni de otras leyes orgánicas constitucionales establecidas por la Constitución Política de la República;

NOVENO. Que lo anterior se funda en que, a diferencia del criterio de calificación sustentado por el H. Senado, la cantidad de normas enviadas bajo tal calificación permite concluir que el legislador ha entendido que “el cierre de las faenas de la industria extractiva minera” es parte de las “obligaciones” impuestas por las concesiones, las que se regulan de conformidad con la Ley Orgánica Constitucional N° 18.097, sobre Concesiones Mineras.

Existe, sin embargo, una diferencia conceptual entre una concesión minera y la industria de extracción minera. La primera puede definirse como un “derecho real e inmueble sobre todas las sustancias mineras concesibles, metálicas y no metálicas, cualquiera sea la forma en que naturalmente se presenten, que existen dentro de los límites de ella y que confiere ciertas facultades exclusivas a su titular e implica ciertas obligaciones”. La segunda, el propio proyecto de ley señala que, para sus efectos (los de la ley), es “el conjunto de actividades relacionadas con la exploración, prospección, extracción, explotación, procesamiento, transporte, acopio, transformación, disposición de sustancias minerales, sus productos y subproductos; las sustancias fósiles y depósitos de hidrocarburos líquidos o gaseosos, en las condiciones específicas que se señalan en el Título XII. La indus-

tria extractiva minera incluirá el conjunto de obras destinadas a abrir, habilitar, desarrollar, instalar y adosar permanentemente, en su caso, las excavaciones, construcciones, túneles, obras civiles y maquinarias que tengan estrecha relación con las actividades antes señaladas” (artículo 3^º, literal i), del proyecto).

Es claro que la segunda dimensión es más amplia y abarca más actividades que las que se derivan de la concesión, las que se interpretan restrictivamente en los términos del artículo 19, numeral 24^º, inciso séptimo, de la Carta Fundamental. Lo que debe definir un precepto de carácter orgánico constitucional en esta materia es: la duración, los derechos, las obligaciones, el régimen de amparo y las causales de caducidad en caso de incumplimiento y de simple extinción de las concesiones mineras.

Este criterio se refuerza por los contenidos de la disposición segunda transitoria de la Carta Fundamental, que ordena lo siguiente:

“Mientras se dicta el nuevo Código de Minería, que deberá regular, entre otras materias, la forma, condiciones y efectos de las concesiones mineras a que se refieren los incisos séptimo al décimo del número 24º del artículo 19 de esta Constitución Política, los titulares de derechos mineros seguirán regidos por la legislación que estuviere en vigor al momento en que entre en vigencia esta Constitución, en calidad de concesionarios. (...)”

La disposición segunda transitoria, recién transcrita, establece que el Código de Minería –ley ordinaria– debía regular, entre otras materias, la forma, condiciones y efectos de las concesiones mineras.

En consecuencia, la propia Carta Fundamental exige que la regulación de las concesiones mineras (ya no de la industria de extracción minera) sea diferenciada en cuanto a los quórum de aprobación, siendo la ley ordinaria la regla de clausura de las concesiones mineras.

Adicionalmente, la naturaleza jurídica del cierre de faenas mineras corresponde a una obligación real de la actividad extractiva minera y no se vincula con las obligaciones cuyo incumplimiento conlleva la caducidad o pérdida de la concesión minera por variadas razones. Se trata de una obligación permanente que asume la industria minera con la eliminación o mitigación de los pasivos ambientales que se generan desde el inicio de la actividad extractiva. Respecto de ellos, hay que planificar y organizar el modo y forma en que generen el menor impacto posible. Por tanto, se trata de una obligación propia del derecho a desarrollar una actividad económica, regulado por el artículo 19, N^º 21^º, de la Constitución Política de la República, *“respetando las normas legales que la regulen”*.

En segundo lugar, esta obligación de cerrar faenas es independiente de la constitución o extinción de la concesión y opera dentro de una concesión ya otorgada. En tal sentido, es un efecto de la misma y por tanto materia de ley común. En tercer lugar, y por aplicación de todas las garantías constitucionales del artículo 19, N^º 24^º, a la propiedad minera, el cierre de faenas es una obligación que se deriva de su función social en

razón de la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. En cuarto término, y en coherencia con lo anteriormente señalado, todo el cuerpo legal aplica una de las hipótesis del párrafo segundo del artículo 19, N° 8°, de la misma Constitución, esto es, que *“la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.”* Y, finalmente, el artículo 10, letra i), de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, calificó a los “proyectos de desarrollo minero” como proyectos susceptibles de causar impacto ambiental, debiendo someterse a las reglas del sistema de evaluación de impacto ambiental. Al analizar el proyecto de ley respectivo por parte del Tribunal Constitucional, esta materia no fue objeto de control, quedando ajena al rango de ley orgánica constitucional. En tal sentido, este proyecto de ley sobre cierre de faenas mineras fue concebido al amparo de los procedimientos de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, N° 19.300, a los cuales hace alusión sistemáticamente en todo su articulado. Por tanto, esta Magistratura funda su determinación de no sometimiento a control de la mayor parte de las disposiciones del proyecto en las razones antes expuestas;

IV

NORMAS DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDO A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD QUE REVISTEN NATURALEZA DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

DÉCIMO. Que, conforme con la interpretación que deriva de su texto, con la naturaleza de las leyes orgánicas constitucionales dentro de nuestra normativa jurídica y con el espíritu del constituyente al incorporarlas a nuestra Carta Fundamental, las siguientes disposiciones del proyecto que ha sido enviado, están comprendidas, según corresponda, dentro de las materias que el Poder Constituyente ha encomendado que sean reguladas por las leyes orgánicas constitucionales:

Artículo 26, inciso primero, del proyecto, que establece: *“De las servidumbres para la ejecución de los planes de cierre. Los predios superficiales y las concesiones mineras que comprendan o estén comprendidas por una faena minera estarán afectos al gravamen de permitir la ejecución del plan de cierre, conservándose a su respecto las servidumbres que existan al tiempo de la operación minera, incluso hasta después de que ella esté concluida y por todo el tiempo que deba ejecutarse el plan de cierre, pero limitado sólo al área que se requiera para tal ejecución. En caso de no existir dichas servidumbres u otros derechos sobre los predios superficiales o concesiones mineras que permitan ejecutar el plan de cierre a la empresa minera, ésta podrá obtener, en su favor, una servidumbre para tales efectos, quedando ella limitada al área necesaria y con el propósito exclusivo de dar cumplimiento al plan de cierre.”.*

Artículo 43, inciso segundo, en la parte que reza: “Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables ante el juzgado de letras competente y aquellas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta.”.

Artículo 44, inciso final, del proyecto, que establece: “Respecto de la resolución que rechazare total o parcialmente la reposición deducida por la empresa minera procederá reclamación ante la Corte de Apelaciones respectiva, en la forma establecida por los artículos siguientes.”.

Artículo 45 del proyecto, que señala: “La empresa minera o el empresario minero que estimare que la resolución del Servicio que declare el incumplimiento no se ajusta a la ley o al reglamento podrán reclamar de la misma, dentro del plazo de diez días hábiles contados desde su notificación, ante la Corte de Apelaciones correspondiente al emplazamiento físico de la faena.”.

Artículo 46, inciso tercero, del proyecto, en la parte que consagra: “En contra de la resolución de la Corte no procederá recurso alguno.”;

DECIMOPRIMERO. Que el **artículo 26, inciso primero**, del proyecto enviado modifica tácitamente el artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional N^º 18.097, sobre Concesiones Mineras, que fue declarada orgánica constitucional y constitucional mediante sentencia de esta Magistratura, Rol N^º 10, de veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y uno;

DECIMOSEGUNDO. Que, los artículos 43, inciso segundo; 44, inciso final; 45 y 46, inciso tercero, del proyecto de ley remitido son propios de ley orgánica constitucional, ya que se refieren a atribuciones de los tribunales de justicia, tal como lo establece el artículo 77 de la Carta Fundamental;

DECIMOTERCERO. Que, en efecto, el primero –artículo 43– entrega la facultad de conocer de la reclamación de las multas al Juzgado de Letras competente. El segundo –artículo 44– otorga a las Cortes de Apelaciones respectivas la atribución de resolver las reclamaciones que se presenten contra las resoluciones del Servicio que rechazaren total o parcialmente la reposición deducida por la empresa minera. La tercera –artículo 45– indica que la empresa minera o el empresario que estimare que la resolución del Servicio que declare el incumplimiento no se ajusta a la ley o al reglamento podrá reclamar de la misma ante la Corte de Apelaciones correspondiente al emplazamiento físico de la faena. Y la cuarta –artículo 46– prescribe que la respectiva sentencia de la Corte de Apelaciones no será susceptible de recurso alguno;

DECIMOCUARTO. Que, en reiteradas decisiones, esta Magistratura ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la procedencia de recursos o, en caso contrario, de su improcedencia, estimando siempre que se trata de leyes orgánicas constitucionales. Así, por ejemplo, ya sea si se otorga apelación para ante la Corte de Apelaciones respectiva (STC roles N^{os} 349 y 459); si ésta es en el solo efecto devolutivo (STC roles N^º 329 y

1.912), en ambos efectos (STC Rol N° 1.528) o si es conocida en cuenta y sin más trámite (STC Rol N° 389, con declaración de inconstitucionalidad derivada, y Rol N° 521); si se estima que procedan los recursos que franquea la ley (STC Rol N° 474). De igual manera se ha estimado que un precepto en virtud del cual se establece que la resolución que declara la ilegalidad de la detención es apelable por el fiscal o por su abogado asistente en el solo efecto devolutivo, “*no obsta para que los demás intervinientes en el proceso penal puedan ejercer el mismo derecho*” (STC Rol N° 1.001). Del mismo modo, se ha determinado su constitucionalidad con entendidos. Así, se ha sentenciado que la improcedencia de ciertas acciones de tutela sólo tiene lugar desde que la Corte de Apelaciones declare admisible el recurso de protección deducido (STC Rol N° 1.243). O, en su caso, que la circunstancia de que un asunto sea resuelto en única instancia es constitucional en el entendido de que lo es “*sin perjuicio de la procedencia de las demás acciones y vías de impugnación que tienen su fuente en la Carta Fundamental*” (STC Rol N° 1.509). En definitiva, se ha estimado orgánica constitucional una disposición referida al régimen de recursos al otorgarse una nueva competencia a la Corte de Apelaciones respectiva (STC Rol N° 1.610);

DECIMOQUINTO. Que, como lo ha dicho esta misma Magistratura, el concepto atribución está tomado como sinónimo de competencia, esto es, como la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de las materias que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones, sea ésta absoluta o relativa, o si se quiere, en términos más amplios y genéricos con la jurisdicción (STC roles N°s 271 y 273). Así, por ejemplo, la facultad del pleno de la Corte de Apelaciones para acordar el funcionamiento de sus salas (STC Rol N° 431) o las que otorgan competencia a un Ministro de Corte de Apelaciones (STC Rol N° 398). Incluso directamente se ha estimado que el sistema de acciones y recursos se encuentra dentro de la esfera del legislador “*dentro del marco de sus competencias mediante una ley orgánica constitucional*” (STC Rol N° 1.065);

DECIMOSEXTO. Que, como puede apreciarse, al haberse otorgado una atribución a los Juzgados de Letras y a las Cortes de Apelaciones respectivas para conocer de ciertas reclamaciones, se está frente a disposiciones que tienen el carácter de ley orgánica constitucional en los términos que establece el artículo 77 de la Carta Fundamental;

DECIMOSÉPTIMO. Que así también lo ha entendido el propio Congreso Nacional, al precisar, en los diversos informes de comisiones, que el proyecto en cuestión contempla tales disposiciones. Así, se puntualiza, por ejemplo, que “*el artículo 49 –43 del proyecto despachado– también debe ser aprobado con quórum de ley orgánico constitucional, de conformidad a los artículos 77 y 66, inciso segundo, de la Carta Fundamental, ya que establece una nueva atribución a los tribunales*” (Informe de la Comisión de Minería y Energía del Senado, 7 de enero de 2010). Posteriormente, se reitera que

tienen la naturaleza de normas orgánicas “los artículos 44 y 45, cuyo carácter emana del artículo 77 de la Carta Fundamental, por afectar atribuciones de los Tribunales” (Informe de la Comisión de Minería y Energía del Senado, 6 de julio de 2011). En suma, como se expresa en ambas cámaras: “Asimismo, los artículos 44, 45 y 46 también deben ser aprobados con quórum de ley orgánica constitucional, de conformidad a los artículos 66, inciso segundo, y 77 de la Carta Fundamental, ya que establece una nueva atribución a los tribunales de justicia” (Segundo informe de la Comisión de Minería y Energía del Senado, de 20 de enero de 2011, y primer informe de la Comisión de Minería y Energía de la Cámara de Diputados, 20 de abril de 2011);

DECIMOCTAVO. Que, en suma, en relación a las disposiciones que se revisan, esto es, los artículos 43, inciso segundo; 44, inciso final; 45 y 46, inciso tercero, del proyecto de ley, se está frente a normas que tienen el carácter de ley orgánica constitucional, en cuanto se otorga una nueva atribución a los tribunales de justicia, en los términos que establece el artículo 77 de la Carta Fundamental, que se ajusta a la Constitución Política de la República;

DECIMONOVENO. Que, por último, respecto del inciso tercero del artículo 46, conforme al cual en contra de las resoluciones que dicte la Corte de Apelaciones “no procederá recurso alguno”, cabe tener presente que ello motivó especial observación por parte de la Corte Suprema. En efecto, por oficio N^º 39-2011, de 16 de marzo de 2011, se hizo presente que “los artículos consultados dan cuenta de un nuevo contencioso administrativo, que se establece esta vez para dirimir conflictos entre el Servicio Nacional de Geología y Minería y el propietario de faenas mineras, en caso de incumplimiento de las obras de cierre de las mismas. Específicamente se establece a la Corte de Apelaciones del lugar de asentamiento de la faena minera como la competente para dirimir el conflicto. Se trata entonces de un procedimiento de declaración de incumplimiento que realiza el servicio (Sernageomin) y lo notifica al dueño de la mina, quien puede interponer reposición contra dicha resolución. Se establece, entonces, el recurso ante la Corte respectiva, en contra de la resolución que rechaza en todo o en parte la reposición interpuesta ante el Servicio. El contencioso establece que la Corte respectiva solicitará informe al Servicio; luego de recibido o vencido el plazo, ordenará traer los autos en relación y lo agregará extraordinariamente a la tabla más próxima, pudiendo abrir un período de prueba si lo estima conveniente, el cual no podrá exceder de siete días. Asimismo, se establece que en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones no procederá recurso alguno”. Concluyendo que “se reitera lo tantas veces expuesto por esta Corte, en cuanto a la necesidad de legislar para establecer tribunales para lo contencioso administrativo. Mientras tanto no se establezcan estos tribunales especiales, la Corte Suprema reitera también la conveniencia de entregar el conocimiento del reclamo, como tribunal de primera instancia, al Juzgado de Letras con competencia en lo Civil del territorio en que se ubican las faenas, de manera tal que su decisión sea susceptible de recurso de apelación, del que conocerá la Corte de Apelaciones respectiva. De esta manera, se salva el

inconveniente que se divisa en el proyecto, en tanto en él se contempla a la Corte de Apelaciones como tribunal de primera instancia, sin posibilidad de deducir recurso contra el pronunciamiento que emita, pues con ello se atenta contra la garantía constitucional de debido proceso". Dicha opinión —que resulta indiciaria del carácter orgánico constitucional que dicho máximo tribunal atribuyó a la normativa que se revisa y, particularmente, a su artículo 46— constituye un trámite esencial de validez de toda ley orgánica de tribunales, el que debe efectuarse tanto cuando se otorga una nueva facultad como cuando se abroga una determinada atribución; de forma tal que también se requiere de dicho trámite en el caso que se elimine una competencia otorgada por la ley o, más aún, por la propia Carta Fundamental, puesto que de no entenderse así el legislador podría vaciar de contenido a las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia que tienen su fundamento en el artículo 76 de la Constitución Política de la República. Como consecuencia de lo señalado, este Tribunal declarará orgánica constitucional el inciso tercero del artículo 46, en el entendido que dicha limitación legal lo es sin perjuicio de la procedencia de las demás acciones y vías de impugnación que tienen su fuente en la Carta Fundamental, tal como lo ha señalado esta Magistratura en reiteradas oportunidades (por ejemplo, STC roles N^{os} 1.509 y 2.074);

VIGÉSIMO. Que, en particular, el artículo 44 del proyecto establece que para poder reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva, es necesario haber presentado el recurso administrativo de reposición, pues es contra la decisión denegatoria de este recurso que puede presentarse el reclamo jurisdiccional.

Los recursos son mecanismos destinados a pedir ante la misma autoridad que dictó el acto, o ante su superior, que revise, modifique o enmiende lo resuelto por ella misma previamente. Los recursos administrativos son una manifestación del principio de impugnabilidad (artículo 15, Ley N^o 19.880). Dicho principio es parte de la garantía que para las personas significa todo procedimiento administrativo. En él, las personas pueden aducir alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio (artículo 10, Ley N^o 19.880), conocer el estado de tramitación de los procedimientos, obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente (artículo 17, letra a), solicitar prueba (artículo 35).

No son, en consecuencia, trámites inútiles y dilatorios, sino que destinados a que la administración dicte la mejor resolución posible para el interesado. Por eso, lo que se pide a la administración, con su interposición, es que modifique, reemplace o deje sin efecto el acto impugnado (artículo 59, inciso final, Ley N^o 19.880). La autoridad que acoge un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, puede dictar por sí misma el acto de reemplazo (artículo 15).

El interesado cuenta con varias ventajas por su interposición. En primer lugar, puede pedir a la administración que suspenda el cumplimiento del acto (artículo 57, Ley N^º 19.880). En segundo lugar, planteada la reclamación, se interrumpe el plazo para ejercer la acción jurisdiccional (artículo 54, inciso segundo). En tercer lugar, el interesado tiene asegurado que se debe respetar por el órgano llamado a resolverlo los principios de contradicción y de igualdad en el procedimiento, (artículo 10 inciso final).

Por otra parte, no existe ninguna norma constitucional que obligue a que el legislador establezca la posibilidad de recurrir directamente a los tribunales, antes de utilizar la vía administrativa. El legislador puede optar por distintos modelos. Así, la Ley de Procedimiento Administrativo establece que el interesado debe optar entre interponer el recurso administrativo o el recurso jurisdiccional (artículo 54). La Ley N^º 20.285, en cambio, establece la obligación de presentar el reclamo por negativa de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia. Es en contra de la resolución del Consejo que deniega el acceso, que procede el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones. Esta última norma fue examinada por el Tribunal Constitucional (STC Rol N^º 1.051).

Lo mismo sucede en materia procesal, pues la ley puede exigir, para presentar un recurso, haber reclamado en las instancias previas. Así sucede con la casación (artículo 769, Código de Procedimiento Civil).

No puede invocarse como parámetro, para enjuiciar la norma analizada, la regla establecida en el recurso de protección. Esta es una norma particular, diseñada por la Constitución para este recurso, dada su naturaleza de acción de urgencia. Tampoco puede ser utilizado el artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, pues ésta es una norma legal que no puede utilizarse como parámetro en el control de constitucionalidad.

No se ve inconveniente, entonces, para que la ley pueda exigir agotar la vía administrativa para reclamar ante los tribunales. Los recursos administrativos son parte de los procedimientos que regulan la manera en que actúa la administración (artículos 7^º y 63 N^º 18 de la Constitución) y forman parte del procedimiento racional y justo que garantiza la Constitución (artículo 19, N^º 3^º), sin perjuicio de las demás acciones y recursos que franquean la propia Constitución y la ley;

V

NORMAS ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARARÁ CONFORMES A LA CONSTITUCIÓN

VIGESIMOPRIMERO. Que las disposiciones contenidas en los artículos 26, inciso primero; 43, inciso segundo, con el entendido a que se

hace referencia en el capítulo VI de esta sentencia; 44, inciso final, 45 y 46, inciso tercero, en la parte que se ha señalado, con el entendido expresado en el capítulo VI de esta sentencia, del proyecto en control preventivo, serán declaradas conformes a la Constitución Política;

VI

NORMAS ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARARÁ CONFORMES A LA CONSTITUCIÓN EN EL ENTENDIDO O CON EL ALCANCE QUE RESPECTO DE ELLAS SE INDICA

VIGESIMOSEGUNDO. Que el artículo 43, inciso segundo, primera parte, del proyecto de ley expresa:

“Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables ante el juzgado de letras competente y aquellas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta”.

Esta norma se declarará conforme a la Constitución en el siguiente doble entendido. Primero, bajo la circunstancia de que las multas indicadas en esta norma no aplican la regla del *solve et repete*. Por tanto, no se configura la exigencia de una consignación previa a la reclamación de multas, que esta Magistratura ha estimado inconstitucional por constituir un impedimento de acceso a la justicia, por transformar la acción judicial de reclamo en un mero proceso de reembolso y por existir otros medios legales que compelen a la justificación de la ejecutoriedad de los actos administrativos. El segundo entendido se refiere a la omisión de la fecha a partir de la cual es susceptible el reclamo de la multa. Por contexto lógico se deduce que si existe un plazo de diez días para acreditar el pago de la multa ante el Servicio Nacional de Geología y Minería y si éstas deben *“ser pagadas por el infractor dentro del plazo de 10 días contado desde que la resolución se encuentre ejecutoriada”*, el plazo de reclamación de la multa deberá ser de diez días desde la notificación de la misma;

VIGESIMOTERCERO. Que el artículo 46, inciso tercero, del proyecto de ley expresa:

“La Corte de Apelaciones dictará sentencia dentro del término de quince días. En contra de la resolución de la Corte no procederá recurso alguno”.

Esta norma, en la parte que se refiere a que en contra de las resoluciones que dicte la Corte de Apelaciones *“no procederá recurso alguno”* –que motivó especial observación por parte de la Corte Suprema–, este Tribunal la declarará orgánica constitucional en el entendido que dicha limitación legal lo es sin perjuicio de la procedencia de las demás acciones y vías de impugnación que tienen su fuente en la Carta Fundamental, tal como lo ha señalado esta Magistratura en reiteradas oportunidades, a vía de ejemplo, en los roles N^{os} 1.509 y 2.074;

VII
NORMAS DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO
QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARARÁ
INCONSTITUCIONALES

VIGESIMOCUARTO. Que el proyecto de ley materia de control no contiene normas inconstitucionales;

VIII
INFORME DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIAS
DE SU COMPETENCIA

VIGESIMOQUINTO. Que consta a fojas 101 y a fojas 114 que, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, se recabó –al tenor del Boletín N° 6415-08 la opinión de la Corte Suprema sobre el proyecto de ley sometido a control;

IX
CUMPLIMIENTO DE LOS QUÓRUM DE APROBACIÓN
DE LAS NORMAS DEL PROYECTO DE LEY EN EXAMEN

VIGESIMOSEXTO. Que, asimismo, consta en el proceso que las normas examinadas fueron aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Carta Fundamental y que, respecto de ellas, no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad; y

X
SENADO SUSTITUYE
“TITULO XVI” POR “TITULO XV”

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, a fojas 108, se agregó oficio N° 1019/SEC/11, de tres de agosto de dos mil once, del Presidente del Senado, don Guido Girardi Lavín, por el cual rectifica la referencia al “Título XVI” por “Título XV”, del proyecto enviado a control preventivo de constitucionalidad, lo que esta Magistratura tuvo presente.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los artículos 19, N° 24°, 77 y 93, inciso primero, N° 1°, y 2° transitorio de la Constitución Política de la República y lo prescrito en los artículos 48 a 51 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

SE DECLARA:

1. Que los artículos 26, inciso primero; 44, inciso séptimo; 45 y 46, inciso tercero, del proyecto de ley sometido a control no son contrarios a la Constitución.

Se deja constancia de que el empate producido en la votación acerca de la naturaleza de ley orgánica constitucional de los artículos 26, inciso primero, y 46, inciso tercero, del proyecto de ley sometido a control, fue dirimido conforme a la atribución que entrega al Presidente del Tribunal el artículo 8° de la ley orgánica constitucional que rige esta Magistratura;

2. Que el artículo 43, inciso segundo, en la parte que señala: *“Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables ante el juzgado de letras competente y aquellas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta”* ha sido declarado conforme a la Constitución en el entendido de que la multa no establece la modalidad del *solve et repete* para su reclamación y que el plazo para la interposición del reclamo de la multa será de diez días desde la notificación de la misma.

3. Que el artículo 46, inciso tercero, en la parte que señala: *“En contra de la resolución de la Corte no procederá recurso alguno”*, se declara conforme a la Constitución en el entendido de que lo es sin perjuicio de la procedencia de las demás acciones y vías de impugnación que tienen su fuente en la Carta Fundamental; y

4. Que este Tribunal no se pronunciará en el presente trámite de control preventivo de constitucionalidad respecto de las demás disposiciones del proyecto de ley remitido, por no versar sobre materias propias de ley orgánica constitucional.

El Ministro señor Enrique Navarro Beltrán previene acerca del alcance que tiene la exigencia de contar con un plan de cierre de faenas, en relación a la concesión minera, lo siguiente:

1°. Que la Constitución Política de la República encomienda a una ley orgánica constitucional determinar la duración, conferir los derechos e imponer las obligaciones referidas a la concesión minera. Específicamente, prescribe al respecto, en su artículo 19, N° 24, inciso séptimo, que *“dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de ley orgánica constitucional”*. Agregando que *“su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará las causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión”*;

2°. Que, precisando el texto constitucional, este Tribunal ha asentado en su jurisprudencia el alcance de la aludida ley orgánica constitucional minera. Así, ha sentenciado que dicha ley debe regular tanto la determi-

nación de las sustancias concesibles como igualmente el régimen jurídico que regula la concesión (STC Rol N^º 5). Por su parte, el régimen de amparo del concesionario, esto es, los medios para defender su derecho de propiedad sobre la concesión minera, también es propio de la ley orgánica constitucional (STC Rol N^º 5). En concordancia con lo anterior, también lo será la norma que regula el modo de efectuarse el pago de la patente anual minera (STC Rol N^º 166) o la prórroga del plazo para su pago (STC Rol N^º 182);

3^º. Que, de esta forma, como ha señalado la doctrina especializada, al entregar a una ley orgánica constitucional la facultad de regular la duración de la concesión y sus derechos y obligaciones, implica con ello *“que esta concesión caduca o se extingue sólo por causales preestablecidas en la ley, y por tanto objetivas e impersonales”* (Juan Luis Ossa Bulnes, Derecho de Minería, p. 56);

4^º. Que, por consiguiente, la ley orgánica constitucional de concesiones mineras ha sido convocada especialmente por el constituyente para establecer cuáles serán los derechos y obligaciones del concesionario, en términos tales que dicha concesión esté sujeta a una normativa que le otorgue estabilidad, tratándose de una actividad económica fundamental para el desarrollo del país;

5^º. Que, en el caso de autos, no se está en presencia de una obligación de aquellas que la Carta Fundamental ha reservado a una ley orgánica constitucional, sino que se trata más bien de una normativa referente a la seguridad de las actividades comprendidas dentro de los proyectos de faenas o instalaciones mineras, que se vincula a derechos fundamentales como la vida, la salud, la seguridad o el vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En efecto, el artículo 4^º dispone que *“la empresa minera no podrá iniciar la operación de la faena minera sin contar, previamente, con un plan de cierre aprobado en la forma prescrita en la ley”*. A su vez, el objeto del plan de cierre, según lo establece el proyecto de ley, *“es la integración y ejecución del conjunto de medidas y acciones destinadas a mitigar los efectos que se derivan del desarrollo de la industria extractiva minera, en los lugares en que ésta se realice, de forma de asegurar la estabilidad física y química de los mismos, en conformidad a la normativa ambiental aplicable. La ejecución de las medidas y acciones de la manera antes señalada deberá otorgar el debido resguardo a la vida, salud, seguridad de las personas y medio ambiente, de acuerdo a la ley”*. De esta forma, *“el plan de cierre de faenas mineras debe ser ejecutado por la empresa minera, antes del término de sus operaciones, de manera tal que al cese de éstas se encuentren implementadas y creadas las condiciones de estabilidad física y química en el lugar que operó la faena”*;

6^º. Que, por consiguiente, no puede estimarse que el artículo 4^º del proyecto de ley sometido a control preventivo obligatorio, referente al plan de cierre de faenas mineras, sea materia de ley orgánica constitu-

cional, pues, como se señaló, no dice relación específicamente con los derechos y obligaciones de la concesión. A mayor abundamiento, también permite colegir lo anterior el que, de conformidad a lo establecido en el artículo 48 del citado proyecto, el incumplimiento de aquella exigencia –consistente en “*someter a la aprobación del servicio un proyecto de plan de cierre de las faenas o instalaciones mineras de acuerdo con lo que dispone la presente ley y su reglamento*”– puede traer aparejada la clausura definitiva de las faenas e instalaciones determinadas, sin que ello implique la extinción de la concesión relacionada con las mismas;

7°. Que, por último, es del caso tener presente que, tratándose tanto de los concesionarios de exploración como de explotación, éstos deben observar los “reglamentos de policía y seguridad”, tal como lo preceptúan los artículos 10, N° 1 y 11, N° 1 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, N° 18.097.

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto (Presidente), Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado, quienes fueron de opinión de que el Tribunal debe ejercer el control obligatorio de constitucionalidad previsto en el N° 1 del artículo 93 de la Constitución, sobre las normas del proyecto de ley que crean nuevas obligaciones que alteran el derecho del concesionario minero a explotar libremente las minas sobre las que recae la concesión, actualmente regulado en la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, el cual forma parte del “*régimen jurídico que regula la concesión*” que configura, tal como lo señalara este Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de noviembre de 1981 (STC Rol N° 5), el “*núcleo esencial*” de la ley orgánica constitucional a que se alude en el inciso séptimo del N° 24° del artículo 19 de la Constitución Política.

Adoptada con el voto en contra de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por declarar inconstitucional el inciso séptimo –final– del artículo 44 del proyecto en examen, al considerar que, según dicha norma, sólo “*respecto de la resolución que rechace total o parcialmente la reposición deducida por la empresa minera procederá reclamación ante la Corte de Apelaciones respectiva, en la forma establecida por los artículos siguientes*”. Ello, por cuanto dicha norma genera como consecuencia impedir a los afectados el acceso directo e inmediato a los tribunales, en demanda de tutela judicial pronta frente a la resolución que declara el incumplimiento del plan de cierre, hasta tanto no se rechace ese previo y forzoso recurso administrativo de reposición, de que conoce el propio director del Servicio Nacional de Geología y Minería, según prevé el D.L. N° 3.525 de 1980, artículo 6°, N° 11.

1°. Que, en efecto, el inciso quinto del artículo 44 examinado, dispone que *“en contra de la resolución que resuelva el incumplimiento total o parcial del plan de cierre procederá el recurso de reposición, el que deberá deducirse dentro del término de diez días de notificada la referida resolución”*.

Vale decir, para reclamar tal acto administrativo, la norma pre copiada no permite entablar *“las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”*, como franquea el artículo 10 de la Ley N^º 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, sino que únicamente abre la posibilidad de replantear esa resolución ante el mismo servicio público emisor;

2°. Que, de este modo, sólo una vez rechazado dicho recurso de reposición, entiéndase por resolución expresa denegatoria o por silencio negativo, en los términos de la Ley N^º 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, recién ahí, nace para el afectado la posibilidad de ejercer su derecho a la acción, con miras a impugnar ante los tribunales aquella resolución que declara incumplido el plan de cierre.

En circunstancias que, a todas las personas afectadas por actos de la Administración, se les permite ejercer desde luego y sin cortapisas el derecho a reclamo, con ausencia de trabas administrativas que obstaculicen el acceso a la jurisdicción, en el artículo 38, inciso segundo, y además en el artículo 19, N^º 3°, ambos de la Constitución;

3°. Que, así es, el derecho público chileno entiende que los recursos administrativos y las acciones jurisdiccionales son dos vías facultativas u opcionales de impugnación, de interposición voluntaria, de forma que el deber de entablar obligatoriamente uno de aquéllos, como requisito previo para acudir a la justicia cuando se impugnan actos de la Administración, implica suspender –prohibir transitoriamente– el ejercicio del aludido derecho a la acción.

Junto a Eduardo García de Enterría (Hacia una nueva Justicia Administrativa, Civitas, 1989, págs. 58-59), Jesús González Pérez es otro catedrático de renombre que postula el carácter meramente potestativo de los recursos administrativos, siendo lógicamente de opinión que *“establecer un recurso administrativo como presupuesto procesal es un atentado a la tutela jurisdiccional”* (La Justicia Administrativa en Iberoamérica, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pág. 64);

4°. Que, excepcionalmente, acaso podría aceptarse que los recursos administrativos posean la condición de preceptivos (obligatorios e ineludibles), constituyéndose en un requisito de admisibilidad de la pretensión procesal, cuando la ley entiende razonablemente que existe una oportunidad real de que el acto reclamado se revise en sede administrativa, sin necesidad de litigación.

Pero en este caso el “agotamiento previo de la vía administrativa”, como requisito para habilitar la acción procesal, carece de justificación, constituyéndose en un trámite inútil y dilatorio. Lo anterior, puesto que no se trata aquí de reexaminar, en breve, decisiones adoptadas por órganos subordinados al correr de poderes discrecionales, donde puede darse una ocasión para rectificar convenientemente, sino que de volver sobre determinaciones adoptadas por el propio director nacional del servicio, en ejecución de potestades regladas que recaen sobre situaciones determinadas, por lo que no se vislumbra probable que el recurso administrativo pueda tener alguna chance de éxito;

5°. Que, por tanto, de eliminarse el inciso final del artículo 44, ahora cuestionado, el régimen impugnatorio del proyecto no sufriría menoscabo, hasta poder operar incluso más llanamente: sin perjuicio del recurso administrativo de reposición allí tratado, los aludidos afectados quedarían en condiciones de entablar, directamente y sin más trámite, la acción jurisdiccional que contempla el artículo 45 siguiente, todo ello en armonía con los preceptos constitucionales citados.

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, respecto del **artículo 26, inciso primero,** del proyecto, pues estuvieron por declararlo no propio de ley orgánica constitucional por los motivos que se indican:

1°. Que no se aprecia diferencia sustantiva, en materia de servidumbres, con la fundamentación que esta Magistratura realizó en el considerando noveno de esta sentencia y que este voto hace suya;

2°. Que la propia Constitución establece en el artículo 19, numeral 24°, inciso sexto, en su parte final, que “*los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas*”. Resulta evidente que una de las principales obligaciones y limitaciones que se le impone a los dueños de los predios superficiales es justamente la existencia de servidumbres originadas en concesiones mineras de exploración o explotación. Y el rango en que ellas son determinadas por el constituyente es el simplemente legal;

Asimismo, la disposición segunda transitoria de la Carta Fundamental establece que “*mientras se dicta el nuevo Código de Minería, que deberá regular, entre otras materias, la forma, condiciones y efectos de las concesiones mineras a que se refieren los incisos séptimo al décimo del número 24° del artículo 19 de esta Constitución Política, los titulares de derechos mineros seguirán regidos por la legislación que estuviere en vigor al momento en que entre en vigencia esta Constitución, en calidad de concesionarios. (...)*” En tal sentido, la Constitución

apodera al legislador, mediante el Código de Minería, para que, entre otras materias, establezca la forma, condiciones y efectos de las concesiones mineras, dentro las cuales están las servidumbres;

3°. Que el artículo 26 del proyecto de ley dispone la posibilidad de constituir servidumbres “(..)incluso hasta después de que ella esté concluida y por todo el tiempo que deba ejecutarse el plan de cierre.” Con ello, se cuestiona que se introduce una norma que modificaría tácitamente el inciso quinto del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, que dispone que *“las servidumbres a favor de las concesionarias mineras son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos a aquellos para los cuales han sido constituidas, y cesarán cuando termine su aprovechamiento. Podrán ampliarse o restringirse de acuerdo con el desarrollo que adquieran las labores relacionadas con ellas”*. Debe tenerse presente que esta normativa, al ser controlada preventivamente por el Tribunal Constitucional (STC Rol N° 10), se declaró genéricamente que toda la Ley 18.097 era orgánica constitucional y constitucional, con la excepción de una disposición transitoria que era materia de ley común. La ausencia de una fundamentación circunstanciada relativa a la inclusión de algunas servidumbres en la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras no resuelve la explícita mención del artículo 19, numeral 24°, inciso sexto, de la Carta Fundamental, por lo cual esta materia debe mantener su rango de ley común. Se regula ampliamente el modo en que las servidumbres gravan los predios superficiales no sólo en relación a la exploración o explotación sino que también en razón del *“beneficio de dichas minas”*;

4°. Que esta Magistratura Constitucional ha tenido oportunidad de describir la naturaleza de las servidumbres mineras, los tipos de servidumbre, el régimen legal aplicable, sus características y sus efectos jurídicos, en la STC Rol N° 1.284, cuyas consideraciones este voto hace suyas. En particular, cabe recordar *“que el concepto de servidumbre minera no es sustancialmente distinto al concepto de servidumbre que establece el Código Civil. Para éste, la servidumbre es el gravamen impuesto sobre un predio (predio sirviente) en utilidad de otro predio (predio dominante) de distinto dueño (artículos 820 y 821 del Código Civil). (...) Aquella regulada en la Ley Orgánica de Concesiones Mineras –LOCCM– y el Código de Minería determina que, en lo no previsto por estos cuerpos legales, la servidumbre minera se rige por el derecho común aplicable a las servidumbres (artículo 2°, LOCCM). Ello implica que se aplican a la servidumbre minera las reglas comunes al ejercicio del derecho de servidumbre: “el que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla” (artículo 828 del CC); “el que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla” (artículo 829 del CC); “el dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo” (artículo 820)” (STC Rol N° 1.284, c. décimo)*. Por tanto, esta identidad determina que la norma de clausura en

materia de servidumbres es de un rango simplemente legal, propio de la codificación civil (artículo 63, numeral 3, de la Carta Fundamental);

5°. Las servidumbres que se originan en concesiones de exploración y explotación las regula el artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras. Las relativas al “establecimiento de beneficio de minerales” son reguladas por el artículo 121 del Código de Minería y se constituyen bajo las reglas que éste determina en el Título IX, Párrafo 1°, De las servidumbres que gravan los predios superficiales. Que bajo cualquier modalidad que se presenten *“su objeto es facilitar al minero los medios para la conveniente y cómoda exploración y explotación minera (artículo 120, inciso primero, Código de Minería). En la medida que no hay una privación de dominio, sino un gravamen, la doctrina minera coincide en que la servidumbre minera es una limitación al dominio (Ossa Bulnes, Juan Luis, Tratado de Derecho Minero, T.II, Editorial Jurídica, Santiago, 2007, p. 461; Lira, Samuel, Curso de Derecho de Minería, Editorial Jurídica, Santiago, 2007, p. 176)”* (STC Rol N° 1.284, c. decimoquinto);

6°. Que, finalmente, cabe determinar que las limitaciones al dominio son propias del ámbito legal y su fundamento es justificado y plausible. El hecho de que este proyecto de ley permita la constitución de servidumbres, por todo el tiempo que deba ejecutarse el plan de cierre, se fundamenta en el cumplimiento de la función social de la propiedad por razones de salubridad pública y de conservación del patrimonio ambiental. Asimismo, es una manifestación de la restricción específica al ejercicio de la actividad extractiva minera para proteger el medio ambiente. Y ambas limitaciones de derechos se realizan mediante ley simple.

Acordada la sentencia con los votos en contra de los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, respecto del artículo 46, inciso tercero, quienes estuvieron por declarar que este precepto del proyecto remitido no es propio de ley orgánica constitucional, por lo que esta Magistratura no debió emitir pronunciamiento a su respecto.

Fundan tal criterio en las siguientes razones:

1°. Que, del examen del artículo 46, inciso tercero, del proyecto de ley, se desprende de la sentencia de autos que la razón por la cual el Tribunal consideró esta norma como propia de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 77 de la Constitución, es que la modificación del sistema recursivo existente en este procedimiento quedaría comprendida dentro de las atribuciones de los tribunales de justicia;

2°. Que, a juicio de los Ministros que suscriben este voto, tal consideración no concuerda con la interpretación que esta misma Magistratura le ha otorgado a la primera parte del inciso primero del artículo 77 de

la Carta Fundamental, cuando afirma que: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República (...).”;

3°. Que, en efecto, en sentencia Rol N° 271, este Tribunal puntualizó que “la expresión “atribuciones” que emplea el artículo 74 de la Constitución, de acuerdo con su sentido natural y obvio y con el contexto de la norma en que se inserta, está usada como sinónimo de “competencia”, esto es, como la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de las materias que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus funciones.” (c. decimocuarto). Agregó, asimismo, que “una vez que la ley ha determinado la competencia del tribunal existen dentro de nuestro ordenamiento positivo procesal, civil, penal, comercial, etc., un conjunto de disposiciones que también otorgan facultades a los tribunales; pero no ya en relación con su esfera de acción que ya fue determinada por la norma relativa a la competencia, sino con la forma o manera en que el tribunal respectivo debe resolver la contienda que la ley ha entregado a su conocimiento. Entre estas normas se encuentran, desde ya, las relativas al procedimiento al que debe sujetarse el juez en el ejercicio de sus funciones, las cuales tanto este Tribunal como el Poder Legislativo **invariablemente han calificado como normas propias de ley común** (...).” (c. decimoquinto). (Énfasis agregado);

4°. Que, por su parte, en sentencia Rol N° 304, esta misma Magistratura precisó el alcance que debe darse a la frase contenida en el inciso primero del artículo 77 de la Constitución. Así, en el considerando séptimo de dicha decisión, se afirmó que “el propio artículo 74 (hoy 77) de la Carta Fundamental se ha encargado de prevenir que, en la intención del Constituyente, la expresión “organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República” que utiliza para referirse al contenido de la ley orgánica constitucional en análisis, **tiene un alcance limitado**, ya que, no obstante ello, acto seguido dispone que esta misma ley deberá contener las normas destinadas a señalar “las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas Ministros de Corte o jueces letrados.” Si la intención del Constituyente no fuere la que se ha indicado, toda esta segunda parte del inciso primero del artículo 74 carecería de sentido, por cuanto ella, indudablemente, habría quedado comprendida dentro de la expresión “organización y atribuciones de los tribunales.” (Énfasis agregado).

Agregó también la sentencia recordada: “Que, en consecuencia, el contenido de esta ley orgánica constitucional debe limitarse a aquellas normas **que regulan la estructura básica del Poder Judicial en cuanto ella no está reglada por la propia Carta Fundamental**, contenido en el cual quedan comprendidas, naturalmente, las materias específicas que se indican en la segunda parte del inciso primero del artículo 74 (hoy 77), de la Constitución.” (Énfasis agregado).

Por último, en sentencia Rol N° 350 se profundizó el criterio señalado, sosteniéndose que *“la ley orgánica constitucional a que alude el inciso primero del artículo 74 (hoy 77) de la Carta Fundamental debe comprender aquellas normas que regulan la estructura básica del Poder Judicial en la medida en que son necesarias “para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República” (...).”* (c. sexto) (Énfasis agregado);

5°. Que las precisiones recordadas resultan particularmente relevantes en la especie, pues esta Magistratura ha planteado, asimismo, que *“el artículo 60 de la Constitución, en su N° 3°, ha reservado a la ley común materias que se relacionan o inciden en forma directa con el contenido propio de la ley orgánica en análisis, esto es, las normas que regulan la “organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.” En efecto, el señalado precepto dispone que corresponden a materias sólo de ley común las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra.”* (STC Rol N° 442, c. sexto);

6°. Que la determinación de los recursos procesales, sus requisitos, así como su ausencia, constituyen una materia de procedimiento que, de acuerdo a lo explicado en el párrafo anterior, es materia de ley común y no de la ley orgánica constitucional a que se refiere el inciso primero del artículo 77 de la Constitución Política. Asimismo, tal distinción es reforzada por el inciso final del mismo artículo. En éste se hace una distinción entre las reglas orgánicas para la organización y atribuciones de los tribunales respecto de las reglas procesales que regulan el enjuiciamiento. En tal sentido, la norma dispone que *“la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento (...).”* En tal sentido, la determinación sobre el sistema recursivo al interior de un procedimiento es una materia que el constituyente ha reservado a la ley común y no la califica de ley orgánica constitucional. Hay que hacer hincapié en que esta norma constitucional se incorporó a la Constitución mediante la ley de reforma constitucional N° 20.245, de 10 de enero de 2008, estableciendo una regla más precisa y restrictiva de delimitación entre estas materias;

7°. Que resulta claro que todos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos a competencias o jurisdicción se refieren a nuevas materias que deba *“conocer”* el Poder Judicial y que exigen el pronunciamiento previo de la Corte Suprema. Por lo mismo, materias como otorgamiento de competencia a un Ministro de Corte de Apelaciones (STC Rol N° 398), nuevas atribuciones al juez de letras en lo civil (STC Rol N° 701), a los juzgados de policía local (STC Rol N° 335), creación y atribuciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (STC Rol N° 1.377) o reclamaciones contra la administración (STC roles N°s 76, 268, 294, 466, etc.) o nuevas competencias de los tribunales arbitrales (STC Rol N° 360), son todas ellas respecto de atribuciones que se crean y no sobre materias que excluyen;

8°. Finalmente, esta determinación sobre el modo en que el legislador determina la ausencia de determinados recursos, es una materia cuya constitucionalidad podría examinarse a la luz de las reglas del debido proceso establecidas en el artículo 19, numeral 3°, de la Carta Fundamental. Sin embargo, no puede alterarse la naturaleza competencial del control preventivo de constitucionalidad, so pretexto de entrar al análisis de una norma de enjuiciamiento o de procedimiento. Para ello hay otros recursos que el ordenamiento constitucional establece para verificar un eventual examen de constitucionalidad.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y la prevención es de la autoría del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán y la redacción de las correspondientes disidencias, los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino, respectivamente.

Devuélvase el proyecto de ley al H. Senado, rubricado en cada una de sus hojas por la Secretaria del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

Rol N^º 2.036-2011

Se certifica que los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y José Antonio Viera-Gallo Quesney concurrieron al fallo, pero no firman por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. Autoriza el Secretario Subrogante del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

ROL Nº 2.037-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 162,
INCISO QUINTO, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO,
DEDUCIDO POR DAVID VÁSQUEZ PONS

Santiago, nueve de agosto de dos mil once.

Proveyendo a fojas 160, ténganse por acompañados los documentos.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 25 de julio de 2011, David Vásquez Pons ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo, en la causa sobre juicio ejecutivo laboral caratulada “*Andrade con Vásquez*”, que se encuentra pendiente ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, bajo el RIT J-11-2011;

2°. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*”.

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

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que “*para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*”.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen:
“*Artículo 79. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución*

Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

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

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

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

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”;

4°. Que, por otra parte, el artículo 84 de la misma ley orgánica establece:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

5°. Que esta Magistratura Constitucional en oportunidades anteriores y, atendido el mérito de cada caso particular, ha determinado que el

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

6°. Que, en síntesis, el requirente sostiene que el Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, en la causa Rol N^o 94.740, en que se dictó la sentencia definitiva que se está ejecutando en la gestión *sub lite* (causa sobre juicio ejecutivo laboral caratulada “Andrade con Vásquez”, pendiente ante el mismo Juzgado, bajo el RIT J-11-2011), habría incurrido en faltas al debido proceso, en lo relacionado con la forma de rendir prueba y su ponderación (fojas 3).

Agrega el actor que en dicha sentencia, que actualmente se está ejecutando, fue condenado a pagar indemnizaciones, remuneraciones y cotizaciones previsionales, aplicándose en la sentencia de dicho juicio anterior el precepto legal impugnado de inaplicabilidad (fojas 5, 9, 11 y 12).

Asimismo, el requirente acompañó copias de las sentencias de primera (10 de noviembre de 2009) y segunda instancia (30 de junio de 2010), recaídas en el citado juicio ordinario laboral por despido injustificado y consta en autos que el juez a quo decretó el cúmplase de la sentencia el 29 de junio de 2010 (fojas 122) ordenando que se practicara la liquidación del crédito con fecha 18 de noviembre del mismo año. Por otro lado, del certificado acompañado por el actor a fojas 133, consta que los autos sobre cumplimiento de dicha sentencia, y que constituyen la gestión en que incide el requerimiento de inaplicabilidad deducido, se encuentran en actual tramitación, habiéndose decretado embargo sobre bienes de propiedad del demandado;

7°. Que, el precepto legal impugnado de inaplicabilidad –inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo– recibió aplicación en el juicio ordinario sobre despido injustificado seguido ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, bajo el Rol N^o 94.740, el cual se encuentra ejecutoriado, siendo improcedente la discusión de cuestiones de hecho, tales como la prueba rendida y su ponderación, en los autos ejecutivos actualmente pendientes ante el mismo tribunal, bajo el RIT J-11-2011, ni a través de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como pretende el requirente al accionar en el estado procesal actual de la causa ante esta Magistratura Constitucional;

8°. Que, en consecuencia, conforme a lo sostenido en los considerandos precedentes y al mérito de los antecedentes examinados, el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación en la gestión *sub lite*, consistente en un juicio ejecutivo laboral, por lo que concurre en la especie la causal de inadmisibilidad contemplada en el numeral 5° del artículo 84 de la Ley N^o 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura;

9°. Que, a mayor abundamiento, de la lectura del requerimiento de fojas 1 se aprecia en forma indubitada que el actor, en definitiva, busca impugnar la sentencia dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua en el aludido juicio ordinario laboral por despido injustificado, y confirmada por la Corte de Apelaciones de la misma ciudad (fojas 1, 5, 9 y 11 del requerimiento), llegando a solicitar en su petitorio (fojas 12) que se tenga por “*interpuesto recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua*”, todo lo cual es manifiestamente improcedente y excede la naturaleza del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de que conoce esta Magistratura.

En este sentido, esta misma Magistratura ha resuelto, en reiteradas oportunidades, que la acción de inaplicabilidad no constituye un medio de impugnación de resoluciones judiciales (v.gr., entre otras, STC roles N^{OS} 493, 1.145 y 1.349);

10°. Que, por todo lo expuesto, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción de inaplicabilidad deducida en autos no puede prosperar, siendo impertinente que sea previamente acogida a tramitación, motivo por el cual este Tribunal deberá declararla derechamente inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N^º 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N^º 5° del artículo 84 y demás normas citadas y pertinentes de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

Que se declara inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Téngase por no presentado para todos los efectos legales. Al primer otrosí, ténganse por acompañados los documentos; al segundo otrosí, estése a lo resuelto a lo principal, y al tercer otrosí, téngase presente.

Notifíquese por carta certificada al requirente.

Comuníquese al Tribunal que conoce de la gestión judicial pendiente. Archívese.

Rol N^º 2.037-2011

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

ROL Nº 2.038-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3º,
INCISO TERCERO, DEL D.L. Nº 825,
LEY DE IMPUESTOS A LAS VENTAS Y SERVICIOS,
DEDUCIDO POR IPEC CONSTRUCCIONES LIMITADA

Santiago, treinta y uno de enero de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 27 de julio de 2011, el abogado Gonzalo Pardo Sainz, en representación judicial de IPEC CONSTRUCCIONES LIMITADA, ha requerido a esta Magistratura que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 3º de la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios, Decreto Ley Nº 825, de 1974, en la parte que remite a la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos la facultad de disponer el cambio del sujeto pasivo de la obligación tributaria por IVA y, específicamente, en la parte que prescribe “...o las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo...”, en el marco del juicio sobre reclamación tributaria caratulado “IPEC CONSTRUCCIONES LIMITADA CON SII”, que se encuentra actualmente pendiente ante la Excma. Corte Suprema para conocer de recurso de casación en el fondo, Rol C.S. Nº 7274-2011.

Sostiene la requirente que la aplicación de este precepto resulta decisiva en la resolución del asunto, por cuanto la inaplicabilidad del mismo determinará la anulación de la totalidad de las liquidaciones y giros por concepto de retención del Impuesto al Valor Agregado (IVA) por cambio de sujeto pasivo.

En cuanto a los antecedentes que motivan el presente requerimiento, indica que la Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó la sentencia del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos de dicha jurisdicción, que acogió sólo en parte la reclamación tributaria interpuesta por la requirente de autos, que tuvo por objeto que se dejaran sin efecto las liquidaciones de impuestos de fecha 28 de marzo de 2007, N°s 139 a 171, cursadas en razón de no haber cumplido el contribuyente con lo dispuesto en la Resolución Exenta Nº 46, de 1º de septiembre de 2003, que estableció el cambio de sujeto pasivo en las operaciones que consistieran en la celebración de contratos de construcción de instalación de especialidades, en virtud de lo cual debió haber facturado, retenido y enterado el impuesto IVA en arcas fiscales.

Señala que este cambio de sujeto afecta el principio de legalidad tributaria o de reserva de ley, que comprende la determinación por ésta de

los elementos esenciales del tributo, que son: el hecho gravado, la base imponible, la tasa y el sujeto obligado al pago, resultando contrario a la Constitución que una resolución administrativa, librada al amparo de la norma impugnada, modifique quién sea el contribuyente del impuesto o sujeto pasivo de la obligación tributaria, dejando a quien interviene como comprador o beneficiario de los servicios como sujeto pasivo del impuesto IVA, en circunstancias que no es el autor del hecho gravado.

Expone que el precepto legal impugnado infringe lo dispuesto en los artículos 6^º, 7^º, 19, N^º 20^º, incisos primero y segundo; inciso cuarto, N^º 1, del artículo 65, en relación con el inciso segundo del mismo artículo y N^{os} 2^º y 14^º del artículo 63, todos de la Constitución Política de la República.

En cuanto a la forma en que la remisión normativa establecida en el precepto impugnado infringe las normas constitucionales invocadas, señala que del conjunto de las disposiciones citadas y, en particular, del artículo 19, N^º 20^º, de la Constitución Política, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional se han inclinado por sostener que la reserva de ley en materia tributaria se encuentra establecida como garantía constitucional, por lo que no procede la delegación de poderes legislativos al Presidente de la República para la dictación de decretos con fuerza de ley en dicho ámbito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64 del mencionado cuerpo normativo, pasando a ser la reserva legal un elemento fundamental del Estado de Derecho, en cuanto a la seguridad o certeza jurídica y la ausencia de arbitrariedad en el trato igualitario que debe dar el Estado a sus habitantes.

Indica que los sujetos obligados al pago, como uno de los elementos esenciales de la obligación tributaria, deben encontrarse suficientemente señalados y precisados en la ley, agregando que toda remisión normativa para que el Ejecutivo regule una materia propia de ley sin entregar parámetros claros de cómo debe hacerlo, infringe la Constitución. Cita al efecto sentencia de esta Magistratura, Rol N^º 718.

En suma, expone, la norma impugnada, al vulnerar el principio de reserva legal, infringe gravemente la Constitución, toda vez que remite a una autoridad administrativa, a saber, el Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos, una materia propia de ley, cual es la determinación, a su juicio exclusivo, es decir, sin parámetro alguno establecido en la ley, del sujeto pasivo de la obligación tributaria, más aun cuando se trata de una persona distinta del contribuyente, que no ha ejecutado el hecho tributario previsto en la ley.

Señala que su parte actuó en la forma prevista por la ley, esto es, pagó al proveedor el precio de la operación y el débito fiscal correspondiente, verificando que el proveedor enterara en arcas fiscales dichos impuestos. Añade que el Servicio actúa con tal arbitrariedad, que prescinde en el caso particular del hecho de encontrarse o no adeudados dichos débitos

fiscales, a pesar de existir un informe emitido por el propio organismo que señala que la mayor parte de los impuestos a que se refieren las liquidaciones reclamadas se encuentran enterados en arcas fiscales, resultando ello del todo irrelevante en la sentencia de primer grado, la que se limita al incumplimiento del deber de emitir la factura, retener y pagar el impuesto al valor agregado.

Por resolución de fecha dos de agosto de 2011, escrita a fojas 45 y siguientes, la Segunda Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento, decretando, con fecha 7 de septiembre del mismo año, la suspensión del procedimiento por resolución que rola a fojas 303.

Con fecha 20 de septiembre de 2011, se escucharon alegatos sobre la admisibilidad del requerimiento, declarándolo admisible la Sala, en votación dividida, por resolución de 27 del mismo mes y año, escrita a fojas 324 y siguientes.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, del Consejo de Defensa del Estado y del Servicio de Impuestos Internos, formulando estos últimos observaciones a su respecto dentro del plazo legal.

A fojas 343 y siguientes, el Consejo de Defensa del Estado planteó observaciones al requerimiento, solicitando su rechazo, a cuyo efecto señaló, en primer término, que la norma impugnada es un eficiente instrumento de política tributaria entregado por el legislador al Servicio de Impuestos Internos, cuyo objetivo primordial es procurar velar por la recaudación fiscal, en especial, respecto de aquellos contribuyentes de difícil fiscalización que, por su tamaño, pueden no tener la preparación o instrucción suficiente para dar cumplimiento estricto a la obligación tributaria, con el consiguiente perjuicio al erario fiscal.

Indica que más que importar el cambio propiamente tal del sujeto del tributo, implica la instauración administrativa, en virtud de una ley, de un sustituto o agente retenedor, esto es, una persona, el adquirente o beneficiario del servicio, que sin ser el deudor directo o contribuyente propiamente tal, se encuentra en la obligación de exigir el cobro al contribuyente y de pagar el impuesto por cuenta de éste, con lo que el contribuyente propiamente tal sigue siendo el vendedor o prestador del servicio, que es la persona que soporta el costo del impuesto en el hecho gravado, respecto del cual se devenga el tributo.

En segundo término señala que fue el propio contribuyente, requirente de autos, quien solicitó tener la calidad de agente retenedor de IVA, circunstancia que, indica, omite señalar en el presente requerimiento, lo que le fue concedido por Resolución Exenta N° 65, de 25 de noviembre de 2003, por lo que la declaración de inaplicabilidad que ahora demanda repugna a la doctrina de los actos propios, ya que actúa en manifiesta contradicción con su propia conducta.

En tercer término, sostiene que del requerimiento y de los antecedentes del mismo se desprende que lo que se impugna no es el precepto legal invocado, sino que el acto administrativo que se dictó al amparo de éste, que es el que establece el cambio de sujeto del impuesto al valor agregado, lo que escapa a la competencia de este Tribunal, con lo que la presente acción resulta ser del todo improcedente.

En cuarto término, argumenta la improcedencia del requerimiento por no ser el precepto impugnado decisivo en la resolución del asunto. Al respecto señala que de declararse inaplicable el precepto impugnado quedarían vigentes las resoluciones administrativas dictadas a su amparo, ya que el requirente no ha pedido que sean dejadas sin efecto y es en virtud de ellas que se dictaron las liquidaciones reclamadas en el juicio tributario.

En consecuencia, a su juicio, resulta del todo evidente que la disposición supuestamente contraria a la Constitución es completamente irrelevante para resolver la controversia pendiente, ya que de declararse su inaplicabilidad en nada variaría la válida aplicación de las Resoluciones Exentas N^{OS} 46, 63 y 65, que determinaron el cambio de sujeto pasivo del impuesto IVA del requirente.

Finalmente, señala que el requerimiento es improcedente por no encontrarse razonablemente fundado. Sobre el particular indica que este Tribunal ha resuelto que un requisito esencial del requerimiento de inaplicabilidad es que contenga una fundamentación razonable, esto es, indicar la aptitud del o los preceptos legales objetados para contrariar a la Constitución, en su aplicación al caso concreto, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente, de modo que la explicación de la forma como se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituya la base de la acción ejercitada, lo que no ocurre en el presente requerimiento, que carece de una suficiente y meridiana motivación, ya que no es posible comprender con claridad cómo se produce la contradicción entre el precepto impugnado y las normas constitucionales que sustentan el principio de reserva legal, limitándose a efectuar una referencia genérica o nominal a las normas supuestamente transgredidas por el precepto legal impugnado, sin explicitar de qué modo se vulnera en la práctica la Constitución.

Sostiene enfáticamente que el precepto impugnado no infringe ninguna de las normas constitucionales que consagran el principio de reserva legal y que se dan por transgredidas, ya que se trata de una norma de rango legal, dictada con observancia al principio de supremacía constitucional y de legalidad de los impuestos, que fija todos y cada uno de los elementos de la obligación tributaria, y, en el caso específico, tanto quiénes podrán ser contribuyentes como la posibilidad de efectuar el cambio de sujeto pasivo, por lo que en sí la norma no altera la estructura del

tributo, sino que simplemente le otorga facultad al Director del Servicio de Impuestos Internos para cambiar el agente retenedor del impuesto estableciendo la figura del sustituto, a fin de facilitar la recaudación de los créditos y débitos fiscales cuando están involucrados contribuyentes de difícil fiscalización.

Señala finalmente que el Director del Servicio de Impuestos Internos ha sometido su acción a la Constitución y a las leyes al dictar las resoluciones administrativas de cambio de sujeto IVA y que el precepto impugnado le otorga expresamente tal facultad.

A fojas 367, el Servicio de Impuestos Internos formuló sus observaciones, en términos similares a los expuestos precedentemente, solicitando el rechazo del requerimiento en todas sus partes.

Sostiene que el precepto impugnado no es decisivo en la resolución del asunto y que lo que en realidad se pretende impugnar son las resoluciones administrativas dictadas por el Servicio de Impuestos Internos y no el precepto invocado.

Indica que sólo ante esta Magistratura la requirente sostiene que se trata de actos arbitrarios de la autoridad administrativa, dictados en base a un artículo que contraviene variadas disposiciones constitucionales.

Añade que las argumentaciones del requirente en las distintas instancias no impugnan la potestad reglamentaria del Servicio de Impuestos Internos, como lo hace en el presente requerimiento, y que ni la sentencia de primera instancia ni la de segunda, que confirmó con costas la de primer grado, aluden a la norma impugnada; ello, porque jamás ha sido objeto de discusión, ni ha formado parte del litigio en ninguna de sus etapas procedimentales, razón por la cual no puede tener aplicación en la gestión pendiente y es por lo mismo que la Corte Suprema no podrá referirse a ella al resolver el recurso de casación pendiente.

Argumenta que el requerimiento adolece de falta de fundamento plausible, por cuanto fue la requirente quien solicitó voluntaria, expresa y específicamente al Servicio su autorización para acceder al cambio de sujeto en las operaciones comerciales, lo que culminó con la dictación de la Resolución Exenta N° 65, de 25 de noviembre de 2003, que le otorgó la calidad de agente retenedor, a lo que no dio cumplimiento, originándose las diferencias determinadas en las liquidaciones de impuestos reclamadas, que motivan el presente requerimiento.

Finalmente pide el rechazo del requerimiento por no existir contradicción entre el precepto impugnado y las normas constitucionales que se dicen infringidas.

Por resolución de fecha 8 de noviembre de 2011, escrita a fojas 389, se ordenó traer los autos en relación y con fecha 24 de abril del año 2012 se verificó la vista de la causa, escuchándose los alegatos de los abogados de las partes, previa relación.

A fojas 399, el Servicio de Impuestos Internos acompañó Resolución Exenta N^º 65, de 25 de noviembre de 2003, que otorgó la calidad de agente retenedor a la requirente de autos, así como jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia e informe en derecho del profesor de Derecho Constitucional Miguel Ángel Fernández González, antecedentes que se encuentran agregados a fojas 401 y siguientes de autos.

CONSIDERANDO:

I

EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL SOMETIDO
A LA DECISIÓN DE ESTA MAGISTRATURA

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

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

TERCERO. Que, en el caso de autos, se solicita la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 3^º de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, Decreto Ley N^º 825, de 1974, en la causa sobre reclamación tributaria caratulada “IPEC Construcciones Ltda. con Servicio de Impuestos Internos”, de que conoce actualmente la Excm. Corte Suprema, a raíz del recurso de casación en el fondo, Rol N^º 7974-2011, deducido en contra de la sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 13 de junio de 2011.

En consecuencia, el aludido recurso de casación constituye la gestión pendiente que autoriza a esta Magistratura a conocer del requerimiento deducido a fojas 1, en el que es parte IPEC Construcciones Ltda.;

CUARTO. Que, como se ha indicado precedentemente, la norma legal impugnada es el inciso tercero del artículo 3^º del Decreto Ley N^º 825, de 1974, Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, en la parte destacada a continuación:

“*Art. 3^º. Son contribuyentes, para los efectos de esta ley, las personas naturales o jurídicas, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que realicen*

ventas, que presten servicios o efectúen cualquier otra operación gravada con los impuestos establecidos en ella.

En el caso de las comunidades y sociedades de hecho, los comuneros y socios serán solidariamente responsables de todas las obligaciones de esta ley que afecten a la respectiva comunidad o sociedad de hecho.

No obstante lo dispuesto en el inciso primero, el tributo afectará al adquirente, beneficiario del servicio o persona que deba soportar el recargo o inclusión, en los casos que lo determine esta ley o las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo. En virtud de esta facultad, la Dirección referida podrá disponer el cambio del sujeto del tributo también sólo por una parte de la tasa del impuesto, como asimismo autorizar a los vendedores o prestadores de servicios que por la aplicación de lo dispuesto en este inciso no puedan recuperar oportunamente sus créditos fiscales a imputar el respectivo impuesto soportado o pagado a cualquier otro impuesto fiscal incluso de retención o de recargo que deban pagar por el mismo período tributario, a darle el carácter de pago provisional mensual de la ley de la renta, o a que les sea devuelto por el Servicio de Tesorerías en el plazo de treinta días de presentada la solicitud, la cual deberá formularse dentro del mes siguiente al de la retención del tributo efectuado por el adquirente o beneficiario del servicio; pero en todos los casos hasta el monto del débito fiscal correspondiente.

(...).”;

QUINTO. Que, fundamentando sus reproches de constitucionalidad, la requirente sostiene que el hecho de que la norma impugnada permita el cambio del sujeto pasivo de la obligación tributaria (la sustitución), en el caso del Impuesto al Valor Agregado, en virtud de “*las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo*”, infringe el principio de reserva de ley en materia de tributos, garantizado en los artículos 19, Nº 20º, y 65, inciso cuarto, Nº 1º, en relación con los numerales 2 y 20 del artículo 63, todos de la Carta Fundamental.

Sustenta asimismo la actora su impugnación al precepto legal indicado en el hecho de que la reserva legal constituye, en nuestros días, un elemento fundamental del Estado de Derecho, de forma que la infracción a la misma por la aplicación del precepto legal cuestionado en estos autos infringe también los artículos 6º y 7º de la Constitución Política. Lo anterior, en la medida que los órganos del Estado –como el Servicio de Impuestos Internos– no pueden establecer tributos ni regularlos sino a través de una ley, sin que puedan arrogarse una autoridad o derechos que no les han sido expresamente conferidos por la Constitución o la ley;

SEXTO. Que, sobre la base de lo expresado, la competencia específica de este Tribunal en la presente cuestión de inaplicabilidad se relaciona con la eventual vulneración al principio de reserva legal tributaria que la aplicación de la parte impugnada del inciso tercero del artículo 3º del

Decreto Ley N^º 825, de 1974, puede causar en la gestión pendiente constituida por el recurso de casación en el fondo de que conoce actualmente la Corte Suprema, Rol N^º 7274-2011, en el proceso de reclamación tributaria deducido por IPEC Construcciones Limitada contra el Servicio de Impuestos Internos, que por sendas resoluciones exentas dispuso el cambio de sujeto pasivo de la obligación tributaria.

No se trata, en consecuencia, de pronunciarse sobre la legalidad o arbitrariedad con que el Servicio de Impuestos Internos haya procedido a dictar tales resoluciones, pues ello constituye una materia de competencia del juez del fondo ajena al quehacer de esta Magistratura Constitucional, lo que, por lo demás, fue debidamente considerado por la Segunda Sala de esta Magistratura al pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento;

II

EL IMPUESTO A LAS VENTAS Y SERVICIOS Y LOS ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

SÉPTIMO. Que, previo al pronunciamiento que se solicita sobre la inaplicabilidad de la parte del inciso tercero del artículo 3^º del Decreto Ley N^º 825, de 1974, que se ha objetado en estos autos, corresponde efectuar una precisión respecto al sujeto obligado en el caso del Impuesto a las Ventas y Servicios, toda vez que éste es el elemento de la obligación tributaria a cuyo respecto, en la especie, no se habría cumplido con la reserva legal, en la tesis de la requirente;

OCTAVO. Que, en este sentido, debe recordarse que el Decreto Ley N^º 825 no define el concepto de Impuesto a las Ventas y Servicios (IVA), limitándose a precisar que: *“Establécese, a beneficio fiscal, un impuesto sobre las ventas y servicios que se regirá por las normas de la presente ley.”* (Artículo 1^º). Asimismo, indica que el IVA *“afecta a las ventas y servicios (...)”* (artículo 8^º), y que: *“Son contribuyentes, para los efectos de esta ley, las personas naturales o jurídicas, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que realicen ventas, que presten servicios o efectúen cualquier otra operación gravada con los impuestos establecidos en ella”* (artículo 3^º, inciso primero). Agrega que: *“Los impuestos de la presente ley afectarán también al Fisco, instituciones semifiscales, organismos de administración autónoma, municipales y a las empresas de todos ellos, o en que ellos tengan participación, aun en los casos en que las leyes por que se rijan los eximan de toda clase de impuestos o contribuciones, presentes o futuros.”;*

NOVENO. Que la doctrina ha indicado, por su parte, que *“el Impuesto al Valor Agregado tiene como objetivo el gravar el valor que va añadiendo al precio de venta de un determinado bien o servicio cada uno de los agentes económicos que participa en el proceso de producción, distribución y comercialización de un bien.”* (Zavala Ortiz, José Luis. Manual de Derecho Tributario. 5^a. edición ac-

tualizada. Editorial LexisNexis, Santiago, 2003, p. 171). Se ha señalado, también, que el IVA constituye “una forma de recaudar un tributo monofásico, aplicado sobre el valor total del bien a nivel del consumidor final” (Emilfork, Elizabeth). El hecho gravado en el Impuesto al Valor Agregado (Un enfoque doctrinario). En: Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Nº 197, Año LXIII, enero-junio 1995, p. 167). De esta forma, “se busca evitar la aplicación de impuesto sobre impuesto, que es una de las características propias de los impuestos a las ventas que se aplican en cada etapa que va del productor al consumidor, generando el denominado efecto “cascada”. (Zavala Ortiz, ob. cit., p. 171);

DÉCIMO. Que, en lo que se refiere a las características del Impuesto al Valor Agregado, pueden resumirse expresando que:

1. Es un impuesto de carácter mensual, ya que el contribuyente tiene un período tributario en cada mes, en el cual deberá determinar el impuesto a pagar por la relación débito fiscal-crédito fiscal.
2. Es un impuesto de recargo, puesto que el impuesto que debe soportar el comprador o quien utiliza el servicio en cada etapa de la cadena de productor a consumidor se agrega al precio de la venta o servicio.
3. Es un impuesto de declaración y pago, ya que el Decreto Ley Nº 825 y su reglamento vienen a establecer que el contribuyente deberá declarar y pagar el impuesto, a más tardar, el día 12 del mes siguiente al período que se declara.
4. El hecho imponible está configurado por las ventas, servicios y actos asimilados, conceptos que se encuentran definidos en el artículo 2º del Decreto Ley Nº 825, de 1974;

DECIMOPRIMERO. Que, en lo que se refiere al sujeto de la obligación tributaria en el Impuesto a las Ventas y Servicios, existe una regla general contenida en el artículo 10 del Decreto Ley Nº 825, de 1974, y excepciones a dicha regla, reguladas en el artículo 11 del mismo cuerpo legal.

En efecto, el artículo 10 mencionado indica que el IVA afectará “al vendedor, sea que celebre una convención que esta ley defina como venta o equipare a venta.” Añade el legislador que: “Igualmente, el impuesto afectará a quien realice la prestación en aquellas operaciones definidas como servicios o que la ley equipare a tales.”

A su turno, el artículo 11 del Decreto Ley Nº 825 expresa que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, serán considerados sujetos del impuesto:

1. El importador, habitual o no;
2. El comprador o adquirente, cuando el vendedor o tradente no tenga residencia en Chile, o se trate de la operación descrita en el inciso segundo de la letra a) del artículo 8º (la primera enajenación de los vehículos automóviles importados al amparo de las partidas del Capítulo 0 del Arancel Aduanero);

3. *La sociedad o la comunidad en los casos contemplados en la letra c) del artículo 8º, pero cada socio o comunero será solidariamente responsable del pago del tributo en la parte correspondiente a los bienes que le sean adjudicados;*
4. *El aportante, en el caso de aportes a sociedades;*
5. *El beneficiario del servicio, si la persona que efectúa la prestación residiere en el extranjero;*
6. **Los contratistas o subcontratistas en el caso de los contratos a que se refiere la letra e) del artículo 8º (que alude a los contratos de instalación y confección de especialidades y los contratos generales de construcción), y**
7. *El comprador o el beneficiario del servicio, cuando reciba del vendedor o del prestador, según corresponda, por ventas y servicios gravados con IVA, facturas de inicio, de acuerdo a lo señalado en el inciso segundo del artículo 8º quáter del Código Tributario.” (Énfasis agregado);*

DECIMOSEGUNDO. Que, a su vez, y utilizando una nomenclatura similar a la del artículo 10 transcrito, el inciso tercero del artículo 3º del Decreto Ley N^º 825, de 1974, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, precisa que, no obstante la regla general que se contiene en el inciso primero de esa norma –que considera contribuyentes del IVA a las personas naturales o jurídicas, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que realicen ventas, servicios o cualquier otra operación gravada con dicho impuesto–, el tributo “afectará” al adquirente, beneficiario del servicio o persona que deba soportar el recargo o inclusión, en los casos que determine esta ley o las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo.

En consecuencia, son dos las hipótesis que, de conformidad con el precepto indicado, pueden importar el cambio del sujeto pasivo de la obligación tributaria tratándose del IVA:

1. En los casos que determine la ley, que son aquellos contenidos en el artículo 11 del Decreto Ley N^º 825, Sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, ya transcrito; y
2. En los casos que determinen las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo;

DECIMOTERCERO. Que en lo que se refiere a la fuente normativa de la potestad del Servicio de Impuestos Internos para dictar las normas generales a que se ha aludido en la segunda hipótesis mencionada en el considerando que precede, y tal como lo ha indicado dicho Servicio, al evacuar el traslado de fondo en estos autos (fojas 367 y siguientes), ella se encuentra contenida en el artículo 6º, letra A, N^º 1, del Código Tributario, que le asigna la facultad de interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos.

Asimismo, el origen de la potestad en comento se encuentra en el artículo 88 del mismo Código, relativo a las personas obligadas a emitir facturas, disponiéndose que: “(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores y en la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, la Dirección podrá exigir el otorgamiento de facturas o boletas respecto de cualquier ingreso, operación o transferencia que directa o indirectamente sirva de base para el cálculo de un impuesto y que aquélla determine a su juicio exclusivo, estableciendo los requisitos que estos documentos deban reunir. Asimismo, tratándose de contribuyentes de difícil fiscalización, la Dirección podrá exigir que la boleta la emita el beneficiario del servicio o eximir a éste de emitir dicho documento, siempre que sustituya esta obligación con el cumplimiento de otras formalidades que resguarden debidamente el interés fiscal y se trate de una prestación ocasional que se haga como máximo en tres días dentro de cada semana (...).”;

DECIMOCUARTO. Que, explicando el fundamento del cambio de sujeto obligado en el caso del IVA, el Servicio de Impuestos Internos ha afirmado, en este proceso, que “surgió en consideración a la realidad comercial del mercado nacional, a la forma de efectuar negocios, a la mayor o menor instrucción que existe en algunos sectores de la economía, al grado de evasión de impuestos que algunos comerciantes cometen, a las nefastas consecuencias que deben afrontar algunos sectores que se ven engañados por supuestos contribuyentes a las ventas no documentadas en la primera fase de comercialización de sectores primarios y como una forma de facilitar el cumplimiento tributario de los contribuyentes en general.” (Fojas 373).

Asimismo ha expresado que: “En virtud de estudios y mediciones a la evasión que la comercialización de diferentes productos permitía, se instauró el primer cambio de sujeto, el que recayó sobre el rubro del trigo. Posteriormente, siguió la harina, el oro, las legumbres, la madera, el arroz, los productos silvestres, las especies hidrobiológicas, el ganado, la chatarra, los contratos de confección o instalación de especialidades, los berries, los papeles y cartones, y la carne.” Ha añadido que, actualmente, existen dos modalidades de cambio de sujeto, consistentes, una, en un traslado parcial de la obligación de cobrar, documentar y declarar el impuesto desde el vendedor al comprador y, la otra, en un traslado total, donde existe un anticipo cobrado (y enterado en arcas fiscales) por el vendedor al comprador, también comerciante, a cuenta de las ventas futuras que efectúe el segundo. En este caso, el comprador que retiene y declara el IVA tiene derecho a usar como crédito fiscal el mismo monto retenido compensando los ingresos y egresos (fojas 372 vta. y 374);

DECIMOQUINTO. Que para que un contribuyente acceda a la calidad de agente retenedor debe cumplir ciertos estándares, como tener un buen comportamiento tributario, entendiéndose por tal el no mantener anotaciones negativas en el Sistema de Información Integral del Contribuyente (SIC), cumplir con sus obligaciones de declaración y pago de impuestos, además de contar con una autorización expresa del Servicio de Impuestos Internos, a través de una Resolución Exenta.

El Consejo de Defensa del Estado ha agregado que el cambio de sujeto del IVA “*debe ejercerse respecto de grupos o sectores de contribuyentes de características homogéneas, no siendo procedente emplearlo para afectar o favorecer a un contribuyente en particular, tal como lo precisó la propia Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, en su Oficio N^º 1979, de 22 de junio de 1984, al rechazar la petición deducida por una empresa comercial en la que se solicitaba que se autorizara el cambio de sujeto del IVA con motivo de un sistema comercial que proyectaba desarrollar en Chile.*” (Fojas 347);

DECIMOSEXTO. Que lo que se ha expuesto lleva al Consejo de Defensa del Estado a afirmar que la facultad de cambio del sujeto del IVA, en virtud de una resolución exenta del Servicio de Impuestos Internos, “*más que importar el cambio propiamente tal del sujeto del tributo, implica la instauración administrativa, en virtud de una ley, de un sustituto o agente retenedor; esto es, una persona –el adquirente o beneficiario del servicio– que sin ser el deudor directo o contribuyente propiamente tal, se encuentra en la obligación de exigir el cobro del tributo al contribuyente y de pagar el impuesto por cuenta de éste. El contribuyente propiamente tal sigue siendo el vendedor o prestador del servicio, quien es la persona que soporta el costo del impuesto en el hecho gravado, respecto de la cual se devenga el tributo cuyo pago empero corresponderá al adquirente retenedor.*” (Fojas 348);

III

LA RESERVA LEGAL EN MATERIA TRIBUTARIA: EL CASO ESPECÍFICO DEL IVA

DECIMOSEPTIMO. Que, explicadas las características fundamentales del Impuesto al Valor Agregado, con particular referencia al sujeto obligado, corresponde hacerse cargo de la infracción al principio de legalidad tributaria que se denuncia en este proceso constitucional.

Sobre el particular, este sentenciador ha señalado que “*en cuanto al principio de legalidad, es del caso precisar que (...) éste emana de lo dispuesto en los artículos 6^º y 7^º de la Ley Fundamental, que fijan el ámbito de actuación de los órganos estatales y, por consiguiente, del legislador. En materia tributaria, se encuentra consagrado en los artículos 19, N^º 20^º, 63 y 65 de la Constitución, y su significado y alcance ha sido precisado por este Tribunal en orden a que los elementos de la obligación tributaria deben quedar suficientemente fijados y determinados en la ley, lo que en definitiva dice relación con el hecho imponible, los sujetos obligados al pago, el procedimiento para determinar la base imponible, la tasa, las situaciones de exención y las infracciones. Se trata de un principio que de acuerdo a sus orígenes históricos se encuentra fuertemente vinculado al principio de soberanía nacional y que, en el ámbito tributario, importa la exigencia de que una ley sea la que determine las cargas fiscales que se deben soportar, así como que el contribuyente pueda conocer con suficiente precisión*

el alcance de sus obligaciones fiscales, de manera que no quede margen a la arbitrariedad.” (STC roles N° 718, c. decimonoveno; 822, c. quinto; y 1.234, c. vigesimoprimer). (Énfasis agregado);

DECIMOCTAVO. Que si bien esta Magistratura ha realizado la importancia de que se cumpla con el principio de legalidad tributaria en los términos descritos, ha admitido, sin embargo, que las disposiciones contenidas en la ley puedan ser complementadas mediante la potestad reglamentaria de ejecución contemplada en el artículo 32, N° 6°, de la Carta Fundamental. Pero, con el mismo énfasis con que ha puesto de realce el principio de legalidad tributaria, ha afirmado que de aceptarse la remisión a la potestad reglamentaria de ejecución, *“en todo caso ello siempre supone que sea la ley la que establezca las condiciones esenciales de la obligación tributaria, de modo que “el acto administrativo que precisara la alícuota fuera absolutamente reglado o, en otras palabras, que se limitara a la aplicación de la ley sin facultades discrecionales, en forma análoga al acto administrativo de determinación o acercamiento.”* (Ramón Valdés Costa. *Instituciones de Derecho Tributario*, 1992, p. 152). *En suma, es la ley la encargada de precisar los elementos esenciales de la obligación tributaria, pudiendo la potestad reglamentaria de ejecución sólo desarrollar aspectos de detalle técnico que, por su propia naturaleza, el legislador no puede regular, pero que éste debe delimitar con suficiente claridad y determinación.*” (STC roles N°s 718, cc. vigesimocuarto y vigesimoquinto; y 1.234, c. vigesimosegundo);

DECIMONOVENO. Que, precisando el alcance de la remisión a la potestad reglamentaria de ejecución, este sentenciador ha admitido que la precisión cuantitativa de la base imponible, por ejemplo, pueda quedar entregada a la autoridad de aplicación del impuesto, como ocurre en todos los tributos *ad-valorem*, en que el establecimiento de la base de cálculo para la aplicación de la tasa es efectuado por la administración tributaria, observando rigurosamente los procedimientos y criterios de evaluación o determinación contemplados por la ley. Así, *“la labor de la autoridad administrativa se asemeja al proceso intelectual que caracteriza la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, mismo que es establecido con carácter abstracto por la norma legal, pero cuya concreción corresponde efectuar al órgano de aplicación con sujeción a pautas prefijadas por el legislador, sin que en ello pueda intervenir discrecionalidad alguna por parte del ente administrativo.”* (STC Rol N° 822, c. quinto).

A lo ya recordado debiera agregarse que en aquellos casos en que se admita que la potestad reglamentaria de ejecución pueda precisar los detalles técnicos de la obligación tributaria sin infringir la reserva legal, debe procederse con cautela en la medida que no será permitido a la autoridad administrativa que, en ejercicio de la referida potestad, modifique los elementos esenciales de la obligación tributaria, ya sea aumentándola o disminuyéndola, pues en, tal caso, el administrador estaría actuando más

allá de su competencia y vulnerando, por ende, el artículo 7° de la Carta Fundamental, en sus incisos primero y segundo;

VIGÉSIMO. Que, de lo que se viene exponiendo, puede afirmarse que, en lo que se refiere al Impuesto al Valor Agregado, el principio de reserva legal en materia tributaria se cumple en la medida que es la ley –en este caso, el Decreto Ley N^º 825, de 1974– la que precisa: a) el hecho gravado (las ventas y servicios conforme al artículo 8°); b) la tasa del impuesto (19% sobre la base imponible, según señala el artículo 14); c) el procedimiento para determinar la base imponible (artículos 15 y siguientes); d) las situaciones de exención (como las que se mencionan en el artículo 12 y aquella que se refiere a las bebidas alcohólicas que se internen al país por pasajeros para su consumo, como señala el artículo 50 A); y e) las infracciones (artículo 73, incisos cuarto y quinto).

En lo referente al sujeto obligado, ya se ha indicado que la reserva legal se cumple a cabalidad en la medida que el artículo 10 del Decreto Ley N^º 825, de 1974, precisa que el IVA afecta al vendedor o al prestador de los servicios, en su caso. El artículo 2° del mismo cuerpo legal, en sus números 3° y 4°, define, por su parte, qué se entiende por “vendedor” y por “prestador de servicios” para efectos de este impuesto. El artículo 3° refuerza este entendimiento, en su inciso primero, al indicar que: “*Son contribuyentes, para los efectos de esta ley, las personas naturales o jurídicas, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que realicen ventas, que presten servicios o efectúen cualquier otra operación gravada con los impuestos establecidos en ella.*”;

VIGESIMOPRIMERO. Que, con lo razonado precedentemente, bastaría para concluir que el Decreto Ley N^º 825, de 1974, cumple con el principio de legalidad en materia tributaria, conforme a los parámetros delineados por la jurisprudencia de este Tribunal.

No obstante, resulta necesario hacerse cargo de la norma impugnada –el inciso tercero del artículo 3° del aludido cuerpo legal–, toda vez que la parte requirente sostiene que ella infringe el principio de legalidad tributaria que se ha venido explicando;

VIGESIMOSEGUNDO. Que la requirente no objeta la primera parte del aludido inciso tercero, según la cual: “*No obstante lo dispuesto en el inciso primero, el tributo afectará al adquirente, beneficiario del servicio o persona que deba soportar el recargo o inclusión, en los casos que determine esta ley*”.

Como ya se indicó, los casos en que no es el vendedor o el prestador del servicio el sujeto retenedor del impuesto de que se trata están señalados en el artículo 11 del mismo Decreto Ley N^º 825, una de cuyas letras comprende a los contratistas y subcontratistas en los contratos de instalación o confección de especialidades y en los contratos generales de construcción. De esta forma, sigue siendo la ley la que menciona al sujeto obligado en el IVA, lo que se ajusta plenamente a la reserva legal en materia tributaria;

VIGESIMOTERCERO. Que en lo que atañe a la segunda parte del inciso tercero, esto es, aquella que expresa: “*No obstante lo dispuesto en el inciso primero, el tributo afectará al adquirente, beneficiario del servicio o persona que deba soportar el recargo o inclusión, en los casos que lo determine (...) las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo (...)*”, es necesario analizar la norma con detención, pues en ella se hace radicar, por la requirente, la infracción al principio de legalidad tributaria.

En efecto, en este caso, para la requirente, la determinación del sujeto del impuesto queda confiada a las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo. Por ende, conforme a su reproche, un elemento esencial de la obligación tributaria –como es el sujeto obligado– queda determinado por una norma de rango inferior a la ley, vulnerando así el principio de legalidad tributaria;

VIGESIMOCUARTO. Que el mencionado reproche de la requirente carece de sustento, pues, si se observa cuidadosamente, el inciso tercero del artículo 3° de la Ley del IVA sí determina el sujeto que –por sustitución– queda obligado por el impuesto al señalar que “*el tributo afectará al adquirente, beneficiario del servicio o persona que deba soportar el recargo o inclusión*”. De esta forma, el sujeto obligado queda determinado por la propia ley, aun cuando en términos evidentemente genéricos. Precisamente es esta última característica de la norma impugnada la que autoriza y requiere su complemento por la potestad reglamentaria de ejecución.

La razón de la norma parece clara: si la regla general es que el sujeto obligado al pago del IVA sea el vendedor o el prestador del servicio, el cambio de sujeto –o la sustitución– debe operar cuando se configure una circunstancia excepcional que obstaculice su adecuada y oportuna recaudación, tal y como ocurre en las hipótesis previstas en el artículo 11 del mismo cuerpo legal.

Habida consideración, entonces, a que la sustitución opera como regla excepcional, la ley no ha podido prever, circunstanciadamente, todos los “casos” en que ello resultará procedente. De allí que, para la determinación de los “casos” o situaciones que autorizan la sustitución se ha remitido, por una parte, a otra norma legal –el artículo 11 del propio Decreto Ley N° 825– y, por otra, a las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo. Con todo, esta última expresión –“a su juicio exclusivo”– no puede ser entendida como sinónimo de arbitrariedad, ya que obliga a la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos a emitir un acto administrativo fundado, precisamente porque se trata de hacer operar una regla excepcional y porque, de conformidad con lo establecido en el artículo

11, inciso segundo, de la Ley N^º 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, “*los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.*”;

VIGESIMOQUINTO. Que, de esta forma, si la norma contenida en el inciso tercero del artículo 3^º del Decreto Ley N^º 825 se remite no sólo a la propia ley sino que a la potestad reglamentaria de ejecución, radicada, en este caso, en la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, para que opere el cambio del sujeto obligado en el IVA, no es para efectos de la determinación de dicho sujeto –que ya está indicado en la primera parte de la norma (el adquirente, beneficiario del servicio o persona que deba soportar el recargo o inclusión)– sino, exclusivamente, para precisar “los casos” o situaciones en que ello será procedente, atendido que se trata de hacer una excepción a la regla general de que el sujeto obligado sea el vendedor o prestador del servicio respectivo;

IV

NO SE INFRINGE LA RESERVA LEGAL TRIBUTARIA EN EL CASO CONCRETO

VIGESIMOSEXTO. Que por Resolución Exenta N^º 46, de 1^º de septiembre de 2003, complementada por Resolución Exenta N^º 63, de 30 de octubre de 2003 (fojas 34 y 41), el Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos procedió a disponer el cambio total del sujeto pasivo de derecho del Impuesto al Valor Agregado, en los contratos de instalación o confección de especialidades, a las empresas constructoras que contraten la ejecución de este tipo de obras y que declaren en primera categoría su renta efectiva, mediante contabilidad completa, siempre que cumplieran los siguientes requisitos copulativos: a) ser contribuyente del Impuesto a las Ventas y Servicios, que declaren el Impuesto a la Renta de la Primera Categoría sobre la base de renta efectiva de su actividad mediante contabilidad completa; y b) tener un Capital Propio Tributario al 31.12.2002, o a la fecha de inicio de actividades, cuando ésta sea posterior, igual o superior a \$ 50.000.000, o bien, que hayan realizado ventas y servicios netos del giro, en cualesquiera de los años 2000, 2001, 2002 ó 2003, por un valor igual o superior a \$ 500.000.000.

La razón invocada por el Servicio para el cambio de sujeto se encuentra consignada en el considerando 3. de la Resolución Exenta N^º 46: “*Que, en fiscalizaciones efectuadas por el Servicio de Impuestos Internos a contribuyentes que prestan servicios como contratistas o subcontratistas de empresas constructoras, específicamente respecto de contratos de instalación o confección de especialidades, se ha constatado que de manera recurrente un número importante*

de ellos no declara o subdeclara el Impuesto al Valor Agregado recargado en las facturas que emiten con motivo de la prestación de dichos servicios.”

El considerando 4. de la aludida Resolución señala, a su turno, que: *“Que, con el objeto de cautelar debidamente los intereses fiscales, el Servicio de Impuestos Internos ha estimado necesario hacer uso de la facultad establecida en el inciso tercero del artículo 3° del D.L. N° 825, de 1974, cambiando el sujeto de derecho del Impuesto al Valor Agregado y traspasando la responsabilidad de la declaración y pago del tributo que afecta a los contratos de instalación o confección de especialidades a las empresas constructoras.”*

En el punto resolutivo N° 1 de la misma Resolución se indicó que: *“Entiéndese por empresa constructora, de acuerdo a la definición contenida en el N° 3 del artículo 2° del D.L. N° 825, de 1974, a cualquier persona natural o jurídica, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que se dediquen en forma habitual a la venta de bienes corporales inmuebles de su propiedad, construidos totalmente por ella o que en parte hayan sido construidos por un tercero para ella.”*

En el punto resolutivo N° 2 de la Resolución se indicaron, a modo ejemplar, algunas de las especialidades más comunes que se sujetarían a las normas contenidas en ella, tales como instalación de moldajes, instalación de fierros, instalación de cerámicas y baldosas, instalaciones eléctricas e instalaciones sanitarias, entre otras;

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, como puede observarse, la Resolución Exenta N° 46, complementada por la Resolución Exenta N° 63, ambas del año 2003, no instituyó un sujeto obligado por el Impuesto a las Ventas y Servicios distinto del ya previsto por la ley, específicamente por la primera parte del inciso tercero del artículo 3° del Decreto Ley N° 825. En efecto, esta norma precisa que el tributo puede afectar al adquirente, **beneficiario del servicio** o persona que deba soportar el recargo. Las empresas constructoras son, precisamente, beneficiarias del servicio que prestan las distintas especialidades mencionadas por vía ejemplar en el punto resolutivo N° 2 de la Resolución Exenta N° 46, lo que permite apreciar que, en este caso, no se está instituyendo un sujeto de derecho distinto al previsto por la ley, sino que disponiendo el cambio del sujeto que, por regla general, debe soportar la carga tributaria (el vendedor o el prestador del servicio);

VIGESIMOCTAVO. Que, habida consideración a lo anterior, este Tribunal no puede compartir la tesis de la requirente en estos autos, pues ha quedado demostrado cómo, en la especie, los actos administrativos que, en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, dispusieron el cambio del sujeto obligado en el IVA a las empresas constructoras, como IPEC Construcciones Limitada, no han instituido el sujeto obligado sino que se han limitado a precisar qué tipo de beneficiario de un servicio (de construcción) quedará obligado por el IVA en virtud del cambio de sujeto

que autoriza y contempla el artículo 3^º, inciso tercero, del citado Decreto Ley N^º 825.

En consecuencia, se cumple el estándar fijado por esta Magistratura en el sentido de que el principio de reserva legal tributaria no se infringe si, como en el presente caso, las condiciones esenciales de la obligación tributaria y, particularmente, el sujeto obligado, están determinadas por la ley (artículo 3^º, inciso tercero, de la Ley del IVA), de modo que a la potestad reglamentaria de ejecución le ha correspondido sólo regular los aspectos de detalle técnico que, por su propia naturaleza y excepcionalidad, el legislador no ha podido regular;

VIGESIMONOVENO. Que, por la razón explicada anteriormente, este Tribunal rechazará la pretendida aplicación inconstitucional del artículo 3^º, inciso tercero, del Decreto Ley N^º 825, en la parte que se remite a “*las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo*”, en la gestión pendiente invocada, declarando que no se han vulnerado los artículos 19, N^º 20^º, incisos primero y segundo; 65, inciso cuarto, N^º 1, en relación con el inciso segundo del mismo artículo, y N^ºs 2 y 14 del artículo 63, todos de la Constitución Política de la República.

Por las mismas razones, se desechará una vulneración a los artículos 6^º y 7^º de la Carta Fundamental, ya que no se ha acreditado que, al aplicar la norma cuestionada, la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos ha invadido la esfera del legislador, excediendo sus propias competencias;

TRIGÉSIMO. Que, finalmente, esta Magistratura no puede dejar de consignar que, en el caso de autos, fue la propia requirente quien, por escrito de 14 de octubre de 2003), solicitó al Servicio de Impuestos Internos que se le otorgara la calidad de Agente Retenedor del Impuesto al Valor Agregado en los contratos de instalación o confección de especialidades que celebrare con terceros, para la ejecución de este tipo de obras, conforme a lo establecido en las Resoluciones Exentas N^ºs 46 y 63, del año 2003, sobre cambio de sujeto total de derecho del IVA. Por Resolución Exenta N^º 65, de 25 de noviembre de 2003, la Dirección Regional del Servicio de Impuestos Internos de la V Región de Valparaíso accedió a lo solicitado por IPEC Construcciones Limitada (fojas 401), por lo que no parece razonable impugnar, en esta sede, la norma que autorizó la situación tributaria que ella misma buscó.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 6^º, 7^º, 19, N^º 20^º, 63, N^ºs 2 y 14, 65, N^º 1^º y 93, incisos primero, N^º 6^º, y undécimo, de la Constitución Política, así como en las normas pertinentes de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- 1°. **Que se rechaza el requerimiento de fojas 1.**
- 2°. Que se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 303, debiendo oficiarse al efecto a la Excma. Corte Suprema.
- 3°. Que no se condena en costas a la requirente, por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado, quienes discreparon de la mayoría y estuvieron acoger el requerimiento de fojas 1, por los motivos siguientes:

1°. En sucesivas sentencias, esta Magistratura Constitucional ha fijado los claros contornos del denominado principio de legalidad de los tributos que la Constitución Política consagra en el N° 20 de su artículo 19, cuyo inciso primero asegura *“La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley”*, con lo cual se asegura a todas las personas que será únicamente la ley la que podrá regular los tributos que podrán imponérsele.

Así, en sentencia de 14 de octubre de 1996 (STC Rol N° 247), precisó este Tribunal que *“la Constitución Política, respetuosa de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ha sido extremadamente cuidadosa en cuanto a la regulación de los tributos, requiriendo no sólo que los elementos esenciales de una obligación tributaria queden comprendidos en la ley misma, sino también que ésta se genere de acuerdo con las exigencias que la misma Constitución puntualiza. Por lo mismo, deben tenerse presente las normas constitucionales contenidas en el N° 2 del artículo 60 que establece que son materias de ley “Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”; en el número 1° del inciso cuarto, del artículo 62, que dispone que corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para las leyes que tengan por objeto “imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión”; en el N° 14 del artículo 60 que preceptúa que son materias de ley “Las demás que la Constitución señale de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”; en la primera parte del inciso segundo del artículo 60 que determina que “Las leyes sobre tributos de cualquier clase que sean, sobre los presupuestos de la administración pública y sobre reclutamiento, sólo pueden tener origen en la Cámara de Diputados”; en el artículo 61, inciso segundo, que dispone que una autorización del Congreso Nacional al Presidente de la República para dictar disposiciones sobre materias que correspondan al dominio de la ley, “no podrá extenderse ... a materias comprendidas en las garantías constitucionales”; y en los artículos 6° y 7°, que consagran los principios fundamentales aplicables a las actuaciones de los órganos del Estado y a su sometimiento a la preceptiva constitucional”* (c. decimonoveno).

2°. No obstante el rigor de esta garantía, cuyos estrechos márgenes no admiten espacio regulatorio en materia tributaria a normas de inferior jerarquía de la ley, esta Magistratura ha aceptado, en ciertas oportunidades, la complementación en materia tributaria, por la vía del reglamento de ejecución del Presidente de la República; pero siempre cumpliéndose estrictas condiciones.

En sentencia de 13 de noviembre de 2007 (STC Rol N^º 822), por ejemplo, se precisó que el principio de la legalidad de los tributos “*consiste en que la ley es la norma jurídica llamada a determinar los elementos esenciales que configuran la obligación tributaria, cuales son el hecho gravado, la base imponible, el sujeto obligado y la tasa o cuantía del tributo a aplicar sobre la base imponible. La garantía fundamental que entraña para toda persona la consagración constitucional de esta reserva legal se satisface si el legislador es quien directamente determina cada uno de esos elementos, si bien la precisión cuantitativa de la base imponible puede quedar entregada a la autoridad de aplicación del impuesto, como ocurre en todos los tributos ad valorem, en que el establecimiento de la base de cálculo para la aplicación de la tasa es efectuado por la administración tributaria, observando rigurosamente los procedimientos y criterios de avaluación o determinación contemplados por la ley. En tal sentido, la labor de la autoridad administrativa se asemeja al proceso intelectual que caracteriza la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, mismo que es establecido con carácter abstracto por la norma legal, pero cuya concreción corresponde efectuar al órgano de aplicación con sujeción a pautas prefijadas por el legislador, sin que en ello pueda intervenir discrecionalidad alguna por parte del ente administrativo*” (c. quinto).

Más recientemente, en sentencia de 7 de julio de 2009 (STC Rol N^º 1.234), se recordó que el significado y alcance del principio de legalidad tributaria “*ha sido precisado por este Tribunal en orden a que los elementos de la obligación tributaria deben quedar suficientemente fijados y determinados en la ley, lo que en definitiva dice relación con el hecho imponible, los sujetos obligados al pago, el procedimiento para determinar la base imponible, la tasa, las situaciones de exención y las infracciones. Se trata de un principio que de acuerdo a sus orígenes históricos se encuentra fuertemente vinculado al principio de la soberanía nacional y que, en el ámbito tributario, importa la exigencia de que una ley sea la que determine las cargas fiscales que se deben soportar, así como que el contribuyente pueda conocer con suficiente precisión el alcance de sus obligaciones fiscales, de manera que no quede margen a la arbitrariedad*” (c. vigesimoprimer).

En la misma sentencia esta Magistratura Constitucional insistió en su doctrina en cuanto al alcance limitado de la cooperación reglamentaria en la materia. Dijo “[q]ue respecto a la posibilidad de remisión a la potestad reglamentaria de ejecución de algunos aspectos normativos no esenciales o de detalle, esta Magistratura ha sentenciado que el principio de legalidad supone que las condiciones esenciales de la obligación tributaria deben ser al menos determinables según la ley, al punto de excluir toda discrecionalidad de la autoridad

administrativa para su configuración. Así, sólo cabe a la potestad reglamentaria de ejecución desarrollar los aspectos de detalle técnico que, por su propia naturaleza, el legislador no puede regular, pero que sí debe delimitar con suficiente claridad y determinación” (c. vigesimosegundo).

3°. Como claramente se desprende de ella misma, en la jurisprudencia traída a la vista en los motivos precedentes, sin perjuicio de las reservas que al respecto guardan estos disidentes, cuando la Magistratura Constitucional ha aceptado, y muy limitadamente por lo demás, pues ha excluido cualquier margen de discrecionalidad para la Administración, la cooperación en materia tributaria del reglamento de ejecución, se ha referido, siempre, a los reglamentos de ejecución dictados en ejercicio de la potestad establecida en el N° 6 del artículo 32 de la Constitución, en cuanto establece que es atribución especial del Presidente de la República *dictar los demás reglamentos... que crea conveniente para la ejecución de las leyes.*

4°. En este punto es útil subrayar que la diferencia entre los “reglamentos” y los demás “actos administrativos generales”, no solo atingen a su origen o proveniencia.

Son “reglamentos” aquellos actos administrativos de alcance y contenido general, aprobados por el Presidente de la República u otra autoridad constitucionalmente autónoma, debidamente publicados y sin plazo de vigencia predeterminado (prevención a sentencia Rol N° 2.154). Esto es, como la ley que ejecutan en aspectos secundarios, en cuanto a su alcance se dirigen a una pluralidad abstracta de sujetos y, en cuanto a su contenido, abrazan una colección ordenada de materias, según el léxico (Diccionario de la Lengua Española), la doctrina (entre otros, Jorge Huneeus, *La Constitución ante el Congreso*, 1891, Tomo II, pág. 48) y la jurisprudencia (entre varios, Dictámenes 74.554, de 1977 y 21.259, de 2001, de la Contraloría General de la República).

De modo que no constituyen “reglamentos” aquellos actos que, aún afectando a un número indeterminado de personas, poseen un objeto particular. Como son, por ejemplo, aquellos que fijan la hora oficial (D.S. N° 225 de 2012, de Interior) o los precios para los suministros de electricidad (D.S. N° 42 de 2012, de Energía), por cuanto no tratan sistemáticamente sobre una o más temáticas completas de la ley en que se basan, sino que se reducen a regular un aspecto específico y singular de la misma, a veces por un periodo acotado.

En este caso, las “normas generales” emanadas del Servicio de Impuestos Internos (véanse fs. 34-40) no pueden ser reconocidas como “reglamentos”, porque versan sobre el cambio en el sujeto pasivo de derecho del IVA en unos concretos y determinados contratos, por un lapso de tiempo determinado.

5°. Conforme se expresa en la parte expositiva de la sentencia, en estos autos se ha requerido a esta Magistratura *“que declare la inaplicabilidad*

por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 3° de la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios, Decreto Ley N^º 825, de 1974, en la parte que remite a la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos la facultad de disponer el cambio del sujeto pasivo de la obligación tributaria por IVA y, específicamente, en la parte que prescribe **“...o las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo...”**, en el marco del juicio sobre reclamación tributaria que se indica, siendo texto de la cuestionada norma legal –que, dicho sea de paso, es anterior a la entrada en vigor de la Constitución– el siguiente:

“Art. 3°. Son contribuyentes, para los efectos de esta ley, las personas naturales o jurídicas, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que realicen ventas, que presten servicios o efectúen cualquier otra operación gravada con los impuestos establecidos en ella.

(...)

No obstante lo dispuesto en el inciso primero, el tributo afectará al adquirente, beneficiario del servicio o persona que deba soportar el recargo o inclusión, en los casos que lo determine esta ley o las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo. En virtud de esta facultad, la Dirección referida podrá disponer el cambio del sujeto del tributo también sólo por una parte de la tasa del impuesto, como asimismo autorizar a los vendedores o prestadores de servicios que por la aplicación de lo dispuesto en este inciso no puedan recuperar oportunamente sus créditos fiscales a imputar el respectivo impuesto soportado o pagado a cualquier otro impuesto fiscal incluso de retención o de recargo que deban pagar por el mismo período tributario, a darle el carácter de pago provisional mensual de la ley de la renta, o a que les sea devuelto por el Servicio de Tesorerías en el plazo de treinta días de presentada la solicitud, la cual deberá formularse dentro del mes siguiente al de la retención del tributo efectuado por el adquirente o beneficiario del servicio; pero en todos los casos hasta el monto del débito fiscal correspondiente.

(...).”;

6°. Dejando de lado una cuestión tan trascendente como la contradicción implícita en el precepto legal impugnado, que hace igualmente competentes para determinar los casos en que el tributo afectará al adquirente, beneficiario del servicio o persona que deba soportar el recargo o inclusión, tanto a “esta ley” como a “las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo”, que atribuye una misma potestad a “la ley” y a las “normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos”, lo que difícilmente puede conciliarse con la regla fundamental de distribución de competencias prevista en el artículo 7° de la Constitución, el precepto legal cuya constitucionalidad se impugna en estos autos, lejos de referirse a una eventual cooperación en materia del Impuesto al Valor Agregado de un **“Reglamento de Ejecución”**, de aquellos dictados por el Presidente

de la República en virtud de la facultad que le concede el N° 6 del artículo 32 de la Constitución, lo que autoriza es la introducción de una regulación a través de “las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo”, esto es, de aquellas dictadas por el Director del Servicio de Impuestos Internos conforme a sus propias facultades, asunto que es radicalmente diverso.

7°. La cuestión constitucional que en este caso enfrentamos consiste, entonces, en decidir si resulta o no contrario a la Constitución aplicar una norma legal que permite que, mediante el ejercicio de la facultad normativa del jefe de un servicio público, este imparta, *“no obstante”* (esto es, a pesar de), lo dispuesto en la ley respectiva en materia de sujeto pasivo del Impuesto al Valor Agregado, *“normas generales”*, *“a su juicio exclusivo”*.

8°. En estas condiciones, atendidas las expresas normas constitucionales que dan forma a la garantía del derecho que la Carta Fundamental asegura, a todas las personas, de que los tributos serán establecidos y configurados por ley, y teniendo presente las sentencias citadas de este Tribunal que han precisado los alcances de esta garantía, estos disidentes discrepan de la sentencia de la mayoría y se inclinan por acoger el requerimiento de fojas 1, declarando la inaplicabilidad del inciso tercero del artículo 3° de la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios, Decreto Ley N° 825, de 1974, en la parte que prescribe “...o las normas generales que imparta la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, a su juicio exclusivo...”, en el proceso Rol C.S. N° 7274-2011.

Redactó la sentencia la Ministra señora Marisol Peña Torres y la disidencia, el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2.038-2011

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo y la Ministra señora Marisol Peña Torres no firma, por encontrarse ausente, en comisión de servicio en el extranjero.

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

ROL N^º 2.039-2011REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 36, LETRA D),
Y 38 DEL D.F.L. N^º 382, DE 1988, QUE CONTIENE LA LEY
GENERAL DE SERVICIOS SANITARIOS, DEDUCIDO POR LA
CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL

Santiago, veinte de septiembre de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1^º. Que, por resolución de 4 de agosto de 2011 (fojas 143), esta Sala admitió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en estos autos por la Corte de Apelaciones de San Miguel, respecto de los artículos 36, letra d), y 38 del D.F.L. N^º 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la Ley General de Servicios Sanitarios, en la causa sobre recurso de protección caratulada “*Pablo Segundo Reyes Barraza con Aguas Andinas S.A.*”, que se encuentra actualmente pendiente ante dicha Corte, bajo el Rol N^º 101-2011.

En la misma resolución citada, entre otras medidas, se confirió traslado por el plazo de cinco días al señor Pablo Segundo Reyes Barraza, para pronunciarse acerca de la admisibilidad del requerimiento. El señor Barraza se limitó a acompañar documentos que fueron agregados a fojas 149;

2^º. Que, por su parte, la empresa Aguas Andinas S.A., mediante presentación de 2 de agosto de 2011 (fojas 135), se hizo parte y solicitó que el requerimiento no fuera admitido a trámite; en subsidio, que fuera declarado inadmisibile de plano; en subsidio, que se formare incidente acerca de su admisibilidad, y que, en su caso, se le permitiera alegar sobre la admisibilidad del requerimiento.

A fojas 232, se tuvieron por acompañados documentos por la misma empresa y, respecto a su solicitud de alegatos, que fue reiterada a fojas 185, se proveyó como se pide, fijándose al efecto la audiencia del día 14 de septiembre de 2011, en la que alegó por la inadmisibilidad del requerimiento el abogado Cristóbal Eyzaguirre Baeza, en representación de Aguas Andinas S.A., conforme consta de la certificación de fojas 238;

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

A su turno, el inciso decimoprimer del mismo precepto de la Carta Fundamental señala: “*En el caso del número 6^º, la cuestión podrá ser planteada*

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

4°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que en su artículo 84 establece:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6° *Cuando carezca de fundamento plausible.*

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

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

5°. Que conforme al auto motivado remitido a estos efectos por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 8 de julio de 2011, que rola a fojas 114, el señor Pablo Segundo Reyes Barraza recurrió de protección ante dicha Corte en contra de la empresa sanitaria Aguas Andinas S.A., fundado en que el día 8 de abril de 2011, dos personas, sin su permiso, demolieron la acera de concreto donde se encontraba la llave de paso externa del empalme de agua potable de su domicilio, privándole de dicho vital elemento e interviniendo su propiedad y sus instalaciones sanitarias.

Se agrega que la empresa recurrida, al evacuar su informe, justificó su actuación en lo dispuesto en los artículos 36, letra d), y 38 de la Ley General de Servicios Sanitarios, impugnados, en relación con los artículos

116 y siguientes del Decreto Supremo N^º 1199, de 2004, que contiene el Reglamento de esta ley.

Indicados los hechos referidos y que la causa se encuentra vigente, la Corte sostuvo como fundamentos de derecho de su requerimiento que los preceptos legales impugnados, además de ser contradictorios con el artículo 35 de la ley aludida –que obliga al prestador a garantizar la continuidad del servicio, salvo fuerza mayor–, al facultar a la empresa sanitaria para suspender el suministro de agua potable del recurrente por adeudar una o más cuentas de suministro, suprimiendo o interrumpiendo un elemento indispensable para la vida, conculcarían el artículo 19, N^º 1^º, de la Constitución, en relación con el artículo 19, N^º 26^º, de la misma;

6^º. Que, sin embargo, conforme a los antecedentes que obran en el proceso, a los documentos acompañados por Aguas Andinas S.A. (fojas 186) y a lo señalado en estrados por el abogado que alegó en su representación, al recurrente de protección se le restituyó el servicio de agua potable por la aludida empresa el día 12 de julio de 2011. En consecuencia, la recurrida de protección ha alegado que tanto la acción de protección que constituye la gestión *sub lite* como la presente acción de inaplicabilidad habrían perdido oportunidad, debiendo esta última ser declarada inadmisibile. Además, adujo Aguas Andinas que en la especie concurría la causal de inadmisibilidat del N^º 6^º del artículo 84 de la Ley N^º 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, esto es, que el requerimiento carecería de fundamento plausible. Fundó lo anterior, entre otras argumentaciones, en que no puede existir un riesgo real y concreto para la vigencia de las garantías constitucionales invocadas, al haberse repuesto al recurrente el servicio de agua potable (fojas 139).

La circunstancia de la reposición del servicio de agua potable en la fecha indicada, no ha sido controvertida en autos por el señor Reyes Barraza;

7^º. Que, conforme a lo expuesto, esta Sala ha llegado a la convicción de que –habiendo la recurrida de protección restituido el servicio de agua potable al recurrente– los preceptos legales impugnados no serán decisivos para la resolución de la gestión en que incide el presente requerimiento, ya que han perdido oportunidad en su aplicación.

En consecuencia, concurre en la especie la causal de inadmisibilidat contemplada en el numeral 5^º del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, en relación con lo dispuesto en el inciso decimoprimerot del artículo 93 de la Carta Fundamental, arriba transcritos, por lo que la presente acción de inaplicabilidad deberá ser necesariamente declarada inadmisibile.

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N^º 6^º, e inciso decimoprimerot, de la Constitución Política y en el N^º 5^º

del artículo 84 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

Que se declara inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

El Ministro señor Gonzalo García Pino previene que concurre a la sentencia teniendo, además, presente:

1°. Que en los alegatos de admisibilidad la empresa Aguas Andinas S.A. acreditó que las normas requeridas de inaplicabilidad no afectan, en el caso concreto, el derecho a la vida asegurado en el artículo 19, N° 1°, de la Carta Fundamental, dado que existe una serie de leyes que permiten el acceso a un bien básico y esencial como lo es el agua potable;

2°. Que dicha normativa se encuentra dispuesta, entre otras, en las leyes N°s 18.778 y 19.949, así como en el Decreto Supremo N° 195, de 1998, del Ministerio de Hacienda, y en el Decreto Supremo N° 235, de 2005, del Ministerio de Planificación y Cooperación;

3°. Que sin perjuicio de lo indicado, es preciso señalar que la actividad de la empresa no puede, en caso alguno, entorpecer el acceso al agua potable pues constituye un bien necesario para el desarrollo y existencia del derecho a la vida, constitucionalmente consagrado en el artículo 19, numeral 1°, de la Carta Fundamental;

4°. Que lo anterior se encuentra, por lo demás, implícitamente expresado en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que indica que los Estados Partes *“reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”*;

5°. Que, sumado a ello, debe apuntarse que la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma, en su parte introductoria y en relación a los artículos 11 y 12 del Pacto ya citado, que el *“agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos...”*;

6°. Que, habida cuenta de que no existe afectación del derecho a la vida en el caso concreto, por haber sido repuesto el servicio de agua potable anteriormente suspendido, y sin perjuicio de lo señalado, el requerimiento deducido carece de fundamento plausible, cuestión que da lugar

a la concurrencia de la causal de inadmisibilidad del numeral 6° del artículo 84 de la Ley N^º 17.997.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán y del Suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers, quienes fueron partidarios de que, previamente a resolver sobre la admisibilidad del requerimiento de autos, se oficiara a la Corte de Apelaciones de San Miguel, a fin de verificar que a dicho tribunal requirente le constara la circunstancia del restablecimiento del servicio de agua potable al recurrente de protección, lo que se habría realizado con fecha posterior al oficio que motivó estos autos y que, por tanto, el requerimiento de inaplicabilidad habría perdido vigencia.

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

Comuníquese a la Corte de Apelaciones de San Miguel.

Archívese.

Rol N^º 2.039-2011

Pronunciada por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente Subrogante, Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, y por los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Gonzalo García Pino, y por el Suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

ROL Nº 2.040-2011

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 418
DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL,
DEDUCIDO POR RENÉ OSVALDO ALINCO BUSTOS

Santiago, veintiocho de julio de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 28 de julio de 2011, el abogado Jorge Isaías Flores Aravena, en representación del diputado René Osvaldo Alinco Bustos ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 418 del Código Procesal Penal, en el marco del proceso de desafuero Rol Nº 189-2011, seguido en su contra ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en actual tramitación ante la Corte Suprema bajo el Rol Nº 6600-2011;

2°. Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*.

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

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que *“para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”*.

Por su parte, los artículos 79 y 80 de la legislación aludida establecen:
“Artículo 79. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que

deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

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

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

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

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”;

4°. Que, por otra parte, el artículo 84 de dicha ley orgánica constitucional establece que:

“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

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

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

5°. Que, con fecha 28 de julio, el Presidente del Tribunal ordenó que se diera cuenta del requerimiento deducido en la Segunda Sala de esta Magistratura;

6°. Que, en primer lugar, el certificado acompañado por la parte requirente a fojas 79, de fecha 28 de julio de 2011, no contiene todas las menciones que exige el ya transcrito artículo 79 de la Ley Orgánica de este Tribunal, motivo por el cual el requerimiento no podrá ser acogido a trámite;

7°. Que debe tenerse presente que el precepto cuya aplicación se impugna dispone:

“Artículo 418. Apelación. La resolución que se pronunciare sobre la petición de desafuero será apelable para ante la Corte Suprema.”;

8°. Que, por otro lado, cabe tener presente que del mérito de lo expuesto en el libelo de fojas 1 y en el documento que rola a fojas 79, consta que el proceso invocado como gestión pendiente se encuentra en segunda instancia, que se verificó la vista de la causa y se adoptó acuerdo, restando sólo la audiencia de lectura de la sentencia de término;

9°. Que, de acuerdo a lo expuesto precedentemente, se concluye que la declaración de inaplicabilidad solicitada por la requirente ya no podría tener efecto alguno en el estado procesal en que actualmente se encuentra el juicio de desafuero, puesto que la preceptiva impugnada ya recibió aplicación, en la medida que se dictó la sentencia de primera instancia y se interpuso, concedió y tramitó el recurso de apelación, motivo por el cual concurre la causal de inadmisibilidad contenida en el numeral 5° del artículo 84 de la Ley N° 17.997 al haberse agotado íntegramente la aplicación de la norma reprochada;

10°. Que, con el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esta Sala ha logrado convicción en cuanto a que la acción constitucional deducida no puede prosperar, siendo impertinente, por ende, que ésta sea acogida a tramitación en forma previa a su examen de admisibilidad, tal como ha ocurrido, entre otros, en los procesos roles N°s 1.727, 1.749, 1.753, 1.771, 1.781, 1.788, 1.789, 1.823, 1.828, 1.834, 1.860, 1.878, 1.890 y 1.913.

Lo anterior, por cuanto resulta evidente que, además de no cumplir con las exigencias constitucionales y legales antes transcritas al haberse acompañado un certificado que no cumple con los presupuestos exigidos por el artículo 79 de la Ley N° 17.997, concurre además la causal del número 5° del artículo 84 de la misma ley, toda vez que, en el actual estado procesal de la gestión invocada, el precepto legal impugnado ya no podrá recibir aplicación;

Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en los artículos 79, 80, 82 y 84, y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

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

Notifíquese por carta certificada a la parte requirente.

Comuníquese por oficio a la Corte Suprema.

Archívese.

Rol N^º 2.040-2011

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

ÍNDICES

ÍNDICE TEMÁTICO DE SENTENCIAS DICTADAS POR EL EXCMO.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR MATERIAS QUE INCIDEN
EN ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
ROLES N^{os} 1.971 A 2.040

ÍNDICE GENERAL DE LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS
POR EL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ROLES N^{os} 1.971 A 2.040

ÍNDICE TEMÁTICO DE SENTENCIAS DICTADAS
POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN QUE INCIDEN
ROLES N^{OS} 1.971 A 2.040

ARTÍCULO 1^º, INCISO CUARTO

Principio de servicialidad.

1. ROL N^º 2.024

Considerandos 6^º, 7^º, 9^º y 15^º

En virtud del principio de servicialidad, la Administración del Estado existe para atender las necesidades públicas en forma continua y permanente, para lo cual actúa a través de servicios públicos y para ello necesita que las personas a través de las cuales ella actúa sean idóneas para el desempeño de las tareas que se les encomienden, pues de no existir dicha idoneidad se vuelve imposible el cumplimiento de la función pública.

Así, es perfectamente válida la normativa que permite el cese del contrato de un trabajador por salud incompatible.

ARTÍCULO 8^º, INCISO SEGUNDO

Principio de publicidad.

1. ROL N^º 1.990

Considerandos 18^º y 19^º

El artículo 8^º establece una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. No menciona acceso, entrega, transparencia ni información, no los descarta pero tampoco cierra posibilidad al legislador. No establece un principio de publicidad, como sí lo hace respecto la probidad, ni señala que los órganos del Estado deban “dar estricto cumplimiento” Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento, pero sí constituye un elemento de interpretación frente a otras disposiciones constitucionales que si establecen una consideración de esta naturaleza.

ROL N^º 1.990

Considerando 20^º

Esta norma se aplica a todos los órganos del Estado y no sólo a aquellos que forman parte de la administración del Estado. Por tanto, están compren-

didos todos los órganos creados por la Constitución o la ley que ejerzan alguna función pública.

ROL Nº 1.990

Considerando 21°

La norma se refiere a la publicidad de tres dimensiones del actuar de los órganos del Estado. En primer lugar se refiere a “los actos y resoluciones”, expresión suficientemente amplia como para comprender de manera genérica la forma en que los órganos del Estado expresan su voluntad, no puede por tanto interpretarse desde la perspectiva de los órganos de la Administración del Estado, pues caben aquí las leyes. En la expresión “resoluciones” se incluyen las municipales, las emanadas de jefes de servicio, los reglamentos regionales y las sentencias. Luego, la norma señala que son públicos también los fundamentos de dichos actos. Hay casos en que éstos forman parte del mismo acto y la notificación o publicación del acto lleva aparejado su conocimiento, así ocurre con las sentencias y los actos administrativos desfavorables. Respecto de los actos que no llevan en sí mismos sus fundamentos, la ley debe procurar que las personas puedan acceder a conocerlos. La Constitución no señala nada respecto a la oportunidad en que debe hacerse público el fundamento, por lo que podrá ser simultáneamente con el acto o con posterioridad, y hacerse público de oficio o a petición de la parte interesada. Eso deberá ser establecido por la ley. Por último, la norma manda que sean públicos los procedimientos utilizados, lo que implica acceder a los expedientes donde consten los trámites por los cuales pasa una decisión.

ROL Nº 1.990

Considerando 27°

Una de las excepciones que contempla la norma para la publicidad es la afectación de derechos. Cabe destacar que no utiliza los conceptos privar, amenazar o perturbar, permitiendo con ello que el legislador contemple cualquier lesión, alteración o menoscabo, como una razón calificada para establecer la excepción. Tampoco la Constitución utiliza el término “derechos constitucionales”, por lo que puede tratarse de derechos de rango legal. Lo relevante es que sea la publicidad del acto o resolución, o de su fundamento aquello que afecta los derechos de las personas.

ARTÍCULO 19, Nº 2

Igualdad ante la ley.

1. ROL Nº 1.985

Considerando 16°

El que la tabla de factores regulada por el inciso 5° del artículo 38 de la Ley Nº 18.933 se construya en base a elementos inherentes a la naturaleza humana, como la edad y el sexo, pugna con el estándar constitucional de la no discriminación.

ROL Nº 2.012

Considerando 16°

2. ROL Nº 1.988

Considerando 65°

Como ya precisó este Tribunal en la STC Rol Nº 986, “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 Nº 2.022

Considerando 25°

ROL Nº 1.988

Considerandos 65°, 66° y 67°

Para determinar si una norma es o no arbitraria, debe analizarse su fundamentación o razonabilidad, la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en una misma situación jurídica, que las diferencias que se establezcan sean objetivas, que la finalidad perseguida por el legislador sea adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, y que las diferencias sean proporcionales, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.

ROL Nº 2.014

Considerando 19°, 20° y 23°

Es admisible que el legislador establezca diferencias, siempre que éstas no sean arbitrarias. Como señaló esta Magistratura en STC Rol Nº 1.254: “La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o *standard* de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”. La distinción entre la intransmisibilidad de la acción en el caso de muerte de la víctima directa, y la generación de dicha acción en caso de que ella no muera, tiene plausibilidad para tal tratamiento diferenciado, sin ser necesariamente inconstitucional. Esto, siempre teniendo en cuenta que corresponde a los jueces del fondo la determinación del estatuto a aplicar. En el caso de que el juez determinara la intransmisibilidad de la acción, debe tenerse presente que no por el hecho de contar con menos acciones indemnizatorias quiere decir que la entidad y el peso de las acciones sea desigual.

3. ROL Nº 2.035

Considerandos 4° y 5°

El establecimiento del plazo de 180 días desde la fecha del parto para deducir la acción de reclamación de filiación corresponde a una extrapolación de dicho plazo desde la regulación de la paternidad presuntiva del artículo 76 del Código Civil, la cual resulta plenamente aplicable a una filiación matrimonial, pero no para el caso de una no matrimonial. En este último caso, resultando ser un condicionamiento sin lógica, contrario al estándar de razonabilidad exigida por el constituyente para establecer un trato desigual. Por otro lado, el segundo requisito impuesto por el artículo 206 del Código Civil –que la acción se deduzca dentro de los tres años siguientes a la muerte del padre, la madre o desde que el hijo presunto adquiera plena capacidad– resulta razonable teniendo en cuenta consideraciones elementales de certeza jurídica, no siendo susceptible de reproche de inconstitucionalidad.

ROL Nº 2.035

Considerando 8°

El límite temporal establecido en los incisos 3 y 4 del artículo 5° transitorio de la Ley Nº 19.585 para reclamar la paternidad o maternidad de personas fallecidas con anterioridad a su entrada en vigencia, se justifica teniendo en cuenta consideraciones de certeza jurídica, pues impide que estas relaciones de parentesco puedan permanecer inciertas durante largos períodos de tiempo y que las pericias biológicas necesarias para acreditar tales relaciones se practiquen sobre restos biológicos de larga data. Por tanto, no se advierte vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, ni al derecho a conocer el origen biológico dentro de latitudes ecuanimes.

4. ROL Nº 2.034

Considerando 14° de los votos por tener por rechazado el requerimiento, de los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino y el Suplente de Ministro, señor Christian Suárez Crothers.

La norma impugnada no afecta la garantía de la igualdad ante la ley ya que ésta es de aplicación general. Como ya ha resuelto Tribunal Constitucional previamente en STC Rol Nº 986: “La igualdad ante la ley se traduce, entre otras expresiones, en los caracteres de generalidad y abstracción características de este tipo de normas, lo cual supone que todos los gobernados son destinatarios de ellas”.

ARTÍCULO 19, Nº 3

Igualdad en el ejercicio de los derechos.

1. ROL Nº 2.018

Considerando 8° de los votos por tener por acogido el requerimiento, de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schinake, Enrique Navarro Beltrán, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

La proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de igualdad en la protección de los derechos, tanto en su versión del concepto de igualdad jurídica como de fundamento material de un jus-

to procedimiento. En el caso en cuestión, se prescinde manifiestamente del atributo de la proporcionalidad, cuando por un mismo hecho se sanciona más de una vez al responsable y, muy en particular, si a las penas impuestas por dos infracciones diversas, se suma la suspensión de la licencia de conducir.

ARTÍCULO 19, N° 3, INCISO SEXTO

Debido proceso.

1. ROL N° 1.994

Considerandos 22°, 24°, 25°, 26°, 27°, 28°, 29°, 32°, 33°, 34°, 35°, 36° y 37°
El Tribunal Constitucional ya ha señalado anteriormente que el debido proceso es una garantía esencial de respeto al orden jurídico, no obstante lo cual, a nivel constitucional, no existe una definición del mismo, siendo el legislador el encargado de determinar las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, lo que debe hacer atendiendo a la materia sobre la cual versa la controversia y por ello, es posible que el legislador establezca reglas procesales especiales cuando el proceso de que se trata es de naturaleza no contenciosa, como ocurre con el de concesión minera.

No obstante ello, el legislador tiene ciertos límites constitucionalmente insalvables al regular los diversos tipos de juicios a la luz del principio del debido proceso, como es el derecho a la defensa, cuya manifestación más importante es a través del principio de la bilateralidad de la audiencia.

Ahora bien, si bien la bilateralidad de la audiencia es la regla general, ella admite gradaciones y excepciones, según la naturaleza de la acción ejercitada. Dichas excepciones se justifican por la urgente necesidad de adoptar ciertas providencias cuya dilación acarrearía grave perjuicio, como ocurre con la paralización de los procedimientos de constitución de la propiedad minera. De esa forma, es posible que válidamente una resolución produzca efecto antes de su notificación, especialmente en procedimientos en que el impulso procesal recae en el peticionario, por lo que para analizar si la falta de emplazamiento vulnera o no el debido proceso, debe analizarse el procedimiento específico, pudiendo prescindirse de la notificación cuando es presumible creer que el actor tiene conocimiento regular del proceso en atención a la carga de darle curso progresivo y el interés público involucrado.

2. ROL N° 2.018

Considerando 22° de los votos por tener por rechazado el requerimiento, de los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

El procedimiento en que incide esta acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no se funda exclusivamente en las normas impugnadas, sino que, como se estableció en el Rol N° 1.888, se trata de un procedimiento complejo, el cual comprende un proceso infraccional y un intercambio administrativo de información definitiva entre los tribunales de justicia y

el ente registral. Existe un complejo de disposiciones que forman parte de este sistema.

ROL Nº 2.018

Considerandos 10° y 11° de los votos por tener por rechazado el requerimiento, de los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

El principio *non bis in ídem* supone, en término generales, que nadie puede ser juzgado y/o sancionado dos veces por un mismo hecho. Esta prohibición implica por un lado una restricción de carácter procesal y por otro, una restricción de naturaleza material o sustantiva. Ambas en principio vinculan al sentenciador.

ROL Nº 2.018

Considerandos 13° y 14° de los votos por tener por rechazado el requerimiento, de los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

El principio *non bis in ídem* tiene como destinatario de referencia normativa fundamental al juez sentenciador, que en cada caso concreto debe determinar si un hecho sometido a un procedimiento de su competencia ya ha sido juzgado o si el comportamiento que ha de ser juzgado se describe y sanciona en disposiciones diferentes, sin que haya fundamento para ello (prohibición de doble valoración). Para esto, el juez cuenta con diversas herramientas (artículos 264, letras b) y c) y 374, letra g) del Código Procesal Penal). Así mismo, el principio vincula al legislador al prohibirle establecer penas crueles o degradantes, abriéndole un campo material y formal de decisión amplio para definir, determinar y disponer comportamientos valorados negativamente y establecer penas proporcionales, asociadas a dichos comportamientos, que no excedan dichos límites.

3. ROL Nº 2.018

Considerandos 25° y 36° de los votos por tener por rechazado el requerimiento, de los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

El procedimiento judicial de suspensión de licencia, seguido ante los Juzgados de Policía Local, por acumulación de anotaciones se trata de un procedimiento complejo, *ex novo*, que se funda y tiene como objeto hacer más eficiente la realización de la sanción por el incumplimiento reiterado, en el tiempo específico de un año, de las normas del tránsito que establecen sanciones graves y gravísimas. No es un proceso análogo ni comparable a los anteriores que lo causan, y que en consecuencia, pueda invocarse como excepción de cosa juzgada respecto de los procedimientos infraccionales.

ROL Nº 2.018

Considerando 28° de los votos por tener por rechazado el requerimiento,

de los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

En el procedimiento judicial de suspensión de licencia por acumulación de anotaciones, seguido ante los Juzgados de Policía Local, nose examinan hechos ya juzgados y sancionados, sino que es un nuevo procedimiento para aplicar de manera efectiva la sanción para una conducta reiterada de infracción a normas del tránsito en un período determinado. Por esa razón el legislador lo ideó con características que no se encuentran en otros procedimientos.

4. ROL Nº 2.026

Considerando 13°

Dado que la dirección exclusiva de la investigación no tiene carácter jurisdiccional, el constituyente decidió incorporar una nueva garantía en el artículo 19, Nº 3, de la Constitución: la exigencia de que la investigación penal sea racional y justa. Para esta decisión se tuvo presente que, al ser la investigación una actuación de carácter administrativo, ésta no se encontraba sujeta a los requisitos de racionalidad y justicia que sí debe respetar todo proceso jurisdiccional.

5. ROL Nº 2.029

Considerandos 26°, 27°, 31° y 32°

El acto administrativo que caracteriza la determinación de la Comisión de Sanidad del Ejército, regulado por el artículo 237 del Estatuto Personal de las Fuerzas Armadas, contradice los principios generales y basales de los procedimientos administrativos. Lo anterior, dado que el acuerdo de la Comisión de Salud es un informe vinculante, siendo la regla general el que los informes no lo sean. Dada la naturaleza vinculante del acuerdo, éste exigiría como garantía su impugnabilidad, la cual no existe dado que la decisión es un resorte “exclusivo” de la Comisión de Sanidad. Además, siendo un acto de gravamen normalmente traería aparejado el derecho a impugnación, lo que está expresamente descartado. El acuerdo constituye un acto de trámite que formalmente no pone fin al procedimiento, pero materialmente hace imposible su continuación dada la indefensión que genera. Finalmente, puede agregarse que es un acto constitutivo que genera derechos permanentes sin establecer garantías que permitan presentar pruebas básicas para impugnar la acción. Tales características hacen que nos enfrentemos a una decisión que carece de un procedimiento que permita ejercer un derecho a defensa jurídica. La Constitución no permite abrogar o limitar el derecho a defensa de los integrantes de las Fuerzas Armadas a un nivel que afecte su contenido esencial, lo que lo convierte en inconstitucional.

6. ROL Nº 2.034

Considerando 12° de los votos por tener por rechazado el requerimiento de los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino y el Suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers.

Aunque nuestra Constitución exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa que consagre el derecho a la doble instancia. En otras palabras, el derecho al recurso no es equivalente al derecho a un recurso en concreto, como la casación, como pretende el requirente. El legislador es libre para escoger el modo y procedimiento de una revisión. En este sentido, el Tribunal ya ha señalado que la Constitución no garantiza el derecho al recurso de apelación, es decir, no se asegura el derecho a la doble instancia (STC roles N^{os} 986, 1.432 y 1.448).

7. ROL N^o 2.034

Considerandos 9^o, 10^o y 12^o de los votos para tener por acogido el requerimiento de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado, y el Suplente de Ministro señor Ricardo Israel Zipper.

Si la decisión judicial sólo puede recaer sobre una solución legítima, para ser aceptable desde un punto de vista jurídico y atribuirle validez, la motivación de la sentencia es esencial. La fundamentación es connatural a la jurisdicción y constituye un fundamento indispensable para su ejercicio, siendo tanto una obligación para el juez como un derecho para el justiciable. Se trasgrede dicha obligación del juez, tanto si no se funda la sentencia como si se impide la impugnación del fallo que omite su motivación.

ROL N^o 2.034

Considerando 16^o de los votos para tener por acogido el requerimiento de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake e Iván Aróstica Maldonado, y el Suplente de Ministro señor Ricardo Israel Zipper.

No se advierte una finalidad intrínsecamente legítima en el precepto impugnado, el cual en juicios especiales impide casar en la forma una sentencia que carece de consideraciones de hecho o de derecho. No aparece un fundamento racional y no se divisa alguna razón para privar a los litigantes de un juicio el derecho que le asiste a otro en la generalidad de los asuntos.

ARTÍCULO 19, N^o 3, INCISO SÉPTIMO

Prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal.

1. ROL N^o 2.018

Considerando 7^o de los votos por tener por acogido el requerimiento de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

La figura de acumulación de infracciones o contravenciones graves o gravísimas en los últimos dos meses, transgrede la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal. La voluntariedad del acto debe siempre justificarse y no puede ser presumida de tal forma que impida acreditar los supuestos de la irresponsabilidad penal. En el caso en cuestión, la ley adjudica responsabilidad penal a una persona por la sola circunstancia de haber sido sancionada anteriormente, omitiendo la atribución del acto culpable.

ARTÍCULO 19, Nº 3, INCISO NOVENO

Principio de legalidad en materia penal.

1. ROL Nº 2.022

Considerando 30°

Como ya ha señalado en requerimientos previos el Tribunal Constitucional, al legislador le compete de modo exclusivo la fijación de penas y las modalidades de su cumplimiento, respetando ciertos criterios constitucionales, como no establecer discriminaciones arbitrarias, respetar criterios de proporcionalidad y que la norma penal sea idónea y necesaria para proteger un determinado bien jurídico.

ROL Nº 2.018

Considerando 17° de los votos por tener por rechazado el requerimiento, de los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

El legislador penal tiene libertad para determinar los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la sanción punitiva, por lo que una conducta puede infringir diversos bienes jurídicos, generando una multiplicidad de penas.

ROL Nº 2.018

Considerando 6° de los votos por tener por acogido el requerimiento, de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schinake, Enrique Navarro Beltrán, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

El examen de la figura en cuestión es claro en determinar que no existe descripción de algún tipo de comportamiento o conducta, entendido como un acto voluntario. Si no existe un comportamiento punible, no existe una acción que pueda configurar un hecho típico, y sin acción no puede haber delito.

2. ROL Nº 1.973

Considerando 7° de los votos por tener por rechazado el requerimiento, de los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino.

Como ha señalado esta Magistratura en STC roles N°s 468, 559, 1.351 y 1.352, la relación entre las leyes penales en blanco y el principio de legalidad puede darse de diferentes maneras. Una línea doctrinal dominante señala que las leyes penales en blanco vulneran el principio de legalidad cuando el complemento relativo a la descripción de la conducta punible no se encuentra remitido expresamente a una norma de igual rango, llamadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío. Por el otro lado, si la descripción contenida en la ley penal resulta genérica, imprecisa o parcial, aun cumpliendo con el presupuesto relativo al rango de la norma, vulnera el principio de legalidad de la ley penal con todas las consecuencias que ello acarrea. Y cuando la descripción está entregada al juez, se denominan leyes penales en blanco abiertas. La doctrina también distingue ámbitos

materiales de remisión, según la instancia normativa en la que se ha originado la norma que contiene el complemento y si ella pertenece o no al ámbito penal, con independencia de su rango.

ROL Nº 1.973

Considerando 9° de los votos por tener por rechazado el requerimiento, de los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino.

El Tribunal Constitucional ya se ha referido a las exigencias constitucionales a las leyes penales en blanco. En STC Rol Nº 1.011 estableció que “En el inciso 8° del numeral 3° del art. 19 CPR se ha tolerado la existencia de las denominadas leyes en blanco impropias o de reenvío, esto es, aquellas cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley, y de aquellas leyes que indiquen expresamente la norma destino de remisión aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo central de la conducta que se sanciona. En tal sentido, son contrarias a la Constitución las llamadas leyes penales en blanco propias o abiertas, esto es, aquellas que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella, y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez”.

ROL Nº 1.973

Considerando 10° de los votos por tener por rechazado el requerimiento, de los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino.

Parte de la doctrina nacional, ha establecido que la tipicidad de la ley penal se asegura con que ley contemple la descripción medular de la conducta penal. Ello implica que al menos el núcleo esencial de la conducta sancionada esté descrito en forma clara y patente, sin entrar en pormenorización pero tampoco dejándolo tan vago que el intérprete desconozca a qué se aplica o si no se aplica.

ROL Nº 1.973

Considerando 15° de los votos por tener por rechazado el requerimiento, de los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino.

Basta que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena, que se basta a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales. Es constitucional que el reglamento pormenore un tipo penal si el núcleo esencial de la conducta que se sanciona está expresa y perfectamente definido en la ley.

ROL Nº 1.973

Considerando 1° de los votos por tener acogido el requerimiento, de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado.

Como razonó esta Magistratura en STCRol Nº 549 “El principio de legalidad en su manifestación de tipicidad o taxatividad. Su aplicación requiere que el legislador formule las normas penales de manera precisa y determinada, excluyendo la analogía. Un hecho sólo puede ser castigado cuando reviste todas las características contenidas en la descripción del delito; el tipo es la descripción abstracta de una conducta humana punible. La descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida cuando la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales. El carácter expreso –claro, patente, especificado– que, conforme a la CPR, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales.”

ARTÍCULO 19, Nº 4

Protección a la vida privada y la honra.

1. ROL Nº 1.990

Considerando 39º

El derecho a la intimidad se funda en la necesidad de garantizar un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una mínima calidad de vida humana, que no puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información, tratándose de hechos con relevancia pública, en el sentido de noticia-bles, y que dicha información sea veraz.

ROL Nº 1.990

Considerando 42º

La vida privada no se pierde por el hecho de postular a un cargo público. Los funcionarios, al igual que todas las personas, tienen aquellos derechos que su relación estatutaria, definida por el legislador, no haya limitado expresa e inequívocamente. Los funcionarios no son personas de segunda categoría ante la Constitución.

ARTÍCULO 19, Nº 7

Libertad ambulatoria.

1. ROL Nº 2.018

Considerando 3º de los votos por tener por rechazado el requerimiento, de los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

Una de las manifestaciones de la libertad ambulatoria consiste en el derecho a transitar y movilizarse mediante vehículos motorizados, por vía públicas. Como se señaló en STC Rol Nº 1.888, tratándose de una libertad constitucional, “resulta normal que deba ser desarrollada y concretada a

través de regulación legal, la cual puede establecer condiciones o requisitos para su ejercicio, debiendo siempre respetar su contenido esencial”.

2. ROL N° 1.971

Considerando 12°

Las normas impugnadas no corresponden a un caso de prisión por deudas, sino que buscan el cumplimiento efectivo a una sentencia judicial. Además, la restricción de libertad que se impone es muy limitada en el tiempo y no apunta al cumplimiento de una obligación civil sino que de una resolución judicial que no se ha cumplido, y que hasta ahora no impone una obligación de dar, sino de hacer.

ARTÍCULO 19, N° 8

Derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación.

1. ROL N° 1.988

Considerando 54°

Como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional, contaminación no es cualquier impacto o alteración ambiental, sino la situación que supera los parámetros ambientales establecidos, por lo que en tanto no existan dichos parámetros, no habrá contaminación, a menos que se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o a la preservación de la naturaleza.

Se hace referencia a STC Rol N° 577.

ARTÍCULO 19, N° 9

Derecho a la salud.

1. ROL N° 1.985

Considerando 8°

La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional a propósito de la tabla de factores fijada según la ley (doctrina consagrada en STC Rol N° 1.710 que declaró inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933), es también aplicable a la tabla de factores cuyo origen es contractual. Uno de los componentes fundamentales de esta doctrina es que la tabla de factores debe cumplir con ciertos criterios para ser legítima. En primer lugar, la tabla debe tener proporcionalidad en relación a las rentas, evitando generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud; tampoco puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas del afiliado, provocar la imposibilidad de que éste costee el aumento de precio u obligar a los beneficiarios a emigrar del sistema. Luego, la relación que la tabla establezca entre los factores que la componen debe tener una fundamentación razonable, no pudiendo estar determinados discrecionalmente por las Isapres y deben contar con límites idóneos y proporcionales. En tercer lugar, el mecanismo debe permitir una intervención del afiliado, la que no puede estar limitada a aceptar o rechazarlo que la entidad previsional ofrezca; no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes y finalmente,

no puede generar tratos desiguales ni considerar factores inherentes a la condición humana.

ROL Nº 2.012

Considerando 8º

2. ROL Nº 1.985

Considerando 13º

Es inconstitucional la regulación que permite que el sólo consentimiento de las partes para establecer las condiciones de reajustabilidad del contrato de salud. El reproche es aún más grave si se tienen en consideración las características de este tipo de contrato, esto es, un contrato de orden público que obliga al legislador a cierta densidad normativa.

ROL Nº 2.012

Considerando 13º

3. ROL Nº 1.985

Considerando 9º

En cuanto a la naturaleza de los contratos de salud, el Tribunal Constitucional ha señalado que es un contrato forzoso, que no puede dejarse sin efecto durante su vigencia, de contenido mínimo e indisponible. Este es un contrato con elementos regulados en la Constitución, en razón del impacto que tiene en la vida de las personas. Dichos elementos dicen relación con la posibilidad de las Isapres de financiar acciones de salud, con la opción del cotizante entre el sistema estatal o privado, con la cotización obligatoria y con el control del Estado de las acciones realizadas en el ámbito de la salud. En razón a dichos elementos, el Tribunal Constitucional ha caracterizado el contrato de salud previsional en base a tres factores: (i) es un contrato de tracto sucesivo; (ii) es un contrato sujeto a un régimen de orden público; y, (iii) no es equivalente a un mero seguro individual de seguridad.

ROL Nº 2.012

Considerando 9º

ARTÍCULO 19, Nº 12

Libertad de opinión.

1. ROL Nº 2.022

Considerandos 13º, 14º, 16º y 17º

La exigencia de personalidad jurídica para ser titular de una concesión de radiodifusión televisiva de libre recepción se inserta en un sistema regulado, que apunta a asegurar la utilización del espectro radioeléctrico de modo continuo y serio, no vulnerándose la libertad de expresión y su ejercicio por medio de la radiodifusión, ya que al establecer la Constitución que “El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión”, alude a que ello podrá ser realizado por ciertas personas o entidades jurídicas, quedando excluidas las personas naturales, toda vez que si la ley pudiera determinar que ciertas personas naturales pueden obtener estas concesiones y otras no, sin que dicha distinción fuera objetiva y razona-

ble, se estaría incurriendo en una discriminación arbitraria. Por lo demás, los requisitos para optar a estas concesiones son de general aplicación y mediante concursos públicos transparentes y el requisito de personalidad jurídica busca asegurar la prestación permanente del servicio.

ROL Nº 2.022

Considerandos 18°, 19°, 20°, 23° y 24°

La libertad de expresión asegura a las personas poder manifestar sus opiniones y difundir y recibir información, sin censura previa, distinguiendo la Constitución entre la titularidad del derecho y quienes pueden ejercerlo en cada una de sus manifestaciones atendiendo al medio que se emplee. No puede considerarse que la exigencia de personalidad jurídica para la concesión sea un obstáculo al funcionamiento de un canal de televisión, pues puede desarrollarse mediante un permiso de servicio limitado de televisión y, si se requiere concesión, el ordenamiento jurídico provee los mecanismos necesarios para formar la persona jurídica. En consideración a lo anterior, no puede estimarse que la normativa que establece la exigencia de persona jurídica para las concesiones afecte la libertad de opinión e información.

ARTÍCULO 19, Nº 16

Libertad de trabajo.

1. ROL Nº 1.971

Considerandos 9° y 10°

Habiéndose dispuesto el arresto como una medida para compeler el cumplimiento de una sentencia judicial firme, en la cual se constató una práctica antisindical y se ordenó el restablecimiento del imperio del derecho, mediante la reincorporación de los trabajadores despedidos ilegalmente, es posible determinar que el objeto de protección de las normas legales impugnadas es el trabajo y el derecho sindicarse. Como se señaló en STC Rol Nº 1.852, la protección constitucional a la libertad de trabajo extiende el resguardo al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. De tal forma, la Constitución también protege el trabajo propiamente tal. El arresto, en este caso, es una medida eficaz para asegurar el cumplimiento de la resolución judicial, medida que no merece ser reprochada como desproporcionada.

ARTÍCULO 19, Nº 18

Derecho a la seguridad social.

1. ROL Nº 1.985

Considerando 10°

El contenido esencial de la seguridad social se revela de una interpretación sistemática del texto constitucional, en el que se recogen los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia, unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social.

ROL Nº 2.012

Considerando 10°

ARTÍCULOS 19, Nº 20, 63 Y 65

Reserva legal en materia tributaria.

1. ROL Nº 2.038

Considerandos 17°, 18°, 19°, 24° y 25°

El principio de legalidad en materia tributaria implica que los elementos de dicha obligación –hecho imponible, sujetos obligados al pago, procedimiento para determinar la base imponible, la tasa, las situaciones de exención y las infracciones– deben quedar suficientemente fijados y determinados en la ley.

No obstante lo anterior, es posible admitir la remisión a la potestad reglamentaria de ejecución, en la medida que las normas legales hayan establecido las condiciones esenciales de la obligación tributaria y la norma administrativa desarrolle los aspectos técnicos de la norma, sin modificar los elementos esenciales ya definidos. En consideración a ello, es acorde al texto de la Carta Fundamental la normativa en que se establece la facultad de un servicio del Estado para precisar los casos en que la sustitución del sujeto pasivo es procedente, toda vez que no se entrega la determinación de dichos sujetos, lo que es establecido por ley, sino los casos en que operará, dado el carácter excepcional de la situación.

ARTÍCULO 19, Nº 23

Bienes nacionales de uso público.

1. ROL Nº 1.988

Considerandos 27° y 28°

El artículo 19 Nº 23 de la Constitución tiene un campo de aplicación diverso al numeral 24 del mismo artículo 19, toda vez que consagra el derecho a la propiedad, a ser propietario, el derecho a adquirir el dominio de toda clase de bienes, en tanto que el numeral 24 consagra el derecho de propiedad adquirido.

2. ROL Nº 1.986

Considerandos 9°, 10°, 13° y 16°

Las fajas de los caminos son bienes nacionales de uso público y como ya ha señalado previamente el Tribunal Constitucional, si bien la reserva o *publicatio* excluye su apropiación por los particulares, no se excluye a éstos del uso privativo que puedan obtener, por lo que los bienes nacionales de uso público no quedan marginados del tráfico jurídico. Ello, ya que el órgano encargado de la administración, por motivos de interés público, puede otorgar derechos de utilización o aprovechamiento privativo sobre determinadas porciones del dominio público con un destino específico.

En el caso de las fajas de caminos públicos, su administración es encargada a la Dirección de Vialidad y ésta debe autorizar sus usos alternativos, mediante un permiso, sujeto a ciertas regulaciones. En consecuencia, no

hay libertad para ocupar las fajas de caminos públicos, sino que se requiere un permiso de la Dirección de Vialidad, su uso no compromete la responsabilidad de la Dirección, las instalaciones que se establezcan en él son retirables, y la conservación y mantenimiento de éstas son de cargo de su propietario.

Se hace referencia a STC roles N^{os} 245 y 1.281.

ROL N^o 1.991

Considerandos 10°, 11°, 14° y 17°

ROL N^o 1.992

Considerandos 10°, 11°, 14° y 17°

ROL N^o 1.993

Considerandos 10°, 11°, 14° y 17°

ROL N^o 1.986

Considerando 14°

El uso de los bienes nacionales de uso público puede ser de dos tipos: (i) común, que es aquel que corresponde a todas las personas, siendo un uso anónimo, temporal y que no requiere título alguno; o, (ii) privativo, en que la autoridad encargada de su administración, entrega, por actos específicos, la ocupación temporal del bien a un particular, con un propósito de interés público, generalmente a título oneroso, siendo un uso exclusivo y excluyente del bien.

ROL N^o 1.991

Considerando 15°

ROL N^o 1.992

Considerando 15°

ROL N^o 1.993

Considerando 15°

3. ROL N^o 1.988

Considerando 31°

La normativa en virtud de la cual se limite o restrinja el derecho a la propiedad, debe ser una ley de quórum calificado y debe tener por fundamento el interés nacional.

ARTÍCULO 19, N^o 24

Derecho de propiedad.

1. ROL N^o 1.986

Considerando 28°

La propiedad puede recaer sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, pero no hay propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica, ya que el legislador puede cambiar las condiciones del ejercicio de un derecho.

Se hace referencia a STC roles N^{os} 467, 1.361 y 1.452.

ROL Nº 1.991

Considerando 30°

ROL Nº 1.992

Considerando 30°

ROL Nº 1.993

Considerando 30°

2. ROL Nº 1.986

Considerandos 33° y 34°

En pronunciamientos anteriores, el Tribunal Constitucional ha establecido una serie de criterios para definir la legitimidad de las limitaciones al dominio. Así, ha señalado que éstas deben ser mesuradas y razonables, de modo que no ocasionen daños innecesarios o impongan un gravamen de magnitud considerable; la medida debe ser proporcionada; no puede entorpecer gravemente la actividad, hasta hacerla inviable por excesiva onerosidad; las limitaciones no pueden desnaturalizar otros bienes jurídicos; y, debe considerarse la función social que cumple la actividad sujeta a la limitación.

En cuanto a resguardos para los titulares de la propiedad, se ha señalado que las limitaciones deben ser restrictivas y deben ser impuestas por el legislador en sus elementos esenciales.

ROL Nº 1.991

Considerandos 35° y 36°

ROL Nº 1.992

Considerandos 35° y 36°

ROL Nº 1.993

Considerandos 35° y 36°

ROL Nº 1.986

Considerandos 35°, 36°, 39°, 40° y 42°

Las limitaciones al dominio pueden ser definidas de un punto de vista positivo y desde una óptica negativa. Conceptualmente, emanan de la función social de la propiedad, si bien el constituyente no ha precisado qué ha de entenderse por función social de la propiedad; aunque sí se ha establecido que se aplica a todo tipo de propiedad.

ROL Nº 1.991

Considerandos 37°, 38°, 41°, 42° y 44°

ROL Nº 1.992

Considerandos 37°, 38°, 41°, 42° y 44°

ROL Nº 1.993

Considerandos 37°, 38°, 41°, 42° y 44°

ROL Nº 1.986

Considerandos 31°, 43°, 47°, 49°, 50°, 54°, 55°, 57° y 58°

La facultad que tiene la autoridad administrativa para disponer el traslado

de instalaciones en la faja adyacente a caminos públicos, es una limitación al dominio que se enmarca dentro de su función social.

Es una limitación porque establece una obligación de hacer, consistente en el deber que tiene el propietario de la instalación de sacarla del lugar en que se encuentra, manteniendo la propiedad sobre ella. En segundo lugar, porque la ocupación de una porción de un bien nacional de uso público, que tienen ciertas empresas, emana de un permiso otorgado por la autoridad. En tercer lugar, porque se funda en una de las causales justificadoras de la función social: interés general de la Nación, expresado en el beneficio que reporta para toda la sociedad el mejoramiento de los caminos, necesidad que impone dicho traslado.

Siendo limitación, es una limitación legítima, toda vez que es mesurada y razonable, ya que hay orden de traslado, no se expulsa de la faja, no existiendo orden de retiro o prohibición; y, hay un beneficio para el requirente, consistente en que puede usar gratuitamente la faja. Además, si la autoridad puede ordenar el retiro de toda instalación, sin derecho a indemnización, no se advierte por qué debería pagar por el mero traslado. En segundo lugar, cumple con el criterio de que no se debe desnaturalizar el uso principal de la faja. En tercer lugar, se apoya en la función pública que desempeña el concesionario dueño de las instalaciones. En cuarto lugar, la limitación cumple con el criterio de tener en cuenta las limitaciones en el contexto de privilegios que pueda disfrutar el afectado, toda vez que éste usa gratuitamente y de modo exclusivo un pedazo de un bien nacional de uso público. Finalmente, cumple la limitación el último criterio, toda vez que no es una privación del dominio, al no existir desplazamiento patrimonial ni daño o afectación al funcionamiento de la empresa.

ROL Nº 1.991

Considerandos 33°, 45°, 49°, 51°, 52°, 56°, 57°, 59° y 60°

ROL Nº 1.992

Considerandos 33°, 45°, 49°, 51°, 52°, 56°, 57°, 59° y 60°

ROL Nº 1.993

Considerandos 33°, 45°, 49°, 51°, 52°, 56°, 57°, 59° y 60°

3. ROL Nº 1.994

Considerandos 8°, 9°, 10°, 11° y 12°

En cuanto al derecho de minería, la Constitución Política de la República consagra el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre todas las minas, independientemente de la propiedad sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas, y dada la función social que desarrolla, existe un interés público comprometido en la realización efectiva de las actividades mineras una vez constituida legalmente la pertenencia. En virtud de ello, el procedimiento judicial para la constitución de las concesiones mineras tiene características especiales que apuntan a su celeridad y pronta conclusión.

4. ROL Nº 2.036

Considerando 9°

No es materia de ley orgánica constitucional el cierre de faenas de la industria extractiva minera, sino que de ley común ya que no es parte de las obligaciones impuestas a las concesiones mineras. El cierre de faenas mineras es una obligación real de la actividad extractiva minera y no se vincula con obligaciones cuyo incumplimiento conlleve la caducidad o pérdida de la concesión minera, sino que es una obligación propia del derecho a desarrollar una actividad económica; es independiente de la constitución o extinción de la concesión, operando dentro de ella; es una obligación que se deriva de su función social en razón de la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental; y, finalmente, es una restricción establecida para proteger el medio ambiente.

ARTÍCULO 32, Nº 15, Y 54, Nº 1

Tratados internacionales.

1. ROL Nº 1.988

Considerandos 13º, 14º, 16º y 17º

Los tratados internacionales, en cuanto a su aplicación interna, pueden contener cláusulas *self executing* y *non self executing*, en atención a si son ejecutables directamente o requieren la dictación de normativa complementaria para su aplicabilidad. En este último caso –no autoejecutables–, se ha entendido que una eventual vulneración a la Carta Fundamental, recién se debe analizar y decidir al dictarse la normativa complementaria; salvo que sea una norma tal que para su aplicabilidad se deba dictar una norma que conduzca o pueda conducir a una inconstitucionalidad, en cuyo caso no es posible postergar la decisión del tribunal.

ARTÍCULO 38

Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

1. ROL Nº 2.009

Considerandos 31º y 32º

La Constitución reconoce el principio constitucional de impugnabilidad, en cuya virtud todo acto administrativo, sin excepción, puede ser revisado, sea por el mismo emisor o ante un tribunal, por lo que limitar dicho principio, reduciendo los supuestos por los cuales procede o bien, establecer que no procede impugnación alguna, es inconstitucional cuando dichas disposiciones carecen de justificación razonable.

ARTÍCULO 65, INCISO CUARTO, Nº 6

Iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

1. ROL Nº 2.025

Considerando 43º

En conformidad a la evolución histórica de la regulación de la materia, es claro que en lo referido a gasto público y regulación de la seguridad social, diversas disposiciones constitucionales a partir del siglo XX, y actualmente el artículo 65 de la Carta Fundamental, reservan exclusivamente al Presi-

dente de la República la iniciativa de ley, es decir, la facultad para predeterminar las normas que sobre estas materias regularán a la sociedad.

ROL Nº 2.025

Considerandos 65° y 66°

Al aprobar el artículo 97 bis del proyecto de la forma que lo hizo el Senado de la República, éste ha introducido a su respecto un aumento de beneficios al personal en servicio tanto de la administración pública como del sector privado, modificando normas de seguridad social o que inciden en ella. Respecto de dichas materias, conforme al artículo 65 de la Carta Fundamental, el Congreso Nacional sólo puede aceptar, disminuir o rechazar los beneficios y gastos propuestos por el Presidente de la República, pero no aumentarlos. Los Órganos del Estado, entre los que están las Cámaras que integran el Congreso Nacional, deben someter su actuar al artículo 6° de la Constitución, el cual prohíbe cualquier comportamiento que signifique una vulneración a la Carta Fundamental. De esta forma, la norma aprobada en primer trámite legislativo es inconstitucional, pues siendo su contenido una disposición legal que corresponde a la exclusiva iniciativa del Presidente, ésta ha sido ejercitada por otro órgano legislativo.

ARTÍCULO 69

Indicaciones a proyectos de ley.

1. ROL Nº 2.025

Considerando 53°

Las indicaciones deben necesariamente tener una vinculación con las ideas matrices del proyecto. Mediante la sentencia Rol 91, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el precepto de la Ley Orgánica del Congreso Nacional que permitía presentar indicaciones con tal que “tiendan a la mejor solución del asunto por parte de la Corporación”.

ROL Nº 2.025

Considerando 58°

El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado acerca de la amplitud del concepto de “indicación”, entendiéndolo como “toda proposición tendiente a corregir o adicionar un proyecto durante la etapa de su discusión y aprobación” (sentencia Rol Nº 259).

ARTÍCULO 77

Ley Orgánica de Tribunales.

1. ROL Nº 2.036

Considerando 15°

La expresión “atribución” se refiere a “competencia”, esto es, como la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de las materias que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus funciones, sea ésta absoluta o relativa, o si se quiere, en términos más amplios y genéricos, con la “jurisdicción”.

2. ROL Nº 2.036

Considerando 14°

La normativa a través de la cual se establece un régimen de recursos es materia de ley orgánica constitucional, ya que implica una nueva atribución para un tribunal.

ROL Nº 2.036

Considerando 23°

La normativa en virtud de la cual se establece que contra determinada resolución no procede recurso alguno, es constitucional en el entendido de que no priva a los afectados de las acciones constitucionales que la Carta Fundamental consagra, como tampoco a la Corte Suprema del ejercicio de sus atribuciones disciplinarias en virtud de la superintendencia directiva, correccional y económica.

3. ROL Nº 2.036

Considerando 19°

Constituye un trámite esencial para la validez de la ley orgánica constitucional a que alude el artículo 77 de la Constitución oír previamente a la Corte Suprema, lo que debe realizarse tanto cuando se otorga una nueva facultad como cuando se elimina una.

ARTÍCULO 83

Ministerio Público.

1. ROL Nº 2.026

Considerandos 9° y 11°

La dirección exclusiva de la investigación penal es una atribución que no supone el ejercicio de funciones jurisdiccionales. El constituyente, al consagrar al Ministerio Público como órgano constitucional autónomo encargado de dirigir de manera privativa la investigación criminal, tuvo por objeto separar la investigación penal de la función jurisdiccional. La dirección exclusiva de la investigación penal es una atribución de carácter netamente administrativo.

2. ROL Nº 2.026

Considerandos 14°, 15°, 16°, 17°, 18° y 19°

La facultad de no perseverar es una forma facultativa de cerrar el procedimiento, es decir, el fiscal decide si la aplica o no, y es una de las facultades discrecionales que el sistema le entrega al Ministerio Público en el proceso de dirección de la investigación. Para que el Ministerio Público pueda ejercer la facultad de no perseverar en la investigación, es necesario que se cumpla una serie de requisitos previos. Estos son los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ellos existan elementos discrecionales. En primer lugar, es imprescindible que el fiscal haya practicado todas “las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores”. Como segunda condición, es necesario que el fiscal haya cerrado la investigación y que se pronuncie dentro de los 10 días siguientes a dicho cierre. En tercer lugar, es preciso que habiendo realizado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal llegue a la

conclusión de que los antecedentes reunidos no son suficientes para fundar una acusación. Por último, es necesario que la facultad de no perseverar se comunique en una audiencia convocada especialmente con ese objeto por requerimiento del fiscal.

ROL Nº 2.026

Considerando 23º

Siendo la atribución de no perseverar una atribución privativa del Ministerio Público, ella no puede ejercerse de manera abusiva o infundada, desde que así lo exige el mandato constitucional, y además, conforme al artículo 249 del Código Procesal Penal, debe citarse a una audiencia ante el juez de garantía, quién convocará a todos los intervinientes.

ROL Nº 2.026

Considerando 27º

Las facultades investigativas privativas del Ministerio Público, si bien son discrecionales, incluyen elementos reglados y, además, deben entenderse en armonía con los derechos del afectado, quien puede ejercer un conjunto de prerrogativas tendientes a obtener la tutela jurisdiccional efectiva de sus intereses. Por consiguiente, no puede estimarse que la facultad de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento constituya una prerrogativa que vulnere por sí mismo el derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos o impida la tutela judicial efectiva de los intereses del querellante, a lo que debe agregarse que se trata de una actuación administrativa que no se encuentra exenta del todo de control procesal.

ARTÍCULO 92

Tribunal Constitucional.

1. ROL Nº 2.025

Considerando 17º

Como se señaló en STC Rol Nº 591, desde el año 1970 el ordenamiento constitucional chileno ha previsto un sistema de solución de conflictos constitucionales radicado en el Tribunal Constitucional, órgano que tiene encomendada la interpretación definitiva e inapelable de la Constitución, interpretación que debe desarrollarse en forma integral, esto es, considerando tanto la letra como los valores, principios y espíritu de la Carta Fundamental, asegurando la vigencia efectiva de la supremacía constitucional, que es la que garantiza, en definitiva, la eficacia del Estado Constitucional de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, Nº 1

Control de constitucionalidad de las normas interpretativas de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional.

1. ROL Nº 2.009

Considerando 19º

El control a realizar por el Tribunal Constitucional no ha de limitarse únicamente a las normas que el órgano legislativo remitente identifique como propias de ley orgánica constitucional, sino que a todas las otras disposiciones de un proyecto de ley que el propio Tribunal Constitucional califique como propias de ley orgánica constitucional.

ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, Nº 2, E INCISO TERCERO

Admisibilidad de cuestiones de constitucionalidad de Autos Acordados.

1. ROL Nº 1.989

Considerando 7º

El requerimiento deducido por el Tribunal Electoral Regional de la XI Región de Aysén adolece del vicio de haber sido deducido por persona u órgano no legitimado, por lo que debe ser declarado inadmisibile. Son órganos o personas legitimados para recurrir ante este Tribunal únicamente el Presidente de la República, cualquiera de las cámaras o diez de sus miembros en ejercicio. Asimismo, son personas legitimadas, las que sean parte de un juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación en un procedimiento penal, que sean afectados en el ejercicio de sus derechos.

ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, Nº 3

Cuestiones de constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de proyectos de ley.

1. ROL Nº 2.025

Considerando 12º

La atribución conferida al Tribunal Constitucional consistente en conocer las cuestiones de constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley, se refiere a un desacuerdo, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional entre los órganos en relación a un proyecto de ley o a una o más de sus disposiciones (STC roles Nºs 23 y 1.410).

2. ROL Nº 2.025

Considerando 19º

Como ha sostenido previamente el Tribunal Constitucional, la Constitución otorga diferentes facultades a los parlamentarios, tanto en sus funciones en Cámara como la posibilidad de impugnar normas jurídicas por adolecer de vicios de inconstitucionalidad. El ejercicio de cada una de estas facultades no implica que precluya la posibilidad de hacer uso de las demás atribuciones.

ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, Nº 6

Acción de inaplicabilidad.

1. ROL Nº 1.983

Considerandos 4º y 5º

No habiéndose pronunciado la Sala del Tribunal Constitucional respecto a la admisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad, no corresponde

solicitar el desistimiento de la acción deducida, sino que es procedente su retiro.

ROL Nº 2.010

Considerandos 5° y 6°

2. ROL Nº 2.024

Considerando 12°

La acción de inaplicabilidad permite la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal cuando su debida aplicación produce efectos contrarios a la Constitución y no en casos en que dicho efecto se debe a la torcida o errada aplicación de la norma al caso.

3. ROL Nº 1.986

Considerandos 5° y 6°

No le corresponde al Tribunal Constitucional, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pronunciarse en abstracto respecto de una norma legal ni conocer conflictos entre distintos preceptos legales.

ROL Nº 1.991

Considerandos 5° y 6°

ROL Nº 1.992

Considerandos 5° y 6°

ROL Nº 1.993

Considerandos 5° y 6°

4. ROL Nº 1.985

Considerando 6°

El Tribunal Constitucional puede pronunciarse respecto de preceptos legales derogados siempre y cuando la norma estuviese vigente al momento de suscitarse la situación jurídica y sea, por tanto, aplicable por el juez en la gestión pendiente, es decir, cuando se produzca la ultra actividad de las leyes.

ROL Nº 2.012

Considerando 6°

5. ROL Nº 1.975

Considerando 14°

Como ya ha declarado en más de una oportunidad este Tribunal, la acción de inaplicabilidad es una vía inidónea para impugnar resoluciones judiciales.

ROL Nº 1.981

Considerando 11°

ROL Nº 2.008

Considerando 7°

ROL Nº 2.017

Considerando 8°

ROL Nº 2.019

Considerando 18º

ROL Nº 2.031

Considerando 11º

ROL Nº 2.037

Considerando 9º

6. ROL Nº 2.014

Considerando 6º

No le corresponde al Tribunal Constitucional calificar cuestiones como reglas procesales, la carga de la prueba, las facultades del juez o las garantías que se derivan de aplicar uno u otro procedimiento legal. Tales asuntos están completamente entregados al juez de fondo.

ROL Nº 2.031

Considerando 8º

La acción de inaplicabilidad es una vía inidónea para determinar la aplicación o no de una norma reglamentaria, cuestión que involucra un asunto de competencia de los jueces del fondo.

**ARTÍCULO 93 INCISO PRIMERO, Nº 6, E INCISO DECIMOPRIMERO
Control de admisibilidad al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.**

1. ROL Nº 1.978

Considerando 10º

No existiendo gestión pendiente, debe declararse inadmisibile el requerimiento.

ROL Nº 1.979

Considerando 6º

ROL Nº 1.984

Considerando 9º

ROL Nº 1.987

Considerando 9º

ROL Nº 2.023

Considerando 8º

ROL Nº 1.980

Considerando 7º

Debe declararse inadmisibile un requerimiento formulado respecto de varias gestiones judiciales. La acción de inaplicabilidad es de carácter concreto por lo que ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de un precepto legal pueda tener en cada caso *sub lite*. Así lo ha declarado previamente esta Magistratura en STC roles Nºs 803, 832 y 984.

ROL Nº 2.040

Considerando 10º

El certificado que se presente para acreditar la existencia de una gestión pendiente, ante tribunal ordinario o especial, debe cumplir con todas las menciones que exige el artículo 79 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

2. ROL N° 1.976

Considerandos 3° y 4°

Otorgado un plazo para subsanar los defectos del requerimiento, si ellos no se corrigen en tiempo, se tiene por no presentada la acción de inaplicabilidad para todos los efectos legales.

3. ROL N° 2.028

Considerando 13°

Este Tribunal en ocasiones anteriores ha declarado la inaplicabilidad de una expresión, una frase o inciso de un artículo, precisando que el requisito de la acción de inaplicabilidad consistente en que se impugne un precepto legal, se da por cumplido en dichos casos. Al efecto, se ha establecido que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un “precepto legal” a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución” (STC roles N°s 626 y 944). Ha señalado también que “De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino autártica o, en otros términos, que se baste a sí misma (STC roles N°s 626, 944, 1.204, 1.416, 1.535, 1.254)”

4. ROL N° 1.972

Considerando 7°

No teniendo relación el tipo de gestión pendiente con la materia a la que alude la normativa impugnada, ésta no puede resultar decisiva en la resolución de la gestión, debiendo ser declarado inadmisibile.

ROL N° 1.975

Considerando 14°

La aplicación de la norma legal impugnada no resulta decisiva cuando ésta no guarda relación con los vicios que sustentan la acción sobre la cual debe pronunciarse el Tribunal que conoce la gestión pendiente.

ROL N° 2.011

Considerando 9°

ROL N° 2.013

Considerando 9°

En casos en que los hechos que realmente motivan la gestión pendiente no dicen relación con el artículo impugnado, sino con la existencia o no de un acuerdo entre apoderados del y el establecimiento educacional, el precepto no puede resultar decisivo porque no resuelve el conflicto de la gestión pendiente.

ROL N° 2.039

Considerando 7°

Habiéndose restituido el servicio de agua potable que motivó la acción de protección por parte de la recurrente, los preceptos legales impugnados no pueden resultar decisivos para la resolución de la gestión pendiente en que incide el presente requerimiento.

5. ROL Nº 1.974

Considerando 7º

Como ya ha señalado Tribunal Constitucional, el requisito de fundamentar razonablemente un requerimiento de inaplicabilidad supone como “exigencia básica, la aptitud del precepto o los preceptos impugnados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo cual debe ser expuesto circunstanciadamente. Así, la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye base indispensable de la acción ejercitada” (STC roles Nºs 482, 483, 484, 485, 490, 491, 492 y 498).

ROL Nº 2.017

Considerando 9º

ROL Nº 2.019

Considerando 16º

No está razonablemente fundado un requerimiento que no impugna todos los preceptos legales necesarios para provocar el efecto deseado por la acción de inaplicabilidad deducida.

ROL Nº 2.033

Considerandos 7º y 8º

Este Tribunal ya se ha pronunciado en diversos requerimientos respecto las normas impugnadas en el presente caso, declarando en esas oportunidades que la norma se ajusta a la Constitución. Por tanto, no habiéndose aportado nuevos argumentos ni elementos propios del caso concreto, debe concluirse que el requerimiento es inadmisibles por no contar con un fundamento razonable.

ROL Nº 2.015

Considerandos 6º y 7º

Aquel requerimiento en que las normas impugnadas no son aplicables a la gestión pendiente, no da cumplimiento al requisito de contener exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo se produce la infracción constitucional.

ARTÍCULOS 102 Y 105

Ingreso a las Fuerzas Armadas.

1. ROL Nº 2.029

Considerando 6º

Los integrantes de las Fuerzas Armadas, como sujetos titulares de todos y cada uno de los derechos garantizados en la Constitución, ingresan libremente y por decisión propia a las escuelas matrices y plantas profesionales del organismo. La profesión militar posee características únicas en la Admi-

nistración del Estado, formando parte de cuerpos armados, esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados. La estructura jerárquica de la organización impregna a la persona del militar y no solamente la función, la cual se traduce en la intensidad del deber de obediencia, diferenciándose en esto de la administración civil. Sin embargo lo anterior no quiere decir que se deba o pueda ir contra el texto constitucional. Los derechos de los militares no siempre tienen el mismo alcance y eficacia que el de otros, siempre que la Constitución y la ley hayan previsto diferencias legítimas, objetivas y justificables

ARTÍCULO 118

Municipalidades.

1. ROL N° 2.027

Considerando 14°

La normativa en virtud de la cual se establece como sanción la eliminación del Registro Único de Asociaciones Municipales con Personalidad Jurídica de Derecho Privado cuando una asociación de municipalidades incumpla sus estatutos o no comunique una modificación estatutaria dentro del plazo fijado, siendo dicha sanción aplicada directamente por la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, es inconstitucional, ya que no se contempla un procedimiento que permita a la asociación efectuar sus descargos para evitar perder su personalidad jurídica. Dicha inconstitucionalidad se produce ya que se infringe el principio de proporcionalidad y autonomía de las Municipalidades y su facultad esencial de poder asociarse entre ellas obteniendo personalidad jurídica.

2. ROL N° 2.018

Considerando 5° de los votos por tener por rechazado el requerimiento, de los Ministros señor Raúl Bertelsen Repetto, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

Las municipalidades están autorizadas expresamente para otorgar licencias de conducir. Este permiso puede caracterizarse como un acto administrativo habilitante, de vigencia indefinida pero sujeto a revisión temporal, cuya autorización puede ser rechazada o una vez otorgada revocada la licencia, y sujeto a registro e inscripción.

ÍNDICE GENERAL DE LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS
POR EL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Roles N^{os} 1.971 a 2.040

ROL N^o 1.971-2011 15

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 4^o Y 292 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, Y 238 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DEDUCIDO POR SERVICIO INDUSTRIAL REFINERÍA Y FUNDICIÓN LIMITADA Y OTRO.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, MARCELO VENEGAS PALACIOS E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 13 de diciembre 2011

ROL N^o 1.972-2011 23

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 20, INCISO TERCERO, DEL DECRETO LEY N^o 2.465, DE 1979, DEL MINISTERIO DE JUSTICIA QUE CREA EL SERVICIO NACIONAL DE MENORES (SENAME) Y FIJA EL TEXTO DE SU LEY ORGÁNICA, DEDUCIDO POR LA FUNDACIÓN MI CASA.

Sentencia: 17 de mayo de 2011

ROL N^o 1.973-2011 26

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 168, INCISO SEGUNDO, DE LA ORDENANZA GENERAL DE ADUANAS, DEDUCIDO POR ROBERTO OETIKER LUCHSINGER.

PREVENCIÓN, RESPECTO DE DIVERSAS PARTES DE LA SENTENCIA, DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 3 de noviembre de 2011

- ROL Nº 1.974-2011** **50**
 REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1º DE LA LEY Nº 20.030, DEDUCIDO POR RICARDO ANDRÉS MONDACA HERRERA.
 Sentencia: 4 de mayo de 2011
- ROL Nº 1.975-2011** **54**
 REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 53, INCISOS TERCERO Y QUINTO, PARTE FINAL, DEL CÓDIGO TRIBUTARIO CONTENIDO EN EL D.L. Nº 830, DE 1974 Y SUS MODIFICACIONES, DEDUCIDO POR ROBERTO GUILLERMO PAREDES ORELLANA.
 Sentencia: 2 de junio de 2011
- ROL Nº 1.976-2011** **60**
 REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 350 DEL REGLAMENTO SANITARIO DE LOS ALIMENTOS, CONTENIDO EN EL DECRETO Nº 977, DE 1996, DEL MINISTERIO DE SALUD, EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 3, 67 Y 169 DEL CÓDIGO SANITARIO, DEDUCIDO POR MOLINO CAUPOLICÁN LIMITADA.
 Sentencia: 25 de mayo de 2011
- ROL Nº 1.977-2011** **61**
 REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 24 DEL D.F.L. Nº 2, DE 1998, DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN, SOBRE SUBVENCIÓN DEL ESTADO A ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES, DEDUCIDO POR CLARA INÉS WEBER CHÁVEZ Y OTROS.
 Sentencia: 19 de mayo de 2011
- ROL Nº 1.978-2011** **62**
 REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO QUINTO, DE LA LEY Nº 18.933; 2º, INCISOS SEGUNDO Y FINAL, DE LA LEY Nº 20.015; Y, 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR JOSÉ ALFREDO BRISTILO DÍAZ.
 Sentencia: 7 de julio de 2011
- ROL Nº 1.979-2011** **64**
 REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO QUINTO, DE LA LEY Nº 18.933; 2º

INCISOS SEGUNDO Y FINAL, DE LA LEY Nº 20.015; Y, 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR SYLVIA RUIZ DE GAMBOA COGHLAN.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Sentencia: 25 de agosto de 2011

ROL Nº 1.980-2011 67

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 493 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES AGROPECUARIAS (INIA).

Sentencia: 10 de mayo del 2011

ROL Nº 1.981-2011 70

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR CARLOS LÓPEZ VEGA.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 17 de mayo de 2011

ROL Nº 1.982-2011 75

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38 TER DE LA LEY Nº 18.933; 2º, INCISOS SEGUNDO Y FINAL, DE LA LEY Nº 20.015, EN LA PARTE QUE ALUDE AL FACTOR ETÁREO; 199 D.F.L. Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, Y 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR LUIS SERAFÍN SOTO POZO.

Sentencia: 19 de mayo de 2011

ROL Nº 1.983-2011 76

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38 TER DE LA LEY 18.933; 2º, INCISOS SEGUNDO Y FINAL, DE LA LEY Nº 20.015, EN LA PARTE QUE ALUDE A LA TABLA DE FACTOR ETÁREO; 199 DEL D.F.L. Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, Y 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR MIRIAM VEGA AGUAYO.

Sentencia: 1 de junio de 2011

ROL Nº 1.984-2011 78

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO QUINTO, DE LA LEY Nº 19.833, VIGENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY Nº 20.015, EN LA PARTE QUE ALUDE A LA TABLA DE FACTOR ETÁREO; 2º, INCISOS SEGUNDOS Y

FINAL DE LA LEY Nº 20.015, Y 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR BENJAMÍN VICUÑA PRIETO.

Sentencia: 7 de julio de 2011

ROL Nº 1.985-2011 81

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO QUINTO, DE LA LEY Nº 19.833; 2º, INCISOS SEGUNDO Y FINAL, DE LA LEY Nº 20.015; 199, DEL D.F.L. Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, Y 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR JUAN PABLO PARADA RUIZ.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO.

Sentencia: 26 de julio de 2011

ROL Nº 1.986-2011 90

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 41, INCISO FINAL, DEL D.F.L. Nº 850, DE 1997, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY Nº 15.840, DE 1964, Y DEL D.F.L. Nº 206, DE 1960, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, SOBRE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE CAMINOS, DEDUCIDO POR EMPRESA ELÉCTRICA DE ANTOFAGASTA S.A.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO Y ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

Sentencia: 24 de julio de 2012

ROL Nº 1.987-2011 126

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, QUE CORRESPONDE AL ARTÍCULO 199 DEL D.F.L. Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR PEDRO MATTAR PORCILE.

Sentencia: 5 de julio de 2011

ROL Nº 1.988-2011 130

REQUERIMIENTO PRESENTANDO POR 17 SENADORES RESPECTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE OBTENCIONES VEGETALES (UPOV-91).

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 24 de junio de 2011

ROL Nº 1.989-2011 197

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL AUTO ACORDADO DEL TRIBUNAL CALIFICADOR DE ELECCIONES, DE 19 DE ENERO DE 2011, QUE MODIFICÓ EL AUTO ACORDADO DEL TRIBUNAL CALIFICADOR DE ELECCIONES SOBRE PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN DE MIEMBROS TITULARES Y SUPLENTE DE LOS TRIBUNALES ELECTORALES REGIONALES, DE 29 DE DICIEMBRE DE 2008, DEDUCIDO POR EL TRIBUNAL ELECTORAL REGIONAL DE LA XI REGIÓN DE AYSÉN.

Sentencia: 31 de mayo de 2011

ROL Nº 1.990-2011 201

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 5º, INCISO SEGUNDO, Y 21 Nº 1º, LETRA B), DE LA LEY Nº 20.285, DEDUCIDO POR PABLO COLOMA CORREA.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 5 de junio de 2012

ROL Nº 1.991-2011 226

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 41, INCISO FINAL, DEL D.F.L. Nº 850, DE 1997, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY Nº 15.840, DE 1964, Y DEL D.F.L. Nº 206, DE 1960, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, SOBRE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE CAMINOS, DEDUCIDO POR METROGAS S.A.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, MARCELO VENEGAS PALACIOS Y ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

Sentencia: 24 de julio de 2012

ROL Nº 1.992-2011 262

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 41, INCISO FINAL, DEL D.F.L. Nº 850, DE 1997, DEL

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY Nº 15.840, DE 1964, Y DEL DECRETO D.F.L. Nº 206, DE 1960, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, SOBRE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE CAMINOS, DEDUCIDO POR CHILECTRA S.A.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO Y ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

Sentencia: 24 de julio de 2012

ROL Nº 1.993-2011

(2.043-2011, 20.77-2011, 2.078-2011 Y 2.079-2011) 297

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 41, INCISO FINAL, DEL D.F.L. Nº 850, DE 1997, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY Nº 15.840, DE 1964, Y DEL D.F.L. Nº 206, DE 1960, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, SOBRE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE CAMINOS, DEDUCIDO POR EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, MARCELO VENEGAS PALACIOS Y ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

Sentencia: 24 de julio de 2012

ROL Nº 1.994-2011

(1.995-2011, 1.996-2011, 1.997-2011, 1.998-2011, 1.999-2011, 2.000-2011, 2.001-2011, 2.002-2011, 2.003-2011, 2.004-2011, 2.005-2011, 2.006-2011 Y 2.007-2011) 337

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 1.995-2011

(1.994-2011, 1.996-2011, 1.997-2011, 1.998-2011, 1.999-2011, 2.000-2011, 2.001-2011, 2.002-2011, 2.003-2011, 2.004-2011, 2.005-2011, 2.006-2011 Y 2.007-2011) 365

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 1.996-2011

(1.994-2011, 1.995-2011, 1.997-2011, 1.998-2011, 1.999-2011, 2.000-2011, 2.001-2011, 2.002-2011, 2.003-2011, 2.004-2011, 2.005-2011, 2.006-2011 Y 2.007-2011) 366

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 1.997-2011

(1.994-2011, 1.995-2011, 1.996-2011, 1.998-2011, 1.999-2011, 2.000-2011, 2.001-2011, 2.002-2011, 2.003-2011, 2.004-2011, 2.005-2011, 2.006-2011 Y 2.007-2011) 366

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 1.998-2011

(1994-2011, 1995-2011, 1996-2011, 1997-2011, 1999-2011, 2000-2011, 2001-2011, 2002-2011, 2003-2011, 2004-2011, 2005-2011, 2006-2011 Y 2007-2011) 366

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y, 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 1.999-2011

(1994-2011, 1995-2011, 1996-2011, 1997-2011, 1998-2011, 2000-2011, 2001-2011, 2002-2011, 2003-2011, 2004-2011, 2005-2011, 2006-2011 Y 2007-2011) 367

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MI-

NERÍA; Y, 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

SENTENCIA: 26 DE ABRIL DE 2012

ROL Nº 2.000-2011

(1994-2011, 1995-2011, 1996-2011, 1997-2011, 1998-2011, 1999-2011, 2001-2011, 2002-2011, 2003-2011, 2004-2011, 2005-2011, 2006-2011 Y 2007-2011) 367

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y, 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 2.001-2011

(1994-2011, 1995-2011, 1996-2011, 1997-2011, 1998-2011, 1999-2011, 2000-2011, 2002-2011, 2003-2011, 2004-2011, 2005-2011, 2006-2011 Y 2007-2011) 367

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y, 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 2.002-2011

(1994-2011, 1995-2011, 1996-2011, 1997-2011, 1998-2011, 1999-2011, 2000-2011, 2001-2011, 2003-2011, 2004-2011, 2005-2011, 2006-2011 Y 2007-2011) 368

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y, 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 2.003-2011

(1994-2011, 1995-2011, 1996-2011, 1997-2011, 1998-2011, 1999-2011, 2000-2011, 2001-2011, 2002-2011, 2004-2011, 2005-2011, 2006-2011 Y 2007-2011) 368

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y, 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 2.004-2011

(1994-2011, 1995-2011, 1996-2011, 1997-2011, 1998-2011, 1999-2011, 2000-2011, 2001-2011, 2002-2011, 2003-2011, 2005-2011, 2006-2011 Y 2007-2011) 368

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y, 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 2.005-2011

(1994-2011, 1995-2011, 1996-2011, 1997-2011, 1998-2011, 1999-2011, 2000-2011, 2001-2011, 2002-2011, 2003-2011, 2004-2011, 2006-2011 Y 2007-2011) 369

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y, 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 2.006-2011

(1994-2011, 1995-2011, 1996-2011, 1997-2011, 1998-2011, 1999-2011, 2000-2011, 2001-2011, 2002-2011, 2003-2011, 2004-2011, 2005-2011 Y 2007-2011) 369

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y, 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 2.007-2011

(1994-2011, 1995-2011, 1996-2011, 1997-2011, 1998-2011, 1999-2011,

**2000-2011, 2001-2011, 2002-2011, 2003-2011, 2004-2011, 2005-2011
Y 2006-2011) 369**

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 70, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE MINERÍA; Y 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 19.573, DEDUCIDO POR MINERA LÍMITE S.A.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Sentencia: 26 de abril de 2012

ROL Nº 2.008-2011 370

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRECEPTOS LEGALES Y FORMA EN QUE EL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL Y LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ CONOCIÓ Y APLICÓ EL DERECHO, DEDUCIDO POR RAÚL ANTONIO ÁLVAREZ CORTÉS.

Sentencia: 10 de junio de 2011

ROL Nº 2.009-2011 374

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY SOBRE EL SISTEMA NACIONAL DE ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN PARVULARIA, BÁSICA Y MEDIA Y SU FISCALIZACIÓN.

PREVENCIÓN, RESPECTO DE DIVERSAS PARTES DE LA SENTENCIA, DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER, GONZALO GARCÍA PINO, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

DISIDENCIA, RESPECTO DE DIVERSAS PARTES DE LA SENTENCIA, DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS, HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, RAÚL BERTELSEN REPETTO, ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 4 de agosto de 2011

Ley Nº 20.529, de 27 de agosto de 2011

ROL Nº 2.010-2011 413

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38 TER DE LA LEY Nº 18.933; 2º, INCISOS SEGUNDO Y FINAL DE LA LEY Nº 20.015; 199 DEL D.F.L. Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, Y 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR LUIS SERAFÍN SOTO POZO.

Sentencia: 9 de junio de 2011

ROL Nº 2.011-2011 415

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO LEGAL ENUNCIADO EN LA ORACIÓN “LA NULIDAD ABSOLUTA PUEDE Y DEBE SER DECLARADA POR EL JUEZ, AUN SIN PETICIÓN DE PARTE, CUANDO APARECE DE MANIFIESTO EN EL ACTO O CONTRATO”, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1683 DEL CÓDIGO CIVIL”, DEDUCIDO POR EL BANCO DEL ESTADO DE CHILE.

Sentencia: 26 de julio de 2011

ROL Nº 2.012-2011 420

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO QUINTO, DE LA LEY Nº 18.933, VIGENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY Nº 20.015, EN LA PARTE QUE ALUDE A LA TABLA DE FACTOR ETÁREO; 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, QUE CORRESPONDE AL ARTÍCULO 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, Y 2º DE LA LEY Nº 20.015, DEDUCIDO POR PATRICIO EDUARDO HERNÁNDEZ KINAST.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 1 de diciembre de 2011

ROL Nº 2.013-2011 428

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 24 DEL D.F.L. Nº 2, DE 1998, DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN, DEDUCIDO POR RENÉ VARAS GONZÁLEZ.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES CARLOS CARMONA SANTANDER Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY.

Sentencia: 5 de julio de 2011

ROL Nº 2.014-2011 438

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 88 DE LA LEY Nº 16.744, DEDUCIDO POR LUISA CAROLINA NARANJO SOTO.

PREVENCIÓN DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

DISIDENCIA DEL MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO.

Sentencia: 6 de noviembre de 2012

ROL Nº 2.015-2011 453

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 2º, LETRAS M) Y N), Y 38 TER DE LA LEY

Nº 18.933, QUE ACTUALMENTE CORRESPONDEN A LAS LETRAS M) Y N) DEL ARTÍCULO 170 Y AL ARTÍCULO 199, RESPECTIVAMENTE, DEL D.F.L. Nº 1, DE 2005, DEL MINISTERIO DE SALUD, DEDUCIDO POR JOSÉ ARTURO URZÚA BASAURE.

Sentencia: 8 de julio de 2011

ROL Nº 2.016-2011 456

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO QUINTO, DE LA LEY Nº 18.933; 2º, INCISOS SEGUNDO Y FINAL, DE LA LEY Nº 20.015, Y 22 DE LA LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES, DEDUCIDO POR RAÚL LLANOS IBÁÑEZ.

Sentencia: 13 de octubre de 2011

ROL Nº 2.017-2011 458

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD “DE LA SENTENCIA RECAÍDA SOBRE EL RECURSO DE PROTECCIÓN INTERPUESTO DENTRO DE PLAZO, ANTE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO EN LOS AUTOS ROL NÚMERO 462-2010”, DEDUCIDO POR HÉCTOR HERNÁN ANDRADE VALDERAS.

Sentencia: 29 de junio de 2011

ROL Nº 2.018-2011 462

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 207, LETRA B), DE LA LEY Nº 18.290; Y 39 Y 40 DE LA LEY Nº 18.287, DEDUCIDO POR EL JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE MARÍA PINTO.

Sentencia: 7 de agosto de 2012

ROL Nº 2.019-2011 480

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 115, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR SERGIO TORRES BALBONTÍN.

Sentencia: 9 de agosto de 2011

ROL Nº 2.020-2011 (1.856-2010) 484

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38, INCISO TERCERO, Y 38 BIS DE LA LEY Nº 18.933, DEDUCIDO POR JAVIER FUENZALIDA ASMUSSEN.

Sentencia: 2 de mayo de 2012

ROL Nº 2.021-2011 (1.885-2010 Y 1.886-2010) 484

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 30, INCISO TERCERO Y 34, INCISO PRIMERO, DEL D.L. Nº 3.538, QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS; 35 DEL D.L. Nº 1.263 DE 1975, Y 2º, NÚMERO 2, LETRA B), DEL D.F.L. Nº 1, DE 1994, DEL MINISTERIO DE HACIENDA, DEDUCIDO POR MARCELO EDUARDO BRITO LEÓN Y ARSENIO MOLINA ALCALDE.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS, ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 10 de enero de 2012

ROL Nº 2.022-2011 485

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 36 B, LETRA A), DE LA LEY Nº 18.168, DE TELECOMUNICACIONES, Y 15 Y 18 DE LA LEY Nº 18.838, QUE CREA EL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN, DEDUCIDO POR CLAUDIO RAFAEL SÉGOVIA COFRÉ.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR CARLOS CARMONA SANTANDER.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, MARCELO VENEGAS PALACIOS, HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 29 de marzo de 2012

ROL Nº 2.023-2011 502

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 453 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR JAVIER GAMBOA BUSTAMANTE.

Sentencia: 21 de septiembre de 2011

ROL Nº 2.024-2011 505

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 150 Y 151 DE LA LEY Nº 18.834, ESTATUTO ADMINISTRATIVO, DEDUCIDO POR HERNÁN EUSEBIO LECHUGA FARÍAS.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES CARLOS CARMONA SANTANDER, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO Y JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY, DEL SUPLENTE DE MINISTRO SEÑOR CHRISTIAN SUÁREZ CROTHERS.

Sentencia: 13 de diciembre de 2012

ROL Nº 2.025-2011 520

REQUERIMIENTO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE “LA ACTUACIÓN DEL SENADO

Y LA CONSECUENTE MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR ÉSTE AL ARTÍCULO 197 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO” CONTENIDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL PERMISO POSTNATAL PARENTAL Y MODIFICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO Y MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 20 de julio de 2011

ROL Nº 2.026-2011 595

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXPRESIÓN “Y C)” COMPRENDIDA EN LA PARTE FINAL DEL ARTÍCULO 256 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR LAURA MUÑOZ ARAMAYONA.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, MARCELO VENEGAS PALACIOS E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 14 de agosto de 2012

ROL Nº 2.027-2011 619

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY Nº 18.695, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, Y REGULA LAS ASOCIACIONES MUNICIPALES.

PREVENCIÓN, RESPECTO DE DIVERSAS PARTES DE LA SENTENCIA, DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER Y GONZALO GARCÍA PINO.

DISIDENCIA, RESPECTO DE DIVERSAS PARTES DE LA SENTENCIA, DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y LOS MINISTROS SEÑORES JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY, FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER Y GONZALO GARCÍA PINO.

Sentencia: 26 de julio de 2011

Ley Nº 20.527, de 27 de agosto de 2011

ROL Nº 2.028-2011 636

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 360, INCISO FINAL, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN LA PARTE QUE SE CONSIGNA LA EXPRESIÓN “CORTE”, DEDUCIDO POR ROSA DE LAS MERCEDES AGUIRRE DÍAZ.

Sentencia: 27 de julio de 2011

ROL Nº 2.029-2011 640

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 237 DEL D.F.L. Nº 1, ESTATUTO DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS, DEDUCIDO POR LA CORTE DE APELACIONES DE TALCA.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, MARCELO VENEGAS PALACIOS, SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y SEÑOR IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 8 de enero de 2013

ROL Nº 2.030-2011 666

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38, INCISO QUINTO, DE LA LEY Nº 18.933, VIGENTE CON ANTERIORIDAD A LA LEY Nº 20.015, EN LA PARTE QUE ALUDE A LA TABLA DE FACTOR ETÁREO, DEDUCIDO POR ANDRÉS LECAROS CONCHA.

Sentencia: 13 de octubre de 2011

ROL Nº 2.031-2011 667

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 350 DEL REGLAMENTO SANITARIO DE LOS ALIMENTOS, DECRETO Nº 977 DE 1996, EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 3, 67 Y 169 DEL CÓDIGO SANITARIO, DEDUCIDO POR MOLINO CAUPOLICÁN LTDA.

Sentencia: 7 de julio 2011

ROL Nº 2.032-2011 671

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD “EN CONTRA DE LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 240, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL”, DEDUCIDO POR GUSTAVO HERNÁN LORCA QUITRAL.

Sentencia: 28 de julio de 2011

ROL Nº 2.033-2011 672

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 4º DE LA LEY Nº 19.260; Y 2º DE LA LEY Nº 18.754, DEDUCIDO POR CARLOS GUIDO MONTENEGRO VÁSQUEZ.

Sentencia: 10 de agosto de 2011

ROL Nº 2.034-2011 675

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

DAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 768, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DEDUCIDO POR ORPI S.A.

Sentencia: 5 de julio de 2012

ROL Nº 2.035-2011 691

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 206 DEL CÓDIGO CIVIL; Y, 5º TRANSITORIO, INCISOS TERCERO Y CUARTO, DE LA LEY Nº 19.585, DEDUCIDO POR CAROLINA REJAS LÓPEZ Y JUAN REJAS LÓPEZ.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES Y SEÑORES JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY, GONZALO GARCÍA PINO, ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y CARLOS CARMONA SANTANDER.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y CARLOS CARMONA SANTANDER.

Sentencia: 4 de septiembre de 2012

ROL Nº 2.036-2011 711

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL CIERRE DE FAENAS E INSTALACIONES MINERAS.

PREVENCIÓN, RESPECTO DE DIVERSAS PARTES DE LA SENTENCIA, DEL MINISTRO SEÑOR ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN.

DISIDENCIA, RESPECTO DE DIVERSAS PARTES DE LA SENTENCIA, DE LOS MINISTROS SEÑORES RAÚL BERTELSEN REPETTO, MARCELO VENEGAS PALACIOS, HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY, GONZALO GARCÍA PINO Y MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Sentencia: 18 de octubre de 2011

Ley Nº 20.551, de 11 de noviembre de 2011

ROL Nº 2.037-2011 758

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 162, INCISO QUINTO, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, DEDUCIDO POR DAVID VÁSQUEZ PONS.

Sentencia: 9 de agosto de 2011

ROL Nº 2.038-2011 762

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

DAD DEL ARTÍCULO 3º, INCISO TERCERO, DEL D.L. Nº 825, DE 1974, LEY DE IMPUESTOS A LAS VENTAS Y SERVICIOS, DEDUCIDO POR IPEC CONSTRUCCIONES LIMITADA.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Sentencia: 31 de enero de 2013

ROL Nº 2.039-2011 785

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 36, LETRA D), Y 38 DEL D.F.L. Nº 382, DE 1988, QUE CONTIENE LA LEY GENERAL DE SERVICIOS SANITARIOS, DEDUCIDO POR LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR GONZALO GARCÍA PINO.

DISIDENCIA DE LOS MINISTROS SEÑORES ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN Y DEL SUPLENTE DE MINISTRO SEÑOR CHRISTIAN SUÁREZ CROTHERS.

Sentencia: 20 de septiembre de 2011

ROL Nº 2.040-2011 790

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 418 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEDUCIDO POR RENÉ OSVALDO ALINCO BUSTOS.

Sentencia: 28 de julio de 2011

