

JURISPRUDENCIA COMENTADA

LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ESTADO PARA DEMANDAR LA REPARACIÓN DEL
AMBIENTE DAÑADO Y UNA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS
(CORTE SUPREMA)

Comentario de Andrés Bordalí Salamanca

Santiago, treinta y uno de agosto de dos mil diez. Vistos:

En estos autos Rol 5027-2008 tanto la parte demandante del Fisco de Chile como los demandados Sociedad Forestal Candelaria Río Puelo, Inversiones Piedras Moras S.A. y Mario González Asencio interpusieron recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que revocó la sentencia de primera instancia en cuanto acogía la demanda indemnizatoria deducida por el Fisco, rechazando dicha acción y confirmó el mismo fallo en cuanto por éste se condena a las sociedades demandadas a la restauración y reparación material del medio ambiente dañado, con costas. Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO DEDUCIDO A FS. 487 POR LOS DEMANDADOS:

Primero: Que el recurso denuncia que la sentencia impugnada, al rechazar su alegación de falta de legitimación pasiva, ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil y en los artículos 3º, 51 y 53 de la Ley Nº 19.300, infracción que se produce al realizar una interpretación extensiva y errónea de las citadas normas de la Ley Nº 19.300 referida.

Segundo: Que al explicar la forma en que se ha producido la infracción indica que la norma contenida en el artículo 51 de la Ley Nº 19.300, junto con el artículo 3º de la misma ley, que constituyen la piedra angular de la responsabilidad por daño ambiental, establecen un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa que contiene el Código Civil, para lo cual es necesario acreditar la culpa o dolo del autor del daño. Añade que el artículo 52 de la misma ley establece una presunción de responsabilidad del autor del daño en los casos que allí se indican, presunción que a su juicio sólo libera de la carga de probar la culpa o dolo del autor del daño ambiental, mas no de la carga de probar la autoría del mismo. Sostiene que, en consecuencia, era el Fisco quien debía acreditar la autoría en los hechos que atribuye a cada uno de los demandados, pues así lo exige el artículo 1698, lo que en la especie no ha ocurrido.

Tercero: Que en cuanto a la forma en que los errores denunciados han influido en lo dispositivo del fallo, las recurrentes indican que de haberse interpretado correctamente el ámbito de aplicación de la presunción contenida en el artículo 52 de la Ley Nº 19.300, junto con la carga de la prueba contenida en el artículo 1698 del Código Civil, necesariamente se habría revocado la sentencia de primer grado por no haberse acreditado los actos que se imputan a cada uno de los demandados, lo que es exigido por los artículos 3 y 51 de la Ley citada.

Cuarto: Que a fin de resolver el recurso resulta conveniente consignar que se han establecido como hechos de la causa los siguientes:

- a) Que los hechos que dieron origen a la demanda acaecieron en el predio denominado La Candelaria, de propiedad de la Sociedad de Inversiones Piedras Moras S.A., y la demandada Forestal Candelaria del Río Puelo S.A. es titular del contrato de explotación del bosque del mismo.
- b) Que se ha provocado al medio ambiente un daño significativo con motivo de las cortas ilegales de alerce verde, coihue y mañío, afectando así componentes del ambiente, agua, suelo y biota.
- c) Que se produjo un daño irreparable respecto al corte de 25 especies de alerce declarado monumento natural y que alcanzaban un diámetro de tres metros, los que podrían llegar a tener unos 3.000 años.

Quinto: Que asimismo consta que por sentencia ejecutoriada pronunciada en los autos Rol 420-2000 seguidos ante el Segundo Juzgado de Policía Local de Puerto Montt, iniciados con ocasión de los mismos hechos que motivan la presente causa, se condenó a la Sociedad de Inversiones Piedras Moras S.A., por infracción a la Ley de Bosques, a una multa de \$ 22.967.200, la que fue rebajada a la mitad por la Corte de Apelaciones de esa ciudad.

Sexto: Que el artículo 52 de la Ley Nº 19.300 establece: Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección o conservación ambientales, establecida en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Séptimo: Que habiéndose establecido la responsabilidad infraccional de la demanda Sociedad de Inversiones Piedras Moras S.A. respecto de las normas sobre protección y conservación del medio ambiente, al producirse la tala de alerce vivo en el predio de su propiedad, cuya explotación se encontraba a cargo y bajo la responsabilidad de la Sociedad La Candelaria Río Puelo S.A., resulta plenamente aplicable la presunción establecida en el artículo 52 de la Ley Nº 19.300 transcrito en el motivo anterior, sin que se pueda cuestionar nuevamente la existencia de tal responsabilidad so pretexto

de no haberse verificado en forma cierta la identidad del autor material de la tala indiscriminada.

Octavo: Que por lo expuesto, al razonar como lo han hecho los jueces de la instancia, han dado correcta aplicación a las normas que se dicen infringidas, por lo que el recurso de casación en el fondo deducido por las sociedades demandadas no podrá prosperar.

EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO DEDUCIDO POR EL FISCO DE CHILE A FS.473.

Noveno: Que la parte demandante deduce recurso de casación en el fondo en el que denuncia que en el fallo recurrido se han vulnerado dos grupos de normas. En primer lugar, los artículos 2314, 2315 y 2329 del Código Civil, con relación a los artículos 3, 53 y 54 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. En segundo término, los artículos 19 inciso primero, 20, 22 inciso primero y 23 parte final del Código Civil.

Décimo: Que explica que la vulneración al primer grupo de normas se produce al restringir la sentencia recurrida la titularidad del Estado de Chile para ejercer la acción indemnizatoria, en circunstancias que la ley sólo limita tal acción al directamente afectado por el daño ambiental. Añade además que ninguna de las normas legales indicadas supedita la procedencia de la indemnización de perjuicios a la necesidad que la víctima o afectado sea propietario o poseedor del bien dañado, como lo hace la sentencia impugnada, bastando que este daño constituya una lesión a un interés jurídicamente protegido, que en el presente caso tiene el Estado de Chile sobre su patrimonio ambiental.

Undécimo: Que respecto del segundo grupo de normas que indica vulneradas explica que la infracción se produce al efectuar el tribunal de alzada una errada interpretación de las normas decisorias litis, esto es los artículos 2314, 2315 y 2329 del Código Civil y 3, 53 y 54 de la Ley N° 19.300, exigiendo requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria que la ley no establece.

Duodécimo: Que al explicar la forma en que estos errores han influido en lo dispositivo del fallo, sostiene que de no haber mediado estos errores de interpretación los sentenciadores habrían concluido que la legitimación activa del Estado de Chile para solicitar una indemnización de perjuicios no está dada por su calidad de propietario del predio en los que se ubican los alerces, sino por la afectación o detrimento de su patrimonio ambiental, esto es, por la lesión a un interés jurídicamente protegido. Concluye que de haber razonado como lo sostiene, los sentenciadores habrían confirmado la sentencia de primer grado, condenando a los demandados a reparar materialmente e íntegramente el daño ambiental causado y además a indemnizar al Estado de Chile por tal daño.

Décimo tercero: Que para resolver el recurso se debe consignar que ha quedado establecido como un hecho de la causa que se produjo un daño irreparable respecto al corte de 25 especies de alerce declarado monumento natural y que alcanzaban un diámetro de tres metros, que podrían llegar a tener unos 3.000 años.

Décimo cuarto: Que ha de recordarse, además, que el artículo 53 de la Ley Nº 19.300 de Bases del Medio Ambiente autoriza el ejercicio de dos acciones diversas, a saber, la acción ambiental, que persigue la reparación del daño ambiental causado y cuyos titulares se enumeran en el artículo 54 de la misma ley; y la acción indemnizatoria, que entrega al directamente afectado por el daño y respecto de la cual se aplican las normas de la responsabilidad delictual y cuasidelictual contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

A su vez, el estatuto de la responsabilidad extracontractual exige para su procedencia la existencia de un hecho voluntario, la culpa o ilicitud de la conducta, el daño y la relación de causalidad.

En el presente caso, la legitimación activa del Fisco para deducir la acción indemnizatoria se cuestiona por no revestir éste la calidad de propietario de las especies dañadas con el actuar ilícito que se atribuye a los demandados, por lo que no tendría la calidad de directamente afectado con el daño.

Décimo quinto: Que a fin de resolver este punto se debe tener presente que por Decreto Supremo Nº 490 del Ministerio de Agricultura, de 1º de octubre de 1976, se declaró Monumento Natural a la especie forestal Alerce o Lahuén, cuyo nombre científico corresponde al de *Fitzroya cupressoides*, declaración que se sustenta en el Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores Nº 531, de 23 de agosto de 1967, que previa aprobación del Congreso Nacional ordenó cumplir como ley de la República la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, firmada en la ciudad de Washington el 12 de octubre de 1940.

Tal declaración reviste particular importancia respecto de especies vegetales en peligro de extinción o cuya densidad poblacional se encuentre evidentemente reducida o puedan calificarse como vulnerables, raras o escasamente conocidas, ya que prohíbe su corta, descepatura o explotación a fin de conservarlas en su medio ambiente natural, preservando su diversidad genética y evitando su extinción o menoscabo por cualquier medio o alcance del hombre. La importancia de declaración de monumento natural para una especie vegetal radica en que ella equivale a poner la especie en veda permanente, ya que la protección absoluta o inviolabilidad supone que ningún ejemplar de la especie, donde quiera que se encuentre, puede ser intervenido de modo alguno ni para ningún fin, excepto para realizar investigaciones científicas. De esta manera se protege los ejemplares que se encuentren fuera de las áreas de explotación prohibida, tanto en terrenos de dominio público como privado.

Décimo sexto: Que continuando con el análisis seguido hasta ahora, se debe tener presente que el daño ambiental definido en el artículo 2º letra e) de la Ley de Bases

del Medio Ambiente puede tener efectos de carácter temporal, como en el caso que se produce contaminación acústica por faenas que producen un ruido que sobrepasa las normas permitidas, los que llegarán a su fin cuando se concluyan las obras y que además pueden ser mitigados con medidas tales como sistemas de aislamiento de ruido, o cuando se produce contaminación atmosférica por una chimenea industrial que emite determinadas partículas contaminantes, la que se evitará ordenando cesar el uso de la fuente emisora y que con condiciones climáticas favorables verá disminuido su impacto. Pero también los efectos del daño ambiental pueden ser de carácter permanente, lo que se produce, por ejemplo, como en el caso en estudio, con la tala de alguna especie natural protegida y cuya recuperación no resulta posible cualquiera sean las medidas que al respecto se adopten, lo que como se estableció por los sentenciadores de la instancia se tradujo en el corte de 25 especies de alerce declarado monumento natural y que alcanzaban un diámetro de tres metros, que podrían llegar a tener unos 3.000 años, especies que no será posible recuperar ni aun por medio de la reforestación.

Décimo séptimo: Que esta afectación de carácter permanente que se ha producido en el presente caso y que se traduce en la pérdida definitiva e irreparable de 25 ejemplares de la especie alerce, protegido como monumento natural por el Estado de Chile, constituye una disminución de la biomasa o biodiversidad, definida como tal en el artículo 2° letra a) de la Ley N° 19.300, que conforma el patrimonio ambiental de la Nación, lo que evidentemente constituye un daño o perjuicio que otorga al Estado el derecho para solicitar a través de los organismos correspondientes su resarcimiento compensatorio por medio de la acción indemnizatoria deducida en autos.

Décimo octavo: Que lo anterior se ve reforzado por lo que dispone el artículo 3° de la Ley N° 19.300, que establece la obligación de indemnizar el daño ambiental de conformidad a la ley. Ello, porque esa norma usa la conjunción e, lo que implica que la reparación ambiental y la indemnización son compatibles y pueden acumularse, cuando la primera no es suficiente para resarcir la dimensión del daño causado, aplicándose a este respecto el estatuto de la responsabilidad extracontractual contenido en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, que obligan al responsable de un delito o cuasidelito al pago de una indemnización.

Además, de estimarse lo contrario, implicaría que la función de prevención especial y general que debe cumplir la responsabilidad ambiental se vería disminuida si sus propias normas la limitaran sólo a la reparación en naturaleza, negando al Estado, que aparece como garante del patrimonio ambiental de la Nación, solicitar la indemnización correspondiente por aquella parte que resulta imposible de reparar, lo que significaría burlar el principio de responsabilidad contenido en la propia ley. (Álvaro Vidal Olivares. Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley N° 19.300. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Año 2007.).

Décimo Noveno: Que al no haberlo estimado así los sentenciadores de la instancia han incurrido en una infracción a lo dispuesto en los artículos 2314, 2315 y 2329 del Código Civil, en relación con los artículos 3, 53 y 54 de la Ley N° 19.300, por lo que el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco será acogido.

De conformidad asimismo con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 807 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

- I. Que se rechaza el recurso de casación el fondo deducido en lo principal de fs. 487 por las sociedades demandadas en contra de la sentencia de catorce de julio de dos mil ocho, escrita a fs. 468.
- II. Que se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fs. 473 por el Fisco de Chile en contra de la misma sentencia, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta separadamente y a continuación.

Acordada en la parte que acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile con el voto en contra de la Ministro señora Egnem, quien estuvo por rechazar también ese arbitrio procesal toda vez que, en su concepto, no se ha vulnerado por los jueces del fondo las normas que en el mismo se señalan como infringidas, en virtud de las siguientes argumentaciones:

Primero: Que en primer lugar, de la sola lectura del artículo 53 de la Ley 19.300 es posible apreciar el sentido de dicho texto, en cuanto, distinguiendo claramente dos acciones, reparatoria del medio ambiente e indemnizatoria, sólo respecto de la primera cuidó de syndicar expresamente como legitimado activo a todo evento entre otros, al Estado de Chile, en tanto reservó la segunda, esto es la indemnizatoria, al directamente afectado bajo la premisa de ser aplicables en este caso las normas generales de Código Civil, lo que no ha sido cuestionado.

Segundo: Que en la normativa de responsabilidad por daño antes referida del Código Civil, artículo 2314 y siguientes, emerge como víctima del daño patrimonial –acotado de esta forma a partir del hecho que la demanda sobre el punto se funda aludiendo al daño producido al patrimonio ambiental y particularmente de las especies más valiosas– y, por ende, como legitimado para ejercer la acción pertinente, quien ha sufrido menoscabo o detrimento en su patrimonio. Evidentemente se trata de un daño que traduce un significado económico que es necesario compensar o resarcir, sea porque se produjo una pérdida o disminución de su haber (daño emergente) o porque se amagó o disminuyó la posibilidad de incremento (lucro cesante). En cualquiera de estos escenarios, quien sufre o experimenta tales detrimentos es el titular de los bienes corporales dañados, en la especie declarados monumento nacional, calidad o titularidad que el Estado de Chile no tiene pues indiscutidamente no se trata de bienes fiscales ni de bienes nacionales de uso público, sino de especies privadas sujetas a las limitaciones del dominio para quien lo detenta, atendida la calidad ya mencionada de las especies de que se trata.

Tercero: Que precisamente por estar comprometido, en la preservación de la especie arbórea que es materia de esta causa, el interés general de la comunidad que por lo mismo corresponde al Estado cautelar y asegurar –es que la ley acuerda expresamente a este último legitimidad activa para incoar y llevar adelante la acción reparatoria en

relación con el medio ambiente. Sin embargo, ello no puede significar que se haga extensiva a favor del Estado, por esta vía, la acción para cobrar perjuicios por daño patrimonial, acudiendo como lo revela el tenor de la demanda de autos— a una difusa conceptualización de daño que se desmarca del contenido y categorías de los perjuicios ya referidos en lo que precede y que corresponden a lo que el derecho común regula como patrimoniales.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño y del voto disidente su autora. Rol N° 5027-2008 Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito, Sra. Rosa Egnem y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Abogado Integrante Sr. Mauriz por estar ausente. Santiago, 31 de agosto de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a treinta y uno de agosto de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, treinta y uno de agosto de dos mil diez.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de su motivo séptimo, que se elimina.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que el Consejo de Defensa del Estado ha ejercido, además de la acción por daño ambiental, la acción de indemnización de perjuicios en contra de los demandados Sociedad de Inversiones Piedras Moras S.A., Forestal Candelaria de Río Puelo S.A. y de don Mario González Asencio, fundándola en la responsabilidad civil extracontractual. Segundo: Que las sociedades demandadas han alegado la falta de legitimación activa del Estado para solicitar la indemnización que establece en su parte final el artículo 53 de la Ley N° 19.300, la que se encuentra reservada al directamente afectado por el daño ambiental, calidad que a su juicio no reviste el Fisco de Chile.

Tercero: Que el artículo 53 de la Ley 19.300 contempla la posibilidad de solicitar indemnización por el daño ambiental causado al directamente afectado, calidad que no

define, por lo que ha de estarse a la situación particular de cada caso concreto a fin de establecer quién es el autorizado para accionar por esta vía.

Cuarto: Que en primer término se debe considerar que el estatuto de la responsabilidad extracontractual del Código Civil, aplicable a la acción indemnizatoria en comento, no exige para su ejercicio revestir la calidad de propietario del bien afectado por el actuar ilícito, reconociendo en su artículo 2315 la posibilidad de solicitar la indemnización a quienes revisten calidades diversas, como poseedor, usufructuario, usuario o habitador, bastando que quien solicita el resarcimiento se haya visto lesionado en su patrimonio.

Quinto: Que tal como se razonó en el fallo de casación, el Estado de Chile reviste la calidad de directamente afectado atendida la especial situación jurídica de la especie vegetal sobre la cual recayó el daño, ya que por haberse declarado el alerce como Monumento Natural con las consecuencias que ello implica, tanto su tala como su explotación se encuentran prohibidas. Asimismo, por tratarse de un perjuicio de carácter permanente que no admite reparación y que constituye una disminución en la biodiversidad que conforma el patrimonio ambiental de la Nación, el Estado de Chile se encuentra legitimado en este caso particular para demandar la indemnización que solicita.

Sexto: Que son requisitos para que exista responsabilidad extracontractual la existencia de un acto voluntario, la culpa o dolo del agente de esa conducta, el daño y la relación de causalidad, elementos todos que concurren en la especie, ya que se ha determinado la responsabilidad infraccional de las sociedades demandadas, el daño sufrido por el Estado de Chile (en los términos que se indican en los motivos que preceden) y la relación existente entre el actuar que se reprocha a los demandados y el perjuicio producido.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 2314, 2315, 2329 del Código Civil y 186 del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia apelada de treinta de agosto de dos mil siete, escrita a fs. 269.

Acordada con el voto en contra de la Ministro señora Egnem, quien estuvo por revocar la sentencia de primer grado y rechazar la demanda deducida por el Fisco, en razón de las consideraciones formuladas en su disidencia contenida en el fallo de casación.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.

Rol N° 5027-2008. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito, Sra. Rosa Egnem y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Abogado Integrante Sr. Mauriz por estar ausente. Santiago, 31 de agosto de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a treinta y uno de agosto de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

COMENTARIO

A diferencia de las leyes procesales de otros países, las leyes chilenas utilizan generalmente la expresión “son titulares de la acción” para referirse a quienes están legitimados activamente para deducir la acción o, si se quiere, para deducir la pretensión respectiva. La Ley de Bases del Medio Ambiente se inscribe en esta línea, pues en su artículo 53 señala que “Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado”. Asimismo el artículo 54 de la misma Ley expresa que “son titulares de la acción ambiental señalada en el artículo anterior, y con el objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas y el Estado”.

Sin perjuicio de que las leyes procesales chilenas vigentes, como regla general no utilizan la expresión legitimación activa ni legitimado activo, hay que señalar que los tribunales de justicia sí lo hacen y con bastante habitualidad. El fallo que comentamos es una muestra de ello.

Algunas leyes chilenas más contemporáneas, como la Ley de Protección a los Consumidores, utilizan la expresión legitimado activo (arts. 51 3. y 52 a)). El Proyecto de Código Procesal Civil también se refiere a la legitimación en su artículo 245 n° 9.

Ahora bien, la utilización de la expresión legal “son titulares de la acción” y la utilización en las sentencias definitivas de los tribunales de justicia de la expresión legitimado activo, acarrearán sus respectivos problemas.

Si pensamos que hoy en día la acción es entendida como un derecho de carácter fundamental reconocido en las constituciones (derecho a la tutela judicial) y que pertenece, en cuanto derecho fundamental, a todas las personas, cualquier definición restrictiva de la ley en cuanto a quiénes sean los titulares de este derecho fundamental podría dar lugar a problemas de constitucionalidad. Lo que se recomienda por tanto al legislador es no definir quiénes son los titulares de este derecho de acción. Aparece menos problemático desde un punto de vista constitucional que el legislador utilice expresiones tales como “son legitimados activos”; “podrán demandar”, etcétera, en vez de “son titulares de la acción”.

Por otra parte, si los jueces en sus sentencias definitivas declaran que quien demandó es un legitimado activo, puede ser que se le esté dando una consideración material o sustancial al término, lo que no se corresponde con el carácter procesal de la institución en juego. También puede ser que la connotación que se le dé al término legitimación en la sentencia definitiva sea de carácter procesal, pero la sentencia definitiva no es el mejor momento ni lugar para controlar esa institución de carácter procesal.

En un proceso judicial hay que distinguir entre la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica material que se deduce en él, que forma parte del derecho material y que será la cuestión de fondo que se plantea al tribunal y respecto de la que se pide un pronunciamiento con todos los efectos propios de la cosa juzgada y, por otra parte, como cuestión diferente, la posición habilitante para formular la pretensión (legitimación activa) o para que contra alguien se formule (legitimación pasiva), en condiciones de ser examinada por el órgano jurisdiccional en cuanto al fondo, que está regulada consiguientemente por normas de naturaleza procesal. Por ello, la legitimación resuelve sólo la cuestión de quién puede pedir en juicio la actuación del derecho objetivo en el caso concreto y contra quién puede pedirse. Cumple de esta manera un rol de presupuesto procesal.

La legitimación, de este modo, sólo puede tener una naturaleza de carácter procesal y no sustantiva. Podrá tener una proyección material, si se quiere, en cuanto tiene relación con el asunto debatido en el juicio, pero no es una cuestión estrictamente material. En forma sustancial hablaremos del titular de un derecho o interés, por un lado, o del obligado o responsable, por el otro. Pero lo que no hace falta es llamar a esas personas legitimado activo o pasivo.

Si el concepto de legitimación es de carácter procesal, lo aconsejable es comprobar su existencia *in limine litis* y no en la sentencia definitiva. Los procesos colectivos en materia de consumo chilenos así lo hacen y ese debe ser el modelo a seguir.

Entonces, los consejos que se pueden dar al legislador y a los jueces son los siguientes. Al primero, es que en las leyes procesales futuras contemple un control de la existencia de la legitimación al comienzo del proceso, ya sea dentro de una fase de admisibilidad o bien conociendo de una excepción dilatoria. A los jueces se les puede recomendar que mientras no exista una regulación de esta materia dada por la ley, no utilicen el concepto de legitimación con un carácter material o sustantivo.

En tanto no se regule la legitimación y su control *in limine litis*, mediante la ley respectiva, los jueces podrán controlarla en la sentencia definitiva, pero deberán separar claramente en su decisión, si es que se ha alegado sobre el punto, si quien demandó es o no legitimado activo o si quien fue demandado es o no legitimado pasivo y, luego, resolver la cuestión del fondo determinando si el que demandó es titular del derecho o interés reclamado y si el demandado resulta obligado o responsable. Lo que no resulta aceptable es que para referirse a esta última cuestión se señale que el actor es legitimado activo o el demandado es legitimado pasivo.

El fallo en cuestión no distingue claramente entre los conceptos de acción, legitimación activa y reconocimiento de un derecho material. En el fallo de casación se señala que se estableció en la causa el daño ambiental producto de la tala de 25 ejemplares de la especie de Alerce, lo “que otorga al Estado el derecho para solicitar a través de los organismos correspondientes su rescaramiento compensatorio por medio de la acción indemnizatoria deducida en autos”.

Más correcto habría sido señalar que generado daño ambiental producto de la tala de esos 25 ejemplares de alerce que forman parte del patrimonio ambiental de la Nación, el Estado está legitimado activamente para solicitar a través de los organismos

correspondientes su resarcimiento compensatorio por medio de la demanda indemnizatoria deducida en autos y, en definitiva, el Estado tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios que le han causado los demandados. Las cosas por su nombre.

CUSTODIA COMPARTIDA, ACUERDO DE LOS PADRES Y
ESTABLECIMIENTO DE OFICIO: UN FALLO EN AUSENCIA DE LEY
(CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO)

Comentario de Fabiola Lathrop Gómez

Santiago, veintidós de mayo de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos RIT C-3.274-06 y RUC 0620110853-3, del Cuarto Juzgado de Familia de esta ciudad, por sentencia de cuatro de febrero de dos mil nueve, la juez titular de dicho tribunal, doña Luz Adriana Celedón Bulnes, hizo lugar a la demanda deducida por don David Alejandro Abuhabda Coldrey en contra de doña Andrea María Moena Olgún, sólo en cuanto dispuso que el cuidado personal del menor Lucas Tarek Abuhabda Moena correspondía “también al padre, don David Alejandro Abuhabda Coldrey, estableciendo una custodia compartida, cuya implementación deberá ser supervigilada por el Instituto Chileno de terapia Familiar, la que en sus primeros dos años, deberá emitir informes trimestrales a este Juzgado de Familia”. En contra de esta sentencia, la parte demandada dedujo recursos de casación en la forma y apelación. Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA.

PRIMERO: Que la recurrente sostiene que la sentencia se encuentra viciada por la causal 9ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el Nº 6 del artículo 67 de la Ley 19.968, o sea, “en haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que no hay nulidad”. Dichas faltas u omisiones, en concepto de la recurrente, son las siguientes: a) la magistrado de la causa ha fallado creando una figura que jurídicamente no existe, esto es, el cuidado personal compartido; b) legislar es una función entregada por ley al Poder Legislativo y existe prohibición expresa a la Magistratura, en el artículo 70 de la Constitución Política de la República, de intervenir en aquella facultad; y c) se ha infringido el artículo 225 del Código Civil.

SEGUNDO: Que baste para rechazar el recurso el hecho que la demandada no ha relacionado la causal con ninguno de los numerales del artículo 795 del Código de Procedimiento Civil. El recurso de nulidad formal es de derecho estricto y es menester señalar claramente la causal por la cual se lo deduce lo que implica que, tratándose de

aquella contemplada en el Nº 9º del artículo 768 del citado Código, debe relacionársele, necesariamente, con alguno de los números del artículo 795 del mismo cuerpo de leyes o con otra norma que diga expresamente que hay nulidad, nada de lo cual sucede en autos, en que las disposiciones que cita la recurrente no establecen la sanción que se viene comentando.

TERCERO: Que, por lo demás, la recurrente en realidad ha hecho ver los errores de derecho que contiene el fallo, materia que escapa a los límites de la casación en la forma que, como se sabe, forma parte del instituto de la nulidad procesal.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN.

Se reproduce la sentencia enalzada, con excepción de sus motivos décimo, decimocuarto, decimosexto, decimonoveno, vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo tercero, que se eliminan.

En su consideración octava, se reemplaza la frase “Que, a raíz de un incidente respecto del cual esta sentenciadora no tiene claridad, y que no es objeto de este Juicio, pero que –al parecer– es presenciado por el hijo común, se inicia la causa Rol Nº F-229-2004 seguida ante el 15º Juzgado Civil de Santiago, en la cual se ordena”, por la siguiente: “Que en causa rol F-229-2004 del 15º Juzgado Civil de Santiago, se dispuso”.

En el motivo undécimo, se trueca la palabra “debelación” por “develación”.

En el considerando decimotercero, primer párrafo, se elimina el período que comienza con las voces “y de modo” y culmina con las palabras “hasta el día de hoy”, y la coma (,) que lo antecede.

En el considerando decimoséptimo se suprimen sus párrafos primero, segundo, tercero y cuarto. En su párrafo quinto se cambian las voces “En efecto”, por la palabra “Que”.

En el motivo decimooctavo, se eliminan los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

CUARTO: Que el antiguo texto del artículo 223 del Código Civil establecía que “A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos, cuando por su depravación sea de temer que se perviertan”, disposición que también se aplicaba al caso de simple separación de hecho. Hoy en día, empero, la materia está regulada por el artículo 225 del Código Civil, que en sus incisos primero y tercero, ambos transcritos en el fallo que se impugna, establece que en caso de separación es la madre la que tiene el cuidado personal de los menores pero que, cuando el interés superior de éstos lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez puede entregar dicho cuidado personal al padre.

QUINTO: Que, en consecuencia, cierto es que el legislador ha variado su criterio a la hora de decidir cuál de los dos progenitores, en caso de separación, es el encargado

del cuidado de los hijos menores. Y de aquel razonamiento por el cual se entendía que siempre era la madre la encargada de tal cuidado, por el sólo hecho de ser tal, salvo “depravación” de la misma, se ha pasado a ocupar el criterio del interés superior del niño –reiterado en el artículo 16 de la Ley 19.968–, presumiendo la ley que dicho interés está más a salvo con la madre, sin perjuicio de entregar el cuidado al padre bastando para ello acreditar simple maltrato, descuido u otra causa calificada y sin exigir la “depravación” de la progenitora. Tal criterio, el del “interés superior del niño”, se sustenta, además, en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por Chile el 26 de enero de 1990, promulgado por Decreto 830 de 14 de agosto de ese año y publicada en el Diario Oficial de 27 de noviembre de 1990.

SEXTO: Que tal como se ha sostenido por esta Corte en fallos de uno de septiembre de 2004 (causa rol 4105-04) y de 22 de junio de 2006 (causa rol 218-06), “el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso”. En consecuencia, en cada caso que se somete a la decisión jurisdiccional un asunto de esta naturaleza, se deberá indagar cuál es el interés superior del niño, conforme a los siguientes factores: “a) las necesidades materiales, educativas y emocionales de los niños y la probabilidad de que sean cubiertas por quien pretende la tuición; b) la capacidad y condiciones del solicitante para asumir la tuición; c) el efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual de los menores; y d) si existiere algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo por consecuencia de la tuición”, según la doctrina sustentada en las aludidas sentencias.

SÉPTIMO: Que, entonces, la ley, el artículo 225 del Código Civil, es el que debe regular el conflicto de autos, norma por la cual el cuidado personal de Lucas Tarek Abuhabda Moena debe quedar entregado a la madre demandada salvo que, el interés superior de dicho menor haga indispensable variar tal premisa, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, caso este último en que la tuición (o “cuidado personal” como se ha dado en llamar ahora a dicha institución) puede ser entregada al padre, advirtiendo la norma, eso sí, que no se puede confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo, mientras estuvo bajo el cuidado del otro progenitor, pudiendo hacerlo.

OCTAVO: Que de la prueba rendida en el proceso, descrita en el fallo que se revisa y apreciada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, esto es, no vulnerando las máximas de la experiencia, ni la lógica ni los conocimientos científicamente afianzados, no se desprende dato alguno que permita convencer a esta Corte que la madre demandada haya maltratado de alguna forma a su hijo Lucas Abuhabda, o sea, que lo haya tratado

de mala manera, de palabra u obra. Tampoco puede decirse que la madre haya tenido una conducta “descuidada” con su descendiente, esto es, que no se haya preocupado de su hijo en alguna forma; de hecho, el episodio aquél por el cual el referido menor habría sido objeto de abuso sexual por parte de un sujeto de 17 años de edad, referido en el motivo duodécimo de la sentencia de primera instancia, habría ocurrido cuando estaba con su padre, el demandante, quien hacía uso de su derecho a visitas (“relación directa y regular”, conforme a la nomenclatura en boga).

NOVENO: Que, en consecuencia, no hay razón alguna que permita al tribunal mudar el cuidado personal del menor de autos, actualmente detentado por la persona a la que naturalmente le corresponde –la madre–, desde que no hay pruebas que permitan concluir que el interés superior del niño haga indispensable, por maltrato, descuido u otra causa justificada, entregar la tuición al padre demandante.

DÉCIMO: Que la palabra “síndrome” significa un conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o un conjunto de fenómenos que caracterizan una situación determinada. El llamado Síndrome de Alienación Parental, del que no se tienen noticias aparte de los dichos del psicólogo Cristián Roberto Cejas Martínez, titulado de la Universidad La República en el año 1996, no incluido en el listado de peritos de la Corte de Apelaciones de Santiago, quien publicó artículos de su especialidad en el sitio web de “Amor de Papá”, que preside el demandante, consistiría en un conjunto de síntomas derivadas de la influencia de un padre o madre en su hijo con miras a que éste desprecie al otro progenitor, impidiendo así el necesario vínculo entre el menor y su padre o madre. Pues bien, dicho “perito” afirma que no interrogó al niño de autos y su credibilidad, apreciado su testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es débil, desde que, ya se ha dicho, se trata de una persona que coopera con el movimiento liderado por el demandante. Luego, no hay evidencias que el menor sufra algún trastorno similar a lo que dicho testigo refiere como “Síndrome de Alienación Parental”, del que, se reitera, no se tiene conocimiento de su reconocimiento por la comunidad científica especializada.

De otro lado, la señora Claudia Andrea Mery Leal, Subdirectora del colegio al que asiste Lucas Tarek Abuhabda Moena, declaró en el proceso que el padre, durante un mes en el año 2007 rondaba el colegio e irrumpía al establecimiento con periodistas y cámaras fotográficas y era muy violento verbalmente, agregando que una vez entró con su abogado hasta la oficina del Rector, hechos estos que se sucedían todos los viernes a vista y paciencia de los apoderados. Señala la testigo que concurría personal de Carabineros. El menor, agrega, se iba a la enfermería porque no quería salir con su padre. Parece evidente, entonces, que la reticencia del menor viene dada por la conducta extraviada e imprudente de su padre, que obviamente lo avergüenza y menoscaba, al hacer escándalos de esa naturaleza en su colegio, frente a sus compañeros de curso, profesores y apoderados. El rechazo del menor es una consecuencia natural y obvia de la conducta del demandante. O sea, el actor debe buscar en su propia conducta la explicación de la reticencia de su hijo a estar con él y no en maniobras psicológicas de la demandada.

UNDÉCIMO: Que el menor de autos, nacido el 2 de septiembre de 1996, en una larga entrevista con la juez de primer grado, haciendo uso de su derecho a ser oído, manifestó su voluntad en respuestas categóricas, sin titubeos, con buena dicción, apreciándose extraordinariamente maduro para su edad, y esta Corte tendrá muy presente su opinión para la solución del conflicto, de acuerdo a lo regulado en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 19.968.

DUODÉCIMO: Que, por último, la propia sentenciadora de primer grado, en el considerando vigésimo de su sentencia, eliminado por esta Corte, señaló que al demandante señor Abuhabda se le hizo una “abultada” liquidación de crédito en causa por cumplimiento de alimentos, lo que desde luego impide absolutamente que la demanda pueda prosperar, desde que el inciso final del artículo 225 del Código Civil señala que no puede entregarse el cuidado personal del menor al padre o madre que no ha contribuido a la manutención del hijo, mientras estuvo bajo el cuidado del otro progenitor.

DECIMOTERCERO: Que de la opinión de la Consejera Técnica, señora Ana María Barahona se rescata lo que realmente interesa a la solución de este conflicto, a saber, que la madre no tiene ninguna inhabilidad para tener el cuidado personal de su hijo niño Lucas Abuhabda Moena, de modo que conforme al artículo 225 del Código Civil, tantas veces citado, la demanda no puede sino ser desechada.

DECIMOCUARTO: Que al otorgársele el cuidado personal del menor a su madre, esta Corte regulará el siguiente régimen de relación directa y regular o derecho de visitas, a favor del padre demandante: fin de semana por medio, debiendo ser entregado el menor por su madre en casa de sus abuelos paternos el día viernes a las 19:00 horas y retirado desde el mismo inmueble, el domingo a idéntica hora.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 19.968, se rechaza el recurso de casación en la forma interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia de cuatro de febrero de dos mil nueve, dictada por la juez señora Luz Adriana Celedón Bulnes, titular del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago.

Se revoca la misma resolución y en su lugar se decide que la demanda de cuidado personal planteada por don David Alejandro Abuhabda Coldrey respecto de su hijo Lucas Tarek Abuhabda Moena, queda rechazada íntegramente, con costas.

Se regula el siguiente régimen de relación directa y regular en favor del padre demandante respecto de su hijo ya mencionado: fin de semana por medio, debiendo ser entregado el menor por su madre por intermedio de sus abuelos paternos el día viernes a las 19:00 horas y retirado desde el mismo inmueble, el domingo siguiente a idéntica hora.

Se previene que el Ministro señor Mera estuvo por, regulando el régimen de relación directa y regular, decidir que el padre verá a su hijo, ambos ya referidos, sólo sábado por medio, entre las 15:00 y las 19:00 horas, debiendo ser entregado y retirado por su madre en el horario mencionado, por intermedio de los abuelos paternos del menor de autos.

Compúlsense los antecedentes necesarios y pasen los autos al Tribunal Pleno, para conocer de la actuación de la juez doña Luz Adriana Celedón Bulnes, de la que dan cuenta los registros de audio, y de su decisión de acoger parcialmente la demanda y otorgar una “custodia compartida” del menor a ambos padres, a pesar que la misma sentenciadora había razonado que nuestra legislación no contempla expresamente esta figura y que sólo existe la idea de legislar sobre el tema por parte de algunos parlamentarios. Acordada esta última decisión contra el voto del Abogado Integrante señor Pfeffer, quien estuvo por no pasar estos antecedentes al Tribunal Pleno.

Redacción del Ministro señor Mera.

Regístrese y devuélvase.

Nº 565-2.009.

Dictada por la Quinta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministro doña Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante don Emilio Pfeffer Urquiaga.

COMENTARIO

El fallo que se comenta tiene su origen en sentencia del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, de cuatro de febrero de 2009, recaída en demanda de cuidado personal del padre, otorgando, sin mediar petición expresa de las partes, la custodia compartida del hijo trece años. La madre interpone recurso de casación en la forma, el que es rechazado, y apelación –aquí transcrita–, que es acogida. El padre presenta un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 225 del Código Civil, el que, a diferencia de otras ocasiones, ha sido declarado admisible por el Tribunal Constitucional el 30 de junio de 2009, sin que a la fecha de este comentario exista pronunciamiento sobre el fondo. El padre solicita también la casación en el fondo, la que es rechazada por la Corte Suprema.

Más allá de que este fallo haya sido dictado en ausencia de ley expresa que autorice la custodia compartida¹, y frente a la posibilidad de que se legisle sobre ella en el futuro, cabe efectuar algunas consideraciones en torno al acuerdo de los progenitores como criterio determinante para establecerla. En efecto, si bien la ley no reconoce expresamente este instituto, cierta práctica evidencia que los jueces tienden a aprobar los acuerdos de los padres en que se distribuye el cuidado personal con cierta alternancia y, asimismo, a homologar los convenios en que los padres establecen un régimen de relación directa y regular tan amplio y flexible que, en los hechos, se configura una “especie” de tuición compartida. En este sentido, cabe señalar entonces, respecto del caso en comento, que si los padres hubiesen estado de acuerdo en establecer esta forma de organización del cuidado personal, y siempre que

¹ En el fallo de primera instancia no se hace mayor análisis acerca del fundamento positivo que amerite la implementación de este sistema. Más bien se reconoce la inexistencia de norma expresa y la sola intención de legislar al respecto. Sólo se mencionan, a mi juicio, de manera muy insuficiente, ciertas disposiciones de tratados internacionales que parecen fundarla.

ello hubiese sido conveniente para el hijo en atención a su interés superior, concurriendo ciertas condiciones básicas para su funcionamiento, en principio, no se habría debido observar óbice para dar lugar a este régimen. De hecho, en países como Francia, España e Italia, antes de reconocerse en la letra de la ley esta figura, se observaba la tendencia a aceptar su introducción cuando los mismos padres proponían esta modalidad y cuando, como hemos dicho, en atención al *favor filii* y a la opinión del hijo debidamente considerada, se estimaba pertinente su introducción en esa familia en concreto. Sin embargo, la situación de autos distaba enormemente de esta posibilidad, pues los conflictos se arrastraban por más de seis años en más de catorce juicios diversos entre las partes.

La sentencia de la Corte de Apelaciones nos parece acertada en cuanto deja sin efecto el sistema establecido porque, claramente, los padres no lo habían convenido, ni era aconsejable introducirlo en una dinámica familiar tan conflictiva. La Corte razona sobre la base de que la custodia compartida no existe en el ordenamiento jurídico chileno; invoca el interés superior del hijo y la regla de atribución preferente a la madre; aplica el art. 225 inc. 3 del CC, en cuanto no hay antecedentes de maltrato, descuido u otra causa calificada de parte de la madre que permita entregar el cuidado personal al padre, agregando que concurriría la circunstancia del inciso final de dicha norma como impedimento para la atribución paterna (no contribución en la manutención del hijo); y establece, por último, un régimen tradicional de régimen de relación directa y regular.

Esta decisión nos lleva a realizar algunas disquisiciones de carácter más general. En efecto, una de las cuestiones más discutidas en los países que han establecido positivamente la custodia compartida, es si es necesario exigir el acuerdo de ambos padres para establecerla como régimen y si es posible que el juez la decrete de oficio². Las peculiaridades de este sistema exigirían un mínimo de entendimiento entre padre y madre y de una permanente colaboración entre ellos para su buen funcionamiento. Ambos deben aceptar una pérdida parcial del control sobre las decisiones que conciernen a la vida cotidiana de los hijos; deben estar disponibles a una constante y asidua comunicación y ser capaces de realizar una valoración objetiva y serena de las circunstancias³.

Si bien es cierto que para un adecuado ejercicio de la custodia compartida es necesario un mínimo consenso entre los progenitores (razón por la cual entendemos que ella no puede

² Se ha estimado que el acuerdo efectivo de los progenitores es una de las condiciones esenciales para el establecimiento de la custodia conjunta, su presupuesto de hecho. De esta exigencia se aparta el C.C. español, en cuanto el párrafo octavo de su artículo 92 prescribe que: “*excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*”. Por el contrario, en cuanto a su establecimiento de oficio, esta posibilidad está prohibida por el legislador español al prescribir, en este mismo párrafo, que el juez puede decretar la custodia conjunta de los hijos sin el acuerdo de una de las partes, excepcionalmente y cumpliendo ciertos y determinados requisitos legales, pero siempre que el establecimiento de dicha modalidad haya sido solicitado “*a instancia de una de las partes*”.

³ La doctrina italiana, particularmente, ha estudiado este elemento. Cfr. Grimaldi, M., “Affidamento congiunto e alternato della prole tra psicologia e diritto”, en *Diritto di famiglia e delle persone*, 1989, p. 307.

ser impuesta en contra de la voluntad seria y manifiesta de uno de los padres), es conveniente precisar que el requisito de no conflictividad parental no puede extremarse al punto de exigir una armonía que, claramente, no existía durante la situación de normalidad matrimonial. Toda vez que la custodia compartida está precedida de la disgregación del ambiente familiar, su funcionamiento no descansa en la concordia de las decisiones de los padres respecto de su educación, sino sobre su recíproco reconocimiento de aptitudes parentales, así como en el convencimiento de deber favorecer un equilibrado acceso al hijo⁴.

Cierta doctrina ha rechazado la custodia conjunta afirmando que obliga a los padres a permanecer unidos, pues “necesita casi reproducir la situación familiar pre-ruptura, haciendo peligroso el incremento de intensidad de la vieja relación, que los “ex” querrían (se supone) dejar atrás, y dificulta la expectativa de construir una nueva vida sin la presencia del otro”⁵. Conforme a esta posición, la custodia compartida requeriría del consenso parental tanto al momento de su introducción como durante su funcionamiento, elemento que podría interpretarse como una ultraactividad del matrimonio disuelto.

Al respecto, creo que la exigencia de un mínimo entendimiento entre los progenitores está dirigida a que, sin necesidad de reconstruir sus relaciones personales, hagan el máximo esfuerzo para que la alternancia en el cuidado del hijo sea lo más efectiva y eficaz posible⁶. Las relaciones entre los padres deben ser mínimas en lo que a ellos les involucra como ex cónyuges; su contacto debe limitarse a establecer las reglas comunes respecto de la educación y formación del hijo durante el desarrollo de la convivencia que cada uno de ellos corresponda. Si los padres son conscientes de los términos del acuerdo, probablemente respetarán la esfera privada del otro y se limitarán a discutir sobre las cuestiones relativas a sus deberes como progenitores (no como cónyuges).

Campuzano Tomé⁷ señala que, si existe hostilidad entre los padres, la determinación de la custodia exclusiva no asegura la estabilidad física ni emocional del hijo, ni un mejor entendimiento entre los progenitores y que, por lo tanto, dicho factor no debe significar el rechazo *a priori* de la custodia sucesiva. En definitiva, si por una parte la custodia unilateral no asegura una mejor comunicación entre padre y madre, la existencia de conflictividad

⁴ Sin embargo, algunos autores se manifiestan contrarios a la concreción de un único proyecto educativo, pues ello exigiría una cohesión de vida y de objetivos de los progenitores y una frecuencia de relación entre ellos que son típicas de la unidad familiar y no de la realidad posterior a la ruptura. Así, Sparpaglione, R., “Affidamento congiunto... re melius parpensa”, en Cigoli, V.; Gulotta, G.; y Santi, G., *Separazione, divorzio e affidamento dei figli*, Giuffrè editore, Milano, 1997, p. 363.

⁵ Cfr. Carrasco Perera, A., “Custodia compartida”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 648, Parte Tribuna, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2004, BIB 2004/1707, p. 1.

⁶ En este mismo sentido, en la doctrina italiana se ha señalado que a través de la custodia compartida no puede propenderse la persistencia de algunos de los efectos de la relación matrimonial, pues ésta no puede configurarse como un instrumento necesario para mantener vivo, para prolongar e imponer artificialmente a los mismos cónyuges una estructura que se ha deshecho. Cfr. Di Prisco, N., “La comunità degli ex coniugi: note sull'affidamento congiunto dei figli”, en Quadri, E. (a cura di), *La riforma del divorzio*, Jovene editore, Napoli, 1989, p. 215.

⁷ Cfr. Campuzano Tomé, H., “La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, en *Aranzadi Civil*, núm. 22/2004, Parte Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005, BIB 2005/563, pp. 13-14.

entre ellos no tiene por qué producir, por otra, el rechazo de la custodia compartida, la que sigue siendo una situación viable. Ante la disyuntiva de optar por uno u otro régimen, el desacuerdo entre los progenitores no debe dirigir la decisión sino que sólo es una circunstancia susceptible de valoración.

TABLA DE FACTORES DE LA LEY DE ISAPRES Y DERECHOS FUNDAMENTALES (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)

Comentario de Pablo Marshall Barberán

Sentencia Tribunal Constitucional (extracto), rol 1710-10

Santiago, 6 de agosto de 2010

[...]

III. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS POR EL PRECEPTO LEGAL BAJO EXAMEN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

OCTOGESIMOCUARTO: Que los derechos que se encuentran consagrados en las disposiciones constitucionales consideradas trasgredidas por las sentencias previas de inaplicabilidad que dan sustento a este proceso, sólo pueden ser descritos si se enmarcan en su sustrato normativo constitucional –en la dignidad de la persona– y en su pertenencia a la calidad de derechos fundamentales;

[...]

NONAGESIMOQUINTO: Que los derechos fundamentales sociales no sólo se han consolidado en su establecimiento normativo y en su garantización positiva, sino que en el actual debate jurisdiccional constitucional se discute su justiciabilidad, precisamente a partir de casos de revisiones judiciales del derecho a la salud acaecidos en varios países (Rodolfo Figueroa García Huidobro: Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica, en: *Revista Chilena de Derecho*, 36, 3, 2009, pp. 587-620);

2. EL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY.

[...]

NONAGESIMOSÉPTIMO: Que la consagración de la igualdad ante la ley en la Constitución chilena, en los términos vigentes transcritos, responde a una tradición de nuestros textos constitucionales, incluyendo algunas referencias del número 1º del artículo 10 de la Carta de 1925. Sin embargo, el precepto constitucional hoy vigente contiene dos disposiciones que han ampliado y profundizado el contenido de esta garantía y que se vinculan directamente con al asunto que esta Magistratura resuelve en autos: a) La consagración de la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, y b) La prohibición a la ley y a la autoridad de establecer diferencias arbitrarias;

[...]

CENTÉSIMO: Que en el fallo Rol 1273, 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 aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”;

4. LA IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER.

[...]

De todo lo expuesto es nítido que la igualdad de derechos del hombre y de la mujer es una categoría estándar en las legislaciones nacionales e internacionales, según la medida de equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre. Esto es, impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y el goce de los derechos;

CENTESIMOQUINTO: Que todo lo señalado respecto de la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres no significa que el ordenamiento jurídico no pueda establecer diferencias entre ambos sexos. La igualdad entre hombres y mujeres no puede ser absoluta, incluso para resguardar el propio beneficio de la mujer. Como lo señala un reciente estudio: “*el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres*”

en ámbitos concretos de la realidad vital.” (Cristina Zoco Zabala: Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario, en: Revista Aragonesa de Administración Pública, 30, junio de 2007, p. 255);

CENTESIMOSEXTO: Que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud. En el ámbito comunitario europeo, el Consejo de la Unión Europea adoptó un acuerdo, en diciembre de 2004, sobre la ampliación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y a su suministro, en el que se lee, en relación a la cuestión de autos: *“Su ámbito incluye los seguros y actividades financieras conexas siempre que sean privadas, voluntarias y ajenas a la relación laboral. En este contexto, la igualdad de trato es un principio rector, por lo cual la inclusión del sexo como factor actuarial no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de los seguros”,* agregándose: *“En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no deberán crear diferencias en las primas y prestaciones”.* (Consejo de la Unión Europea, Comunicado de prensa c/04/350, Bruselas, 13 de diciembre de 2004);

CENTESIMOSÉPTIMO: Que, igualmente, la doctrina comparada ha puesto hincapié en la disconformidad con el derecho fundamental constitucional de igualdad entre hombres y mujeres, de la diferencia de primas o cotizaciones en los sistemas de seguros de salud. En un artículo se sostiene que *“la diferencia de primas entre hombres y mujeres en los seguros privados de salud se relaciona directamente con el sexo de los asegurados, y no con la apreciación de riesgo de hombres y mujeres, pues su monto no se calcula individualmente, sino a partir de su sexo. Así los asegurados son discriminados directamente por su sexo”.* (Michael Wrasse y Susanne Baer: Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in den Privaten Krankenversicherung-ein Vortoss gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes (Diferentes primas para hombres y mujeres en los seguros privados de salud. Una vulneración de la igualdad constitucional de la Ley Fundamental): NJW, 23, 2004, pp. 1623-1627);

CENTESIMOCTAVO: Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 incluye, en su inciso segundo, tres tipos de diferenciaciones o criterios para que las tablas de factores determinen los tipos de beneficiarios: sexo, condición de cotizante o carga y los rangos de edad;

CENTESIMONOVENO: Que de entre los tres criterios enunciados, debe distinguirse sexo y edad, por una parte, y condición de cotizante o carga, por la otra. Mientras que esta última obedece a una situación en la que cada persona se coloca contractualmente en el marco de la autonomía de la voluntad, el sexo y la edad son factores cuya existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de las personas. Según el Diccionario de la Lengua Española, *sexo* significa *“condición orgánica que distingue al*

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

5. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

[...]

CENTESIMODECIMO CUARTO: Que los principales derechos sociales que la Constitución asegura a todas las personas son configurados a partir de la posibilidad de acceder a una determinada prestación. Así sucede con el derecho a la protección de la salud, en que se debe proteger *“el libre e igualitario acceso a las acciones”* (artículo 19, Nº 9º); lo mismo sucede con el derecho a la seguridad social, en que la acción del Estado debe estar dirigida *“a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones”* (artículo 19, Nº 18º);

CENTESIMODECIMO QUINTO: Que la Constitución garantiza el acceso a dichas prestaciones asignándole roles al Estado y a los particulares;

CENTESIMODECIMO SEXTO: Que la Ley Fundamental le asigna al Estado un rol de control o supervigilancia. Así, establece que al Estado le corresponde el *“control de las acciones relacionadas con la salud”* (artículo 19, Nº 9º) y, tratándose del derecho a la seguridad social, dispone que *“el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”* (artículo 19, Nº 18º);

CENTESIMODECIMO SÉPTIMO: Que, a su vez, la Constitución le garantiza a los particulares el derecho a elegir que las prestaciones les sean entregadas por entidades estatales o por entidades privadas. Así, en el derecho a la salud esto se expresa en que *“cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse”* (artículo 19, Nº 9º). Por otra parte, la Carta Fundamental garantiza que no exista monopolio prestacional del Estado. Estas prestaciones, entonces, pueden ser entregadas por *“instituciones públicas o privadas”* (artículo 19, Nºs 9º y 18º);

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

CENTESIMODECIMO NOVENO: Que este deber del Estado está asociado a que la Constitución no garantiza el derecho a la salud, sino que el derecho *“a la protección de la salud”*;

CENTESIMOVIGÉSIMO: Que la fórmula constitucional parte por señalar que es “*deber del Estado*” dicha protección. Los deberes se ubican entre las situaciones pasivas, junto a la sujeción, a la obligación y a la carga. A diferencia de una obligación, que posee un contenido determinado y concreto, la conducta o actividad en que consiste el deber aparece descrita de modo abstracto y genérico. Además, la obligación tiende a servir el interés de un sujeto concreto, en tanto que el deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad. Asimismo, la obligación tiene como correlato un derecho subjetivo, lo que no existe en el deber público (Santamaría Pastor, Juan Alfonso; Principios de Derecho Administrativo General, Editorial Iustel, Madrid, 2006, p. 437);

CENTESIMOVIGESIMOPRIMERO: Que, en seguida, la Constitución utiliza la expresión “*preferente*”, lo que en doctrina ha sido interpretado en el sentido de que el Estado “*no es el único obligado a cumplir el deber que se le entrega, sino que él es el principal responsable*” (Silva Bascuñán, A; ob. cit., p. 140). Se trata de un deber prioritario y preeminente (Nogueira Alcalá, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo III, Editorial Librotecnia; Santiago, 2009, p. 127). El Estado no puede jamás dejar de cumplir esta función (Cea, José Luis; Derecho Constitucional chileno, tomo II; Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2004, p. 310). El Estado no puede siquiera poner en riesgo la ejecución de dichas acciones respecto de la población (Nancuante Almonacid, Ulises, y Sotomayor Klapp, Roberto; El derecho de la salud; Editorial Conosur, Santiago, 2001, p. 24). El establecimiento de este deber “*significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de esta última*” (Vásquez Márquez, José Ignacio; El déficit garantístico del artículo 19 N° 9 de la Constitución; en XXXIV Jornadas de Derecho Público, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, p. 397);

CENTESIMOVIGESIMOSEGUNDO: Que, a continuación, la Constitución utiliza la expresión “*garantizar*”. Con ello, se apunta a dar seguridad o certeza de que se ejecuten las pertinentes acciones de salud (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 140). Para el profesor Cea Egaña, se busca “*asegurar o dar certeza, a cualquier titular del derecho, que las acciones de salud le serán proporcionadas, sin discriminación, cuando necesite acceder a una o más de ellas*” (ob. cit., p. 310). Se pretende que todo titular del derecho, sin diferencias arbitrarias, podrá efectivamente gozar de las prestaciones de salud (Nogueira Alcalá, H.; ob. cit., p. 127);

CENTESIMOVIGESIMOTERCERO: Que, conforme a la Constitución, dicho deber preferente debe llevarse a cabo, además, “*en las formas y condiciones que la ley determine*”. Ello, sin embargo, no implica una reserva legal absoluta o particularmente intensa, pues la Carta Fundamental establece que sólo “*las materias básicas relativas al régimen*

previsional y de seguridad social” son materias de ley (artículo 63, N° 4°) y tal razonamiento debe entenderse extendido a la regulación del derecho a la protección de la salud. En tal contexto, tiene cabida la potestad reglamentaria del Presidente de la República o la que corresponde a los organismos reguladores, de acuerdo a las formas y condiciones determinadas por la ley, no por la autoridad administrativa.

Por otra parte, la Constitución encarga al Estado “*el control de las acciones relacionadas con la salud*”, siendo perfectamente legítimo, en consecuencia, que el legislador otorgue, a los efectos del ejercicio de tal deber-atribución, una potestad normativa a la Superintendencia de Salud, en su condición de organismo de la Administración del Estado (artículo 106, D.F.L. N° 1, de Salud, 2005);

6. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

[...]

CENTESIMOVIGESIMONOVENO: Que cabe tener presente en este punto las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio del Anteproyecto de la Constitución vigente, de las cuales se extrae el pasaje siguiente, que demuestra cuál fue el propósito que se tuvo para introducir la modificación aludida, especialmente en relación con el principio de solidaridad: “*El señor Ortúzar (Presidente) pregunta al señor Camiruaga (Asesor de la Superintendencia de Seguridad Social) si podría definirle los principios de universalidad, uniformidad, integralidad, solidaridad y suficiencia, a que se ha hecho referencia. (...) El señor Camiruaga agrega que la solidaridad se manifiesta en un principio fundamental; es de la esencia de la seguridad social. Donde no existe el principio de solidaridad, acota, no se puede hablar de seguridad social, sino de algún sistema de aborro obligatorio o de otro similar. (...) Es un principio totalmente opuesto al sistema del Derecho Civil que parte de la base de la conmutatividad: en una compraventa los valores deben ser equivalentes. Aquí no.*” (Acta de la sesión 204ª, pp. 4 y 6);”.” (Sentencia Rol 1218, C. 30°).

Con todo, la Comisión optó por no enumerar los principios de la seguridad social, y así quedó recogido en el texto constitucional;

CENTESIMOTRIGÉSIMO: Que, sin embargo, como lo ha sostenido esta Magistratura: “*la supresión, en el texto del artículo 19, N° 18°, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social, incluidos en el inciso tercero del numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional N° 3, carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, pues de lo contrario perdería su identidad específica*”. (Sentencia Rol 1218, C. 30°);

CENTESIMOTRIGESIMOPRIMERO: Que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron 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°). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente

organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos. Las expresiones de la Constitución son claras en este sentido, toda vez que se obliga al Estado a “*garantizar*” el goce de los derechos; asimismo, se faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias (numerales 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución);

CENTESIMOTRIGESIMOSEGUNDO: Que, por otra parte, la Constitución incorpora el principio de universalidad subjetiva, pues estos derechos se encuentran asegurados a todas las personas, sin distinciones de ninguna especie. La expresión “*todas las personas*” no sólo forma parte del encabezado del artículo 19 constitucional, sino que se refleja en el uso de los términos “*cada persona*”, que utiliza su numeral 9°, “*prestaciones básicas uniformes*” y “*todos los habitantes*”, contenidos en su numeral 18°;

CENTESIMOTRIGESIMOTERCERO: Que también la Constitución acoge el principio de universalidad objetiva, pues asegura estos derechos a las personas frente a un rango amplio de riesgos individuales. En el derecho a la protección de la salud se otorgan “*acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo*” y la “*ejecución de las acciones de salud*” (artículo 19, N° 9°). En el derecho a la seguridad social, se asegura “*el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes*” (artículo 19, N° 18°);

CENTESIMOTRIGESIMOCUARTO: Que nuestra Constitución, a su vez, establece claramente que las prestaciones que envuelven los derechos en cuestión han de ser igualitarias y suficientes, sea que se otorguen por el Estado o por agentes privados. Las expresiones que en tal sentido emplea el texto constitucional son: “*libre e igualitario acceso*” (artículo 19, N° 9°) y “*prestaciones básicas uniformes*” (artículo 19, N° 18°). Por su parte, por mandato de la misma Carta Fundamental, el Estado debe “*garantizar*” los derechos (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero) y/o “*supervigilar*” (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto), o incluso “*coordinar y controlar*” (artículo 19, N° 9°);

CENTESIMOTRIGESIMOQUINTO: Que, finalmente, la Constitución ha previsto normativamente la unidad del sistema de protección en materia de seguridad social. Dicha unidad está dada por el deber del Estado de “*garantizar*” el goce del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, sea que lo preste por sí mismo o por sujetos privados (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero). Su papel es el de dirección y regulación de los privados. En materia de salud, le corresponde “*coordinar y controlar*” las prestaciones (artículo 19, N° 9°, inciso tercero) y en seguridad social, específicamente le compete “*supervigilar*” el sistema (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto);

CENTESIMOTRIGESIMOSEXTO: Que la vinculación estrecha entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social se ve manifestada en los propósitos de los sistemas de seguridad social, que son los de asegurar a sus beneficiarios “*condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros, que les impiden a quienes los experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios*”

indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar.” (Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira: Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 210).

Como se observa, el factor edad es constituyente de ambas garantías, resultando incompatible con sus respectivos propósitos el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida;

CENTESIMOTRIGESIMOSÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, la relación entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud se ha visto expresada en las consagraciones jurídicas internacionales, como en el Convenio Nº 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que incluye como “*riesgos y contingencias sociales en el ámbito de su protección: enfermedad, maternidad, vejez, invalidez, muerte, cesantía o desempleo, cargas familiares y riesgos profesionales*” (citado en: Gobierno de Chile, MINSEGPRES: Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006), LOM, Santiago de Chile, 2010, Tomo I, p. 223);

CENTESIMOTRIGESIMOCTAVO: Que, como se señaló por este Tribunal en la sentencia Rol 1287, la definición de la seguridad social ha encontrado sustancioso tratamiento en la doctrina chilena, la que ha profundizado en el detalle de sus componentes esenciales y en el alcance de los mismos. Así entendida 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, Ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 97), la seguridad social moderna se sustenta en determinados principios que le otorgan su esencia y que la reciente doctrina nacional ha enumerado como los siguientes: i) respecto de los sujetos amparados: universalidad subjetiva, ii) respecto de las contingencias cubiertas: universalidad objetiva, iii) respecto de las prestaciones: igualdad, integridad o suficiencia, iv) respecto del financiamiento: solidaridad, y v) respecto de la administración: unidad o descentralización, subsidiariedad (Héctor Humeres Noguera: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, Tomo III, pp. 31 y ss.);

CENTESIMOTRIGESIMONOVENO: Que en la misma sentencia citada, esta Magistratura estableció la relación existente entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud en el derecho chileno sobre la base de constatar que “*en el artículo 92 del DL. Nº 3.500, de 1980, contempló la cotización del 7% de las remuneraciones imponibles de los trabajadores para contribuir al financiamiento de las prestaciones exigidas para la satisfacción de uno y otro de esos atributos esenciales de la persona*”;

IV. LA DILUCIDACIÓN DEL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD.

CENTESIMOCUADRAGÉSIMO: Que esta Magistratura declaró en el considerando quinto del auto cabeza de este proceso: “Que el artículo 38 ter transcrito

precedentemente ha sido declarado inaplicable por este Tribunal Constitucional en cuatro sentencias recaídas en las causas de roles N°s 976, 1218, 1287 y 1273. En ellas, esta Magistratura ha declarado que la aplicación del citado precepto, en las respectivas gestiones pendientes, resulta contraria a la Constitución, al vulnerarse los derechos asegurados en los números 2°, 9° y 18° de su artículo 19”;

CENTESIMOCUADRAGESIMOPRIMERO: Que al dilucidar la cuestión de constitucionalidad que ocupa a esta Magistratura, resulta conveniente reiterar el significado de la declaración de inconstitucionalidad, ya descrito en el apartado I, A de esta sentencia. Los reputados catedráticos Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández han descrito la institución con una breve formulación: *“En general, es evidente, el problema de inconstitucionalidad habrá que resolverlo por un simple contraste lógico de compatibilidad entre dos normas abstractas, la constitucional y la que es objeto de juicio”* (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo I, Thomson Civitas, Navarra, decimocuarta edición, 2008, p. 171);

CENTESIMOCUADRAGESIMOSEGUNDO: Que tratándose de un examen abstracto, esto es, sin referencia a casos concretos, como aquel que se debe desarrollar en el juicio de inaplicabilidad, y que, además, recae sobre derechos fundamentales, como los garantizados en los números 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, el que se ha propuesto realizar esta Magistratura respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 debe ponderarse según el criterio de razonabilidad, teniendo presente sus dimensiones de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, a las que también aludió el señor Presidente de la República en el informe evacuado en estos autos;

CENTESIMOCUADRAGESIMOTERCERO: Que, consecuentemente con el método descrito, en el caso de autos esta Magistratura ha examinado si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, objeto de este proceso constitucional: a) cumple con ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, especialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado; b) cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados; y c) si guarda proporcionalidad con tales objetivos;

CENTESIMOCUADRAGESIMOCUARTO: Que, como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en

el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental;

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

CENTESIMOCUADRAGESIMOSEXTO: Que, a mayor abundamiento, como ya constató esta Magistratura –considerandos sexagesimoprimeros y sexagesimosegundos de esta sentencia– y lo reconoció el señor Presidente de la República en el informe evacuado en este proceso –principalmente en la afirmación que formula la autoridad a fojas 91, con letra destacada, en el punto 3.7. del Capítulo IV del documento–, resulta desproporcionada y carente de razonabilidad la norma contenida en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, y con apoyo en el mismo juicio jurídico debe estimarse inconstitucional la parte del articulado permanente de la ley en examen que entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados, ya que esa clase de disposiciones se aparta de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales, como lo recuerdan la doctrina y la jurisprudencia citadas en el cuerpo de este fallo;

CENTESIMOCUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que la expresión *arbitraria* que usa nuestra Constitución en varias de sus disposiciones, entre éstas, en el numeral 2° de su artículo 19, encontró una precisión jurisprudencial en sentencia de la Corte Suprema de 15 de junio de 1988, que refuerza este parecer al admitir que “*la ley pueda hacer diferencias entre grupos siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional*” (citada en Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., p. 124);

CENTESIMOCUADRAGESIMOCTAVO: Que, además, como lo ha señalado esta Magistratura en sentencias recientes –roles 1273 y 1348–, la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, establece un trato desigual

para igualdades esenciales, como son: *i*) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), *ii*) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), *iii*) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y *iv*) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución);

CENTESIMOCUADRAGESIMONOVENO: Que, en segundo lugar, en relación al derecho a la protección de la salud, debe señalarse que una misma materia no puede ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas y que, en consecuencia, no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar materias, pues eso lo define el constituyente;

CENTESIMOQUINCUGÉSIMO: Que, como ya se ha señalado, mientras el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 estableció, por el plazo de 10 años contados desde la entrada en vigencia de dicha legislación, la relación máxima entre el factor de edad más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, señalando que ésta iba a ser de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 le entregó tal definición a la Superintendencia del ramo;

CENTESIMOQUINCUAGESIMOPRIMERO: Que si el legislador, en el año 2005, fijó en el citado precepto transitorio la determinación de tales márgenes en el entendido de que éstos se hallan dentro de las “materias básicas” de la seguridad social, él mismo vulneró la Constitución al entregarle su definición a un organismo regulador, esto es, a la Superintendencia del ramo, en la determinación permanente —específicamente en el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter bajo control—;

CENTESIMOQUINCUAGESIMOSEGUNDO: Que los primeros cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter tampoco cumplen lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en orden a fijar “*las condiciones*” del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud y, por consiguiente, son inconstitucionales;

CENTESIMOQUINCUAGESIMOTERCERO: Que, en efecto, dichos preceptos permiten la operación de un complejo mecanismo de reajustabilidad del precio de los planes de salud que se ofrecen en el sector privado. Así, el precio final del plan de salud que debe pagar el afiliado a una Isapre se determina multiplicando el precio base por el respectivo factor de edad que corresponda al afiliado o a alguno de los beneficiarios, de conformidad a la respectiva tabla de factores (artículo 170, letra m), del D.F.L. N° 1, de Salud, 2005). Por otra parte, el plan de salud es elaborado por la Isapre, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia a través de instrucciones y

los factores de cada tabla son libremente determinados por la Isapre. A través de este mecanismo, en consecuencia, no se han fijado directamente por la ley “*las condiciones*” que le manda establecer la Constitución para garantizar el acceso a la prestación, sino que lo que ha hecho el legislador es dispersar la determinación de tales condiciones en distintos actores. Resulta claro, además, que en tal esquema el papel del afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o a rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca;

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

CENTESIMOQUINCAGESIMOQUINTO: Que, por otra parte, el mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito material es exponencial, pues implica que el precio base del plan se multiplica por el factor determinado en su tabla y, de esta forma, se permite un reajuste indefinido. En efecto, de la regulación contenida en las disposiciones bajo examen se puede concluir que la ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables, ya que permite que el precio por el seguro de salud contratado con la Isapre aumente en una dimensión que puede ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado.

El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre.

Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución;

CENTESIMOQUINCAGESIMOSEXTO: Que en el inciso cuarto del numeral 9º de su artículo 19, la Constitución faculta a la ley para establecer “*cotizaciones obligatorias*”, las que son administradas por “*instituciones públicas o privadas*”. Se les asegura, por tanto, a las Isapres, un ingreso constante. Frente a esa regla el legislador se encuentra obligado a ponderar la obligación del trabajador (afiliado-cotizante) de pagar tales cotizaciones obligatorias y, al mismo tiempo, propender al cumplimiento del deber de asegurar la

“*protección de la salud*”, previsto en el inciso primero de la misma disposición constitucional. No obstante, el mecanismo de reajustabilidad definido por el legislador en esta materia genera un desequilibrio entre el cobro de las cotizaciones y la protección del derecho a la salud, que deja a este último sin la tutela que la Constitución exige;

CENTESIMOQUINCUGESIMOSÉPTIMO: Que, en síntesis, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Además, el aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce la amplitud no razonable que la disposición en examen permite, especialmente en los tramos de edad superiores, produce la calidad de “cotizante cautivo” que obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional;

CENTESIMOQUINCUGESIMOCTAVO: Que en relación al número 4 citado, debe agregarse que respecto de la sola formulación del precepto impugnado, sin vinculación con el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, esto es, en su validez como norma permanente habiendo transcurrido el primer período de diez años que este último contempla, cabe la interrogante sobre su conformidad con la exigencia constitucional dispuesta en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 citado. Esto es, como esta Magistratura ya lo ha expuesto, apreciar si el grado de discrecionalidad que el precepto bajo control le entrega a la Superintendencia de Salud para actuar en la materia referida, corresponde a la envergadura de los bienes jurídicos que su ejercicio abarca o cubre. En efecto, la forma y condiciones como se prestan las acciones de salud, que es la materia cobijada en la reserva legal que nos ocupa, se refiere a un deber del Estado que está destinado a posibilitar que se cumpla la garantía del derecho a la protección de la salud de las personas. Por lo tanto, sin pretender que el legislador determine en este caso un tipo de actividad administrativa plenamente reglada, como se denomina en doctrina, las referidas *forma y condiciones* de la ejecución de las acciones de salud sí deben determinarse por la ley con un grado de precisión tal que impida que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa se extienda a la vulneración de los derechos constitucionales;

CENTESIMOQUINCUGESIMONOVENO: Que, en tercer lugar, en relación al derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución, en íntima relación con el derecho a la protección de la salud ya analizado, es necesario resaltar que también resulta infringido por los preceptos legales en análisis. Lo anterior ocurre, toda vez que, no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, ninguna precisión ni regla especial para las personas que se

encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social, se vulnera su propósito esencial: *“La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal”* (Héctor Humeres Noguera: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo III, ob. cit., p. 23);

CENTESIMOSEXAGÉSIMO: Que, en efecto, el aumento de los precios al amparo de la norma cuestionada puede traer consigo, y así ocurre en la realidad de muchas personas, una completa imposibilidad de costearlos, ocasionando la indignidad que ello significa para el transcurrir de sus vidas y la evidencia de la falta de concreción de la obligación que el texto de la Constitución le asigna al Estado para dirigir su acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes;

CENTESIMOSEXAGESIMOPRIMERO: Que de la vigencia de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter citado, se desprende una situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no sólo la seguridad social, sino todo el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución, lo que exige de esta Magistratura declararlos como contrarios a ella;

CENTESIMOSEXAGESIMOSEGUNDO: Que, consecuentemente con lo razonado hasta este punto y advirtiéndose el reconocimiento expreso que ha manifestado en autos el Ejecutivo-órgano colegislador, esta Magistratura constata que la formulación de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, cuyo correlato de este último se encuentra en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, como podría encontrarse en cualquiera otra norma que se expidiera al amparo del amplio mandato que entrega, es contraria a la Constitución Política de la República, afectando, en lo que a la causa de autos concierne, a los números 2°, 9° y 18° de su artículo 19, y así se declarará;

[...]

Y VISTO, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 6°, 19, N°s. 2°, 9° y 18°, 63 y 93, inciso primero, N° 7°, e inciso decimosegundo y 94, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE QUE LOS NUMERALES 1, 2, 3 y 4 DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, SON INCONSTITUCIONALES.

COMENTARIO

El presente comentario pretende abordar el razonamiento sobre derechos fundamentales del fallo del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Isapres contenido en la sentencia rol n° 1710 -10 de 6 de agosto de 2010.

El fallo declaró inconstitucional los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso 3° del artículo 38 ter de la Ley de Isapres. Lo hizo fundándose en que tales disposiciones afectaban derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política. En particular el derecho de igualdad ante la ley, el de protección de la salud y el derecho a la seguridad social.

Dos observaciones preliminares pueden hacerse sobre el razonamiento del tribunal. En primer lugar, su argumentación en términos extensivos fue contundente, en el sentido de que cualquiera de los razonamientos particulares de afectación de derechos fundamentales habría bastado para declarar inconstitucional a la ley. Existían, por tanto, tres razones distintas de la inconstitucionalidad, que individualmente consideradas hubieran servido para concluir la inconstitucionalidad. En segundo lugar, el Tribunal tuvo la opción de construir su razonamiento de inconstitucionalidad sin incorporar la afectación sustantiva de derechos fundamentales. Ello podría haber sido logrado limitándose a la constatación de la infracción de la reserva de ley que también es mencionada. Existen, por tanto, razones basadas en distribución de competencias entre órganos estatales que hubieran bastado, según la concepción del Tribunal, para justificar la inconstitucionalidad. El Tribunal, sin embargo, tomó el más difícil camino de argumentar que ciertos derechos fundamentales estaban siendo afectados por la vigencia de la Ley de Isapres.

La forma en como el Tribunal construyó en cada caso su argumentación requiere un estudio pormenorizado. La afectación de la igualdad ante la ley (art. 19 n° 2 CPol) y, en particular, de la igualdad entre hombres y mujeres fue construida sobre el enunciado del inciso 1° que establece que “los hombres y mujeres son iguales ante la ley” y el enunciado del inciso 2° que establece la prohibición de diferencias arbitrarias. El Tribunal concluye que de esos enunciados se derivaba un principio general de igualdad de trato y un deber del Estado de eliminar las desventajas de las mujeres respecto de los hombres en la consagración y en el goce de los derechos. Ello acarrea, en opinión del Tribunal que la categoría del sexo no pueda ser utilizada para afectar negativamente a un sujeto. El Tribunal construye sobre esta base un estándar de justificación para las diferencias basadas en el criterio del sexo. Este estándar es designado por el Tribunal como razonabilidad. Luego, puede derivarse de la opinión del Tribunal que cuando una medida no toma en cuenta su efecto sobre el goce de los derechos y afecta negativamente a un sujeto sobre la base de distinguir sobre el criterio de sexo, estaría traspasando el umbral fijado por el estándar de la razonabilidad. Eso es lo que pasa, conforme al considerando 145 en el caso de la Ley de Isapres. Cabe destacar que el Tribunal es cuidadoso en excluir de sus conclusiones la prohibición de la utilización del criterio de sexo. Lo que si hace es fijar un estándar, ambiguo por cierto, para su utilización.

En el caso de la afectación del derecho a protección de la salud (art. 19 n° 9 CPol) y del derecho a la seguridad social (art. 19 n° 18 CPol) son construidos sobre una misma base. En primer lugar, sobre la afectación de la reserva de ley que está establecida en

ambos numerales (en los incisos 4º y 2º, respectivamente) y que a juicio del Tribunal no se habría respetado. Sobre esa base construye, en segundo lugar, su razonamiento sobre la afectación de estos derechos, para lo cual recurre a la idea de que estos derechos sociales pueden ser afectados, pues tienen un contenido sustantivo en cuanto derechos fundamentales, lo cual es la idea más revolucionaria del fallo.

En el caso del derecho a la salud, el Tribunal considera que se ven afectados dos aspectos del derecho: el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud y la libertad de elegir entre los sistemas públicos y privados de salud. La afectación en estos casos es sustantiva. Las consecuencias de la norma legal son tales que impiden el goce del derecho consagrado en la Constitución. Las mujeres en edad fértil y las personas de la tercera edad no pueden tener acceso, por causa de tal disposición, a las prestaciones de salud que necesitan y se ven obligadas, contra su voluntad, a dejar el sistema de salud privado por el alto costo que ello significa para las personas en sus condiciones.

El caso del derecho a la seguridad social es en particular interesante. El razonamiento del Tribunal se basa principalmente en que la solidaridad es una característica que está implícita en el concepto de seguridad social. Luego, el derecho a la seguridad social requiere, para asegurar el acceso a las prestaciones mínimas de seguridad social, tanto en un régimen público como en uno privado, tener un contenido solidario. Esa es la única forma en que el sistema no perjudicaría, como actualmente lo hace, a un importante número de sujetos. En la medida que los precios de los planes pueden aumentar de la manera en que lo hacen, y a causa de ello muchos ciudadanos no pueden acceder a sus prestaciones de seguridad social, el derecho fundamental respectivo es afectado. Lo que más llama la atención de este razonamiento es que el Tribunal se aparta de la tradicional e imperante fórmula interpretativa que intenta encontrar en la historia de las disposiciones su contenido y alcance. En este caso, el Tribunal no sólo no recurrió al método histórico sino que abiertamente lo contradujo. Sostuvo que a pesar de que los redactores quisieron excluir el componente solidario de la Constitución él era parte inmanente e inalienable del concepto de seguridad social.

En conclusión, la Ley de Isapres y en particular la autorización a la administración para la fijación de la tabla de factores tal y como estaba establecida era inconstitucional: (1) por discriminar en forma no razonable; (2) por incumplir el mandato de reserva de ley; y (3) por afectar de manera sustantiva el goce de los derechos a las prestaciones de salud y a la seguridad social.

La relevancia del fallo puede analizarse en dos niveles. En un primer nivel, puede sostenerse que el fallo tendrá influencia en la configuración futura del sistema de salud, en particular influenciará la decisión sobre el rol que tendrán en él las isapres y las reglas bajo las cuales la cuota del mercado que se les asigne se desenvolverá. En un segundo nivel, el fallo puede analizarse desde el punto de vista de su comprensión del rol del Estado y de los derechos fundamentales en relación con el disfrute de bienes básicos por parte de los ciudadanos. Desde esta segunda aproximación el fallo viene a expresar un cambio de paradigma constitucional en cuanto a reconocer los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales. Vale la pena una breve reflexión sobre el significado del cambio constitucional que el fallo de las isapres significa y ponerlo en relación con

el cambio del rol del Estado que mediante la política social de los últimos veinte años se ha llevado a cabo.

El rol del Estado que fue concebido por el gobierno de la dictadura militar y que posteriormente fue heredado al gobierno democrático fue el rol subsidiario y pasivo propio de un Estado neoliberal. Las modificaciones llevadas a cabo por políticas sociales de los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia, llevaron a que, mediante la incorporación del Estado como un actor relevante en la satisfacción de las necesidades básicas de la población debamos hablar de un Estado prestacional o Estado social para describir el rol que encarna el Estado de Chile en la actualidad.

Esta evaluación política ha tenido un correlato en el nivel de la comprensión del rol que cabe a la Constitución Política y en particular a los derechos fundamentales. La concepción original de la Constitución Política era que los derechos fundamentales fueran comprendidos como derechos liberales pensados para la defensa del *statu quo*. La aparición de derechos con carácter social que exigían prestaciones de parte del Estado, como la educación la salud o el trabajo, fueron concebidos como directivas que debían ser ejecutadas por el legislador. Sintomático de esta comprensión de los derechos fundamentales es el hecho de que el recurso de protección sólo protege los derechos liberales y los derechos sociales quedan fuera de su cobertura.

Frente a esta concepción tradicional nos encontramos sorprendentemente con que el fallo acoge una perspectiva diferente, la de que los derechos sociales son derechos exigibles y no sólo directivas y que, por lo tanto, el legislador no es libre de configurarlos a su antojo sino que tiene que respetar ciertas exigencias constitucionales al respecto. Esta es una discusión que lleva bastante tiempo siendo desarrollada en el ámbito académico pero que hoy se inicia, a través de este fallo, en el ámbito institucional.

Respecto a esta comprensión de los derechos sociales que el Tribunal Constitucional recoge, hay dos comentarios que parecen ineludibles de cara a la discusión académica que ha precedido al presente fallo.

El primero es que si bien el fallo reconoce a los derechos fundamentales como derechos exigibles, le concede un importante margen de libertad a las autoridades democráticas para su regulación. El Tribunal se preocupa de no fijar el estándar de lo que es razonable concretamente, por ejemplo, sugiriendo qué regulación habría satisfecho el estándar. Simplemente señala que la actual regulación no satisface el estándar, abriendo la puerta a que el legislador insista en la fijación de una tabla de factores que utilice los criterios de edad y sexo, esta vez de una manera razonable. De esta forma, el Tribunal parece responder a los críticos que adelantaban que mediante la fijación constitucional de la actividad prestacional del Estado se produciría una usurpación de las funciones legislativas.

El segundo comentario se dirige a aclarar, frente a las celebraciones anticipadas, lo limitados que son los alcances del fallo. El fallo sólo beneficia a quienes pertenecen a categorías vulnerables, pero que a su vez se encuentran dentro del selecto grupo del 16% más rico del país que puede permitirse costear un plan privado de salud. Luego, los miembros de la tercera edad y mujeres beneficiados no serán en realidad los más vulnerables de la sociedad, sino aquellos que teniendo un sistema de salud privilegiado

no quieren perder ese privilegio producto del encarecimiento de los planes. La solidaridad que el Tribunal busca establecer en el sistema privado, por lo tanto, es una solidaridad entre los miembros del 16% más rico del país, en que las personas de altos ingresos contribuyan a financiar el aumento del riesgo de las mujeres y adultos mayores de altos ingresos.

Para quienes ven en esta medida un triunfo de la justicia social y diagnostican que las políticas sociales en el ámbito de la salud y la protección social han sido impulsadas y puestas sobre la mesa por el Tribunal Constitucional, anticipándose así a los órganos democráticos, hay que recordar lo irrelevante que significa este fallo para el 70% más pobre de la población de Chile y lo significativo que para ellos son las medidas impulsadas por las autoridades democráticas como el Plan Auge y la reforma previsional que incorporó las pensiones solidarias, en cuya impulsión, por cierto, el Tribunal no tuvo nada que ver.