

EL MITO DE LA CONSTITUCIÓN NEOLIBERAL:
DERECHOS SOCIALES EN
LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTURO FERMANDOIS V.*

RESUMEN. El artículo evalúa la jurisprudencia más visible del Tribunal Constitucional en ciertos principios y derechos que resultan emblemáticos para juzgar su contenido dogmático (subsidiariedad, propiedad, educación, trabajo, salud y justicia tributaria), concluyendo que es escasa la evidencia existente en sede control preventivo eventual, que respalde o soporte la afirmación que la Carta Fundamental de 1980 es de inspiración neoliberal. Para el autor existe un notorio descalce entre la crítica académica a la Constitución bajo este argumento, y la realidad de las sentencias que han resuelto las cuestiones de constitucionalidad promovidas por parlamentarios sobre estas materias. En efecto, el autor postula que la Carta Fundamental actual no contiene una formulación neoliberal en el tratamiento de ciertos derechos clásicos –libertad, propiedad, trabajo, salud, tributos–, que no sea en lo referido al recurso de protección, como también que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha recogido con intensidad la vertiente social de estos derechos. El artículo sugiere, por último, que las conclusiones en torno al supuesto neoliberalismo constitucional en Chile privan o al menos moderan uno de los argumentos más comúnmente utilizados para llamar a una nueva constitución y para reemplazar o modificar significativamente la actual.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La imputación neoliberal a la Constitución de 1980 como justificación del cambio. 3. Principio de Subsidiariedad, TC y neoliberalismo. 3.1. Dicotomía de la subsidiariedad. 3.2. Subsidiariedad y jurisprudencia del TC: los cuatro casos en que el principio se aplica. 4.

* Profesor Titular de Derecho Constitucional, P. Universidad Católica de Chile. Abogado, P. Universidad Católica de Chile. Máster en Administración Pública, Universidad de Harvard. E-mail: afermandois@uc.cl. El autor se excusa por citas a sus trabajos previos, efectuadas para estrictos efectos de contextualizar la tesis aquí formulada.

Derecho de propiedad, TC y función social. 4.1. La cláusula de la propiedad en la Carta de 1980. 4.2. Síntesis de la jurisprudencia del TC en derecho de propiedad. 4.3. Los reconocimientos del TC a la función social de la propiedad. 1996 y 2014. Playas y Ley de Monumentos Nacionales. 4.4. Síntesis en derecho de propiedad: marcada primacía de la función social. 5. Otros derechos: trabajo, educación, tributos, salud. 5.1. Laboral. 5.2. Educación. 5.3. Tributos. 5.4. Salud. 6. Conclusión: escasa evidencia de una constitución neoliberal. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Los promotores de una nueva Constitución para Chile suelen atribuir a la Carta de 1980 un carácter “neoliberal”¹, lo que justificaría el reemplazo total de nuestro orden constitucional. Chile requiere –sostienen– un nuevo orden que se estructure como un estado social de derecho².

¿Es ésta afirmación constitucionalmente rigurosa? ¿Ha sido la Constitución de 1980 un obstáculo normativo para el desarrollo de un Estado con acento social? ¿O el recurso de atribuir a Chile neoliberalismo constitucional es la expresión de una percepción política de origen extraconstitucional, de una idea o consigna eficiente para promover una nueva Carta, independiente de su contenido³? Despejar esta duda es una prioridad para el derecho constitucional en cualquier escenario que sobrevenga en los próximos años. Si ha de modificarse la actual Carta para acentuar el rol del Estado, será indispensable identificar dónde aquella ha fallado; de qué forma ha impedido –con sus supuestos diques axiológicos liberales– el libre flujo de leyes, reglamentos y políticas públicas que hayan pretendido supuesta y frustradamente expandir la protección de los derechos sociales. Solo así podría repararse, por el poder constituyente derivado, este alegado defecto.

¹ URQUIETA (2014), p. 55.

² ZÚÑIGA (2014), p. 4. Por el contrario, al interior del equipo constitucional de la Nueva Mayoría, resulta interesante la invitación de Zapata (2014) a mantener el principio de subsidiariedad (el que considera valioso), pero combinándolo con una mayor participación del principio de solidaridad.

³ Véase FERMANDOIS (2009) y también FERMANDOIS (2010), pp. 287-291.

Pero si el escenario es el de una nueva Constitución, la evaluación técnica de la falla se transforma en crítica. Ningún gobernante serio podría participar o promover la refundación jurídica y completa del Estado sosteniéndose puramente en consignas exitosas o percepciones difusas de insuficiencia normativa. Aún si el “momento constitucional” lo acompaña para un ejercicio excepcional de política constitucional y ya no sólo de política legislativa —en lenguaje de Ackermann⁴— y la sociedad política resuelve embarcarse en la repactación total de su *ethos* jurídico, ese gobernante, ese poder constituyente originario que reclama para sí la restitución de la soberanía que delegó transitoriamente en los poderes constituidos —en la lógica clásica de Sieyes— debe contar un diagnóstico preciso de las carencias del Texto Magno.

Así, la reformulación del precepto Constitucional equivocado, insuficiente o exiguo para los nuevos tiempos, debiese ser corazón de todo proceso de refundación jurídica; lo contrario sería despreciar a la Constitución como norma jurídica y postularla como un simple ícono político; un trofeo que une a los vencedores en torno a su ideario, a su épica, a su liturgia institucional, pero ignorando —quizá peyorativizando— su operatividad. El componente político es naturalmente de la esencia del poder constituyente, pero no se agota en él. Se trata también de dar vida a una norma jurídica, imperativa, reclamable, justiciable, dotada de vinculación directa⁵ y efecto horizontal⁶. Esa es la norma que se ha de perfeccionar o reemplazar.

Negar, expresa o tácitamente a la Carta Fundamental su carácter de norma jurídica, es empujarla nuevamente a lo que alguna vez fue en los orígenes de esta disciplina: un simple decálogo moral de comportamiento institucional para el gobernante, que descansa sólo en su conciencia recta o torcida. Esa fue, en definitiva, la disyuntiva que enfrentó John Marshall al fallar el caso *Marbury v. Madison* en 1803, dilema que resurge periódicamente a más de dos siglos de su emisión. Este camino lleva a alejarse de lo que hemos llamado “derecho constitucional real”⁷. De manera que

⁴ Ver: ACKERMAN (1991).

⁵ Ver SOTO-KLOSS (2012).

⁶ Ver ALDUNATE (2008), pp. 211 y ss.

⁷ FERMANDOIS (2003), pp. 488-489.

la promoción de una nueva constitución exige un diagnóstico preciso de sus defectos, quizá la tarea menos cómoda a la literatura reformista.

Los asuntos favoritos de los autores que convocan a una nueva Constitución giran en torno a la legitimidad de la Carta de 1980⁸. Los hay quienes, negándola integralmente, colocan aquí fundamento conceptual suficiente y –de ser necesario– único, para desechar la Constitución vigente y transitar hacia una nueva. La eliminación de las llamadas “trampas” y la reparación de su origen sería suficiente motivo para el despertar de un nuevo orden jurídico⁹. Al margen de los aspectos orgánicos típicamente cuestionados –leyes de quórum especial, sistema electoral binominal y algunas atribuciones del Tribunal Constitucional–, en estos autores se observa un esfuerzo carente de entusiasmo, poco visible o simplemente inexistente en torno al contenido sustantivo, a los defectos, a los reparos dogmáticos que habrían de subsanarse para dar paso a un estado social.

He aquí entonces el objetivo de este trabajo. ¿Existe fundamento para afirmar con rigor que la Constitución de 1980 es neoliberal y obstaculiza una expansión de los derechos sociales? ¿Ha existido realmente tal barrera en la aplicación de nuestra ley suprema? ¿O ella proviene de consensos propios de la política legislativa, políticas públicas ajenas o muy esporádicamente conectadas con la Constitución?

Postularemos aquí que: a) la Carta Fundamental actual no contiene una formulación neoliberal en el tratamiento de ciertos derechos clásicos –libertad, propiedad, trabajo, salud, tributos–, que no sea en lo referido al recurso de protección y b) que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha recogido con intensidad la vertiente social de estos derechos.

2. LA IMPUTACIÓN NEOLIBERAL A LA CONSTITUCIÓN DE 1980 COMO JUSTIFICACIÓN DEL CAMBIO

Los aspectos orgánicos –y no dogmáticos– son los favoritos de los críticos de la Carta de 1980, aún después de la gran reforma de 2005. El

⁸ URQUIETA (2014), p. 55.

⁹ ATRIA (2014), p. 20.

quórum especial de leyes y el sistema electoral reúnen cuantitativamente las mayores críticas. Para Zúñiga estos son cerrojos y culminan con un supuesto “metacerrojo”, el quórum de reforma constitucional¹⁰. No parece atendible especialmente este último calificativo, considerando que los quórum de reforma de la constitución chilena actual (3/5 y 2/3), aún más rígidos que sus predecesoras, son usuales en el derecho comparado, según los completos estudios de Ginsburg¹¹.

Para los menos, el control preventivo del Tribunal Constitucional también ofrecería reparos. Esta opinión es digna de considerarse sólo en cuanto al control preventivo forzoso (artículo 93, N° 1, CPR), más en absoluto al control preventivo eventual (artículo 93, N° 3, CPR). Ello porque si hemos de asumir que el control de constitucionalidad de la ley es esencial a una sociedad democrática respetuosa de su regla básica y consecuentemente de las minorías, y que el control represivo actual de la ley es imperfecto en Chile, constatándose su decreciente impacto concreto¹², entonces el único camino para evitar transformar a la Constitución en un simple decálogo ético, es preservar algún mecanismo de control preventivo de la legislación, activado por las minorías. Se trata de un tema muy interesante pero distinto al que se propone este trabajo, de manera que volveremos a la justificación sustantiva de una nueva Constitución.

¿Hay aspectos sustantivos reclamados por los autores para justificar una nueva Constitución? ¿Es la Carta actual de inspiración neoliberal?

Zapata admite su legitimidad y valora las transformaciones de 2005, pero señala ciertas áreas de “déficit”: a) Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, b) fortalecimiento derechos sociales c) permitir el voto de los chilenos desde el extranjero y d) la introducción de un sistema electoral proporcional¹³.

¹⁰ ZÚÑIGA (2013), p. 362.

¹¹ GINSBURG (2014). Ver también GARCÍA (2014a), quien defiende la técnica de la rigidez constitucional con independencia de la técnica de la supermayoría legal.

¹² Esta conclusión emana de la revisión de las tablas de registro del libro en que se anotan todas las inaplicabilidades acogidas y su destino final en los tribunales ordinarios. Véase, GÓMEZ (2013).

¹³ ZAPATA (2014), p. 84.

La deuda social en la Constitución es, entonces, una tarea pendiente para el autor.

Muchas afirmaciones de esta clase se registran regularmente en foros, seminarios y otros formatos análogos del derecho público. A modo de ejemplo, la profesora Miriam Henríquez sostuvo ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que la Carta Fundamental es de “marcado corte neoliberal” y “que los derechos sociales se encuentran devaluados en esta Constitución...”¹⁴. Zúñiga no duda en atribuirle el corte neoliberal¹⁵, mientras Bassa es más explícito y le reprocha imponer un modelo de desarrollo económico identificado con el neoliberalismo¹⁶. Ruiz-Tagle, en cambio, en 2012 buscaba la atenuación del presidencialismo y la conformación de un sistema semi-presidencial¹⁷.

Como sea, parece inobjetable constatar que ésta es una imputación constante en la literatura crítica a la Constitución, escasamente respaldada, sin embargo, por trabajos empíricos o, al menos cualitativos de revisión jurisprudencial, que así lo acrediten en su operación en la justicia ordinaria o especial. Normalmente se acude a la distinción que hace el artículo 20 de la Carta para efectos del recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, que como sabemos excluye ciertos derechos llamados originalmente “lato sensu”. Por consiguiente, sostiene normalmente el argumento crítico, si no hay tutela jurisdiccional prevista en sede de protección para aquellos derechos de corte social, como el derecho a la “justa retribución”, por ejemplo (artículo 19, N° 16), o el derecho a la protección de la salud (19, N° 9), pero sí lo hay para libertad personal, propiedad, asociación, reunión y otros, la Constitución merecería calificarse de antipática con los derechos sociales. Es, en suma, una constitución neoliberal, termina el intérprete.

¹⁴ Sesión Especial con Profesores de Derecho Constitucional el día 7 de agosto.

¹⁵ ZÚÑIGA (2013), p. 516.

¹⁶ “Sí, es necesaria una nueva constitución económica” en sitio web: <http://marcatuvoto.cl/2014/03/31/si-es-necesaria-una-nueva-constitucion-economica-por-jaime-bassa-y-christian-alvarez/>

¹⁷ En Seminario “Reformas al Sistema Político”, organizado por Cámara de Diputados, abril 2012.

Así las cosas, haremos un breve sobrevuelo por cinco zonas sensibles para los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que debiesen ofrecer evidencia de neoliberalismo en la Carta, de ser correcta esta imputación filosófico-jurídica. Seleccionaremos para estos efectos el principio de subsidiariedad, el derecho de propiedad, el derecho a la salud, el derecho a la libertad de trabajo y el derecho a la igualdad o justicia tributaria. Este último, de carácter patrimonial, revelará, sin embargo, qué espacio de progresividad cabe a los tributos en nuestro sistema y cómo ha entendido el tribunal que debe juzgar el derecho a un tributo justo ante una carga tributaria normalmente ascendente sobre el patrimonio del contribuyente.

3. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, TC Y NEOLIBERALISMO

3.1. Dicotomía de la subsidiariedad

Llegada la hora del debate dogmático-constitucional, los promotores de una nueva Constitución suelen aludir al principio de subsidiariedad, advirtiendo el sello neoliberal que este contendría¹⁸. Desde esa doctrina se suele distinguir entre la subsidiariedad “estilo europeo”, que sería positiva, y la chilena, como negativa, de corte neoliberal. Aquella, emanada del original artículo 5º, Nº 3, del Tratado de Maastricht que creó la Unión Europea, sería bienvenida, en tanto la emanada del artículo 1º de nuestra Carta, debería reemplazarse o enmendarse, por ser eje del sistema neoliberal.

Otra parte de la doctrina subraya la dicotomía entre dos clases de subsidiariedad, la aceptable y la negativa. Como lo sintetiza Loo:

“El principio de subsidiariedad no deja de despertar interés ni de generar discusiones. Ha sido ensalzado como la fórmula que resuelve los problemas del Estado restituyéndole sus funciones y su ámbito de acción propio y, de la otra parte, ha sido condenado por poner en un lugar preeminente el egoísmo y la avaricia del ser humano como motores de la vida social. Esta dicotomía se hace presente aún hoy”¹⁹.

¹⁸ USEN (2012), p. 124.

¹⁹ Loo (2009), pp. 391-426.

Hemos escrito latamente sobre la función dinámica e institucionalmente neutra del principio de subsidiariedad²⁰. El principio no garantiza ni la presencia estatal ni la privada; sólo opta por un título preferente para los particulares en las actividades de la sociedad que no sean indelegables e intrínsecamente estatales, pertenecientes a él en cuanto tal (RR.EE., Defensa, etc.). En este sentido, en cuanto al titular cualitativo primero del desarrollo de una actividad delegable, la subsidiariedad no es neutra; empero, sí lo es en cuanto al grado, a la magnitud en que concretamente manifiesta la intervención del Estado. La preferencia referida, en consecuencia, no garantiza presencia efectiva. El Estado puede ampliarse y el particular retraerse cada vez que se estime que éstos no están cumpliendo adecuadamente con el fin que se propusieron y este objetivo, política o tareas sea relevante para el bien común, y viceversa.

Hemos dicho entonces, desde la teoría, que el principio de subsidiariedad admite una faz social, con un Estado socialmente activo. A esto se denomina subsidiariedad activa o en su dimensión positiva.

¿Ha sido esto motivo de discusión en el Tribunal Constitucional? ¿Qué ha dicho el supremo intérprete de la Carta Fundamental?

3.2. Subsidiariedad y Jurisprudencia del TC: los cuatro casos en que el principio se aplica

En casi 35 años, la jurisprudencia del TC cuenta sólo con cuatro casos nítidos de aplicación del principio de subsidiariedad, en control preventivo eventual de constitucionalidad de un proyecto de ley. Usaremos esta clase de control como el índice más indicativo del grado de tensión político-legislativa en nuestro sistema, ya que envuelve el reclamo expreso ante el TC de una minoría parlamentaria que reclama la inconstitucionalidad de preceptos de un proyecto de ley. En este caso, ese reclamo invocó un fundamento total o parcial en el principio de subsidiariedad.

²⁰ FERMANDOIS (2001), pp. 89-94.

Las cuatro sentencias son las emanadas de los que llamaremos caso *Ley de Prensa*, Rol N° 226/1995; caso *Liceo Experimental Manuel de Salas*, o *Manuel de Salas*, Rol N° 352/2002; caso *People Meter I*, Rol N° 2358/2012, y caso *People Meter II*, Rol N° 2509/2013²¹.

Si es efectivo el supuesto consistente en que el principio constitucional de subsidiariedad irradia un contenido fuertemente neoliberal a la operatoria de la Carta, habríamos de registrar aquí numerosas sentencias encarnando esa visión, invalidando proyectos de ley. O al menos registrar fallos operando –bien o mal– en torno al principio. Esos proyectos tendrían que haberse propuesto expandir la presencia estatal en búsqueda de una mayor satisfacción de los derechos sociales, o perseguido ampliar el Estado empresario, siendo eventualmente detenidos por el sello neoliberal de la Carta y su principio rector.

Sorpresivamente –imagino tal cosa para los críticos de la subsidiariedad chilena– nada de ello efectivamente ha ocurrido en la jurisprudencia del TC. De las escasas cuatro sentencias que aplican directamente la subsidiariedad, tres giran primeramente en torno a la libertad de emitir opinión e informar sin censura previa como garantía vulnerada (artículo 19, N° 12, CPR) y el cuarto caso exhibe un prolijo desarrollo del principio para rechazar el requerimiento parlamentario.

3.2.1. *Ley de Prensa (1995)*

En efecto, en *Ley de Prensa*, el proyecto de ley buscó establecer un mecanismo judicial para forzar a los medios de comunicación a difundir noticias que un interesado estimare “deliberadamente omitidas”. Junto a ello, el proyecto limitaba fuertemente la concentración de la propiedad en medios de comunicación²². El Tribunal acogió el requerimiento invocando

²¹ Las sentencias llamadas *Jornada Escolar Completa I y II*, ambas de 2004, si bien invocan y aplican complementariamente la subsidiariedad, serán tratadas en materia de educación y libertad de enseñanza, tópico central en ellas.

²² El artículo 43 de dicho proyecto señalaba en relación a la prensa escrita que ninguna persona puede ser propietaria de “más del 30% del mercado informativo nacional”, ya sea sola o asociada con otras; y que “ninguna persona podrá tener o ejercer el control directo o

el principio de la autonomía de las sociedades intermedias emanado del artículo 1º, inciso 3º, CPR, que en acertada formulación en sus considerandos 28º y 29º, pugnaba con el propósito de constreñir a los medios en la selección autónoma de las noticias a publicar²³.

La lectura del fallo y el contexto del caso permite arribar con facilidad a una conclusión: el resultado del caso habría sido probablemente el mismo con o sin la aplicación del principio de subsidiariedad. Lo intrusivo del mecanismo de forzar jurisdiccionalmente a los medios a publicar noticias era y es una vulneración directa a la libre expresión bajo cualquier estándar objetivo de derecho comparado. La autonomía de los medios operó allí como la expresión axiológica en las Bases de la Institucionalidad, del mismo precepto que la prohibición de la censura previa hace a modo de garantía. Es inobjetable que el artículo 19, N° 12, inciso 1º, habría resultado entonces por sí sólo un fundamento suficiente para acoger el requerimiento. Pero hay más; esta sentencia agrega otro elemento interesante para una visión social de la garantía, al reconocer expresamente la existencia constitucional del derecho a ser informado²⁴. Para el Tribunal éste sólo puede ser ejercido a contar de la emisión de la noticia para ser compatible con la ausencia de la censura previa. Esa prevención es acertada.

indirecto, sola o asociada con otras, de más de igual porcentaje de la distribución de los diarios de información general”. Además establecía, en general, que ninguna persona podría tener “más del 15% del mercado informativo general”, porcentaje que aumenta al 20% si se trataba de asociaciones o sociedades.

²³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 226, considerando 28º: “Que, la frase contenida en el proyecto que dispone la obligación jurídica del Estado de asegurar ‘la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión así como la variedad social, cultural y económica de las regiones’, conlleva la correspondiente intromisión en la autonomía de esos cuerpos intermedios o grupos asociativos que son los medios de comunicación social” y considerando 29º: “Dicha autonomía para cumplir con sus propios fines específicos implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo, y sin más limitaciones que las que impongan la Constitución...”.

²⁴ Al respecto en la sentencia Rol N° 226, considerando 19º, el Tribunal señala que “...Si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales”.

3.2.2. Los casos *People Meter I* (2012) y *II* (2013)

Iguales razonamientos se pueden replicar para los casos *People Meter I* y *People Meter II* de 2012 y 2013, respectivamente²⁵. Prácticamente idénticos en su origen, aunque diversos en sus razonamientos, estas sentencias podrían escasamente invocarse como expresiones de un contenido neoliberal de la Carta Fundamental, vía principio de subsidiariedad.

En ambos casos, el proyecto se propuso prohibir a los concesionarios de televisión la contratación de servicios de medición de audiencia en línea (*people meter on line*). Se trataba de prohibir el uso de la medición instantánea de audiencia, sólo para la TV.

La diferencia del primer fallo con el segundo consiste en un pequeño matiz de redacción en el precepto legal que proponía estos efectos impeditivos, que sus promotores negaron que fuese de prohibición, replicando que constituían mera regulación. Mientras el primer fallo invocó la autonomía de las sociedades intermedias –que es integrante de la subsidiariedad–, el segundo caso levantó la interrogante sobre la fuerza vinculante de las sentencias del TC ante el legislador.

Al insistir el Congreso en el proyecto –con votaciones estrechas y transversales– a pocos meses de otro casi idéntico que reprobó el examen de constitucionalidad, ¿incurría el legislador en algún grado de desacato? ¿Cabía al legislador reponer, insistir en un precepto declarado inconstitucional? ¿Son vinculantes las sentencias del TC? Estas fueron las preguntas que subyacían al caso²⁶.

Fue útil aquí la invocación de la doctrina extranjera por los recurrentes, que ofreció útiles parámetros para juzgar la insistencia, la verdadera perti-

²⁵ Al autor le correspondió obrar como abogado patrocinante en ambos casos, representando a parlamentarios que formaban más de una cuarta parte de la Cámara de Diputados.

²⁶ La escasa literatura nacional sobre la fuerza vinculante de las sentencias del TC hizo más evidente que en *People Meter II* éste era el tópico subyacente, más que la subsidiariedad. Véase PEÑA (2006) La autora vincula la *ratio decidendi* y lo dispositivo del fallo al legislador. También FERMANDOIS (2005), pp. 685-696. El trabajo más luminoso es sin embargo el del español VIVER (2013).

nacia del legislador, los que en este caso no se satisfacían (principalmente el escaso cambio de circunstancias por el brevísimo tiempo transcurrido)²⁷.

Ambas sentencias y sus votos de minoría son un acervo doctrinario de relevancia para el estatuto constitucional de la libertad de expresión. El Tribunal complementó la autonomía de las sociedades intermedias con un derecho preciso y moderno, inobjetable, aquel contenido en el inciso 5° del numeral 12, que faculta para “establecer, operar y mantener estaciones de televisión”. Adicionalmente, acogió como infringidas la garantía de la libertad para desarrollar actividades económicas y, especialmente en el segundo fallo, el derecho a la no discriminación arbitraria por el Estado, al prohibirse sólo para la TV la medición de audiencia en línea, pero simultáneamente tolerarse para la radio, para los diarios *on line*, para los proveedores de internet, etc.²⁸.

Nuevamente, y no obstante la prolija y acertada invocación a la autonomía de las sociedades intermedias por el voto de mayoría²⁹, es difícil imaginar que una legislación como ésta hubiese traspuesto los estándares constitucionales de la libre expresión, aún sin principio de subsidiariedad de por medio. El medio seleccionado por el proyecto –prohibición de la medición en línea– para alcanzar el objetivo legislativo –mejora en la

²⁷ Para Viver, son argumentos aceptables para que el legislador insista con un nuevo proyecto análogo al ya declarado previamente inconstitucional por el TC, los siguientes: los cambios jurídicos y sociales; el diferente tipo de ley en que se pretende reincorporar el precepto; la forma, genérica o precisa, en que se ha establecido la doctrina de la que se disiente; la diferente vinculación que tiene la doctrina de sala o de pleno en la sentencia del TC. Nosotros agregamos, naturalmente, si la sentencia emanó de un control concreto o control abstracto. Y son para Viver argumentos no aceptables, entre otros, un cambio en la composición del TC y la simple discrepancia de la doctrina constitucional.

²⁸ En sentencias Rol N° 2358 ver considerandos 21° y 22° que por una parte señalan que: “una prohibición como la aprobada en el proyecto de ley impugnado, sería claramente discriminatoria de modo arbitrario, ya que no se divisa razón por la cual el *people meter on line* fuere nocivo sólo en televisión, pero no en radio o en otros medios de telecomunicaciones sociales, incluso informáticos” y por otra en cuanto a libertad para desarrollar actividades económicas dice, “en el sentido que la prohibición proyectada importa una supresión de la demanda por un servicio, lo que indudablemente amaga la actividad económica de las empresas proveedoras de ese servicio de medición, sin que se divise –conforme a lo analizado– razón moral, de orden público o de seguridad nacional que amerite una tal prohibición legal”.

²⁹ Redactado por la entonces presidenta Marisol Peña Torres.

calidad de la TV— resultaba no idóneo, sino desmesuradamente lesivo e infractor del principio de proporcionalidad. Al respecto, “existe en esto una relación análoga a la que se da entre el termómetro y la temperatura del paciente, instrumento que ciertamente no es la causa de su enfermedad”, parodió el Tribunal, tomando la misma comparación que ofrecimos en el alegato³⁰. Mientras el voto de minoría subrayó el derecho del legislador a intervenir con fuertes grados la TV, por su carácter de concesión sobre un bien nacional de uso público —el espectro radioeléctrico—, el voto de mayoría que ya describimos podría escasamente tildarse de neoliberal. La libre expresión, la televisión privada, la prohibición de la censura y el principio de proporcionalidad son categorías conectadas a la doctrina del derecho constitucional universal, humanista y democrático³¹.

3.2.3. *Manuel de Salas (2002)*

Ha quedado para el último el análisis del caso llamado *Manuel de Salas*. En rigor, no hay muchas doctrinas sustantivas que para efectos prácticos emanen de esta sentencia, que ratificó la constitucionalidad del proyecto de ley que trasladó el Liceo Experimental Manuel de Salas desde la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación (UMCE), hasta la Universidad de Chile.

Habiéndose invocado la subsidiariedad como un principio que impediría al legislador vulnerar la autonomía universitaria de la UMCE, entidad cuyos órganos directivos se opusieron al traslado “por el sólo ministerio de la ley” del liceo, el Tribunal desechó esta dimensión de la subsidiariedad.

Lo paradójico en *Manuel de Salas* es que la versación y prolijidad en la formulación teórica del principio de subsidiariedad, inédita hasta esa fecha en el TC y contenida entre los considerandos 12 y 21 de la sentencia, contrasta con el resultado, plenamente respaldatorio del obrar del legislador. Para transferir bienes entre entidades del Estado, razonó la magistratura, basta una ley, de quórum simple; rechazó aquí el argumento

³⁰ Así lo expresa el tribunal en *People Meter I*, considerando 15°.

³¹ *People Meter II*, Voto de minoría, N° 23. “En tercer lugar, al utilizar el espectro radioeléctrico, usa un bien nacional de uso público, por definición limitado”.

consistente en que la autonomía de las universidades estatales se contiene en una ley orgánica constitucional (la entonces LOCE)³². Evidentemente *Manuel de Salas* es algo muy lejano de un reconocimiento neoliberal de la subsidiariedad.

4. DERECHO DE PROPIEDAD, TC Y FUNCIÓN SOCIAL

En el derecho de propiedad se encuentra quizá el corazón de los cargos neoliberales que se imputan a la Constitución de 1980. Quienes creemos que la carta vigente dio un paso trascendental en la protección del dominio mediante su estatuto de garantías ante la expropiación, y que ese paso ha sido crucial en el desarrollo social, humano y económico del país, constatamos también esta crítica. Nuestro Texto Magno habría elevado la propiedad a un estado de privilegio, a un sitio de preferencia de inspiración neoliberal, incompatible con las necesidades de Chile actual.

4.1. *La cláusula de la propiedad en la Carta de 1980*

Lo que para nosotros es una equilibrada pero resuelta piedra angular de un Estado de Derecho, respetuoso de un derecho fundamental que cruza hoy a todos los sectores sociales, es visto por otros como un defecto, una sobrevaloración jurídica que justifica el cambio constitucional. En la prensa nacional de 2014 el tema volvió a la palestra, en palabras de la Ministra Secretaria General de la Presidencia, Ximena Rincón. Su comentario resume el sentir de una parte de la literatura iuspublicista o de la simple opinión política, que veremos no tiene asidero real en la jurisprudencia constitucional. Sostuvo la ministra: “El problema es que la Constitución le dio una preeminencia exagerada a este derecho, lo que ha llevado a que sea el derecho más protegido en las cortes, todo es posible de amparar por vía de la propiedad...”. Otros autores prefieren añorar fórmulas europeas, contraponiendo la supuestamente neoliberal cláusula de la propiedad chilena, con el texto de la Constitución de Alemania, traducido como “la propiedad impone deberes”³³.

³² Considerando 21°.

³³ La Constitución Alemana en su artículo 14, N° 2, dice que, “La propiedad obliga. Su uso deberá servir, al mismo tiempo, al bien común”.

El reclamo de la ministra, correcto en lo referido a la actitud de las cortes, omite, sin embargo, destacar que el derecho de propiedad ha precisamente permitido, y no postergado, la operación judicial de los derechos sociales. Este rol indirecto se debe, naturalmente, a que estos derechos no tienen una cobertura directa en el artículo 20 de la Carta, como ya se ha señalado.

Contrastemos esta llamativa nostalgia del derecho de propiedad europeo que se recuerda como orientado al bien común –desde luego así lo está también acá–, con el texto chileno y la consiguiente jurisprudencia del TC. Sabemos que el artículo 19, N° 24, inciso 2°, reconoce expresamente la función social como valor limitativo del dominio. Sabemos también que son cinco las amplias, flexibles y difusas causales que permiten al legislador –con quórum simple– invocar la función social e imponer limitaciones y obligaciones al propietario³⁴. Sabemos, por último, que el ingreso de la función social a la Carta Fundamental se produce por obra de la reforma constitucional de 1967, en el artículo 10, N° 10, de la Ley Fundamental de 1925, y no por creación de la CENC, comisión que propuso variaciones que hemos juzgado como menores al texto previo (subcomisión de derecho de propiedad)³⁵, pero significativas para ella misma en la Carta de 1980. En otro lugar hemos levantado la pregunta si era realmente necesario recurrir a la función social como causal para autorizar las limitaciones al derecho de propiedad, algo que de suyo podría predicarse por regla general de todo derecho³⁶. En síntesis, la cláusula chilena del derecho de propiedad no podría en su letra calificarse de neoliberal, cuando recoge la tradición social-cristiana de la función social, sólo limitada por la cláusula del contenido esencial, como ocurre con numerosas cartas europeas³⁷. Empero, y aún con esta prevención, ¿ha operado en la práctica la propiedad en términos preeminentes, dominantes y absolutos? ¿Ha menospreciado el Tribunal Constitucional la función social? ¿Ha efectuado tal clase de interpretación

³⁴ Estas son: intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

³⁵ FERMANDOIS (2014), p. 218.

³⁶ FERMANDOIS (2014), p. 316. “Actualmente la función social es un concepto innecesario, porque la propiedad, así como todos los demás derechos fundamentales, está sometida al natural balance de intereses individuales y sociales, como lo han resuelto los tribunales constitucionales europeos”.

³⁷ FERMANDOIS (2014), pp. 260-264.

esta magistratura? ¿Ha invalidado sucesivos proyectos de ley bajo consideraciones propias de una defensa poderosa del derecho de propiedad?

Una nueva constatación sorprenderá a quienes formulan los cargos de neoliberalismo dominical a la Carta.

4.2. Síntesis de la jurisprudencia del TC en derecho de propiedad

Análogamente a lo que ocurre con la subsidiariedad, el TC ha pronunciado pocas sentencias fundadas primeramente –o visiblemente– en el derecho de propiedad. El número es relativo y depende de los parámetros que se utilicen, pero en todo caso, son objetivamente escasas en ejercicio del control preventivo eventual de constitucionalidad.

Curiosamente, son los decretos supremos y no los proyectos de ley los que han dado vida a la actividad jurisdiccional del TC a la hora de razonar en materia de propiedad. Así, los casos que hemos llamado *Publicidad Caminera I* (1992), *Publicidad Caminera II* (1993)³⁸, así como *Playas I*, *Playas II* y *Playas III*³⁹. Se refieren todos a decretos o reglamentos acusados primeramente de vulnerar el principio de reserva legal de la propiedad, antes que de arrasar con la esencia del dominio mismo⁴⁰. Es decir, tal como la libre expresión dominó los debates de subsidiariedad, la reserva legal lo hace con el de propiedad. Se trata de casos en que el Presidente de la República fue acusado de proceder, sin ley, de desbordar sus atribuciones constitucionales mediante su potestad reglamentaria en invadir la competencia del Congreso, amagando la esencia del dominio. Fue ésta también la lógica de los casos *Cesiones Gratuitas*⁴¹ de 1997 e *Impacto Vial*⁴² de 2003. En el primero, el TC, invocando entre otros precisamente la función

³⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 146 y 167.

³⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Roles N°s 1.141 y 1.215, respectivamente.

⁴⁰ En este aspecto podemos señalar que nuestra Constitución en su artículo 19, N° 4, señala que, “sólo la ley puede establecer”, como fuente de una reserva legal poderosa en el derecho de propiedad.

⁴¹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 253, de 15 de abril de 1997.

⁴² Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 370, de 30 de abril de 2003.

social, respaldó al Presidente y su derecho supremo de Vivienda en una aumentada carga sobre la propiedad de los loteadores o urbanizadores. En el segundo, el TC acogió el requerimiento y dejó sin efecto el decreto respectivo, pero el argumento central fue la falta de precisión o “densidad normativa” en la ley invocada por el Presidente (D.F.L. N° 458, Ley General de Vivienda y Urbanismo), como habilitación para imponer nuevas obligaciones sobre la propiedad privada. Igual que en el controversial caso *Catalíticos*⁴³ de 2001. En ambos emerge el principio de reserva legal como eje de la decisión, más que una ponderación dogmática sobre el equilibrio privado-social del derecho. Aun así, *Cesiones Gratuitas* es una decisión fuertemente conectada a la función social de la propiedad, objetivamente alejada de todo neoliberalismo.

Igual carácter accesorio tiene la propiedad en casos que se adscriben primera o complementariamente a otros derechos, como el más reciente de ley de TV Digital (obligación llamada de *must-carry*)⁴⁴. Aquí el derecho a establecer, mantener y operar estaciones de TV fue nuevamente el primero en invocarse ante el proyecto que impuso gravosas obligaciones a los concesionarios, modelado por las alusiones de los requirentes al principio de proporcionalidad, antes que a la propiedad. El TC rechazó esta parte del requerimiento y buena parte del resto.

En consecuencia, si hemos de identificar una sentencia del TC en que nítidamente se invoque y razone sobre la base exclusiva o preeminente de la propiedad –respecto de un proyecto de ley que impone obligaciones a particulares– hay que viajar hacia el pasado y emerger en agosto de 2001, en el caso llamado de *Rentas Vitalicias*⁴⁵. Son largos trece años hasta hoy.

En *Rentas Vitalicias* el TC acogió el requerimiento, objetando un proyecto de ley que regulaba intrusivamente el derecho de los afiliados a las AFPs a disponer del saldo de su ahorro previsional para adquirir las llamadas “rentas vitalicias”. El razonamiento del TC circuló en torno al derecho de propiedad del afiliado sobre la cotización previsional y la esencia de

⁴³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 325, de 26 de junio de 2006.

⁴⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2541, de 18 de noviembre de 2013.

⁴⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 334, de 21 de agosto de 2001.

esa propiedad incorporal, intangible ante la ley. Sin desconocer la función social, la magistratura se inclinó por estimar vulnerado el derecho de dominio, quizá rehabilitándose del descrédito que le había significado ese año ante el Congreso y la academia el contradictorio fallo *Catalíticos*⁴⁶, pocos meses antes.

El corazón del fallo *Rentas Vitalicias* sostuvo lo siguiente: "...La modificación propuesta le impide así elegir aquella alternativa que más convenga a sus intereses, suplantando, en último término, por este sistema cerrado de opciones, la voluntad del afiliado por la establecida en normas legales que, en definitiva, ejercen por él la facultad de disposición, inherente al dominio..."⁴⁷.

Puede afirmarse objetivamente que *Rentas Vitalicias*, hace 13 años, es la última sentencia del TC en que el derecho de propiedad se erige en la única e insalvable barrera para un proyecto de ley en control preventivo eventual, bajo la vigencia de la Constitución de 1980. Antes, en febrero de 1996, la sentencia del caso "Deuda Subordinada" produjo iguales efectos con un proyecto de ley, pero ahí fue la Corte Suprema la que revirtió para efectos prácticos el criterio del TC, acogiendo un recurso de protección deducido por el Banco Central. Curiosamente, el derecho de propiedad que se salvaguarda por el TC no es el de empresarios, concesionarios, propietarios de inmuebles u otros, sino el de ciudadanos cotizantes y ahorrantes. Indirectamente, a no dudarlo, la sentencia también impactó a compañías de seguros.

Es así como ya a estas alturas, con esta somera pero suficientemente prolija evidencia, resulta poco riguroso continuar afirmando que la Constitución ha operado en el TC con un sello sobreprotector del derecho de propiedad. No es efectivo que la Carta Fundamental, con su guardián máximo, el juez del TC, estén erigidos en un supremo defensor del dominio; tal cosa no es en absoluto real en su jurisprudencia.

⁴⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 325, véase considerando 45°.

⁴⁷ Considerando 16°.

4.3. *Los reconocimientos del TC a la función social de la propiedad. 1996 y 2014. Playas y ley de Monumentos Nacionales*

Quizá la mayor sorpresa en el recuento de las sentencias sobre derecho de propiedad proviene de la fuerza, persistencia y operatividad que el TC le otorga a la función social. Este es un concepto ampliamente reconocido en las sentencias, hasta llegar al exceso y conducir al TC a algunas decisiones objetivamente desacertadas, con grados de deferencia que exceden lo razonable y que contrastan con lo que la misma Corte Suprema resolvía en el mismo punto antes de 2005⁴⁸.

Es así como la función social se reconoce, describe y potencia desde la temprana jurisprudencia, caso *Playas I* en 1996, hasta las últimas inaplicabilidades de 2014. Citaremos aquí el caso *Santa Beatriz*⁴⁹, recurrente de inaplicabilidad que cae afectada por normas propias de la Ley de Monumentos Nacionales, rechazado su recurso por empate de votos en el TC, sin formarse mayoría para el sofisticado, libertario y completamente acertado voto redactado por el Ministro Iván Aróstica, partidario de acogerlo.

Como un contraste entre épocas, véase cómo describe el TC la función social en el caso *Playas I*, en que se impugnó un decreto supremo reglamentario emitido al amparo del D.L. N° 1.939: "...Esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo

⁴⁸ En esta condición nos parece se encuentran las inaplicabilidades rechazadas por el TC en causas en que se impugnan preceptos de la muy intrusiva Ley de Monumentos Nacionales, N° 17.288, de 1967, típicamente sus artículos 12 y 20. Para nosotros, esto constituye una expropiación regulatoria. La Corte Suprema, por sentencia del pleno en el Caso "Maullín con Fisco" (2004) había declarado inaplicable el artículo 12 referido, criterio que el TC ha venido sorprendentemente revirtiendo desde que recibió la competencia sobre el recurso de inaplicabilidad (Sentencia Rol N° 4309, 18 de junio de 2002). Véase FERNANDOIS (2004). El artículo 12 de la ley dispone: "Si el Monumento Histórico fuere un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas".

⁴⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2299, de 29 de enero de 2014.

exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, *prima facie*, a todas las clases y especies de propiedad...”.

Luego, conservando el fuerte énfasis en la función social de la propiedad, y ya en sede de inaplicabilidad, el Tribunal revirtió el criterio y rechazó los recursos de *Playas II* y *Playas III*⁵⁰. Los recurrentes objetaron la constitucionalidad del precepto del Decreto Ley que obliga a los propietarios ribereños a soportar una servidumbre gratuita que permita el paso a terceros hacia playas de mar, lagos o ríos. Aquí la expansión de la función social fue tal como limitante al dominio, que el tribunal llegó a sostener que la palabra “gratuitamente” no significa necesariamente un perjuicio económico, dado que el afectado puede demandar en tribunales una compensación⁵¹. Precisamente por no tratarse del control de un decreto supremo, sino de un precepto legal propiamente tal, la función social resultó suficiente barrera para una interpretación favorable al propietario.

La referencia del Tribunal a la función social la hizo en los siguientes términos:

“... la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. El dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades que buscan armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad, constituyen la función social de la propiedad”.

4.4. Síntesis en derecho de propiedad: marcada primacía de la función social

La evidencia demuestra que resulta completamente desprolijo afirmar que el derecho de propiedad se encuentra sobreprotegido, blindado o privilegiado en la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional. Igual cosa puede

⁵⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1141 y Rol N° 1215, respectivamente.

⁵¹ El artículo 13, del Decreto Ley N° 1.939, dispone: “Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto”. Igual absurdo criterio siguió la Corte Suprema respecto de la palabra “gratuitamente” en el derogado artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, caso “Turno de Abogados”.

decirse de la afirmación que en Chile la propiedad no admite límites o deberes –al estilo europeo– en favor del bien común. Por el contrario, aquella magistratura se caracteriza por hacer primar –con acierto y ocasional desacierto– la función social por sobre la esencia del dominio incluso hasta en casos extremos, como los referidos a normas pre-constitucionales, altamente defectuosas ante parámetros básicos actuales (D.L. N° 1.939 o Ley N° 17.288)⁵².

Ya desde el primer caso pos reforma de 2005 que recayó centralmente sobre propiedad y cambios en el marco regulatorio de una concesión portuaria, la inaplicabilidad que llamaremos *Puerto de Arica* en 2006⁵³ e incluyendo otros casos emblemáticos, como el llamado caso *Tag*⁵⁴ en votaciones usualmente divididas y estrechas, no sin crítica, no ha querido el Tribunal amenazar la potencia de la función social. Igual cosa ocurrió en los interesantes casos *Panguipulli con Transelec*, y *HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Puyehue S.A.*, Roles N°s. 505 y 506 de 2007, en que el TC, en votación dividida e invocando la utilidad pública como causal de la función social, validó un precepto legal que intervino el precio de contratos vigentes y válidamente celebrados de suministro energético. Aquí, de la mano del ministro redactor Correa Sutil y no obstante reconocer el fallo con prolijidad la existencia de la expropiación regulatoria como fenómeno constitucional, se desechó el recurso. El resultado provino quizá por la falta de evidencia técnica en las consecuencias de la alteración legislativa de un precio contractual ya pactado, pero la solución del TC, en suma, fue la misma: primacía de la función social por sobre el derecho y sus facultades.

La Constitución de 1980 y su aplicación jurisprudencial en materia de derecho de propiedad no son, en absoluto, neoliberales.

5. OTROS DERECHOS: TRABAJO, EDUCACIÓN, SALUD

Resultaría académicamente fascinante continuar con una revisión exhaustiva de la jurisprudencia del TC en cada uno de los derechos funda-

⁵² En Alemania, en Argentina y en México, leyes análogas a la nuestra de monumentos nacionales, han sido declaradas inconstitucionales.

⁵³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 467, de 14 de noviembre de 2006.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 541, de 26 de diciembre de 2006.

mentales, particularmente sociales. Nos asiste la convicción –imposible de probar plenamente en estas breves páginas– que nuestra tesis sobre el mito de la Constitución neoliberal de 1980 es del todo correcta: se trata de una afirmación sin anclaje firme en la jurisprudencia del TC, poco rigurosa para esta dimensión de la vida intelectual. Este ejercicio seguiría ofreciendo sorpresas a los críticos de la Carta en todos y cada uno de los derechos sociales. Si hubiera de calificarse de neoliberal tal o cual aspecto, realidad o política pública en la vida social, no es riguroso responsabilizar de eso a la Constitución, así aplicada por el TC.

Se razonará fácilmente por el lector entonces que si nuestro Código Supremo no ofrece realmente defectos graves en su construcción dogmática y técnica –o al menos que ellos no han sido aptos para impactar los fallos del TC–, sino por el contrario ha sido ese texto apto para resolver con visible acento social los conflictos que se le han llevado, desaparece entonces una porción muy importante de la justificación del clamor por una nueva Constitución.

Reservaré esa tarea para un siguiente trabajo, pero dejaremos servidos en el salón algunos aperitivos de lo pendiente, en lenguaje de Soto Kloss⁵⁵.

5.1. *Laboral*

En materia laboral, por ejemplo, en toda su historia se registra una sola sentencia relevante del TC declarando inconstitucional un precepto aislado de un proyecto de ley en tramitación⁵⁶. Se trató del caso *Ley de Subcontratación*⁵⁷, y el Tribunal objetó sólo el breve precepto impugnado en medio de un amplio proyecto de ley, aquel pasaje que extraía de la definición de empresa del Código del Trabajo el elemento de la “identidad legal”. La frase inconstitucional fue aquella que eliminaba las palabras “dotada de una identidad legal determinada”. La sentencia es correcta en el resultado,

⁵⁵ Como lo sostuviera en la Conferencia Inaugural de la Vigesimoprimera Jornada de Derecho Público.

⁵⁶ La otra sentencia del TC que merecería reseña, el fallo conocido como de “Funciones Críticas” (1998), está más próxima a aspectos orgánicos que laborales.

⁵⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 534, de 21 de agosto de 2006.

aunque no en su fundamento extremadamente formal y discutible, que apeló a la necesidad de quórum calificado. Todos los sectores académicos hemos lamentado este fundamento.

El resultado se justificó en aquel caso y en lo sustantivo no por el carácter neoliberal de la Constitución, sino simplemente por la fuerza del universal derecho de asociación y su correlativo derecho a la personalidad jurídica, que sólo pueden levantarse y ceder ante el fraude. Así lo estima la doctrina más especializada y jurisprudencia constitucional extranjera, de la mano de los principios del “*piercing the corporate veil*” o “*disregarding the legal entity*”. El proyecto de ley de subcontratación proponía, por el contrario, el sacrificio de la identidad legal de la empresa como un estado normal de cosas, con o sin ilícito, lo que repugnaba el derecho a asociarse y operar como una agrupación distinta de los socios que la conforman, sin necesariamente servir a los valiosos fines legislativos de asegurar los pagos laborales y previsionales de los trabajadores subcontratados.

5.2. Educación

En materia educacional, las únicas sentencias de inconstitucionalidad relevantes son las pronunciadas en 2004, conocidas como los casos *Jornada Escolar Completa (JEC) I y II*, de junio y octubre de ese año⁵⁸. De muchas inconstitucionalidades que se pidieron al TC en ese proyecto, éste sólo acogió dos: aquella referida a la norma que obligaba a mantener hasta el fin del período académico al alumno moroso, y aquella que obligaba a seleccionar directores de escuelas de entre quienes egresaran de cursos impartidos por el Ministerio de Educación⁵⁹.

Debemos aceptar y también celebrar que en este fallo hay envueltos contenidos dogmáticos importantes en torno a la libertad de enseñanza, autonomía de las escuelas, naturaleza de la subvención escolar, y otros. El

⁵⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 410 y N° 423, respectivamente.

⁵⁹ En *Jornada Escolar Completa I*, Considerando 76° se señala que, “Consecuentemente, dicho establecimiento conserva inalterada su facultad esencial de organizarse con plena autonomía, incluyendo el nombramiento, control y reemplazo de su Director, en cuanto sea procedente. Entender en otro sentido la norma citada del proyecto sería, por consiguiente, contrario a la Constitución”.

Tribunal adoptó una salida equilibrada; admitió, por ejemplo, la facultad legislativa de crear consejos escolares forzosos en las escuelas particulares subvencionadas, así como varias otras iniciativas moderadamente interventoras sobre el ideario educativo de los establecimientos, pero sostuvo que la subvención no puede condicionarse excesivamente en la ley y realizó un razonamiento cuasi económico en torno a la matrícula y su morosidad⁶⁰. Hemos comentado que estas sentencias fueron correctas y un respaldo a la libertad de enseñanza, en el cada vez más sensible vértice ubicado entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza.

Con todo, los casos *Jornada Escolar Completa* no pueden ser vistos, en 35 años de Tribunal Constitucional, como suficiente evidencia de una aplicación práctica de una Carta supuestamente neoliberal en el tratamiento de la educación. En la otra orilla, por ejemplo, se cuentan numerosas sentencias rechazando requerimientos e inaplicabilidades en temas educacionales. Así ocurrió con los casos subvenciones escolares⁶¹ en que en torno a conflictos de reserva legal y rigidez del subsidio, se desecharon sendos reclamos de inconstitucionalidad de preceptos legales.

5.3. *Tributos*

Por último, dos palabras sobre el TC, política tributaria y reformas impositivas. Una Constitución neoliberal debiese caracterizarse por un tratamiento inamistoso a los tributos; por desincentivar aumentos tributarios, quizá altos quóruns, defensas poderosas en la carta frente a cambios impositivos en el tiempo, etc. La potestad tributaria encarna efectivamente el más duro rigor del poder estatal en la esfera patrimonial del ciudadano. Pero nótese que en medio de principios orgánicos como el de legalidad y no afectación, o tradicionales como el de igualdad, la única y crítica defensa constitucional sustantiva ante un tributo injusto o confiscatorio, está en la frase “en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente arbitrarios o injustos”.

⁶⁰ *Jornada Escolar Completa I*, Considerando 83°.

⁶¹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 447, de 15 de junio de 2005 y Rol N° 771, de 19 de junio de 2007.

Lo concreto es que, salvo algunas inaplicabilidades aisladas y parciales (caso *Estadios*, de 2007, respecto de una exención tributaria en la ley de “Rentas Municipales II” que falló al estándar de reserva legal) y del muy justo fallo *Intereses Moratorios* en 2012⁶², el TC ha sido completamente tolerante a todas y cada una de las reformas tributarias emprendidas por el legislador durante 35 años.

Pues bien, sabemos que nunca el TC se ha animado derechamente a acoger un requerimiento parlamentario preventivo sobre un proyecto de ley tributario con el fundamento de su eventual injusticia. En *Ley de Aduanas*⁶³ de 1996, fue la visible desconsideración a la reserva legal y a la no afectación tributaria lo que llevó al TC a acoger el requerimiento, más que una objeción al *quantum* del tributo. Además, el concepto de tributo aplicado en *Ley de Aduanas* fue violentamente revertido 12 años después, en el fallo de inaplicabilidad *Precios Públicos*, de 2008 (también llamado *Derechos Municipales*)⁶⁴. En votación dividida, el TC abrió, a partir de ese pronunciamiento, una avenida cada vez más ancha para la imposición administrativa de obligaciones patrimoniales forzosas sobre los particulares. La cuestionable teoría de la fragmentabilidad de la contraprestación, ahí inaugurada, hizo desaparecer buena parte de los saludables requisitos constitucionales aplicables desde la Carta Magna a un estado interventor en lo impositivo (siendo la necesidad de ley el más importante de ellos).

¿Neoliberalismo? Por cierto que no.

Así, como panorama general en la jurisprudencia tributaria en control preventivo del TC, desde los casos *Patentes Municipales*, *Tabacos I*, y *Tabacos II*, sentencias de 1994, 1995 y 1998 respectivamente⁶⁵, hasta los últimos de *Rentas Municipales* de 2007, puede afirmarse que toda reforma impositiva promovida por el presidente de turno, ha resistido el estándar constitucional del tributo justo en su paso por el TC. Quedará en el misterio la suerte que habría corrido en esta magistratura la reforma tributaria de

⁶² Ver FERMANDOIS y POBLETE (2012).

⁶³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol, Sentencia Rol N° 247, 14 de octubre de 1996.

⁶⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1034, de 7 de octubre de 2008.

⁶⁵ Tribunal Constitucional, Sentencias Rol N° 203-223-280, respectivamente.

2014, jurídicamente audaz y muy distinta en su formulación a todas las anteriores, que fue objeto de enmiendas, de un acuerdo político y finalmente se convirtió en Ley.

5.4. Salud

En materia de derecho a la protección de la salud son dos los fallos clásicos que rigen el tópico. En rigor, aquí el sello es exactamente social y diametralmente alejado de cualquier tinte de neoliberalismo. Se trata de los muy comentados casos “*Peña Wassaf*”⁶⁶, a propósito de un recurso de inaplicabilidad, y la sentencia Rol N° 1710, de 2010, que declara la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, previamente inaplicado.

Peña Wasaff es el primero de una larga lista de inaplicabilidades acogidas sobre el precepto que creó la famosa tabla de factores de riesgos en los contratos de salud. Ha sido suficientemente subrayado cómo aquí el TC hace una interpretación expansiva del derecho a la salud, impidiendo el alza de los precios, incluso contra texto legal expreso. Recuérdese que el artículo 38 ter del D.F.L. N° 5, de Salud, de 2005, es reconocido por el mismo TC como racional y no arbitrario. Se inaplica en este caso, la vigencia de esa tabla de factores de riesgo para el alza de los precios bases, de contratos de seguros de salud, ensanchando inequívocamente la órbita de los derechos sociales⁶⁷.

Como hace notar Correa Sutil en su voto de minoría, la sentencia introduce la anormal técnica de hacer recaer el cumplimiento de los derechos sociales no en el Estado, como exige la teoría de los derechos sociales, sino que también en los particulares⁶⁸.

El segundo fallo trascendente es aquel que declara la inconstitucionalidad del mismo artículo 38 ter de la Ley de Isapres⁶⁹, aquel dictamen que produce su expulsión del ordenamiento, todo en aplicación del artículo 19, N° 9, de

⁶⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 976, 26 de junio de 2008.

⁶⁷ Remítase también a GARCÍA (2014), acerca de la nueva jurisprudencia sobre Isapres.

⁶⁸ Véase considerando 36°.

⁶⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1710, 6 de agosto de 2010.

la Carta. Si estábamos buscando deslices neoliberales del TC en derecho a la salud, aquí aparece todo lo contrario: la afirmación del considerando 154° según la cual el contrato de salud no está regido por la autonomía de la voluntad, sino que da origen a una relación de Orden Público.

El derecho a la protección de la salud ha sido entonces el corazón de una interpretación intensamente social de la Constitución –equivocada a nuestro juicio, como ya habrá oportunidad de desarrollar– pero apta para acreditar nuestra tesis sobre escasez de fallos neoliberales en la jurisprudencia del TC.

6. CONCLUSIÓN:

ESCASA EVIDENCIA DE UNA CONSTITUCIÓN NEOLIBERAL

Este trabajo, en estado aún preliminar, repasa la jurisprudencia más visible del TC en ciertos principios y derechos que resultan emblemáticos para juzgar su contenido dogmático (subsidiariedad, propiedad, educación, trabajo, salud y justicia tributaria) y concluye que es escasa la evidencia existente en sede de control preventivo eventual, que respalde o soporte la afirmación que la Carta Fundamental de 1980 es de inspiración neoliberal.

Hemos concluido también que hay un notorio descalce entre la crítica académica a la Constitución bajo este argumento, y la realidad de las sentencias que han resuelto las cuestiones de constitucionalidad promovidas por parlamentarios sobre estas materias.

Estas páginas hacen evidente que la tendencia a radicar el foco político de la reforma en imputaciones genéricas de neoliberalismo a la Constitución, no contribuye a afinar las enmiendas que, con mejor consenso y evidencia, se imponen en ella. En esta zona se encuentra, por ejemplo, la descentralización política y administrativa. Se trata de un objetivo que permanece pendiente y que si no se aborda correctamente en este mismo proceso, agravará quizá irreversiblemente las carencias de un país profundamente unitario. El modelo ha retribuido por décadas en la coherencia política y programática propia de un presidencialismo reforzado, pero acusa un desgaste que castiga la vitalidad, responsabilidad y creatividad de las regiones.

El artículo sugiere, por último, que las conclusiones en torno al supuesto neoliberalismo constitucional en Chile privan o al menos moderan, uno

de los argumentos más comúnmente utilizados para llamar a una nueva Constitución y para reemplazar o modificar significativamente la actual.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce (1991): *We The People I. Foundations* (Cambridge, Harvard University Press).
- ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, LegalPublishing).
- ATRIA, Fernando (2014): “La Constitución Tramposa y la Responsabilidad del Jurista”, en ZÚÑIGA, Francisco (coord.) *Nueva Constitución y Momento Constitucional* (Santiago, LegalPublishing), pp. 18-49.
- FERMANDOIS, Arturo (2001): *Derecho Constitucional Económico, tomo I* (segunda edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica), pp. 89-94.
- _____ (2003): “El Tribunal Penal Internacional y sus Implicancias Constitucionales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXX, N° 3, pp. 488-489.
- _____ (2004), “Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales”, en FERMANDOIS, Arturo y SOTO, Sebastián (eds.), *Sentencias Destacadas 2004* (Libertad y Desarrollo), pp. 19-52.
- _____ (2005): “Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: mito o realidad”, *Libro Reforma Constitucional 2005*, (Santiago, LexisNexis), pp. 685-696.
- _____ (2009): “Afectos y no defectos”, en *Diario La Tercera*, 12 de septiembre 2009.
- _____ (2010): “De afectos y razones en el debate constitucional”, en FUENTES SAAVEDRA, Claudio (ed.): *En nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile* (Santiago, Ediciones Boell Cono Sur), pp. 287-291.
- _____ (2014): *Derecho Constitucional Económico, tomo II*, (Edición revisada, Santiago, Ediciones Universidad Católica).
- FERMANDOIS, Arturo y POBLETE, Domingo (2012): “El debut del tributo desproporcionado e injusto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en FERMANDOIS, Arturo y GARCÍA, José Francisco (editores) *Sentencias Destacadas 2012* (Libertad y Desarrollo), pp. 23-42.

- GARCÍA, José Francisco (2014): “Nueva Jurisprudencia sobre Isapres: Aspectos Jurídicos y de Política Pública”, en FERNANDOIS, Arturo y GARCÍA, José Francisco (editores), *Sentencias Destacadas 2013* (Libertad y Desarrollo), pp. 19-55.
- _____, (2014a): “Minimalismo e incrementalismo constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. XLI, N° 1, pp. 267-302.
- GINSBURG, Tom (2014): “¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena”, *Revista de Estudios Públicos*, N° 133.
- GÓMEZ, Gastón (2013): “Las Sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la Jurisdicción Común” (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- LOO, Martín (2009): “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica XXXIII*, pp. 391-426.
- PEÑA, Marisol (2006): “El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la Función Legislativa”, *Estudios Constitucionales*, vol. IV, N° 1, Universidad de Talca.
- SOTO-KLOSS, Eduardo (2012): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, AbeledoPerrot, tercera edición).
- URQUIETA, Julia (2014): “Una Nueva Constitución para un Nuevo Chile”, en ZÚÑIGA, Francisco (edit.), *Nueva Constitución y Momento Constitucional* (Santiago, LegalPublishing).
- USEN, Alejandro (2012): “El Estado Empresario”, *Revista De Derechos Fundamentales*, vol. VII.
- VIVER, Carles (2013) “Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 97.
- ZAPATA, Patricio (2014): “La Nueva Constitución y Bien Común”, en ZÚÑIGA, Francisco (ed.): *Nueva Constitución y Momento Constitucional* (Santiago, LegalPublishing).
- ZÚÑIGA, Francisco (2013): “Nueva Constitución y Operación Constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la Asamblea Constituyente”, *Estudios Constitucionales*, vol. XI, N° 1.

- _____ (2013): “Reforma Constitucional y legal a la fórmula electoral binominal en Chile”, *Revista brasileña de derecho electoral y ciencia política*, vol. II, N° 3.
- _____ (2014): *Nueva Constitución y Momento Constitucional* (Santiago, LegalPublishing).