

### LEYES, REGLAMENTOS, DECRETOS Y RESOLUCIONES DE ORDEN GENERAL

Núm. 42.505

Lunes 18 de Noviembre de 2019

Página 1 de 28

## Normas Generales

CVE 1683363

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Sentencia  
Rol 6597-2019

[14 de noviembre de 2019]

#### PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD INICIADO DE OFICIO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL ARTÍCULO 126, INCISO SEGUNDO, PARTE FINAL, DEL CÓDIGO SANITARIO

Vistos:

Con fecha 14 de mayo de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, actuando en conformidad con lo previsto en el artículo 93, incisos primero N° 7 y decimosegundo de la Constitución Política, decidió, de oficio, ejercer acción de inconstitucionalidad respecto de la norma contenida en el artículo 126, inciso segundo, parte final, del Código Sanitario.

El precepto legal en examen dispone, en su parte destacada:

“Código Sanitario

(...)

“Artículo 126.- Sólo en los establecimientos de óptica podrán fabricarse lentes con fuerza dióptrica de acuerdo con las prescripciones que se ordenen en la receta correspondiente.

Los establecimientos de óptica podrán abrir locales destinados a la recepción y al despacho de recetas emitidas por profesionales en que se prescriban estos lentes, bajo la responsabilidad técnica de la óptica pertinente. En ninguno de estos establecimientos estará permitida la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos.

Autorízase la fabricación, venta y entrega, sin receta, de lentes con fuerza dióptrica sólo esférica e igual en ambos ojos, sin rectificación de astigmatismo, destinados a corregir problemas de presbicia.

La venta o entrega de dichos lentes deberá acompañarse de una advertencia sobre la conveniencia de una evaluación oftalmológica que permita prevenir riesgos para la salud ocular.”.

Tramitación

En la resolución de fojas 1, el Pleno del Tribunal Constitucional tuvo presente la expedición previa de las sentencias recaídas en causas Roles N°s 3519-17-INA y 3628-17-INA. En éstas se declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto recién transcrito, en tanto se estimó que su aplicación concreta generaba resultados contrarios a la Constitución, en su artículo 19 N° 2°, dado que la norma no entrega elementos de razonabilidad para fundar la prohibición que establece.

Dado lo expuesto, y siguiendo la normativa constitucional y orgánica constitucional al efecto, se tuvo el cumplimiento del presupuesto proceso requerido en el artículo 93, inciso primero, N° 7°, e inciso decimosegundo, de la Constitución, que habilita al Tribunal Constitucional para emitir pronunciamiento respecto de la inconstitucionalidad de un precepto legal antes declarado inaplicable, como sucede respecto del artículo 126, inciso segundo, parte final, del Código Sanitario.

Por ello, se resolvió la apertura, de oficio, de un proceso de inconstitucionalidad. Como primera actuación procesal se acordó poner en conocimiento de la resolución de fojas 1 a S.E. el Presidente de la República, al H. Senado, y a la H. Cámara de Diputados.

Audiencia pública

Con fecha 20 de junio de 2019, a fojas 178, de acuerdo con el artículo 37 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y el artículo 39, literal a), del Auto Acordado de fecha 30 de diciembre de 2014, de este Tribunal, se citó a audiencia pública a celebrarse el día jueves

4 de julio de 2019, a las 9:00 horas, para oír a los terceros interesados sobre las cuestiones relacionadas con el asunto de autos, y que así lo hubieren solicitado por escrito.

Por resolución de Pleno de 2 de julio de 2019, a fojas 799, se publicó el listado de quienes serían oídos en audiencia pública. Conforme ello, expusieron las siguientes personas naturales y jurídicas:

Colegio Médico de Chile A.G.	Adelio Misseroni Raddatz
Jimena Schmidt Covarrubias, en conjunto con la Sociedad Chilena de Oftalmología A.G.	Jimena Schmidt Covarrubias
Patricia Cáceres Aguilar	Patricia Cáceres Aguilar
Diego Armando Herrera Gamboa	Diego Herrera Gamboa
Sociedad Chilena de Retina	Iván Sepúlveda Navarro
Ximena Alejandra Solís Palma	Ximena Alejandra Solís Palma
Colegio de Tecnólogos Médicos de Chile A.G.	Sebastián Rodoni Palma
Rodrigo Vidal Sobarzo	Rodrigo Vidal Sobarzo
Corporación Ayuda al Niño con Artritis Crónica Juvenil ANACROJ	Rosa Inés Montero Barra
Scarlet Canales Rojas	Scarlet Canales Rojas
Organización de Consumidores y Usuarios de Chile ODECU	Stefan LarenasRiobó
Patricia Matus Correa	Patricia Matus Correa
John Harby Córdoba Domínguez	John Harby Córdoba Domínguez
Colegio de Ópticos, Contactólogos y Optómetras de Chile A.G.	Patricio Zapata Larrain
H. Senado de la República	Raúl Guzmán Uribe
Sociedad Chilena de Oftalmología	Tomás Jordán Díaz
Max Christian Schilling	Max Christian Schilling
Cámara de la Industria Óptica de Chile A.G.	Alex Van Weezel de la Cruz
Asociación Gremial de la Industria Óptica de Chile A.G.	Alex Van Weezel de la Cruz
Pablo Romero Carrasco	Pablo Romero Carrasco
Agrupación Síndrome VogtKoyanagiHarada	Cristian Quijada Ossa

Vista de la causa, medidas para mejor resolver y acuerdo

Se trajeron los autos en relación, a fojas 817, con fecha 3 de julio de 2019. Convocado el Pleno del Tribunal a Sesión de 4 de julio del mismo año, inmediatamente luego de desarrollarse la audiencia pública, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, sin alegatos, según se certificó por el relator, a fojas 858.

Posponiéndose la adopción de acuerdo, el día 11 de julio de 2019, a fojas 859, el Pleno del Tribunal decretó dos medidas para mejor resolver: oficiar al Ministerio de Salud, requiriendo la especificación de los procesos sancionatorios llevados por sus secretarías regionales ministeriales en torno a eventuales contravenciones a la norma contenida en el artículo 126, inciso segundo, parte final, del Código Sanitario y, a la Misión de la Representación de la Organización Panamericana de la Salud en Chile, solicitando información vinculada con los efectos en la salud pública de la actividad de optometría.

Ambas medidas para mejor resolver se tuvieron por cumplidas en Sesión de Pleno de 3 de octubre de 2019, a fojas 896, oportunidad en que se adoptó acuerdo de rigor.

Y considerando:

PRIMERO: Que, en ejercicio de la atribución conferida en el artículo 93 inciso primero N° 7° de la Constitución, por resolución de 14 de mayo de 2019, este Tribunal, de oficio, resolvió iniciar el proceso para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del artículo 126 inciso primero frase final del Código Sanitario, previamente declarado inaplicable por sentencias Roles N° 3.519 y 3.628, en virtud del cual no se permite la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos en los locales destinados a la recepción y al despacho de recetas emitidas por profesionales en que se prescriban lentes.

## I. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL

SEGUNDO: Que el artículo 93 inciso primero N° 7° de la Constitución dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional “[r]esolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”;

TERCERO: Que, por su parte, el inciso decimosegundo del mismo artículo 93 de la Constitución dispone que “[e]n el caso del número 7°, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio”.

Esta disposición fue incorporada mediante el veto ejercido por S.E. el Presidente de la República al proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional, en 2005, porque el texto observado contemplaba que el juicio de constitucionalidad debía hacerse en el mismo fallo en que se había declarado inaplicable el precepto legal.

Fundamentando su veto, el Jefe del Estado explicó que “[e]sta última solución impediría la alternativa de una vista de la causa con el objeto de solicitar opinión a los órganos democráticos del Estado que generaron la ley. Este procedimiento es esencial puesto que el acto que caracteriza la expresión suprema del poder de los modernos Tribunales Constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, como reseña un autor, es perfectamente conciliable con la democracia puesto que a diferencia de los demás órganos del Estado que existen para algo, la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado Democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de última ratio que dicha fórmula exige” (Observaciones al Proyecto de Reforma Constitucional correspondientes a los Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, 16 de agosto 16 de 2005, p. 15);

## II. DERECHO COMPARADO

CUARTO: Que, la institución de la inconstitucionalidad de un precepto legal, entendida como control abstracto, a posteriori y con efectos generales o erga omnes, se encuentra presente, sin duda, en el constitucionalismo moderno, pues, en palabras del ex presidente de esta Magistratura, Juan Colombo Campbell, “[...] [e]n el derecho comparado es la facultad típica de la Corte Suprema norteamericana y en Europa y América Latina de los Tribunales Constitucionales” (Juan Colombo Campbell: “Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia”, Francisco Zúñiga Urbina (coordinador): Reforma Constitucional, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 559);

QUINTO: Que, en el caso de Estados Unidos, en el El Federalista (México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 332) se plantea que “[...] ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido”, lo cual se encuentra en la base de la decisión adoptada por la Suprema Corte desde el leading case, Marbury vs. Madison, en 1803: “Todos aquellos que han elaborado Constituciones escritas las consideran por cierto ley fundamental y suprema de la nación, y por lo tanto la teoría fundacional de cada Estado debe ser que, toda ley del Poder Legislativo contraria a la Constitución es nula” (Jorge Alejandro Amaya: Marbury v. Madison, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, p. 220);

SEXTO: Que, a diferencia de Estados Unidos, en Europa, las Cortes Constitucionales conforman una jurisdicción separada y autónoma del Poder Judicial, dotadas de la facultad de interpretación vinculante de la Carta Fundamental y del control concentrado del apego a ella de las normas jurídicas, desde el Tribunal Constitucional de Austria, próximo a celebrar su primer centenario, hasta los que, progresivamente, fueron incorporándose con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial;

SÉPTIMO: Que, por su parte, en América Latina la misma tendencia descrita se difundió en las últimas décadas del siglo XX, donde "(...) se han desarrollado un conjunto de modelos de control de constitucionalidad que desbordan el estrecho marco conceptual del modelo norteamericano de control difuso y el modelo germano austríaco de control concentrado en un Tribunal Constitucional, generándose sistemas mixtos con distintas dosis de ambos modelos originarios o desarrollando fórmulas originales"(Humberto Nogueira: El Derecho Procesal Constitucional y la Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica y sus Evoluciones, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 2009, pp. 198-199);

OCTAVO: Que, incluso en Gran Bretaña, desde el famoso caso Bonham, en 1610, sir Edward Coke "[c]omo Chief of Justice, en varias oportunidades reaccionó contra la Corona y el Parlamento argumentando la existencia de un derecho fundamental que no podía ser desconocido (...)" (Ana María Vásquez Rizo: "El Caso Bonham. Supremacía Constitucional", Revista de Derecho, N° 11, Colombia, Universidad del Norte, 1999, p. 38), como también lo resolveremos en este caso, en relación con el respeto de la igualdad ante la ley en su variante de proporcionalidad.

Más recientemente, en la sentencia pronunciada el 24 de enero de 2017 por la Suprema Corte de Inglaterra, en el caso Miller, dicha Magistratura recordó que "[u]nlike most countries, the United Kingdom does not have a constitution in the sense of a single coherent code of fundamental law which prevail soverall other sources of law. Our constitutional arrangements have developed over time in a pragmatic as much as in a principled way, through a combination of statutes, events, conventions, academic writings and judicial decisions. Reflecting its development and its contents, the UK constitution was described by the constitutional scholar, Professor AV Dicey, as "the most flexible polity in existence" - Introduction to the Study of the Law of the Constitution (8th ed, 1915), p 87" (c. 40°);

NOVENO: Que, en todo caso, el control de constitucionalidad de la ley "(...) se orienta a la formulación de un juicio de compatibilidad entre una norma inferior y otra norma superior, excluyendo, al menos en principio, el control político o de oportunidad; y que, en virtud de ello, es encomendado a sujetos ajenos al proceso de elaboración de las leyes, cuya actuación se realiza siempre sobre un texto acabado. En suma, el control de la ley es el control jurisdiccional de la ley, ya sea realizado por los jueces ordinarios, como el modelo norteamericano, ya por un órgano especial, como en el sistema europeo" (Luis Prieto Sanchís: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Colombia, Ed. Trotta, 2003, p. 31);

DÉCIMO: Que, en nuestro caso, el también ex Presidente de esta Magistratura, José Luis Cea Egaña, comentando la atribución de inconstitucionalidad de la ley, sostiene que "[e]s la innovación más relevante de la reforma de 2005 a la Carta Política de 1980. Representa la culminación en Chile del proceso universal de imposición de la supremacía de la Constitución sobre la soberanía del legislador, clásicamente entendida como poder absoluto e infalible. A tal potestad se le presumirá capaz de dictar a su voluntad el derecho, sin límites ni sujeción a valores o principios que lo encuadrarán, infundiéndole legitimidad sustantiva y formal nada más que por el hecho de emanar del soberano" (José Luis Cea Egaña: Derecho Constitucional Chileno, Tomo III, Santiago, Ediciones UC, 2013, p. 519);

DECIMOPRIMERO: Que, en el contexto comparado resumido, la atribución conferida a este Tribunal Constitucional, en el artículo 93 inciso primero N° 7° de la Carta Fundamental, es análoga a la de sus congéneres europeos y a la Suprema Corte de Estados Unidos en su capacidad para revisar una ley según su compatibilidad con la Constitución en "(...) un control de constitucionalidad de la norma independientemente de la aplicación de la misma a un caso concreto" (Javier Pérez Royo: Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 810), si bien, en nuestro caso, se exige al menos un pronunciamiento previo de inaplicabilidad, lo cual delimita la competencia de esta Magistratura, por lo que hemos precisado que "(...) los exámenes propios de la acción de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, tanto por su regulación constitucional como por sus efectos en las respectivas sentencias, son de naturaleza diversa. Así, el primero exige examinar si la concreta aplicación de un precepto legal a un caso determinado -que constituye la gestión pendiente- es capaz de producir en él un resultado contrario a la Constitución, mismo que la sentencia debe evitar, declarando inaplicable la norma para ese solo caso. En cambio, el juicio que ha de emitirse en una acción de inconstitucionalidad exige, por los mismos efectos generales del fallo, un análisis abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye que el texto legal, en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental. Por lo mismo, este Tribunal ha sostenido que no constituye un deber, sino una facultad declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable" (c. 20°, Rol N° 1.345), sin que sea posible extender la declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto previamente en las sentencias de inaplicabilidad (c. 21°, Rol N° 1.710);

DECIMOSEGUNDO: Que, en consecuencia, la vinculación entre ambas instituciones adiciona al examen de constitucionalidad la exigencia, no usual en el Derecho Comparado, de situar el control abstracto dentro de los parámetros definidos por el control concreto. Se trata de dos facultades

jurisdiccionales de distinta naturaleza, lo que introduce, inevitablemente, en el examen abstracto de inconstitucionalidad que nos ocupa en autos, el que se efectuó en las sentencias que sirven de base a este proceso, como lo expondremos más adelante. Esta imposibilidad práctica de separar ambos controles se pone de manifiesto en la infracción de las disposiciones constitucionales vulneradas;

### III. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR

DECIMOTERCERO: Que, el 26 de marzo de 2007, esta Magistratura dictó sentencia en causa Rol N° 681, declarando, por primera vez en la historia constitucional de Chile, la inconstitucionalidad de un precepto legal -el artículo 116 del Código Tributario-, precisando que ello "(...) refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Asimismo, el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6° y 7° de la Constitución" (c. 7°);

DECIMOCUARTO: Que, la envergadura y trascendencia de esta atribución y la repercusión que su ejercicio produce en el ordenamiento jurídico han sido asumidas nítidamente por esta Magistratura, de lo que dejamos constancia en la sentencia pronunciada en la causa Rol N° 558, que rechazó la acción de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 416 del Código Procesal Penal, porque "(...) es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo -expresión éste irrecusable de la soberanía popular-, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto" (c. 18°), lo que -como explicaremos más adelante- no sucede en el caso del artículo 126 inciso segundo frase final del Código Sanitario, sin perjuicio de las atribuciones del legislador para perfeccionar su obra y de la competencia de la Administración y de la Judicatura Ordinaria para velar por el respeto de ese ordenamiento jurídico.

Por ello, la declaración de inconstitucionalidad "(...) requiere la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene en una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma" (c. 19°);

DECIMOQUINTO: Que, por lo mismo, el artículo 94 de la Carta Fundamental dota a la declaración de inconstitucionalidad de efecto sólo hacia el futuro, a partir de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial, que conlleva la derogación del precepto legal cuestionado, de tal manera que, como lo explicó la ex Ministra de esta Magistratura, profesora Luz Bulnes Aldunate, "en el proceso de la reforma constitucional se debatió sobre el efecto derogatorio y el de nulidad de la norma declarada inconstitucional. La derogación se diferencia de la nulidad en que se produce al momento de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial y no afecta los derechos adquiridos bajo el amparo de la ley inconstitucional; la nulidad en cambio opera con efecto retroactivo y puede afectar a tales derechos. En conformidad con el nuevo artículo 94 la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal produce la eliminación de la norma del ordenamiento jurídico desde la fecha de la publicación de la misma. Este punto tiene gran importancia, pues de él depende la posibilidad de adquirir y mantener derechos que nacieron al amparo de la ley inconstitucional" (Luz Bulnes Aldunate: "Los Recursos de Inaplicabilidad y de Inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional, Actualidad Jurídica, N° 13, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, 2006, pp. 113-114);

DECIMOSEXTO: Que, en consecuencia, la atribución conferida en el artículo 93 inciso primero N° 3° de la Carta Fundamental a esta Magistratura nos conduce a un control abstracto acerca de la constitucionalidad del precepto legal en cuestión, con alcance erga omnes y efecto derogatorio, pero que debe adoptarse a partir, al menos, de una sentencia previa de inaplicabilidad, dando cuenta, al mismo tiempo, de la trascendencia de esta potestad cuanto de los límites que la circunscriben, contemplados también en la preceptiva que la confiere;

### IV. EL PRECEPTO LEGAL SOMETIDO A REVISIÓN

DECIMOSÉPTIMO: Que el artículo 126 del Código Sanitario dispone:

"Sólo en los establecimientos de óptica podrán fabricarse lentes con fuerza dióptrica de acuerdo con las prescripciones que se ordenen en la receta correspondiente.

Los establecimientos de óptica podrán abrir locales destinados a la recepción y al despacho de recetas emitidas por profesionales en que se prescriban estos lentes, bajo la responsabilidad técnica de la óptica pertinente. En ninguno de estos establecimientos estará permitida la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos.

Autorízase la fabricación, venta y entrega, sin receta, de lentes con fuerza dióptrica sólo esférica e igual en ambos ojos, sin rectificación de astigmatismo, destinados a corregir problemas de presbicia.

La venta o entrega de dichos lentes deberá acompañarse de una advertencia sobre la conveniencia de una evaluación oftalmológica que permita prevenir riesgos para la salud ocular”.

DECIMOCTAVO: Que, conforme a lo prescrito en la parte final del artículo 19 N° 16° inciso cuarto de la Constitución, “[l]a ley determinará las profesiones que requieran grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas”, de lo cual se colige que “(...) para la Carta Política reviste trascendencia la determinación de las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, como lo refleja su atribución a la ley en el número 16 del artículo 19 del texto fundamental. El mandato al legislador se ubica precisamente en el numeral referido a la libertad laboral y en el contexto de las prohibiciones para desempeñar alguna clase de trabajo.

Por cierto, si la ley debe determinar las profesiones que requieren grado o título universitario para su ejercicio resulta lógico que pueda regular el contenido y límite de las mismas, fijando las bases esenciales del ordenamiento jurídico que les concierne” (c. 27°, Rol N° 804).

En efecto, con esta disposición constitucional se persigue “(...) dar certeza a la comunidad nacional de que sólo se otorgará a la persona que cumpla ciertos requisitos la habilitación correspondiente para ejercer determinadas profesiones. En efecto, algunas profesiones suponen especial aptitud y profunda ciencia o recaen sobre bienes superiores para la vida humana. Se trata de actividades que, debido a la importancia de los valores colectivos que se ponen en juego a través de su práctica, requieren que la sociedad certifique que la persona que desea ejercerlas posee cierto nivel de estudio, conocimiento y preparación”(Alejandro Silva Bascañán: Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XIII, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2010, pp. 261-262);

DECIMONOVENO: Que, de acuerdo con aquel mandato constitucional, el Libro V del Código Sanitario regula el ejercicio de la medicina y de las profesiones afines, preceptuando, en su artículo 112 inciso primero, que “[s]ólo podrán desempeñar actividades propias de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud, quienes poseen el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado y estén habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones”.

Por su parte, el artículo 113 bis, incorporado por la Ley N° 20.470, en 2010, señala, en su inciso primero, que “(...) el tecnólogo médico con mención en oftalmología podrá detectar los vicios de refracción ocular a través de su medida instrumental, mediante la ejecución, análisis, interpretación y evaluación de pruebas y exámenes destinados a ese fin”, precisando, en su inciso segundo, que “[p]ara los fines señalados en el inciso anterior y con el objeto de tratar dichos vicios, el tecnólogo médico con mención en oftalmología podrá prescribir, adaptar y verificar lentes ópticos, prescribir y administrar los fármacos del área oftalmológica de aplicación tópica que sean precisos, y controlar las ayudas técnicas destinadas a corregir vicios de refracción. Podrá, asimismo, detectar alteraciones del globo ocular y disfunciones visuales, a fin de derivar oportunamente al médico cirujano especialista que corresponda”.

Finalmente, en el inciso tercero de aquella norma legal se prescribe que “[q]uienes cuenten con el título de optómetra obtenido en el extranjero podrán desarrollar las actividades a que se refiere este artículo, siempre que convaliden ante la Universidad de Chile sus actividades curriculares de conformidad con lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley N° 3, de 2007, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 153, de 1982, del Ministerio de Educación Pública, Estatutos de la Universidad de Chile”.

Sin embargo, en el inciso final se agrega que “[c]uando estos profesionales presten sus servicios a personas que, al ser examinadas, evidencien la presencia de patologías locales o sistémicas, deberán derivar de inmediato al paciente a un médico cirujano con especialización en oftalmología. Con todo, el tecnólogo médico podrá participar junto al referido médico cirujano en la atención del enfermo para su rehabilitación, si así se requiriese”.

Por último, el Decreto Supremo N° 4 (Ministerio de Salud), de 1985, aprueba el Reglamento de Establecimientos de Óptica donde se expenden anteojos o lentes con fuerza dióptrica o donde se adaptan y expenden lentes de contacto, tengan o no dicha fuerza y el Decreto Exento N° 1.102 (Ministerio de Salud), de 2011, aprueba la Norma Técnica N° 126 que amplía el rol del tecnólogo médico con mención en oftalmología en el manejo de vicios de refracción;

VIGÉSIMO: Que, el referido artículo 113 bis fue incorporado al Código Sanitario por la Ley N° 20.470 que tuvo por finalidad permitir en Chile la existencia de la profesión de optómetra, puesto que “[s]e requiere por lo tanto en el área de la salud cambios e innovaciones acordes con las nuevas realidades, más globalizadas y con menos barreras, con políticas dinámicas ya no solo orientadas a una salud pública de carácter curativa, sino orientada a un rol preventivo, resolutivo y de actuar multidisciplinario con profesiones y profesionales distintos, con distintos niveles de especialización con una mirada y un enfoque siempre relevantemente dirigido a brindar mayores oportunidades, bienestar y una mejor calidad de vida a la población.

Por siete décadas ha permanecido en Chile postergada la atención visual de la población, por años se ha reconocido su déficit, pero insólitamente nada se ha hecho por poner término a una situación que afecta hoy severamente a la población y que de no corregirse, también afectará severamente a nuestro país” (Moción que modifica el Código Sanitario, con el objeto de permitir en Chile la profesión de Optómetra, p. 1, Boletín N° 5.684-11).

VIGESIMOPRIMERO: Que, como quedó en evidencia durante la Audiencia Pública celebrada en estos autos, el 4 de julio de 2019, durante la tramitación de aquella iniciativa se debatió en torno de la justificación y, por ende, acerca de la constitucionalidad de la prohibición de emplazamiento incorporada en la frase final del artículo 126 inciso segundo del Código Sanitario, de lo cual da cuenta la Minuta de Antecedentes allegados por don Raúl Guzmán Uribe, Secretario del H. Senado de la República, a fs. 192 y siguientes del Cuaderno Separado de esta misma causa;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, no hay duda, en consecuencia, acerca del sentido y alcance prohibitivo de la regla contenida en la frase final del artículo 126 inciso segundo del Código Sanitario, en cuanto a que queda vedado instalar en los establecimientos de óptica consultas médicas o de tecnólogos médicos;

#### V. LAS SENTENCIAS PREVIAS DE INAPLICABILIDAD

VIGESIMOTERCERO: Que, la primera sentencia de inaplicabilidad que funda el examen de constitucionalidad que se realiza en este proceso fue pronunciada por esta Magistratura el 13 de noviembre de 2018, Rol N° 3.519, a raíz del requerimiento presentado por Juan Carlos Romero Bustos en un recurso de protección deducido en contra de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, la cual, a través de una resolución exenta, le había fijado un plazo de diez días para acreditar haber regularizado la separación física del área de ventas, del área de optometría y de la sala de contactología, bajo apercibimiento legal en caso de incumplimiento;

VIGESIMOCUARTO: Que, en dicha sentencia, esta Magistratura declaró la inaplicabilidad del artículo 126 inciso segundo parte final del Código Sanitario por infracción del artículo 19 N° 2° de la Constitución “(...) al no existir razonabilidad en la prohibición contenida en la ley para la operación de los establecimientos ópticos y las consultas de los optómetras, como es la profesión del requirente en este caso (...)” (c. 13°);

VIGESIMOQUINTO: Que, planteada la cuestión de constitucionalidad en esos términos, nos preguntamos en dicha sentencia “(...) qué relevancia o incidencia puede tener para solucionar un eventual problema de sobre-indicación de lentes ópticos (con efectos negativos en salud pública) la existencia de una separación física, la cual incluso podría cumplirse funcionando en un recinto distinto, pero aledaño. (...)” (c. 12°);

VIGESIMOSEXTO: Que, respondiendo esta interrogante y efectuando la evaluación de constitucionalidad que se nos había planteado por el requirente, expusimos que “(...) [s]i esa fuera la razón, el medio elegido por el legislador sería inidóneo para tal propósito. Si todo lo que se exige al legislador, bajo un estándar poco exigente de evaluación es que su decisión sea razonable, vale decir, que se encuentre dentro del abanico de posibilidades que pueden sustentarse por medio de la argumentación racional, no se ve cómo puede cumplirse, en este caso, dicho estándar. No existe conexión racional mínimamente cercana entre medio y fin.

La falta de congruencia resulta notoria. A modo ilustrativo considérese la siguiente situación. Por un lado, se supone problemática (digno de prohibición) la cercanía física (hay cercanías físicas no prohibidas) entre el optómetra y el público que concurre a comprar lentes ópticos. Por el otro, sin embargo, la ley acepta como no problemático que un optómetra ejerza bajo subordinación y dependencia de una empresa de óptica e, incluso, que éste se desempeñe en una ubicación muy próxima a dicho tipo de establecimiento.

Si se aplicara un escrutinio estricto respecto de la justificación de la diferenciación legal analizada, la arbitrariedad sería igual o más patente. Quizás el adjetivo apropiado para calificarla sería de “absurda”. Nos parece que es suficientemente sugerente plantear el test a modo de pregunta: ¿es la prohibición del artículo 126 del Código Sanitario la única manera de evitar el pretendido problema de abuso derivado de una identificación entre ejercicio profesional y actividad de venta?” (c. 12°);

VIGESIMOSEPTIMO: Que, al carecer la prohibición de emplazamiento de justificación efectiva, para para alcanzar la finalidad prevista por el legislador al imponerla, resolvimos que su aplicación era contraria a la Constitución, pronunciando la inaplicabilidad en la gestión pendiente en que ella incidía;

VIGESIMOCTAVO: Que, por su parte, en la sentencia recaída en el Rol N° 3.628, también pronunciada el 13 de noviembre de 2018, con motivo de un requerimiento de inaplicabilidad deducido por Enrique Koch y Compañía Limitada, en un recurso de protección en contra de una resolución de la Seremi de Salud de la Vª Región que le otorgaba un plazo de 30 días para disponer el cierre del establecimiento de la sala de venta de lentes ópticos, fundando dicha decisión en la norma impugnada, expusimos idéntico razonamiento para arribar a la misma decisión;

VIGESIMONOVENO: Que, es oportuno destacar que, en este segundo caso, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol N° 2.386-2017), aun antes de la declaración de inaplicabilidad, ya había resuelto acoger el recurso de protección que constituía la gestión pendiente, dejando sin efecto el acto administrativo impugnado, lo cual fue confirmado por la Excelentísima Corte Suprema, el 3 de diciembre de 2018 (Rol N° 31.789-2018);

TRIGÉSIMO: Que, en el primer caso, base de nuestra sentencia Rol N° 3.519, se acogió también el recurso de protección, dejando sin efecto la resolución objetada, en cuanto a la obligación de regularizar la separación física del área de ventas, del área de optometría y de la sala de contactología.

Para decidirlo así, la Excelentísima Corte Suprema tuvo presente “[q]ue el efecto de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que produce el fallo del Tribunal Constitucional, consiste en que el precepto legal no puede ser aplicado en el pleito de que se trata, lo que significa que para la decisión de esta controversia no será posible tener en consideración –ni directa ni indirectamente– la sección final del inciso 2° del artículo 126 del Código Sanitario, cuya aplicación en este caso concreto se ha estimado contraria a la Carta Fundamental, por el órgano llamado a efectuar dicha declaración” (c. 3°, Rol N° 31.875-2017), con lo cual “(...) el acto administrativo impugnado ha quedado desprovisto de toda fundamentación normativa en lo que atañe a la decisión precisa cuestionada en el libelo, deviniendo así en ilegal y arbitrario por ausencia de fundamentación” (c. 4°).

TRIGESIMOPRIMERO: Que, adicionalmente, cabe consignar que la Excelentísima Corte Suprema tuvo además en consideración que “(...) la resolución cuestionada, sin una justificación razonable, establece una diferencia de trato respecto del actor, al prohibir el ejercicio de la profesión de optómetra, para la cual se encuentra legalmente habilitado, al interior del establecimiento de óptica de propiedad de la sociedad OPTI Store SPA, por la cual ha sido contratado, y autorizar, en cambio, a quienes desempeñan esa misma función, fuera de una establecimiento de idéntica naturaleza, en un lugar que se encuentre físicamente separado del mismo. Asimismo, afecta la libertad de trabajo del recurrente garantizada en el numeral 16° del texto político, toda vez que amenaza el legítimo ejercicio de la profesión de optómetra por parte del actor, profesión que se encuentra expresamente reconocida en el Código Sanitario, en circunstancias que el recurrente posee todos los permisos y habilitaciones para ejercer su profesión en nuestro país, con la sola limitación de no ser contraria a la moral y a la seguridad o a la salubridad públicas, cuyo no es el caso” (c. 6°);

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, aun cuando no sirven de sustento a este proceso de inconstitucionalidad, cabe hacer presente que, en el curso de su tramitación, hemos pronunciado sentencia en los Roles N° 5.106 y 5.176, acogiendo también los requerimientos de inaplicabilidad deducidos en contra del artículo 126 inciso segundo frase final del Código Sanitario.

## VI. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD

TRIGESIMOTERCERO: Que, finalmente y antes de abordar, derechamente, la revisión acerca de la constitucionalidad de la prohibición contenida en la frase final del artículo 126 inciso segundo del Código Sanitario, es indispensable circunscribir el alcance de este pronunciamiento y del objeto sobre el cual recae, por la envergadura y trascendencia de la atribución conferida a esta Magistratura, como ya hemos relevado.

En seguida y dada la naturaleza abstracta de este control, resumiremos el sentido y alcance del derecho asegurado a todas las personas en el artículo 19 N° 2° de la Constitución vinculándolo con el principio de proporcionalidad, pues constituye la normativa fundamental que, por delimitación emanada de las sentencias de inaplicabilidad Roles N° 3.519 y 3.628, enmarca, necesariamente, el proceso de inconstitucionalidad que hemos abierto de oficio. En fin, sobre esa base, decidiremos;

### 1. Objeto de la Decisión

TRIGESIMOCUARTO: Que, el asunto sobre el que se resolverá dice relación con dirimir si respeta o no el artículo 19 N° 2° de la Constitución que el artículo 126 inciso segundo frase final del Código Sanitario prohíba que se instalen consultas médicas o de tecnólogos médicos en los locales destinados a la recepción y al despacho de recetas médicas en que se prescriben lentes;

TRIGESIMOQUINTO: Que, por ende, este proceso de inconstitucionalidad no versa sobre la determinación de políticas públicas acerca de la salud visual en Chile ni respecto de las cuestiones sanitarias vinculadas con ella, como tampoco refiere a la regulación de las distintas profesiones y actividades que se relacionan con dicha especialidad, debiendo destacarse los antecedentes aportados por las personas naturales y jurídicas que comparecieron a la Audiencia Pública celebrada el 4 de julio de 2019, los cuales quedan a disposición del Legislador, la Administración y la Judicatura Ordinaria en nuestra página web, así como los recabados en virtud de la medida para mejor resolver dispuesta a fs. 859, para comprender el contexto real en que se desenvuelve la regla que estamos examinando;

TRIGESIMOSEXTO: Que, como lo ha destacado el ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Alemania, Dieter Grimm, “(...) frecuentemente la pregunta por la función (del Tribunal Constitucional) es reducida a la alternativa entre derecho y política. Empero estos términos opuestos parecen ser demasiados gruesos para abarcar la jurisdicción constitucional. En gran medida el derecho constitucional requiere ser concretado y desarrollado debido a su carácter de principio y de compromiso” (Dieter Grimm: “Jurisdicción Constitucional”, Dieter Nohlen (ed.): Diccionario de Ciencia Política, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2006);

TRIGESIMOSEPTIMO: Que, en este ámbito, las consecuencias atribuidas, más o menos potencialmente, a la resolución con alcance erga omnes que aquí adoptamos, por las personas y

entidades que comparecieron ante esta Magistratura, como sus argumentos y apreciaciones, han estado presentes en nuestras deliberaciones y en el preludio de la decisión que aquí adoptamos. Pero, como quiera que sea, al final, los fundamentos de quienes concurrimos a declarar la inconstitucionalidad del precepto legal examinado, que se plasman en esta sentencia, se vinculan con el examen abstracto que confronta esa norma con lo dispuesto en el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental, comprendiendo que subsiste todo el resto del estatuto jurídico que rige en la materia, conservándose, evidentemente, las potestades que, en relación con la salud visual en Chile, se ejercen a través de las autoridades que la Constitución establece, como lo señala su artículo 5° inciso primero, agregándose, a partir de la publicación en el Diario Oficial, el respeto cabal, íntegro y oportuno de esta sentencia;

## 2. Igualdad Ante la Ley, Identificación de Diferenciaciones y Evaluación

**TRIGESIMOCTAVO:** Que, el precepto legal bajo análisis establece una incompatibilidad absoluta para el ejercicio de dos actividades en un mismo lugar físico. Por lo mismo, la norma tiene como destinatario no sólo a los establecimientos de óptica, sino también a los profesionales médicos y tecnólogos médicos vinculados –se entiende– al área de la oftalmología.

La distinción principal que hace la disposición legal y de la cual derivan consecuencias radicalmente opuestas es entre el ejercicio de profesiones médicas o de tecnología médica al interior de establecimientos ópticos y afuera de éstos. Es decir, hay una discriminación en consideración a la ubicación física en que se ejercen las actividades.

Una segunda diferenciación de trato que se deriva de la norma legal examinada es aquella que aparece al contrastarla con lo regulado respecto de otras especialidades y establecimientos del área de la salud, para las cuales no existe una regla como la del artículo 126° inciso segundo, oración final, del Código Sanitario. En otras palabras, hay un segundo tipo de discriminación, pero esta vez atendiendo a la especialidad del rubro de la salud involucrado.

**TRIGESIMONOVENO:** Que, todo precepto legal al hacer distinciones efectúa clasificaciones, las cuales deben configurarse de forma tal que no pugnen con criterios de racionalidad, los que pueden ser menos o más exigentes.

Si bien las normas legales tienen una vocación de generalidad (lo que tiene algún reconocimiento en el artículo 63 N° 20° de la Constitución) no está vedada la posibilidad de que leyes concretas favorezcan o graven a grupos específicos. Sin que signifique una regla absoluta, se debe tener presente, no obstante, que mientras más acotada es la categoría que será objeto del trato diferente, más y mejores deben ser las razones que han de ser ofrecidas para justificarlo y si la prohibición se formula en términos absolutos, debe ser más poderosa o exigente que regulaciones menos intrusivas.

**CUADRAGESIMO:** Que, la ausencia de justificación racional suficiente de la norma legal analizada comienza a quedar al descubierto si se revisa la historia de la ley de las diferentes modificaciones sobre el particular, desde que sólo consta en el Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado, en el primer trámite constitucional, que la norma examinada nace a raíz de una indicación para agregar “al final del inciso segundo [del artículo 126] una oración que prohíbe instalar consultas médicas o de tecnólogos médicos en los establecimientos de ópticas”. (Historia de la Ley N° 20.724, p. 152) y porque las justificaciones posteriores hacen referencia a evitar la “integración vertical” entre ópticas y tecnólogos médicos con mención en oftalmología, pero sin indicar la forma en que se produciría esta denominada integración, cuál sería el efecto beneficioso para los pacientes de esta prohibición en comparación con sus costos o por qué la incidencia del riesgo que se busca evitar es mayor en el caso de las ópticas y no en otras actividades económicas del área de la salud.

**CUADRAGESIMOPRIMERO:** Que, atendiendo, en primer lugar, a la vinculación entre la finalidad recién mencionada y el medio o solución dispuesto en la norma examinada, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿qué relevancia o incidencia puede tener para solucionar un eventual problema de sobreindicación de lentes ópticos (con efectos negativos en la salud pública) la existencia de una separación física, la cual incluso podría cumplirse funcionando en un recinto distinto, pero aledaño? Este Tribunal ha afirmado -en las sentencias de inaplicabilidad que sirven de base a este proceso iniciado de oficio- que el medio es irrelevante para la consecución de la finalidad invocada, pues como lo señalamos en el Rol N° 3.519 “(...) si esa fuera la razón, el medio elegido por el legislador sería inidóneo para tal propósito. Si todo lo que se exige al legislador, bajo un estándar poco exigente de evaluación es que su decisión sea razonable, vale decir, que se encuentre dentro del abanico de posibilidades que pueden sustentarse por medio de la argumentación racional, no se ve cómo puede cumplirse, en este caso, dicho estándar. No existe conexión racional mínimamente cercana entre medio y fin” (c. 12°). La falta de congruencia resulta notoria.

**CUADRAGESIMOSEGUNDO:** Que, si se aplicara un escrutinio más estricto respecto de la justificación de la diferenciación legal analizada, la arbitrariedad sería igual o más patente. Nos parece que es suficientemente sugerente plantear este test más exigente a modo de pregunta: ¿es la prohibición del artículo 126° del Código Sanitario la única manera de evitar el pretendido problema de abuso derivado de una identificación entre ejercicios profesionales y actividades de venta? La respuesta es negativa.

**CUADRAGESIMOTERCERO:** Que, en consideración, ahora, a la diferenciación de trato que aparece al contrastar la prohibición legal bajo análisis con lo regulado respecto de otras especialidades

y establecimientos del área de la salud, cabe concluir que la clasificación de los sujetos destinatarios de la norma de aquellos excluidos también resulta arbitraria, pues no existe otra disposición análoga a la objeto de cuestionamiento;

### 3. Inconstitucionalidad del Artículo 126, Inciso Segundo, Frase Final, del Código Sanitario

**CUADRAGESIMOCUARTO:** Que, nos encontramos ahora en situación de examinar, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental, la constitucionalidad del artículo 126, inciso segundo, frase final, del Código Sanitario, que no permite la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos en los locales destinados a la recepción y al despacho de recetas emitidas por profesionales en que se prescriban lentes;

**CUADRAGESIMOQUINTO:** Que, como hemos venido indicando persistentemente, la cuestión que de oficio nos hemos impuesto resolver, conforme a la atribución que nos confiere la Carta Fundamental, es bien precisa y delimitada porque así lo determina, desde luego, la preceptiva constitucional aplicable, lo previsto en la disposición que estamos examinando, los términos en que resolvimos las dos inaplicabilidades que han servido de base a este proceso de inconstitucionalidad y el prudente ejercicio de esta competencia derogatoria de la ley para dilucidar si, examinado en abstracto, la prohibición contenida en el artículo 126 inciso segundo frase final es razonable, de acuerdo a los criterios sostenidos al adoptarse la Ley N° 20.724, a la luz de lo garantizado en el artículo 19 N° 2° de la Constitución;

**CUADRAGESIMOSEXTO:** Que, este marco de la decisión resulta de constatar que, desde 2010, el legislador incorporó a la regulación de las profesiones afines al ejercicio de la medicina, tanto la actividad que desempeñan los tecnólogos médicos con mención en oftalmología como la de quienes cuenten con el título de optómetra obtenido en el extranjero, pero, con la finalidad de evitar la integración vertical o, más ampliamente, para prevenir conflictos de interés que podrían conducir a una prescripción indiscriminada de lentes con un potencial daño a la salud de las personas, introdujo la prohibición tantas veces referida (fs. 200 a 209 del cuaderno separado);

**CUADRAGESIMOSEPTIMO:** Que, en consecuencia:

- La actividad que desarrollan tecnólogos médicos con mención en oftalmología y optómetras que cumplan con los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico es lícita y se encuentra regulada fundamentalmente en el artículo 113 bis del Código Sanitario, luego de la reforma introducida por la ley N° 20.470 que, precisamente, tuvo por finalidad permitir en Chile la existencia de la profesión de optómetra.

- No hay duda, entonces, que aquellos profesionales, afines a la medicina, son titulares de los derechos que la Constitución les asegura para desempeñar su oficio, tal y como lo ha declarado la Excelentísima Corte Suprema, según expusimos al recordar cómo se habían resuelto, finalmente, las gestiones pendientes en que incidieron los requerimientos de inaplicabilidad Roles N° 3.519 y 3.628;

- Tampoco se discute la naturaleza y el sentido de la regla contenida en el artículo 126 inciso segundo, frase final del Código Sanitario, en cuanto impide –sin excepción alguna– la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos en los establecimientos de óptica;

- Y, por fin, sobre la base de los debates habidos en los últimos trámites de la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.470, la finalidad perseguida por esa regla fue evitar el conflicto de interés, seguido del abuso en la prescripción de lentes, que hemos reiteradamente mencionado;

**CUADRAGESIMOCTAVO:** Que, la prohibición de emplazamiento contenida en el precepto legal examinado es absoluta, sin prever excepciones o reglas que, en ciertos casos, la flexibilicen, constituyendo su vulneración una infracción que es administrativamente fiscalizada y sancionada, como da cuenta el Oficio agregado a estos autos por el Ministerio de Salud, a fs. 864, en circunstancias que los tecnólogos médicos y optómetras se encuentran sometidos también a lo preceptuado por el artículo 120 del Código Sanitario, al tenor del cual “[l]os profesionales señalados en los artículos 112 y 113 bis de este Código no podrán ejercer su profesión y tener intereses comerciales que digan relación directa con su actividad, en establecimientos destinados a la importación, producción, distribución y venta de productos farmacéuticos, aparatos ortopédicos, prótesis y artículos ópticos, a menos que el Colegio respectivo emita en cada caso un informe estableciendo que no se vulnera la ética profesional. Exceptúanse de esta prohibición los químico-farmacéuticos y farmacéuticos”, con lo cual se cautela la misma finalidad que se persigue lograr mediante el artículo 126 inciso segundo frase final, pero a través de un mecanismo legislativo limitado y, por ende, menos intrusivo.

Hay que tener en cuenta, adicionalmente, que esta disposición se aplica igualmente a quienes no se encuentren afiliados al Colegio respectivo, como lo ha señalado la Contraloría General de la República (Dictamen N° 32.046 de 1986), y que se ha decidido que la relación entre ambos artículos es de género a especie (Dictamen N° 90.305 de 2016), pero con la particularidad que la regla que aquí examinamos –como ya hemos señalado– no admite excepción alguna;

**CUADRAGESIMONOVENO:** Que, aún más, tanto los tecnólogos médicos con mención en oftalmología como los optómetras quedan sujetos, sin duda, al ordenamiento jurídico vigente para el ejercicio de su actividad y, por ende, a la fiscalización de la autoridad competente, en particular

respecto de la obligación que impone el inciso final del mismo artículo 126, en el sentido que la venta o entrega de lentes debe acompañarse de una advertencia sobre la conveniencia de una evaluación oftalmológica que permita prevenir riesgos para la salud ocular;

QUINCUAGESIMO: Que, por ende, es útil tener presente que no se está en presencia de un escenario regulatorio carente de medidas conductuales de diferente naturaleza respecto del bienestar de los pacientes.

Asimismo, dado que la norma examinada goza de rechazo por parte de los tecnólogos médicos con mención en oftalmología y optómetras, y respaldo por parte del gremio de los médicos oftalmólogos, aun cuando la regla legal es igualmente aplicable a ambos tipos de profesionales, cabe preguntarse por la razón de ser de dicha disparidad.

Una primera posibilidad es que los médicos cirujanos oftalmólogos asumen que sin la prohibición que establece la norma, ellos mismos, al igual que los tecnólogos y optómetras, serían éticamente vulnerables. Incluso más, implicaría asumir que una medida estructural de prohibición de emplazamiento físico conjunto en el ejercicio de dos actividades fuera un resguardo ético necesario para los profesionales del área oftalmológica (médicos incluidos), mas no para otro tipo de profesionales de la salud.

Una segunda posibilidad es que el efecto práctico de la norma sea disímil entre uno u otro tipo de profesional de la salud visual, esto es, que resultare un obstáculo para el desarrollo profesional de los tecnólogos u optómetras e inocua para los médicos oftalmólogos, los cuales no tendrían dificultades de emplazamiento para el ejercicio de sus actividades. Este tipo de consideración podría explicar la ausencia de rechazo, pero no necesariamente el activo respaldo por la mantención de la norma. Se requeriría algo más.

A pesar que ambos tipos de profesionales de la salud visual se encuentran autorizados para emitir prescripciones o recetas, se ha argumentado que el propósito de la norma es evitar los riesgos de prescripción excesiva de lentes ópticos. Al respecto caben dos posibilidades (no mutuamente excluyentes) para entender la posición de quienes están por respaldar el precepto examinado: (i) los tecnólogos médicos y optómetras no estarían capacitados para recetar anteojos y/o (ii) los tecnólogos médicos y optómetras (a diferencia de los médicos oftalmólogos) serían éticamente vulnerables a la cercanía física con los establecimientos de óptica por consideraciones económicas, sea porque los médicos oftalmólogos tendrían un nivel de integridad mayor, o porque, simplemente, la norma carece de implicancia práctica para estos últimos. Evidentemente, tanto la posibilidad (i) como la (ii) no podrían constituir justificaciones válidas de interés público. En el caso (i) porque sería abiertamente incoherente con un pilar de la regulación legal en vigor, y en el caso (ii) porque dejaría entrever que por diferencias económicas entre ambos tipos de profesionales para el desempeño de sus funciones (y que incidirían en el disímil efecto práctico de la norma) los médicos oftalmólogos estarían en un pie superioridad ética respecto de los tecnólogos médicos u optómetras.

QUINCUAGESIMOPRIMERO: Que, en este sentido, durante la Audiencia Pública se plantearon objeciones a la derogación que se sigue de la declaración de inconstitucionalidad fundadas en dudas o reparos que se derivarían del ejercicio de su profesión por parte de tecnólogos médicos y optómetras, lo cual lleva a plantearnos “(...) [c]omo sostiene Jean Carbonnier, [que] tal como hacia mediados del siglo XX la preocupación principal del derecho era la seguridad en materia de accidentes de la circulación (cuestión que está lejos de lograrse), el paso hacia el siglo XXI parece estar dominado por la búsqueda de una seguridad sanitaria absoluta, testimonio del interés que nuestra época presta a la vida y a la salud(...)” (Mauricio Tapia Rodríguez: “Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales”, Revista de Derecho, Vol. XV, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 2003, p. 75);

QUINCUAGESIMOSEGUNDO: Que, por cierto, una prohibición como la que contiene la frase que estamos revisando, vinculada con el emplazamiento de la consulta, no es garantía (ni fue ése su objetivo principal) que evite la negligencia o mala praxis en el cuidado de la salud visual, menos si –al contrario- el legislador, desde 2010, admite la labor que desarrollan tecnólogos médicos con mención en oftalmología y optómetras que han estudiado en el extranjero y validado su título en Chile, para contribuir a mejorar la atención de esa especialidad en el país, haciéndola más rápida, oportuna y accesible en todo el territorio nacional, de manera que asumir a priori el ejercicio abusivo de dicha actividad implica presumir la mala fe y actuar con base en la desconfianza respecto de profesionales cuya labor se encuentra reconocida y amparada por nuestro ordenamiento jurídico, desde el artículo 19 N° 16° de la Constitución y el artículo 113 bis del Código Sanitario;

QUINCUAGESIMOTERCERO: Que, desde esta perspectiva, examinando experiencias comparadas, la sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania, pronunciada el 7 de agosto de 2000, concluyó que los riesgos que podían derivar de autorizar a los ópticos para practicar determinados exámenes, no justifica prohibirles que los realicen (1BvR 254/99); mientras que en Francia, en 1990, la Corte de Casación modificó una decisión adoptada el 17 de enero de 1981 que establecía que el ajuste de lentes de contacto era un acto médico y, por ende, reservado a los oftalmólogos; y, en fin, en el caso de Inglaterra, de acuerdo a la Opticians Act de 1989, los médicos optómetras y los ópticos registrados pueden vender productos ópticos (Sección 27 D)

**QUINCUAGESIMOCUARTO:** Que, en consecuencia, hallándose la actividad de tecnólogos médicos y optómetras legalmente amparada y, aun antes, siendo ellos titulares de los derechos asegurados en los numerales 2º, 16º y 26º de la Constitución y hallándose el Estado en el deber de asegurar la igualdad de oportunidades, de acuerdo con su artículo 1º inciso quinto, los riesgos que conlleve la labor que desarrollan, así como el ejercicio negligente o, incluso, doloso, en que algunos de esos profesionales puedan incurrir, se encuentra sometido a nuestro ordenamiento jurídico completo y, ciertamente, a las reglas éticas que orientan su recto desenvolvimiento sin que ello justifique una prohibición de emplazamiento como la que reprochamos;

**QUINCUAGESIMOQUINTO:** Que, tal y como lo expuso la Excelentísima Corte Suprema, en la gestión pendiente que sirvió de base a nuestra sentencia de inaplicabilidad Rol N° 3.519, se establece una diferencia arbitraria respecto de “(...) quienes desempeñan esa misma función, fuera de un establecimiento de idéntica naturaleza, en un lugar que se encuentre físicamente separado del mismo”, denotando que el acatamiento de la prohibición queda supeditado, en definitiva, a una cuestión meramente formal más que a una genuina separación entre la consulta y el local donde se comercializan los lentes;

**QUINCUAGESIMOSEXTO:** Que, finalmente, esta prohibición genera efectos adversos y concretos en el derecho a la protección de la salud garantizado en el numeral 9º del artículo 19 de la Constitución. En efecto, dicha regla constitucional asegura a todas las personas “el derecho a la protección de la salud” y garantiza el deber estatal de proteger “el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”.

Siendo la salud visual uno de los bienes que deben ser cautelados por dichas acciones de salud, es evidente que existe un margen de apreciación amplio para el desarrollo de las políticas públicas generales y específicas en dicho ámbito. Sin embargo, tal dimensión debe proteger un “igualitario acceso”, lo que supone una disponibilidad razonable de los servicios de salud visual, en términos tanto de acceso como de distribución geográfica en el territorio del país.

La declaración de inconstitucionalidad, entonces, puede devenir en un mayor incremento de algunas limitadas prestaciones de salud visual, especialmente, en ámbitos territorialmente alejados de los centros más poblados. Dicho mayor alcance debería tener efectos positivos de acceso y disponibilidad y, a la vez, podría implicar afectaciones negativas de calidad. No obstante, estas últimas deben ser prevenidas, mitigadas o sancionadas mediante la regulación reglamentaria de los artículos 113 bis del Código Sanitario y su adecuada fiscalización;

**QUINCUAGESIMOSÉPTIMO:** Que, el artículo 126 inciso segundo frase final contiene una prohibición absoluta para prevenir los conflictos de interés y donde el mismo Código Sanitario, mediante otras disposiciones que no resultan tan gravosas como ella, permite alcanzar esa misma finalidad, encontrándose, además, vigentes las disposiciones constitucionales y legales que confieren atribuciones a las autoridades y facultan a las asociaciones de profesionales, en el ámbito de sus respectivas competencias y facultades, para prevenir o sancionar, en su caso, el ejercicio ilegítimo de las respectivas profesiones;

**QUINCUAGESIMOCTAVO:** Que, por todo lo expuesto, declararemos la inconstitucionalidad del artículo 126, inciso segundo, frase final, del Código Sanitario;

**Y TENIENDO PRESENTE,** además, lo dispuesto en los artículos 1º, 6], 19, N°s 2º, 9º y 18º, 63 y 93, inciso primero, N° 7º, 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:

**I. QUE SE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 126, INCISO SEGUNDO, PARTE FINAL, DEL CÓDIGO SANITARIO, QUE DISPONE LO SIGUIENTE: “EN NINGUNO DE ESTOS ESTABLECIMIENTOS ESTARÁ PERMITIDA LA INSTALACIÓN DE CONSULTAS MÉDICAS O DE TECNÓLOGOS MÉDICOS.”.**

**II. PUBLÍQUESE LA SENTENCIA RECAÍDA EN ESTOS AUTOS EN EL DIARIO OFICIAL. EN ATENCIÓN A LO DISPUESTO EN LOS INCISOS TERCERO Y CUARTO DEL ARTÍCULO 94 DE LA CONSTITUCIÓN, EL PRECEPTO LEGAL QUEDA DEROGADO DESDE DICHA PUBLICACIÓN.**

**III. QUE LA DEROGACIÓN TIENE EFECTO INMEDIATO, DESDE SU PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL, LO QUE DEBERÁ VERIFICARSE EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS QUE SE MANTENGAN SIN RESOLVER, DE ACUERDO A LO INDICADO A FS. 864 A 866 DEL PRESENTE EXPEDIENTE CONSTITUCIONAL. OFÍCIESE AL MINISTERIO DE SALUD PARA SU CUMPLIMIENTO Y ASÍ LO COMUNIQUE A ESTA MAGISTRATURA DENTRO DEL PLAZO DE 30 DÍAS DESDE LA MENCIONADA PUBLICACIÓN.**

## DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra del Ministro señor NELSON POZO SILVA, quien estuvo por declarar la constitucionalidad del artículo 126, inciso segundo, parte final, del Código Sanitario, por las razones siguientes:

## I. PREAMBULO

1°. Que resulta útil no sólo referirnos a la norma existente cuya inconstitucionalidad se declara en lo resolutivo de este pronunciamiento, puesto que no exclusivamente de abstracciones debemos hablar y argumentar, sino que también necesitamos trabajar en base a la realidad de la derogación que produce la pérdida de vigencia del precepto legal cuestionado. Sorprende a este disidente la expresión de dudas respecto de unas u otras de las tesis mantenidas en esta sentencia. Justamente dichas dudas hicieron conveniente, en lo necesario, no modificar la redacción preliminar de este voto con el fin de dejar claro el punto de partida de la discusión;

## II. COMPRENDER Y ENTENDER

2°. Que, sin caer en la repetición de lugares comunes, ante el convencimiento de estar manifestando cosas reveladoras e interesantes, se trata de que una idea completamente original que revela como personas valientes e intrépidas nos puede hipotéticamente llevar a entender o no entender un litigio de naturaleza constitucional.

Sin embargo, en cambio, cuando hablamos de convencer y persuadir ello implica un proceso pasivo, irracional y muchas veces poco reflexivo. Ello obedece a que las persuasiones tienen que ver con las emociones. La propuesta de toda convicción, igualmente, puede apelar a la razón, haciendo un llamado crítico a la revisión, explícito, tanto de los argumentos a favor como de los argumentos en contra de la propuesta constitucional.

El intento de convencer esta mediado por la razón. Es en ese estado que el empleo de la razón es cuando la convicción se materializa. De modo que se podrá convencer de algo que implique obrar de un cierto modo e, igualmente, no obrar así, por estar disuadido de hacerlo, por ser los motivos más básicos incompatibles con la propia convicción. La tensión entre razón y pasión recorre toda la reflexión sobre estos términos, y constituyen procesos previos a la comprensión, puesto que la acción de razonar, es decir, ejercer una serie ordenada de motivos que el juez expone como fundamento de su decisión, conforma los fines del razonamiento judicial, el que consiste en resolver una controversia o solucionar un determinado asunto por medio de una decisión, sobre la que podrá discutirse si es correcta o incorrecta.

Que la comprensión se encuentra asociado a la idea de inteligibilidad del fenómeno jurídico, es decir, que este fenómeno se nos haga jurídicamente inteligible. Por eso los juristas han tenido que hablar de la causa en el Derecho (causa en las obligaciones, causa en los delitos, causa en las instituciones, etc.), a saber: para hacer inteligible el fenómeno jurídico dado, el que siempre es un hecho de conducta como conducta.

La comprensión tiene un excelso vínculo con la causalidad, en el entendido que no se reduce a repetir el mismo enunciado del planteamiento, sino que, más bien, requiere que el fenómeno jurídico se nos hará más inteligible sin ir a tomar en su propia realidad lo que buscamos, evitando los fenómenos secundarios o anexos del problema principal;

## III. CRITERIOS INTERPRETATIVOS

3°. Que el enfoque en el tratamiento de las garantías constitucionales en la presente acción de inconstitucionalidad se basa primordialmente en aquello concebido y expuesto en su oportunidad por Gregorio Peces-Barba Martínez, en su libro “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”, en la cual despliega una aproximación sobre los derechos fundamentales bajo un prisma lingüístico, explicando que entiende por derechos fundamentales aquella visión ética en términos de derechos públicos subjetivos;

4°. Que, en el plano interpretativo, conviene considerar de manera general un significado de “atribuir...sentido” a un texto normativo (Riccardo Guastini, “Primera lección de interpretación”, Ed. Zela, Perú, 2019, p.10). El mismo Guastini explicita que el vocablo “interpretación” sufre múltiples ambigüedades. En primer lugar, puede hacer referencia a una actividad o proceso; otras veces, a un resultado o producto de dicha actividad. En segundo término, estar referida a la atribución de significado a un texto normativo (genérico); otras veces a la calificación jurídica de un caso concreto, lo cual redundará en el fundamento a la solución de una controversia específica. La tercera ambigüedad es que la palabra interpretación hace referencia a un acto de conocimiento; otras veces a un acto de decisión, y otras incluso, a un acto de creación normativa. Por último, existe una cuarta ambigüedad: interpretación (en sentido estricto) versus construcción jurídica. En este último contexto el vocablo “interpretación” da cuenta de la atribución de significado a un texto normativo; otras veces, a lo que, a falta de algo mejor, constituye una construcción jurídica;

5°. Que el ordenamiento jurídico concibe la vaguedad de las normas, esto es, la indeterminación de toda norma. En efecto, “toda norma existente es indeterminada en el sentido de que es dudoso, controversial, que supuestos de hechos quedan comprendidos en su campo de aplicación. Esto depende de la ineludible vaguedad de los predicados de cada lenguaje natural” (Waismann, 1968, citado por R. Guastini, op. cit., p.36).

La vaguedad, a diferencia de la equívocidad, es una propiedad objetiva del lenguaje y no sólo del lenguaje jurídico: todos los predicados (en sentido lógico) comparten, al menos potencialmente, esta propiedad. Por tanto, la vaguedad no depende de las técnicas interpretativas o de la dogmática: no puede ser suprimida (aun cuando pueda reducirse mediante definiciones).

La vaguedad de las expresiones usadas en el lenguaje de las fuentes – que no se resuelve mediante la interpretación en abstracto – hace que el intérprete, ante un caso “marginal”, es decir, ante un caso que cae en el “área de penumbra”, en los márgenes de la trama, pueda decidir discrecionalmente si el supuesto de hecho en cuestión debe, o no, ser incluido en el ámbito de aplicación de la norma (Guastini, op. cit., pp. 37 y 38);

#### IV. DILEMA CONSTITUCIONAL

6°. Que, la clave de las diferencias entre una antinomia “corriente” y un conflicto constitucional se encuentra en el tipo de elementos que entran en colisión: mientras que elementos como N1 y N2 serían reglas, los elementos que entran en colisión en los conflictos constitucionales (derechos, bienes, etc.) son principios. Se plantea así una clasificación entre normas, con pretensión de ser exhaustiva y excluyente (si bien la caracterización de estas normas llamadas “principios” dista de ser clara o exenta de dificultades, como veremos en la siguiente sección). El hecho de que los elementos involucrados en el conflicto sean principios y no reglas conlleva, según algunos autores, otras importantes consecuencias.

La estructura del conflicto. Una de estas consecuencias consiste en que mientras en el ámbito de las antinomias entre reglas es posible determinar a priori o en abstracto los supuestos de colisión (así, por ejemplo, sabemos que siempre se planteará un conflicto entre N1 y N2, en las colisiones entre principios ello no es posible; los principios son en abstracto válidos y consistentes, pero en determinadas situaciones concretas pueden dar lugar a conflictos, y estas situaciones de conflicto no son a priori determinables. Sólo en presencia de un caso concreto puede hacerse patente la incompatibilidad. Por ejemplo, en abstracto no se plantea ningún problema de inconsistencia o colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, pero en supuestos concretos el ejercicio del primero puede lesionar al segundo (David Martínez Zorrilla, *Filosofía y Derecho. Metodología jurídica y argumentación*, Ed. Marcial Pons, 2010, pp. 136 y 137);

7°. Que la “concepción estándar” de los conflictos constitucionales parece vincular el hecho de que los elementos en juego sean “principios” con la afirmación de que este tipo de conflictos es estructuralmente distinto a los conflictos entre reglas o antinomias “clásicas”. En síntesis, se suele sostener que los conflictos entre reglas son “in abstracto” y determinables a priori, ya que responden a la presencia de antinomias o contradicciones normativas en el sistema jurídico. Es decir, existe una incompatibilidad lógica entre varias normas que hace que, siempre que resulten conjuntamente aplicables, se produzca un conflicto, ya que es lógicamente imposible dar cumplimiento a todas ellas. No depende, en consecuencia, de las circunstancias del caso a decidir ya que el conflicto se manifestará necesariamente en todos los casos individuales subsumibles en el caso genérico. Supongamos que, para un mismo caso genérico, la norma N1 establece la solución “O (p)” y la norma N2 la solución “Ph (p)”: siempre habrá un conflicto porque las normas son lógicamente incompatibles y es imposible cumplirlas simultáneamente: si hacemos p para cumplir la obligación, incumpliremos la prohibición, y si nos abstenemos de realizar p para respetar la prohibición, violaremos la obligación. De modo similar, si una norma prohíbe hacer p, mientras que otra permite hacer p, si hacemos uso del permiso y realizamos p, incumpliremos la prohibición, y si no realizamos p para cumplir con la prohibición, nunca podremos hacer uso del permiso (David Martínez Zorrilla, op.cit.,p. 145);

#### V. OFTALMOLOGIA

8°. Que el Diccionario de la Lengua de la RAE define por oftalmología aquella “parte de la patología que trata de las enfermedades de los ojos”; y expresa que es oftalmólogo el “especialista en oftalmología”, radicando dicha definición en un objeto sobre las causas de la discapacidad visual prevenibles y curables, premisas que cubren un amplio campo laboral de los profesionales denominados oftalmólogos y de la disciplina que trata de la salud oftálmica, que incluye de manera obvia todo lo perteneciente o relativo a los ojos;

9°. Que la Organización Mundial de la Salud en su 66ª Asamblea Mundial requirió la necesidad de avanzar en sus iniciativas de prevención de la discapacidad visual y robustecer las actividades de rehabilitación de los ciegos en sus comunidades, con el propósito que nadie sufra en un futuro discapacidad visual por causas evitables (Discurso Dr. Oleg Chestnov). De modo conclusivo, en el plan de acción mundial se busca prevenir la discapacidad visual y fomentar la rehabilitación de las políticas y estrategias sanitarias generales, donde los factores científicos y de competencia sumados a las especialidades del sector de la salud ocular deben cubrirse de manera óptima e integral;

## VI. SALUD OCULAR UNIVERSAL. INFORME DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

10°. Que, de acuerdo con las estimaciones de la OMS, en 2010, 285 millones de personas del mundo entero sufrían discapacidad visual y 39 millones de ellas eran ciegas. Los datos correspondientes a 2010 indican que el 80% de los casos de discapacidad visual, incluida la ceguera, son evitables. Las dos principales causas de discapacidad visual en el mundo son los errores de refracción no corregidos (42%) y las cataratas (33%). Atendido las cifras obtenidas a nivel mundial, se ha diseñado un Plan de Acción Global de Salud Ocular 2014-2019 (acompañado a fojas 869 del expediente constitucional), cuyo objeto es reducir la discapacidad visual evitable como problema de salud pública mundial y garantizar el acceso de las personas con discapacidad visual a servicios de rehabilitación. Dicho plan, se basa en cinco principios y enfoques: el acceso universal y la equidad, los derechos humanos, la práctica basada en datos científicos, un enfoque basado en la totalidad del ciclo vital y la potenciación de las personas con discapacidad visual. Dado que ha habido cambios importantes en las causas de discapacidad visual, el plan de acción se ha diseñado con el propósito concreto de afrontar la tendencia mundial a una creciente incidencia de las afecciones oculares crónicas asociadas a la edad. Se prevé que en las próximas décadas estas serán la causa más frecuente de discapacidad visual evitable. El propósito del plan de acción es alcanzar ese objetivo mejorando el acceso a servicios integrales de atención oftálmica que estén integrados en los sistemas de salud a todos los niveles (primario, secundario y terciario);

11°. Que las actuaciones propuestas en el plan de acción ocular de la OMS, para los Estados Miembros, los asociados internacionales y la Secretaría se articulan en torno a tres objetivos: 1.- aborda la necesidad de generar datos científicos sobre la magnitud y las causas de la discapacidad visual y los servicios de salud ocular, y de utilizar esos datos para promover un mayor compromiso político y financiero de los Estados Miembros con respecto a la salud ocular; 2.- promueve la elaboración y puesta en práctica de políticas, planes y programas nacionales integrados de salud ocular para mejorar el acceso universal a la salud ocular a través de actividades que se ajusten al marco de acción de la OMS para el fortalecimiento de los sistemas de salud con miras a mejorar los resultados sanitarios; 3.- aborda la participación multisectorial y las alianzas de colaboración eficaces para fortalecer la salud ocular. Cada uno de esos tres objetivos incluye un conjunto de criterios para examinar los progresos, a saber, la prevalencia y las causas de la discapacidad visual; las cifras del personal de atención oftálmica; y la cirugía de cataratas;

12°. Que dentro del indicador relativo a la dotación de personal de atención oftalmológica por tipo de profesión, este siempre se encuentra enfocado al propósito de mejorar el acceso a servicios integrales de atención oftálmica que estén integrados en los sistemas de salud a todos los niveles (primario, secundario y terciario), cuyos principales actores son los oftalmólogos en su calidad de especialistas que llevan a cabo intervenciones médicas y quirúrgicas en el ámbito de la salud ocular, reconociéndose a los optómetras como el primer punto de contacto al que acuden las personas que padecen enfermedades oculares en un número creciente de países, teniendo como limitante que las cifras no indican la eficacia y en particular, la calidad de las intervenciones para reducir la ceguera evitable, existiendo una gran variabilidad entre los países en lo que respecta a los conocimientos y las competencias de los optometristas, ya que los programas de estudio no están homologados; y finalmente se refiere al personal oftálmico conexo, los cuales pueden caracterizarse por requisitos educativos, legislativos y reglamentarios, competencias y entornos para el ejercicio profesional diferentes según los países o incluso dentro de un mismo país. Por regla general, el personal oftálmico conexo comprende ópticos, enfermeros oftálmicos, ortoptistas, asistentes oftálmicos y optométricos, técnicos oftálmicos y optométricos, terapeutas visuales, oculistas, fotógrafos/reproductores de imágenes oftálmicas y administradores de servicios oftálmicos y cuya limitación es que las cifras no indican la eficacia y en particular la calidad de las intervenciones para reducir la ceguera evitable, existiendo una gran variabilidad en lo que respecta a los conocimientos y las competencias.

Los indicadores señalados por la OMS, y en particular el desarrollado en el párrafo anterior, nos llevan a concluir que las ópticas no son actores activos en las acciones de salud que tienen por objeto la reducción de la discapacidad visual evitable como problema de salud pública mundial y la garantía del acceso de las personas con discapacidad visual a servicios de rehabilitación, sino que se trata de lugares de venta de artículos de uso médico, que no dicen relación con los establecimientos de salud que integran los niveles primario, secundario y terciario del sistema;

## VII. HISTORIA EFECTIVA DE LA NORMA

13°. Que la Historia de la Ley N° 20.724 relata que la discusión sobre la prohibición del cruce entre los intereses profesionales de los médicos y tecnólogos médicos y los establecimientos de óptica, se produjo en el contexto de las modificaciones a las normas sanitarias ligadas al área farmacéutica. A partir de tal deliberación legislativa sobre farmacias, en cuanto a que en tal materia era necesario afirmar la separación entre intereses comerciales y el ejercicio profesional -instituyendo el artículo 129-D el inciso 5°-; es que en la tramitación de la ley se incorpora una norma equivalente para los establecimientos de óptica;

Que la inclusión del precepto legal objeto de la inconstitucionalidad, fue un asunto particularmente discutido. El proyecto de ley (mensaje) lo contenía, la Cámara de Diputados lo sacó, el Senado lo reincorporó y la Comisión Mixta lo reincorporó. La Cámara de Diputados propuso rechazarla, pero, finalmente, el criterio del Senado primó y la norma fue aprobada. La posición en contra fue defendida, entre otros, por el Colegio de ópticos y Optómetras de Chile, representados por su Vicepresidente el señor Max Schilling, el Senador García Huidobro y la Senadora Alvear. Es así, que en el Informe de enero de 2014 de la Comisión Mixta, se señaló que en segundo trámite constitucional, la Cámara de Diputados suprimió la oración final del inciso segundo; en dicha oportunidad, el Senador señor Chahuán recordó que la situación que procura resolver la oración en discusión ha sido ampliamente debatida durante la tramitación de la iniciativa de ley, y la posición que primó finalmente es contraria a la posibilidad de generar negocios en los establecimientos de óptica mediante el emplazamiento de consultas médicas o de tecnólogos médicos. En razón de ello, propuso rechazar la supresión de la oración final del inciso segundo del artículo 126 efectuado por la Cámara de Diputados en el segundo trámite constitucional y conservar la redacción del Senado;

14°. Que en dicha discusión también intervino quien fuera el promotor de la iniciativa, quien recordó la modificación legal realizada hace algunos años que, por un lado, eliminó la autorización sanitaria para el trabajo de los optómetras y, por otro, permitió a los tecnólogos médicos que contasen con formación en oftalmología recetar ciertos medicamentos tópicos e involucrarse en la indicación de lentes destinados a corregir vicios de refracción. Al efecto, agregó que otro tema es que en el mismo establecimiento en que se expenden lentes se emplace la consulta de quien los receta, originándose un incentivo perverso para que muchas de las prescripciones estén más vinculadas a los intereses de la óptica que a los de los pacientes. Por la misma razón, no es posible que en farmacias se instalen consultas médicas;

15°. Que, de lo expuesto, se comprende que las principales razones dadas por los senadores radican en que la norma evita los conflictos de intereses y la integración vertical entre el o los dueños de la óptica y los profesionales del área médica que trabajan en ella; en segundo lugar, que la norma busca mayor transparencia en la relación entre establecimiento de óptica y profesional de la salud. Adicionalmente, se señaló que la norma buscaba evitar la sobre-indicación de anteojos e incentivos perversos en este sentido, siendo esto coherente y respetuoso del espíritu del Código Sanitario. Finalmente, se argumentó que la norma era adecuada al igual que la prohibición de ejercicio de las profesiones médicas dentro de una farmacia;

16°. Que, atendido lo anterior, de la revisión de la historia fidedigna de la ley N° 20.724, se concluye que sí se produjo un debate en torno a esta prohibición y que sí se dieron razones expresas en la Sala del Senado y en la Comisión Mixta que justifican la medida. En este sentido expusieron los senadores Fulvio Rossi, Isabel Allende, Ximena Rincón, Guido Girardi, Alejandro Navarro, Eugenio Tuma y Francisco Chahuán. También expresó la conformidad con la norma el Ministro de Salud, Jaime Mañalich, a la sazón también en su calidad Ministro de Salud;

#### VIII. PRECISIONES SOBRE LA NORMA CUESTIONADA

17°. Que a partir del Código Sanitario en su disposición del artículo 112, se preconfiguran las actividades relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud, requiriendo señala poseer un título competente, otorgado por una universidad reconocida por el Estado y que estén habilitados para el ejercicio de su desempeño. Esta norma legal se sustenta en el mandato constitucional dispuesto en la parte final del numeral 16, del artículo 19, de la Carta Fundamental que dice: “La ley determinara las profesiones que requieran grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas”.

De esta manera, esta Magistratura en sentencia Rol N°804, en su considerando vigesimoséptimo concluyó que es el legislador el autorizado para establecer los requisitos y límites de las profesiones que requieren grado o título universitario. Por su parte, la doctrina constitucional ha establecido que los requisitos habilitantes de tales actividades, atendida la importancia de los bienes colectivos que están en juego en el ejercicio de su práctica profesional, requieren que esas personas sean calificadas y certificadas para ejercer la actividad en cuestión, debiendo poseer cierto nivel de estudio, conocimiento y preparación;

18°. Que de la historia fidedigna de la disposición en cuestión se deducen cinco argumentos que los legisladores establecieron en la discusión respectiva: que la integración vertical era la finalidad a evitar con el precepto legal, sin perjuicio de otros medios al efecto; que el mandato del artículo 120 del Código Sanitario impide compatibilizar los actos médicos y los actos de comercio en un establecimiento óptico, siendo plenamente aplicable y necesaria la norma cuestionada; que no existe discriminación arbitraria para la procedencia y finalidad del artículo 126, inciso 2°, parte final del Código Sanitario; que la prohibición de consultas en establecimientos ópticos constituye una homologación de situaciones que ya se producen en establecimientos farmacéuticos, y por último la prohibición en cuestión es similar a aquellas consagradas en profesiones que no pueden exceder en el campo de su competencia, tales como la relación entre matronas y enfermeras, entre el conflicto de intereses que se produce entre laboratorios y farmacias, entre Isapres y clínicas, etc. ;

19°. Que esta Magistratura ha incurrido en las sentencias roles N° 3519 y 3618, con un presupuesto factico erróneo, sustentando la inconstitucionalidad en un presunto error o defecto en la labor legislativa del Congreso Nacional, imputando al órgano legislador responsabilidad con respecto a la norma cuestionada de inconstitucionalidad, lo cual resulta incongruente con los principios de deferencia respecto del Legislador y la buena fe que permite armonizar las relaciones entre órganos de naturaleza constitucional (STC Rol N° 2253, c.27);

20°. Que el marco jurídico en el cual se dicta el artículo 126 del Código Sanitario queda fundamentado en una norma coherente y concordante con el artículo 120 del mismo cuerpo normativo, obedeciendo al espíritu del Código Sanitario; que la prohibición incluida en la norma en debate dice relación con el aumento con los estándares de transparencia exigidos a no mezclar problemas de salud y su diagnóstico y los negocios que pudieran emanar de ellos; que como en su oportunidad lo señaló el Ministro de Salud señor Mañalich no es posible fomentar el prescribir lentes en forma de incentivar la demanda en establecimientos de óptica dado que la experiencia internacional de esa práctica produce un instrumento de incrementos en la demanda en dicho establecimiento, sin tener presente el real beneficio sanitario para los pacientes; que la cohabitación fomenta un potencial conflicto de intereses, al permitir que al interior de una óptica un optómetra o un tecnólogo médico receten el lente que se vende allí mismo; afectación en la preferencia de los intereses de las personas – pacientes respecto de los intereses de las ópticas, vulneración que se genera afectando la primacía del interés sanitario, evitar negocios o negociaciones a raíz del emplazamiento de consultas dentro de la óptica, evitar el sobrediagnóstico y, en general, afectar los principios de transparencia (artículo 8°, constitucional), integración vertical y eficiencia y eficacia en el diagnóstico oftalmológico (artículo 19, N°16, parte final de la Carta Fundamental) en relación al Libro V del Código Sanitario, y en especial, al artículo 113 del citado cuerpo legal;

## IX. GARANTÍAS INVOCADAS PARA LA INCONSTITUCIONALIDAD

### A. IGUALDAD ANTE LA LEY

21°. Que, en una primera aproximación, podríamos decir que la igualdad consiste en concretar criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, en crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos, y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo. Se comunica, pues, con los otros tres valores, y lo hace como principio de organización y como fundamento de los derechos. No desmentirá tampoco el estudio de la igualdad la afirmación de que la libertad es el valor central, como fundamento de los derechos y de que todos los demás, sin perjuicio de su autonomía, se orientan hacia él para completarlo y perfeccionarlo (Gregorio Peces-Barba Martínez, “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, Madrid). Así, podremos hablar de libertad igualitaria. Salvatore Veca es categórico en este mismo sentido: “...En realidad, una sociedad conceptualizada como esquema de cooperación y de conflicto para individuos y grupos diferentes, dotados de intereses y de concepciones del bien diferentes y divergentes, no puede sino considerar como un bien público y colectivo el igual valor de la libertad para los diferentes grupos. Es una condición para la autonomía de los individuos. La igualdad se interpreta, pues, a partir de la libertad o bajo su conexión...” (VECA, Salvatore, *Questioni di Giustizia. IV Razione e Rivoluzione*, Turín, Einaudi, 1991, p.197);

22°. Que, desde el principio en el contexto de la cultura de los derechos humanos, la igualdad como fundamento de éstos llega allí donde potencia a la libertad y se detiene cuando puede limitarla o perjudicarla, y un ejemplo extremo de esa situación sería un colectivismo donde se disuelve la autonomía personal en beneficio del todo;

23°. Que la idea de igualdad puede referirse al Derecho, es decir, ser igual ante la ley, a veces llamada igualdad formal, y sería la igualdad en el ámbito de sistema jurídico, o igualdad en la vida social, en la realidad de las relaciones entre los hombres, que se ha venido llamando igualdad real o igualdad material. Es obvio que al situar la igualdad como un valor nos planteamos el tema desde el punto de vista normativo, o sea, desde su consideración “...como principio o directiva genérica concerniente a cómo deben ser tratados los seres humanos...” (Laporta, Francisco, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, N°67, Madrid, julio 1985, pp.30-31);

24°. Que en la hipótesis de la igualdad como generalización, que expresa la superación del privilegio otorgado a un sector de ciudadanos y la construcción de las normas jurídicas como dirigidas a un abstracto “homo iuridicus”, que es el hombre y el ciudadano, o en su caso, cuando el supuesto de hecho de la norma se acote porque no todos pueden estar en la situación de que se trata, si son compradores o padres de familia, que abarque a todos los que se encuentran en esa situación, y regule la consecuencia jurídica de manera igual.

En segundo lugar, otra exigencia de la seguridad jurídica es la llamada “igualdad de procedimiento o igualdad procesal”, que supone la existencia de un mismo procedimiento para todos, de unas reglas generales, previas e imparciales para resolver los conflictos, para llegar a la formación de la voluntad de los operadores jurídicos competentes para resolver, con independencia de las personas o de los intereses que estén en juego en cada caso. Se formula muchas veces como derecho fundamental a la

jurisdicción, a un procedimiento y a un juez preestablecido por la Ley. (Es también una dimensión de la seguridad jurídica la igualdad en al procedimiento de producción de las normas generales, y es también igualdad formal, pero no es un derecho fundamental sino un principio de organización);

25°. Que la tercera dimensión de la igualdad ante la Ley la podríamos definir como igualdad de trato formal, que no supone el mantenimiento de la vieja regla de que “hay que tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales”, sino un planeamiento más complejo que comprende además lo que podríamos llamar la igualdad como equiparación y como diferenciación;

26°. Que la primera se expresa en el principio de no discriminación, y afecta a aquellas condiciones de las personas que siendo distintas entre unas y otras no se consideran relevantes y no justifican un trato desigual. Con este criterio no se puede tratar desigualmente a los desiguales. Estamos ante el caso de las diferencias en los rasgos físicos, caracteres y circunstancias de los seres humanos. La pertenencia a una raza, a un sexo, a una religión, a una clase social, son un dato de la realidad que contrasta a unos hombres con otros, y sobre ellos construiremos las normas que están influidas y a su vez influyen esa realidad, y no se considera que en ellos se pueda fundar un tratamiento normativo diferenciado. En eso consiste la irrelevancia que deriva de ponderaciones y de consideraciones cristalizadas culturalmente a lo largo de la historia y mayoritariamente aceptadas. Estamos una vez más ante un signo de la importancia de la historia para el estudio de los derechos y para la propia existencia de los mismos. Hasta Laporta tiene que reconocer esto, y hablará de lo que denomina el principio de igualdad como principio abierto históricamente: “...la idea de igualdad va “tomando cuerpo”, encontrando su realización normativa, su vigencia, en el seno de la moralidad positiva y del sistema jurídico de las comunidades históricas...” (Laporta, Francisco, El principio de igualdad: introducción a su análisis, op.cit., pp. 30-31);

27°. Que aquí la igualdad consiste en que no se toman en consideración esos elementos, físicos, socio-económicos o culturales para diferenciar conductas y su regulación jurídica. Por eso la igualdad se manifiesta: positivamente, equiparando a personas que se distinguen por esas condiciones que no se consideran relevantes y negativamente, no discriminando por las mismas razones.

Como reconoce Laporta, la discusión analítica no puede dar la solución, y habría que estar en cada caso al buen sentido situado en un contexto histórico y a la ponderación de las circunstancias para considerar en el tratamiento normativo la relevancia o irrelevancia de las condiciones.

Que la igualdad como generalización tiene que ceder ante la igualdad de trato como diferenciación en relación con los titulares de los derechos cuando existen condiciones relevantes para que los destinatarios de un derecho no sean hombres y ciudadanos, sino mujeres y niños, minusválidos, etc.. Con esto aparece claro que el proceso de especificación, como proceso histórico, se produce por la influencia conjunta de los valores de solidaridad y de igualdad de trato formal como diferenciación;

#### A. La justificación de la igualdad material

28°. Que la igualdad formal, generada en el ámbito del pensamiento liberal moderno, y uno de los signos del Estado democrático representativo, como igualdad ante la Ley, se identifica con el valor seguridad jurídica. No se puede decir que tenga una entidad propia distinta de éste, lo que no cabe extender a la igualdad material. Así como la primera no ha sido impugnada y es un valor pacífico en el ámbito de la seguridad jurídica para fundamentar a muchos derechos, la existencia de la segunda no es tan plenamente pacífica. Es impugnada, como fundamento de derechos, por el pensamiento neoliberal, como hemos visto, al tratar los rechazos parciales. (Peces-Barba Martínez, Gregorio, op.cit., p.285).

Que la distinción que hace Bernard Williams entre relevancia de las razones para aceptar un derecho fundamental y operatividad de las razones para hacerlo posible en la práctica, es la misma idea que estamos planteando. Y puede no ser difícil de realizar sólo por esa causa de la falta de medios, sino también porque la realización de ese derecho, basado en la igualdad material puede contradecir las normas propias de una economía de mercado (Williams, B., “The idea of equality”, en LASLETT, P. y RUNCIMAN, W.G.: *Philosophy Politics and Society*, (2ª serie), Oxford, Blackwell, 1972, pp. 121 y ss);

#### B.- La identificación de la igualdad material y su diferenciación respecto del igualitarismo

29°. Que es un buen punto de partida el texto de Rousseau en el “Contrato Social”, como objetivo del valor igualdad: “...que ningún ciudadano sea tan rico como para poder comprar a otro ni ninguno tan pobre como para verse obligado a venderse...” (Jean-Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, libro II, cap. XI, pp.78-80, Ed. Mestas, 2005, España).

Que parece que cuando una persona puede comprar a otra, la cosifica y la convierte en una mercancía objeto de comercio y que una persona situada en esta tesitura frustra y desvía la vocación de moralidad que supone lo que hemos llamado libertad o autonomía moral, tanto para los demás como para sí misma. En el otro extremo cuando una persona se ve obligada a venderse, se cosifica ella misma, por razones en gran parte ajenas a su voluntad y en ese supuesto también se impide el dinamismo de la libertad. Incluso en este caso no sólo en su meta, sino en su punto de partida, porque la elección no es libre, sino que está condicionada o determinada.

Que Bobbio situará, con razón, a Buonarrotti como ejemplo de esta posición porque sus reformas “...están inspiradas en la idea de que los componentes de una nación constituyen una totalidad orgánica y que las instituciones más aptas para seguirles y hacerles progresar son aquellos que obligan a los

individuos a vivir y a trabajar en común...”. La igualdad material, como fundamento de derechos, no puede ser el igualitarismo que disuelve al individuo en la comunidad, porque ese punto de vista desconoce la autonomía y hace imposible pensar al hombre desde los derechos fundamentales (“Eguaglianza ed Egalitarismo”, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. III, N° 3, 1976, p. 330);

30°. Que, frente al igualitarismo, extremo que desconoce al individuo como ser moral, y frente a la justificación de la desigualdad, la igualdad material no es tanto una igualdad en el punto de llegada, como dice Bobbio, frente a la igualdad formal que es un punto de partida, sino que es, parece, una igualdad para poder llegar a la meta. Es decir, que facilita el esfuerzo de cada uno haciéndolo posible, pero no lo sustituye. Pretende dar igual peso a todos para poder alcanzar el objetivo. Se sitúa frente a una concepción de la sociedad de hombres aislados, egoístas y centrados en el amor propio, y frente a otra donde el individuo desaparece integrado en el todo colectivo; es un marco social cooperativo, donde los individuos construyen una sociedad justa a través del intercambio de criterios y de posiciones ilustradas;

31°. Que son necesarias varias dimensiones de análisis.

i.- Que podemos situar a la igualdad material como igualdad de trato material, que sería igualitarismo si consideramos la generalización como criterio, y que debe, por consiguiente, situarse en el ámbito de la consideración de las circunstancias de la realidad como relevantes o irrelevantes para conseguir un igual peso, para poder alcanzar el objetivo, para poder llegar a la meta de la independencia y de la libertad moral, con un uso adecuado de la libertad social política y jurídica y de los derechos que en ella se fundan.

ii.- Que entre los criterios para valorar materialmente lo relevante parece que el más adecuado es el de las necesidades básicas, que hemos identificado al analizar la libertad promocional, frente a criterios como el de la capacidad, el mérito o el trabajo, que dependen menos del sujeto, y que son de más difícil generalización objetiva. Como bien dice Bobbio: “la necesidad es un criterio que satisface mejor que la capacidad y que el trabajo los ideales de un igualitario, porque los hombres pueden ser de hecho más iguales respecto a la cantidad y a la calidad de las necesidades, que no a la cantidad o a la calidad de la capacidad demostrada en esta o aquella actividad o del trabajo prestado en esta o en aquella obra...”. Por otra parte, el objetivo de la igualdad material como fundamento de los derechos de contribuir al mejor uso de la libertad para facilitar el dinamismo hacia la autonomía o la libertad moral, orienta razonablemente hacia la satisfacción de las necesidades básicas, radicales, de mantenimiento o de mejora, cuando su carencia dificulta o impide ese objetivo. Es pertinente y es aceptable el criterio para una consideración racional.

iii.- Que los que no tienen asegurada las necesidades básicas, y no puedan alcanzarla sin un esfuerzo ímprobo y heroico, fuera de los que se pueden exigir a seres humanos normales, pueden considerar razonable –y un análisis objetivo, lo puede confirmar– que la satisfacción de esas necesidades se haga en forma de derechos, diferenciándolos respecto de aquellos que tengan las necesidades resueltas. Esa conclusión que parte de un hecho, necesidades sin satisfacer, es producto de una deliberación racional que concluye en un valor, la igualdad material, fundamento de aquellos derechos que pretenden satisfacer las necesidades básicas de los individuos. Así, estaríamos ante una igualdad de trato material como diferenciación.

iv.- Que esta igualdad de trato material como diferenciación se puede obtener de dos maneras:

a.- Que se hace desaparecer un privilegio del amparo o de la consideración como derecho fundamental, en tanto en cuanto podría interpretarse como igualdad de trato material como equiparación, al no considerarse relevante la circunstancia diferencial para marcar una desigualdad. Es el caso de la propiedad, que ha pasado de ser un derecho fundamental a una institución del Derecho privado, por su imposible contenido igualitario, y por ser relevante para considerarlo como obstáculo a un igual trato material. En este supuesto, no se puede utilizar el cauce positivo de la satisfacción de la necesidad de propiedad, y se produce la solución evitando considerar una igualdad de trato material como equiparación. A diferencia de la igualdad jurídica como igualdad de trato formal, aquí no cabe en ningún caso el criterio de la igualdad como equiparación.

b.- Que se satisface la necesidad que se considera un obstáculo y que no puede ser satisfecha con el esfuerzo exclusivo de quien la tiene. Se configura esa satisfacción como un derecho subjetivo que genera un deber correlativo general, normalmente de los poderes públicos y que se fundamenta en el valor igualdad material.

v.- Que, igual que el criterio de las necesidades básicas es racionalmente válido para fundar derechos, el criterio de las capacidades es, asimismo, racionalmente válido para fundamentar deberes. Podríamos hablar de un criterio racional para la igualdad desde los derechos, y eso es la satisfacción de las necesidades, y de un criterio para la igualdad desde los deberes, y ese es el de la capacidad de cada uno. Cambiar el criterio y establecer la capacidad para la igualdad de los derechos y la necesidad para la igualdad de los deberes conduciría a metas desigualitarias, en las que se ahondarían las diferencias.

vi.- Que la igualdad de trato material como diferenciación genera y fundamenta a derechos humanos que, a través de la satisfacción de necesidades, ayudan a cumplir el objetivo moral con la superación de los obstáculos que afectan a los titulares y que estos pueden satisfacer por sí mismos.

Que entre los derechos que derivan de este valor están los referidos a la educación, como básica y obligatoria, a la seguridad social, a la sanidad y a la vivienda.

vii.- Que la igualdad que nos ocupa y que supone un esfuerzo económico —de la sociedad a través de los impuestos, y de los poderes públicos para decidir la jerarquía que otorga a la satisfacción de esas necesidades—, plantea una intervención sobre las reglas del libre mercado, que son “...un complejo sistema de producción y distribución de bienes constituido y articulado por normas jurídicas; es decir, es también una parte del sistema jurídico, un subsistema de normas dentro del sistema jurídico...”. Por estamos en el núcleo, a mi juicio central, de la problemática actual de los derechos, y se explica cómo los liberales económicos, que no quieren aceptar esa confrontación, excluyen a los derechos derivados del valor igualdad material, del concepto mismo de derechos, que reducen a su núcleo de derechos derivados de los valores de seguridad jurídica y de libertad, excluyendo también la libertad promocional y la solidaridad. Ahora podemos entender más precisamente la razón del reduccionismo liberal (Laporta Francisco, “El principio de igualdad: introducción a su análisis, citado, Sistema, 1985, pp. 3 – 31);

32°. Que a mi juicio, existen razones morales superiores para satisfacer las necesidades básicas, obstáculos para la libertad, mientras que la intangibilidad de las reglas del mercado, basada en última instancia en la filosofía del “Banquete”, de Malthus, condena a una gran mayoría a no desplegar todas sus potencialidades, a no usar en plenitud la libertad social, política y jurídica, y a no alcanzar la autonomía o la libertad moral, o a hacerlo con un esfuerzo heroico que no es exigible a un hombre normal.

“Que la aplicación razonable y no exagerada de lo anterior exigiría la toma de precauciones que evitasen una generalización de demandas, por lo que debe quedar claro que las necesidades no son subjetivas, sino objetivas y producto de una deliberación racional que opere con el criterio de la generalización; es decir, refiriéndose a necesidades, que cualquier sujeto que las tuviese y no pudiera satisfacerlas por sí mismo, necesitaría la sustitución de su esfuerzo, porque la no superación de la necesidad obstaculizaría el despliegue de su dignidad y el alcanzar sus objetivos morales.

Por otra parte, la positivación en dos tiempo de las exigencias de este valor, primero como principio de organización y después como derechos fundamentales, permitiría una ponderación de la operatividad, evitaría que se dictasen normas contrarias o que se interpretasen o aplicasen éstas en un sentido contradictorio, y desarrollaría los principios de organización en derecho fundamentales cuando se produjese la menor distorsión al funcionamiento normal de la economía, cuando la situación presupuestaria pudiera hacer frente al esfuerzo y se descartasen aplicaciones insaciables del valor igualdad.

Que este es el sistema elegido por el constituyente español en el juego de los principios rectores en relación con el artículo 53-3, y el que permite combinar la justicia y la validez jurídica con la eficacia.

En este caso estaríamos ante un sistema de mercado donde éste actuaría libremente en el ámbito de la producción, pero sería corregido, por razones éticas, en el ámbito de la distribución por estados derechos que generan la satisfacción de necesidades básicas” (Peces-Barba Martínez, op.cit., p.293);

33°. Que los derechos fundamentales serían la expresión de unos valores, intuitivos en racionalizaciones históricas parciales, y que estamos en disposición de elaborar en un sistema coherente a finales del siglo XX. Esta consideración de la diacronía de la historia en la sincronía de la razón, nos conduce a no considerar como definitivo el planteamiento que proponemos, sino sólo como el que nos parece más razonable, más plausible y más operativo hoy. Dentro de unos años probablemente el progreso moral y de la razón, los cambios económicos y culturales, y también la aparición de nuevos problemas, exigirán correcciones y ampliaciones del sistema, aunque podemos decir que, en su inmensa mayoría, estamos ante la conquista estable de la humanidad. Desde una perspectiva filosófica, en una teoría de los actos de habla, Emilio Lledó dirá en este sentido que “...cada presente es un modo de determinación de la inmensa indeterminación del pasado...” (Emilio Lledó, *El Silencio de la escritura*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 20). Explicará esta sugestiva afirmación porque “...no sólo viene de una lengua cargada con la experiencia que han ido acumulando las pasadas generaciones, sino, sobre todo, porque cualquier proposición que el sujeto emite y articula ideas y sentimientos que se han ido incorporando a la propia y particular existencia...” (Peces-Barba Martínez, op.cit., p. 294).

Que, desde valores más instrumentales como la seguridad, o con incidencia en el tipo de relaciones humanas como el de la solidaridad, a través de criterios de contenido para resolver los obstáculos y satisfacer las necesidades cuyo mantenimiento imposibilita el funcionamiento como con la igualdad material, llegamos al núcleo del sistema, al valor que conecta directamente con el dinamismo moral, y que es la libertad social, política y jurídica. Los derechos humanos tienen su fundamento con esos valores, a veces en varios a la vez, incidiendo en diversos aspectos de los mismos, porque la realidad es mucho más compleja que cualquier modelo o paradigma que queramos construir;

34°. Que esto es signo de su puesto central en una teoría de la justicia y en una reflexión sobre la legitimidad del poder en las sociedades democráticas, con reflejo indudable en la permanente discusión sobre la obediencia al Derecho. De este estudio del fundamento y del concepto de los derechos que extraen razones para responder a la pregunta ¿Por qué se manda?, que a su vez genera buenas razones para responder a la más importante de todas: ¿Por qué se obedece?

## B. DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

35°. Que, desde otro plano, el reproche a la norma de carácter abstracto se funda en que la igualdad ante la ley prohíbe cualquier discriminación arbitraria; sin embargo, la interdicción de la discriminación arbitraria no importa la exigencia de un trato legal específico frente a toda diferencia, pues ello imposibilitaría la existencia de reglas generales: “[I]o que la Constitución prohíbe no es hacer diferencias, sino hacer “diferencias arbitrarias”. No se prohíbe dar trato igual a situaciones diferentes, sino hacerlo arbitrariamente; esto es, sin un fin lícito que lo justifique; lo prohibido es hacerlo sin razonable justificación” (STC Rol N° 807, c. 22°). (En el mismo sentido, STC Rol N° 2042, c. 18°, STC Rol N° 2628, c. 18°)(STC ROL N°2841 c.10);

36°. Que, a mayor fundamento la doctrina entiende: “[I]a igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”.(STC Rol N° 53, c. 72°)(En el mismo sentido, STC Rol N° 280, c. 24°, STC Rol N° 1812, c. 27°, STC Rol N° 1951, c. 16°, STC Rol N° 2022, c. 25°)(STC ROL N°2841 c.11);

37°. Que, en un acercamiento al tema, este órgano constitucional ha entendido por “discriminación arbitraria toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable. Por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia irracional o contraria al bien común” (STC Rol N° 811, c. 20°). (En el mismo sentido, STC Rol N° 1204, c. 19°)(STC ROL N°2841 c.12);

38°. Que, a fin de verificar la arbitrariedad en un precepto, es necesario hacer la siguiente operación: “Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. Ahora bien, no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva. Si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador. Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender, además, a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada” (STC Rol N° 1133, c. 17). (En el mismo sentido, STC Rol N° 1217, c. 3°, STC Rol N° 1951, cc. 17° a 19°, STC Rol N° 1988, cc. 65° a 67°)(STC ROL N°2841 c.13);

39°. Que, de forma anexa, resulta innegable para fijar un baremo de razonabilidad a fin de evaluar la diferenciación, es pertinente concebir que “[I]a razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19, N° 2, de la Constitución Política. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos”. (STC Rol N° 1138, c. 24°). (En el mismo sentido, STC Rol N° 1140, c. 19°, STC Rol N° 1365, c. 29°).

De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción, a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas reguladas por la ley, su finalidad y los derechos del afectado que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación. (STC Rol N° 1448, c. 37°). (En el mismo sentido, STC Rol N° 1584, c. 19°).

“Las diferencias o discriminaciones entre las personas no tienen, per se, inconvenientes o contradicciones en el texto de la Constitución si es que ellas tienen un sólido fundamento en “el bien común”, objetivo principal de la existencia del Estado. Es más, en algunos casos tales diferencias, algunas previstas por el propio constituyente, pueden resultar una saludable solución a conflictos, emergencias o requerimientos del bienestar general”. (STC Rol N° 280, c. 20°)(STC ROL N°2841 c.14);

40°. Que, en el caso concreto objeto de la presente acción, no resulta pertinente ni es susceptible de poder considerarse la acción impetrada, sustentada en una afectación del artículo 19, N° 2°, de la Carta Fundamental, puesto que la norma cuestionada no hace diferenciaciones que pudieren afectar la igualdad ante la ley, como tampoco puede atribuírsele el carácter de discriminatoria ni, mucho menos, de arbitraria, correspondiendo sólo, desde la perspectiva del constituyente, fijar el criterio de racionalidad y bien común, en la forma como se ha razonado precedentemente (STC 2841 c.15).

Se infiere de lo antes expuesto que el cuestionamiento a la igualdad ante la ley, no aparece respaldado, jurídicamente tomando en consideración que razones de política sanitaria relativas a motivos de salud oftalmológica de la población, y en resguardar una competencia sana en el mercado respectivo, se ven afectadas en la hipótesis de eliminarse la restricción pretendida por la requirente, argumento más que suficiente para desechar por razones de bien común;

41°. Que como bien señala Ortega y Gasset al describir el modo en que la vida del hombre se desarrolla, caracterizándola en: “el hombre es él y sus circunstancias”. El bien común político comprende

en buena medida esas circunstancias, ese entorno, ese contexto, en el que se desarrolla la existencia de cada persona humana. Ese entorno, lejos de ser ajeno al hombre es creado y realizado por la propia persona junto con sus semejantes y con los grupos sociales menores con que ella interactúa. La persona es concausa y destinatario final del bien común que construye junto con los demás, mediante su activa participación en la vida social;

### C. CUMPLE EL TEST DE RAZONABILIDAD

42°. Que la norma enjuiciada es una regla de prohibición concreta y acotada para el ejercicio profesional. No es una discriminación arbitraria. Que la parte del inciso 2° del artículo 126 cuestionada no es una norma discriminatoria sino una “regla de prohibición” para ejercer la profesión de médico y tecnólogo médico dentro de un establecimiento de óptica, es decir, en un único y acotado lugar. El ordenamiento constitucional y legal permite reglas de prohibición que limiten estas libertades.

43°. Que la norma es un límite a la libertad de trabajo y a las actividades económicas. El enunciado es una norma que regula la libertad de trabajo (artículo 19, N°16, inciso 1°) y el derecho a desarrollar actividades económicas de acuerdo a la ley (artículo 19, N°21, inciso 1°), limitando la actividad de tales profesionales a un solo tipo de establecimiento (establecimiento de óptica), pudiendo ejercer su profesión en el resto del abanico de posibilidades laborales;

44°. Que la medida legislativa es razonable: es parte de un diseño legislativo coherente del Código Sanitario. El Código Sanitario contiene un diseño legislativo en el cual realiza una serie de distinciones para el ejercicio del derecho a la salud. De su examen se puede concluir que el establecimiento de óptica no es un establecimiento de salud, pues no tiene por objeto otorgar acciones de salud, sino contribuir a ella por medio de la venta de artículos de uso médico. Es un establecimiento comercial de venta de artículos de uso médico. Igualmente, la prohibición del artículo 126 es parte de un diseño legal que diferencia y separa el ejercicio de las profesiones del área de salud de los intereses comerciales de éstos. En cuanto a las prohibiciones, el Código fija una regla general donde los profesionales de la salud no pueden ejercer la profesión o tener intereses comerciales en actividades de comercio ligadas a su actividad del área médica (artículo 120); luego fija tres prohibiciones particulares dispuestas en el 114 que prohíbe a una misma persona ejercer, al mismo tiempo, como médico-cirujano y como farmacéutico, químico farmacéutico o bío-químico; en el artículo 126 para médicos y tecnólogos médicos; y en el artículo 129-D, inciso 5°, que prohíbe que los profesionales de la salud vendan productos farmacéuticos. La medida legislativa cuestionada es razonable en el diseño legislativo sanitario;

45°. Que la medida legal es razonable: en la historia de la ley si se expresaron razones para la prohibición del artículo 126. En cuanto a la razonabilidad de la prohibición, se debe tener presente que el Tribunal afirmó en ambas sentencias que no existían argumentos en la historia de la ley que justificaren la prohibición. En la historia de la ley N°20.724 sí se produjo un debate en torno a esta prohibición y sí se dieron razones expresadas en la Sala del Senado y en la Comisión Mixta que justifican la medida. La principal razón dada por los senadores fue que la norma evita los conflictos de intereses y la integración vertical entre dueño de la óptica y los profesionales médicos que en ella trabajan. También se señaló que la norma busca evitar la sobreindicación. Se argumentó que la norma era adecuada al igual que la prohibición de ejercicio de las profesiones médicas dentro de una farmacia. En este sentido expusieron los senadores Fulvio Rossi, Isabel Allende, Ximena Rincón, Guido Girardi, Alejandro Navarro, Eugenio Tuma y Francisco Chahuán. También expresó la conformidad con la norma el Ministerio de Salud, Jaime Mañalich, a la sazón también en su calidad de Ministro de Salud, tal como se señaló en el motivo 16 de este laudo;

46°. Que la medida es razonable: la razonabilidad de la medida ha sido confirmada por la Corte Suprema, la Contraloría General de la República y la Corte de Apelaciones de Valparaíso han asentado jurisprudencia en los últimos años afirmando la procedencia de la prohibición del artículo 126 y las razones o motivos que la justifican. Las principales razones conferidas por la jurisprudencia judicial y administrativa dice relación con el rol preventivo de conflictos de intereses entre establecimiento de óptica y profesionales del área de la salud, y con impedir el cruce de los intereses comerciales con miras a evitar la prescripción innecesaria de anteojos, generando un incentivo perverso;

47°. Que el contexto para comprender la ratio legis de la norma cuestionada por inconstitucionalidad obedece a que corresponde a un diseño legislativo dentro de la sistemática del Código Sanitario y está en plena concordancia con otras normas de ese compendio, tal como se ha señalado precedentemente;

### X. CONTROL ABSTRACTO DE LA NORMA

48°. Que en primer lugar, el control abstracto de la norma es aquel en que el cuestionamiento se dirige en contra de la propia norma y no contra su aplicación a una situación o caso concreto (Dominique Rousseau, “La justicia constitucional en Europa. Estudio preliminar de Teresa Freixes Sanjuán, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002), o definido de sus propios efectos, en cuanto se entiende que su esencia es la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una disposición legal con efecto erga omnes (Luis Prieto Sanchís);

49°. Que ambos criterios nacen de la idea común del “legislador negativo” de Kelsen, que al decir de Favorou, consiste a aquel que compete o es llevado a cabo por autoridades políticas, y poco importa si es previo o posterior dado que se trata siempre de un contencioso objetivo, ya que es un proceso entablado a un acto de autoridad legislativa, que es la ley;

50°. Que por su parte Néstor Pedro Sagüez dice que es un control abstracto aquel que genera un proceso constitucional autónomo (siguiendo a Mauro Cappelletti). Se da cuando quien lo promueve no está necesariamente vinculado por ninguna relación jurídica concreta en la que intervenga la norma que hipotéticamente es inconstitucional;

51°. Que para el análisis cabe definir la constitucionalidad de la norma, en cuanto esta es un eje sobre el cual gira el proceso de inconstitucionalidad, siendo una categoría conceptual frecuentemente utilizada en la disciplina constitucional, pero sin embargo pesa sobre ella ciertos matices y características con una suerte de indefinición, en cuanto a su conceptualización en la defensa de los valores, su inspiración, su contenido, su racionalidad, su lógica y, en general, en ser parte de la normativa constitucional imbuida en la supremacía constitucional;

52°. Que, entendiéndose la Constitución como un instrumento normativo fundamental donde se plasma de manera objetiva la regulación del ejercicio del poder político, siendo continente además de reglas básicas para el equilibrio para gobernantes y gobernados, fijando límites y controles como asimismo derechos y obligaciones, debe conformar un conjunto de ideales y principios que representen la realidad sobre la cual versa la norma;

53°. Que, empero, para que una Constitución cumpla realmente sus fines y no se convierta en un mero documento o un cúmulo de buenas intenciones del constituyente, y que pueda plasmarse la supremacía constitucional, resulta indispensable que sea complementada con un paquete normativo que asegure su operatividad, en la medida que sus normas reglamentarias mantengan su racionalidad, su lógica y, en términos generales, su vigencia;

54°. Que el sistema normativo tuviere en su seno factores relevantes que afectaren la desnaturalización, el desborde expansivo en legislación contradictoria y que pugne, directa o indirectamente, de forma o de fondo, total o parcialmente, con la Constitución, requiere mecanismos que puedan mantener la constitucionalidad en armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico, permitiendo la compatibilidad y coherencia del respectivo sistema;

55°. Que es el propio Hans Kelsen en sendos ensayos denominados “La garantía jurisdiccional de la Constitución” y “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?” (Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p.24), bosqueja, no define la constitucionalidad ni da un concepto preciso de la misma, sin embargo, emana de su pensamiento la idea que el control de constitucionalidad propiamente tal, es aquel vínculo de armonía y concordancia plena al que hemos hecho referencia precedentemente.

En suma el vocablo “constitucionalidad” es asociado de manera reiterada con las facultades normativas de los órganos colegisladores: el Parlamento o el Ejecutivo; cuyo comportamiento implica el buen ejercicio de sus facultades normativas. “A contrario sensu, la inconstitucionalidad de una ley puede consistir –como aparece a primera vista– no sólo en que ha sido adoptada mediante un procedimiento no prescrito por la Constitución, sino que también puede tener un contenido que no debería tener según la Constitución; en la medida en que precisamente la Constitución no sólo lo regula los procedimientos la legislación, sino que también determina de alguna manera el contenido de las futuras leyes,” (Kelsen, Hans, op. cit., p.24).

Por último, conviene resaltar que el pensamiento de Louis Favoreau señaló: “La constitucionalidad ha reemplazado la legalidad por lo menos en dos de sus funciones esenciales: ser la “fuente de fuentes” y ser “el vehículo de los valores esenciales o fundamentales”, lo cual como sostiene con acierto el mismo tratadista francés, “...comporta una doble consecuencia: por una parte, el legislador no puede extender (en detrimento del poder constituyente) ni restringir (en beneficio del poder reglamentario) su propia competencia, so pena de ver sancionadas sus incompetencias positivas y negativas por el pronunciamiento de inconstitucionalidad de la ley; por otra parte, el poder reglamentario está limitado en su dominio a la ejecución de las leyes y la regularidad de sus actos, mucho más que antes, deberá apreciarse desde el punto de vista de su constitucionalidad.”(Favoreau, Louis, “Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho”. Traducción de Magdalena Correa Henao, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2000, p.36);

## XI. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

56°. Que para la interpretación constitucional no basta con argumentos normativos de tipo interpretativo, dado que las respuestas constitucionales no dependen sólo de descifrar o asignar significados a los textos normativos. De tal manera, una teoría de los significados no es suficiente en materia constitucional. De esta manera se debe recurrir a la filosofía política y a la teoría del Estado dominante, en cuanto esta última requiere comprender las premisas del Estado Constitucional en la “dignidad humana” como núcleo o epicentro (Cesar Landa, Teoría de la Interpretación Constitucional, en Ferrer Mac-Gregor (coordinador), “Interpretación Constitucional”, Vol. II, p.731 y ss.);

57°. Que por su lado Susana Pozzolo, ha sugerido que en el plano de la institución constitucional “cambiar de perspectiva”. En esta búsqueda, incluso desde la tradición del “realismo genovés” vinculado

al positivismo crítico, se ha preguntado dicha autora que estamos en presencia de una fórmula que pudiere sorprender:”¿Y si consideramos que la estabilidad de la legislación es sólo apariencia? Esto es, ¿Y si existiese siempre un margen de apertura en el cual los conflictos se pueden (y a veces se deben) reabrir en otras sedes?” (Luzzati, C., “Le metafore della vaghezza”, op.cit., en Susana Pozzolo, en obra “Disposición vs. Norma”, Pozzolo, S. y Escudero, R. (Editores), Palestra, Lima, 2011, p.64);

58°. Que la interpretación vista como argumentación constitucional debe permitir abrir otras perspectivas y no sólo los aportes de la teoría analítica en materia de interpretación: necesitamos de la tópica porque los problemas constitucionales requieren respuestas orientadas a problemas concretos que urgen respuestas ¡Aquí y Ahora! (Viehweg, T. Tópica y Jurisprudencia, Trad. de Luis Diez Picazo, Segunda Edición, Thomson-Civitas, 2007).

En definitiva, sobre este asunto de inconstitucionalidad sobre el cual esta Magistratura debe pronunciarse, requerimos de un enfoque que contemple el Derecho ya no como un conjunto de autoridades y normas, sino como una proceso social más complejo y dinámico en que, no obstante, la justificación parece como la única forma de legitimar los procesos de creación de normas;

59°. Que, de esta manera entendemos el siguiente camino en la operatoria interpretativa de la Carta Fundamental: En un primer momento, todo proceso de interpretación constitucional, presupone una cierta concepción de la Constitución y de la democracia constitucional. Las concepciones de la Constitución se configuran como modelos teóricos o ideologías que condicionan los resultados del proceso de interpretación. En un segundo momento, atendido a que las Constituciones son por lo general documentos formales escritos, resulta indispensable una teoría de sus enunciados. Aquí la distinción entre reglas, principios y directrices resulta fundamental (he aquí el legado del Dworkin, cuya bibliografía sobre el tema es inabarcable, siendo ilustrativa la obra de García Figueroa, A., “Principios y positivismo jurídicos”, CEC, Madrid, 1997). En un tercer nivel deben considerarse las diferentes teorías que se presentan como teorías de la interpretación constitucional en concreto. No siendo lo mismo la orientación interpretativa de un originalista semántico respecto de otra de un originalista intencionalista o de un constructivista analítico o uno moral (Dworkin). Por último, los principios y técnicas de la interpretación deben permitir racionalizar el discurso. Al margen de la concepción de Constitución o del modelo de interpretación que se adopte, los principios y técnicas responden, por lo general, a los esquemas conceptuales e ideológicos. Por ejemplo, las técnicas de interpretación lingüísticas pueden responder mejor a un modelo de interpretación cognitivo-semántica, mientras que las técnicas y principios de la interpretación orientadas a los fines y resultados, favorecen una interpretación menos vinculada con la literalidad de los textos;

60°. Que ante la descripción desarrollada surge la disyuntiva de cómo vamos a interpretar constitucionalmente dentro del estado constitucional la garantía invocada en autos. Me refiero a que no podemos obviar el principio de jerarquía normativa de la Constitución y el principio de interpretación conforme a ella.

En el caso del principio de jerarquía normativa advierte al intérprete para que no se olvide que la interpretación no puede “reducir” ni la fuerza vinculante, ni la máxima jerarquía jurídica que ostenta la Constitución. Y en el caso del principio de interpretación conforme –aplicable igualmente al caso normativo controvertido en autos– éste puede verse como una expresión invertida del mismo principio de jerarquía. Aquí se trata de aplicación del principio de razonabilidad a la hora de enjuiciar las entidades normativas a la luz de la Constitución. La interpretación razonable de la Constitución se presenta en este caso, como una actividad residual de cara a los demás intérpretes de la Constitución (voto de mayoría). Resulta ilustrativo lo señalado por Luis Prieto Sanchís, al señalar “la misión del juez constitucional no consiste en determinar de manera concluyente cuál ha de ser la única interpretación posible, sino, en cualquier caso, indicar qué interpretaciones resultan intolerables” (notas sobre la interpretación constitucional, en obra colectiva “Interpretación Constitucional”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), Vol.II, p. 919 y ss.);

## XII. APLICACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

61°. Que la aplicación judicial de principios constitucionales implica cuatro fases u operaciones intelectuales:

“1.- la identificación de los principios en cuanto tales, vale decir, la adscripción del estatus (del “valor”) de principios a determinada disposición constitucional;

2.- la interpretación de –vale decir, la adscripción de significado a– una disposición constitucional (previa o contemporáneamente identificada como) si expresase un principio;

3.- el balance o ponderación de dicho principio con otros principios en conflicto, de manera que se seleccione el principio aplicable; y

4.- la especificación o concretización de dicho principio de manera que se construya una regla idónea para resolver el caso en cuestión.” (Riccardo Guastini, Discutiendo. Nuevos estudios de teoría y metateoría del derecho. Ed. Zela, 2019, Lima, p.489);

62°. Que se infiere de lo anterior que tanto la identificación, pretéritamente expuesta denota que para cada disposición constitucional que no esté expresamente calificada como principio, los intérpretes pueden preguntarse si esta expresa una regla o principio;

63°. Que otro de los elementos que igualmente emergen es la técnica de la ponderación, que en su momento fue publicitada por Alexy, del cual podemos concluir que los jueces constitucionales o supremos pueden crear una relación jerárquica entre los principios en conflictos implicados, llevándonos a ponderar, que no es, ni más ni menos que en el contexto de una cuestión concreta, un principio es aplicado, mientras que el otro es dejado de lado;

64°. Que, por último, la ponderación y la concretización de los principios en conflicto son considerados como una única operación intelectual. Y desde el punto de vista lógico, el ponderar consiste en elegir el principio aplicable, mientras que concretizar consiste en la (subsecuente) aplicación, en sentido estricto, del principio elegido.

Guastini cita el ejemplo que el principio de salud es un derecho fundamental del individuo, en sí mismo, no dice nada sobre el resarcimiento de los daños a la salud (artículo 32, párrafo I, Constitución italiana). Los principios se aplican, no mediante ponderación, sino más bien, extrayendo de ellos reglas: reglas inexpresas o implícitas. En conclusión, concretizar un principio consiste en extraer de él una regla. Estas reglas son constitucionales ya que son derivadas de principios constitucionales: por tanto, se trata de reglas, que los ordenamientos con constitución rígida, no pueden ser exceptuadas o abrogadas por la legislación ordinaria. La operación de la derivación judicial de reglas, a partir de principios constitucionales, desarrolla y expande el derecho constitucional;

### XIII. FINES DE LA NORMA

65°. Que como ya se señaló con antelación, la norma cuestionada evita la integración vertical de un área de negocios y el legislador con su dictación ha evitado que los intereses comerciales de los profesionales del mundo oftalmológico se vinculen con los de las empresas o establecimientos ópticos, para producir una posible distorsión sobre el mercado natural en relación a la salud oftalmológica de la población;

66°. Que la historia fidedigna de la Ley N° 20.724 se encarga de recordar el núcleo del problema. En el Informe de enero de 2014, de la Comisión Mixta, se señaló que en segundo trámite constitucional, la Cámara de Diputados suprimió la oración final del inciso segundo; en dicha oportunidad, el Senador señor Chahuán recordó “que la situación que procura resolver la oración en discusión ha sido ampliamente debatida durante la tramitación de la iniciativa de ley, y la posición que primó finalmente es contraria a la posibilidad de generar negocios en los establecimientos de óptica mediante el emplazamiento de consultas médicas o de tecnólogos médicos”. En razón de ello, propuso rechazar la supresión de la oración final del inciso segundo, del artículo 126, efectuado por la Cámara de Diputados en el segundo trámite constitucional y conservar la redacción del Senado.

En esa discusión, también intervino quien fuera el promotor de la iniciativa, quien recordó la modificación legal realizada hace algunos años que, por un lado, eliminó la autorización sanitaria para el trabajo de los optómetras y, por otro, permitió a los tecnólogos médicos que contasen con formación en oftalmología recetar ciertos medicamentos tópicos e involucrarse en la indicación de lentes destinados a corregir vicios de refracción. Al efecto, agregó que otro tema es que en el mismo establecimiento en que se expenden lentes se emplace la consulta de quien los receta, originándose un incentivo perverso para que muchas de las prescripciones estén más vinculadas a los intereses de la óptica que a los de los pacientes. Por la misma razón, no es posible que en farmacias se instalen consultas médicas.

Por su parte, el Ejecutivo expresó que en la discusión producida en la Comisión investigadora sobre las listas de espera AUGE, algunos parlamentarios se refirieron al monopolio de los oftalmólogos, que impedían el acceso a prescripciones y lentes, lo que llevaba a que la lista de espera en oftalmología fuera la de mayor tamaño. Agregó, que la experiencia internacional señala en forma clara que la instalación de consultas médicas o de tecnólogos en una óptica se convierte en un instrumento para incentivar la demanda en ese establecimiento, prescribiéndose lentes que muchas veces no son un real beneficio sanitario para los pacientes. Es decir, autorizar dicha cohabitación, resultaría fomentar un potencial conflicto de intereses;

67°. Que en esta misma dirección, la Corte Suprema ha dicho sobre la prohibición: “...el artículo 126 del Código Sanitario, permite que los establecimientos de óptica que abran locales destinados a la recepción y al despacho de recetas emitidas por profesionales relativas a lentes, bajo la responsabilidad técnica de la óptica pertinente y, en lo que resulta relevante, establece que ninguno de estos establecimientos estará permitida la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos. Esta normativa tiene claramente un fin preventivo relacionado con los conflictos de intereses que se pueden producir en un ámbito tan delicado como es la salud, puesto que resulta evidente que el interés que tiene el establecimiento óptico por vender sus productos, no puede estar relacionado con la prescripción de aquellos por parte de los profesionales que se encuentren relacionados con aquél” (Corte Suprema, citado a fojas 177, expediente Rol N°3628-2017, del Tribunal Constitucional);

Por su parte, la Contraloría General de la República, al respecto, señaló: “...como se puede observar de la normativa notada, al establecer la prohibición del artículo 126 del Código Sanitario, el

legislador ha querido evitar que los intereses comerciales de profesionales relacionados con el área oftalmológica se vinculen con los de las ópticas, situación que podría acontecer si se aceptara que tanto aquellas como las consultas oftalmológicas se instalaran en el mismo establecimiento. En efecto, se persigue que las actividades de que se trata se desarrollen con independencia una de otra, lo que se cumpliría si los lugares en los cuales se realizan están interconectados entre sí...” (Dictamen N° 35686, de 13 de mayo de 2016);

#### XIV. LAS LEYES DEBEN SER ENTENDIDAS COMO PARTES DEL UNIVERSO MORAL MÁS QUE COMO NUEVAS REGLAS CONTINGENTES

68°. Que Ronald Dworkin en su obra “Talking rights seriously” (publicada en español por Ed. Ariel) propuso una alternativa al positivismo jurídico de H.L. Hart, el gran defensor en Oxford del positivismo jurídico, para el cual el derecho es un sistema de normas formales que no requiere de recurso alguno a la moralidad. Dworkin, en cambio, posiciona su teoría jurídica en los derechos humanos, dado que la cuestión de que se trata afecta a derechos personales o políticos fundamentales;

69°. Que en uno de sus últimos artículos, en el New York Review of Books, en el año 2010, señaló que el derecho, y, sobre todo, su administración, era una rama de la moral; la dignidad del hombre está en el centro del sistema moral afirmó;

70°. Que la clave era el posicionamiento no de una teoría o de un teórico que sobrevuela la realidad, sino de un abogado ejerciente curtido en litigios concretos frente a jueces formados en el pragmatismo, de modo que los principios demócratas liberales primarían por su sello moral en el campo jurídico;

71°. Que de esta manera en el dilema constitucional traído a colación por la inconstitucionalidad de un precepto de incidencia relevante sobre la salud pública en términos que el debate fluye en un escenario donde la salud ocular está en juego, debe necesariamente ponderarse por un lado en la utilidad de ópticas y otros negocios y que la vigencia de una Política de Salud Pública reconocida en el Código Sanitario logre un diagnóstico donde prime la ciencia, y donde un riesgo sustantivo de sobre indicación sólo con fines comerciales pueda expandirse y sobredimensionarse: ese es el problema moral que debe establecerse en el dilema de autos sobre inconstitucionalidad del artículo 126, inciso segundo, parte final del Código Sanitario;

#### XV. CONFLICTO DE INTERESES DE SALUD

72°. Que, la salud es un derecho fundamental del individuo (artículo 19, N°9, constitucional). Toda violación de un derecho fundamental es un daño injusto. Todo daño debe ser resarcido (artículos 2314 y 2329 del Código Civil), por tanto, los daños de salud deben ser resarcidos;

73°. Que los conflictos de intereses entre, por una parte, el derecho constitucional que garantiza la ejecución de las acciones de salud como deber preferente del Estado, y por otra parte, el ejercicio invocado en los requerimientos anteriores de inaplicabilidad roles Nos. 3519-17-INA y 3628-17-INA, en cuanto, existiría una afectación presunta a la libertad de trabajo prevista en el artículo 19, N°16, inciso 1° de la Carta Fundamental y al derecho de desarrollar actividades económicas, consagrado en el artículo 19, N°21, inciso primero, es un falso dilema, tomando en consideración que el sistema consagrado en el Código Sanitario es un diseño legislativo en el cual realiza una variopinta distinción para el ejercicio al derecho de la salud, al fijar prohibiciones tanto para el ejercicio de las profesiones de la salud como el tener intereses comerciales en actividades de comercio ligadas a su actividad del área médica (artículo 120), como asimismo, aquellas prohibiciones dispuestas en los artículos 114, 126 y 129 – D del Código Sanitario, todo en virtud de la facultad establecida en el artículo 63, N°3 de la Constitución que otorga la potestad del diseño legislativo de la política de salud al Congreso Nacional;

#### XVI. LEGITIMIDAD DE LA NORMA

74°. Que, teniendo en consideración que los derechos fundamentales no son absolutos, ya sea porque la expresión de voluntad de una persona por la que abandona un derecho de su titularidad, o, en otros términos, la dejación de un derecho que se tiene o de una situación jurídica en la que está, puede implicar la renuncia de derechos.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la renuncia como “la dimisión o dejación voluntaria de algo que se posee, o del derecho a ello”; y el verbo renunciar como “hacer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de algo que se tiene, o que se puede (Philippe Frumer y otros, VV, “La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas”, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013, Madrid-España, pp. 95 y 96). “Que en este contexto los derechos fundamentales son poderes subjetivos atribuidos por la Constitución a las personas, cuya titularidad en ningún caso está a su disposición”. Por ejemplo, en materia de “pactos transaccionales en el contrato de trabajo o con el Estado, según los cuales una condición de la relación laboral estriba en la renuncia del trabajador a ciertos derechos o a realizar determinada actividad encuadrable en una libertad constitucional (pactos de confidencialidad, la sujeción al ideario de la empresa, el control de su correo electrónico o la vigilancia de su puesto físico de trabajo, o la renuncia al ejercicio de acciones judiciales

en ciertas circunstancias). Todos estos supuestos nos permitirán distinguir entre lo que no es más que un ejercicio del derecho fundamental enfundado en una aparente “renuncia”, y lo que en efecto puede considerarse técnicamente como tal”. (Philippe Frumer y otros, op.cit., pp. 94-95);

75°. Que, tal como se ha señalado el renunciar a la asistencia letrada en un proceso penal o a ejercitar las acciones judiciales dirigidas a su protección (no reaccionar jurisdiccionalmente) frente a una entrada y registro domiciliado no consentido y sin autorización previa de naturaleza judicial, en los que, en rigor, no se ejercita el derecho disponiendo de la propia conducta de su titular, sino del contenido mismo del derecho. Además, la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales como en los contratos de trabajo en los que se pacta una renuncia al ejercicio del derecho de huelga o a la sindicalización, emerge técnicamente una suerte de limitación del derecho fundamental y habrá que analizarse si tanto la titularidad y/o su ejercicio, o si esa renuncia constituye un límite impuesto al titular del derecho fundamental por un tercero, público o privado, o se trata de una autolimitación que se impone el propio titular del derecho (ver al efecto Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de mayo de 1998 sentencia Caso Kurt; 23 de septiembre de 1998, Caso Petra y 12 de abril de 2007, Caso Ivanova).

Que en la Teoría General de los Derechos Fundamentales, que son estas últimas concreciones de la libertad general que resultan de la vinculación negativa de los individuos al ordenamiento jurídico, pudiendo el poder público establecer regulaciones, de manera que la estricta interpretación que debe darse a la regla que regula los supuestos y sujetos competentes para, dado el caso, poder introducir poder público a pesar de la prohibición constitucional, para limitar el derecho fundamental.

“Las limitaciones a un derecho fundamental son habilitaciones de poder público que permiten, en el primer caso, prohibir una de las posibles conductas objeto del derecho fundamental, o autorizar el uso de poder público donde la norma iusfundamental lo había prohibido” (Philippe Frumer y otros, op.cit., p. 102);

76°. Que la implicancia sobre el objeto mismo del derecho fundamental a disponer de él, hacerlo “renunciable” en la medida que su titular está constitucionalmente legitimado para ejercerlo actuando o no, haciendo valer la prohibición de poder público o no, sirviéndose del bien o servicio que se le presta o empleando la organización o el procedimiento que el ordenamiento jurídico pone a su disposición por mandato constitucional. En rigor, esos actos de disposición sobre el derecho fundamental no son actos de renuncia, sino expresión del poder que sobre su objeto atribuye el derecho fundamental a su titular. No debemos olvidar que los derechos fundamentales son normas que atribuyen poder jurídicos subjetivos a las personas; pero son normas constitucionales, al fin y al cabo, que regulan poderes jurídicos cuyo título adquisitivo resulta ser ex constitutione. A veces, se pierde de vista esta condición de norma del ordenamiento jurídico y su dimensión objetiva, de manera que su factura técnica no es solo de poderes jurídicos subjetivos cuya adquisición se produce con ocasión de la concurrencia de circunstancias jurídicas o no, que están previstas en el ordenamiento jurídico.

La “legitimidad está en la habilitación constitucional para que el legislador regule los límites a los derechos fundamentales, lo que puede alcanzar a invalidar ciertas disposiciones de la conducta individual o renunciadas a los derechos cuya gravedad y desproporción vulneren la dimensión objetiva del derecho en presencia como expresión del orden público constitucional que a todos sujeta, incluidos los propios ciudadanos en su disfrute de los derechos fundamentales. Aquí la cuestión no consiste en argumentar la prohibición o sanción del suicidio o del espectáculo del enano porque los ciudadanos no pueden renunciar a sus derechos a la vida y a su integridad física y moral; sino porque una ley orgánica permite en ciertos casos invalidar las renunciadas y disposiciones del ejercicio de ciertos derechos fundamentales porque son un atentado desproporcionado y gravemente lesivo para los propios titulares de los derechos y los principios constitucionales que informan el ordenamiento jurídico.” (Philippe Frumer y otros, op.cit., pp.134 – 135);

## XVII. CONCLUSIONES PARCIALES

77°. Que la historia fidedigna de la ley se encarga de establecer que la regulación de la norma del artículo 126, inciso 2°, del Código Sanitario corresponde a criterios de política legislativa que competen única y exclusivamente a los órganos colegisladores;

78°. Que el decretar el proceso de inconstitucionalidad de autos implicará una disminución de los estándares de fiscalización en materia de salud pública, afectando de esta manera criterios ya establecidos sobre la negligencia médica que pudieren afectar dicha área;

79°. Que en el ámbito de la exposición a la población a riesgos sanitarios reales y concretos en materia de salud ocular de carácter público, no existen mecanismos de resguardos o mitigación ante un mal diagnóstico practicado al margen de la red de salud reconocida por la autoridad sanitaria, sobre todo en riesgos como las patologías de alta prevalencia, el glaucoma y la retinopatía diabética, las cuales al no ser detectadas oportunamente generan un daño irreparable;

80°. Que los riesgos sanitarios reales y concretos no son resguardados, ni tampoco previstos, por lo tanto no existe justificación sanitaria para la derogación de la norma cuestionada;

81°. Que el funcionamiento que se produciría en los establecimientos ópticos de optometristas que presten atención oftalmológica en el mismo local no cumple con el estándar establecido por la

Organización Mundial de la Salud, tal como consta en el documento de dicha institución denominado “Salud Ocular Universal”, que define los “Centros de Salud”, cuya naturaleza e integración requiere de estándares superiores de eficiencia y eficacia;

82°. Que resulta impropio la invocación de discriminación arbitraria derivado de la igualdad ante la ley y falta de proporcionalidad, tomando en consideración que situaciones fácticas homologables, permitirían que profesiones del área médica tuvieran el mismo tipo de problemas, tales como la relación en cuanto a su cometido entre matronas y enfermeras, entre psiquiatras y psicólogos, etc.. En dicha hipótesis, se produciría, igualmente, vulneración a lo establecido en los motivos trigesimonoveno, cuadragésimo, cuadragésimoprimer y cuadragésimosegundo de esta sentencia;

83°. Que no resulta posible invocar sólo conceptos clásicos de la igualdad ante la ley en estos autos, ni tampoco por esta vía suplirse al legislador, ya que en el fondo se está regulando por el mecanismo de la inconstitucionalidad una actividad económica, lo que no corresponde al desarrollo de la ciencia ni menos al progreso de la atención médica oftalmológica;

84°. Que tampoco puede aducirse un derecho a acceso a la salud afectado, dado que con la profesión muy legítima de “óptometra” se soluciona la salud ocular a nivel nacional;

85°. Que existe un error de hecho en las sentencias de inaplicabilidad que sirven de antecedentes a este proceso de inconstitucionalidad, al sustentar la aseveración de que la justificación de la norma legal en estudio nace o fluye de la historia fidedigna de la ley. Que tal afirmación ha sido desvirtuada por esta disidencia, donde se resumió el extenso debate sobre el artículo 126 del Código Sanitario, como asimismo sobre los artículos 113 bis y 120, dado que ello puede encontrarse tanto en la historia de la ley N°20.724, como en la ley N°20.470;

86°. Que no existe discriminación arbitraria, tomando en cuenta que no hay un nivel de comparación con otro grupo que quede en mejor posición y pueda extraer de ella una discriminación por agravio o trato desmejorado. Es así, que tales profesionales no son “discriminados” con relación a ningún grupo equivalente que permita concluir que los médicos o tecnólogos médicos quedan en una posición desmejorada. Es tanto, que la falta de homogeneidad y carencia de términos de comparación, que los precedentes: Rol N°3519-17, el supuesto fáctico es de un caso de un óptometra y la sentencia Rol N°3628-17, el solicitante es un establecimiento de giro de óptica, el cual invoca la discriminación; alegando en el primer caso el ejercicio de la profesión de la persona dentro y fuera del establecimiento de óptica y, en el segundo caso, se vincula a que el establecimiento de óptica no puede funcionar dentro de un centro de salud;

87°. Que la derogación de la norma en cuestión alterará el diseño legislativo sanitario que separa el ejercicio de las profesiones del área médica y los intereses comerciales. La derogación conlleva como resultado que los establecimientos de óptica se constituirán en “establecimiento de salud”, materia que corresponde exclusivamente al legislador. Igualmente, la existencia de establecimiento de salud ocular carente de regulaciones legales mínimas resultan insuficientes para su funcionamiento, ya que tal como sucede en relación a la regulación de los establecimientos farmacéuticos, es la ley la que fija una serie de reglamentaciones que indican el marco y el entorno del funcionamiento de los establecimientos de salud. Por último, la fiscalización sanitaria respecto de las normas que regulan los establecimientos sanitarios como el ejercicio legal de las profesiones del área de la salud, se tornará difícilmente realizable en la práctica;

## XVIII. CONCLUSIÓN GENERAL

88°. Que en mérito de lo expresado y lo razonado precedentemente por esta disidencia no cabe más que rechazar la inconstitucionalidad de oficio ejercida con respecto a la norma contenida en el artículo 126, inciso segundo, parte final, del Código Sanitario.

Redactaron la sentencia las señoras y los señores Ministros que la suscriben. La disidencia fue redactada por el Ministro señor Nelson Pozo Silva.

Comuníquese, notifíquese, publíquese, regístrese y archívese.  
Rol N° 6597-19-INC

Sra. Brahm.- Sr. Aróstica.- Sr. García.- Sr. Hernández.- Sr. Romero.- Sr. Letelier.- Sr. Pozo.- Sr. Vásquez.- Sra. Silva.- Sr. Fernández.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y por sus Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, y señor Miguel Ángel Fernández González.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.