

ACTUALIDAD JURIDICA



Año II

N° 4

Julio 2001

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Constitución de 1980

Hija de su tiempo

Senadores Institucionales

Persona Humana, Autonomía Privada
y Orden Público Económico

Seguridad Social

Igualdad Jurídica



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

ACTUALIDAD JURIDICA



La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año II, N° 4 - Julio 2001



Universidad del Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

Consejo Editorial

Gonzalo Rioseco M. *Presidente*

Jaime Williams B.

Angela Cattán A.

Cecily Halpern M.

Mario Rojas S.

Bruno Caprile B.

Hugo Fábrega V. *Secretario*

Director

Pablo Rodríguez G.

Editor

Rafael Cruz F.

Representante Legal

Ernesto Silva B.

ISSN N° 0717-5914 - Santiago de Chile

Ediciones Universidad del Desarrollo

La Revista **ACTUALIDAD JURIDICA** es una publicación semestral
de las Facultades de Derecho (Santiago y Concepción) de
Universidad del Desarrollo

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan
necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.

Impresión: OGRAMA S.A.

Indice de Contenidos

Tema central: 20 años de vigencia de la Constitución de 1980

- Estudios pendientes (*Presentación*) P. Rodríguez G. 7
- La Constitución de 1980, hija de su tiempo. P. Rodríguez G. 11
- La dignidad de la persona humana
en la Constitución Política de 1980. J. Williams B. 31
- La figura de los senadores institucionales
en la Constitución chilena de 1980. J. Díaz N., E. Andrades R. 57
- Persona humana, autonomía privada y orden público económico. E. Alcalde R. 77
- La seguridad social en la Constitución Política chilena. H. Humeres N. 107
- El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980. L. Bulnes A. ... 131
- Comentarios acerca del origen y competencia
de los tribunales electorales regionales. C. Maturana T. 149
- Evolución (o involución) de la Constitución Política de la República a 20 años
de su promulgación. Notas sobre las reformas a la Carta del 80. E. Andrades R. 173
- Los supuestos derechos animales y medioambientales
ante la Constitución de 1980: una contradicción vital. J. Alvear T. 189
- ¿Iguualdad jurídica en Chile? M. Rojas S. 199

Actualización en Derecho I:

La Constitución Política de 1980 a 20 años de su vigencia

- Bases de la institucionalidad chilena. C. Cruz-Coke O. 211
- Forma de gobierno en la Constitución de 1980. L. Bulnes A. 223
- Garantes de la institucionalidad. H. Pérez de Arce I. 233
- La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después. J. L. Cea E. 241

Actualización en Derecho II:

Las normas laborales a la luz de la moral cristiana

- Rol del empresario en las encíclicas sociales. R. Claro V. 257
- Impacto de las encíclicas sociales
en la legislación social chilena. W. Thayer A. 261
- Rol del Estado como garante de los derechos
fundamentales del hombre en el trabajo. R. Cortázar S. 271

Ensayos y Estudios

- Aspectos jurídicos y políticos de la relación
entre desarrollo sustentable y actividad minera. R. F. Campusano 277
- Las cláusulas abusivas en el derecho de consumo
y el crédito al consumo. E. Tapia E. 299
- Breve aproximación a los sistemas electorales. J. Díaz N. 317
- A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves,
contra ellas o con ellas: estado de la cuestión. E. Pérez de Francisco 351
- Informe en derecho. I. Aróstica M., R. Mendoza Z. 379
- Las cesiones gratuitas de terrenos
en la normativa urbanística chilena. P. Figueroa V. 393

Análisis Jurisprudencial

- Retamal Parra con N. P. H. Inversiones. C. Halpern M. 405
- Tribunal Constitucional y restricción vehicular. C. Muñoz E. 423
- Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre
sobreseimiento del senador A. Pinochet. E. Pfeffer U. 429

Actividades de las Facultades

- Facultad de Derecho, sede Santiago 441
- Facultad de Derecho, sede Concepción 455

Libros. Resúmenes y Recensiones

- *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino
a la codificación*, de J. Barrientos – E. Andrades R. 473
- Índice *Ius Publicum* N° 5/2000 476
- Índice *Ius Publicum* N° 6/2001 477



Tema central

**20 años de vigencia
de la Constitución
de 1980**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Estudios pendientes (Presentación)

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Del análisis de los primeros 20 años de vigencia de la actual Constitución, se desprende la existencia, cada vez menos difusa, de tendencias peligrosas para la estabilidad institucional. Existen sectores contrarios a su espíritu y a los fundamentos filosóficos en que ella se sustenta, pero no se advierte una corriente seria capaz de plantear una opción sustitutiva. Los detractores de la Constitución de 1980, al parecer, aspiran a restaurar los lineamientos centrales de la Constitución de 1925, la misma que colapsó estrepitosamente a comienzo de los años setenta y que fue, muy probablemente, una de las causas de la fractura institucional con que culminó el Gobierno de la Unidad Popular.

No se ha estudiado suficientemente en qué medida aquella Constitución hizo posible que un gobierno minoritario arrastrara al país a una crisis tan profunda, mediante mecanismos aparentemente ajustados a la juridicidad, que se caracterizaron como "resquicios legales". Al amparo de la Constitución de 1925 ocurrieron hechos de enorme gravedad, como la intervención estatal de industrias y centros financieros, la usurpación de predios agrícolas y centros productivos, el manejo de la economía con el fin de agudizar la lucha de clases y destruir a la burguesía (como entonces se pregonaba), los conflictos con el Poder Judicial a propósito de la resistencia del Ejecutivo para hacer cumplir los fallos, los enfrentamientos con el Congreso como consecuencia de una reforma constitucional parcialmente promulgada, la convocatoria de los máximos representantes de las Fuerzas Armadas y de Orden a tareas de índole política, etc. ¿En qué medida estos hechos pudieron haberse evitado o corregido con otra Constitución más realista y efectiva?

Nadie puede ignorar que el origen de esta crisis fue la anacrónica solución que la Constitución de 1925 daba a la elección presidencial cuando ninguno de los candidatos alcanzaba la mayoría absoluta. En este caso era el Congreso Pleno el llamado a elegir entre las dos primeras mayorías relativas. Esta facultad fue objetada porque, se decía, desconocía la voluntad

popular expresada en las urnas. Tan precario era el ordenamiento constitucional que, para la elección de Salvador Allende en 1970, fue necesario convenir en un "estatuto de garantías constitucionales", el mismo que, posteriormente, el mandatario calificó como mera "exigencia estratégica" para asumir el poder y que, por cierto, quedó incumplido.

La cuestión esencial, a juicio nuestro, es establecer si el sistema institucional requiere o no requiere de resguardos. En otras palabras, si la Constitución es un instrumento sólo programático o debe ella contemplar instrumentos y recursos para evitar que sus disposiciones se burlen o se desvíen sus fines. Se ha hablado, por quienes aspiran restaurar la institucionalidad del pasado, de "enclaves autoritarios", con el ánimo de descalificar los medios establecidos para asegurar la recta aplicación de la Carta Magna. Especialmente estas críticas apuntan al Consejo de Seguridad Nacional, a la composición del Tribunal Constitucional y del Senado, a la inamovilidad relativa de los Comandantes en Jefe y el mecanismo establecido para su designación, y a las mayorías necesarias para aprobar reformas constitucionales. Todas estas materias fueron introducidas al texto de la Carta Política como consecuencia de las experiencias vividas durante el período comprendido entre 1970 y 1973. Por lo mismo, eliminarlas implica renunciar en el futuro inmediato a atajar, con un instrumental netamente jurídico, nuevas tentativas encaminadas a la destrucción de la institucionalidad vigente. Es cierto que los peligros que en este sentido enfrentó el país durante el período de la llamada "guerra fría" no pueden compararse a los que puede sufrir en la actualidad. Sin embargo, el sistema constitucional debe estar siempre atento a objeto de prevenir cualquier acto que pueda alterar la convivencia cívica. Desde esta perspectiva es preocupante lo que sucede en este momento. La apatía en el campo constitucional suele pagarse muy cara.

Chile, al igual varios otros países de este Continente, vivió un período de grandes convulsiones políticas y sociales. No puede ignorarse que en la década del sesenta, particularmente, muchas naciones fueron víctimas de movimientos subversivos que eran alentados e inspirados desde el exterior. Entonces el mundo oscilaba entre dos grandes focos de influencia que, de una u otra forma, gravitaban constantemente en todas las actividades nacionales. La confrontación entre estas dos ideologías arrastró a todos los países del llamado "tercer mundo", causando heridas que hasta este momento permanecen abiertas. No es exagerado sostener que a causa de este fenómeno los sistemas jurídicos experimentaron cambios y transformaciones sustanciales que no han sido, aún, estudiados con profundidad y en función de los factores materiales que los inspiraron. Esta falencia puede tener consecuencias muy negativas hacia el futuro.

Mucho se ha escrito sobre la evolución política y económica que desencadenó el Gobierno Militar durante dieciséis años y medio, entre septiembre de 1973 y marzo de 1990. Pero muy poco se ha reflexionado e investigado sobre las transformaciones jurídicas habidas en este período y, por qué no decirlo, acerca de las insuficiencias de las mismas, si se las compara con lo ocurrido en el modelo económico y el sistema administrativo. Los hombres de derecho, como ya es tradicional, están en deuda con la sociedad en este aspecto.

En este número de nuestra revista "Actualidad Jurídica" hemos concentrado varios estudios sobre la Constitución de 1980, sin la pretensión, por cierto, de suplir las deficiencias manifestadas, pero con el objeto de llamar la atención sobre ellas. Abrigamos la esperanza de que este vacío sea llenado con el esfuerzo de todos los recursos académicos de que dispone nuestro país.

La Constitución de 1980, hija de su tiempo

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. El marco histórico

Toda Constitución, como es obvio, obedece a una realidad política determinada. Pero tratándose de la Constitución de 1980 esto es tan claro y evidente que resulta imposible desentrañar su intención y sus alcances sin recurrir a los antecedentes históricos que determinan su promulgación.

Chile vivió a comienzos de la década del setenta una crisis muy profunda que había comenzando a evidenciarse a lo menos diez años antes. Dos hechos concurren en la producción de esta atmósfera, que fue recargándose progresivamente de odios, pasiones, resentimientos y animadversiones: el primer gobierno de la Democracia Cristiana, que bajo la consigna de la "revolución en libertad" creyó posible disputar al marxismo la agitación y el descontento político; y la "revolución cubana", que, a partir de 1962, se constituyó en un foco comunista en este Continente. Hacia 1964 la Democracia Cristiana se había transformado en el gran competidor de Fidel Castro y se planteaba como la única alternativa posible frente a la lucha subversiva. Al cabo de seis años se habían debilitado gradualmente el sector agrícola, como consecuencia de la reforma agraria; la vida universitaria, por obra de los movimientos reformistas al interior de los planteles de enseñanza superior; la Iglesia, hondamente agitada por la "teología de la liberación" y el movimiento "cristianos por el socialismo"; el Ejército y los Tribunales de Justicia, por el descontento respecto de su desmedrada situación económica y profesional (movimiento conocido como el "Tacnazo" y primera huelga judicial en la historia de Chile). No es difícil comprender que este proceso conducía irremediablemente a un quiebre institucional, puesto que se había destruido la columna vertebral de nuestro país.

Sin embargo, justo es reconocerlo, fue la "revolución cubana" la que envenenó la convivencia política y la que impulsó a la izquierda chilena, hasta entonces parlamentaria y democrática, a optar por la vía violenta, convocando al enfrentamiento armado como fórmula infalible para la conquista del poder. Líderes políticos, tradicionalmente moderados y tolerantes, se convirtieron en rabiosos agentes de la revolución marxista. América

Latina fue convulsionada de uno a otro extremo, con la complacencia de los partidos y movimientos marxistas y la complicidad de aquellos otros para los cuales "peor que el comunismo es el anticomunismo". Eran estos últimos los que quisieron hacernos creer que la "democracia salva a la democracia", en circunstancias de que todo el sistema se desplomaba, víctima de la peor crisis política, moral, económica, social, institucional y de convivencia que recuerde nuestra historia. En este marco sobreviene el 11 de septiembre de 1973, surgiendo un régimen que se fundó en la necesidad de reconstruir una nación despedazada y que contó con un respaldo cívico inmensamente mayoritario, dispuesto a asumir sacrificios y privaciones a cambio de restaurar una sana convivencia.

No es exagerado decir que la Constitución de 1980 nace de las cenizas de una experiencia política muy dolorosa que nos precipitó en el caos y el enfrentamiento. El orden institucional vigente hasta septiembre de 1973 colapsó por obra de esta insoslayable realidad. Sería erróneo asignar culpas. Lo cierto e históricamente indesmentible es que la destrucción institucional que nos afectó exigía la construcción de otro sistema y que ello comienza con el establecimiento de una comisión encargada de preparar una nueva Constitución.

Esta nueva Carta debía fundarse en una concepción humanista que pusiera al hombre por sobre el Estado; amparara la familia; reforzara los derechos que emanan de la naturaleza humana; protegiera los cuerpos sociales intermedios; limitara la actividad productiva del Estado e impusiera a los particulares el deber de abordar las tareas económicas; excluyera el terrorismo; sancionara los excesos partitocráticos; consultara como garantes de la institucionalidad a las Fuerzas Armadas y de Orden, encauzando de este modo su participación en la vida de la sociedad; fortaleciera los poderes del Jefe del Estado y la independencia de los tribunales de justicia; reformara el sistema de control de la juridicidad, etc.

Este era el horizonte en que debía proyectarse la nueva Carta Magna, valores todos que eran entonces mayoritariamente compartidos por la ciudadanía y que, a mi juicio, siguen siendo preferidos por esa mayoría.

En medida importante, la inspiración de la nueva Constitución nace de la convicción generalizada de que era necesario evitar que el país volviera a transitar hacia una crisis tan profunda, y que neutralizar este peligro dependía de las correcciones institucionales que se proponían.

II. La concepción humanista

La Constitución de 1980 no es ideológicamente neutra. Ella está fundada en el principio fundamental de que el hombre tiene derechos anteriores al Estado, que este último debe reconocer y proteger.

El artículo 1° inciso 4° expresa: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*. Queda, de esta manera, claramente definido el fin último del Estado y su subordinación ideológica al destino de la persona humana. El inciso siguiente pone acento en la misión integradora del Estado, al encomendarle, entre otras cosas, *“promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*. No es difícil descubrir en estas declaraciones una repulsa definitiva al Estado marxista, expresión de la lucha de clases, cuya misión primordial consiste en destruir a la burguesía en función de los intereses del proletariado mundial.

El artículo 5° inciso 2° (texto original) dice: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*. Por su parte, el artículo 19 asegura a todas las personas, con el carácter de garantía constitucional, 26 derechos que cubren, por así decirlo, una amplia gama que abarca los bienes y las actividades más importantes en la vida social.

A lo anterior hay que agregar la consagración constitucional del recurso de amparo (para proteger la libertad individual) y del recurso de protección (para la protección de la mayoría de los 26 numerales del artículo 19). Ambos recursos pueden deducirse en contra de una *“privación, perturbación o amenaza”* del derecho, permitiendo, de este modo, prevenir atentados en ciernes (artículos 20 y 21 de la Constitución). Es oportuno decir que estos recursos han permitido una defensa efectiva de las garantías constitucionales, las que desprovistas de medios idóneos para reclamarlas no pasan de ser declaraciones líricas sin contenido real, como, por desgracia, ocurría en el pasado. En el día de hoy, gracias a estos recursos (verdaderas acciones constitucionales) la Carta Magna ha permeado todo el sistema legal chileno, abriendo camino a una aplicación efectiva de sus preceptos.

A lo señalado debemos agregar, aun, que el mandato del Constituyente hace especial referencia a la *“familia”*, que califica, en el artículo 1° inciso

2º, como "*núcleo fundamental de la sociedad*". La misma norma, más adelante, en el inciso quinto, dispone que es "*deber del Estado dar protección a la familia, (y) promover el fortalecimiento de ésta*".

La concepción humanista que destacamos es una clara respuesta a la concepción marxista leninista en que se inspiraba el Gobierno de la Unidad Popular y en que se sustenta, hasta el día de hoy, el régimen castro-comunista, fuente inspiradora de aquél. En consecuencia, la circunstancia de que se ponga tanto énfasis en estas definiciones no puede ser sino una reacción frente a la experiencia histórica que vivió Chile los primeros años de la década del setenta.

III. Condena al terrorismo

El terrorismo ha sido la herramienta política predilecta de los movimientos marxistas a través del mundo. La infiltración terrorista en las democracias occidentales ha debilitado seriamente su estabilidad. Este fenómeno se ha visto agravado por la acción de ciertos gobiernos que, sin escrúpulos, han estimulado estas conductas, apoyando abiertamente movimientos de esta índole (recuérdese la introducción, al promediar la década de los ochenta, de casi cien toneladas de armamento pesado en Carrizal Bajo, en el norte de Chile, procedente de Cuba y destinadas a movimientos terroristas).

Esta lacra fue objeto de una norma especial en la Constitución de 1980, hoy día derogada por Ley N° 18.825, de 17 de agosto de 1989. Aquella disposición establecía que "*Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundado en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República*". De más está decir a qué grupos o movimientos podía referirse esta norma. Agregaba el mandato constitucional que "*Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales*". Acto seguido, se encomendaba al Tribunal Constitucional conocer de estas infracciones y se excluía de la vida política, de los cargos y funciones públicas y otras actividades relevantes, por el término de diez años, a las personas que hubieren incurrido en estas contravenciones.

Las reformas constitucionales a que dio lugar el acuerdo entre el Gobierno Militar y la oposición, en 1989, a propósito de la transición hacia la plena democracia, eliminó esta norma, la cual, al parecer, se estimó "poco democrática", como si este régimen político, para tener el carácter de tal, tuviera que tolerar y permitir el terrorismo.

El artículo 9° de la Carta Política disponía en su último inciso lo siguiente: *“No procederá respecto de estos delitos la amnistía ni el indulto, como tampoco la libertad provisional respecto de los procesados por ellos. Estos delitos serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales”*. Siempre con el propósito de atenuar este mandato, por Ley N° 19.055, de 1 de abril de 1991, se modificó el texto transcrito en el sentido de que: *“Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”*. De lo anterior se infiere que, a partir de esta reforma, pueden los delitos terroristas ser objeto de indultos generales y de amnistía conforme a las reglas generales.

Fueron estas normas otra clara manifestación del sustento ideológico de la Constitución de 1980. La exclusión del terrorismo y las drásticas sanciones que la acompañaban, dejaban al margen uno de los recursos más socorridos por los movimientos totalitarios, todos los cuales siguen perturbando hasta hoy la paz en el mundo. Con todo, esta tendencia se atenuó mediante las reformas constitucionales antes comentadas.

IV. Fortalecimiento del dominio

Característica bien definida de las nuevas tendencias constitucionales es el fortalecimiento del derecho de dominio, tan sensiblemente debilitado durante el Gobierno de la Unidad Popular.

El artículo 19 N° 24 de la Carta Política introduce sobre esta materia varias novedades importantes. El inciso primero establece que la Constitución asegura a todas las personas *“El derecho de propiedad en sus diversas especies (hasta aquí la disposición reitera lo señalado en el artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925) sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”*. En consecuencia, el nuevo mandato extiende expresamente el dominio a los meros derechos (reales y personales), sobre los cuales, como dice el artículo 583 del Código Civil, *“hay también una especie de propiedad”*.

El inciso segundo de la misma norma agrega que *“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que se deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”*. Cabe recordar que la Constitución de 1925 no reservaba a la ley, en forma tan perentoria, la facultad de regular la adquisición, uso, goce y disposición del dominio. Asimismo, establecía que la función social de la

propiedad "comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado (la nueva disposición alude a los intereses generales de la Nación), la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes". Como si lo anterior no fuera suficiente, la reforma constitucional introducida por la Ley N° 17.450, de 16 de julio de 1971, durante la administración del Gobierno de la Unidad Popular, establecía: ***"Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá nacionalizar o reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país"***. La amplitud de estos preceptos confería un poder ilimitado a la autoridad política para terminar con el dominio privado de los recursos naturales, bienes de producción u "otros", vale decir, todos aquellos que, a juicio de quienes gobernaban, tenían una importancia preeminente para la vida social, económica o cultural.

El artículo 19 N° 24 agrega que nadie puede ser privado, en caso alguno, de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. En este caso ***"El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado. La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley"***.

Esta norma difiere sustancialmente de la que regía en la Constitución de 1925. Entonces el expropiado tenía derecho a una indemnización ***"cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado"***. O sea, la indemnización no cubría necesariamente el daño patrimonial efectivamente causado, la indemnización no se pagaba de contado y la toma de posesión material estaba regulada en la ley. Tampoco se reconocía en forma expresa el derecho del particular para ocurrir a los tribunales reclamando sobre la legalidad del acto expropiatorio. A todo ello debe agregarse la situación

de los predios rústicos: *“Cuando se trate de la expropiación de los predios rústicos la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine”*. Finalmente, la Constitución establecía disposiciones especiales para los efectos de la nacionalización de actividades o empresas que la ley califique de Gran Minería. No puede dejarse de destacar, en este caso, que la Constitución autorizaba a deducir de la indemnización *“el todo o parte de las rentabilidades excesivas que hubieran obtenido las empresas nacionalizadas. La indemnización será pagada en dinero, a menos que el afectado acepte otra forma de pago, en un plazo no superior a treinta años y en las condiciones que la ley determine. El Estado podrá tomar posesión material de los bienes comprendidos en la nacionalización inmediatamente después que ésta entre en vigencia”*.

El solo análisis de estas normas lleva a la conclusión de que hasta septiembre de 1973 había un ánimo manifiesto de desproteger el derecho de dominio y que ello obedecía a la concepción ideológica predominante. El debilitamiento y extinción del dominio apunta en una dirección bien precisa: establecer un modelo económico socialista. Esta tendencia se fue imponiendo gradualmente en Chile desde 1964 (primer Gobierno Demócrata Cristiano), y se radicalizó a partir de la asunción al poder del Gobierno de la Unidad Popular. La Constitución de 1980 surge, entonces, como una respuesta precisamente opuesta a esta posición ideológica, lo cual explica la necesidad de fortalecer el derecho de dominio frente a los poderes públicos y brindarle una protección efectiva del más alto nivel.

V. Presidencialismo

La Constitución de 1980 acentúa significativamente las facultades presidenciales, dando un claro predominio al Poder Ejecutivo por sobre el Poder Legislativo y Judicial.

Son numerosas las disposiciones que demuestran esta tendencia. Desaparecen las atribuciones del Congreso Nacional para autorizar que el Presidente de la República se ausente del territorio nacional. El artículo 25 permite que el Jefe de Estado salga de Chile por menos de 30 días sin acuerdo del Senado. Hasta el 23 de enero de 1970, el Presidente no podía salir del territorio *“sin acuerdo del Congreso durante el tiempo de su gobierno”*. Con posterioridad a esa fecha podía hacerlo por menos de 15 días (Art. 43 N° 2 y 67 de la Constitución de 1925). Desaparece, asimismo, la facultad del Senado para aprobar los nombramientos de Embajadores y Ministros

Diplomáticos (art. 72 N° 5 inciso segundo de la Constitución de 1925). Asimismo, desaparece la facultad del Senado para aprobar las designaciones de coroneles, capitanes de navío y demás oficiales superiores del Ejército y Armada (art. 72 N° 7 del mismo cuerpo constitucional).

Las atribuciones del Presidente de la República se amplían considerablemente en materia legislativa. Sin perjuicio de las atribuciones que se le confieren en el proceso legislativo, conviene destacar las siguientes:

Se autoriza formalmente la delegación de facultades legislativas en el Presidente de la República, con las limitaciones dispuestas en el artículo 61. Recordemos que esta materia sólo se contempló en la Constitución de 1925 a partir del 4 de noviembre de 1970 en virtud de la Ley N° 17.284, de 23 de enero de 1970 (art. 44 N° 15).

Se autorizó al Presidente para disolver la Cámara de Diputados por una sola vez durante su período presidencial, sin que pudiera ejercer esta atribución en el último año del funcionamiento de su mandato (art. 32 N° 5). Posteriormente, esta facultad fue derogada por Ley N° 18.825, de 17 de agosto de 1989.

Se amplían considerablemente las atribuciones del Presidente en caso de decretarse "estado de asamblea", "estado de sitio", "estado de emergencia" y "estado de catástrofe" (art. 41). Esta norma fue modificada sucesivamente por las leyes N° 18.825, de 17 de agosto de 1989 y N° 19.158, de 31 de agosto de 1992.

Se le asigna la facultad de designar dos senadores institucionales: un rector de universidad estatal o reconocida por el Estado, y un ex ministro de Estado que haya ejercido el cargo más de dos años continuos en períodos presidenciales anteriores (artículo 45 letras e y f).

De lo mencionado puede desprenderse, entonces, que el texto original de la Constitución de 1980 acentuó el carácter presidencialista del régimen, pero posteriores modificaciones han tendido a atenuar esta tendencia.

La permanente confrontación que en el pasado existió entre el Congreso y el Presidente llevó a ampliar las facultades de este último por encima del primero. No puede olvidarse que, incluso, más de un Presidente se declaró "prisionero del Congreso" (Carlos Ibáñez del Campo en 1954). La Constitución de 1980 optó derechamente por fortalecer al Presidente, principalmente en aspectos legislativos, dándole, entre otras atribuciones, el manejo de las urgencias con que se tramitan las leyes y otros privilegios, a fin de evitar una confrontación que fue característica en nuestra historia política.

VI. Imperio de la ley

Son también muchas las innovaciones que introduce la Carta de 1980 en esta materia. Destacaremos las principales, aludiendo, en cada caso, a las circunstancias políticas que la justifican.

El artículo 60 establece que *"Sólo son materia de ley"*, seguido de 20 numerales. Esta disposición contrasta con lo previsto en el artículo 44 de la Constitución de 1925, que decía: *"Sólo en virtud de una ley se puede"*, seguido de 15 numerales. En otras palabras, el artículo 60 introduce el principio de reserva legal, no pudiendo el Congreso Nacional entrar a conocer de proyectos de ley que sobrepasen su limitado ámbito. Paralelamente, el Presidente es la única autoridad facultada para normar aquellas materias que no son propias de ley, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria. El artículo 32 de la Constitución de 1980 establece que: *"Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 8. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no son propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes"*. Estas disposiciones revisten la mayor importancia. Se trató de limitar la función del Congreso, obligándolo a legislar sobre cuestiones de trascendencia e impedirle incursionar en los actos propios de la Administración.

El artículo 62 restringe considerablemente la iniciativa legislativa de los parlamentarios. Esta norma es muchísimo más amplia que el antiguo artículo 45 de la Constitución de 1925, que reservaba al Presidente la iniciativa en varias materias, especialmente aquellas que incidían en el gasto público. En el mismo sentido debe citarse el artículo 64, relativo al proyecto de Ley de Presupuesto, que reglamenta detalladamente las facultades de los parlamentarios (no pueden aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; corresponde exclusivamente al Presidente la estimación del rendimiento de los recursos; no puede el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de los recursos necesarios para atender dicho gasto, etc.). No es difícil advertir que este proyecto de ley es el más sensible para los efectos del financiamiento del Estado.

Estas innovaciones recogen la experiencia vivida especialmente a partir de los años cincuenta, en que la iniciativa parlamentaria obstruía la tarea del Ejecutivo, mediante proyectos de ley que comprometían sus recursos y las políticas en ejecución. Fue necesario, entonces, ocuparse de restringir el ámbito en que los parlamentarios ejercían sus funciones.

Otra innovación trascendente de la Constitución de 1980, consagrada en el artículo 63, es la distinción entre leyes orgánicas constitucionales y que interpretan los preceptos constitucionales, para cuya aprobación, modificación o derogación requieren de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio; leyes de quórum calificado, para cuya aprobación, modificación o derogación requieren mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio; y leyes comunes, que se aprueban, modifican o derogan por simple mayoría (por quienes concurren a la sala al momento de votarse). Esta disposición fue posteriormente modificada por Ley N° 18.825, de 17 de agosto de 1989. En definitiva, los quórum quedaron como sigue: leyes que interpretan un precepto constitucional, tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio; leyes orgánicas constitucionales, cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio; leyes de quórum calificado, mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio; simples leyes, mayoría de los miembros presentes en cada Cámara. Habría que agregar, aún, que en lo relativo a la reforma constitucional se consagran dos quórum distintos. Ciertos capítulos de la Constitución requieren para su modificación dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio (capítulos I, III, VII, X, XI y XIV). Los demás, de sólo tres quintos de los miembros en ejercicio de cada cámara (artículo 116).

Esta reforma procura dar estabilidad al sistema legal, evitando que mayorías políticas ocasionales puedan alterar sus bases. Fue frecuente en el pasado que a la elección de un Gobierno sucediera el ánimo de alterar toda la organización del Estado. Esta aspiración fue, quizás, lo que desestabilizó en mayor medida al Gobierno de la Unidad Popular, el cual, no obstante ser de minoría, intentaba introducir otro modelo político, social y económico.

La innovación mencionada no implica dar mayor o menor jerarquía a las leyes. Todas ellas valen como tales. Pero aquellas que norman las instituciones más importantes, según prescripción constitucional, están amparadas por mayorías especiales, a fin de dotarlas de más estabilidad. De este modo, se neutraliza el peligro que representa el oportunismo político en que puede caer una mayoría ocasional.

El artículo 72 de la Constitución establece un plazo de 10 días corridos dentro del cual el Presidente debe promulgar el proyecto de ley, y de 5 días hábiles para los efectos de su publicación a contar de la fecha en que quede totalmente tramitado. Esta disposición tiene origen en graves disputas políticas que surgieron con ocasión de una ley de reforma constitucional durante el Gobierno de la Unidad Popular.

Una de las innovaciones más trascendentes de la Constitución de 1980 en materia legislativa está representada por la composición mixta del Senado. El artículo 45 dispone que éste estará compuesto, además de los miembros elegidos, por *“ex Presidentes de la República que hayan desempeñado el cargo durante seis años en forma continua”, “dos ex Ministros de la Corte Suprema elegidos por ésta”, “un ex Contralor General de la República, que haya desempeñado el cargo a lo menos por dos años continuos, elegido por la Corte Suprema”, “un ex Comandante en Jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea, y un ex General Director de Carabineros que hayan desempeñado el cargo a lo menos por dos años, elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional”, “un ex rector de universidad estatal o reconocida por el Estado que haya desempeñado el cargo por un período no inferior a dos años continuos, designado por el Presidente de la República”, “un ex Ministro de Estado, que haya ejercido el cargo por más de dos años continuos, en períodos presidenciales anteriores a aquel en el cual se realiza el nombramiento, designado también por el Presidente de la República”*. El objetivo de esta innovación es la necesidad de aprovechar, en las tareas legislativas, la experiencia y capacidad de aquellas personas que se han desempeñado en los más altos cargos de la administración superior del Estado. Un país como el nuestro, con una larga tradición intervencionista, no puede darse el lujo de desdeñar la participación de quienes se han destacado en las tareas más complejas y relevantes de la sociedad. Resulta, por lo mismo, errado sostener que se trata de senadores *“designados”*, que no cuentan con respaldo electoral o popular. El Senado es una cámara revisora, no estrictamente política, que se caracteriza por estar integrada por personas maduras y experimentadas (así, creemos nosotros, debería ocurrir). Por desgracia la participación política –y esto es una ley de hierro– es absorbente y acapara toda manifestación de poder.

VII. Poder judicial

No pueden desconocerse los graves roces que tuvo el Poder Judicial con el Ejecutivo durante los años 1970 a 1973. Dichos conflictos derivaron, fundamentalmente, de la negativa del Gobierno de hacer cumplir los fallos judiciales y de la circunstancia de arrogarse facultades especiales para realizar un examen previo de mérito, antes de disponer el auxilio de la fuerza pública para estos efectos. Fueron muchas las ocasiones en que la Corte Suprema representó –*“por enésima vez”* decía entonces el Pleno del máximo Tribunal– la gravedad que significaba que las sentencias quedaran incumplidas por decisión del Ejecutivo.

El artículo 73 de la Constitución de 1980, equivalente al artículo 80 de la Constitución de 1925, introdujo en el primer inciso de dicha disposición

un elemento importante: *“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”*. La frase destacada no aparecía en el artículo 80 de la Constitución de 1925. Con ella se deja perfectamente claro que corresponde exclusivamente a los tribunales “hacer ejecutar lo juzgado”, sin que pueda interferir en ello ni el Presidente ni el Congreso Nacional. Agrega el artículo 73 de la Constitución de 1980 que *“Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”*. La frase enfatizada fue agregada al texto del artículo 80 de la Constitución de 1980, precisamente para excluir toda posibilidad de que otra autoridad se atribuyera la facultad de hacer un examen de mérito de las decisiones judiciales.

El mismo artículo 73, en su inciso tercero, estatuye: *“Para ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine”*. Para reforzar todavía más esta facultad, el inciso final del mismo artículo dispone: *“La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”*.

Todas las innovaciones indicadas encuentran su justificación en la crisis que afectó a nuestra juridicidad durante el Gobierno de la Unidad Popular. Entonces eran cientos los fallos que se acumulaban sin cumplirse, como consecuencia de que las autoridades de Gobierno o calificaban su oportunidad difiriendo su ejecución, o bien se negaban a darles cumplimiento, arrogándose la facultad de calificar su mérito. No es exagerado decir que se atropelló entonces abiertamente la juridicidad, arrastrándonos a conflictos que no tenían solución jurídica.

VIII. Contraloría General de la República

A objeto de reforzar la juridicidad en lo relativo a los actos de la Administración, la Constitución de 1980 dio reconocimiento constitucional a la Contraloría General de la República. Los artículos 87 y siguientes de la Carta consagran los principios esenciales por los cuales se rige esta institución.

En líneas muy gruesas, puede decirse que se trata de un *“organismo autónomo”* cuya misión esencial consiste en ejercer *“el control de la legalidad de*

los actos de la Administración, fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”.

La Constitución reglamenta, en el artículo 88, el ejercicio de la función de control, a través de la “toma de razón” o la “representación”. Asimismo, reglamenta los llamados “decretos de insistencia” (que permiten hacer prevalecer el criterio del Presidente de la República sobre la legalidad de un decreto) y las materias en que éstos no proceden. Se confía al Contralor la facultad de “tomar razón” de los “decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución” (caso en el cual no procede la insistencia).

Es incuestionable que estas disposiciones tienen por objeto reforzar el control de legalidad de los actos de la Administración, evitando, de esta manera, que se vulneren los límites del poder, a través de resquicios o recursos ilegítimos. La experiencia histórica demostró, entre 1970 y 1973, que no basta con normas programáticas, si ellas no van acompañadas de un sistema efectivo de control de juridicidad. En esa dirección apunta el reconocimiento constitucional del poder contralor.

IX. Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública

Los artículos 90 y siguientes tratan, por primera vez en nuestra historia constitucional, de los llamados institutos armados. Este Capítulo (X) consagra algunos principios relevantes que vale la pena sintetizar.

Desde luego, el artículo 92 expresa lo siguiente: *“Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta”.* Esta norma obedece a la experiencia vivida durante el régimen de la Unidad Popular, en que los partidos y los grupos de ultra izquierda se jactaban de contar con armamento de guerra y grupos paramilitares. Esta situación llegó al extremo de detectarse un contrabando de armas realizado a través de la casa presidencial y proveniente de Cuba. Al final de aquel Gobierno se incautaron no menos de cincuenta mil armas, muchas de las cuales fueron oficialmente exhibidas a los medios de comunicación, tanto nacionales como extranjeros. En mi libro *“Entre la democracia y la tiranía”*, escrito en 1972, yo enumero 17 grupos subversi-

vos debidamente apertrechados y con instrucción en guerra de guerrillas (especialmente adquirida en Cuba y Alemania Oriental). Esta realidad llevó a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución a contemplar, con rango constitucional, la prohibición de que da cuenta el artículo 92 antes citado.

La innovación más importante en esta materia es, sin duda, la referida a la designación e inamovilidad de los Comandantes en Jefe. Quien quiera que se introduzca en el conocimiento de los hechos ocurridos en Chile entre 1964 y 1973 descubrirá que los institutos armados fueron manipulados por el Gobierno de turno, al extremo de que frente a determinadas crisis políticas, eran llamados sus principales personeros a asumir tareas ministeriales. Salvador Allende abusó de este recurso, al extremo de haber mantenido, durante varios meses, al General Carlos Prats González al frente de la Cartera del Interior, acompañado de otros secretarios de Estado que intervenían en representación de sus respectivas instituciones. Dicho más claramente, quienes ejercían el Gobierno se valían de la subordinación de los uniformados para asignarles tareas políticas y conseguir con ello resultados de esa índole. Este maligno recurso, que politizaba la función profesional de los uniformados, se debía a la dependencia absoluta de los militares al poder civil, ya que, frente a la resistencia de los militares a asumir tareas políticas, éstos podían ser llamados a retiro por la autoridad civil. A lo anterior debe sumarse el hecho de que para designar un nuevo Comandante en Jefe se optaba, invariablemente, atendiendo a las supuestas preferencias políticas de los oficiales generales. De aquí que el artículo 93 de la Constitución dispusiera: *"Los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, y el General Director de Carabineros serán designados por el Presidente de la República de entre los cinco oficiales generales de mayor antigüedad, que reúnan las calidades que los respectivos estatutos institucionales exijan para tales cargos..."*. De la manera señalada, queda indemne la carrera profesional de los oficiales generales y a salvo de presiones o del uso abusivo por parte de la autoridad política.

La innovación indicada se complementa limitando la época durante la cual puede ejercerse el cargo, indicándose que ellos *"durarán cuatro años en sus funciones, (y) no podrán ser nombrados para un nuevo período"*. Por último, para resguardar su independencia y dejarlos a salvo de presiones indebidas, la Constitución establece que los Comandantes en Jefe *"gozarán de inamovilidad en su cargo"*.

Para los efectos de que un Comandante en Jefe sea removida de su cargo, el inciso segundo del artículo 93 dispone: *"En casos calificados, el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, podrá llamar a retiro a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea o al General Director de Carabineros, en su caso"*.

Las normas comentadas son la respuesta más elocuente a una experiencia insoslayable que, sin duda, puede volverse a repetir en la medida que la tradicional mala memoria histórica de los chilenos nos haga olvidar los duros conflictos afrontados hace treinta años. Es por lo menos sospechoso el interés que ciertos sectores han puesto en la modificación de estas disposiciones que neutralizan la posibilidad de que la autoridad civil pueda, en determinadas circunstancias, abusar de la subordinación militar al poder civil.

X. Garantía institucional

El estudio de lo acontecido en el último siglo demuestra que las Fuerzas Armadas y de Orden no pueden transformarse en compartimientos estancos, al margen de la civilidad y ajenas por entero a los problemas que gravitan sobre la sociedad. Clausurar todos los medios para que ellas puedan expresarse institucionalmente conduce, a corto o largo plazo, a manifestaciones irregulares que, atendida la misión y naturaleza de estas entidades, ponen en peligro todo el sistema institucional. El ordenamiento jurídico debe encontrar, en consecuencia, los medios para que las Fuerzas Armadas y de Orden tengan una fluida comunicación con los poderes políticos y puedan participar en el desarrollo de la institucionalidad.

No basta, como algunos lo proponen, con declarar que se trata de instituciones "*esencialmente obedientes y no deliberantes*", como lo señala el artículo 90 inciso final de la Constitución. Es necesario, además, arbitrar los medios para que sus inquietudes puedan expresarse y no se vean obligadas a escoger cauces irregulares.

Desde otro punto de vista, las Fuerzas Armadas y de Orden son las únicas entidades que disponen de los medios para defender la soberanía territorial de Chile y su estabilidad interna, frente a cualquier amenaza que pueda afectarnos. Peligros tales como la exportación de la subversión, que nuestro país sufrió dramáticamente en los años sesenta en adelante, o la decisión de un partido o movimiento de recurrir a la violencia para hacer prevalecer sus ideas, requieren de una garantía efectiva, que asegure que se respetará estrictamente el "estado de derecho" y que no se sobrepasará la juridicidad, quien quiera que estimule o prohíje el violentismo. Lo diga o no lo diga la Constitución, lo cierto es que la Fuerzas Armadas y de Orden serán siempre el último bastión en defensa de la legalidad sobrepasada. Por eso es siempre preferible institucionalizar esta garantía, en lugar de ignorarla.

Las circunstancias señaladas determinaron que la Constitución de 1980, en su Capítulo XI, instituyera el llamado Consejo de Seguridad Nacional. Su composición ha sido objeto de reformas, pero lo básico es la participación en él de los cuatro Comandantes en Jefe, el Presidente de la República, el Presidente de la Corte Suprema, el Presidente del Senado y, conforme la última reforma, el Contralor General de la República. De sus funciones, la más importante es, sin duda, la consignada en la letra b) del artículo 96, que luego de la reforma introducida por Ley N° 18.825, de 17 de agosto de 1989, expresa: *"Hacer presente, al Presidente de la República, al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional, su opinión frente a algún hecho, acto o materia que, a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional"*. De la manera indicada, es posible encauzar las legítimas aprensiones de los institutos armados, evitando un quiebre institucional, precisamente, por efecto de la incomunicación en que se les quiere colocar.

El Constituyente de 1980 llevó su intención aún más lejos, al encomendar a este organismo, en el artículo 45 letra d) la elección de 4 senadores institucionales (un ex Comandante en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea y un ex General Director de Carabineros). Por este conducto se enriquece la integración de uno de los órganos legislativos con la experiencia de quienes han desempeñado las más altas funciones en los institutos de la defensa nacional. Asimismo, este organismo elige dos miembros del Tribunal Constitucional (artículo 81 letra c), los que, por cierto, deben ser abogados.

El Consejo de Seguridad Nacional es una de las más notables innovaciones de la institucionalidad que surge con la Constitución de 1980. Lamentablemente, ella ha sido desvirtuada por ciertos sectores políticos, calificándola, tontamente, como "enclave autoritario", sin advertir su importancia práctica. Hermógenes Pérez de Arce ha sostenido que los uniformados han revelado que carecen de "vocación de poder", al no ejercer las facultades que les corresponden frente a graves atropellos judiciales. Tengo la impresión de que la exagerada prudencia que han exhibido es consecuencia, precisamente, de los ataques políticos a que se han visto expuestos a propósito de la investigación sobre violación de los derechos humanos durante el régimen militar.

No tengo dudas de que eliminar esta institución o degradar sus facultades, se volverá en contra de la estabilidad de las instituciones y volverá a relegar a los uniformados a una situación de enclaustramiento altamente inconveniente.

XI. Banco Central

El manejo monetario por parte de las autoridades políticas del Gobierno fue una de las causas de la peor crisis económica (hiperinflación) que haya sufrido Chile en su historia. Las numerosas emisiones inorgánicas realizadas por el Gobierno de la Unidad Popular depreciaron la moneda en términos de destruir el funcionamiento del mercado. Tan aberrante fue aquel manejo, que no faltan quienes creen que se trataba de una estrategia destinada a destruir conscientemente la economía capitalista.

Para poner fin a este peligro siempre latente, el Capítulo XII de la Carta de 1980 consagra la autonomía del llamado Instituto Emisor. El artículo 97 establece que: *"Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional"*.

El artículo 98 inciso segundo dispone: *"Ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos del Banco Central"*.

De este modo, todo lo relativo a la política monetaria queda en manos de un organismo técnico, no político, autónomo y de rango constitucional. Se neutraliza así cualquier otra tentativa por manipular estas funciones con fines políticos contingentes.

XII. Gobierno y Administración Interior del Estado

La Constitución de 1980 concibió el Gobierno y Administración Interior dando preferente participación a los cuerpos sociales intermedios. De aquí surge el llamado "Consejo Regional de Desarrollo" (conforme al artículo 101 presidido por el intendente regional e integrado por los gobernadores de las provincias respectivas, por los representantes de cada una de las instituciones de las Fuerzas Armadas y de Carabineros que tengan asiento en la respectiva región, y *"por miembros designados por los principales organismos públicos y privados que ejerzan actividades en el área territorial de la región. El sector privado tendrá representación mayoritaria en dicho consejo"*), entre cuyas funciones se encuentra la de designar a los alcaldes a propuesta del "Consejo de Desarrollo Comunal". Este último organismo estaba *"presidido por el alcalde e integrado por representantes de las organizaciones comunitarias de carácter territorial y funcional y de las actividades relevantes dentro de la comuna, con excepción de aquellas de naturaleza gremial o sindical y de la administración pública"* (Artículo 109).

Como era de suponer, al restablecerse la plena democracia y asumir el poder una combinación de partidos de oposición al Gobierno Militar, esta forma original de representación de los cuerpos sociales intermedios fue casi integralmente sustituida por una fórmula de representación política partidista de acuerdo a las viejas y fracasadas experiencias del pasado. Es lamentable que no haya habido oportunidad de medir las bondades de este sistema, ya que la exagerada politización de la administración comunal condena a gran parte de los municipios a la inoperancia, salvo casos de excepción atribuibles a la aptitudes especiales de algunos personeros.

La gran reforma a la administración y gobierno interior no resistió el paso del régimen militar a la plena democracia, ya que quienes tomaron en sus manos la transición restablecieron de inmediato la participación política en todo lo concerniente al régimen interior.

XIII. Conclusiones

De este examen se infiere una conclusión inobjetable a la luz de los antecedentes expuestos. Toda Constitución es hija de su tiempo, está determinada por las fuentes materiales que la preceden. Esta realidad es mucho más evidente en lo relativo a la Constitución de 1980. El régimen de la llamada Unidad Popular, que gobernó Chile entre noviembre de 1970 y septiembre de 1973, dejó una herida profunda en la institucionalidad entonces vigente. Se pudo comprobar que no existían resguardos suficientes para evitar que el sistema político y legal fueran torcidamente empleados. Los llamados "resquicios legales" hicieron posible invocar la ley para alcanzar fines reñidos con el derecho vigente. Muchos de los objetivos que se perseguían podían lograrse al margen de las instituciones fundamentales, como sucedió, incluso, con el incumplimiento de las resoluciones judiciales.

La Constitución de 1980 salió al encuentro de estas deficiencias de manera casuística. Inspirada en esta amarga experiencia histórica, se creó una nueva institucionalidad capaz de protegerse por sí misma, fundada en valores permanentes, los mismos que la ciudadanía reclamaba angustiosamente en septiembre de 1973. Lo que se procuraba era la restauración democrática, pero sólo una vez que el país superara la grave crisis por la que debió atravesar.

Es altamente preocupante que los esfuerzos de los gobiernos que sucedieron al régimen militar hayan puesto tanto empeño en modificar la Carta de 1980 y en reimplantar un sistema semejante al que regía hasta 1973.

No puede dejarse de lado el hecho de que el país, entre 1973 y 1990, bajo el imperio de los principios que inspiran a esta Constitución (recuérdese que ellos se plasmaron originalmente en las Actas Constitucionales), haya logrado superar sus tradicionales limitaciones económicas, y conseguido consolidar un modelo exitoso que subsiste con pocas modificaciones hasta hoy. Empero, nadie ignora que los factores políticos terminan condicionando las variables económicas. De aquí el peligro que advertimos en este momento histórico.

Poco se ha reparado en la unidad y contrapeso que la Constitución de 1980 establece respecto de los diversos poderes del Estado. Así, por ejemplo, el Presidente de la República nombra dos senadores institucionales y un miembro del Tribunal Constitucional; la Corte Suprema elige a dos senadores de entre sus ex ministros y a un ex Contralor General de República; el Consejo de Seguridad Nacional a cuatro senadores y dos miembros del Tribunal Constitucional. De la manera indicada se ***integran los órganos del Estado, se controla el ejercicio del poder y se asegura la estabilidad institucional.***

Desde esta perspectiva, no cabe duda alguna que la Constitución de 1980, hija de su tiempo, ha sido, y ojalá siga siendo, un hito memorable en el desarrollo de la sociedad chilena.

La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980

Dr. Jaime Williams Benavente

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

El fundamento del sistema institucional consagrado en la Constitución Política de 1980 es "la dignidad de la persona humana" y los derechos esenciales que de tal dignidad emanan. Mérito de ella es su reconocimiento en términos formales e inequívocos. En efecto, su Capítulo I se titula "Bases de la Institucionalidad" y se inicia declarando que: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", y más adelante dispone que: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Y el artículo se cierra así: "Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".¹

Indiscutiblemente el fundamento institucional chileno es la "dignidad de la persona humana". Y el constituyente "quiere" que efectivamente así se logre. Por eso, lo complementa con dos nociones axiológicas que le están estrechamente ligadas: la de bien común y la de justicia, y anexa a ésta, la de "Estado de Derecho". Sin ellas aquélla no pasaría de ser un "*flatus vocis*". En esta oportunidad nos referiremos exclusivamente a la más básica de todas, cual es la de la "dignidad" de la persona humana, sin descuidar referencias secundarias a las otras.

Desde ya podemos adelantar que al disponer que "el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común" modifica el concepto descriptivo de ley contenido en el artículo 1° del

¹ Constitución Política de la República de Chile, Capítulo I, artículo 1°. Edición Oficial. Editorial Jurídica de Chile. 2000.

Código Civil ("Declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite"). Y si lo referido se concuerda con lo dispuesto en el artículo 60 N° 20 de la Carta Fundamental sin dejar de considerar el espíritu que informa todo su artículo 19, podemos decir que no sólo se ha modificado el concepto de ley, sino que implícitamente se ha aceptado el acuñado con tanta sabiduría por Tomás de Aquino: "Ordenación de la razón encaminada al bien común promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad" ("*rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*").²

El concepto de bien común ya descrito en el mismo artículo 1° de nuestra Constitución³ aparece acotado con laconismo jurídico en el artículo 3° de la Ley 18.575, que textualmente señala: "La Administración del Estado está al servicio de la persona humana, su finalidad es promover el Bien Común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley..."⁴

Por su parte, la justicia informa el propio artículo 1° al reconocer como atributo propio de la persona humana su *libertad e igualdad en dignidad y derechos* y al "asegurar el derecho de las personas a participar con *igualdad* de oportunidades en la vida nacional". Y acto seguido reconoce como una *deuda* de justicia de los órganos del Estado el "respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes", señalándolos como límite del ejercicio de la soberanía, en su artículo 5,2.⁵ Y todo el capítulo III de la Constitución se inspira en la justicia no sólo al reconocer "suyos naturales" de las personas humanas, sino al dispensarles a ellas una *igualdad de tratamiento y de garantías*, al disponer los "estados de excepción constitucional" de manera restrictiva, al establecer un Poder Judicial independiente, señalando sus atribuciones y funciones como asimismo el tratamiento y garantías de las personas en juicio.⁶

El "Estado de Derecho", por su parte, obedece a la antigua concepción platónica: en todo Estado ha de existir una "ley que gobierne a los que gobiernan", lo que significa que desde la cúspide del Poder Público hasta

² Suma Teológica 1-2 q 90 a 4.

³ Esta noción está inspirada directamente en la Encíclica "*Mater et Magistra*" de Juan XXIII (1961).

⁴ "Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado", aprobada por Ley 18.575, publicada en el Diario Oficial el 5-12-1986, y modificada como aparece en el texto por la Ley N° 19.653, de 14-12-1999.

⁵ Inciso modificado, como aparece en el texto, por Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17-08-1989.

⁶ En fin, materia de otro estudio, reiteramos, es el de la justicia y el bien común en la Constitución Política de 1980.

quienes componen la base social, *todos* han –por justicia– de ser responsables de sus actos que afecten a otro, beneficiándolo o dañándolo.⁷⁻⁸

Centrándonos en el cometido que nos hemos propuesto, podemos recordar que la génesis inmediata del artículo transcrito se remonta a la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”, publicada el 11-03-1974, que concibe al “hombre como un ser dotado de espiritualidad. De ahí emana con verdadero fundamento la *dignidad de la persona humana*”. Y tal documento más adelante señala que “en consideración a la tradición patria y al pensamiento de la inmensa mayoría de nuestro pueblo, el Gobierno de Chile respeta la concepción cristiana sobre el hombre y la sociedad. Fue ella la que dio forma a la civilización occidental de la cual formamos parte”.⁹

Cabe preguntarse, entonces, en qué consiste la “dignidad de la persona humana” de la cual emanan tantas prerrogativas y derechos, siendo, además, el fundamento y fin del Estado.

1. Bosquejo histórico-constitucional

Un rápido análisis histórico permite concluir que la referida concepción espiritual del hombre ya es reconocida en los albores de la Patria, y sin discontinuidad se ha mantenido hasta el presente. En efecto, en el texto de la llamada “Libertad de Vientres”, promulgado bajo el gobierno de José Miguel Carrera, el 15-10-1811, se expresa que “aunque la esclavitud, por opuesta al *espíritu cristiano*, a la *humanidad* y a las buenas costumbres, por inútil y aun contraria al servicio doméstico, que ha sido el aparente motivo de su conservación, debería desaparecer en un suelo donde sus magistrados sólo tratan de extinguir la infelicidad, en cuanto alcancen sus últimos esfuerzos; con todo, conciliando estos sentimientos con la preocupación y el interés de los actuales dueños de esta miserable propiedad, acordó el Congreso que desde hoy en adelante no venga a Chile ningún esclavo y que los que transiten para países donde subsiste esta dura ley y se demoran por cualesquiera causas y permanecen seis meses en el Reino queden libres por el mismo hecho; que los que al presente se hallen en servidumbre permanezcan en una condición que se les hará tolerable la hábitud, la idea de la dificultad de encontrar repentinamente recursos de que subsistir

⁷ Sólo si se distingue Política (organización del Poder) y Derecho, cabe hablar de “Estado de Derecho”, y es autocontradictorio hacerlo si se los confunde. La misma naturaleza de las cosas permite distinguir sin separar y unir sin confundir.

⁸ Cfr. Platón, *República*, Libros I-II.

⁹ *Declaración de Principios del Gobierno de Chile*. Reimpresión publicada por Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1988, 35 páginas.

sin gravamen de la sociedad, el buen trato que generalmente reciben de sus amos y sobre todo el consuelo de que sus hijos que nazcan desde hoy serán libres, como expresamente se establece por regla inalterable. Para evitar los fraudes de la codicia y que no se prive de este beneficio a las madres que sean vendidas para fuera del país, se declaran igualmente los vientres libres y que deben serlo por consiguiente sus productos en cualquier parte; y que así se anote por cláusula forzosa en las escrituras que se otorguen y en los pases de las Aduanas a cuyo fin se hará entender a los administradores, escribanos, etc.”¹⁰

La dignidad humana, entonces, se la mencionaba como “humanidad” y se la asociaba al “espíritu cristiano” –por eso hemos destacado ambos términos–. Desde los inicios de nuestras tradiciones republicanas han, pues, estado ligados. Y de ellos brota como exigencia propia el respeto por la igualdad, la vida y a la libertad de cada hombre; contraria a lo cual es la esclavitud.

Al año siguiente, el 26-10-1812, se dictó el “Reglamento Constitucional Provisorio”, cuyo artículo primero dispone: “La religión católica y apostólica será siempre la de Chile”. Las garantías de la libertad personal vienen establecidas en los artículos 15 a 24. Entre ellas destaca el de la seguridad de las “personas, casas, efectos y papeles” (art. 16); el de no ser penado sin proceso y sentencia conforme a la ley” (art. 18); también se garantiza “la libertad de imprenta” (art. 23) y se dispone que “todo habitante de Chile es igual en derecho; sólo el mérito y virtud constituyen acreedor a la honra de funcionario de la Patria. El español es nuestro hermano. El extranjero deja de serlo si es útil; y todo desgraciado que busque asilo en nuestro suelo será objeto de nuestra hospitalidad y socorros, siendo honrado. A nadie se impedirá venir al país, ni retirarse cuando guste con sus propiedades”.¹¹

Luego del interregno de la Reconquista Española, que puso fin a la Patria Vieja, recuperada la independencia nacional, es O’Higgins, como Director Supremo, quien el 10-08-1818 promulga la “Constitución Provisoria para el Estado de Chile”, en cuyo artículo primero se dispone que “los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igual seguridad” y más adelante, en el tercero, señala que “todo hombre se reputa inocente, hasta que legalmente sea declarado culpado”, del mismo modo se garantiza el dere-

¹⁰ Véase Anguita, Ricardo: *Leyes Promulgadas en Chile*. Santiago. Chile. Imprenta Barcelona, 1829. Tomo I, pp. 29-30.

¹¹ Véase Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Santiago. Chile. Imprenta Universitaria, 1951, páginas 46-49.

cho a la honra y buena opinión (art. 7°), el derecho a la propiedad y el libre uso de los bienes (art. 9°), como también la libertad civil siempre que no dañe a la religión, sociedad o a sus individuos (art. 10), y también la libertad de publicar ideas y de imprenta con las limitantes de los derechos ajenos, del Estado y de la religión católica (art. 11). El artículo 12 reitera que “subsistirá en todo rigor la declaración de los vientres libres de las esclavas dada por el Congreso y gozarán de ella todos los de esta clase nacidos desde su promulgación”.¹²

Por otra parte, bajo O’Higgins se preparó la Carta Fundamental de 1822, cuyo artículo 6° expresa que “todos los chilenos son iguales ante la ley sin distinción de rango ni privilegio”.¹³

La Carta Política de 1823, titulada “Constitución Política y Permanente del Estado”, y que ha sido llamada “moralista”,¹⁴ en su artículo 7° garantiza “la igualdad ante la ley”, pero la restringe sólo a los chilenos. Ratifica la abolición de la esclavitud consagrada desde 1811 –en los términos ya vistos– al señalar que “en Chile no hay esclavos: el que pise su territorio por un día natural será libre” y para afianzar la eficacia de estas garantías dispone en su artículo 38 N°5, entre las atribuciones del Senado, la de “proteger y defender las garantías individuales con especial responsabilidad” sin descuidar la labor que al respecto le cabe al Poder Judicial”.¹⁵

La Constitución Política que, en 1828, redactara el liberal español José Joaquín de Mora, usa términos más enfáticos en su rol garantístico al disponer en su artículo 10 que “la Nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de publicar sus opiniones”. Y en su artículo 11 añade: “En Chile no hay esclavos; si alguno pisase el territorio de la República, recobra por este hecho su libertad”.¹⁶

La Constitución de 1833, por su parte, desglosa, complementa y supera en esta materia a la de 1828 –que la inspiró– y, en general, a todas las precedentes, al disponer la igualdad de estos derechos tanto para los nacionales cuanto para los extranjeros. En efecto, en su capítulo V art. 12 dispone:

¹² Idem, págs. 54 y 55 respectivamente.

¹³ Idem, pág. 71.

¹⁴ Tal adjetivo calificativo se debe a que su Título XXII lo consagra a la “Moralidad Nacional”. Su articulado es minucioso en términos de disponer que “en la legislación del Estado se formará el código moral que detalle los deberes del ciudadano en todas las épocas de su edad y en todos los estados de la vida social, formándole hábitos, ejercicios, deberes, instrucciones públicas, ritualidades y placeres que transformen las leyes en costumbres y las costumbres en virtudes cívicas y morales”, y luego detalla las bases del referido código. Idem, págs. 133 y siguientes.

¹⁵ Idem, págs. 109 a 110.

¹⁶ Idem, pág. 143.

“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

1° La igualdad ante la ley. En Chile no hay clase privilegiada.

2° La admisión a todos los empleos y funciones públicas, sin otras condiciones que las que impongan las leyes.

3° La igual repartición de los impuestos y contribuciones a proporción de los haberes, y la igual repartición de las demás cargas públicas. Una ley particular determinará el método de reclutas y reemplazos para las fuerzas de mar y tierra.

4° La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro, o salir de su territorio, guardándose los reglamentos de policía, y salvo siempre el perjuicio de tercero; sin que nadie pueda ser preso, detenido o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes.

5° La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una ley, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos.

6° El derecho de presentar peticiones a todas las autoridades constituidas, ya sea por motivos de interés general del Estado, o de interés individual, procediendo legal y respetuosamente.

7° La libertad de publicar sus opiniones por la imprenta, sin censura previa, y el derecho de no poder ser condenado por el abuso de esta libertad, sino en virtud de un juicio en que se califique previamente el abuso por jurados, y se siga y sentencie la causa con arreglo a la ley.¹⁷

La Carta de 1925 constituye un avance en estas materias, ya que identifica con mayor precisión los derechos reconocidos por la Constitución de 1833. Efectivamente, en su art. 10 “Asegura a todos los habitantes de la República: 1) La igualdad ante la ley. En Chile no hay clase privilegiada”. Y acto seguido colige que “En Chile no hay esclavos, y el que pise su territorio queda libre...”, reiterando así el pensamiento que se remonta a los albores patrios, como quedó dicho, y que inexplicablemente fue omitido por la Carta de 1833.

¹⁷ *Idem*, pág. 163.

Luego consagra ampliamente la libertad religiosa y de conciencia; en contraste con el texto de 1833, en cuyo artículo 5° se declaraba la religión católica, apostólica, romana, como la oficial, con exclusión del culto público de cualquiera otra.¹⁸

Se consagran, asimismo, las libertades de opinión, reunión, y asociación, explicitando sus alcances.

Se reitera el derecho de petición en los términos antes prefijados.

Se innova al contemplar la libertad de enseñanza y, a renglón seguido, establecer “el Estado docente” señalando que la educación pública “es atención preferente del Estado”.

Se reiteran el derecho de igualdad ante empleos y funciones públicas; ante los impuestos y contribuciones, remachando que estas últimas son privativas de una ley; se mantiene lo atinente a reclutamiento de las FFAA, y casi en iguales términos se consagra la inviolabilidad de todas las propiedades salvo expropiación por utilidad pública previa indemnización. Sin embargo –los tiempos han cambiado– aparecen limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, y los derechos económico-sociales: trabajo, seguridad laboral, salubridad. Asume el Estado el deber de otorgar y supervigilar la salud pública. Se mantienen las diversas manifestaciones de la libertad de movimientos. Aparecen otros resguardos a la libertad individual: nadie puede ser condenado sin juicio previo, en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio, y por tribunal competente previamente establecido y no por comisiones especiales. Del mismo modo se resguardan los derechos del detenido garantizando el “hábeas corpus”, y otros conexos. Finalmente se establece el derecho a indemnización de perjuicios efectivos y morales que sufre quien sea absuelto o sobreesido definitivamente.¹⁹⁻²⁰

¹⁸ Mediante ley interpretativa de 27-07-1865 se permite a los que profesen otro culto practicarlo dentro de recintos de propiedad particular, y fundar y sostener escuelas privadas para la enseñanza de su religión a sus hijos.

¹⁹ Esta fue una disposición meramente programática, porque jamás se dictó la ley llamada a regular el ejercicio de este derecho.

²⁰ El texto constitucional puede consultarse en: Valencia Avaria, Luis: *Anales de la República*. Santiago. Chile. Imprenta Universitaria, 1951, págs. 223 y siguientes.

2. La Constitución Política de 1980 y los derechos fundamentales de la persona humana

En materia de derechos fundamentales, la Constitución Política de 1980 es superior a todas las anteriores. Las razones podemos resumirlas en tres: 1) Explicita sus fundamentos doctrinarios en el capítulo llamado precisamente: "Bases de la Institucionalidad"; 2) Desarrolla de manera detallada los derechos humanos que de tal dignidad –en las actuales circunstancias históricas– dimanar, y 3) Establece los medios para una eficaz garantía de ellos.

Sin menoscabar el trabajo colectivo de los miembros de la Comisión Redactora de la Carta de 1980, debemos resaltar el papel protagónico de uno de ellos, Jaime Guzmán Errázuriz, quien ya en la sesión 10ª de dicha Comisión, celebrada el 25-10-1973, expresó: "Toda doctrina sobre el Estado, la soberanía, la democracia, el gobierno y los derechos individuales y sociales descansa en una concepción cristiana del hombre; en el reconocimiento de que el hombre encierra valores espirituales que están más allá del ordenamiento jurídico positivo".²¹ En la sesión siguiente se ratifica que "los conceptos del hombre y de la sociedad están fundados en los valores de la civilización cristiana"²². En consonancia con este pensamiento, que ha inspirado nuestro ordenamiento fundamental desde los albores de la Patria, como ya ha quedado expuesto, bajo el rótulo "Bases de la Institucionalidad" se inicia la Constitución vigente, cuyo artículo 19 está consagrado a explicitar estos derechos.

Los precedentes inmediatos de nuestra actual Carta Fundamental en la materia que nos incumbe son: 1) La Declaración de Principios de la Junta de Gobierno (1974); 2) Las Actas Constitucionales 1, 2, 3 y 4, puestas en vigencia en 1976 y que técnicamente obraron como Estatuto Fundamental hasta la aprobación del texto unificado de 1980; 3) Las sucesivas sesiones de la Comisión Redactora; 4) Las sesiones del Consejo de Estado, que presidió don Jorge Alessandri Rodríguez en su calidad de ex Primer Mandatario; 5) La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948); 6) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); La Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969);²³ 7) Los Pactos de Derechos Civiles y Políticos; y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos de 1966).²⁴

²¹ Vid. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*. Santiago, Chile. Colección Biblioteca del Congreso Nacional. Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1976. Volumen 1.

²² Idem. *Actas*, sesión N° 11 de 30-10-1973.

²³ Suscrito por Chile en 1969, ratificado en 1990 y publicado en el Diario Oficial en 1991.

²⁴ Suscritos por Chile en 1966, ratificados en 1972 y publicados en el Diario Oficial en 1989.

Corresponde ahora referirse a los tres grandes aspectos que hemos destacado supra, a saber: la dignidad humana; el enunciado preciso de los derechos que de ella emanan, y los mecanismos jurídicos que los garantizan.

3. La dignidad de la persona humana: un intento de precisión

A nuestro juicio, este término, a la hora de precisar su concepto, admite, a lo menos, tres perspectivas de análisis: la teológica, la filosófica y la jurídica. Sin embargo, y en forma previa debe recordarse su origen etimológico. Proviene del latín "dignitas", que significa rango, jerarquía, merecimiento.

3.1. La perspectiva teológica

Ella arranca del primero de los textos de la Revelación: el libro del Génesis. Allí, en su Capítulo Primero se narra en términos simples el grandioso acto de la Creación. En su versículo 26 y siguientes el escritor sagrado cambia súbitamente del singular al plural y dice: "...y por fin dijo: Hagamos al hombre a imagen y semejanza nuestra; y domine a los peces del mar y a las aves del cielo, y a las bestias y a toda la tierra y a todo reptil que se mueve sobre la tierra. Crió, pues, Dios al hombre a imagen suya: a imagen de Dios lo crió, críolos varón y hembra. Los bendijo y dijo: Creced, multiplicaos y henchid la tierra y enseñoreaos de ella y dominad a los peces del mar, a las aves del cielo y a todos los animales que se mueven sobre la tierra", y más adelante en el Capítulo Segundo versículo 18 señala que "dijo así mismo el Señor Dios: no es bueno que el hombre esté solo: hagámosle ayuda y compañía semejante a él", y en el 21 nos recuerda que "el Señor Dios hizo caer sobre Adán un profundo sueño y mientras estaba dormido le quitó una de las costillas y llenó de carne aquel vacío". Y en el 22 añade: "y de la costilla aquella que había sacado de Adán formó el Señor Dios una mujer, la cual puso delante de Adán..., quien exclamó: esto es hueso de mis huesos y carne de mi carne, se llamará hembra porque del hombre ha sido sacada" (versículo 23).²⁵

El hombre y la mujer son, pues, los únicos seres vivientes que han sido hechos a imagen y semejanza de Dios. He ahí su jerarquía sobre toda la Creación material.

En el Nuevo Testamento es Cristo mismo quien resalta esta especial dignidad. Así, a sus discípulos les dice: "No os preocupéis por vuestra vida, qué comeréis o qué beberéis, ni por vuestro cuerpo, con qué os vestiréis. ¿Por

²⁵ Vid. Génesis, Capítulos I y II, principalmente.

ventura la vida no vale más que el alimento y el cuerpo más que el vestido? Poned los ojos en las aves del cielo, que ni siembran, ni siegan, ni recogen en graneros, y nuestro Padre celestial las alimenta. ¿Acaso vosotros no valéis más que ellas?²⁶ Es que poco antes les ha revelado que el hombre no sólo es la creatura más digna sino que es hijo de Dios. Así lo explicita inequívocamente cuando les enseña a rezar el Padre Nuestro. Pero les acota que su filiación divina es del todo diferente a la suya. En efecto –poco después de la Resurrección– le dice a la Magdalena: “Subo a mi Padre y a vuestro Padre, a mi Dios y a vuestro Dios”.²⁷ El dogma cristiano ha precisado que Cristo es hijo por naturaleza y que el hombre lo es por adopción.

La teología cristiana y la filosofía en ella inspirada, es unánime en resaltar tal especial dignidad humana. El magisterio de la Iglesia lo mismo. Así Juan Pablo II en “*Evangelium Vitae*”²⁸ sostiene que tal dignidad hace inviolable la vida humana desde el momento en que ella se inicia: la concepción.

3.2. La perspectiva filosófica

Esta es más ambivalente, ya que en ella se distinguen, al respecto, dos corrientes dispares: la de inspiración aristotélico-tomista y la racionalista, a secas. El punto de partida de ambas es diverso y las consecuencias de tal proceder son no sólo diferentes, sino contrapuestas. La segunda ha inspirado tanto el individualismo liberal cuanto el colectivismo totalitario. La primera, en cambio, ha originado la doctrina social de la Iglesia Católica. Su figura más sobresaliente es Tomás de Aquino, quien sostiene que el hombre no es un ser entre otros, sino una *persona*, esto es, una substancia racional que no se limita a obrar impulsado por causas externas (como las cosas y las bestias), sino que se impulsa a sí mismo por medio de la razón, por eso es dueño de sus actos.²⁹

Pascal –insigne pensador prematuramente fallecido– destaca grandezas y miserias del hombre. Es miserable porque “el espacio del universo lo comprende y lo engulle como un punto”, pero es grande “porque con el pensamiento yo lo comprendo”.³⁰ Y “aunque el universo entero lo engullera, el hombre superaría en nobleza aquello que lo mata, porque está consciente de morir y de la prevalencia que el universo tiene sobre él; el univer-

²⁶ San Mateo 6, 25-27.

²⁷ San Juan 20, 17.

²⁸ Vid Juan Pablo II “*Evangelium Vitae*”. Ediciones Paulinas. Santiago. Chile, 1999 (4ª edición), 196 págs.

²⁹ Vid. *Suma Teológica* I q. 29 a 1.

³⁰ Pascal, Blaise: *Pensées*, en *Oeuvres Complètes*. Editions du Seuil, París, 1963 (preparada por L. Lafuma), fragmento 113.

so, en cambio, no sabe nada".³¹ El hombre es tan débil como una caña, pero "es una caña pensante".³² Por eso, "debemos elevarnos no con el espacio ni con el tiempo, que no sabríamos llenar";³³ es que "no debo buscar mi dignidad en el espacio, sino en el curso regulado de mi pensamiento. No obtendría ninguna superioridad con la posesión de tierras".³⁴ "Toda la dignidad del hombre está en el pensamiento".³⁵ Pero éste no es sinónimo de razón, sino de conocimiento y así, junto a la "razón razonante" de un Descartes que conduce al "espíritu geométrico", Pascal advierte otras vías cognoscitivas: la intuición, la emoción, el sentimiento, el instinto, que él llama "espíritu de finura" ("*esprit de finesse*") o, en otro giro, "el corazón" ("*le coeur*"). Y así llega a afirmar que "el corazón tiene sus razones que la razón no conoce" ("*le coeur a ses raisons que la raison ne connaît point*").³⁶ Es el corazón el que afirma que hay tres dimensiones en el espacio y que los números son infinitos; la razón, en cambio, demuestra que no hay dos números cuadrados de los cuales el uno sea el doble del otro. Los principios se sienten, las proposiciones se concluyen, y todo con certeza, pero por vías diferentes.³⁷ Es que hay dos extremos: excluir la razón, o admitir sólo la razón.³⁸ Por el contrario, hay que saber dudar cuando es necesario, hay que saber estar ciertos cuando es necesario y hay que saber someterse cuando es necesario. Lo que puede reducirse a tres sencillos principios: 1) Afirmar todo como demostrable; 2) Dudar de todo no sabiendo cuándo es necesario someterse, y 3) Someterse en todo, no sabiendo cuándo es necesario juzgar.³⁹

Entre los comentadores del Aquinate, y de indudable influencia pascaliana, destaca Jacques Maritain, quien afirma que "el hombre es un individuo que se sostiene a sí mismo por la inteligencia y la voluntad; no existe solamente de una manera física; hay en él una existencia más rica y más elevada, sobreexiste espiritualmente en conocimiento y amor. Es así, en cierta forma, un todo, y no solamente una parte; es un universo en sí mismo, un microcosmos en el cual el gran universo íntegro puede ser contenido por el conocimiento, y que por el amor puede darse libremente a seres que son para él como otros "el mismo", relación a la que es imposible encontrar equivalente en todo el universo físico. Esto quiere decir, en términos filosóficos, que en la carne y los huesos del hombre hay un alma que es un espíritu y vale más que todo el universo material...

³¹ Idem, frag. 200.

³² Idem, frag. 200.

³³ Idem, frag. 200.

³⁴ Idem, frag. 113.

³⁵ Idem, frag. 759.

³⁶ Idem, frag. 423.

³⁷ Cfr. frag. 110.

³⁸ Cfr. frag. 183.

³⁹ Cfr. frag. 170.

La raíz de la personalidad –dignidad– es el espíritu”.⁴⁰ Y más adelante añade: “La persona tiene su dignidad absoluta, porque está en relación directa con lo absoluto, único medio en que puede hallar su plena realización”.⁴¹

Es que el hombre es un ser que tan intensamente es que se posee a sí mismo. En efecto, dirige su vida en orden a los fines que él mismo se traza y busca los medios para su consecución. Gobierna su vida –sus actos– mediante su inteligencia y su voluntad. Por eso sus actos tienen la cualidad de libres y son muy diversos de los hechos de la naturaleza física, que son necesarios, y de las conductas animales, que son reacciones al medio captado mediante los instintos. El hombre es el único ser vivo que tiene que esforzarse por ser fiel a su naturaleza espíritu-corpórea. No puede abandonarse. Esta lucha por ser siempre hombre se traduce en su ética, en sus virtudes: prudencia (obrar razonablemente bien, según las circunstancias); fortaleza (llevar a cabo lo prudentemente decidido); templanza (gobernar sus tendencias sensitivas); y justicia (respetar lo que a cada hombre le pertenece).

Nuestra cultura ha ido descubriendo paulatinamente la importancia y la dignidad de la persona humana. Por eso el derecho lo estudia con amplitud, y apoya en él toda la legislación positiva acerca de los *derechos fundamentales*, más conocidos como *derechos humanos*. La ciencia del derecho desarrolla las implicaciones jurídicas del carácter personal del hombre, y edifica sobre ellas la seguridad de la vida social. Y es que la fuente última de la *dignidad* del hombre, en la que se apoyan los ordenamientos jurídicos, es su *condición de persona*.

Del mismo modo, esta noción es básica en otras ciencias humanas. La explicación es bien sencilla: es un concepto que apunta a lo que constituye el *núcleo más específico de cada ser humano individual*.

Nuestro propósito aquí es abordar la cuestión haciendo una descripción antropológica de ese núcleo, que sirva para entender de modo gráfico su dignidad propia, es decir, *por qué es inviolable* y, en consecuencia, fundamento de derechos inalienables. Pero, además, al trazar el perfil de la persona, saldrán a la luz los aspectos más profundos de su ser, y esto tendrá una inmediata aplicación. Se trata por tanto de una *descripción* que apunta sólo a destacar sus rasgos fundamentales en orden a comprender lo más relevante e inédito que hay en cada ser humano.

⁴⁰ Vid. Maritain, Jacques: *Les droits de l'homme et la loi naturelle*. Colection Civilisation. Editions de la Maison Française. París, 1942, págs. 15-16.

⁴¹ Vid op. cit., págs. 16-17.

Así, hay diversos estratos de vida, cuya jerarquía viene establecida por el distinto grado de inmanencia de las operaciones que se realizan en cada ser vivo.⁴² En efecto, las plantas asimilan o hacen suyos los nutrientes que se transforman en vida, en "su" vida. Los animales también, pero además incorporan a sí –mediante sus sentidos– datos o factores de su medio ambiente o entorno. El hombre con su inteligencia adquiere y guarda para sí conocimientos abstractos y generales, y quiere cosas que aún no posee. Su conocer y querer *no se manifiestan orgánicamente*: son "interiores". Sólo los conoce quien los tiene, y sólo se comunican mediante el lenguaje: nadie puede leer los pensamientos de otro, porque están dentro de él, quien, si quiere, puede comunicarlos. La persona tiene, pues, *intimidad*. Mis pensamientos no los conoce nadie, hasta que los digo. *Es el grado máximo de inmanencia*, porque no es sólo un lugar donde las cosas quedan guardadas para uno mismo, sino del cual brotan realidades que antes no eran.

Ahora bien, las novedades que brotan de dentro tienden a salir fuera, manifestándose. La intimidad y la manifestación indican que el hombre es dueño de ambas, y al serlo, es dueño de sí mismo y de sus actos, y por tanto, principio de éstos. Esto nos indica que la libertad es otra nota definitoria de la persona y una de sus características más radicales: la persona es libre, vive y se realiza libremente, poseyéndose a sí misma, siendo dueña de sus actos.

Mostrarse uno mismo y mostrar lo que a uno le ocurre es de algún modo darlo. Sólo las personas son capaces de *dar*. Pero, para que haya posibilidad de dar o de regalar, es necesario que alguien acepte lo que damos. A la capacidad de dar de la persona le corresponde la capacidad de "aceptar", de "acoger" en nuestra propia intimidad lo que nos dan. Por eso no hay dar sin recibir, y viceversa. Dar no es dejar algo abandonado, sino un acto de entrega a "otro yo". El dar implica una comunicación con un otro que "entiende" mi acto y lo recibe. La subjetividad exige la intersubjetividad. Adán requiere de Eva. Antes que ella existiese él dominaba el jardín del Edén. Al aparecer ella –"carne de su carne"– adquiere conciencia de su subjetividad.

La persona humana es *principio* de su propio actuar. Al ser dueña de sus actos, también lo es del desarrollo de su vida. Es un ser libre.

Puede plantearse una delicada pregunta: ¿para ser persona es preciso ejercer actualmente o haber ejercido las capacidades o dimensiones recién mencionadas? ¿Es persona el hombre dormido, o el que está en coma

⁴² Inmanencia proviene del latín "*manere*" (permanecer, quedarse) e "*in*" (dentro de). Al respecto, la escolástica acuñó, a modo de síntesis, la siguiente sentencia, que revela lo intrincado que es el carácter humano: "*homo habet vivere cum plantis, sentire cum animantibus, et intelligere cum angelis*".

profundo, el niño no nacido, o discapacitado, incapaz de hablar? En pocas palabras, quien no tiene conciencia de sí ¿es persona? ¿Un feto de tres semanas es una mera *vida humana*, pero no una persona? El hecho de no ejercer, o no haber ejercido aún las capacidades propias de la persona no conlleva que ésta deje de serlo, puesto que quien no es persona nunca podrá actuar como tal, y quien sí puede llegar en el futuro a actuar como persona lo es, porque *ab initio* tiene esa capacidad. Quienes dicen que sólo se es persona una vez que se ha actuado como tal reducen el hombre a sus acciones, y no explican de dónde procede esa capacidad.

La libertad es una de las notas definitorias de la persona. Por eso los autores modernos han identificado el ejercicio de la libertad con la realización de la persona. No se concibe que se pueda ser verdaderamente humano sin ser libre de *verdad*.

Ahora bien, la libertad tiene cuatro grandes planos, que se superponen e implican mutuamente: la libertad constitutiva, la libertad de elección, la realización de la libertad, y, en cuarto lugar, la libertad social.

El primer nivel de consideración es la *libertad constitutiva*, también llamada fundamental o *trascendental*. Es el nivel más radical y profundo. La persona humana es *un ser libre; un espacio interior* que nadie puede poseer si uno no quiere comunicarlo. En él es independiente, autónomo. Se trata de un espacio interior inviolable, que puede definirse entonces como un poseerse en el origen, ser dueño de uno mismo y, en consecuencia, de las propias manifestaciones y acciones. Es característico del espíritu este poseerse a sí mismo, del que mana la dignidad de la persona, y de ella los derechos humanos en sus distintas manifestaciones.

La libertad constitutiva permite ejercer actos libres, optar entre una conducta y otra. Es una libertad psicológica llamada también "libre albedrío". Se expresa fundamentalmente de dos modos: de ejercicio (actuar o no hacerlo), y de especificación (determinar en concreto los contenidos de mi acto). Aquí cabe definir la libertad como ser uno mismo causa de sus operaciones: se mueve a sí mismo hacia donde uno quiere, para alcanzar la propia plenitud. Se puede expresar así: "¡Sé el que puedes llegar a ser!".

Es muy importante advertir que el hombre no es sólo libertad, pues en tal caso no sería nada. Yo no soy libre de tener una determinada constitución biopsicológica, pero sí soy libre de asumirla o no en mi proyecto biográfico. Imaginarse una libertad pura, carente de esas condiciones, sin limitación, es una utopía. Todos estamos condicionados inicialmente en nuestras decisiones por la situación en la que vivimos y por el tiempo en el que hemos nacido.

La libertad hay que realizarla, para lo cual la sociedad de la que formamos parte ha de garantizar las condiciones necesarias para su ejercicio. Una sociedad que garantice jurídicamente la libertad económica y cuyas políticas impidan su ejercicio es una falacia. "El mercado regula". Pero es necesario que haya bienes a regular. No se trata, entonces, de permitir, sino de hacer posible lo permitido.

Las notas de la persona que se acaban de mostrar nos hacen ver que es una realidad no condicionada a otra inferior e incluso a otra del mismo rango. En este sentido puede decirse que es un fin en sí misma, y jamás debiera ser tratada sólo como un medio, porque al instrumentalizarla, como se hace con un ser inferior a sí, se le dispensa, en la práctica, el tratamiento de una cosa. De aquí lo aberrante de la esclavitud, de la manipulación genética, como también de hacerla objeto de violencia o de tratos inhumanos o degradantes.

Suele definirse al hombre como el animal que tiene razón, que razona. Esta definición es válida, y no desconoce que también tiene otras dimensiones: voluntad, sentimientos, tendencias y apetitos, conocimiento sensible, que se vinculan con la razón. Al actuar, conociendo el fin y los medios, y conociendo a ambos, el hombre tiene ese acto como suyo, y al hacerlo tiene o posee aquella cosa. Esta capacidad tiene tres grandes niveles: el tener físico (con el cuerpo); el tener intelectual (conocimientos) y el tener como un hábito propio, como un modo de ser (una virtud o un vicio; una destreza o una torpeza).

El primer nivel es el *tener físico* o tener con el cuerpo. Esta expresión significa que uno "tiene" algo corporalmente: un martillo, un vestido. El segundo nivel es el *cognoscitivo*. Si el hombre no conociera, no sería capaz de fabricar instrumentos, con los cuales aprehende físicamente. El tercer nivel es el *hábito* o costumbre de actuar en un mismo sentido: desde tener incorporado un modo de ser gentil, o de bailar tangos, o de hablar un idioma, o de practicar una virtud ética. Es que el hombre cada vez que actúa va dejando una huella por la cual tiende a actuar posteriormente en el mismo sentido. Un hábito, es decir, un tener ya adquirido e incorporado a uno mismo se puede definir como una "disposición estable que inclina a determinadas acciones, haciéndolas más fáciles". Se pueden distinguir, a lo menos, tres clases de hábitos:

- Hábitos técnicos: consisten en ciertas destrezas en el manejo de instrumentos o en la producción de determinadas cosas.
- Hábitos intelectuales, o modos de pensar: razonar de una determinada manera, hablar idiomas, etc.

– Hábitos del carácter: se refieren a la conducta; inclinan a comportarse de una manera determinada. La ética trata sobre ellos, y los divide en positivos y negativos; a los primeros llama virtudes, y a los segundos, vicios.

¿Cómo se adquieren los hábitos? Mediante el ejercicio de las acciones correspondientes, esto es, con la práctica. No hay otro modo. Y llegan a ser tan fuertes que, sin siquiera darnos cuenta, constituyen nuestra “segunda naturaleza”, como decía Pascal.⁴³ Es que las acciones que el hombre lleva a cabo repercuten siempre sobre él mismo. Aunque sea en pequeña escala, resulta afectado por ellas.

La pregunta ¿qué es el hombre? busca aquello que todos tenemos en común. A esto se le suele llamar *esencia*, término que resulta siempre problemático, por su complicado contenido filosófico. De hecho, el debate acerca de qué sea la “naturaleza humana” ha dado lugar a interpretaciones variadas y polémicas.

Una de las características de los seres vivos es la tendencia a crecer y desarrollarse hasta alcanzar su “telos”, que significa al mismo tiempo su fin y perfección. Por otra parte, el bien es aquello que es conveniente para cada cosa, porque la completa, la desarrolla, la lleva a su plenitud: “el bien final de cada cosa es su perfección última”. Así, pues, el bien tiene carácter de fin.

Este es un planteamiento clásico que se aplica principalmente al hombre. En efecto, su *naturaleza* es precisamente el despliegue de su ser hasta alcanzar ese bien final que constituye su perfección. Por eso ella tiene carácter final o teleológico.

La teleología ha sido muy criticada desde el racionalismo y el vitalismo, porque se la ha entendido como una imposición exterior a los seres, que les impide ser “espontáneos” y “libres”. Se la interpreta como algo extraño a los seres, impuesto desde fuera, que los violenta. Sin embargo, la teleología no es sino un ser en dirección hacia la plenitud de la que es capaz. El pensamiento teleológico parte del hecho de que existe un orden en el universo, que está dado ya en las condiciones iniciales de los seres, que los hace inclinarse a su culminación.

Ahora bien, a nuestro juicio, para entender qué es el hombre y qué es su naturaleza es importante evitar la tentación de pensar que en él hay una *naturaleza abstracta, intemporal*, definible mediante unos axiomas científicos o unas leyes generales, como las matemáticas. Este ha sido un modo frecuente de explicar al ser humano durante los siglos XVII a XIX. Todavía

⁴³ Pascal, Blaise: *Pensées*, en *Oeuvres Complètes*. Ed. du Seuil, París, 1963, preparada por L. Lafuma, pág. 126.

hoy se tiende a contraponer ese modelo al modelo historicista o relativista, según el cual lo que el hombre es no lo vamos a encontrar en una teoría general, abstracta, intemporal, sino, por el contrario, en cada situación histórica concreta. Pero tan errónea es una como otra postura filosófica. Para unos, la naturaleza humana está, por así decir, por encima del tiempo y del espacio; para otros, no existe sino en los individuos concretos.

Lo natural en el hombre es el desarrollo de sus capacidades, en especial las superiores: la inteligencia y la voluntad. Lo que corresponde a aquélla es conocer la verdad, mientras a ésta, practicar el bien, traducido en un acto bueno. La naturaleza humana, pues, es esa regla de su actuar en orden a conocer la verdad y a practicar el bien en las situaciones concretas, lo que ocurre libremente. He introducido la palabra "libremente". ¿Por qué? Porque el hombre es libre. *El bien y la verdad sólo se pueden alcanzar libremente. Nadie que no quiera puede llegar a ellos a base de obligarle, y además, ambos no son algo necesario, sino libre; uno los alcanza, si quiere. Mentir es un acto voluntario que no favorece la búsqueda de la verdad, como la tortura no favorece la bondad. Y los modos concretos de alcanzar la verdad y el bien no están dados; es el sujeto quien libremente tiene que elegirlos. Por eso, es necesario que existan unas normas morales que recuerden al hombre libre el camino hacia los fines naturales, y aunque esas normas tienen su carácter preceptivo, tampoco se cumplen inexorablemente. Su cumplimiento también es libre.*

Es imposible hablar del hombre sin aludir a las normas éticas. Sin ética no hay desarrollo de la persona, ella ayuda a elegir aquellas acciones que contribuyen a nuestro desarrollo natural.

En suma, la dignidad de la persona humana es primeramente ontológica, por los caracteres de su ser, y seguidamente moral, por su obrar propio, que es libre, en el logro de su perfección o plenitud.

3.3. La perspectiva jurídica

Ahora bien, la perspectiva jurídica no se opone a ninguna de las anteriores, sino que las reconoce implícitamente. En efecto, la dignidad humana, según el Tribunal Constitucional Español, "es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación... y que conlleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás".⁴⁴

⁴⁴ Vid. Alvarez García, Francisco Javier: *El derecho al honor y a las libertades de información y expresión*. Editorial Tirant Le Blanch. Valencia, España, 1999, pág. 141.

Por su parte, los autores chilenos Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira señalan que “se entiende por dignidad el respeto que merece toda persona por su calidad de tal, lo que impide que sea coaccionada física, mentalmente o discriminada”⁴⁵ y Nogueira añade que “la dignidad de la persona no es posible definirla, sólo podemos apreciar en cada realidad concreta su vulneración, la que se concreta cada vez que perturbamos, amenazamos o privamos de los derechos esenciales a la persona, cada vez que la denigramos o humillamos, cada vez que la discriminamos, cada vez que ponemos obstáculos para su plena realización, cada vez que el Estado la utiliza como medio o instrumento de su propio fin”.⁴⁶

En suma, la dignidad de la persona humana es un atributo esencial suyo. A su modo lo capta así Kant cuando sostiene que el hombre es siempre un fin en sí mismo y jamás puede ser tratado como un medio. Es, pues, un rasgo ontológico de la persona que trae consecuencias en su obrar y en su actuar en relación a los demás hombres, y por lo mismo consecuencias éticas, sociales, políticas y jurídicas.

El derecho parte del supuesto que la persona humana es un ser racional y libre. ¿Acaso el acto jurídico no es válido cuando ha sido ejecutado voluntariamente y a sabiendas? La teoría de los vicios de la voluntad testimonia este reconocimiento y en consonancia con tal premisa desarrolla la responsabilidad jurídica contractual y extracontractual. Sabido también es que en el Derecho Penal no bastan la tipicidad y la antijuridicidad, es menester el juicio de reproche o culpabilidad, la que no puede sino considerar la exención, agravación o atenuación de ella. En otros términos, se parte del reconocimiento de que el hombre es persona, porque es un ser dueño de sí y de sus actos o, lo que es lo mismo, con dominio de sí y de sus actos, esto es, un *sui iuris*. Tal es la dignidad de la persona, raíz de toda atribución jurídica. En efecto, es digno alguien respecto a algo, y este algo es aquello que radicalmente se le debe: su reconocimiento de tal.

Es Cicerón quien por vez primera hace esta vinculación con la justicia al decir: “*iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem*”.⁴⁷

En fin, la dignidad de la persona humana es título y fundamento de concretos derechos. Es que persona en sentido ontológico y en sentido jurídi-

⁴⁵ Verdugo, Pfeffer y Nogueira: *Manual de Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Andrés Bello, Santiago, Chile, 1994, pág. 110.

⁴⁶ Nogueira, Humberto: *La dignidad de la persona, derechos esenciales y derecho a la igual protección de la ley en el libre ejercicio de los derechos*, en IUS ET PRAXIS, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca. Talca, 1997, pág. 112.

⁴⁷ Vid. Cicerón: *De Inventione* II, 53, 160.

co se predicán de un mismo ser: el hombre singular y concreto que subsiste en su naturaleza racional. Son dos perspectivas complementarias de análisis de un mismo ser.

El profesor Jaime Guzmán Errázuriz en la sesión 92, de 2-12-1974, de la Comisión Redactora de la Constitución Política de 1980 señaló que “el fundamento de todos los derechos que se establecerán, las libertades, las igualdades, etc., arranca de que los hombres nacen libres e iguales en su dignidad, y el término “iguales en su dignidad” es la manera más jurídica, tal vez, de referirse a lo que es “la igualdad esencial de todos los seres humanos”.⁴⁸

La dignidad es propia de la persona humana y no de los entes colectivos por ella creados, como medios a su servicio. Pues bien, si es constitutivamente intrínseca al ser humano, es absoluta e igual en todos, inalienable e irrenunciable y, desde luego, es antes e independiente del Estado y de la normativa puesta por él. De ella dimanan los llamados “derechos humanos” tan pormenorizadamente recogidos y garantizados en nuestra Carta Fundamental.

4. Los derechos de la persona humana reconocidos por la Constitución Política de 1980

En este texto constitucional hay perfecta armonía entre lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 6° y 19. En efecto, en el artículo 5° inciso 2° textualmente afirma que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, mientras en el artículo 6° dispone que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, y en su inciso 2° establece que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”, y concluye señalando que “la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Ahora bien, en su artículo 19 se enumeran e identifican los derechos que, en las actuales circunstancias históricas, la Constitución asegura a todas las personas.

⁴⁸ Vid. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*. Colección de la Biblioteca del Congreso Nacional. Imprenta Gendarmería de Chile. Santiago. 1976, volumen 3.

En un afán de sistematizar estos derechos, podrían ser agrupados así:

4.1. Derechos de las personas en su dimensión individual:

- Derecho a la vida y a la integridad física y síquica. 19 N° 1.
- Derecho a la igualdad y a la interdicción de diferencias arbitrarias. N° 2.
- Derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. N° 3.
- Derecho a la honra y al respeto y protección de la vida privada y pública. N° 4.
- Derecho a la inviolabilidad del hogar. N° 5.
- Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. N° 5.
- Derecho a la libertad de conciencia y a la manifestación de su creencia religiosa. N° 6.
- Derecho a la libertad personal y seguridad individual. N° 7.
- Derecho a la protección de la salud. N° 9.
- Derecho a la educación. N° 10.
- Derecho a emitir opinión sin censura previa. N° 12.
- Derecho a presentar peticiones a la autoridad. N° 14.
- Derecho a la seguridad social. N° 18.
- Derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita. N° 21.
- Derecho a adquirir el dominio de toda clase de bienes, salvo los exceptuados por la ley. N° 23.
- Derecho de propiedad. N° 24.
- Derecho a que la ley respete el contenido esencial de los derechos fundamentales. N° 26.

4.2. Derechos de las personas en su dimensión social:

- Derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. N° 10.
- Derecho a enseñar. N° 11.
- Derecho de reunión. N° 13.
- Derecho a la negociación colectiva. N° 16.
- Derecho de sindicalización. N° 19.
- Derecho a la igual repartición de los tributos y cargas públicas. N° 20.
- Derecho al trato igualitario del Estado en materia económica. N° 22.

4.3. Derechos de las personas en sus aspectos individual y social conjuntamente:

- Derecho al libre ejercicio de los cultos. N° 6.
- Derecho a formar una familia. Art. 1° inc. 2°.
- Derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. N° 8.
- Derecho a crear medios de comunicación social. N° 12.
- Derecho a asociarse y crear cuerpos societarios. N° 15.

- Derecho a la libre contratación y elección del trabajo. N° 16.
- Derecho al libre acceso a las funciones y empleos públicos sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes conformes a ella. N° 17.
- Derecho a sindicalizarse. N° 19.
- Derecho de propiedad. N° 24.
- Derecho de autor sobre las creaciones intelectuales y artísticas. N° 25.

4.4. Derechos de las personas a la participación política.

- Derecho a la ciudadanía. Art. 13.
- Derecho a sufragio. Art. 16.
- Derecho a agruparse en partidos políticos. Art. 19 N° 5.
- Derecho a ejercer funciones públicas. Art. 19 N° 17.

5. Garantías constitucionales de derechos que emanan de la dignidad humana

Ya lo adelantamos, nuestra Carta Fundamental no sólo consigna un elenco de prerrogativas, sino que se ocupa de prever los medios para su garantía, los que podríamos sintetizar así:

5.1. Recurso de protección (art. 20): Acción de amparo general.

Protege ciertos derechos fundamentales que pueden verse amagados por acciones u omisiones arbitrarias o ilegales de la autoridad o de los particulares. Así se protegen los siguientes:

- a) Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.
- b) La igualdad ante la ley.
- c) Derecho a ser juzgado por el tribunal que la ley señale y que se halle establecido con anterioridad a la perpetración del hecho y a no ser juzgado por comisiones especiales.
- d) Derecho al respeto y a la protección de la vida privada y pública de la persona lo mismo que a su honra y a la de su familia.
- e) Derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.
- f) Derecho a la libertad de conciencia, a la manifestación de todas las

creencias y al ejercicio libre de todos los cultos que no ofendan la moral, las buenas costumbres o el orden público.

g) Derecho de cada persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, estatal o privado.

h) Derecho a la libertad de enseñanza.

i) Derecho a la libertad de opinión y de información, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.

j) Derecho a reunirse pacíficamente y sin permiso previo y sin armas.

k) Derecho a asociarse sin permiso previo.

l) Derecho a no ser obligado a pertenecer a una asociación.

m) Derecho a la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección y libre contratación.

n) Derecho a que ninguna clase de trabajo pueda ser prohibida.

ñ) Derecho a que no se exija afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo ni la desafiliación para mantenerse en éste.

o) Derecho a sindicarse en los casos y formas que señale la ley.

p) Derecho a que la afiliación sindical sea siempre voluntaria.

q) Derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

r) Derecho a la no discriminación arbitraria por parte del Estado o sus organismos en materia económica.

s) Derecho a la libertad en la adquisición del dominio de toda clase de bienes.

t) Derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, derechos y acciones.

u) Derecho de autor sobre creaciones intelectuales y artísticas de cualquiera especie, por el tiempo que la ley señale y que no sea inferior a la vida del titular.

v) Derecho a vivir en un medio ambiente sano.

Para ejercer este recurso de protección es menester que se den los siguientes presupuestos: 1) Debe tratarse de una acción u omisión arbitraria o ilegal, y 2) Dicha acción u omisión arbitraria o ilegal ha de amenazar, o perturbar o privar en el legítimo ejercicio de los derechos supra indicados. En el caso del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación sólo procede por acción y ésta ha de ser juntamente arbitraria e ilegal.

5.2. Recurso de amparo (art. 21): Hábeas Corpus.

Mediante él la Constitución pretende proteger la libertad personal frente a cualquier acto ilegal o arbitrario que represente una amenaza de perturbación o privación de ella.

5.3. Acción de amparo de la nacionalidad (art.12).

Es una acción de rango constitucional que permite reclamar ante la Corte Suprema por un acto o resolución de autoridad administrativa que prive de la nacionalidad a una persona o que al menos se la desconozca.

5.4. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley (art. 80).

En este caso se trata de la inconstitucionalidad de un precepto legal que ha de desconocer alguno de los derechos garantizados en la propia Carta Fundamental, y requiere de una gestión judicial pendiente en la cual se pretende que no se aplique dicho precepto legal tachado de inconstitucional.

5.5. Acción de nulidad de derecho público.

Prevista en el artículo 7° inciso 3° en consonancia con lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 y en el artículo 73 de la Constitución Política vigente. Es una acción de carácter objetivo en cuanto basta la mera comisión del acto legislativo, administrativo o jurisdiccional que implique la vulneración de la Constitución. Opera por el solo ministerio de la Constitución, ya que el órgano jurisdiccional sólo constata el hecho, y, lo que es más, no cabe que sea saneado el acto por convalidación posterior. En la práctica su desarrollo se ha visto solamente respecto de los actos de la Administración del Estado.

5.6. Acción constitucional de responsabilidad del Estado (art. 38 inc. 2°).

El referido artículo dispone que "cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere acusado el daño".

Esta acción es más específica que la de protección, porque para accionar se requiere haber sufrido un daño o perjuicio por parte de la Administración Pública, de cualquiera de los organismos del Estado o de las municipalidades, sea producido por acto, hecho u omisión en el ejercicio de sus funciones. Mediante él se hace efectiva la responsabilidad objetiva del Estado y abarca toda clase de daños antijurídicos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales (morales).

5.7. Acción indemnizatoria por error judicial en materia penal (art. 19 N° 7 letra i): Procesamiento injusto.

El artículo 19 N° 7 letra i) textualmente dispone: “Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”.

El auto acordado de la Corte Suprema –de 10-04-1996, publicado en el Diario Oficial el 24-05-1996– ha regulado el procedimiento al que debe someterse esta acción.

Es claro que la dignidad de la persona se ve lesionada por el error judicial, tanto en su honra o fama cuanto en su libertad o en su patrimonio.

5.8. Control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (art. 82).

Ya quedó dicho que el control de constitucionalidad está entregado a la Corte Suprema, a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y a los tribunales del fondo por la acción de nulidad de derecho público.

Ahora bien, el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional puede constituir un medio de protección de la dignidad humana y de sus derechos, mediante la declaración de inconstitucionalidad de un proyecto de ley, de un DFL, de un decreto presidencial, o de un simple Decreto Supremo representado de inconstitucionalidad por la Contraloría General de la República, frente a lo cual el Primer Mandatario puede solicitar su pronunciamiento.

5.9. Trámite de "toma de razón" por la Contraloría General de la República.

Este trámite también puede ser visto como otro medio de protección de la dignidad humana y de los derechos que de ella emanan. Está previsto en los artículos 87 y 88 de la Carta Fundamental y en el 10 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República. Constituye un control preventivo de los decretos o resoluciones dictados por la Administración a través del cual ella vela por su constitucionalidad y su legalidad.

6. Conclusiones

Como puede apreciarse, la riqueza de acciones garantizadoras de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana es posible hallarla en la Carta Fundamental sólo si se la interpreta como un todo y no aisladamente. Dicho en otras palabras, la Constitución es un ordenamiento unitario y sistemático, porque tiene un principio básico: el respeto a la dignidad de la persona humana y el sometimiento del Estado a su servicio.

Es claro que la Constitución Política de 1980, en toda la historia constitucional chilena, es la Carta que explícitamente alude a la dignidad humana y a su luz enuncia los derechos más fundamentales, y aunque no define el concepto de dignidad, su misma historia nos revela que lo ha tomado de la filosofía cristiana y es, en consonancia con ella, que debe esclarecerse, interpretarse y aplicarse.

En el convulsionado siglo XX, en el cual se han dado con brutal contraste los horrores contra la persona humana y las encendidas defensas doctrinales y político-jurídicas de ella, aparece nuestra Carta Fundamental unificada en su base al afirmar un principio jurídico suprapositivo, formal en su enunciado y sugerente de contenidos en su concreción histórica: el de la dignidad de la persona humana. Principio axiológico fundamental y contrapuesto a los formalismos coactivos "desenfadados" de un Kelsen o más "moderados" de un Bobbio, de un Hart, etc.

La filosofía cristiana, sobre todo la de raigambre aristotélico-tomista, preside, pues, nuestra actual Carta Política. De ella dimanan la concepción del hombre, de la sociedad y de la política. Y es esa concepción la aprobada plebiscitariamente y consensuada –o lo que es lo mismo, consentida por los personeros opositores al gobierno del Presidente Pinochet al aceptar el plebiscito previsto en ella y que se llevó a cabo en octubre de 1988–, y nuevamente reconocida y respetada al modificar su articulado por la reforma de 1989.

Finalmente, no cabe duda que el pueblo todo se ha sujetado a ella en las elecciones políticas y municipales posteriores. También se han consensuado otras reformas que significan un explícito reconocimiento de su articulado permanente. Pues bien, en su base se hallan los principios humanistas y cristianos referidos. Todo esto permite afirmar la validez jurídica de la Constitución en los principios de derecho natural que se asientan en el carácter de persona que tiene cada uno de los hombres, y no derivarla de una hipotética norma fundamental, máscara de la fuerza triunfante.

La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980

José Díaz Nieva

UNIVERSIDAD EUROPEA - CEES, MADRID

Eduardo Andrades Rivas

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, CONCEPCIÓN

Introducción

Una de las múltiples llamadas de atención que puede ocasionar la lectura de la Constitución chilena de 1980 es aquella que hace alusión a la composición del Senado, evidentemente nos estamos refiriendo a la presencia de los senadores institucionales como elemento integrante en paralelo con senadores de elección popular. Uno de ellos, el ex senador William Thayer, ha resaltado esta circunstancia al declarar que "la integración del Senado con miembros escogidos o designados por mérito o experiencia y no elegidos por voto directo popular ha suscitado polémica".¹ En múltiples ocasiones se han escuchado referencias a la presencia de estos senadores, sobre todo en el período de 1989 - 1997, como uno de los resquicios de la dictadura y como una figura poco democrática y un tanto extravagante.² Serían, en las palabras de los gobernantes post 1990, los llamados "enclaves autoritarios",³ subsistentes en la Carta chilena, y ello pese a la reforma consensuada de 1989.

Por otro lado, puede constatarse el desconocimiento que fuera de Chile existe en relación con esta figura. Así, por ejemplo, un documento divulgativo de la Unión Interparlamentaria alude a la composición de los citados miembros del Senado chileno en estos términos: "Diez senadores adicionales (a los 38 senadores elegidos en las 13 regiones del país) son designados por el Presidente entre ciertas categorías de los altos cargos, como estipula la Constitución, mientras que los ex Presidentes son miembros vitalicios del Senado".⁴ Es evidente que en un documento de tales

¹ William Thayer Arteaga, "Los senadores institucionales y la función consultiva del Senado", en *Revista de Derecho*, vol. 1, N° 1, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1990, pág. 69.

² Cfr. Cumplido Cereceda, Francisco, y Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría de la Constitución*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1994. Más recientemente ver Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio, y Nogueira Alcalá, Humberto, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, pág. 129; Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo VI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, págs. 65 y ss.

³ Aylwin Azócar, Patricio (Discurso de celebración del primer año de gobierno de la Concertación), *La Tercera*, Santiago de Chile, 12 de marzo de 1991, pág. 12.

⁴ Unión Interparlamentaria Grupo Español, *Sistemas electorales. Estudio comparativo mundial*, Cortes Generales, Madrid, 1992, pág. 35.

características hay que ser breve y conciso, dando tan sólo una pequeña pincelada; pero también se muestra una inexactitud manifiesta, inexactitud que por lo menos puede dar lugar a equívocos.

En este breve trabajo no se pretende abordar con la profundidad que se merece la presencia de los citados senadores institucionales –mal llamados designados–⁵ en el texto constitucional de 1980, y ello por varios motivos: en primer lugar, dado el espacio limitado en el que un artículo debe circunscribirse; en segundo lugar, porque las múltiples facetas que el caso presenta necesitarían un espacio mayor. No obstante, y a pesar de ello, se pretende realizar unas breves pinceladas sobre el tema, con el objeto de precisar cuáles son sus contornos fundamentales.

Composición del Senado

La constitución chilena de 1980 se ocupa de la composición del Senado en su artículo 45. En el mismo se viene a establecer que el Senado chileno tendría una composición mixta de senadores elegidos directamente por los ciudadanos en los diferentes procesos electorales y otros nombrados por diferentes órganos e instituciones del Estado:

Efectivamente, en el Senado chileno existen 38 senadores elegidos directamente por los ciudadanos a razón de dos senadores por cada una de las 19 circunscripciones electorales en las que se divide el país. Conviene recordar que el país está dividido en 13 regiones, de las cuales seis se dividen –a estos efectos– en dos circunscripciones diferentes.⁶

Junto a lo anterior el texto constitucional contempla –como ya se ha apuntado– la presencia de los senadores institucionales, en representación de

⁵ Esta ha sido la nomenclatura usual para denominarlos en Chile, pese a su imprecisión. Se trata, en definitiva, de buscar una descalificación, en un intento de oponerlos a aquellos senadores de elección popular; estos últimos tendrían una legitimidad “democrática” que se niega a aquellos otros.

⁶ El origen de esta distribución político-electoral debe buscarse en la negociación de la Reforma Constitucional de 1989, acordada entre el entonces gobierno del General Pinochet y la oposición política, que como se recordará había triunfado en el plebiscito celebrado en octubre de 1988. El texto de la Constitución original indicaba que cada región (sin importar su mayor o menor población) debía convertirse –a estos efectos– en una sola circunscripción electoral; se pretendía –en cierta forma– reproducir el principio del federalismo clásico de la igualdad jurídica de los Estados federados, aun tratándose en el caso chileno de una simple división administrativa propia de un Estado unitario, aunque en un tímido y creciente proceso de descentralización, iniciado en 1975. Para la reforma de 1989 se acordó que aquellas regiones de mayor concentración poblacional (V, VII, VIII, IX, X y Metropolitana) se debían dividir en dos circunscripciones senatoriales, creándose, así, 12 nuevos puestos senatoriales. Con estas iniciativas también se lograba compensar el peso numérico inicial de los senadores institucionales (9 en el total de 35 senadores originales). Cfr Andrade Geywitz, Carlos, *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile. 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

diversas órganos e instituciones del Estado. Su nombramiento corresponde –según los casos– al Presidente de la República, Corte Suprema y Consejo de Seguridad Nacional:

A) El Presidente de la República elige a un ex rector de universidad y a un ex Ministro de Estado. En ambos casos se exige que hubieran ocupado sus cargos durante dos años continuos. En el segundo caso, además, se exige que el ex Ministro de Estado hubiera ejercido su cargo en períodos presidenciales anteriores a aquel en el cual se realiza el nombramiento.

B) La Corte Suprema elige en votaciones sucesivas⁷ a dos senadores entre los ex miembros de la misma que hubieran desempeñado el cargo, al igual que en el caso anterior, a lo menos durante dos años continuados. La Corte Suprema elige de igual forma y condiciones a un ex Contralor General de la República.

C) Finalmente, el Consejo de Seguridad Nacional elige a un ex Comandante en Jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la fuerza Aérea, y un ex General Director de Carabineros que hayan desempeñado el cargo a lo menos por dos años.

Como se observará, y en relación al documento de la Unión Interparlamentaria antes aludido, los senadores institucionales son nueve y no diez, como afirmaba el mismo; por otro lado, y como se puede constatar, no todos son nombrados o elegidos por el Presidente de la República, sólo en 2 de ellos le cabe una intervención determinante.

Presencia de senadores no electos por votación popular, libre y directa en el Derecho Constitucional comparado

En algunas ocasiones, y escuchando o leyendo a diversos profesores universitarios, políticos, e intelectuales de diversa índole y condición, contrarios a la inclusión y permanencia de los senadores institucionales en el texto constitucional, se ha aludido a la poca o nula legitimidad democrática de los mismos, afirmando, creo que de forma poco reflexiva y fruto más bien del apasionamiento o intereses políticos concretos que de otra cosa, que un Estado no goza de una democracia plena si, como es el caso, todos los componentes del poder legislativo no son elegidos de forma directa por el electorado.

⁷ La justificación de esta forma de elección es que la misma mayoría se exprese en ambas designaciones.

No se quiere hacer alusión al caso británico, verdadera cuna de las modernas libertades democráticas, porque alguien podría considerar a la Cámara de los Lores (en la cual ni uno solo de sus 1.196 miembros, ni siquiera los lores que intervinieron en el *affair* Pinochet, son elegidos por el pueblo) como un anacronismo en los tiempos actuales; no obstante nadie podría dudar que el Reino Unido es un Estado democrático. Claro está que el caso británico no es el único; en esta ocasión se quiere hacer alusión a la composición del Senado en Canadá, Francia, Irlanda e Italia, con ligeras alusiones a otros casos.

Aunque a efectos prácticos Canadá funciona como un sistema unicameral, la Ley Constitucional de 1867 estableció un sistema parlamentario asentado en el bicameralismo. En este sistema la Cámara Alta se compone en la actualidad de 104 senadores designados directamente por el Gobernador General a propuesta del Primer Ministro. La designación como senador era inicialmente con carácter vitalicio; aunque desde 1965 se estableció la obligación de dejar su cargo a los 75 años. En relación a la designación de estos senadores, se debe apuntar el hecho que a efectos prácticos existen cuatro regiones senatoriales: Oeste, Ontario, Quebec y la Marítima. A cada uno de estos territorios se les asigna un total de veinticuatro senadores. Existen, además, tres supuestos territoriales excepcionales: Terranova, que posee una asignación de seis senadores, y la representación de los territorios del Noroeste y Yukon, cuya representación queda fijada –para cada uno de ellos– en un senador. No obstante, y a pesar de lo aquí apuntado, esta designación se realiza al margen de los intereses de las provincias, las cuales no tienen ni tan sólo un derecho de audiencia ante el Primer Ministro, antes que éste decida sobre la susodicha designación.⁸

La gran mayoría de las antiguas colonias británicas han seguido modelos similares al canadiense: en Bahamas el Senado está compuesto por dieciséis miembros designados por el Gobernador General, nueve a propuesta del Primer Ministro, cuatro a la del Jefe de la Oposición y tres por acuerdo conjunto. En Granada el Senado está compuesto por trece miembros, estos son designados por el Gobernador General, siete a propuesta del Primer Ministro, tres a propuesta del Jefe de la Oposición y tres después de mantener consultas con los grupos de interés. En Jamaica los veintiún senadores son elegidos por el Gobernador General: trece a propuesta del Primer Ministro y ocho a propuesta del Jefe de la Oposición. En todos los casos antes citados los senadores duran en sus cargos cinco años. Procedimientos similares se siguen en Barbados, Santa Lucía y en Trinidad Tobago.⁹

⁸ Cfr. Enoch Alberdí Rovira, "El Senado canadiense", en *Ante el futuro del Senado*, Generalitat de Catalunya - Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1996, págs. 215-232.

⁹ Cfr. Antonio A. Martino, *Sistemas electorales*, ADVOCATUS, Córdoba (Argentina), 1999.

En el caso de Francia el Senado está compuesto por 321 miembros y ni uno de ellos es elegido por sufragio universal y directo; por el contrario, éstos son elegidos por un reducido colegio de electores cuya composición no pasa de los 145.000 miembros. Este colegio está compuesto por los diputados de la Asamblea Nacional por el Departamento respectivo, los diputados provinciales y regionales, y los delegados de los diferentes consejos municipales (esta categoría representa cerca del 95% de los miembros del citado colegio electoral, esta circunstancia ha llevado a referirse al Senado francés como un foro de "representación de los notables locales y los intereses agrícolas".¹⁰

Cabría apuntar el hecho de que la cantidad de senadores elegidos en representación de cada departamento es proporcional al tamaño del mismo, oscilando entre los doce de París y el único de Corrèze. De esta forma se eligen 296 senadores por los departamentos metropolitanos, ocho en representación de los departamentos ultramarinos (Guadalupe, Martinica, Reunión y Guayana). Los territorios de ultramar (Wallis y Futuna, Nueva Caledonia y la Polinesia francesa) designan a un total de tres senadores. En representación de Saint Pierre-Miquelon se elige un senador y otro por la isla de Mayotte. Por su parte, el llamado Consejo Superior de Franceses en el Extranjero elige a doce senadores.¹¹

Casos similares a Francia se plantean en países como Austria y Alemania, cuyos senados representan los intereses de los diferentes *Lander*. Así, por ejemplo, en el caso alemán la cámara de senadores, llamada *Bundesrat* o Consejo Federal, está compuesta por 69 miembros nombrados por los diferentes Gobiernos de los 16 *Lander* que componen Alemania. La designación de escaños se realiza en proporción con su población: cada Land tendrá un mínimo de tres senadores; los *Lander* con más de dos millones de habitantes tendrán cuatro, los de más de seis millones de habitantes, cinco, y los de más de siete millones de habitantes, seis. En este caso, cabe destacar que su duración depende de la de los gobiernos de cada *Land*, que pueden deponerlos cuando lo estimen pertinente. El caso austríaco tiene ligeras variaciones, una composición de 61 miembros y una duración de cinco o seis años, en base a los *Lander* que representan.¹²

El caso de Irlanda es realmente curioso. El artículo 18.1 de la Constitución irlandesa establece que su Senado (*Seanad Éireann*) estará compuesto por

¹⁰ Ramón Cotarelo, "Francia", en Ramón Cotarelo, *Sistemas políticos de la Unión Europea*, Editorial Universitas, Madrid, 1993, pág. 123.

¹¹ Georges Burdeau, *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*, Editora Nacional, Madrid, 1981, págs. 687-694

¹² Para los casos de Alemania y Austria puede consultarse las obras ya citadas de Enoch Alberdi Rovira o Ramón Cotarelo.

sesenta miembros, cuarenta y nueve de los cuales son "elegidos" y los once restantes nominados: los once senadores nominados son designados por el *Taoiseacht* (Primer Ministro); en este caso ni la Constitución ni ninguna otra disposición legislativa establece ningún tipo de límites o prerrogativas. El profesor Juan Maldonado deja patente que este hecho le concede un margen de discrecionalidad considerable.¹³ Los cuarenta y nueve senadores electos lo son con base a un sistema de representación corporativa; la Constitución establece los siguientes cupos:

1º) En primer lugar habría que apuntar que la Universidad de Dublín y la Universidad Nacional de Irlanda eligen tres cada una de ellas. Estos senadores son elegidos a través del voto irlandés graduado por una de estas universidades; en el caso de la Universidad de Dublín podrán votar aquellos ciudadanos mayores de veintiún años que sean poseedores de determinadas becas aunque no estén graduados.

2º) Los restantes cuarenta y tres senadores electos lo serán entre cinco grupos de candidatos profesionales que sean acreedores de conocimiento y experiencia práctica en los siguientes campos:

a) Idioma y cultura nacional, literatura, arte y educación, al que corresponden cinco senadores.

b) Agricultura y sectores afines y pesquerías, al que le corresponden once senadores.

c) Trabajadores, organizados como no organizados, que elegirán once senadores.

d) Industria y comercio, incluyendo la banca, las finanzas, la contabilidad, la ingeniería y la arquitectura, con nueve senadores.

e) Administración pública y servicios sociales, incluyendo el voluntariado social, con derecho a elegir nueve senadores.

El cuerpo electoral que ha de elegir a estos senadores está compuesto por los miembros de la nueva *Dail* (Cámara de representantes), por los miembros salientes del Senado y por los Concejales y representantes de los condados; en total no suman más de 9000 electores.

Un caso similar al anterior es el Senado del Land de Baviera. Según establece el artículo 35 de su Constitución (se recuerda que Alemania es un Esta-

¹³ Juan Maldonado, "Irlanda", en Ramón Cotarelo, op. cit, pág. 187.

do federal), el Senado deberá estar constituido por sesenta miembros; siendo su representación la que sigue: once representantes del sector agrícola y forestal, cinco representantes de la industria y el comercio, cinco representantes de los oficios artesanos, once representantes de los sindicatos, cuatro representantes de las profesiones laborales, cinco representantes de las cooperativas del campo, cinco representantes de las confesiones religiosas, cinco representantes de las organizaciones benéficas, tres representantes de las universidades y academias y seis representantes de los municipios y de las entidades locales menores. El artículo 36 establece que estos senadores serían elegidos por las Corporaciones siguiendo principios democráticos; los representantes de las confesiones religiosas son nombrados por éstas.¹⁴

Cabría hacer, por último, referencia al caso italiano. La Constitución de 1947 establece que junto a los trescientos quince senadores de elección popular estarán cinco ciudadanos que hayan enaltecido –tal y como reza el artículo 59 de dicho texto– a la Patria por sus méritos extraordinarios en el ámbito social, científico, artístico y literario. Junto a ellos se sentarían, con la calidad de senadores natos y vitalicios, salvo renuncia, quien hubiera ocupado el cargo de Presidente de la República.¹⁵

No deja de resultar interesante el hecho de considerar que, pese a la composición de los Senados, en los países a los que se ha hecho referencia, nadie ha osado mantener una polémica similar a la que se viene utilizando para el caso chileno. La integración de senadores institucionales o elegidos mediante mecanismos diferentes al sufragio universal es algo frecuente, y más habitual de los que muchos creen o conocen.

La composición del Senado en los textos constitucionales chilenos¹⁶

Con el objeto de ubicar el Senado de la Carta en la dilatada evolución constitucional chilena conviene echar un breve vistazo a la historia de los textos constitucionales del país:

¹⁴ Laureano López Rodó, "Sufragio indirecto y corporativismo", en AA.VV., *Razonalismo. Homenaje a Fernández de la Mora*, Fundación Balmes, Madrid, 1995, págs. 254-255.

¹⁵ Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, págs. 312-313 y 318.

¹⁶ Los datos han sido sacados de Luis Valencia Avaria, *Anales de la República*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1986. Para un estudio más detenido sobre la evolución de esta institución cabe destacar la obra coordinada por Gonzalo Vial Correa, *Historia del Senado de Chile*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1995.

El primer texto constitucional chileno (el Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria) data de 1811, convirtiéndose en uno de los primeros documentos de esta magnitud en el constitucionalismo iberoamericano. Aquel texto creaba un congreso unicameral, como único depositario de la voluntad del reino (art. 1). La convocatoria para el primer congreso establecía un número de diputados proporcional a la población, fijándose inicialmente en treinta y seis sus integrantes, aumentando a cuarenta y dos tras las instancias realizadas por el cabildo de Santiago, que estimó que debería tener una mayor representación.

La primera vez que en Chile nos encontramos con la figura del Senado es en el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812. Los arts. 7 y 10 de dicho Reglamento establecían una cámara compuesta únicamente por siete miembros, cuya elección se realizaba por suscripción; correspondiendo dos a cada una de las provincias de Concepción y Coquimbo y tres a Santiago. Su mandato era de tres años. El Reglamento para el Gobierno Provisorio de 1814 creaba un *Senado Consultivo* de siete miembros, que eran nombrados por el llamado *Director Supremo* (Jefe de Estado) a propuesta de la Junta de Corporaciones.¹⁷ La citada Junta estaba formada por el presidente del Tribunal de Apelaciones, el alcalde de Santiago, el obispo, los priores de los conventos, el rector de la Universidad de San Felipe y los jefes superiores de los cuerpos armados (título final). Por su parte, el Proyecto de Constitución Provisoria de 1818 establecía un Senado, (título III) compuesto por cinco vocales elegidos por el Director Supremo (título II - capítulo II - art. 1º). A la hora de establecer quiénes deberían ocupar esos puestos en el Senado se establecen unos curiosos requisitos: ser ciudadanos mayores de treinta años, de acendrado patriotismo, de integridad, prudencia, sigilo, amor a la justicia y bien público, no pudiendo ejercer dicho cargo los Secretarios de Gobierno, ni sus dependientes, ni aquellos que administren intereses del Estado (título II - capítulo II - art. 8º).

La Constitución de 1822 es la primera que establece un sistema estrictamente bicameral. Efectivamente, junto a la Cámara de Diputados se creaba una segunda cámara: el Senado propiamente dicho. En esta cámara debían estar representados los diferentes grupos sociales y del poder: los ex Directores Supremos; los miembros de la Corte de Representantes, elegidos por la Cámara de los Diputados, los ministros de Estado, los obispos con jurisdicción en el territorio; un miembro del Tribunal Supremo de Justicia, nombrado por el mismo Tribunal; tres altos Jefes del Ejército, que al menos ostentasen el grado de brigadier, nombrados por el Ejecutivo; el Delegado Directorial del departamento en que abra sus sesiones el Con-

¹⁷ Especie de asamblea sin representación legal, pero que reunía a los principales organismos públicos del Reino.

greso; un doctor por cada Universidad, nombrado por el claustro; dos comerciantes y dos hacendados con un patrimonio superior a los treinta mil pesos, nombrados por la Cámara de Diputados (art. 18).

La Constitución de 1823 estableció el llamado *Senado conservador y legislador*: obra del insigne jurista Juan Egaña.¹⁸ Este Senado debía estar compuesto por nueve miembros (art. 36), encargados –entre otras cosas– de sancionar las leyes que promulgaba el *Director Supremo* (art. 38. 2). Entre sus funciones también estaba el velar por la moralidad pública (art. 38. 4). Los requisitos –aparte de la edad (35 años) y la residencia– para ser senador eran los propios del sufragio censitario de la época: poseer propiedades cuyo valor no bajase de los cinco mil pesos (art. 37).

El proyecto de Constitución Federal de 1827¹⁹ establecía un Senado elegido por las Asambleas Provinciales, a razón de dos por cada asamblea, dieciséis en total, según el modelo de la carta de Filadelfia de 1788.²⁰ Por su parte, la Constitución de 1828 hereda, a la hora de abordar la configuración del Senado, el frustrado intento federalista de 1826; efectivamente, la Cámara de Senadores quedó conformada de miembros elegidos por las diversas Asambleas Provinciales, a razón de dos por cada provincia (art. 30).

La Constitución de 1833 estableció inicialmente un Senado compuesto por veinte miembros²¹ (art. 25); éstos eran elegidos de forma indirecta, por un colegio electoral especial (art. 26). Los senadores duraban en sus cargos un período de nueve años y se renovaban por tercios cada tres años (art.33). La reforma de 13 de agosto de 1874 introduce modificaciones sustanciales. Desde esa fecha y hasta 1925 el Senado se componía de miembros elegidos directamente por el electorado, los senadores eran elegidos por cada una de las provincias en las que se dividía el país, a razón de uno por cada tres diputados y por una fracción de dos. Duraban seis años en el ejercicio de sus cargos y se renovaban de igual forma que en su versión primigenia (art. 24).

Finalmente, cabría aludir a la Constitución de 1925. En esa carta el Senado estaba compuesto por cuarenta y cinco senadores, cinco por cada una de

¹⁸ Destacado hombre público de origen limeño, padre de Mariano Egaña, a su vez redactor de la Carta Política de 1833.

¹⁹ Obra al parecer de Francisco Ramón Vicuña, bajo la dirección de José Miguel Infante, adalid del federalismo en Chile, en la época de los ensayos político-teóricos.

²⁰ Una de las leyes federales dictadas en 1826 dividió al país en ocho provincias autónomas, a imagen de los Estados de la Unión Americana; de ellas, solo tres tuvieron existencia real.

²¹ Como veremos más adelante, don Mariano Egaña –que fue autor, en el proceso de discusión del texto, de un voto particular que en definitiva inspiró gran parte del texto aprobado– era partidario de una integración del Senado distinta a la contenida en la carta Magna de 1833.

las nueve agrupaciones provinciales en la que se encontraba dividido Chile en aquel entonces.²² El Senado se renovaba cada cuatro años por parcialidades. Cada senador duraba en su cargo ocho años (arts. 40 y 41).

La composición del Senado durante el proceso constituyente de 1977-1980.

Los preparativos para la elaboración de un primer borrador de lo que debería convertirse en un nuevo texto constitucional se inician tras el nombramiento de una Comisión de Estudio nombrada por la Junta de Gobierno.²³ Esta Comisión estuvo presidida por Enrique Ortúzar Quiroz, formaban parte de ella además Sergio Díez Urzúa, Enrique Evans de la Cuadra, Jaime Guzmán Errázuriz, Gustavo Lorca Rojas, Jorge Ovalle Quiroz, Alejandro Silva Bascuñán y Alicia Romo Román. Esta Comisión sufrió algunas modificaciones en cuanto a sus componentes. Los constitucionalistas Alejandro Silva y Enrique Evans la abandonan cuando el Partido Demócrata Cristiano rompe con el Gobierno del General Pinochet y pasa a estrechar vínculos con la oposición; son sustituidos por Luz Bulnes Aldunate y Juan de Dios Carmona Peralta. Poco tiempo después Jorge Ovalle Quiroz también abandonaría la Comisión al dimitir de la misma y seguir la disidencia del General Gustavo Leigh. Este último fue sustituido por Raúl Bertelsen Repetto.

La Comisión terminó de redactar el primer anteproyecto en agosto de 1978. En este primer proyecto (artículo 51) se contemplaba un Senado integrado por treinta miembros elegidos por votación directa en Colegio Electoral único para toda la república. Además, el Senado estaría integrado por: a) los Presidentes de la República, que pertenecerán a él por derecho propio y con carácter vitalicio; b) por un ex Presidente de la Corte Suprema, elegido por ésta; c) un ex Controlador General de la República, designado por el Presidente de la República con acuerdo de la Cámara de Diputados; d) un ex Comandante en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, y un ex General Director de Carabineros; que lo serán, en cada caso, los que hayan cesado en el cargo con fecha más próxima al momento en que debe producirse la designación; e) un ex Ministro de Relaciones Exteriores que hubiere servido el cargo por más de dos años, elegido por quienes hubieren desempeñado igual función por un lapso no inferior a un año; f) dos ex Ministros de Estado designados por el Presi-

²² Por ley de reforma constitucional N° 16.672, de 2 de octubre de 1967, se creó una décima agrupación provincial senatorial en el extremo sur del país, por lo que en definitiva los senadores fueron cincuenta hasta la clausura del Congreso Nacional en 1973.

²³ La Comisión fue nombrada ya en septiembre de 1973, a escasos días del cambio de gobierno.

dente de la República de entre quienes hayan ejercido el cargo por más de dos años, en un período presidencial anterior a aquel en el cual se realiza la designación; g) un ex Rector de universidad, elegido por los Rectores de las universidades estatales o reconocidas por el Estado; h) un ex Presidente de la Cámara de Diputados, elegido por ésta de entre quienes hubieren desempeñado dicha función por más de un año; e i) un ex Embajador, designado por el Presidente de la República de quienes hubieren servido el cargo por más de dos años, durante un período presidencial anterior a aquel en el cual se realiza la designación. Los senadores a que se refieren las letras anteriores, exceptuados los ex Presidentes de la República, durarían cuatro años en sus funciones. Su elección o designación se realizaría en conformidad a la ley, dentro de los quince días siguientes a cada elección general de parlamentarios, y asumirían sus funciones conjuntamente con quienes resultasen elegidos en ésta. En el evento que la persona nominada no aceptase el cargo, incluidos los casos de la letra d), éste se proveería en la forma que se ha señalado precedentemente, según el caso que correspondiese.²⁴ De tal forma se recogía en el texto del proyecto una ya antigua iniciativa de integración mixta que detallaremos más adelante.

Este primer anteproyecto fue entregado al Consejo de Estado para su estudio, con la intención que modificase y mejorase todo aquello que a su juicio fuera necesario. El Consejo terminó su labor en el mes de julio de 1980. El presidente del Consejo, don Jorge Alessandri Rodríguez, tendría al respecto una influencia decisiva en la generación del Senado. En efecto, el texto redactado por el Consejo de Estado, que difería en muchas materias del anteproyecto de la Comisión, coincidía con este último en la integración mixta de la cámara alta. En el nuevo texto presentado al Presidente de la República y a la Junta de Gobierno y en relación con el Senado se establecía, en resumen, lo siguiente:

Artículo 45. El Senado se integra con miembros elegidos por votación directa por cada una de las trece regiones en que se encuentra dividido el país. A cada región le corresponde elegir dos senadores, salvo a las V y VIII, que elegirían tres cada una, y la Metropolitana, que elegiría seis. En total los senadores elegidos popularmente eran treinta y dos. Además estaría integrado:

a) por los ex Presidentes de la República que hayan desempeñado el cargo durante seis años de forma continua... estos senadores lo serán por derecho propio y con carácter vitalicio;

²⁴ Cfr. Bulnes Aldunate, Luz, *Constitución Política de la República de Chile, Concordancias, Anotaciones y Fuentes*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1981, págs. 260 y 261.

- b) Por un ex Presidente de la Corte Suprema que se haya desempeñado como tal por tres años continuos y que no pertenezca al tribunal;
- e) Por un ex Contralor General de la República, que hubiere desempeñado el cargo por tres años continuos;
- d) Por un ex Comandante en Jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea, y un ex General Director de Carabineros;
- e) Por un ex Rector de la Universidad de Chile o de las universidades reconocidas por el Estado, que hubiere desempeñado el cargo por tres años continuos;
- f) Por dos ex Ministros de Estado, que hubiesen ocupado el cargo por más de tres años continuos o discontinuos, en períodos presidenciales anteriores a aquel en que se efectuó la designación.

Los senadores indicados en las letras b) a f) serían designados por el Presidente de la República quince días después de la elección general de parlamentarios y durarían hasta que expirase el mandato del mismo Presidente que los nombró. Las vacantes serían proveídas en el mismo plazo de quince días, contado desde que se produjesen.²⁵

Finalmente el proyecto del Consejo de Estado fue entregado al Presidente de la República, quien lo derivó a la Junta de Gobierno, que a su vez nombró un "Grupo de trabajo"²⁶ que revisó y modificó el texto, que fue el que finalmente se aprobó por el plebiscito de 11 de septiembre de 1980. El texto, en definitiva, fue el siguiente:

"El Senado se integrará con miembros elegidos en votación directa por cada una de las trece regiones del país. A cada región corresponderá elegir dos senadores, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva:

Los senadores elegidos por votación directa durarán ocho años en su cargo y se renovarán alternativamente cada cuatro años, correspondiendo hacerlo en un período a los representantes de las regiones de número impar y en el siguiente a los de las regiones de número par y la Región Metropolitana.

²⁵ Cfr. Bulnes Aldunate, Luz, op. cit. Páginas 344 y 345.

²⁶ Integrado por los Ministros del Interior, Sergio Fernández Fernández; Justicia, Mónica Madariaga Gutiérrez; los auditores de las tres ramas de la defensa nacional, Gral. A. Lyon, Almirante Aldo Montagna, Gral. de aviación Enrique Montero y el auditor de Carabineros Mayor Harry Grünwald, junto al secretario de la Junta de Gobierno, Capitán de Navío Mario Duvauchelle R.

El Senado estará integrado también por: a) por los ex Presidentes de la República que hayan desempeñado el cargo durante seis años de forma continua, estos senadores lo serán por derecho propio y con carácter vitalicio; b) por dos ex Ministros de la Corte Suprema designados por este tribunal, entre las personas que hayan desempeñado el cargo durante 2 años continuos, e) por un ex Controlador de la República, designado por la Corte Suprema, entre las personas que hayan desempeñado el cargo durante 2 años continuos; d) un ex Comandante en Jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea y un ex general Director de Carabineros que hayan desempeñado el cargo a lo menos por dos años, elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, e) por un ex Rector de la universidad estatal o de las universidades reconocidas por el Estado, designados por el Presidente de la República, entre las personas que hayan desempeñado el cargo por un período de 2 años continuos; f) un ex Ministro de Estado, que haya ejercido el cargo por más de dos años continuos, en períodos presidenciales anteriores a aquel en el cual se realiza el nombramiento, siendo designado también por el Presidente de la República. Los senadores a que se refieren las letras b), e), d), e) y f) durarán en sus cargos ocho años. Si sólo existieran tres o menos personas que reúnan las calidades y los requisitos exigidos en las letras b) y f), la designación correspondiente podrá recaer en ciudadanos que hayan desempeñado otras funciones relevantes en otros organismos, instituciones o servicios mencionados en cada una de las letras citadas”.

La reforma constitucional de 1989 dejó finalmente el citado art. 45 en la transcripción que de él se ha realizado en el inicio del presente trabajo.

Algunos antecedentes en relación a la figura de los senadores designados como justificación histórico-política de la institución

La idea de que el Senado acogiese elementos cuya legitimidad no procediese únicamente de un proceso electoral basado en el sufragio tiene una larga data en la historia constitucional chilena. Un primer antecedente lo encontramos en la discusión de la Carta Política de 1831. Don Mariano Egaña, principal redactor del texto, no firmó el proyecto de mayoría de la subcomisión de reforma designada por la Gran Convención de 1831. Fue autor del llamado “Voto Particular” que a la larga inspiró gran parte del texto aprobado por la Gran Convención en 1833. Sobre el particular, don Mariano Egaña, por influencia de su larga estadía en Inglaterra, apoyaba la idea de un parlamento a semejanza del británico, es decir, con una Cámara Alta o Senado de catorce miembros de elección popular y otros nominados de acuerdo a la Constitución, de origen no popular, como:

"El magistrado que ejerce la superintendencia de la administración de justicia, los ex presidentes de la República, los arzobispos y obispos de diócesis de Chile, los dos consejeros de Estado más antiguos, el superintendente general de la Instrucción Pública".²⁷ La presidencia del Senado correspondería al magistrado que ejerciera la superintendencia de la Administración de Justicia.

Aunque ésta fue precisamente una de las materias en que la Gran Convención no siguió el proyecto de Egaña, es el primer antecedente de un Senado integrado en forma mixta, con un muy alto porcentaje de senadores de origen no popular (un tercio). La intervención y opinión contraria a esta idea, manifestada por don Diego Portales, especialmente en cuanto a la duración (de por vida) de los senadores, parece haber sido definitiva al respecto.²⁸

En buena medida el texto aprobado de la Carta del 33 fue aplicado mediante una muy importante participación del Presidente de la República en la elección de los senadores. En el periodo de los decenios (1833-1871) o portaliano,²⁹ los Presidentes usaron su poder electoral³⁰ para llevar al Senado a los candidatos que preferían. Más tarde en el periodo llamado liberal (1871-1891) o presidencial de partido³¹ los Presidentes buscaron influir mediante la denominada "intervención electoral", o sea, por el fraude practicado en las elecciones, en una actitud de verdadera esquizofrenia política, pues por una parte favorecían la evolución del sistema electoral hacia una amplia libertad, y por la otra, al percatarse de la posibilidad del triunfo de los adversarios,³² recurrían a la fuerza para procurarse mayorías adictas en el Senado (y en la Cámara Baja).³³

²⁷ Carrasco Delgado, Sergio, "Composición del Senado de Chile. Institución de los senadores designados", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 185, enero-junio de 1989, Concepción, pág. 30.

²⁸ Cfr. Eyzaguirre Gutiérrez, Jaime, en *Historia de Chile*, Editorial Zig-Zag, 1973, tomo II, pág. 545: "...Así, el rechazo de la institución de senadores vitalicios, propiciada por Egaña, y la mantención de la norma de la Carta de 1833, de que los esclavos que pisaren el territorio chileno quedasen libres, se debieron a la directa ingerencia de Portales". En el mismo sentido consultar Salvat Monguillón, Manuel, "Los senadores designados" en *El Mercurio*, Santiago de Chile, 7 de enero de 1990; Cuerpo A, pág. 2.

²⁹ Denominado de esta forma por corresponder a la época en que la carta de 1833 fue aplicada siguiendo la inspiración política original dada por el fundador de la República, don Diego Portales.

³⁰ En la época el Presidente es llamado "el gran elector" en alusión a los múltiples mecanismos que la ley le brindaba para influir en los resultados de las elecciones.

³¹ Terminología más exacta para designar al Presidente que gobierna apoyado en un partido o combinación de partidos, Cfr. Bravo Lira, Bernardino, *Régimen de gobierno y partidos políticos en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1985.

³² Cfr. Rodríguez Grez, Pablo, *El mito de la democracia en Chile. 1833-1973. De la autocracia a la democracia*, Ediciones EVES, Santiago de Chile, 1985.

³³ Cfr. Carrasco Delgado, op. cit., págs. 30 y 31, y Encina, Fco., y Castedo, Leopoldo, *Resumen de Historia de Chile*, Editorial Zig-Zag, Santiago de Chile, 1985, tomo III. Este volumen contiene la famosa carta autobiográfica del presidente Domingo Santa María (1881-1886), quien se declara partidario de la abierta intervención electoral, por estimarla imprescindible para asegurar el buen gobierno.

En segundo lugar, durante la elaboración de la Constitución de 1925. Diversos autores cuentan como el propio Presidente de la República –Arturo Alessandri Palma– deseaba incluir en la composición de la citada cámara a miembros que pertenecieran a ella por derecho propio. La iniciativa sugerida por el Presidente consistía en una integración mixta de senadores elegidos popularmente y otros por derecho propio: altos funcionarios, ex funcionarios públicos y los delegados de las funciones sociales que determine la ley. El número de estos senadores de origen corporativo no podría superar un tercio del Senado.³⁴

No obstante, sabemos –tal y como reflejan las Actas– que otros líderes políticos, como Miguel Hidalgo, apostaban directamente por el establecimiento de una cámara abiertamente funcional o corporativa.³⁵ Asimismo algunos críticos, como Enrique Zañartu Prieto, apuntaban a que estos senadores no tendrían verdaderamente representación nacional.³⁶ Otros criticaban la forma de designación de estos senadores por parte del Presidente. Por ello Alessandri retiró su iniciativa con el fin de no producir una polémica que habría restado la necesaria unanimidad requerida para avanzar rápidamente en el proyecto de Constitución. Pero el asunto no quedó definitivamente zanjado.

En tercer lugar, y tal vez una de las propuestas más acabadas para transformar al Senado en una cámara con representación de los diversos grupos sociales fue la planteada por Guillermo Izquierdo Araya. Durante la turbulenta administración de Carlos Dávila el nombre de Izquierdo comienza a sonar en los ambientes políticos, cuando los ministros Juan Bautista Rossetti Colombino (Ministro de Trabajo) y Luis Barriga Errázuriz (Ministro de RR.EE.) solicitan de Izquierdo que desarrollase un posible proyecto de reforma constitucional. En relación con el Poder Legislativo, Guillermo Izquierdo proponía que el Congreso Nacional siguiera con sus dos cámaras tradicionales. Inicialmente sus propuestas no incidían en la Cámara de Diputados (que seguiría siendo una cámara política en la que estarían representados los ciudadanos a través de los partidos políticos), pero, en cambio, en relación con el Senado, Guillermo Izquierdo propone una reestructuración radical, dando cabida a los cuerpos intermedios, a los sindicatos y a diferentes agrupaciones de orden económico y social. El Senado estaría así integrado por: el presidente del Colegio de Abogados, el presidente del Colegio Médico, el presidente del Instituto de Ingenieros, el presidente de la

³⁴ Cfr. Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la comisión y subcomisiones encargadas del estudio del proyecto de nueva Constitución Política de la República; Sesión 14, correspondiente al 1 de junio de 1925, pág. 180.

³⁵ Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo VI, *Congreso Nacional, bases generales, composición y atribuciones del Congreso y de las Cámaras. Estatuto de la función parlamentaria*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pág. 66.

³⁶ Cfr. Carrasco Delgado, Sergio, op. cit., pág. 31.

Asociación de Arquitectos, el presidente de la Corporación Nacional de Periodistas, el Inspector General del Ejército, el Inspector General de la Armada, el presidente de la Sociedad Nacional de Agricultura, el presidente de la Sociedad de Fomento Fabril, el presidente de la Academia Chilena de la Lengua (correspondiente de la Española), el Rector de la Universidad de Chile y los Decanos de las facultades existentes en la citada universidad, los presidentes de aquellas instituciones que, por su prestigio adquirido, se hagan acreedoras a este derecho de representación, los delegados sindicales de las diferentes Asambleas Provinciales (Asambleas que estaban previstas en la Constitución de 1925 y que nunca llegaron a constituirse).

Todas las leyes que pudieran comprometer la economía nacional tendrían necesariamente su origen en el Senado; así como todas las leyes relacionadas con el mejoramiento intelectual del país. La cámara política se limitaría a ratificar los acuerdos adoptados por este Senado, siendo necesario que para manifestar su rotunda negativa se alcanzase las 2/3 partes de sus miembros.³⁷

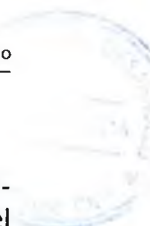
Sobre la necesidad de implantar un senado de esta naturaleza, Guillermo Izquierdo argumentaría años después: "Estoy convencido de que esta reforma constitucional sobre la composición del Senado puede traer beneficios incalculables para el país. El Senado pasaría a ser el más alto exponente de los órganos representativos del Estado, porque reuniría en su seno a un conjunto seleccionado de personeros de las diferentes actividades productoras, comerciales e intelectuales de Chile; conseguiríamos reunir una élite que contribuiría a hacer más justa la legislación, no siempre bien meditada, del político profesional, y procuraría morigerar los apasionamientos de la labor parlamentaria partidista; crearíamos una asamblea de técnicos que serviría de freno para detener el apasionamiento de las asambleas políticas y los desbordes de la ambición voraz de las colectividades políticas tradicionales, que obran más por los impulsos incontrolados de servir a los de sus filas, que por el país mismo."³⁸

En cuarto lugar,³⁹ durante el segundo gobierno del presidente Carlos Ibáñez del Campo (1952-58), el primer mandatario planteó la necesidad de introducir reformas al sistema político, y como una de ellas, la de modificar la

³⁷ Guillermo Izquierdo Araya: *El Gobierno Representativo*, Escuela Tipográfica "La Gratitude Nacional", Santiago de Chile, 1931, vol. II, págs. 287-294.

³⁸ Guillermo Izquierdo Araya: *Política y Derecho en los nuevos tiempos*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1945, pág. 266.

³⁹ Debe considerarse igualmente la propuesta del diputado por Coquimbo don Raúl Marín Balmaceda, quien el 9 de noviembre de 1940 presentara un proyecto de reforma constitucional ante la Cámara de Diputados con el objeto de modificar la integración del Senado. Ver Carrasco Delgado, Sergio, op. cit., pág. 31.



integración del Senado.⁴⁰ Esta reforma había sido redactada por una comisión asesora presidencial presidida por el eminente jurista don Gabriel Amunátegui Jordá. En esencia se sostenía que la integración del Senado debería ampliarse con el objeto de convertirlo en la más alta corporación del Estado, con plena participación de las más importantes funciones públicas. De esta manera se pondría al Senado en un pie de superioridad con respecto a la Cámara de Diputados. En concreto se proponía que el Senado fuera electivo bajo la fórmula de un colegio electoral único (a semejanza del texto original de la carta de 1833) más un "número discreto de miembros libremente elegidos por las funciones de la producción minera, industrial y agrícola, del transporte y del comercio, con representación paritaria del capital y del trabajo; de la función educacional y de otras que influyen notoriamente en el progreso del país".⁴¹

En quinto lugar y años más tarde, el Presidente don Jorge Alessandri Rodríguez, en su proyecto de reforma constitucional de 7 de julio de 1964,⁴² proponía un Senado de integración mixta, con treinta senadores de elección directa más los ex Presidentes de la República; dos ex presidentes del Senado y dos de la Cámara de Diputados elegidos por cada corporación; dos ex presidentes de la Corte Suprema designados por ésta entre quienes hubieren desempeñado el cargo por tres años; un ex Controlador General designado por el Presidente de la República entre quienes se hubieren desempeñado en el cargo por 5 años; dos ex rectores de Universidad designados por el Consejo de Rectores de entre quienes se hubiesen desempeñado por 5 años en tal cargo, cuatro representantes empresariales designados por el Senado de ternas confeccionadas por cada actividad empresarial⁴³ y dos representantes de los empleados y dos de los obreros, designados igualmente por el Senado de ternas formadas por las asociaciones con personalidad jurídica con mayor cantidad de afiliados.⁴⁴ El ex Presidente argumentaba que era necesaria la existencia de una Cámara que estuviera constituida por "*los mejores hombres*" con el objeto de "*asegurar el predominio de la experiencia y la capacidad en sus resoluciones y que ellas se aparten del interés meramente electoral*".⁴⁵

Por otro lado, y para finalizar este apartado, recordar que la idea de un Senado cuyos componentes no fueran elegidos por el sufragio, y tuvieran

⁴⁰ Cfr. el *Mensaje del Presidente de la República* Carlos Ibáñez del Campo de 21 de mayo de 1955.

⁴¹ Mensaje del Presidente de la República de 21 de mayo de 1955, pág. 41.

⁴² Cfr. *Boletín de la Cámara de Diputados*, Legislatura Ordinaria, sesión 13, de 7 de julio de 1964, pág. 1166

⁴³ Las actividades serían las Sociedades Agrícolas, la Sociedad Nacional de Minería, la Sociedad de Fomento Fabril y la Cámara Central de Comercio.

⁴⁴ Cfr. Carrasco Delgado, Sergio, op. cit., pág. 32, y Thayer Arteaga, William, op. cit., pág. 87.

⁴⁵ Sergio Carrasco Delgado, *Alessandri. Su Pensamiento constitucional. Reseña de su vida pública*, Editorial Jurídica de Chile - Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1987, pág. 87.

una base funcional o corporativa, ha tenido –en Chile, al igual que en otras partes– defensores en diversos medios políticos e intelectuales: desde los socialcristianos, como el propio Eduardo Frei Montalva, hasta los nacionalistas, como Guillermo Izquierdo, pasando por liberales, conservadores, radicales, o amplios sectores de la izquierda;⁴⁶ no es aquí el momento de citar y dar cabida a cada una de estas propuestas, baste por lo tanto las referencias realizadas hasta el momento.

Nota final sobre los senadores designados

Se han esgrimido muchos argumentos a favor y en contra de la institución que venimos comentando. Dentro de los primeros, llama la atención una notable omisión de nuestros polemistas: la función consultiva.

La Constitución encomienda al Senado dar su dictamen al Presidente de la República cuando éste lo solicite (art. 49, N° 10). Esta circunstancia debe considerarse como el efectivo aporte que pueden brindar estos senadores al debate dentro de la Corporación, debido a su especial experiencia, considerando el carácter técnico del Senado en relación con la función más propiamente política de la Cámara de Diputados. Su función podría ser entonces considerada como fundamentalmente consultiva, por el peso de sus argumentaciones, aun cuando participen con propiedad en la votación de los proyectos de ley y a la vez como un elemento moderador de los debates dentro del Senado, pues su comportamiento no obedece a la lógica de los acuerdos partidarios o alianzas políticas, sino a la búsqueda de soluciones técnicas fundadas en la conveniencia intrínseca de las decisiones a tomar.⁴⁷

Pese a todo, la posible modificación del art. 45, en relación con los senadores designados, continúa siendo uno de los debates que, al parecer, siguen pendientes. Sobre este hecho se quiere dejar patente, al menos dos observaciones: 1°) la aplicación de la institución durante los últimos diez años ha mostrado su utilidad como mecanismo de “moderación del debate político”. 2°) Tanto el gobierno de Augusto Pinochet como la administración de Eduardo Frei Ruiz-Tagle han ejercido la potestad de nombrar los senadores que el texto constitucional les facultaba.

⁴⁶ Entre otra documentación, y como una primera aproximación al tema, ver el trabajo de Gonzalo Larios Mengotti, *La idea corporativa en Chile 1931-1941*, Tesis para optar al grado de licenciado en historia, Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica, Santiago de Chile, 1988.

⁴⁷ Cfr. Díez Urzúa, Sergio, entrevista en *El Mercurio*, Santiago de Chile, 6 de noviembre de 1989. Asimismo consultar: Cea Egaña, José Luis, *El sistema constitucional de Chile, síntesis crítica*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Santiago de Chile, 1999.

Pese a lo anterior, se puede argumentar que los senadores elegidos por Eduardo Frei han optado por alterar los equilibrios políticos dentro del Senado al pasar a engrosar las bancadas de sus respectivos partidos, al contrario de lo ocurrido en el primer período, en el que a pesar de las preferencias políticas de los mismos, se mantuvieron al margen de la actividad partidista.

Pese a todo la modificación del art. 45 podría plantear varias alternativas:

1º) Mantener la actual composición de la institución, alterando la actuación de los senadores institucionales; éstos podrían tener un derecho preferente de voz, pero perderían la capacidad de voto.

2º) Mantener la actual composición de la institución, alterando la presencia de los senadores institucionales. Cabría la posibilidad de integrar en los mismos representantes de la juventud, comunidades religiosas, sectores económicos y sociales; por el contrario, se podría reducir el número de senadores designados por el COSENA.

3º) Sustituir los actuales senadores institucionales por otros que representasen los intereses de las diversas regiones de Chile.

4º) Finalmente, cabría plantear su total eliminación. En este caso se podría plantear la posibilidad de creación de un Consejo de Estado, similar al que existía en la Constitución de 1833, y que fue eliminado en la reforma de 1925 y en el actual texto de 1980.

Se ha querido dejar estas breves sugerencias, en un intento de provocar un posible debate académico sobre el tema, más allá del apasionamiento de la política.

Persona humana, autonomía privada y orden público económico

Enrique Alcalde Rodríguez

Vicedecano y Profesor de Derecho Civil
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Persona humana y autonomía privada

A modo de premisa, cuya fundamentación excede los propósitos de estas notas, advertimos que nuestra posición parte de un concepto del Derecho que supone su identificación con “lo justo”, esto es, con lo debido a otro en razón de una cierta igualdad o proporción.¹ Por lo mismo, concebimos el orden jurídico como la regulación del obrar humano en lo que atañe a las relaciones de justicia, es decir, de la atribución a personas de aquello que les es suyo y que, por virtud de la fuerza con la cual se vincula a ellas, decimos que les “pertenece” o que les “es debido”.² Para la consecución de este fin, la vida en sociedad –exigencia impuesta por la propia naturaleza humana– determina la necesidad de contar con normas jurídicas que, en cuanto reglas de conducta, y respetando tal naturaleza,³ permitan efec-

¹ Soto Kloss se expresa en relación al punto en los siguientes términos: ““Lo justo” es un objeto determinado en sí mismo, independiente de las disposiciones subjetivas o contingentes del agente que realiza el acto de justicia. La rectitud del objeto, de lo debido, no se determina en función de la subjetividad del hombre, sino por sí misma; la relación jurídica sólo se establece por la mediación del objeto (la cosa): la pretensión de uno y el deber del otro. Los sujetos que son parte de la relación jurídica se relacionan en razón de la cosa (*res*), de un objeto, y este mide su relación y la “ordena”; es un principio de orden, en la medida que exista esa igualdad requerida, que es la que equilibra y “ajusta” la relación. Ese “lo justo” es precisamente el Derecho, el *ius*”. SOTO KLOSS, *Moral y Derecho: Una aproximación a...*, pág. 19.

² Sin embargo, aun entre nosotros, nombres tan ilustres como el del profesor Rodríguez Grez, inspirados en corrientes positivistas, tienen a la justicia por un concepto “ajeno” al Derecho. Ello, p. ej., lo lleva a escribir que “lo estricta y puramente jurídico desdeña el enfoque axiológico... su trascendencia sólo puede apreciarse desde otra perspectiva (la justicia y demás valores), diferente de la proporcionada por el derecho”. RODRÍGUEZ GREZ, *El Derecho como creación...*, pág. 15.

³ En este sentido, la naturaleza del hombre constituye medida de orden y proporción. “Es medida de orden, porque es principio de operación y toda operación tiende a un fin; por lo mismo comporta un orden ínsito en ella, pues no hay finalidad sin ordenación. Y es razón o medida de proporción, porque siendo lo que constituye al hombre como hombre, es criterio a la vez de lo que al hombre corresponde como tal”. HERVADA, Javier, *Historia de la Ciencia del...*, págs. 29 y 31. En esta misma línea, pero refiriéndose a la indisoluble “trilogía” racionalidad-naturaleza-moral, son sustanciales los aportes que proporciona el pensamiento de autores como Finnis, para

tuar dicha atribución dentro de un sistema armónico y coherente, cuyo tramado ha sido tejido, en parte, con las fibras de un conjunto de nociones que llamamos principios generales de derecho. De igual modo, advertimos que la prosecución de tales logros impone, además, la necesidad de que el Estado asegure un orden que sirva de marco para desarrollar, tanto el mismo como los individuos, las acciones que se enderecen en este sentido. Ello es, en palabras de *Messner*, lo que sirve de fundamento de la autoridad estatal y que, al mismo tiempo, lleva a concebir el Estado ante todo y principalmente como una "unidad o comunidad jurídica".⁴

En lo que respecta a la relación entre el hombre y dicho orden, una primera consideración lleva a concluir que dada la condición de aquél, en cuanto ser creado a imagen y semejanza de Dios –de lo que emana, a su vez, su especial *dignidad*–,⁵ forzosamente el Derecho debe ser pensado y aplicado en función de tal antecedente. Por lo mismo, se han de reconocer por éste las limitaciones que le impone la circunstancia de enfrentar una realidad que le es anterior, y ante la cual debe subordinarse conforme a una relación de medio a fin. Nos rebelamos, por tanto, contra aquellos que postulan que la noción de *persona* corresponde a una mera creación de la ciencia jurídica, una "forma pura, carente de todo juicio valorativo que no sea

quien "la primera condición de la acción humana para que sea efectivamente tal y sea susceptible de una valoración ética es la de su racionalidad. Para que un tipo de conducta sea incluida como mínimamente racional, es decir, para que sea considerada como una acción humana, se requiere que esta acción esté dirigida hacia un bien, y aquí ya encontramos la expresión más básica de la regulación que ejerce el primer principio de la razón práctica: "El bien debe ser perseguido y el mal evitado". La dificultad se plantea al intentar dar contenido a este principio básico de la acción: ¿Cómo sabemos que lo que consideramos un bien es verdaderamente un bien para el hombre? La respuesta a esta cuestión no se puede ni debe plantear desde una teoría metafísica de la bondad o de alguna antropología específica, pues estaríamos realizando una ética de tipo inferencial o deductivista y desperdiciaríamos la evidencia que nos presta la experiencia ética, que es expresión de la misma racionalidad humana". MOYA, op. cit., pág. 96.

⁴ MESSNER, op. cit., pág. 817.

⁵ Ello incluso se ha reconocido explícitamente en la historia fidedigna de la actual Constitución Política, al precisar que "la dignidad del ser constituye una emanación de su Creador". "Informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución", de fecha 16 de agosto de 1978. COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN, "Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos", Editorial Jurídica de Chile, s/año. Esta concepción, por lo demás, no es privativa de la cultura o credo cristiano. Sin ir más lejos, destaquemos que para los judíos "el hombre es la "corona de la creación", el ser que más se asemeja a Dios, puesto que ha sido creado a Su imagen y semejanza, preservando en su alma el sello de la divinidad. Desde el momento que está dotado de inteligencia y libre albedrío para elegir entre el bien y el mal, su dignidad viene dada por su misión de "servir de colaborador de Dios en el proceso evolutivo de la vida y de la recreación progresiva del mundo". VEGHAZI K., Esteban, op. cit., págs. 162 y 170. Para los judíos, la búsqueda de la santidad personal encuentra su sustrato, junto con el reconocimiento de la Paternidad Divina, precisamente en esta "dignidad espiritual del hombre". Es dable destacar también el hecho de que para la tradición judía, el llamado universal a la santidad, a través de la actividad diaria y cumplimiento de los deberes ordinarios que enfatizara el Concilio Vaticano II, ha sido la forma en que han entendido el mandato contenido en la Torá según el cual "Seréis santos, porque soy santo yo, vuestro Dios", (Lev. 19:2) y que Jesucristo nos formula diciendo "Sed perfectos, como Perfecto es mi Padre Celestial" (Mt. 5:48).

la utilidad que presta para una organización abstracta de las normas de conducta”, como lo plantean *Stambler* y otros, para quienes “el hombre es persona, no por su naturaleza, sino por obra del Derecho”, de lo que a su vez se sigue que “no necesariamente el hombre debe estar dotado de personalidad”.⁶ Para fundamentar este aserto, suele invocarse en nuestro medio, entre otros argumentos, que antes del *nacimiento* el ser humano no gozaría de la calidad de *persona*, categoría que alcanzaría sólo a partir de la concurrencia de los requisitos que al efecto previó el legislador. Así, por ejemplo, *Lyon* plantea que el inicio de la “personalidad *natural*” lo determina el hecho del parto, en los términos del artículo 74 del C. Civil. A nuestro juicio, una tal tesis debe ser rechazada de plano, no sólo debido a las premisas en que se funda y perniciosas consecuencias a que podría conducir, sino que en razón de no hallarse amparada por los principios de carácter constitucional y legal reconocidos en nuestro propio ordenamiento jurídico.⁷

Abordando el tema desde su perspectiva de fondo, creemos –con *Corral*– que la personalidad es un *príus* ante el Derecho y que, a consecuencia de ello, bien enseña *Doral* que “las exigencias objetivas de la naturaleza humana sitúan a la persona en el centro del orden constituyente que es el Derecho: el orden de la comunidad política, el orden del espíritu, el orden de la vida humana. De este orden fundamental –orden justo– el Derecho positivo es mero reflejo”. Agrega el autor nacional que “el propiciar esta unidad conceptual y el reconocimiento de la prioridad de la persona ante el Derecho no significa, por supuesto, pretender que ésta quede fuera de la regulación jurídica, sino que dicha regulación debe adecuarse a una

⁶ LYON, Alberto, op. cit., págs. 21 y 22.

⁷ *Ibíd.*, pág. 41. Creemos que constituye un error entender que el “nacimiento”, según lo define el artículo 74 aludido, marca “el inicio de la personalidad natural”. En efecto, de acuerdo con el artículo 55 del Código, son *personas* “todos los individuos de la especie humana”, debiendo entenderse por *individuo*, conforme con su acepción natural y obvia, “cada ser organizado, sea animal o vegetal, respecto de la especie a que pertenece”. Desde este punto de vista, dado que la criatura concebida y no nacida constituye un ser único e independiente, cuya entidad no se confunde con la de sus progenitores, cabe por tanto entender que queda plenamente comprendido dentro del concepto que de la *persona* tiene nuestro legislador civil. Por lo demás, según el propio tenor literal del art. 74, el “nacimiento” determina la “existencia legal de la persona”, lo cual se explica en razón de la clase de derechos de que se ocupa nuestro Código Civil, pero no implica que antes de él aquella no exista para otros efectos tanto o más importantes. Ello lo corrobora el art. 80, el cual sí se refiere a la existencia “natural” de la persona al disponer que aquella *termina* con la muerte, evidenciando que ésta es diversa de su existencia *legal*. Asimismo, nos parece que exigir el “nacimiento” como supuesto necesario para adquirir la condición de *persona* no implica que antes de su verificación no estemos ya frente a un sujeto *humano* y, por ende, titular de garantías tan esenciales como el derecho a la vida. No considerarlo así implicaría que el *status* de “persona” dependería, en definitiva, de la definición que de tal concepto tuviere el legislador o el propio constituyente y que si hoy se asocia por algunos al hecho del parto, el día de mañana podría estar vinculado con la “viabilidad” del recién nacido o cualquier otro criterio que se estableciere cumpliendo con los requisitos formales para la dictación de la norma.

realidad que existe con prescindencia de ella. El Derecho, entonces –como lo expresa *Hernández Gil*– está llamado a “dar significación jurídica a la persona”.⁸

Un acertado esbozo de fundamentación en torno a lo dicho, nos parece aquel ofrecido por *Spaemann*. Para éste, incluso el planteamiento acerca de la existencia misma de los derechos humanos sólo puede tener sentido en el supuesto de que nadie esté capacitado para juzgar si yo soy (un) sujeto de tales derechos. Lo anterior debido a que la noción de derecho humano indica precisamente que el hombre no se convierte en miembro de la sociedad humana mediante una cooptación realizada sobre la base de determinadas características, sino en virtud del propio derecho. En virtud del propio derecho, conforme al autor citado, sólo puede significar: en virtud de su pertenencia biológica a la *species Homo sapiens*, toda vez que cualquier otro criterio convertiría a unos en jueces sobre los otros. De esta manera, únicamente cuando el hombre es reconocido como persona en atención a lo que es por naturaleza, podrá sostenerse que el reconocimiento se dirige al hombre mismo y no a alguien que cae dentro de un concepto que otros han erigido en criterio para el reconocimiento.⁹

⁸ CORRAL, Hernán, *El Concepto Jurídico de...*, págs. 319 y 320. En este mismo artículo, el profesor Corral señala que “el *quid* de la cuestión estriba en afrontar el dilema de si se reconoce a la persona como una realidad ontológica previa a la cual el Derecho *sirve* o, por el contrario, si se la considera mero artificio técnico del cual el Derecho *se sirve* para lograr una mejor organización de sus normas. En el fondo, puede apreciarse aquí un punto más en el que se refleja la pugna entre dos concepciones antagónicas de lo jurídico: positivismo y iusnaturalismo. Si se entiende el Derecho como una ciencia aséptica, que estudia normas positivas con prescindencia de todo elemento axiológico, no puede extrañar que también los conceptos de persona y personalidad resulten carentes de todo contenido real y que por fuerza haya que concluir que se trata de meros medios de los cuales se vale el ordenamiento por razones de estricta conveniencia técnica; pudiendo los entes a los que se quiere comprender en dichos conceptos-tipos, variar de acuerdo a las circunstancias y condiciones históricas. La persona es un elemento creado *por* el Derecho y *para* el Derecho. En nuestro parecer, una perspectiva realista impide negar relevancia al concepto ontológico de persona en el campo jurídico, haciéndose evidente que los criterios del Derecho en esta materia deben adecuarse a aquello que se nos presenta como persona de acuerdo a la misma naturaleza humana. Por lo mismo, se puede concluir diciendo que “No se es persona en cuanto se ostenta capacidad jurídica; se ostenta capacidad jurídica en cuanto se es persona” (págs. 317 y 318).

⁹ SPAEMANN, *op. cit.*, pág. 14. A partir de lo dicho, el mismo autor colige los criterios para el enjuiciamiento de la manipulación genética del hombre, manifestando al efecto que los hombres “no son sujetos trascendentales que disponen de un instrumento eventualmente mejorable, a saber, el cuerpo. ¿Mejorable para qué? Para fines humanos. Pero lo que son fines humanos se desprende de la naturaleza humana, con todo lo contingente que ésta puede ser. No podemos distinguir una parte no contingente de nosotros mismos llamada persona, subjetividad, etc., de una contingente, disponible para toda modificación. ¿Al servicio de qué fines llevaríamos a cabo esas modificaciones? Pues con las modificaciones cambiaríamos también los fines. Una tal alteración de la naturaleza humana, por ejemplo con la finalidad de adaptarla mejor a estancias interplanetarias, equivaldría a degradar a los futuros hombres a la condición de meros medios para la satisfacción de los propósitos de los actuales manipuladores, ya sea para satisfacer sus fantasías creadoras o su idea de lo que deba ser la felicidad humana. La dignidad del hombre está inseparablemente unida a su espontaneidad natural... No podemos convertirnos en Dios. Pero podemos aceptar con agradecimiento la contingencia de nuestra naturaleza si la entendemos como creada” (págs. 14 y 15).

Ahora bien, también sobre la base de la concepción que se ha reseñado, se deduce el imperativo que tiene el Estado –y cualquiera autoridad– de garantizar a toda persona “una esfera de poderes jurídicos, que incluirá una capacidad, un estado y la posibilidad de ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas subjetivas y centro aglutinador de normas”.¹⁰ En este contexto, son diversos y variados los hechos a los cuales cabe asignar la virtud de hacer nacer, modificar o bien extinguir una determinada relación jurídica, identificándose habitualmente como tales la ley, el reglamento, la sentencia y la posibilidad de crear reglas de Derecho mediante los actos jurídicos que ejecutan los particulares. Son estas últimas aquellas a las cuales queremos aludir cuando hablamos de *autonomía privada*, la que entendemos, a su vez, como un poder complejo, inherente a la persona humana, y que en función de su capacidad natural de autodeterminarse para la obtención de sus fines existenciales, debe serle reconocido por el ordenamiento jurídico con el objeto que se halle en condiciones de disponer de los derechos subjetivos de que es titular, así como de generar y regular los efectos jurídicos que derivan de su actuación en sociedad.

Desde que se comprende, pues, que el Derecho debe manifestarse como un cauce que permita a la persona alcanzar sus fines naturales –tanto en su esfera individual como en la referida a la sociabilidad que le es propia– cabe también reconocer la facultad que a ella asiste para crear *reglas* jurídicas. Y tal poder le pertenece de un modo *originario*, en el sentido que no se trata de una concesión graciosa que le puede haber asignado la autoridad estatal, sino que de una potestad emanada de su propia personalidad, vale decir, inherente a su misma condición de persona.¹¹ Todavía más. La propia definición de persona y el rol que le corresponde en el ámbito jurídico –según hemos visto– también ha de serle reconocido desde una perspectiva originaria. En armonía con tal predicamento, ciertamente elocuente es el texto del artículo 5° de la Constitución Política, el cual, directamente y sin eufemismos, prescribe que “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”; derechos estos a partir de los cuales es posible colegir, a su turno, un conjunto de principios que concretizan una efectiva protección de la persona.¹² Agreguemos, por nuestra parte, que dado que se trata de derechos que son “anterio-

¹⁰ CORRAL, *El Concepto Jurídico de...*, pág. 320.

¹¹ *Ibíd.*, pág. 320. La misma premisa es destacada por *Brebbia*, para quien todo ordenamiento jurídico necesariamente debe partir de ella en razón de ser anterior a la existencia misma de la sociedad, a la vez que su condicionante. Ello se traduce, a su vez, en reconocer “la existencia de una esfera de autonomía privada en los sujetos, que les permita dirigir sus acciones de manera de satisfacer adecuadamente las exigencias que les impone su condición de seres humanos integrados a la vida social”. Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, pág. 238.

¹² A este respecto, se ha fallado por el Tribunal Constitucional que “*los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual ésta no los crea sino que los “reconoce y asegura”; y “que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección ..”*”, Rol N° 46, Consid. 19°.

res” y “superiores” al Estado¹³ y, desde luego, a su formulación incluso constitucional, no podemos sino entender que la referencia a la “naturaleza humana” que se hace por el constituyente –y, en consecuencia, de los principios que de ella se derivan– lo es a una realidad “objetiva”, en el sentido que se ha planteado desde siempre por la visión iusnaturalista del Derecho. Por lo demás, creemos no equivocarnos al afirmar que fue ésta la posición que tuvieron los miembros más influyentes de las comisiones de estudio que dieron origen a la Carta Política que actualmente nos rige.¹⁴

En función de los enunciados que se reseñan, *Hervada* nos dice que puesto que el hombre, por ser persona, es dueño de su propio ser y capaz de dominar su entorno, este dominio se plasma en un doble aspecto: (i) capacidad de regular sus ámbitos de libertad; y (ii) poder de actuación sobre las situaciones jurídicas que caen bajo su esfera de dominio; lo que luego precisará distinguiendo entre *libertad de negociar* y *libertad negocial*.

¹³ A propósito de ello *Olgiati* se pregunta: “¿Acaso no está claro que el Estado debe reconocer las personas y los derechos de la personalidad, sin que cree las unas ni los otros?” y a la vez responde: “Hasta por una razón de absoluta evidencia: si, de hecho, mañana el Estado no quisiera ya reconocermme como persona, ¿acaso dejaría yo de serlo?” En otro pasaje, el mismo autor profundiza en estas ideas principiando por formular la necesidad de una clara distinción: “*hay leyes –nos dice– racionales del ser que no pueden descuidarse o conculcarse, sin abocar a la destrucción y la muerte; y éstas no las crea, no las inventa el Estado, lo mismo que no crea el cielo ni la tierra ni la naturaleza humana. El Estado sólo las reconoce y no puede dejar de reconocerlas. Si se rebelase contra lo absoluto de dichos principios, imitaría a quien ingiere un veneno: puede, desde luego, beberlo un loco o un degenerado, pero inexorablemente recibe su castigo con la destrucción de su organismo; y lo mismo cabe decir del Estado*”. *OLGIATI*, Francesco, op. cit., págs. 53 y 255.

¹⁴ Conforme con esta doctrina, que se remonta a la filosofía de raigambre aristotélica, “es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro. Lo puramente legal es todo lo que en un principio puede ser indiferentemente de tal modo o del modo contrario, pero cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto”. *ARISTÓTELES*, op. cit., págs. 223 y 224. *Domat*, por su parte, dirá que dentro de las diversas especies de leyes deben distinguirse las “inmutables” y las “arbitrarias”; precisando que las leyes inmutables llámanse así porque son naturales, y de tal manera justas siempre y en todas partes que no hay autoridad que pueda mudarlas o abolirlas; y las leyes arbitrarias son aquellas que pueden establecerse, mudarse y abolirse, según lo exija la necesidad, por lo que tienen este derecho sin trastornar los principios del orden de la misma sociedad. *DOMAT*, op. cit., págs. 64 y 65. Comentando lo que advierte como una laguna del pensamiento aristotélico, a propósito de su escasa profundización acerca de las relaciones entre lo “justo natural” y “lo justo positivo”, *Massini* nos dice: ella “es colmada por el Aquinate...”, al escribir que “lo justo legal o positivo tiene siempre su origen en el derecho natural, tal como lo dice Cicerón en el libro II de su *Retórica*. Sin embargo –aclara luego Tomás de Aquino–, lo justo legal puede tener su origen en el derecho natural de dos maneras: de una, como conclusión de los principios (...); de otra, algo puede tener su origen en lo justo natural por modo de determinación”. Y en la *Summa Theologiae* el Aquinate establece en este punto una precisión adicional que merece ser analizada; en efecto, luego de reiterar la doctrina de la doble derivación, aclara que “los preceptos que se derivan del primer modo (es decir, por conclusión) están contenidos en la ley humana no sólo en cuanto que son puestos por la ley humana, sino que tienen su vigor (o fuerza normativa) también de la ley natural. Pero los que se derivan del segundo modo (es decir, por determinación) tienen vigor sólo por la ley humana”. Dicho de otro modo, las normas jurídicas de la comunidad política obtienen su juridicidad, es decir, su fuerza o vigor en cuanto normas jurídicas, de dos fuentes: i) de lo justo natural del que se derivan como conclusiones, en cuyo caso ha de hablarse de una juridicidad intrínseca o *per se*; y ii) de la autoridad legítima del legislador, que establece como justo algo que hasta ese momento resultaba indiferente en materia de justicia, en cuyo caso ha de hablarse de una juridicidad extrínseca o *per accidens*”. *MASSINI*, Carlos Ignacio, op. cit., pág. 17.

La primera, consistente en la libertad para *realizar o no* el negocio jurídico, y la segunda, relativa a la posibilidad de determinar su *contenido*. El mismo autor acota que mientras aquélla es esencial, en términos tales que su desconocimiento importa negar el concepto mismo de autonomía privada, ésta, en cambio, supone aceptar que no se trata de un poder *soberano*, en cuanto necesariamente está sujeta a las regulaciones que impone la ley. Esta última, a su vez, no puede restringirse a considerar dicha autonomía como mero supuesto de hecho de determinadas normas,¹⁵ como tampoco establecer condiciones que en la práctica importen negar su vigencia.¹⁶

En un sentido "institucional", la autonomía privada se erige en un *principio general de derecho*, toda vez que el respeto a la persona y el reconocimiento de sus fines determinan su misma existencia, siendo dentro de este marco donde el hombre puede realizarse plenamente, constituyendo, además, un deber del Estado contribuir a crear las condiciones sociales que así lo permitan (art. 1° de la C. P. de la Rep.).¹⁷ Por tal razón, la supresión de la

¹⁵ HERVADA, *Cuatro lecciones...*, págs. 89, 90, 93 y 94. En contra de esta opinión se manifiesta, v.gr., Ferrí, para quien el derecho se reduce a la voluntad de la comunidad o del Estado, de lo cual se sigue que al negocio jurídico le queda únicamente la función de hecho al que la ley, es decir, la voluntad general, conecta los efectos jurídicos o, como se ha dicho, la "función individualizadora o concretadora de la voluntad del Estado...". Agrega que "La voluntad general tiene aquí relieve sólo en cuanto confiere a los individuos el poder de crear derecho objetivo; es decir, da lo que los alemanes llaman *Ermächtigung*, de tal modo que aquel poder reposa sobre una norma superior, expresión de una voluntad general o de la comunidad... La norma general habilita a los individuos para crear derecho objetivo, y por ello son éstos quienes crean derecho objetivo en cuanto habilitados por la norma general, y el derecho así creado es expresión de su querer". FERRI, Luigi, op. cit., págs. 35 y 36. Luna Serrano y Rivero Hernández, entre otros, asignan dos funciones principales a la autonomía: La primera viene dada por el hecho de que aquella supone consentir a las personas la potestad de "confeccionar reglas jurídicas de origen privado destinadas a integrarse en el ordenamiento jurídico como fuentes subordinadas y dependientes", y la segunda, consistente en la autorización que la misma implica para que los particulares "lleven a cabo actuaciones que provoquen, de acuerdo con lo que ya está previsto con carácter abstracto y general por el ordenamiento, la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas". Citados por FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., pág. 230.

¹⁶ En relación con estas consideraciones, Corral plantea que el "rescate y defensa que se ha hecho de la autonomía de la voluntad como principio rector del sistema de derecho privado, y la revalorización del negocio jurídico y del contrato como figuras idóneas para regular la circulación de la riqueza y la prestación de bienes y servicios, no puede hacer olvidar que ellas deben enmarcarse en un sistema, esto es, en un conjunto orgánico y coherente de criterios, normas y principios, que permitan que en las relaciones privadas cada uno reciba lo suyo, esto es, "lo justo", y que "si se pierde este referente, es fácil que la autonomía de la voluntad se convierta en un instrumento de extorsión y de opresión...". CORRAL, Hernán, *Nuevas formas de contratación...*, pág. 559.

¹⁷ No obstante la consagración constitucional del aludido principio de subsidiariedad, ha de prevenirse contra el extremo de creer que siendo obligación del Estado contribuir al bien común, todo aquello que no pueda obtenerse para tal fin genere una responsabilidad jurídica a su respecto. De hecho, serán muchas las ocasiones en que la propia realidad no permita satisfacer en debida forma las legítimas aspiraciones de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional. Una tal restricción fue, por lo demás, advertida por quienes redactaron nuestra Carta Política. Así, por ejemplo, al precisar el sentido de uno de sus preceptos –después suprimido en razón de estimarse ya subsumido en otro–, se justificaba su eliminación en razón del carácter demagógico –y de imprevisibles consecuencias legales– que podría atribuirsele sin tener en cuenta que el derecho a vivir con cierta dignidad muchas veces no es posible de asegurar por los gobiernos, atendida las condiciones sociales y económicas en que nos hallamos inmersos. Sesión N° 414, de fecha 27.09.78, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, citada por VARAS ALFONSO, Paulino, op. cit., pág. 725.

autonomía privada como principio general de derecho llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en un puro instrumento de la comunidad.¹⁸ También debido a ello, destaca su rol de criterio inspirador de la labor interpretativa, con lo que se quiere significar que todas las normas jurídicas deberán interpretarse en la forma que resulte más conforme al principio general y de modo que aquellas que representen una excepción a él, reciban siempre una aplicación restrictiva.¹⁹

En lo que se refiere a sus múltiples manifestaciones, la autonomía privada encuentra un cauce natural de expansión y desarrollo, aunque no el único, en el ejercicio de la iniciativa que asiste a los particulares en materia económica. De ahí, entonces, que el constituyente, junto con explicitar su primacía (art. 1° de la C. P. de la Rep.) y restringir la intervención estatal en este plano (art. 19 N° 21, inc. 2°, de la C. P. de la Rep.), haya también consagrado una garantía individual destinada a asegurar una de las formas concretas en que ésta se expresa. (art. 19 N° 21, inc. 1° de la C. P. de la Rep.). Tal vez su principal paradigma viene a ser la libertad contractual, la cual se revela como la vía que en mejor medida permite que los particulares participen en la creación del Derecho, generando y a la vez regulando sus relaciones jurídicas, al tiempo que con ello se fomenta una mayor aceptación y prestigio de aquel dentro de la comunidad. En este orden, principios generales tan evidentes como el *pacta sunt servanda*, precisamente arrancan su fuerza –adicional a la emanada del imperativo moral que obliga a respetar la palabra empeñada– del hecho que el contrato, por un lado, siempre ha de ser el resultado de una libre determinación de las

¹⁸ En el ámbito que comentamos, vale la pena traer a colación lo que D'Ors plantea en torno a los lamentables equívocos y confusiones a que ha conducido el denominado "humanismo cristiano". En especial, acusa el grave error de éste al introducir la distinción entre *individuo* y *persona* de forma que aquél se considere como parte integrante de la sociedad, "en tanto la persona se considere relegada directamente a Dios, sin una intermediaria adscripción a comunidad alguna. Aunque la intención de esta distinción, así formulada, parezca apuntar a la defensa de la personalidad humana, trascendente al orden puramente temporal en que se inserta el individuo, la consecuencia de la misma –nos dice– ha venido a ser precisamente la contraria: la de someter la persona, como pura trascendencia inorgánica del individuo, al orden temporal de la comunidad política a la que sirven los individuos. De esta suerte, se diría que aquella, al quedar desvinculada de todo orden comunitario, ha quedado también desamparada frente a las pretensiones de la sociedad a la que pertenece su individualidad". D'ORS, Álvaro, op. cit., pág. 251. En igual sentido, Ibañez hace ver el error en que incurrir doctrinas como la propugnada por Maritain –la cual considera "inficionada de gnosticismo y maniqueísmo"– que al estructurarse sobre la base de una mal ponderada distinción entre *persona* e *individuo*, concluyen por concebir cada hombre como un fin para sí mismo y dotado de la más plena y absoluta libertad. IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Gonzalo, op. cit., págs. 61, 62 y 63.

¹⁹ Díez-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pág. 391. A este mismo respecto, Rescigno observa que "el reafirmar la autonomía de los sujetos privados y la libertad como "el principio" o "la regla" del sistema no es, sin embargo, un planteamiento puramente ideal, privado de valor práctico", toda vez que su sentido concreto radica en que "las limitaciones, singularmente y consideradas en su conjunto, son la excepción y, por lo tanto, no pueden ser introducidas o extenderse fuera de las materias y de los casos en los que son previstas". Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., pág. 228.

partes (*libertad de contratar*) y, del otro, que al contratar éstas han aceptado libremente –y a menudo elegido y concordado– el contenido de la convención celebrada (*libertad contractual*).²⁰

Hasta aquí –pero con la salvedad de lo expuesto acerca de su carácter “originario”– puede que no se adviertan grandes diferencias entre nuestro pensamiento y las escuelas de inspiración positivista,²¹ ya que uno y otras reconocen la existencia de limitaciones al *poder* que se asocia a la autonomía privada. La principal discrepancia que profesamos respecto de quienes siguen las concepciones de *Kelsen*, viene dada por nuestra negativa a aceptar que esta facultad de “autonormarse” deba entenderse subordinada, siempre y ante todo, a la voluntad jurídica estatal –en cuanto se concibe a tal poder como un mero “supuesto de hecho” de las normas– tanto en lo que atañe a su fuente –conforme ya lo expresamos– como en lo tocante a la precariedad de su contenido, al que, en nuestra opinión, tales doctrinas conducen.²² En efecto, nos parece que semejantes posiciones, aun cuando extiendan la esfera de dominio de la autonomía privada a la más o menos amplia gama de posibilidades que le otorga el camino de la “exclusión” de todo aquello que el Estado no se reserva para su propia regulación, llevan en sí mismas la potencialidad de convertir el concepto en un cáscara vacía. Ello, por la vía de supeditar su existencia y la integridad de su mismo contenido a lo que en determinado momento dictaminen quienes ostentan el *imperium*, por mucho que se trate de autoridades democráticamente elegidas o de funcionarios respetuosos de la Constitución y las leyes. Y es que para nosotros está lejos de constituirse en una garantía el hecho de fundamentar estas nociones exclusivamente en la “jerarquía” que debe guardarse respecto de las normas jurídicas de creación estatal, y mucho menos si, en último término, se la pretende basar en

²⁰ En este sentido puede verse, v.gr. MESSINEO, Francesco, op. cit., págs. 51 y 52.

²¹ Así, por ejemplo, *Ferri* dirá que “ésta (la autonomía privada) se convierte en el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas”. FERRI, op. cit., pág. 42, y *Rodríguez Grez*, manifiesta que “la autonomía privada permite a los particulares elaborar reglas por medio de la celebración de contratos y convenciones o la ejecución de actos unilaterales, referidos todos a situaciones específicas y concretas”. RODRÍGUEZ G., *El Derecho como...*, pág. 69.

²² Autores como *Luigi Ferri* y el mismo *Rodríguez Grez*, ya citados, abandonan por completo la precisión del contenido substancial de tales nociones a aquello que determinen las normas positivas, con tal que se respete su estructura “escalonada” y “jerárquica”, hasta llegar a la Constitución, concebida como la “norma superior” y, por ende, como criterio *último y definitivo* de validez y legitimidad. Para este efecto, se sostiene, por ejemplo, que “la validez de una norma, es decir, su conformidad con el derecho, no puede ser afirmada sino con referencia a la norma superior que regula su formación. Respecto de ella, el negocio jurídico constituye un supuesto de hecho, en cuanto por ella está previsto de modo general y abstracto... La autonomía privada no es un poder originario o soberano. Es un poder conferido a los individuos por una norma superior, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones. En la ley vemos la fuente de validez de la norma negocial. La ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo”. FERRI, op. cit., págs. 45 y 51 (La cursiva es nuestra).

el favor que ellas tengan al interior de una cierta comunidad o de cara al sentir popular que resulte mayoritario en una determinada época o circunstancia histórica.²³ ¿Qué consuelo nos podría reportar el que se diga, por ejemplo, que “*el campo donde actúa la autonomía privada es justamente el de los intereses privados*” si aquellos son simplemente definidos como “*todos aquellos cuya tutela no asume por sí, ni impone a otros, el Estado*”?²⁴ o el que prevenga que en esta materia “*debemos partir de la premisa fundamental de que en el derecho privado puede hacerse todo aquello que no esté prohibido en la ley*”?²⁵ o el que se exprese, en fin, que “*es tarea del jurista –no sólo cívica y política, sino antes, incluso, científica– determinar la validez o la invalidez de las normas no solo conforme a parámetros formales, sino que fundamentalmente “sustanciales” –si al mismo tiempo tal “validez sustancial” y “valores” a que se alude se identifican exclusivamente con los principios normativos establecidos como tales por el constituyente?*”²⁶ ¿De dónde arranca la “*premis fundamental*” que determina la aplicación de criterios diversos en los ámbitos público y privado y qué nos deja a cubierto de la posibilidad de que sea abrogada por otra ley igualmente ajustada al proceso de generación de las normas previsto en la Constitución? ¿No podría acaso una determinada Constitución, en cuanto suprema ley de la República, invertir dicho principio y disponer que en el futuro los particulares sólo podrán ejecutar aquellos actos jurídicos para los cuales cuenten con una expresa y previa autorización estatal?²⁷ o bien establecerse en un nuevo texto “*principios normativos*” completamente opuestos a los que hoy día nos rigen?

²³ Sobre este particular, *Emilio Betti* afirma que “no podrían las partes perseguir con el negocio un interés práctico que no fuera resumible en algunos de los tipos de interés *admitidos por la conciencia social* y merecedores de tutela por el derecho”. BETTI, Emilio, op. cit., pág. 88 (La cursiva es nuestra).

²⁴ FERRI, op. cit., pág. 12.

²⁵ RODRÍGUEZ GREZ, *El Derecho como...*, pág. 69.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., págs. 874 y 878.

²⁷ Guardando las proporciones, pero como una manera de reflejar la variabilidad que se exhibe en materias que, en determinados momentos, se han estimado “de principios”, un certero ejemplo nos lo suministra la legislación de cambios internacionales. Sobre este particular, puede verse nuestra obra “*Nueva Legislación sobre Operaciones de Cambios Internacionales*”, Ediar Conosur, 1991.

Autonomía privada y actividad económica

Pensamos que muchos de los embates que se dirigen en contra de los derechos de la persona por parte del poder público, fundamentalmente en el ámbito económico que ahora examinamos, importan desconocer o bien confundir cuál es, primero, el origen y naturaleza de la facultad que asiste a los particulares para “autonormar” sus relaciones jurídicas, y segundo, los límites que no ya los privados, sino que la misma autoridad, deben observar en este campo. De igual modo, y debido a la mayor sutileza que encierran sus argumentos, advertimos que existe una forma de invasión de la órbita de actuación privada que, entre todas, se revela como particularmente peligrosa. Consiste ésta en la apelación a pretendidas “razones” de “bien común” o de un supuesto “interés superior de la sociedad” –o incluso también del propio “mercado”–, merced de lo cual se han llegado a vulnerar derechos esenciales de la persona, como si fuera ella, y no la sociedad o el Estado, el ser meramente “accidental”.²⁸

En este sentido, apreciamos que luego del fracaso del socialismo y las doctrinas estatizantes que le sirvieron como fieles esbirros, el nuevo “Leviathan” que amenaza la libertad y dignidad del hombre ha optado por utilizar el ropaje de una exorbitante “regulación”,²⁹ llegando incluso a fundar sus limitaciones a la persona en una pretendida “superioridad” –o en el mejor de los casos “igualdad”– que tendría frente a ella la “naturaleza”, con la significación que le atribuyen a este concepto algunas corrientes ecologistas.³⁰ Así también constatamos que en muchas ocasiones, en aras

²⁸ Tal vez ello se deba en parte a determinadas concepciones de la sociedad que todavía sienten a la “colectividad” como un ser ontológicamente superior y dotado de vida propia. El peligro de una tal concepción, en palabras de don *José Miguel Ibañez*, radica en el hecho de que de ahí al totalitarismo hay sólo un breve paso. Se piensa, conforme a estos criterios, que “La colectividad es el supremo bien, el ser absoluto, la nueva deidad, y como tal está más allá de toda norma ética de justicia e incluso más allá del bien y del mal. La liberación total del pecado –una deficiencia del individuo– se obtiene sólo en el interior de esta colectividad totalizante y redentora... Se anula así toda personalidad: la sociedad puede redimir al individuo sólo si éste se integra totalmente en ella”. IBAÑEZ, José Miguel, op. cit., pág. 397.

²⁹ Con razón advierte *Mendoza* que “debe irse asentando y recalando una idea imprescindible, cual es que en un mundo cada vez más tecnificado y especializado, la convivencia lejos de simplificarse añade complejidades en el diario vivir que luego capta el legislador, y en demasía a veces, bajo el prisma de la regulación, desapareciendo en ese instante el ideal mágico de la codificación racionalista, puesto que se hace insostenible la existencia de un solo cuerpo legal que pueda captar, en plenitud, los avatares de la legislación”. MENDOZA Z., Ramiro, op. cit., págs. 717 y 718.

³⁰ Nos referimos especialmente a los postulados de la llamada “*Ecología Profunda*”, que considera, entre otras cosas, que “la tierra ha entrado en su fase más precaria de la historia”, siendo algunas de sus causas “...el considerar a la vida humana como superior, como si los hombres fuesen algún tipo de realeza por sobre la naturaleza” y “...la pérdida de una ética de comportamiento basado en lo sagrado del mundo natural”. En definitiva, tal corriente plantea una suerte de divinización de la naturaleza que se traduce en una vuelta al antiguo paganismo, en el que “todas las cosas están llenas de dioses”. Más aún, en ocasiones, el mismo ecologismo es presentado como un mensaje

de buscar una reglamentación administrativa “justa y equilibrada”, las normas cuya fuente debiera estar radicada en la autonomía privada se ven peligrosamente desplazadas, de suerte que ésta “ya no tendría que respetarse por estar íntimamente vinculada a la naturaleza de la persona como ente racional y libre, sino en cuanto sirva a los fines o intereses de la colectividad.”³¹

Relacionado con el panorama descrito, *Rodríguez Grez* destaca el hecho de que en algunos sectores impera aún un marcado interés por la ingeniería social, recurriendo, para satisfacerlo, a una nutrida legislación reglamentaria y a nuevos intentos por introducir el dirigismo contractual, lo cual también se ha traducido en una tendencia a restringir la esencial función interpretativa de los jueces.³² Igual realidad es aquella que ilustra *García de Enterría*, haciendo ver la tendencia de la Administración en orden a apropiarse de los poderes normativos, no sólo en virtud de su potestad reglamentaria, sino que por las varias formas de delegaciones legislativas, cada vez más intensas y generalizadas, que se conocen en todos los países. Junto con ello, advierte también que la Administración es un pésimo legislador, toda vez que le falta una visión serena y general de las situaciones sociales que le permita situarse en esa superioridad de posición que se requiere para acometer la definición abstracta de un orden justo; y ello motivado “por la parcialidad de sus respectivas especialidades técnicas y por la dialéctica propia de las disfunciones burocráticas, consustanciales a su misma existencia”.³³

mesiánico de salvación, como una nueva religión capaz de salvar al hombre de la destrucción a la cual la tecnología contemporánea lo está condenando. Hasta hace algunos años se hablaba del marxismo y de las demás ideologías como religiones *secularizadas* (Augusto del Noce). La ecología profunda debe considerarse, en cambio, una ideología *sacralizada* que se recubre de una tonalidad mística o pseudomística que la hace más atractiva y quizás, por eso, más peligrosa. VIDAL G., Gerardo, op. cit., págs. 20-25. Relacionado con este tema, transcribimos la opinión de un autor que, a nuestro juicio, centra el problema ecológico en su correcta dimensión al decir que “las relaciones no sólo se producen en el sentido de que la ecología nos lleva a descubrir un orden ético, sino también al revés. Si se ha producido un desorden en las relaciones entre el hombre y la naturaleza, es porque antes se ha alterado la forma en que el hombre se entiende a sí mismo. Y no cabrá, por tanto, lograr una genuina reconciliación del hombre con la naturaleza física sin procurar una restauración de ese sensible y precario equilibrio que se da al interior del ser humano. El hombre trata mal a la naturaleza porque se mira y la mira mal, de una manera poco verdadera”. GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, op. cit., pág. 70.

³¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pág. 393. En un sentido similar se pronuncia también DE CASTRO, Federico, op. cit., pág. 15.

³² RODRÍGUEZ G., Pablo, “*Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de...*” A propósito de esta misma idea, en la misma ponencia el profesor *Rodríguez* nos recuerda que “Cada día son más frecuentes las normas de orden público, los derechos irrenunciables y las conductas tipificadas como delito en el campo tributario, previsional, laboral y comercial. Todo ello ha ido transfiriendo al Poder Legislativo (...) funciones que son propias de los jueces e incluso de los particulares”.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Lucha contra...*, págs. 81-83. A propósito de este mismo tema, es interesante reproducir la opinión que merece a *Messner* esta habitual y no siempre ponderada delegación de facultades que suele hacer el legislativo en favor de la Administración. Conforme a este autor, la representación popular, en el caso de que se trate de algo más que de meras cuestiones técnicas, no tiene ningún auténtico derecho para hacer esa delegación. Nadie

Como resultado de lo expuesto, ya casi no asombra ver cómo en ocasiones se invocan, prescindiendo de su real contenido y efectos, conceptos cuyo solo nombre parece otorgar "patente de corso" para configurar violaciones a principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico. Una de estas nociones es, precisamente, la del *orden público económico*, la cual, presentada en ocasiones con contornos vagos e inciertos, suele ser esgrimida por autoridades regulatorias como argumento para justificar la total o parcial abolición de aquellos.³⁴ Se olvida así, primeramente y entre otras cosas, que "el concepto de orden público económico que consideró el constituyente dice relación claramente con los derechos de las personas frente al Estado y jamás podría convertirse en un medio para impedirles e imponerles condiciones, exigencias y cortapisas fundadas en consideraciones administrativas discrecionales".³⁵ Con singular intuición pareció advertir este peligro la propia comisión que tuvo a su cargo el estudio de la actual Constitución Política, la cual, al referirse al punto, precisó que la expresión misma de *orden público económico* debe ser entendida como el conjunto de normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a *preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país*, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común.³⁶

Incluso se constata que muchas de estas limitaciones pretenden fundarse en un mal entendido "principio de subsidiariedad", el cual, si bien posee

puede renunciar a un derecho que va vinculado a un deber, si no se asegura la consecución del fin de ese derecho; este fin no depende de la libre voluntad del que tiene el derecho, sino que éste continúa siendo responsable de su consecución. Sabemos que tal responsabilidad corresponde al legislador, bien sea éste un gobernante o una representación del pueblo. Hoy en día, sin embargo, se sigue con preocupación creciente las consecuencias de la amplitud de la legislación delegada, lo que se traduce en que esta parte de la legislación se sustrae fácilmente al control efectivo de la representación popular, se dificulta con mucha frecuencia la determinación de responsabilidades, se abre una amplia puerta al arbitrio de los gobiernos por la inevitable imprecisión de las reglas legales generales, se acumula en las manos del gobierno y de la burocracia administrativa un poder incontrolado, e insensiblemente toma incremento el centralismo. El legislador responsable en los regímenes democráticos, es decir, la representación del pueblo, aceptó así limitaciones para las que no estaba facultado. No estaba facultado, puesto que el detalle de las leyes, por lo general, no es menos importante para el bien común efectivo que los mismos principios de la ley. Las obligaciones del legislador no permiten, por tanto, una sustracción de la mitad de sus responsabilidades, lo cual presenciamos actualmente y a menudo mediante la práctica de la legislación delegada". MESSNER, op. cit., págs. 964 y 965. En un sentido similar puede verse SOTO KLOSS, *En la Forma que Prescriba...*, págs. 688 a 691.

³⁴ ALCALDE R., Enrique, *Uso de Información Privilegiada: Algunas consideraciones sobre...*

³⁵ FELIÚ S., Olga, op. cit., pág. 83. Todavía con mayor claridad, nuestra jurisprudencia se ha manifestado en torno al punto precisando que no basta a la autoridad justificar una cualquiera decisión mediante "la mera invocación de causales superiores de utilidad pública, bien común, salud pública, orden público, etc., sin que deba comprobarse su veracidad". I. Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 7 de julio de 1992 (conociendo de un recurso de protección deducido en contra del Secretario Regional Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones de la Región Metropolitana), confirmado por la Excm. Corte Suprema el 29 del mismo mes y año.

³⁶ SOTO KLOSS, Eduardo, *La Actividad Económica en la...*, pág. 121.

un aspecto "positivo", no puede llevar a que la acción protectora del gobierno se transforme en un billete de entrada liberada para el intervencionismo. Pensamos, asimismo, que es posible arribar a iguales conclusiones si examinamos los principios constitucionales que integran el concepto de *orden público económico* y que a nuestro juicio no dejan lugar a dudas en cuanto a que su genuino significado apunta en la dirección de proteger a los propios administrados antes que limitar su autonomía.³⁷ Junto a ello, debe considerarse que siendo todo "orden" la recta o adecuada disposición de las cosas hacia su fin, en el caso del denominado "orden público económico", la determinación de su misma finalidad –y a la cual, por tanto, habrá de dirigirse cualquier preceptiva que pretenda basarse en él– impone la imprescindible necesidad de tener en cuenta los objetivos que el constituyente tuvo en vista al consagrar el concepto, y siempre considerando su adhesión a los principios esenciales que reconoce en el capítulo dedicado a las bases de la institucionalidad. Fundados en esta orientación, corresponde también tener en cuenta que siendo una de las finalidades de las normas constitucionales limitar el poder y tutelar debida y eficazmente los derechos de la persona, resulta manifiesto el que tanto las facultades o atribuciones que se confieren a aquel como las restricciones que afectan a éstos, han de ser interpretados siempre de un modo restrictivo. Conserva así plena vigencia la recomendación que un día hiciera el jurista *Modestino* en el sentido que "ninguna razón o fundamento de derecho, ni tampoco de la justicia –benigna y equitativa– permite que hagamos más severo, por una interpretación demasiado dura y contra el interés de las personas, aquello que ha sido introducido saludablemente para la utilidad de las mismas".³⁸

Ahora bien, dentro de las principales motivaciones que, según creemos, todavía inducen a ciertos sectores a no claudicar en sus intentos por invadir la esfera de actuación inherente a los privados, se encuentra una verda-

³⁷ Para ello, baste considerar, por ejemplo, la enumeración que de aquellos hace *Fernandois*, destacando los siguientes: a) Principio de libertad económica; b) Principio de subsidiariedad económica del Estado; c) Principio del derecho de propiedad privada; d) Principio de la no discriminación económica arbitraria; e) Principio de la disciplina del gasto fiscal; f) Principio de la política monetaria independiente; g) Principio de la reserva legal de la regulación económica; y h) Principio de la revisión judicial económica. FERNANDOIS V., op. cit., pág. 78. En igual línea, *Jaime Williams* entiende que el "eje central" del *orden público económico* "es la libertad creadora", añadiendo que precisamente por eso "la resguarda mediante las garantías a la propiedad privada, a la igualdad ante la ley, a la no discriminación arbitraria, y al reconocimiento del rol subsidiario del Estado, que favorece la libertad empresarial en aras del bien común". WILLIAMS, Jaime, op. cit., pág. 98.

³⁸ Digesto 1.3.25. Cita de SOTO KLOSS, *Algunas Consideraciones...*, pág. 383. A la misma cita recurre ZAPATA, op. cit., 174 y 175. Una referencia explícita al principio enunciado puede hallarse en el recientemente estrenado Código Procesal Penal, cuyo artículo 5°, inc. 2° previene que "*Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía*".

dera nostalgia por recuperar aquellos espacios que otrora ocupó el Estado en el ámbito de la actividad económica, incluso como prestador de servicios que en su momento fueron artificialmente catalogados como esenciales de ser proporcionados por la propia estructura estatal, con las perniciosas consecuencias de todos conocidas. De tal suerte, se olvida por algunos aquello que bien nos recuerda Aróstica al expresar que “el desarrollo de “cualquiera” actividad económica lícita, sin distinción, pertenece *iure proprio ab initio* a los particulares”. A partir de ello también colige que “este derecho tiene cabida y recibe aplicación incluso cuando el legislador condiciona el acceso a ciertas actividades, primordiales para la comunidad, a una previa “concesión de servicio público” que se ha de obtener de la autoridad, como es el caso, por ejemplo, del suministro eléctrico, la distribución de agua potable, o la transmisión telefónica”; y que, por lo mismo, no se trata de “cometidos cuya *titularidad* pertenezca al Estado como función propia, y en que éste sólo aparezca delegando su *ejercicio* en los particulares interesados en su operación”.³⁹

Sin perjuicio de lo dicho, pensamos que la raíz de este tipo de apreciaciones, y el principal motivo que lleva a que algunos muestren una cierta actitud condescendiente hacia la voracidad de los apetitos reguladores exhibidos por los agentes estatales, radica, fundamentalmente, en una visión maniquea acerca del bien singular de la persona y el bien común de la sociedad, como si se tratara de dos aspectos irreconciliables, en constante pugna y colisión. Ello muchas veces se traduce en la generalizada creencia –también anidada en el sentir de algunos jueces– de que la Administración sería el sujeto titular del interés público y altruista frente a los intereses particulares y egoístas del administrado, de lo cual, a su vez, se seguiría que los segundos deben subordinarse ante

³⁹ ARÓSTICA M., Iván, *De Espaldas al...*, págs. 108 y 109. Por iguales razonamientos, Aróstica agrega que “en tales casos, no se ha hecho acreedor al Estado de un poder discrecional para concurrir o no al negocio concesional, como quiera que éste se encuentra supeditado a un procedimiento reglamentado, que necesariamente debe concluir con la habilitación solicitada, si el interesado reúne las exigencias técnicas requeridas. Ni tampoco los empresarios del ramo quedan subordinados a los clásicos poderes exorbitantes de la Administración: no hay poder de dirección o tuición como para que se pueda sustituir la decisión empresarial por la decisión burocrática, como tampoco existe el poder de resolución unilateral y posterior rescate, que faculte al Estado para reemplazar a los prestadores privados y reasumir la gestión del servicio”. En otra de sus publicaciones, el mismo autor agrega que “El Derecho no ganaría ni perdería porque el Estado intervenga más o menos en la vida económica y social. Pero eso está negado, al menos por la experiencia chilena. El influjo de las concepciones estatizantes impuestas en nuestro país, desde los años 30 hasta 1973, no es calculable en cero, pues lejos de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho articulado por la Carta de 1925, constituyó uno de los factores más determinantes de su declinación. La razón es simple, si se mira la situación por el revés y el derecho: es que al mismo ritmo en que crecía la Administración del Estado como gestora de actividades empresariales, se reducían –proporcionalmente– los espacios donde la *libertad* de industria podía realizarse (doy su rigor etimológico a esta palabra); a lo que habría que sumar la distorsión de la *igualdad*, producto de los privilegios y ventajas con que actuaban las empresas estatales frente a sus similares privadas”. ARÓSTICA M., Iván, *Crónica sobre...*, pág. 145.

el primero.⁴⁰ Sin embargo, semejante posición olvida que antes que examinar la calidad de los intereses o la extensión general o particular del que el ciudadano intenta hacer valer, lo esencial es determinar, primero, su posición jurídica como titular de derechos fundamentales. Porque si resulta que el administrado es titular de derechos fundamentales, por más que con ellos se pretenda hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario no servirá absolutamente para nada, pues éstos cederán a la primacía de aquéllos.⁴¹ Entre nosotros, tales premisas arrancan de la noción de “bien común” adoptada por el constituyente, en cuanto previene que su prosecución deberá, en todo caso, sujetarse al pleno respeto de los derechos y garantías que la propia Constitución consagra.⁴²

Entre los diversos órganos a través de los cuales se expresa el Estado, quizás las conductas más erráticas en torno al tema de la actividad económica –y la autonomía privada que debe ser su principio– cabe atribuir las a las comisiones antimonopolios regidas por el Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre defensa de la libre competencia. La misma realidad práctica nos muestra que el riesgo principal viene dado por la tendencia que dichos

⁴⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, op. cit., pág. 688. En relación con el tema, se advierte también que entre los diversos presupuestos del totalitarismo, generalmente subyace una visión finalista y optimista del poder como bueno o, en todo caso, dotado de valor ético gracias a la fuente de legitimación de quien lo posee. Desde esta perspectiva, suele entonces ocurrir que los derechos de los ciudadanos resulten instrumentalizados por intereses públicos superiores a ellos y, a tal fin, limitados y disciplinados en virtud de cláusulas normalmente indeterminadas que los vacían de contenido. Para muestra dos botones: “los derechos civiles” –establecía el art. 1 del Código Civil ruso de 1923– “están protegidos por la ley mientras su ejercicio no entre en contradicción con los fines sociales y económicos para los que han sido establecidos”. Por su parte, el art. 61 de la Constitución cubana prescribe: “ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra... la existencia y fines del estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible”. FERRAJOLI, op. cit., pág. 885.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una...*, págs. 46 y 47.

⁴² Pese a lo “difusa” que pueda estimarse la noción de bien común, lo cierto es que su contenido determina una limitación para las actuaciones del Estado y que se reconoce en el denominado principio de subsidiariedad. Sobre este particular, bien vale la pena traer a colación aquello que siempre ha entendido la *Doctrina Social* de la Iglesia en materia del rol subsidiario que cabe atribuir al Estado. Así, por ejemplo, en su comentario a la Encíclica *Centesimus Annus*, Astorquiza nos recuerda que para el magisterio “una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad, y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común.” (N° 48). ASTORQUIZA, Patricio, op. cit., pág. 32. A propósito de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política reconoce sin ambigüedad la primacía y privilegio que ostenta la iniciativa privada frente a la acción estatal. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional ha sido enfático en afirmar que “el artículo 1° de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional.”; agregando que conforme al contenido y alcance del inciso final del artículo 1° de la Carta Fundamental “los titulares e integrantes de los órganos del Estado deben realizar estas funciones básicas a fin de alcanzar la finalidad suprema, el “bien común...” . Fallo Rol N° 19, de 27 de octubre de 1983, Considerando 9°.

organismos renuevan, de tiempo en tiempo, para erigirse en una suerte de "legislador" que, por la vía de regular determinados mercados, no pocas veces afectan directa y esencialmente garantías enunciadas incluso como fundamentales por nuestra Constitución Política. Es así que partiendo de aquella noción espuria que más atrás criticábamos respecto del *orden público económico*, en ocasiones han procurado sustituir la función legislativa, estableciendo reglamentaciones que implican un claro desconocimiento no sólo de su carencia de potestades en esta esfera, sino que de aquellos derechos constitucionales referidos a la libertad para realizar actividades que posibiliten, en definitiva, adquirir el dominio de ciertos bienes y ejercer las facultades inherentes al derecho de propiedad. De este modo, olvidan que el derecho que nuestra Constitución asegura para desarrollar libremente actividades económicas lícitas (art. 19, N° 21) no sólo exige de "ley" para los fines de su limitación (art. 19, N° 26 de la C. P. de la Rep.), sino que se halla íntimamente vinculado con aquellas garantías que se consagran en los N°s 23 y 24 del mismo artículo 19, todas ellas pilares esenciales del denominado "orden público económico". En efecto, así como la *garantía "del derecho de propiedad"* (N° 24) no tiene mayor sentido práctico si no se reconociere –y asegurare– también el "*derecho a la propiedad*" (N° 23) –que precisamente permite adquirir y hacerse de aquella cosa o derecho objeto del anterior– ambas protecciones serían del todo ilusorias si no existiera, a la vez, *la libertad de realizar las actividades* necesarias para adquirir tales bienes o, más que eso, hallarse en aptitud o posibilidad de adquirirlos.⁴³

Adicionalmente, estimamos que tanto la normativa antimonopolios vigente en nuestro país como la vacilante y a ratos equívoca jurisprudencia de los órganos directamente llamados a fiscalizarla denotan una realidad mucho más preocupante; a saber, la falta de certeza o claridad respecto de los principios que, en último término, se hallan envueltos en este ámbito. En efecto, poco o nada se gana con haber definido que el primordial objetivo es asegurar la *libre competencia* si, antes aun que eso, no se conoce la *ratio* o fundamento en la cual descansa tal disposición. Una carencia como la anotada en modo alguno puede ser calificada de trivial toda vez que, en definitiva, el principio en que aquella idea se base será el que permita arribar a una interpretación sistémica y finalista de los diversos preceptos

⁴³ Ruiz-Tagle menciona como principios ligados al artículo 19 N° 21, los siguientes:

a) el principio de igualdad entre los agentes económicos, y b) el principio de libertad económica; incluyendo la libertad de trabajo, la libre iniciativa y el derecho de propiedad, que son la base de la libre competencia. El mismo autor agrega que se vinculan a la misma norma constitucional citada, otros principios tales como: (i) el principio de subsidiariedad; (ii) el principio de aplicación preferente del derecho común a toda actividad económica; (iii) el principio de que el Estado empresario sólo puede actuar por mandato legal expreso; (iv) el principio de no usar recursos públicos para fines privados, y (v) el principio de la proporcionalidad de la intervención estatal en cada mercado. RUIZ-TAGLE V., Pablo, op. cit. págs. 53 y 54.

legales involucrados en la decisión. De igual modo, son también éstos los que a la postre se erigirán en una limitante o cortapisa para el ejercicio de las funciones que en este campo competen a la autoridad. Llevando el tema a un plano muchísimo más general, el comportamiento de algunos poderes públicos –principalmente de los organismos administrativos– nos conduce a plantearnos una duda todavía más inquietante, y que alcanza los cimientos mismos de aquello que hoy se comprende en el concepto de la economía de libre mercado. Se trata, en resumidas cuentas, de la ausencia que advertimos de un criterio unívoco en torno a si tal sistema constituye un valor (lo que por cierto no se opone a que lo consideremos un “medio” y no un fin en sí mismo) que debe ser preservado en razón de exigirlo la *libertad* de las personas, o bien porque su observancia deriva de una consideración *técnico-política* que se traduce en un mayor beneficio para la comunidad. Con esta observación, que en ningún caso pretende identificar una contraposición constante o irreconciliable entre ambos tópicos –y menos prescindir del recurso a los aspectos prácticos que siempre habrán de estar presentes en el análisis–, se quiere poner de relieve el imperativo que existe, en situaciones de ordinaria ocurrencia, de aproximarse a la solución del asunto considerando previamente cuál ha de ser el principio último cuya vigencia debe salvarse. Obviamente, no corresponde agotar aquí el planteamiento de tales cuestiones. Simplemente para dejar de alguna manera enunciados los alcances que surgen de la inquietud que apuntamos, cabría preguntarse: Si la libertad económica, en cuanto valor de naturaleza moral, se tiene por *fundamento* de la libre competencia ¿no serían mayores las limitaciones de la autoridad para regular un determinado mercado que aquellas que enfrentaría, en cambio, si el criterio a aplicar consistiera en la mera conveniencia o utilidad práctica que en determinado momento ésta representa para la comunidad?

Considerando, por una parte, la reticencia de nuestros tribunales superiores para admitir la procedencia de la acción de protección en contra de resoluciones judiciales y, por la otra, la naturaleza jurisdiccional que se le ha atribuido a los fallos de la Comisión Resolutiva antimonopolios, a nuestro juicio es factible impugnar aquellas a través de la interposición del denominado *recurso de amparo económico*, regulado por la Ley N° 18.971. Precisamente su objeto apunta a proteger en términos más eficaces que otras acciones especiales la libertad para desarrollar cualquiera actividad económica. A este respecto, conviene recordar lo que se discutiera en el seno de la Comisión Constituyente y que se recogiera en su obra por don *Enrique Evans*, a propósito del alcance y extensión de la garantía amparada por este recurso: “Si la Constitución asegura a todas las personas el derecho de desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las nor-

mas que regulan la respectiva actividad, *la obligación de no atentar contra esta garantía no sólo se extiende a los particulares que actúen en el ámbito de la economía nacional, sino que también al Estado, al legislador y a cualquiera otra autoridad*". En este mismo sentido, consignemos que en las sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (*Sesión N° 214, celebrada el día 25 de mayo de 1976*) y durante la discusión del precepto en el que tiene su origen la acción de amparo, el comisionado señor Ortúzar expresó que "habría consenso en el sentido de que este recurso de amparo puede ejercerse respecto de cualquier acto u omisión, arbitrario o ilegal, sea de la autoridad política o administrativa o de dondequiera". Ante ello, el mismo profesor Evans manifestó "no hay necesidad de decirlo. Toda persona puede ser perturbada en el legítimo ejercicio de los derechos tales y cuales. ¿Por quién? La Constitución no dice nada, porque el perturbador puede ser cualquiera autoridad u otro particular".⁴⁴

Una posible explicación de la tendencia que criticamos, pero que en ningún caso puede invocarse como excusa, puede quizás encontrarse en el hecho de que la pertinente legislación, dictada en una época en que la mayor parte de la actividad económica se hallaba radicada en el Estado, no tuvo en consideración los principios que casi una década más tarde quedarían definitivamente plasmados en la Constitución. Afortunadamente, para salvaguarda de los derechos que en este ámbito pertenecen al individuo, el Tribunal Constitucional ha uniformado jurisprudencia que apunta en esta dirección. En concreto, éste ha precisado que sólo en virtud de una ley es factible establecer limitaciones al ejercicio de los señalados derechos de contenido económico, y siempre que ellos no se vean afectados *en su esencia* o importen sujetarlos a requisitos o condiciones que impiden su *libre ejercicio* (art. 19 N° 26).⁴⁵ Con todo, parece conveniente dejar sentado que en el camino de protección de los principios constitucionales que amparan la autonomía privada frente a las arbitrariedades

⁴⁴ EVANS, Enrique, op. cit, pág. 318. La cursiva es nuestra.

⁴⁵ Tales son los casos, v.gr., de los fallos recaídos en las causas Rol 146, Rol 167 y Rol 185. También a propósito de la norma citada, el Tribunal Constitucional ha declarado "que mucho podría decirse sobre la "esencia" de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es esa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptualarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendida por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica" (Rol N° 43, fallo de 24.02.87, Consid. 21°). Para Varela, "el contenido esencial de los derechos fundamentales determina de esta forma una frontera que el legislador no puede traspasar y delimita un terreno que no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad. La garantía del contenido esencial... es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar y señala un límite más allá del cual no es posible la función limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.". VARELA, Casimiro, op. cit. pág. 164 (la cursiva es nuestra).

de la autoridad antimonopolios, y que a ratos se torna en un desgastador *vía crucis*, debe también considerarse –y en términos positivos– el reconocimiento que la misma ha hecho en orden a que no basta, para sancionar determinado acto como atentatorio de la libre competencia, con la circunstancia de que el juzgador identifique un mero riesgo o temor de que en el futuro tal atentado pueda consumarse o bien configurarse un abuso de posición monopólica. De esta manera, y acogiendo a nuestro juicio una sana doctrina, los organismos con facultades decisorias en el tema han uniformado sus criterios en cuanto a que no les corresponde intervenir en un mercado –ni menos sancionar a sus actores– sobre la exclusiva base de un pretendido y eventual peligro que no se acompañe, a su vez, de conductas precisas y concretas que supongan conculcar el bien jurídico cuya protección les confía la ley.⁴⁶

⁴⁶ Dan cuenta de ello, entre otras, las siguientes: Dictamen N° 508, de 6 de diciembre de 1985; Dictamen N° 462, de 7 de agosto de 1986; Resolución N° 243, de 15 de diciembre de 1986; y Dictamen N° 744, de 21 de septiembre de 1990. Destacamos, asimismo, que la propia Comisión Resolutiva ha reconocido, en términos explícitos, los límites que en este campo afectan las amplísimas facultades que, a veces sin mayor fundamento jurídico, se autoatribuye al abordar esta materia. Así, por ejemplo, informando a la Corte Suprema respecto de un recurso de queja deducido en su contra (*Recurso de queja N° 7.810-92, deducido por el Fiscal Nacional Económico contra la Resolución N° 372, de 1992*) tal Comisión expresó, a la letra, que: “*Es fácil comprender que por mucha discrecionalidad que pudiéramos atribuirnos los sentenciadores, no podemos imponer sanciones que consistan en limitar un derecho garantizado por la Constitución, basándonos en conductas que objetivamente se ajustan a las normas legales sobre cuyas pretendidas intenciones ilícitas no existe prueba en los autos ni en otros antecedentes que obren en poder de este tribunal*”.

Orden público económico y protección penal de los bienes jurídicos

Teniendo en cuenta la muy estrecha relación que debe existir entre principios tales como el de *tipicidad, culpabilidad y presunción de inocencia*, por un lado, y el derecho administrativo sancionador, por el otro, preocupación nos merece la creciente tendencia a menospreciar su observancia –no ya en el plano administrativo, sino que *en la misma esfera criminal*– cuando se trata de castigar penalmente conductas de naturaleza económica. La vía predilecta para tal menoscabo ha sido la creación de los llamados *delitos de peligro abstracto*,⁴⁷ con ocasión de los cuales se han postulado doctrinas que propugnan, por ejemplo, la supresión de todo elemento subjetivo en el tipo, o la igualación entre el dolo y la culpa (a pretexto de la dificultad de prueba que ellos entrañan); la introducción, a veces indiscriminada, de elementos normativos (con la consiguiente restricción sustancial de las hipótesis de error de prohibición y su reducción sólo a los casos de error de tipo, lo que sumado a una presunta posición de garante de sus sujetos activos, amplía los supuestos de “error vencible” o “evitable”); la proliferación de leyes penales en blanco (asilándose para ello en la pretendida necesidad de flexibilizar la reacción estatal en estas materias); la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas (básicamente recurriendo al concepto de “coparticipación”); el establecimiento de presunciones de responsabilidad criminal; etc.⁴⁸

En una buena medida, creemos que han contribuido a semejante tendencia algunas de las características propias de la autoproclamada

⁴⁷ El profesor *Etcheberry* los define como aquellos “en los cuales la ley presume, por el solo hecho de realizar determinada acción, que se ha puesto en peligro un bien jurídico”. *ETCHEBERRY*, Alfredo, op. cit., pág. 227. *Náquira*, por su parte, anota que se recurre a tales formas delictivas cuando “el legislador, atendida la naturaleza de una conducta y/o el contexto en que se realiza, la ha considerado portadora de un cierto grado de peligrosidad para la integridad o seguridad de un bien jurídico...”. *NÁQUIRA*, Jaime, op. cit., pág. 87. En el mismo sentido, *Sánchez* expresa que su característica principal es la de no exigirse en ellos la puesta en peligro efectiva del bien jurídico protegido, ya que se consuman con la realización de la conducta abstracta o generalmente peligrosa descrita en el tipo. “El peligro es un mero motivo, “*ratio*” de creación del delito, no el resultado típico del mismo, luego la producción del peligro no es un elemento del tipo del injusto. El comportamiento se tipifica en atención a su peligrosidad general para el bien jurídico, basada en datos de la experiencia común. Por ello se califican también de delitos de peligro presunto”. *SÁNCHEZ*, María Isabel, op. cit., pág. 39. Representando a través de sus palabras una buena parte del sentir doctrinario en la materia, *Gómez Benítez* hace ver que los tipos de peligro no están en general justificados, ya que se ha de exigir la efectiva lesión de un bien jurídico individual o “colectivo” como resultado para la punición del delito consumado. Esa efectiva lesión puede y debe demostrar el peligro o efectiva lesión para la economía, sin que por ello haya que configurar tipos de mero peligro. Por ello, el citado autor entiende que la utilización de los tipos de peligro en el ámbito de los delitos socio-económicos no está siempre fundamentada en una razón de necesidad político-criminal, sino en una muy concreta y trasnochada concepción de la misma: en la “defensa social”. *GÓMEZ BENÍTEZ*, José Manuel, op. cit., pág. 470.

⁴⁸ En los sentidos expuestos puede verse, v. gr., *BUSTOS*, Juan, op. cit., págs. 8 y 9.

postmodernidad que nos toca vivir. Ellas tienen que ver con la consideración que en general se tiene sobre el *riesgo* en la actual sociedad, en términos que aquel ha dejado de ser concebido como un motor del desarrollo para mirarse, más bien, como un factor esencialmente negativo, que amenaza la seguridad del individuo y de toda la comunidad. Frente a él, por tanto, se postula como deseable una respuesta social –principalmente a través del Derecho– que tienda a conjurar cualquier posibilidad de peligro para el sistema. Dentro de éste, no existiría ya espacio para ningún imprevisto que fuere susceptible de estorbar y ni qué decir respecto de la muerte, que en razón de su inevitabilidad simplemente se relega al olvido, como si el mero hecho de no pensar en ella pudiera desterrarla del camino natural de los hombres. Pensamos que precisamente ha sido tal actitud la que en gran parte explica las corrientes que hoy día son entusiastamente expuestas en cuanto foro jurídico se organice, propugnando la necesidad de refundar todo el esquema de responsabilidad –sea civil o penal– única y exclusivamente sobre la base de criterios de imputación objetiva, los cuales, a la postre, suponen atribuir a cada individuo la calidad de *garante* de la posición en que se encuentra el otro.⁴⁹ En definitiva, nos parece estar asistiendo a la natural consecuencia que habría de seguirse de la concepción de un “Estado-Bienestar” que, bajo la utópica promesa de garantizar una *seguridad* sin límites, induce a los ciudadanos a abandonarse a una cómoda y perpetua pasividad, limitándose a reclamar el subsidio o subvención que contribuya a mantenerlos en su inercia. El resultado nos parece previsible: la libertad continuará existiendo –al menos formalmente–, pero nos desacostumbraremos a usarla dado los riesgos que su ejercicio pueda involucrar.

El fundamento generalmente invocado para abandonar los principios garantistas que recoge nuestra Constitución Política –y cuya abolición alcanza ribetes dramáticos en la esfera del derecho administrativo sancionador– tiene que ver con una modificación esencial en la forma de conceptualizar los *bienes jurídicos* que el derecho penal está llamado a proteger a la par que en una desfiguración del carácter subsidiario –o de *última ratio*– que tradicionalmente inspiró esta disciplina sobre la base del

⁴⁹ El concepto de “garante” suele ser invocado por algunos como criterio válido para justificar la proliferación de figuras delictivas de *omisión impropia*. La aceptación de estas últimas, por su parte, salvo en los casos de homicidio simple del art. 391 N° 2 y de lesiones menos graves del art. 399, ambos del C. Penal, resulta inconstitucional a la luz de nuestro ordenamiento jurídico positivo. SALIM, op. cit., pág. 81. Aunque escape del ámbito tratado en estas notas, especial relevancia ofrecen las consideraciones que pueden formularse respecto de la *culpabilidad* en el plano de las sanciones administrativas y su relación con la pena criminal. Sobre este particular, el profesor Cury hace ver que no existe “un motivo atendible para independizar la sanción gubernativa de la exigencia de culpabilidad. Lo mismo que las penas penales, éstas sólo deben ser impuestas a quien puede dirigírsele un **reproche personal** por la ejecución de la conducta prohibida”. Op. cit., pág. 91. (El destacado es nuestro).

principio de la mínima intervención. De esta manera, emulando modelos como el nacionalsocialista de la Alemania de Hitler, algunos pretenden revivir un "derecho penal de peligro" ("*Gefahrdungsstrafrecht*"), argumentando la existencia de bienes de naturaleza "supraindividual", "universal" o "colectiva", y que, por ejemplo en el campo del derecho económico, se identifican con la protección de los consumidores, la libre competencia, la transparencia del mercado, etc.⁵⁰

No obstante la natural necesidad de promover la consecución de tales objetivos, nos parece criticable el hacerlo a través de expedientes que, a más de violentar principios básicos y tradicionalmente legitimadores del *ius puniendi*,⁵¹ encierran el evidente riesgo de transformar el derecho penal en una herramienta al servicio no ya de intereses concretos y propios de la persona humana (a cuyo "servicio" precisamente existe el Estado, confor-

⁵⁰ Parece oportuno consignar a estos respectos que la heterogeneidad de los elementos integradores del sistema económico puede desaconsejar, desde la perspectiva político-criminal, la tipificación de conductas supuestamente lesivas del correcto y adecuado funcionamiento del mismo sistema, como un interés *uniforme* a tutelar directamente. En este sentido, ocurre que algunas conductas que se estimen claramente perjudiciales *para uno de los elementos* del sistema son, en definitiva, materialmente beneficiosas para el equilibrio global de aquél. Así, por ejemplo, *Seldon y Pennance* apuntan el que la quiebra de una empresa es positiva para el *sistema de mercado*, puesto que suprime a los agentes incapaces de respetar sus reglas y sobrevivir a la competencia, posibilitando de este modo la reasignación de los recursos y la limpieza del propio sistema. Citados por RUIZ MARCO, op. cit., págs. 50-52.

⁵¹ Aun aquellos autores que aceptan recurrir a la creación de figuras delictivas de mero peligro, en general están contestes en el hecho que deben ser restringidas a la protección de *bienes jurídicos de primera magnitud* (v. gr. la vida). Por ello, no deja de ser en cierto modo risible –salvo por lo que respecta a sus víctimas– el que de una comparación entre ciertos delitos económicos y aquellos tipificados para las agresiones que un funcionario público realice contra bienes tan esenciales como la libertad, aparezca que la pena de los segundos, además de contemplarse para los supuestos de una lesión efectiva, resulte muy inferior a la prescrita para los primeros. *Ibid.*, pág. 157. En la misma línea, escribe *Sánchez* que "la admisión de bienes jurídicos supraindividuales debería restringirse a aquellos que complementan bienes jurídicos de especial importancia", como ocurre, v. gr. con la salud pública, que complementa la salud individual, a diferencia de los criterios de política criminal que debieran adoptarse cuando hablamos de bienes de menor jerarquía, como lo son los referidos a intereses de carácter patrimonial". Op. cit., págs. 77 y 78. La misma autora comenta que en la línea de aproximación al principio de ofensividad –definitivamente desatendido en esta clase de delitos– y a fin de dotar de antijuridicidad material a los mismos, se han formulado en la doctrina diferentes criterios restrictivos, entre los que destacan como más significativos la admisión de "prueba en contrario de la no peligrosidad" propuesta por *Schröder*; o la exigencia de un "peligro de resultado" –ya que no un "resultado de peligro"– semejante a la infracción del cuidado debido en los delitos imprudentes. *Ibid.*, pág. 45. De otro lado, se advierte también que el hecho de recurrir a los *delitos de peligro abstracto* que muchas veces se busca tipificar en el ámbito del orden económico, "evidentemente afecta los derechos básicos garantistas de un Derecho Penal moderno porque implica una *presunción de derecho*", cuyo establecimiento, en nuestro ordenamiento, resulta además inconstitucional a la luz del art. 19, N° 3 de la C. P. de la Rep. BUSTOS, op. cit., pág. 8. De un modo semejante, *Gómez Benítez* llama a "reconducir los tipos a su auténtica función político-criminal de expresión real (no formal) del principio de legalidad"; advirtiendo que "en este sentido resulta algo más que un "juego" dogmático la concepción del dolo como elemento subjetivo referido a la realización de las circunstancias del hecho contenidas en el tipo legal". GÓMEZ BENÍTEZ, op. cit., págs. 470 y 471.

me al art. 1° de la C. P. de la Rep.), sino que de “instituciones”, “estructuras” o “sistemas” sociales.⁵² En definitiva, tememos que aduciendo la necesidad de “anticipar” la tutela penal, se quiera pavimentar una verdadera avenida para que transiten por ella, sin ningún tipo de limitaciones ni ataduras, quienes se dicen portadores del “*interés superior de la comunidad*”, concepto este que las más de las veces viene a ser simplemente el estandarte con el cual se enarbola la promoción de una determinada ideología política. Desde este punto de vista, no resulta entonces extraño que aquellas corrientes vinculadas, por ejemplo, a la protección sacramental del medio ambiente o a la promoción de una absoluta igualdad entre los sexos y demás “bienes” cuya aceptación social y jurídica predica el feminismo (derechos reproductivos, ilimitada libertad en materia de “opciones sexuales”, etc.), se presenten hoy en día como los principales impulsores de la intervención penal ante todo riesgo que implique amenazar la vigencia de los “derechos” por ellos postulados. En este contexto, no parece exagerado imaginar que de persistir tales grupos en su agresiva campaña en favor del “ideal postmoderno y libertario” que supuestamente encarnan, en las próximas décadas constataremos que las “ONG” en que hoy día se cobijan, han adquirido la fuerza de auténticos comisariatos políticos, como aquellos que el mundo conoció en un pasado no demasiado remoto. Frente a tal contingencia, oponemos pues la resistencia que ofrece una visión *personalista* como aquella planteada por *Hassemer*, la cual, al concebir el bien jurídico desde la perspectiva de la persona, únicamente permite calificar de tales a los que sirvan al desarrollo personal del individuo, evitando que el concepto se transforme en una especie de salvoconducto de toda *ratio legis* de las normas penales.⁵³

⁵² Sobre este particular, *Mir Puig* advierte que no se trata de discutir la importancia social de esta clase de intereses ni tampoco la necesidad de una protección jurídica eficaz de los mismos; lo que importa, sin embargo, es que por esta vía se está produciendo una tendencia a la ampliación del derecho penal que se contrapone al programa de despenalización progresiva que en otras materias se propugna en nombre del principio de intervención mínima. Y así, “podría suceder que al mismo tiempo que se postula un derecho penal *mínimo* y se aboga por una progresiva abolición y sustitución de la pena, se esté abonando una importante tendencia de sentido inverso”. MIR PUIG, *El Derecho penal...*, págs. 152 y 153. En el mismo sentido puede verse otra obra del mismo autor, *Función de la Pena...* También a propósito de lo dicho, *Hassemer* y *Muñoz Conde* destacan que el peligro de una *funcionalización* del derecho penal es el de eliminar o reducir las garantías de una elaboración formalizada del conflicto porque pueda perturbar los fines políticos, advirtiendo, como una de las manifestaciones de tal tendencia a la *desformalización*, la que denominan “huida del legislador hacia las leyes indeterminadas”. Ella, a su vez, se expresa o manifiesta mediante tres vías distintas: (i) Un creciente aumento del empleo de conceptos vagos y de cláusulas generales en los preceptos legales; (ii) Una relegación a la penumbra de los límites entre criminalización y descriminalización en algunos ámbitos de comportamientos ilícitos; y (iii) Un abandono en el propio juez de la pertinente decisión, ofreciéndole conceptos que dejan un amplio margen a su discrecionalidad. HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., págs. 174 y 175.

⁵³ *Ibíd.*, pág. 112.

El ámbito de los delitos socio-económicos ha sido, quizás, aquel en que mejor se constata la realidad descrita, apreciando que detrás del discurso sobre la “desformalización” del derecho penal a veces subyace –o derechamente se esconde– una concepción claramente discriminatoria hacia aquellos que concentran un mayor poder y riqueza económica.⁵⁴ Así las cosas, no resulta inusual ver que mientras un empresario tiende a ser mirado por tales sectores como un sujeto indigno de merecer cualquier garantía, si quien ha delinquido, en cambio, pertenece a la eufemísticamente llamada clase de los “marginados”, no sólo cabe reconocerle los derechos constitucionales inherentes al sistema liberal que se niega al otro, sino que incluso debe movernos a todos a proclamar un *mea culpa* por una responsabilidad que la sociedad como tal descuidó. Paradojalmente, si examinamos la importancia o trascendencia de los bienes jurídicos que son objeto de atentado por una y otra “clase” de autor, nuestra conclusión –si no fuera porque una discriminación en torno a la materia nos parece inadmisibile– debiera ser precisamente opuesta a la exhibida por semejantes doctrinas. En efecto, mientras en un caso se trataría de agravios inferidos a bienes cuyo fundamento reside en la misma naturaleza, tales como la vida o la propiedad, en el otro generalmente se hallarán en juego valores cuyo origen es meramente convencional y, en muchas ocasiones, incluso transitorios y esencialmente variables, puesto que dependen de la coyuntura económica imperante en un determinado momento. Un certero ejemplo de ello –y que sin duda nos será familiar– nos lo proporciona la legislación sobre operaciones de cambios internacionales. Hasta hace poco más de una década, en nuestro país fue una tradición tipificar como delito el hecho de realizar este tipo de operaciones, v.gr. compra o venta de moneda extranjera, sin contar previamente con una expresa autorización del Banco Central de Chile.⁵⁵ Bastó, sin embargo, que se impusiera una determinada escuela de pensamiento económico para que no sólo se suprimiera el carácter delictivo de tales conductas, sino que incluso aquellas –en determinados períodos– no dieran lugar ni aun a infracciones de carácter administrativo.⁵⁶ De ahí que ejemplos como éste confirmen nuestro enérgico rechazo a una virtual “apostasía” de las garantías clásicas del derecho penal cuando se trata de cautelar bienes jurídicos de naturaleza “supraindividual” o “colectiva”, por mucho que se estimen tutelares del sistema o modelo que

⁵⁴ En este sentido, la misma expresión “delincuente de cuello blanco” acuñada para identificar a quienes incurrir en esta categoría de ilícitos, más allá de la ironía que pretende expresar, y atendido el contexto en que suele emplearse, sin duda encierra una actitud reveladora de tal discriminación.

⁵⁵ Un análisis en torno al tema puede verse en nuestro libro *Nueva legislación sobre...*

⁵⁶ Bien sea la experiencia propia o la realidad que nos muestra el derecho comparado, análogos ejemplos pueden hallarse en otras variaciones radicales que se producen respecto de los bienes jurídicos de naturaleza económica, v. gr., en materia de libre competencia, fijación de precios, penetración de mercados cerrados, etc.

se ha consolidado en un país y se hubieren sancionado como tales por el sentir popular mayoritario.⁵⁷

Relacionado con lo anterior y, de manera especial, con el tratamiento que la Constitución ha dado a ciertos bienes del ámbito económico, creemos que aun cuando la materia de la tutela penal debe ser compatible con aquellos bienes que ésta considera superiores (v.gr. aquellos que son la base del *orden público económico*), ello no implica en modo alguno que la protección que les pueda ser dispensada por el ordenamiento suponga, necesariamente, “criminalizar” conductas a costa de sacrificar el principio de intervención mínima que ya desde antiguo inspira al derecho penal, y menos todavía si se trata de inmolar, en el altar de la “utilidad pública”, las garantías referidas a la *reserva legal* y la *culpabilidad*. En otras palabras, pensamos que la consecuencia que se sigue de formular constitucionalmente la primacía de un determinado bien, en el mejor de los casos puede complementar las razones que llevan a justificar el *ius puniendi* estatal, pero en ningún caso serán suficientes o bastantes a fin de concederles protección por esta vía.⁵⁸

Sin embargo de los peligros que se han anotado respecto de la invocación de bienes jurídicos *supraindividuales* –especialmente los “colectivos”– como fundamento del derecho sancionador, nos parece importante reparar en el hecho de que una proliferación de figuras delictivas en los ámbitos societario y económico –comúnmente acompañada del establecimiento de una profusa y generalmente inadecuada reglamentación administrativa– en muchas ocasiones importa también un quebrantamiento de la unidad y coherencia que indispensablemente debe guardar el ordenamiento jurídico. Lo anterior, en razón de la usual descoordinación que se introduce entre los diversos remedios que el conjunto de la legislación ha previsto para evitar o reprimir una conducta indeseable, v.gr. los contemplados en las normas administrativas y, principalmente, en las civiles y mercantiles.⁵⁹ Amén de ello, debe también considerarse la falta de ponderación que en ocasiones

⁵⁷ Al introducirnos a la teoría de Ferrajoli, Norberto Bobbio comenta que la batalla en defensa del garantismo, a pesar de las solemnes declaraciones de principio no siempre confortadas por los hechos, consiste en una batalla de minorías, por lo cual ha de librarse con armas templadas y afiladas; advirtiendo también que usualmente el adversario nos ofrecerá dos caras, y entonces la tesis propuesta se convierte inevitablemente en un *tertium quid* entre dos extremos. “La legalidad se opone al arbitrio, pero la oposición es doble cuando el arbitrio puede derivar tanto de una concepción objetivista del delito..., cuanto de una igualmente indebida objetivación como la derivada de la criminología positivista”. FERRAJOLI, op. cit., pág. 15.

⁵⁸ No basta –dice Mir Puig– que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente. Es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos: si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico-penal. MIR PUIG, *El derecho Penal...*, pág. 166.

⁵⁹ Respecto de la necesidad de regular específicamente la incidencia de algunos delitos patrimoniales en bienes jurídicos colectivos de carácter socio-económico, como, por ejemplo, los intere-

se prodiga a los principios y criterios de valoración de tales órdenes, los cuales no siempre coinciden con aquellos que ha querido ver el legislador penal y ni qué decir el funcionario administrativo. Adicionalmente, el fenómeno se agrava cuando asistimos a la creación de regulaciones que desconocen nuestra propia realidad o constituyen una desmedida o desproporcionada reacción ante situaciones muy específicas. Asimismo, cabe advertir que una tal “promiscuidad” normativa puede llevar a la utilización del derecho penal como una mera estrategia encaminada a la pronta satisfacción de un interés típicamente privado que, de no mediar esta “vanalización” en torno a los bienes jurídicos protegidos, debiera ser satisfecho por otras vías que no impliquen la manipulación de los principios que le otorgan sentido a esta rama del Derecho. Piénsese, por ejemplo, en las argucias a que inescrupulosamente se podría recurrir –y de hecho se ha recurrido– a fin de “criminalizar” conflictos como una manera de solucionar, de manera más “expedita”, un conflicto de naturaleza propiamente comercial. En nuestro medio, sin duda contribuyen a este tipo de abusos hechos tales como la lentitud que suele afectar a los procesos judiciales y la generalizada tendencia de algunos jueces del crimen para admitir a tramitación, sin un previo y detenido examen respecto de la plausibilidad de sus fundamentos, las querellas que les son presentadas. Ante esta realidad, desafortunadamente la experiencia demuestra la casi nula protección que prestan instrumentos como la acusación por denuncia calumniosa o la indemnización debida por un error judicial. Ocurre, así, que suelen olvidarse por los órganos públicos aspectos tan evidentes como la necesidad de que la Administración –y el Estado como tal– se haga responsable de los abusos o yerros en que incurra al ejercer sus potestades... Pero esto, por sí solo, claramente ya constituiría materia para otra reflexión.

ses de los consumidores, Muñoz Conde destaca que a efectos de su tutela o protección puede con frecuencia ser suficiente una reforma de algunos delitos patrimoniales tradicionalmente contemplados en los Códigos Penales. Con todo, si resultare indispensable recurrir a las figuras delictivas que se comentan, precisa el que su creación “debe regirse por un criterio de excepcionalidad, en atención al principio fundamental jurídico-penal de intervención mínima y con el fin de evitar una “funcionalización inadmisibles del Derecho Penal”. En este punto señala, entre los criterios restrictivos, la necesidad de identificar siempre un bien jurídico determinado, la exigencia de lesión efectiva o, como mínimo de puesta en peligro *concreto* del bien jurídico previamente identificado, así como la incriminación excepcional de comportamientos imprudentes. SÁNCHEZ, op. cit., pág. 78. También relacionado con los aspectos que se comentan, cabe consignar los serios reparos que, desde el punto de vista del principio de *proporcionalidad* de la pena aplicable al infractor, se advierten al sancionar conductas que, en sí mismas, son irrelevantes para causar un daño a determinado bien jurídico –p.ej. en el orden medioambiental o económico– pero que, de reiterarse por un número significativo de personas, encierran el peligro de causar un perjuicio mayor.

Bibliografía citada

ALCALDE R., Enrique:

- *Nueva Legislación sobre Operaciones de Cambios Internacionales*, Ediar Conosur, Santiago, 1991.
- *Uso de Información Privilegiada: Algunas Consideraciones sobre el Sentido y Alcance de la Prohibición en relación con su Sujeto, Objeto y Sanción*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N° 1, enero-marzo 2000, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, Espasa Calpe, Madrid, 1978.

ARÓSTICA M., Iván:

- *De Espaldas al Estatismo: El Derecho de los Particulares a Desarrollar Cualquier Actividad Económica*, Ius Publicum N° 1/1998, Escuela de Derecho - Universidad Santo Tomás, Santiago.
- *Crónica sobre la Expansión del Estado Empresario y el Retraimiento de la Iniciativa Privada*, Ius Publicum N° 2/1999, Escuela de Derecho - Universidad Santo Tomás, Santiago.

ASTORQUIZA, Patricio, *La Encíclica Centesimus Annus*, Estudios Públicos N° 44, 1991, Centro de Estudios Públicos, Santiago.

BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1ª ed., s/a.

BUSTOS R., Juan, *Bien Jurídico en los Delitos Económicos*, charla dictada en el Colegio de Abogados de Chile el día 29 de septiembre de 1994, y publicada por dicho organismo en diciembre del mismo año.

CORRAL TALCIANI, Hernán:

- *El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria*, Revista Chilena de Derecho, Vol. N° 17, N° 2, 1990, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- *Nuevas Formas de Contratación y Sistema de Derecho Privado (Con especial referencia al Derecho Chileno)*, en Instituciones de Derecho Privado, "Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios", Palestra Editores, Lima-Perú y Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2000.

CURY U., Enrique, *Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas*, Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, N°s 44-45, 1979-1980.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (1971), Madrid.

DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, (1989), Tecnos, Madrid.

DOMAT, *Tratado de las Leyes*, Instituto de Estudios de Administración, 1985.

D'ORS, Álvaro, *Caput y Persona*, en *Ética y Teología ante la Crisis Contemporánea*. I Simposio Internacional de Teología, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1980.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, 3ª ed. revisada y actualizada, 1997, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, T. II.

FELIÚ S., Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, N° 1, enero 2.000.

FERNANDOIS V., Arturo, *El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980*, Ius Publicum N° 4 (2000).

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos**, *El Supuesto de la denominada "Autonomía de la Voluntad"*, en *Instituciones de Derecho Privado, "Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios"*, Palestra Editores, Lima-Perú y Editorial Temis S. A., Bogotá-Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi**, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, editorial Trotta, 1997, Valladolid, con prólogo de Norberto Bobbio.
- FERRI, Luigi**, *La Autonomía Privada*, Editorial Revista de Derecho Privado (1969), Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**:
- *La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, Civitas S.A., Madrid, 1993.
 - *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, Civitas S.A., Madrid, 1989.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín**, *Objetividad Ética*, Edeval, Valparaíso, 1995.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel**, *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Penal (títulos VIII y V)*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto 1980, Madrid.
- GONZÁLEZ P., Jesús**, *Justicia Administrativa*, en "El Derecho Público de Finales de Siglo, Una Perspectiva Iberoamericana", Civitas, S. A., Madrid, 1997.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco**, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- HERVADA, Javier**:
- *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, 3ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1987.
 - *Cuatro Lecciones de Derecho Natural*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Pamplona, 1989.
- IBÁÑEZ, José Miguel**, *Sociedad y Pecado*, Revista de Derecho Público, 19-20, 1976, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Gonzalo**, *El Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1ª ed., 1978.
- LYON PUELMA, Alberto**, *Teoría de la Personalidad. Personas Naturales. Personas Jurídicas*, Ediciones Universidad Católica de Chile (1993), Santiago.
- MASSINI C., Carlos Ignacio**: *La Aportación de Tomás de Aquino a la Filosofía de la Justicia*, *Ius Publicum* N° 3/1999, Escuela de Derecho - Universidad Santo Tomás, Santiago.
- MENDOZA Z., Ramiro**, *Comentario de jurisprudencia Acerca del control de la discrecionalidad técnica en materia eléctrica*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 23, 1998, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago.
- MESSNER, Johannes**, *Ética Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural*, Ediciones Rialp S.A., Madrid-México-Buenos Aires-Pamplona, 1967.
- MESSINEO, Francesco**, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.
- MIR PUIG, Santiago**:
- *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1982.
 - *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*", Ariel S.A., Barcelona, 1994.
- MOYA C., Patricia**, *Dos Posibles Acercamientos a la Ética de Tomás de Aquino. Disyuntiva o Complementariedad*, en *Seminarios de Filosofía*, Anuario, Vol. N° 10, 1997, Instituto de Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago.
- NÁQUIRA R., Jaime**, *Derecho Penal. Teoría del Delito*, T. I, Mc Graw-Hill, Editor, Cristina Castillo, Santiago, 1998.

OLGIATI, Francesco, *El Concepto de Juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1977.

RODRÍGUEZ G., Pablo:

- *Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de Generación de las Normas*, Ponencia presentada en el Congreso sobre "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos", realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991.
- *El Derecho como Creación Colectiva*, Universidad del Desarrollo, Ediciones Jurídicas, Santiago, 1999.

RUIZ MARCO, Francisco, *La Tutela Penal del Derecho de Crédito*, Editorial Dilex, S.L., 1995, Madrid.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *Principios Constitucionales del Estado Empresario*, Revista de Derecho Público, Vol. N° 62, 2000, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

SALIM-HANNA S., Roberto, *La Constitucionalidad de los Delitos de Omisión Impropia*, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año IV, N° 4-2000.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999, Valladolid.

SOTO KLOSS, Eduardo:

- *En la Forma que Prescriba la Ley. Nota sobre Prácticas Legislativas Inconstitucionales*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, N°s. 2 y 3, Tomo II, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, mayo-diciembre 1993.
- *La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile*, Ius Publicum N° 1/1999, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, Santiago.
- *Algunas consideraciones sobre la posición de los juristas frente al Derecho en la época actual (Hacia un Finalismo Realista)*, Revista de Derecho Público N°s. 19/20, enero-diciembre 1976, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- *Moral y Derecho: Una aproximación a sus relaciones*, Ius Publicum, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, N° 5/2000.

SPAEMANN, Robert, *Natural - No Natural ¿Son nociones significativas para la moral?*, Cuadernos Humanitas N° 12, Pontificia Universidad Católica de Chile, octubre 1998, Santiago.

VARAS ALFONSO, Paulino, *El Respeto a Todo Derecho Inherente a la Persona, aunque no esté contemplado en la Constitución*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, N°s. 2 y 3, Tomo II, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, mayo-diciembre 1993.

VARELA, Casimiro A., *Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal*, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

VEGHAZI K., Esteban, *Judaísmo para Cristianos*, editado por Edwin Steinsapir S. y Rodney Steinsapir S., Santiago, 1991.

VIDAL G., Gerardo, *Ecología y Ecologismo - Ecología Profunda*, Universidad Adolfo Ibáñez, Instituto de Humanidades, s/a.

WILLIAMS, Jaime, *Libre Empresa, Derecho, Humanismo*, Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, N° 1, Enero 2.000.

ZAPATA L., Patricio, *La Interpretación de la Constitución*, Revista Chilena de Derecho, Vol. N° 17, N° 1, 1990, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

La seguridad social en la Constitución Política chilena

Héctor Humeres Nogueira

Profesor de Derecho Laboral y de la Seguridad Social

Director Departamento de Derecho de la Empresa

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

La expresión de la voluntad soberana nacional, manifestada en la Constitución Política de un país tiene la más alta importancia, ya que representa el sentir de la sociedad en relación a los objetivos que ella estima esenciales.

Por lo anterior, la materialización de las garantías sociales alcanza una gravitación relevante y, dentro de ellas, los aspectos vinculados a la seguridad social han ido cobrando una creciente importancia.

En efecto, esta rama del derecho tiene su génesis formal a fines del siglo XIX, en la era bismarckiana, y alcanza su plenitud con William Beveridge, a mediados de la centuria siguiente. Su evolución fue explosiva y muy vinculada a los fenómenos socioeconómicos propios del siglo XX; hoy en día, en los albores del siglo XXI, se encuentra sometida a profundas revisiones en relación con su eficiencia y eficacia.

Quizás lo más notable desde este último punto de vista, es observar como en la Carta Fundamental que hoy nos rige se percibe esta profunda mutación, cuyos efectos y resultados aún no son apreciables en su real dimensión.

La revisión de la gestación y desarrollo de una institución será útil para verificar los verdaderos alcances perseguidos con su instauración y vislumbrar su devenir; es lo que pretendemos desarrollar en el presente trabajo.

El concepto de la seguridad social y su debida concreción

La Comisión de Reforma de la Seguridad Social Chilena,¹ de la década de los 60, la conceptualizó así: **“Es la rama de la política socioeconómica de un país, por la cual la comunidad protege a sus miembros asegurándoles condiciones de vida, salud y trabajo socialmente suficientes, a fin de lograr mejor productividad, más progreso y mayor bienestar comunes”**.

Dicho planteamiento denota, como lo afirma la citada Comisión, que “en el estado actual de su evolución, la seguridad social constituye un imperativo de la sociedad moderna”, afirmación que se tornó visible en el siglo pasado y que nos parece plenamente vigente en el presente; aun más, nos parece que dicho aserto se ha tornado imperativo y acuciante.

La regulación jurídica de ella a nivel constitucional así lo refleja, lo que si bien no fue lo habitual en el siglo XIX (en el que se privilegiaron las normas vinculadas a los derechos individuales y a la organización de la Nación), en pleno siglo XX se afincó definitivamente en el espíritu de los constituyentes de los diversos países, comenzando por la Constitución alemana de Weimar (1919) y otras que le siguieron; su figuración en los textos posteriores no ha hecho sino reconocer su rango, siendo imposible hoy en día concebir su exclusión.

Los textos modernos contienen los llamados “derechos sociales”, y en vinculación a ellos se contemplan normas de orden económico-social; de modo muy relevante entre ellas, las regulaciones de la seguridad social.

La evolución que ella ha seguido en las diversas Cartas Fundamentales denota claramente el sentir social de una época determinada, y la forma en que ella se ha plasmado reconoce un grado de diversidad importante, tanto en los países de este continente como de otros.

En el caso nacional, es de hacer notar, además, que la tradición jurídica del país ha determinado que el contenido de la Carta Fundamental sea más bien críptico, con reglas de carácter general, sin entrar a regulaciones específicas, cuyo desarrollo se ha dejado preferentemente en manos del legislador.

Ello tiene ventajas y defectos; a su favor se puede argumentar que ha creado un marco flexible, adecuado a los cambios que impone el avance de la sociedad, pero también es efectivo que en otras ha generado una sensación de incertidumbre en materias fundamentales, lo que, dado el carácter

¹ Informe N° 1 de marzo de 1969. Tomo I, pág. 9. Editorial Jurídica de Chile.

de ley fundamental que tiene la Constitución Política, ha tenido mucha relevancia.

En el caso de Chile, esta característica ha sido remarcable, por lo que pareciera de interés el efectuar una breve reseña histórica de los preceptos constitucionales que, en la materia, han regido en el país; el apreciar su trayectoria permite adentrarse y comprender cabalmente su evolución, y sostener a su respecto un juicio crítico de valor.

Creemos que ello debe generar una reflexión acerca de lo que ha sido el tratamiento constitucional de esta rama del derecho y motivar una aproximación de lo que ella hoy en día representa o debería representar.

Evolución histórica de la seguridad social en la Carta Fundamental chilena

Las Cartas Fundamentales que rigieron en Chile en el siglo XIX se caracterizaron por contener descripciones bastante rudimentarias de los derechos que forman parte de la seguridad social; en su descargo, hay que dejar constancia que en aquella época, esta rama del derecho no tenía aún suficientemente decantado su contenido.

En efecto, las Constituciones Políticas de 1823, 1828 y 1833 sólo contienen alcances relativos al cuidado de la salud, **“encomendándoles todas ellas a las Municipalidades la tuición sobre la policía de salubridad, el cuidado de los hospitales y hospicios y otros institutos de beneficencia, de socorro y misericordia”**.²

Ya en el siglo XX, dicha situación tuvo un giro importante al promulgarse la Constitución del año 1925, la cual estatuyó en el Capítulo III, dedicado a las Garantías Constitucionales, en su artículo 10 N°14, que se aseguraba a todos los habitantes de la República: **“La protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización”**.

Establecía asimismo que **“Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad”**.

² Patricio Novoa Fuenzalida. *Derecho de la Seguridad Social*. Ed. Jurídica de Chile, pág. 33.

Del texto antes transcrito podemos colegir que el constituyente estableció algunas bases fundamentales para la seguridad social en la época citada, las que prácticamente coinciden con la dictación de las primeras leyes orgánicas en materia laboral (1924). Ellas son las siguientes, en nuestra opinión:

1º La protección genérica de las obras de previsión social (muy incipientes en aquella época), con una primacía destacable en el caso de la salud, ya fuere en lo que hace relación con el individuo como tal, pero con especial énfasis en lo tocante a la salud pública y al bienestar higiénico del país. Ello es muy coincidente con el desarrollo del esquema legal chileno, el cual, en aquella época, hizo centro de gravedad en esta materia.

2º La asignación de un rol prioritario y preponderante del Estado, concordante con la visión socio-política predominante en aquella época; la opción privada se encontraba fuera de la concepción del constituyente.

3º El aseguramiento de un nivel de suficiencia de los ingresos de los trabajadores, de modo tal de asegurarles a ellos y sus familiares un bienestar mínimo, que les permita la satisfacción de sus necesidades básicas; esta premisa armonizaba con claridad meridiana el concepto de Estado-bienestar que se imponía sin contrapeso en aquella época.

4º La regulación de su contenido mediante leyes que desarrollarían sus fundamentos, posición que ha sido mantenida en el eje del tiempo.

Esos preceptos fundamentales rigieron sin mayores variaciones por 45 años, marcando fuertemente la evolución legislativa que la complementaba; sólo el año 1970, marcado por la entrada en vigencia del denominado **"Pacto de Garantías"** (Ley N° 17.398, de 9 de enero de 1971), se introdujeron diversas modificaciones a su texto, algunas de ellas de mucha consideración y envergadura.

Las nuevas disposiciones significaron que las garantías constitucionales establecidas para todos los habitantes de la República en el citado artículo 10, ahora en su N° 16, fueran de allí en adelante las siguientes:

"El derecho a la seguridad social.

El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y propender a una equitativa redistribución de la renta nacional.

La ley deberá cubrir, especialmente, los riesgos de pérdida, suspensión o disminución involuntaria de la capacidad de trabajo individual, muerte del jefe de familia, o de cesantía involuntaria, así como el derecho a la atención médica, preventiva, curativa, y de rehabilitación en caso de accidente, enfermedad y maternidad y el derecho a prestaciones familiares a los jefes de hogares.

El Estado mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores”.

A la luz de las disposiciones precedentemente transcritas, se tiene que a contar de la reforma citada, la situación de las bases de la seguridad social en el país se pueden caracterizar de la siguiente manera:

1º Consagración, por primera vez a nivel constitucional, de “el derecho a la seguridad social”, otorgándole así un sello prioritario y relevante; se dió así un paso trascendente, que permitió, a nuestro juicio, asentar a futuro esta garantía y su desarrollo.

2º Acentuación del rol preponderante del Estado, como el gran ejecutor de la política de seguridad social; asimismo, se le otorga a éste una amplia responsabilidad en el campo de los riesgos profesionales.

3º Concepción de la seguridad social en un marco amplísimo, el que dada la amplitud de sus objetivos (socioeconómicos y culturales, vinculados a la personalidad y dignidad humanas) se revela como una estructura de carácter más bien programático.

4º Propiciamiento de la protección integral de la colectividad, no tan solo del individuo en particular.

5º Establecimiento, como objetivo básico de la seguridad social, de la redistribución de la renta nacional, optando así por una definida posición político-económica respecto al sistema.

6º Reenvío a la ley para que provea la cobertura a una serie de riesgos especificados con un grado de detalle amplísimo, como es el caso de pensiones, prestaciones médicas y desempleo.

La modificación en comentario amplió considerablemente así el marco de acción del sistema consagrado inicialmente el año 1925, pero debe consignarse que la misma amplitud anotada implicó que gran parte de su contenido adquiriese un rol esencialmente programático, por la casi nula aplicación en el tiempo que la afectó.

Lo anteriormente anotado explica, al menos en parte –fuera de las condiciones políticas y socioeconómicas imperantes al momento de su promulgación–, la circunstancia de que la Carta Fundamental que la siguió recogiese de un modo bastante diverso el contenido relativo a la seguridad social.

El advenimiento del Gobierno Militar, el año 1973, significó que tres años más tarde el texto constitucional cuyo análisis antecede fuera derogado y reemplazado por otras normas.

En efecto, la Junta de Gobierno de la época dictó diversos decretos leyes con el carácter de **“Actas Constitucionales”**, una de las cuales, la N° 3, vigente a contar del 18 de septiembre de 1976, derogó el artículo 10 de la Constitución de 1925, sustituyéndolo por un articulado nuevo.

Así, el artículo 1º de la citada Acta estableció las garantías para todas las personas del país, asegurando entre ellas, en su N° 21: **“El derecho a la seguridad social.**

Corresponde al Estado formular la política nacional de seguridad social, controlar el funcionamiento del sistema y asegurar el derecho preferente de los afiliados a efectuar su operación.

La ley establecerá un sistema de seguridad social que satisfaga de modo uniforme, solidario y suficiente los estados de necesidad individuales y familiares producidos por cualquier contingencia y, especialmente, los de maternidad, vejez, muerte, accidente, enfermedad, invalidez, cargas familiares y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones, preventivas, reparadoras y recuperadoras”.

Dicho numeral ha de entenderse complementado por el 19, que a su vez establece: **“El derecho a la salud.**

El Estado asume la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá asimismo, la coordinación y control de las acciones integradas de salud.

Es deber preferente del Estado la ejecución de acciones de salud, sin perjuicio de la libre iniciativa particular en la forma y condiciones que determine la ley”.

El texto en comentario significó introducir un cambio relevante en lo conceptual del sistema de seguridad social, aunque mantuvo varias de aque-

llas premisas contenidas en la reforma anteriormente comentada y sirvió de ideario para la Constitución de 1980, que se aprobaría posteriormente; en efecto, un examen de su contenido denota cómo ya se esbozan algunos lineamientos que luego se verían reflejados en dicha Carta Fundamental.

Los aspectos más sobresalientes del Acta en comentario fueron los siguientes:

1º Mantención de la conceptualización de la seguridad social como un derecho de rango constitucional, reafirmando así su compromiso con dicha tesis.

2º Asignación al Estado de funciones diversas a las que había señalado la Constitución de 1925, ya que en lugar de concebirlo como *ejecutor* responsable de la política, lo conceptualizó como *formulador* de dicha política nacional, *fiscalizador* de la misma y *garante* de los afiliados para operarla. Es indudable que dicha concepción implica una nueva y muy diversa concepción del rol del Estado respecto al sistema; se podrá observar más adelante como este sello se acentúa en la Constitución Política de 1980.

3º Mantención en manos del legislador de la determinación del alcance del sistema, caracterizándolo sí como *uniforme*, *solidario* y *suficiente*. Cabe hacer notar que estos rasgos, como se verá, no fueron traspasados en su integridad a la Constitución Política de 1980.

4º Especificación de los riesgos que debían cubrirse especialmente, tanto en el ámbito de las pensiones, como de salud y desempleo.

5º Indicación de una cobertura amplia de las citadas contingencias, que comprendiese desde la prevención, hasta la curación y rehabilitación.

6º Consagración específica del *derecho a la salud*, otorgándole un sello único y relevante y, a nuestro juicio, fundamentalmente programático.

7º Establecimiento, como deber preferente del Estado, de la ejecución de acciones de salud. En este aspecto, cabe consignar que, por vez primera, se abre a nivel constitucional la opción para la *participación de privados* en el sistema, los que, en todo caso, deberán sujetar su accionar a lo que, en definitiva, determine el legislador. Esta característica –enunciada por vez primera– se convertirá más adelante en una de las vigas maestras del sistema.

Es indudable la influencia que la dictación de esta Acta tuvo en el país, ya que dio paso a un concepto radicalmente distinto al que había estado en vigor durante más de 45 años; sus principios y estructura darían lugar, con ciertas modificaciones –algunas de envergadura– a la Constitución Política de 1980.

Análisis del derecho de la seguridad social establecido en la Constitución Política de 1980

La Constitución Política de 1980, actualmente vigente, que fue aprobada mediante un plebiscito llevado a efecto el 11 de septiembre de 1980, entró en vigencia seis meses más tarde, y siguió en la parte estructural lo establecido por su predecesora.

En efecto, el artículo 19 (correspondiente al Capítulo III, que trata acerca de los Derechos y Deberes Constitucionales) en su N° 18 establece que se asegura a todas las personas:

“El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”.

Este numeral ha de entenderse complementado por el numeral 9 del mismo artículo 19, el que garantiza: **“El derecho a la protección de la salud.**

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

Finalmente, debe señalarse que el ya citado artículo 19, en su numeral 7, letra h), establece que **“No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales”**.

El texto en comentario consagra así las siguientes bases esenciales:

1º Reafirmación de la existencia de un denominado **“derecho a la seguridad social”**, manteniendo así la línea de pensamiento que ya venía desde la reforma de la Constitución de 1925.

Siendo este aspecto sumamente destacable, habría sido deseable el determinar con algún grado de precisión su contenido, ya que, como es sabido, la variedad y profusión de definiciones acerca de lo que debe entenderse por este derecho, coloca la citada acepción en un punto de amplia discusión.

Podría el constituyente haber adoptado un camino similar al seguido por la Carta Fundamental anterior, en lo que se refiere a enumerar –no taxativamente, sino a título meramente ejemplar– los componentes básicos del sistema, a fin de evitar cualquier eventual interpretación restrictiva del mismo; creemos que ello habría servido de matriz orientadora para hacer perceptible con mayor certeza el pensamiento del constituyente.

Esto cobra especial importancia al tomar en consideración que el artículo 62 de la Constitución Política, al establecer que ciertas leyes sólo las podrá originar el Presidente de la República, considera entre esas materias justamente a las que puedan “establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”. Como es fácil advertir, la definición señalada puede ser relevante en una instancia determinada y producirse discrepancias graves.

En todo caso debe señalarse que hasta la fecha no se han presentado inconvenientes graves sobre el particular, habiendo existido un consenso generalizado acerca de su contenido básico, el cual se explicitará más adelante.

2º Especificación de que las leyes que regulen esta materia habrán de ser aprobadas con **“quórum calificado”**; dicha mención obliga a remitirse al inciso final del artículo 63 de la misma Constitución, el que establece que “las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados

y senadores en ejercicio". En consecuencia, toda norma relativa a este respecto deberá ser aprobada sujetándose a dicho quórum.³

No obstante ello, debemos dejar constancia que un sector de la doctrina constitucional ha estimado que dicha circunstancia no es tan clara, ante el tenor del **N° 4 del artículo 60 de la Constitución Política**, el cual, al enumerar las materias que son objeto de ley común, menciona, entre otras, a **"las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social"**.⁴

Hasta la fecha, tanto el Poder Legislativo como el Tribunal Constitucional han entendido que se trata de leyes de quórum calificado, dando aplicación así a la tesis amplia, la que compartimos; ello por cuanto estimamos que dada la trascendencia e impacto de esta materia, amerita que se produzca a su respecto un claro acuerdo de mayoría. Ello resguarda debidamente el contenido del derecho a la seguridad social, sin exponerlo a una eventual contingencia derivada de una mayoría simple circunstancial.

En este mismo orden de ideas, es de interés dejar constancia que el artículo 62 de la Constitución, al referirse al origen de las leyes, establece que corresponderá a la iniciativa del Presidente de la República, en forma exclusiva, el **"establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado"**.

La existencia de esta norma significa, como ya se señaló, que se extrae del ámbito común que se conoce a esta clase de normas, las cuales, dada su trascendencia, sólo podrán ser establecidas o modificadas a partir de un Mensaje del Poder Ejecutivo, sustrayéndolas de la iniciativa de los parlamentarios. Dicha limitación ha significado que cuando uno o varios diputados o senadores desean patrocinar algún cambio en la materia, están en la obligación de obtener el patrocinio del Presidente de la República, quien asume en definitiva la responsabilidad de generar o no un cambio en la materia.

Indiscutiblemente ello implica una cortapisa de consideración a la iniciativa legislativa, pudiendo encontrarse su fundamento en la circunstancia de que el derecho resguardado no sea perjudicado por los avatares de even-

³ El artículo 63 de la Constitución Política establece que "las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. La misma norma preceptúa que "las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara".

⁴ Dicha posición doctrinaria ha señalado que "para superar esta inconsistencia de normas de rango constitucional, la doctrina ha señalado que se debe dar aplicación restrictiva a las leyes de quórum especial, **prefiriendo de esta forma la regulación por la vía de ley ordinaria para materias referentes a la seguridad social**". Profesora Luz Bulnes Aldunate, *El Derecho a la Seguridad Social en la Constitución de 1980*, Separata Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1992, pág. 4.

tuales intereses político-partidistas, que las desvirtúen; de allí la idea de haber radicado en la más alta autoridad de la nación la citada responsabilidad, estimándose que ella es la más calificada como para proceder teniendo sólo en consideración los intereses del país.

3º Readecuación del rol del Estado; en esta materia se produce un cambio de envergadura, por cuanto el constituyente focaliza su acción en *servir de garante del acceso al goce de prestaciones básicas uniformes, para todos los habitantes del país.*

En relación a ello, debe tenerse presente que se trata de prestaciones básicas, lo que deberá ser necesariamente explicitado en las leyes que regulen específicamente cada componente del derecho en comentario; de igual manera, debe tomarse en consideración que se trata de prestaciones uniformes, buscando, por esta vía, establecer una regulación similar para todos los beneficiarios.

Asimismo, ha de tenerse presente que la garantía en comentario ha sido establecida a favor de todos los habitantes del país, sin efectuar distinción alguna entre nacionales o extranjeros, cualquiera sea su tiempo de permanencia en el país o condición de ella. Naturalmente que el acceso a las prestaciones requiere el cumplimiento de otros requisitos regulados en las leyes respectivas, pero es de destacar el hecho de que no se hayan establecido discriminaciones al respecto; dicho aspecto ha sido refrendado con posterioridad por la línea argumental recogida en diversas Constituciones de otras naciones.

4º Establecimiento, por vez primera en el país, de la alternativa de que las prestaciones sean *otorgadas tanto a través de instituciones públicas como privadas.* Esta disposición implicó quizá el cambio más relevante en la materia, ya que se abrió el espectro de las prestaciones a las entidades de carácter privado; del mismo modo, es de hacer notar que al estatuir esta resaltante característica, lo hizo sin distinguir entre entidades con o sin fines de lucro, abriendo así un campo absolutamente novedoso y pionero en esta materia.

La existencia de esta norma ha significado un vuelco sustancial en la operatoria de los diversos componentes del sistema de seguridad social chileno, cambiando radicalmente su composición y alcances; hoy día, veinte años después, es posible apreciar en su debida magnitud la trascendencia de este fundamental cambio de política socioeconómica, el que ha implicado importantes consecuencias no sólo sociales, sino también de desarrollo económico para el país.

5º Establecimiento de la opción de generar por ley cotizaciones previsionales, dando así margen a que exista una base impositiva de carácter imperativo para el financiamiento de las prestaciones; ellas podrán ser complementadas por otras de carácter netamente voluntario, estableciendo así otra característica básica, cual es la de incentivar a los afiliados a los diversos sistemas de propender a una mejoría de sus prestaciones a base del esfuerzo individual. Este rasgo también ha demostrado ser un anticipo de los tiempos venideros, ya que muchos sistemas de seguridad social –sobre todo de naciones de este continente– se han estructurado a base de esta orientación.

6º Reserva para el Estado de la supervisión y control del derecho a la Seguridad Social, posición doctrinaria que el país ha seguido escrupulosamente desde antaño y que el constituyente recogió plenamente.

Esta especial característica ha sido plasmada en la creación de órganos de control muy modernos, tecnificados y eficientes –las Superintendencias–, que le han permitido al Estado cumplir de manera muy prolija la función encomendada por el constituyente.

7º Asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud, estableciendo la responsabilidad del Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, pero relevándolo de su rol ejecutor exclusivo.

8º Contempla como deber preferente del Estado el garantizar la ejecución de acciones de salud, pero destacando que ello es sin perjuicio de la libre iniciativa privada; con ello ha dado origen a todo un nuevo sector en Chile, el cual antes se encontraba marginado de esta posibilidad.

Dicha situación ha implicado un cambio relevante en esta materia, generando una gran innovación en el área y una readecuación del rol del Estado en la materia.

9º Reconocimiento, de un modo irredargüible y absolutamente novedoso, del derecho de las personas para elegir el sistema de salud por el cual desean atenderse, ya sea éste de carácter estatal o privado; es de hacer notar que se ha otorgado así una prioridad *a la decisión personal* por sobre una acción del Estado de carácter general. Esta es una opción remarcable del constituyente, el cual ha hecho centro de gravedad en las decisiones personales del ciudadano en esta materia.

10º Establecimiento de la facultad de imponer cotizaciones obligatorias para el financiamiento de todas las prestaciones del sistema; con ello se

marginando el constituyente de la opción de establecerlas en carácter de únicas y da paso así a la opción de que existan cotizaciones de carácter voluntario, con la finalidad de obtener mejores beneficios.

11^º Imposibilidad de imponer como sanción la pérdida de los derechos previsionales, lo que nos parece acorde con la naturaleza de esta clase de derechos y un resguardo adecuado a las importantes prestaciones que se consagran en el ámbito del sistema de seguridad social.

Alcances relevantes

Nos ha parecido pertinente el analizar en este acápite ciertas materias de las ya especificadas que, a nuestro juicio, ameritan un comentario más depurado, por constituir la base de la estructura regulatoria establecida en la Carta Fundamental de 1980; las analizaremos a continuación.

A) Rol del Estado

Este aspecto es uno de los más relevantes y controversiales de la nueva normativa, ya que por más de cuarenta y cinco años los textos constitucionales mantuvieron una línea de pensamiento que sustentó firmemente el rol prevalente del Estado, no solamente como regulador y fiscalizador del sistema, sino que, muy preponderantemente, como el gran y único operador del sistema.

Dicha premisa fue arduamente debatida a nivel de la Comisión Constituyente de la Carta Fundamental de 1980, como consta en las Actas Oficiales de las sesiones en que dicha materia se analizó.⁵

En efecto, en el seno de la comisión se discutieron las disposiciones relativas al Orden Público Económico, dentro de las cuales se estimaba insertas a aquellas vinculadas a la regulación de la seguridad social.

Un primer debate se produjo en torno a la idea de mantener al Estado en el rol que habitualmente desempeñó hasta la Carta Fundamental de 1925, dicha tesis fue descartada por una amplia mayoría, por no ajustarse al planteamiento básico que se tenía en torno al Proyecto y que se basaba en lo ya dispuesto en el Acta Constitucional N° 3, vigente en ese momento.

⁵ Actas Oficiales de las Sesiones N°s 82 (28/10/1974); 205 (28/04/1976); 206 (29/04/1976); 240 (03/08/1976); 393 (03/07/1978); y 403 (18/07/1978), de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República.

Por el contrario, primó la tesis de considerar al Estado en un rol subsidiario, estableciendo que el aseguramiento del sistema podría estar en manos tanto del Estado como de entes privados, pero otorgándose a estos últimos un papel prioritario. En las Actas respectivas quedó constancia de que esto obedecía fundamentalmente a una decisión de carácter doctrinario político, ya que técnicamente ambas posibilidades eran factibles.

De igual modo, se concordó en que el Estado mantendría tres atribuciones estimadas esenciales en materia de seguridad social, a saber:

- a) Formular la política general de seguridad social;
- b) Ejercer la tuición del sistema; y
- c) Garantizar el adecuado funcionamiento del sistema.

Las premisas señaladas alcanzaron un alto grado de consenso en la comisión y en varios de sus miembros gravitó la circunstancia de querer otorgar a las personas el mayor grado de libertad posible, sobre todo en lo relativo a la generación del mecanismo de prestaciones de beneficios.

En dicho sentido cabe precisar que se trató de delimitar el rango para el otorgamiento de las prestaciones por parte del Estado, el cual estaría obligado a asegurar la satisfacción de los diversos estados de necesidad. Sobre el particular, se concluyó que a éste sólo le correspondía el garantizar el otorgamiento de las denominadas “**prestaciones básicas**”, permaneciendo las otras en el amplio campo en que ya estaban radicadas, en el que podrían actuar tanto el Estado como los privados, o ambos a la vez.

No obstante ello, cabe precisar que algunos miembros estimaron que podría darse un cierto grado de estatismo al respecto; ello, en la medida que la operación del sistema estuviere encargada exclusivamente al Estado o bien que éste se reservare el derecho a otorgarlo como una concesión graciosa a determinadas corporaciones privadas autónomas, cuando le pareciere conveniente hacerlo. En realidad, ése fue el extremo que se se-
seó evitar.

También se analizó cuál sería el ámbito de acción del Estado; estaba bastante claro para la Comisión que éste debería, necesariamente, abarcar el espectro de las prestaciones básicas; en cambio no lo estaba respecto *del contenido esencial de éstas*.

Se analizó así la posibilidad de dejar establecido que abarcaría las acciones preventivas, recuperadoras y rehabilitadoras, tesis que fue descartada, dejándose dichos conceptos resguardados tan solo en la protección a su acceso por parte del Estado en lo que se refiere a la salud; dicha decisión se

adoptó en razón del carácter elemental, y muchas veces impostergable de sus prestaciones. En lo genérico, en concordancia con las ideas matrices inspiradoras en la materia, se prefirió optar por una concepción amplia, a fin de evitar inflexibilidades indeseadas.

Se desprende de lo anteriormente expuesto que el Estado adoptó una nueva posición respecto de su rol en la Constitución de 1980, dando un giro en el concepto que lo llevó a tener las funciones ya anotadas de diseñador de la política de seguridad social, controlador de su operación y garante del otorgamiento de sus prestaciones básicas.

B) La subsidiariedad

Concordantemente con lo expuesto con antelación, se encuentra la aplicación de este principio estimado como básico por los constituyentes de 1980, ya que él sirve de sustento no tan sólo a las disposiciones relativas a la seguridad social, sino también al resto de la normativa constitucional.

Según fue entendido este principio en el seno de la Comisión, no implica una exclusión per se y a priori de la acción del Estado; por el contrario, si se dan las condiciones necesarias, la acción del Estado se torna ineludible.

Dicha premisa se explica del siguiente modo: si bien los privados tienen un amplio campo de acción, puede producirse el evento de que, por falta de interés de éstos o por no darse las condiciones favorables para su intervención o por su incapacidad, se produzca una renuencia de su actuación. En esa situación, el Estado podrá comenzar a ejecutar las acciones correspondientes; pero si dicha renuencia deja de existir y el interés de los particulares comienza a aparecer, el Estado tiene el deber, en conformidad a este principio, de ir retrayendo su campo de acción con la finalidad de permitir el accionar de los particulares.

Se sostiene por ello que el principio de la subsidiariedad *no le fija al Estado un límite cuantitativo, sino cualitativo*, para que éste pueda, en un momento dado, ejercer la mayoría y hasta la eventual totalidad de la función de que se trata, si se dan las condiciones exigidas por la subsidiariedad.

De esta manera, si en un instante dado, por falta de interés de los privados, el Estado tiene en sus manos la totalidad de la seguridad social, no quiere decir que el sistema no siga siendo subsidiario. Lo realmente importante es que exista la posibilidad de que los privados puedan tomar el rol y de que *no se imponga el Estado como el único posible prestador*.

Este principio constitucional fue ampliamente recogido en el acápite relativo a la seguridad social, como es fácilmente observable al examinar su texto y ha sido aplicado en casi todos los campos de ella, mediante regulaciones legales generadas por el Poder Ejecutivo y que han sido llevadas a la práctica por los privados. Se generó así un ámbito de acción privada desconocido hasta esa fecha, la que sólo se había aplicado en iniciativas sin reconocimiento constitucional.

Ello dió paso a una frondosa legislación que recogió este principio, y lo hizo aplicable a las prestaciones básicas de *pensiones* –la que ha dado origen a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)–; y de *salud* –la que generó la creación de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES).

Asimismo, ello significó el reconocimiento a nivel de Carta Fundamental de instituciones que ya se encontraban operando legalmente, tanto en el campo de *las prestaciones familiares* –como son las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (CCAF)–, y en el de la *salud ocupacional* –como son las Mutuales de Seguridad de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales–. También es del caso mencionar a las compañías de seguros de vida, por su íntima raigambre con las prestaciones de varias de las entidades mencionadas anteriormente, habiéndoseles reconocido un carácter de entidades de previsión social para esos solos efectos.

De esta manera el interés privado cobró un fuerte desarrollo en el área previsional, debiendo destacarse al efecto la fuerte expansión que ha tenido el sistema de pensiones (AFP), que ha alcanzado una afiliación superior al 95% de la fuerza laboral y se ha transformado en una eficaz palanca de desarrollo económico para el país. Similares efectos se han producido respecto de las Isapres, las CCAF, las mutuales y las compañías de seguros de vida, todas las cuales existían con anterioridad a la dictación de la Constitución de 1980, no debiendo olvidarse que la incorporación a éstos últimos sistemas privados es absolutamente voluntaria.

De igual manera, debe tenerse presente que si bien la Carta Fundamental no contiene norma alguna al respecto, en el sistema se encuentran interactuando entidades con y sin fines de lucro, perteneciendo las AFP, ISAPRES y compañías de seguros de vida al primer grupo, y las CCAF y las mutuales al segundo.

El principio en comentario ha significado una profunda transformación del sistema de seguridad social chileno, y ha generado un profundo debate en relación a su oportunidad y eficacia, el que ha traspasado las fronteras nacionales.

C) La solidaridad

Este principio, considerado rector del sistema de seguridad social existente en el siglo XX y que lideró las concepciones doctrinarias en la materia por largos años, fue excluido del texto constitucional en comentario, *pese a que figuró en el Acta Constitucional N° 3*, la que, como ya hemos señalado anteriormente, sirvió de antecedente necesario para la Carta Fundamental de 1980.

Las razones de ello hay que encontrarlas tanto en principios de orden político como económico, como también en otros de orden práctico.

En efecto, la Constitución de 1980 se funda en claros principios sustentadores de la economía de libre mercado, los que si bien no son totalmente antagónicos con la solidaridad, sí son suficientemente lejanos de ella como para impedir su concreción a este nivel.

Se privilegió así una armonización con el principio de la más plena e irrestricta iniciativa individual, propiciando el que las personas se vieran motivadas a esforzarse al máximo en procura de alcanzar mejores y mayores beneficios; dicho lineamiento guarda una estrecha relación de *esfuerzo-resultado*, estimándose que ello se condice fuertemente con la íntima naturaleza del ser humano.

Es indudable que abonó la adopción de dicha tesis la experiencia tenida en el país, ya que si bien muchas personas se vieron favorecidas con la redistribución de la renta nacional, no es menos cierto que en la realidad se pudo constatar la consagración de graves inequidades sociales, que desvirtuaron fuertemente el citado principio, desprestigiándolo y corroyendo su fundamento.

Un ejemplo señero sobre el particular lo constituye el sistema de pensiones antiguo, que denota un efectivo desvirtuamiento de algunas de sus bases, cuyos resultados prácticos, en lugar de favorecer a los más desposeídos, facilitaron la consumación de injusticias que favorecieron a los grupos que tenían mayor poder político o económico para alcanzar mejores beneficios.

Ello produjo como consecuencia que el texto constitucional prefiriese omitir toda consideración al respecto y dejase en manos del legislador la posibilidad de introducir alguna variable al consagrar la operatoria de los diversos sistemas.

En dicho sentido existen puntos de inflexión, como el del nuevo sistema de salud privado –en el que no existe más incentivo que el esfuerzo individual–,

pasando por puntos intermedios como el sistema de pensiones –en el que existen muestras menores pero decisivas del mismo–, y otros en que se ha mantenido una solidaridad básica, como es el caso del Sistema de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, y el Sistema de Prestaciones Familiares.

Una ley de reciente data representa de buena forma este equilibrio que se pretende obtener: nos referimos a la Ley N° 19.728,⁶ sobre Seguro de Desempleo y cuyo planteamiento operativo recoge en gran medida el tema de la solidaridad en la base, mediante la instauración de un Fondo Solidario.⁷

La vigencia de este esquema –veinte años a la fecha– impide por ahora formarse un juicio definitivo acerca de su real alcance y éxito; no obstante ello, ha de establecerse que hasta ahora, los resultados obtenidos avalan esta concepción.

Puede citarse al efecto un caso ejemplar: la amplia aceptación que tenido el concepto del ahorro voluntario para obtener mejores pensiones, ya que, a la fecha, existen en el país más de 900.000 cuentas abiertas con tal propósito; ello habla claramente de que las personas han entendido que la seguridad de mayores beneficios se encuentra íntimamente vinculada al mayor esfuerzo de carácter individual que se realice.

Sobre el particular, cabe destacar que de mantenerse esta línea de acción, se alejará paulatinamente la posibilidad de que muchas personas deban utilizar el mecanismo de pensiones mínimas que otorga el Estado; ello, implícitamente, involucra un grado de solidaridad importante, ya que éste utilizaría los fondos necesarios en personas que realmente no han podido ahorrar lo suficiente en su vida laboral activa.

D) La acción privada

Como un claro y necesario corolario de lo expuesto anteriormente se desprende la consagración, a nivel constitucional, que ha tenido la opción a participar por parte del sector privado, el que había estado prácticamente marginado de intervenir en la operatoria de la seguridad social. Sólo el esfuerzo mancomunado de grupos de empresarios con alto sentido social, había logrado vencer dicha resistencia, primero en los hechos y luego con respaldo legal, pero sin respaldo a nivel constitucional.

⁶ Publicada en el Diario Oficial del 14 de mayo de 2001; su entrada en vigor está prevista para el segundo trimestre del año 2002.

⁷ El financiamiento es tripartito, constituido sobre la base de cotizaciones mensuales aportadas por empleadores y trabajadores, y un aporte del Estado; éste se financia con una cotización de un 0.8% aportada por el empleador y por un aporte fiscal estimado en 225.792 U.T.M. anuales.



En efecto, con las solas excepciones de las Mutualidades de Empleadores y de las CCAF, el sector privado se había encontrado claramente excluido de este ámbito de acción; más aún lo habían estado las entidades de este carácter que persiguiesen fines de lucro, lo que se estimaba absolutamente incompatible con un sistema de esta naturaleza.

De consiguiente, el constituyente chileno de 1980, a plena conciencia –según se desprende al examinar las actas oficiales–, asumió este paso trascendental y bastante singular. No obstante ello y en un rasgo de prudencia y coherencia con lo argumentado en lo relativo a la subsidiariedad, mantuvo la opción estatal, lo que ha dado lugar a la existencia de dos sistemas en paralelo, a los cuales pueden adscribirse libremente las personas, según lo estimen conveniente.

Una excepción connotada al respecto lo constituye el sistema de pensiones, ya que todos los trabajadores que se incorporen a la fuerza de trabajo a contar del 1º de enero de 1983 se han encontrado en la obligación de adscribirse a él.

Lo señalado anteriormente nos plantea el siguiente esquema de administración hoy en día en el sistema de seguridad social chileno:⁸

PRESTACIONES	ORGANISMO	
	ESTADO	PRIVADO
Pensiones	INP	AFP
Salud	INP SNS	ISAPRE
Accidentes del trabajo	INP SNS	ISAPRE
Prestaciones familiares	Estado	CCAF

De lo anteriormente expuesto, se desprende que hoy día en Chile existe, derivado directamente del texto Constitucional, un esquema que permite el accionar tanto del Estado como del sector privado; este último se ha mostrado particularmente activo, ya que existen en el país siete AFP, más de una veintena de ISAPRES, tres MUTUALIDADES, cinco CCAF y una treintena de

⁸ Significado de las siglas:

- INP : Instituto de Normalización Previsional (fusionó ex Cajas de Pensiones).
- SNS : Servicio Nacional de Salud.
- AFP : Administradoras de Fondos de Pensiones.
- ISAPRES : Instituciones de Salud Previsional.
- MUTUALES: Mutualidades de Empleadores.
- CCAF : Cajas de Compensación de Asignación Familiar.

COMPAÑIAS DE SEGUROS, las que al actuar conjuntamente, han dado origen a una *Federación de Instituciones Privadas de Seguridad Social (FIS)*.

Se ha consolidado así un sector importante para el país, muy dinámico, el que hasta la fecha ha demostrado poder obtener buenos resultados, tanto para sus afiliados como para sus propietarios.

Ello no implica que hayan estado exentas de críticas –que las han tenido– ni de reformas a sus leyes orgánicas, las que han sido necesarias para ir adaptándolas a la cambiante realidad del sistema, sobre todo en lo que hace relación con el sistema de pensiones, dada su innegable vinculación al sistema económico, el cual registra más de cuarenta leyes modificatorias desde 1981 a la fecha.

El Estado, por su parte, ha reunificado algunas de sus antiguas entidades, como es el caso de las antiguas Cajas de Previsión, las que fusionó en el denominado *Instituto de Normalización Previsional*, el cual ha tenido importantes avances en los últimos años, prestando una mejor atención a sus afiliados.

Sobre el particular, podría decirse que la aparición del sector privado ha constituido un fuerte acicate en dicho sentido, obligando por la fuerza de la comparación a un verdadero "*aggiornamento*" de parte del sector público. No obstante, en otros sectores, como la salud, dicha puesta al día aún se encuentra postergada, fundamentalmente por un aspecto de falta de recursos de carácter crónico y una administración que no ha realizado aún el esfuerzo suficiente como para lograr su puesta al día.

En síntesis, y fuera del discutible aspecto del fin de lucro que tiene la actividad privada –con el que algunos sectores más ortodoxos pueden no concordar–, es innegable que, a la fecha, esta característica ha representado un avance bastante destacable en el sistema de seguridad social chileno, el cual se encuentra hoy día impregnado de los postulados de eficiencia y eficacia a favor de los afiliados y sus beneficiarios.

E) El financiamiento

La Constitución Política consideró en esta materia una amplia libertad, dejando sentada la premisa de que sólo por ley se podrían establecer cotizaciones obligatorias; ello, a la vez, dejó un amplio campo al legislador para que éste adoptase la opción de cotizaciones de carácter voluntario, con la finalidad de ampliar o mejorar la cantidad o calidad de las prestaciones.

Esta concepción significó, en todo caso, una innovación fundamental en

relación a lo establecido en las Cartas Fundamentales anteriores, ya que ellas omitieron cualquier pronunciamiento al respecto; claro está que, en cierta medida, dicha aclaración no era imprescindible, puesto que se daba por sentado que el Estado asumiría parte importante de ese costo, al asumir su rol de gran operador del sistema.

En este aspecto, como en otros, la Constitución de 1980 buscó un camino diverso al conocido hasta entonces en la materia, creando una estructura apoyada fundamentalmente en la circunstancia de que las cotizaciones debían ser de cargo de los trabajadores, con una excepción connotada (la necesaria para financiar el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales) y otra que quedó a cargo del Estado (la necesaria para financiar las prestaciones familiares y ciertos subsidios).

De ello se sigue que la estructura de cotizaciones del nuevo sistema quedó de la siguiente forma:

BENEFICIO	PORCENTAJE SOBRE REMUNERACIONES IMPONIBLES⁹	RESPONSABLE PAGO COTIZACIONES
Pensión de vejez	10 % ¹⁰	Trabajador
Pensión de invalidez y sobrevivencia	2,3 % ¹¹	Trabajador
Salud	7 % ¹²	Trabajador
Seguro accidentes del trabajo y enfermedades profesionales	0,95 % ¹³	Empleador
Prestaciones familiares	0 % ¹⁴	Estado

El trabajador que permanece adscrito al antiguo sistema de pensiones se encuentra sujeto a las mismas tasas que se han indicado en dicho acápite, con la sola salvedad de que el porcentaje total de cotización va a ser mayor (sobre un 22% hasta arriba, según la ex Caja a que pertenecía) y va a ser

⁹ La remuneración imponible oscila entre un ingreso mínimo y 60 unidades de fomento aproximadamente.

¹⁰ El trabajador puede efectuar cotizaciones voluntarias en su cuenta de capitalización individual, con la finalidad de anticipar la pensión de vejez o aumentar su monto.

¹¹ Este porcentaje es un promedio del Sistema e incluye el costo de la comisión que cobra la AFP por administrar la cuenta de capitalización individual perteneciente al trabajador.

¹² El trabajador puede celebrar contratos de salud con mejores prestaciones, a base de un mayor esfuerzo de ahorro de su parte; el Estado subsidia a los trabajadores de escasos ingresos, según la cantidad de cargas de familia que tengan acreditadas.

¹³ Este porcentaje es el básico, el cual es adicionado por una tasa variable –que puede llegar al 3,4%- y que está determinada por el riesgo que tiene la actividad a la que pertenece la empresa.

¹⁴ Se desea indicar con esto que el 100% del costo lo absorbe el Estado.

soportado mayoritariamente por el empleador, y en menor proporción por el Estado y el trabajador respectivo.

Como es dable observar, la estructura anotada significó un vuelco de importancia en lo que se había aplicado en el país por más de 45 años, lo que motivó no pocos reclamos por parte de los afectados.

El constituyente pretendió con esta medida que el trabajador se sintiese propietario de sus cotizaciones, pudiendo *solo él* disponer de ellas, debiendo transformarse a su vez en un acucioso fiscalizador del debido destino de la mismas; para estos efectos, el empleador es el retenedor de ellas y recae sobre él la responsabilidad de su oportuno integro en la entidad previsional correspondiente.¹⁵

A la fecha, esta situación se encuentra internalizada ya por la fuerza activa de trabajo del país, la que al instante de contratar lo hace por la suma neta a percibir como remuneración, dando por descontado que a ella debe agregarse la cantidad necesaria para solventar el pago de las cotizaciones e impuestos únicos a la renta.¹⁶

E) El control

Este es un aspecto en el que el constituyente de 1980 también innovó fuertemente, al consagrar a nivel de Carta Fundamental la supervisión, por parte del Estado, del adecuado ejercicio del derecho a la Seguridad Social. Puede que ello se estime innecesario y redundante; en Chile sólo se le contempló a este nivel a partir del Acta Constitucional N° 3 y se le ratificó en el texto actualmente vigente.

Se ha estimado que *el control* es una de las funciones irrenunciables por parte del Estado, existiendo en el país una arraigada cultura fiscalizadora, lo que se tradujo en que las entidades del Estado que tenían a su cargo dicha función antes de la Reforma de los 80 estuviesen dotadas de importantes atribuciones; ellas eran la Contraloría General de la República y la Superintendencia de Seguridad Social.

La etapa post reforma ha traído consigo una nueva visión, la que se ha caracterizado por un fuerte sello de especialización de parte de los orga-

¹⁵ Rige en el país una legislación sumamente severa en la materia (Ley N° 17.322), la que inclusive contempla la pena de privación de libertad para aquel empleador que se apropia indebidamente de estas cotizaciones y no paga cuando ha sido requerido judicialmente.

¹⁶ Al momento de instaurarse el nuevo sistema de pensiones, se determinó un reajuste de las remuneraciones de aquellos trabajadores que optasen por éste, a fin de cubrir la diferencia que se iba a introducir al hacerse cargo de las cotizaciones del mismo.

nismos fiscalizadores, habiéndose creado dos nuevas entidades con control único del sector: la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones y la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional.

Dichas entidades son dirigidas por personeros de la exclusiva confianza del Presidente de la República, y dependen técnicamente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y del de Salud, respectivamente; se ha situado así, al más alto nivel de responsabilidad, la muy relevante misión de velar por la corrección y desarrollo del Sistema Previsional.

La experiencia tenida a la fecha ha demostrado que ello ha sido acertado, ya que, de una parte, la creación de diversas entidades privadas, y de otra, la complejidad de la nueva normativa, hacían imprescindible contar con instituciones fiscalizadoras de alta especialización y agilidad administrativa, de manera tal que pudiesen ejercer un adecuado y eficaz grado de control.

Ello habría sido imposible a base de la estructura de fiscalización que existía con anterioridad, la que ya se encontraba absolutamente sobrepasada en su operatoria.

Conclusiones

a) La Constitución Política de 1980 innovó fuertemente el contenido del derecho a la seguridad social, contemplando nuevas estructuras, muy diversas de aquellas prescritas en las Cartas Fundamentales anteriores.

b) Los mayores cambios estuvieron focalizados en:

1º El rol del Estado, el cual se estableció como regulador general, garante de prestaciones básicas y fiscalizador del sistema.

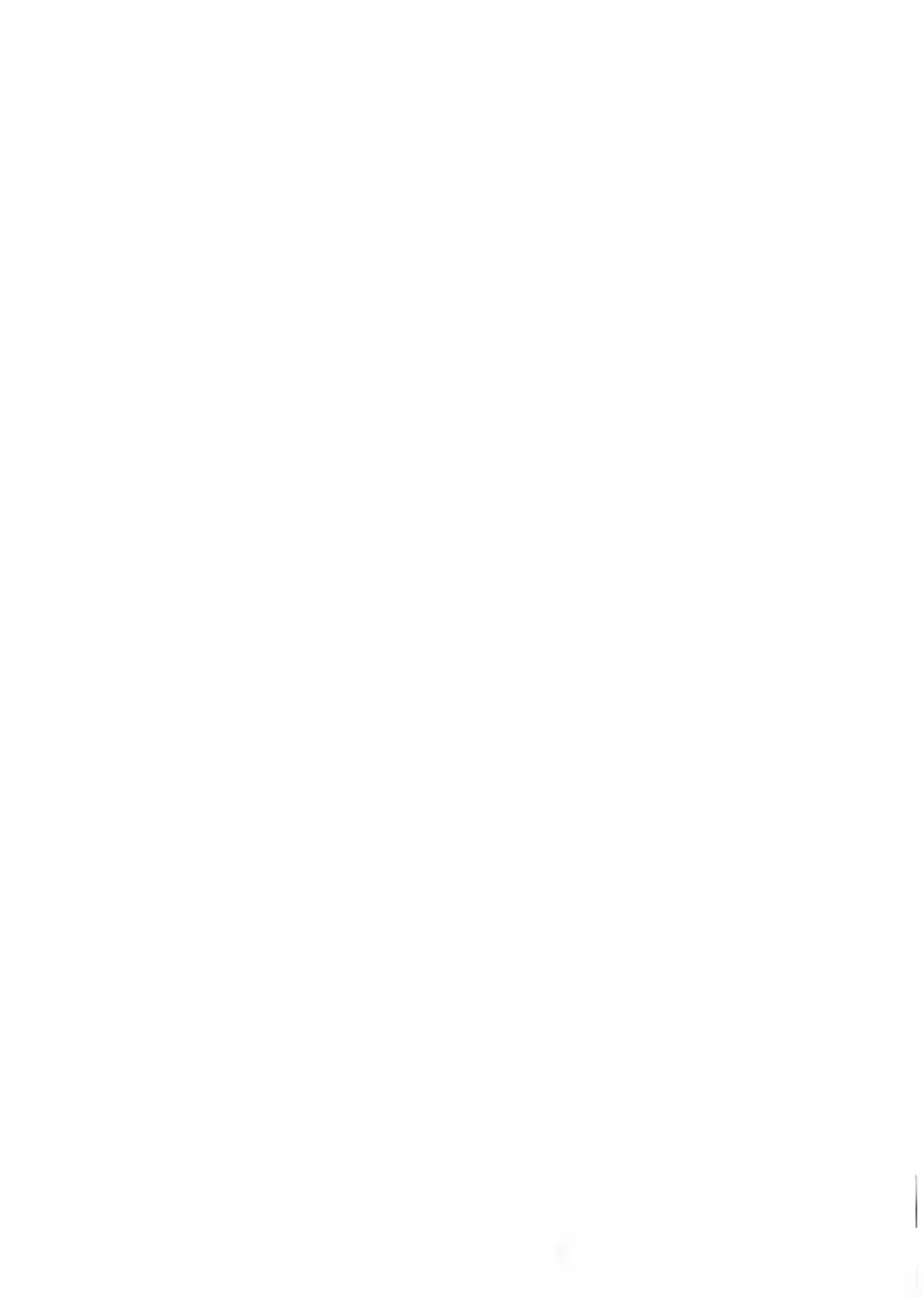
2º La intervención de entidades privadas en la operación del sistema.

3º La consagración del principio de subsidiariedad.

4º La disminución relativa del principio de solidaridad.

5º La estructuración de un nuevo sistema de financiamiento.

Lo acertado de la estructura ideada por los constituyentes de 1980 se apreciará en el largo plazo, pero la experiencia tenida hasta ahora hace apreciar su futuro en forma alentadora.



El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980

Luz Bulnes Aldunate

Ministra del Tribunal Constitucional
Pofesora Titular de Derecho Político y Derecho Constitucional
FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE

I. Introducción

Analizaremos a continuación las disposiciones constitucionales que se refieren a la salud y muy especialmente el artículo 19 número 9 que establece expresamente que se asegura a todas las personas el derecho a la protección a la salud.

Hoy en el mundo contemporáneo se acepta prácticamente en forma universal que las Constituciones son normativas y de aplicación directa, aspecto que ya no se discute respecto de los derechos y que aparece establecido expresamente en las Bases de la Institucionalidad de nuestra Carta de 1980, en que el art. 6° nos dice que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Además, el mismo artículo agrega que los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo.

La Constitución es vinculante para los órganos del Estado, para las personas y para los grupos, por lo que las políticas de salud que apruebe sea el legislador o el Presidente de la República deben atenerse al marco que da dicha ley fundamental.

Analizaremos a continuación el derecho que se consagra específicamente respecto a la salud y nos referiremos también a otras normas constitucionales que están directamente vinculadas con esta materia.

Previo a este análisis estimamos indispensable hacer una sucinta relación sobre cómo se gestan en las Constituciones modernas nuevos tipos de derechos, cuál es su naturaleza jurídica, su diferencia con los primeros derechos que se aseguraron en el constitucionalismo clásico y que se consagraron en las primeras declaraciones de derechos y también en las primeras Constituciones escritas.

II. Evolución de los derechos

Si bien no soy muy partidaria de las clasificaciones, pues en la mayoría de los casos es difícil trazar las líneas divisorias entre las distintas categorías, no podemos negar su utilidad en el ámbito pedagógico y que facilitan enormemente el análisis.

Utilizaremos, siguiendo esta pauta, la clasificación del profesor italiano Bobbio, de derechos de primera, segunda y tercera generación, refiriéndonos a los dos primeros tipos.

En razón de su aparición histórica, se mencionan como derechos de primera generación aquellos que aparecen consagrados en las primeras declaraciones de derechos, fruto del movimiento jurídico político del constitucionalismo clásico que surge en Europa y en Norteamérica en el siglo XVIII.

Se trata de derechos conferidos sólo a individuos, seres en abstracto, y responden a la ideología liberal imperante en la época y que en el siglo siguiente se vuelcan en las constituciones escritas que surgen de este mismo movimiento. Se asegura así la **libertad**, la **propiedad**, la **seguridad**. A esta enumeración agregamos la **igualdad**, porque el indicado movimiento jurídico político tuvo entre sus finalidades terminar con los privilegios de clase.

Entre sus características podemos señalar que son derechos que se ejercen frente o contra al Estado y que exigen una actitud pasiva de éste, además son derechos que son esencialmente justiciables, es decir, se pueden ejercer acciones ante los tribunales si son violados, perturbados o amenazados.

Como derechos de segunda generación podemos mencionar los que surgen de una visión distinta de la primitiva visión liberal del siglo XIX, producto del proceso de industrialización y de la llamada cuestión social. Estos derechos benefician principalmente a los trabajadores, a los gremios y a la familia y son los que posteriormente serán llamados derechos sociales.

Los derechos sociales se incorporan a los tradicionales listados de derechos e imponen al Estado el deber de actuar a favor de la igualdad material. Este modelo constitucional está en las Constituciones posteriores a la Primera Guerra, como la mexicana de 1917, la alemana de 1919, la española de 1931 y la irlandesa de 1931. Después de la Segunda Guerra lo encontramos también en las Constituciones italiana de 1946, portuguesa

de 1976 y española de 1978, que incorporan largos listados de derechos sociales.

Aparecen además, en las declaraciones de derechos y en los pactos internacionales. Cabe así señalar que la Declaración Universal de Derechos de 1948 contiene una enumeración de los llamados derechos de segunda generación y respecto a la salud en su art. 25 dice expresamente: "toda persona tiene un derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

El Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene también derechos sociales y el respeto a la salud y al bienestar está redactado en términos semejantes a los antes transcritos.

Entre las características de los derechos sociales hay que señalar que se sustentan en los principios de igualdad y de solidaridad. Además en la generalidad de los casos se trata de prestaciones o de programas políticos que sólo serán justiciables si son regulados por la ley. Como ejemplo de estos derechos podemos citar el derecho a la huelga, la negociación colectiva, el derecho a la educación, el derecho a la vivienda, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, al bienestar etc.

Se caracterizan principalmente por su carácter programático y porque en la mayoría de los casos requieren de implementación legal para ser exigidos judicialmente. Su propia naturaleza lo impide (¿cómo puede el Estado asegurar vivienda, educación, salud, descanso, etc?), ello dependerá de múltiples variables, entre las cuales se encuentran principalmente las condiciones económicas y culturales de los pueblos.

Estos derechos dependen de una acción positiva del Estado, el que la desarrollará según sean las condiciones imperantes en el medio social.

En consecuencia, tratándose de derechos individuales –libertad, igualdad, propiedad–, las personas podrán siempre requerir a la autoridad judicial para su protección, en cambio si se trata de derechos sociales, en principio no cabe tal protección, pues por su naturaleza dependen de acciones positivas del Estado, que se traducen generalmente en la definición de las políticas públicas.

En nuestra Constitución de 1980, pese a que el constituyente fue renuente a incorporar listados de derechos sociales, encontramos disposiciones programáticas referidas a los derechos sociales, entre las que podemos citar el derecho a la educación, el derecho a la protección a la salud, la

justa retribución en materia de trabajo, etc., que para convertirse en verdaderas prestaciones exigibles requieren de un desarrollo legislativo posterior.

Característica de estos derechos sociales en la Constitución de 1980 es que no están resguardados por la acción de protección, porque son eminentemente programáticos, en otras palabras, aunque seamos reiterativos, constituyen programas que se introducen en las Constituciones para ser implementados por ley, lo que significa que para que puedan exigirse por la vía judicial requieren de actuaciones del Estado.

III. Evolución constitucional del derecho a la salud en Chile

Nuestro análisis, como lo anticipábamos en párrafos anteriores, tiene como tema central el marco constitucional del derecho a la salud en la Constitución de 1980. Bastaría con hacer un análisis del art. 19 número 9 de la Ley Fundamental para cubrir este tema, sin embargo, de un examen más detallado de nuestra Carta Política, es claro que el marco constitucional de este derecho se encuentra también en otras disposiciones de la Ley Fundamental y así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, por lo que nos referiremos también a su relación con otros derechos, como son el derecho a la vida, a la libertad de trabajo y su protección, y el derecho a la seguridad social.

Constituciones anteriores a la de 1980:

En las Constituciones anteriores a la actual aparecen disposiciones que se refieren a la salud. Así, en la Constitución de 1833, en su art. 151 se establece lo siguiente:

“Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”.

En el art. 128 de este mismo texto hay también una referencia a la salubridad concerniente a la competencia de las municipalidades.

Es evidente que estas menciones a la salubridad manifiestan una preocupación por la salud, pero en ningún caso podría entenderse que constituyen derechos sociales como se visualizan hoy después de la Primera y de la Segunda Guerra.



Posteriormente, si bien en la Constitución de 1925 aparecen ciertos esbozos de derechos sociales, principalmente en la función social que debe cumplir la propiedad, pese a que en el mundo existía ya una preocupación por la salud, sólo se contempló a partir de la reforma constitucional de 1970, específicamente en el art.10 número 14, que en su inciso final señaló lo siguiente:

“Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad”.

Cabe recordar que la Constitución de 1925 sufrió diez reformas, entre las que se destaca como de gran importancia para nuestra exposición la aprobada por Ley 17.398, de enero de 1971, que incorporó a su texto el Pacto Político llamado de Garantías Constitucionales, que contempló el deber del Estado que destacábamos en el párrafo anterior.

Se entregó al Estado un papel relevante en materia de seguridad social y no se consideró la acción de los particulares ni en materia de salud ni en materia de seguridad social.

Citando al profesor Raul Bertelsen podemos decir:

“La reforma de 1971 surge en un momento de fuerte intervencionismo estatal en Chile y cuando el constitucionalismo ha dado un gran desarrollo a los derechos sociales, todo lo cual explica que éstos sean objeto de una regulación detallada y se asigne al Estado un papel protagónico.

Posteriormente, se reconoce una concepción finalista del Estado, se le señala un deber, que es alcanzar el bien común, se reconocen los grupos en que se organiza la sociedad dentro de sus fines específicos, y en relación a la salud se visualiza una concepción distinta reconociendo ya la intervención de los particulares en las acciones de salud.

El Acta Constitucional número 3 reconoció el derecho a la salud y señaló además: "Es deber preferente del Estado la ejecución de las acciones de salud, sin perjuicio de la libre iniciativa particular en la forma y condiciones que fije la ley”.

Se mantuvo el papel relevante del Estado, pero al mismo tiempo se incorporó el sector privado a la ejecución de las acciones de salud.

IV. El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980

Este derecho aparece regulado constitucionalmente en el art. 19 número 9, que se encabeza señalando que la Constitución asegura a todas las personas: "El derecho a la protección de la salud."

En un principio la Comisión de Estudio tuvo la intención de tratar a continuación del derecho a la vida los demás derechos que se relacionaban con una vida digna, como eran el derecho a la salud, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y el derecho a la seguridad social. Después, por razones principalmente metodológicas, se abandonó ese plan, lo que era lógico, porque todos esos derechos se refieren a una buena calidad de vida, que es el derecho que se quiso asegurar en el art. 19 número 1. La redacción del derecho a la protección de la salud sufrió varias modificaciones en las comisiones asesoras de la Junta de Gobierno y el texto que definitivamente se aprobó fue en líneas generales semejante al aprobado en el Consejo de Estado.

Si señalamos esta intención es porque en el derecho a la vida se asegura también "la integridad física y psíquica de las personas", concepto que tiene una íntima relación con la salud y que nuestros tribunales han destacado. ¿Puede acaso haber salud si no hay integridad física y psíquica?

V. Análisis del texto

Como lo adelantábamos en párrafos anteriores, el artículo 19 número 9 asegura como derecho constitucional la protección a la salud.

En un principio en la Comisión de Estudio surgieron varias dudas sobre si se podía asegurar el derecho a la salud, principalmente en razón, como se dijo en la Sesión número 190, de que el derecho a la salud no se puede reclamar de nadie, las personas se enferman y se mueren y, por cierto, ese derecho no se puede reclamar, lo pierden sin que nadie lo haya quebrantado. Aunque se mencionaron estas características, el constituyente del 80 consagró una disposición relativa a la salud.

El Consejo de Estado mantuvo la norma aprobada por la Comisión, pero en general en este organismo prevaleció la idea de no incluir entre el listado de derechos aquellos que no pueden ser exigidos del Estado y que en principio por sí solos no son justiciables.

Por ello se cambió la expresión “el derecho a la salud” por “El derecho a la protección de la salud”. La Junta de Gobierno mantuvo la modificación indicada y así aparece en la Constitución que nos rige.

Esta expresión de proteger la salud puede interpretarse en un doble sentido, primero, que la autoridad no puede ejecutar acciones que vayan contra la salud, y al mismo tiempo, que debe adoptar las providencias que sean necesarias para resguardar la salud.

Vemos en esta expresión del constituyente una clara intención de establecer que el derecho para ser una realidad necesitaba de una protección, en otras palabras, de medidas adoptadas que lo resguardaran tanto por el Estado como por los particulares. Estas medidas obviamente y en la mayoría de los casos se traducirán en políticas que se adoptarán por la vía legislativa.

Concepto de salud:

El concepto de salud que se utilizó en la ley fundamental tuvo su origen en la Comisión de Estudio y resulta de los antecedentes que envió a ese organismo el Ministerio de Salud de la época, que textualmente dice:

“El concepto de salud ha experimentado un cambio notable en los últimos años, de la concepción que concebía a la salud como la simple ausencia de una enfermedad física reconocible por signos y síntomas, imperante hasta hace algún tiempo, el concepto se amplía hasta abarcar aspectos psicológicos y de una clara connotación social. Emerge la salud como algo positivo de tal manera que las acciones que estaban limitadas a la recuperación, se amplían a otros campos, como ser la promoción, la protección, la recuperación y rehabilitación del individuo”.

Este derecho es evidentemente un derecho social con todas las características de este tipo de derechos. Exige acciones positivas del Estado para que exista una verdadera protección a la salud.

VI. El papel del Estado en relación con la salud

El rol del Estado está indicado en los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo que consagra el derecho a la protección de la salud.

Al estudiarse esta materia se planteó el problema de si el Estado tendría un rol subsidiario en materia de salud o si le correspondería a los particulares el papel subsidiario frente a la acción relevante del Estado.

En la Comisión, después de un arduo debate, se llegó a la conclusión que esta discusión era eminentemente doctrinaria y que no tiene mayor importancia en la práctica. Lo importante era dejar establecido en forma clara en la Carta Política el papel del Estado y de la iniciativa privada en materia de salud, como también el control que éste debe siempre ejercer sobre las acciones de salud.

La acción del Estado en materia de salud es amplísima. De un examen del texto de la constitución aparece en primer lugar que debe proteger "el libre e igualitario acceso a las acciones de salud", que son las indicadas anteriormente –promoción, protección, recuperación y rehabilitación del individuo.

Desaparece así la idea de que las acciones de salud se limitaban a mejorar, se reafirma así una medicina preventiva, recuperativa y que requiere de acciones constantes durante la vida de las personas.

Por otra parte, se enfatiza el papel del Estado, a quien se le encarga que "proteja" un libre e igualitario acceso a las acciones de salud; esta voz de protección que reitera el constituyente en esta disposición, a nuestro juicio implica una obligación de crear condiciones que permitan que las personas accedan a las acciones de salud que se enumeran en la norma constitucional mencionada (artículo 19 número 9). Concuerdada esta disposición con el art. 1° de nuestra Carta Política, que le señala un fin al Estado, cual es promover el bien común.

Se ha discutido mucho si las acciones de salud pueden o no ser delegadas en los particulares, en general los autores ven como delegables sólo las que digan relación con la recuperación y la rehabilitación y que no se podrían delegar las de promoción y protección. Pese a que ésta es la opinión generalizada en los distintos autores que analizan el texto constitucional, nos permitimos disentir de ella, pues con los avances científicos del mundo de hoy muchas veces las acciones de protección y promoción de la salud serán la resultante de las iniciativas privadas; por ejemplo no vemos inconveniente en que un laboratorio que descubra un remedio contra una enfermedad catastrófica, inicie una campaña de promoción o que por otra parte divulgue descubrimientos para evitar daños en la salud de las personas.

A nuestro juicio todas estas opiniones sobre cuáles acciones son delegables y cuáles no, como también el carácter subsidiario del Estado, son, lo repetimos, eminentemente doctrinarias, no se ajustan a una realidad que es siempre cambiante, y lo importante es que el Estado desarrolle las políticas públicas tendientes a proteger el libre e igualitario acceso a las accio-

nes de salud. Es ésta la primera obligación que le impone el constituyente al Estado.

Cabe destacar que se reiteran en esta disposición los principios de libertad e igualdad que informan todo el texto constitucional desde su art.1º: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

Le corresponde además al Estado, de acuerdo a la disposición que analizamos, la coordinación y control de las acciones de salud señaladas en la misma norma.

En este aspecto no hay que olvidar la forma de gobierno presidencial que consagra nuestra Carta Fundamental y que al Presidente de la República le corresponde la administración y gobierno de acuerdo a la Constitución y a las leyes, función que cumple con sus colaboradores, que son los Ministros de Estado.

Respecto de la salud, hay un Ministerio de Salud, y en conformidad con su ley orgánica le compete una misión rectora en la formulación de las políticas de salud, como también la coordinación del sector salud.

Si bien las políticas públicas sobre salud las coordina y las controla el Ejecutivo por medio del Ministerio de Salud, no debemos olvidar que muchas de ellas son materias de ley, por lo que generalmente se traducirán en mensajes del Presidente de la República para convertirse posteriormente en leyes y bien pueden también ser el resultado de iniciativas parlamentarias, pues la obligación de coordinar le corresponde al Estado y en esta expresión queda comprendido también el legislador, que a través de mociones puede iniciar una legislación que se encamine a la protección de las acciones de salud y a su coordinación y control. Destacamos en este punto que en la expresión Estado debemos comprender tanto al Presidente de la República como al legislador.

Los parlamentarios en materia de salud tienen una sola limitante, porque no pueden iniciar leyes que se refieran a la seguridad social, pues expresamente el art. 62 número 6 de la Ley Fundamental señala que el Presidente de la República tendrá iniciativa exclusiva para establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado. Además, no hay que olvidar que no pueden iniciar leyes que importen gastos.

Se impone además al Estado otro papel, cual es el deber preferente de garantizar la ejecución de las acciones de salud sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley.

La Constitución ha enfatizado la obligación que tiene el Estado en la ejecución de las acciones de salud, calificándolo de deber preferente, lo cual no hace al contemplar otros deberes que tiene el Estado en materia de derechos sociales. Este deber preferente no consiste en ejecutar directamente acciones de salud, sino en garantizar su ejecución.

Sobre este deber preferente del Estado la Superintendencia de Isapres ha emitido un dictamen en 1996 en que sostiene textualmente: "Esta Superintendencia cumple en manifestar que, en virtud del mandato constitucional, el Estado es el principal obligado al cumplimiento y control del derecho a la protección de la salud".

El texto constitucional permite que esta ejecución se realice bien a través de instituciones públicas o privadas, lo cual debe ejecutarse en la forma y condiciones que determine la ley.

El legislador ha cumplido los encargos que le ha dado el constituyente, regulando el Sistema Público de Salud por la Ley 18.469, la que fue modificada por la Ley 19.650.

En cuanto al sistema privado, éste está regulado por la Ley 18.933, modificada por la Ley 19.381.

El Estado cumple su rol de controlar y garantizar las acciones de salud y de garantizar el goce de las prestaciones de seguridad social por medio de las Superintendencias de Seguridad Social, de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Instituciones de Salud Previsional.

La intención del constituyente fue que coexistan sistemas de salud estatales y particulares, entre los que las personas puedan escoger libremente, lo que está asegurado en la legislación que hemos señalado.

La disposición que analizamos tiene un doble objetivo: evitar la existencia de un sistema estatal único de salud que pudiera ser fuente de dominación, y al mismo tiempo cautelar la necesaria intervención del Estado, sin desconocer el rol relevante de este último impidiendo siempre un monopolio estatal de prestaciones de salud.

Aparece en la misma norma el rol del sector privado, de tal manera que las acciones de salud pueden ser brindadas por instituciones públicas o privadas.

Se infiere de lo anterior que ninguna ley ni disposición de autoridad puede impedir que los particulares ofrezcan prestaciones de salud.

En suma, el Estado tiene en materia de salud un rol relevante, pero que jamás, de acuerdo a nuestra Carta Política, puede ser monopólico.

Cabe destacar, además, respecto de esta norma que analizamos, que el constituyente le da un mandato al legislador para que sea este órgano del Estado el que fije las condiciones y la forma en que se otorguen las acciones de salud.

Sobre este punto es importante destacar que el legislador en su campo de acción tiene límites y controles.

Límites que están representados por la garantía general de los derechos establecida en el art. 19 número 26, que señala que cuando la ley, por mandato de la Constitución, regula o complementa un derecho, como es el caso de las modalidades de las acciones de salud, no lo puede afectar en su esencia o impedir su libre ejercicio.

En cuanto a los controles, ellos están representados por la posibilidad de requerir al Tribunal Constitucional durante la tramitación de la ley –control preventivo–, y además la posibilidad de un control a posteriori por la vía de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que se solicita ante la Corte Suprema.

Este mandato al legislador significa al mismo tiempo una prohibición para la Administración, que no podrá por la vía reglamentaria establecer la forma y condiciones en que se deben ejecutar las acciones de salud.

Continuando con el mandato que se da al legislador, el constituyente le señala otra atribución, cual es la de poder establecer cotizaciones obligatorias.

Esta atribución del legislador significa que sólo este órgano del Estado puede ejercer esta facultad, impidiéndoselo al administrador, y que las cotizaciones podrán ser tanto de cargo de los trabajadores como de los empleadores, pues el constituyente no hace distinción.

Hemos analizado los incisos del art. 19 número 9 que establecen el papel del Estado en materia de protección a la salud. De su contexto resulta evidente que se le da un papel relevante en esta materia, pero también es evidente que la acción que se le asigna es un programa y que se trata de normas que no son exigibles directamente, sino se implementan por la vía legislativa o reglamentaria.

Esta característica de norma programática que tiene en esta parte este derecho social de la protección a la salud, es la causa de que no lo encon-

tremos resguardado por la acción de protección que establece la Carta Política en el artículo 20.

Así lo han entendido también nuestros tribunales.

Por sentencia de la Corte Suprema de 14 de diciembre de 1987 se desestimó el recurso de protección interpuesto contra el Director del Servicio Nacional de Salud Metropolitana por negativa de atención de hemodiálisis solicitando la protección del derecho a la vida y la protección del derecho a la salud.

El considerando número 8 de dicho fallo dice: "el derecho de la protección de la salud asegurado en el número 9 del art. 19 de la Constitución no está amparado por el recurso de protección salvo en cuanto a elegir el sistema de salud a que desee acogerse".

Son muchas las sentencias que podríamos citar en el mismo sentido.

El derecho individual de elegir el sistema de salud:

El inciso final del numeral que analizamos dice: "Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse...".

Este derecho es un típico derecho individual, expresión de la libertad del hombre, principio rector que inspira nuestro Texto Fundamental.

Este inciso viene a reiterar lo ya expresado anteriormente: que pueden coexistir sistemas de salud privados y estatales, y además asegura un derecho que es típicamente individual, con las características que hemos señalado al empezar este análisis y que tiene gran relevancia porque está resguardado por la acción de protección, según lo establece el art. 20 de la Constitución.

VII. Otros derechos relacionados con la salud

Este trabajo versa sobre el marco constitucional de la salud, hemos analizado el derecho a la protección a la salud, pero dentro de este marco hay otros derechos que tienen una íntima relación con esta materia y que no podemos dejar de mencionar si nos estamos refiriendo a cuáles son las normas constitucionales que dicen relación con la salud, para los efectos de indicar las competencias del legislador y del administrador.

Señalamos anteriormente que la primera intención del constituyente fue de tratar conjuntamente los derechos relacionados con la vida entre los



que se encuentra la salud: este método, pese a su razonabilidad, fue posteriormente abandonado, lo que no significa que la salud no tenga una íntima relación con otros derechos.

La salud y el derecho a la vida:

En el art. 19 número 1 de la Constitución se asegura a todas las personas “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”.

Si bien en esta disposición no hay una referencia directa a la salud, es evidente que si a una persona se le perturba, amenaza o priva de su integridad física o psíquica, se le está al mismo tiempo alterando su salud, dado el concepto amplio de salud que aceptó nuestro constituyente.

Por lo demás al discutirse este derecho en la Comisión de Estudio se dejó en claro que se establecía el derecho a la integridad física y psíquica, porque se entendía que se aseguraba una vida digna –una buena calidad de vida– y que ello constituía un derecho que era inherente a la persona humana; se trata entonces de un derecho individual que aparece en la Constitución resguardado por la acción de protección.

Así lo ha entendido también nuestra jurisprudencia.

Citaremos a continuación la doctrina de algunos fallos que por la vía del resguardo a la integridad física y psíquica de las personas han protegido la salud de las mismas.

1) Por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 8 de marzo de 1997 se acogió el recurso de protección interpuesto por el Director del Servicio de Salud Metropolitano Central a favor de una menor internada en un hospital clínico, autorizando que se le hicieran transfusiones de sangre a las que se oponía la madre por razones religiosas. Se aprobó el recurso fundándolo no en la protección de la salud de la menor, sino que en la integridad física y psíquica de la misma, derecho que aparece expresamente resguardado por la acción de protección en el art. 20 de la Ley Fundamental.

2) Por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de agosto de 1984 se acogió la acción de protección interpuesta por don Fernando Rozas Vial y otros, porque determinadas personas perturbaban y amenazaban sus derechos y garantías contemplados en el número 1 del art. 19 de la Constitución, ya que dichas personas estaban en huelga de hambre al interior de la parroquia de San Roque desde hacía más de un mes.

La doctrina de este fallo hace una relación directa entre la vida y la salud y así se expresa en sus considerandos: "La integridad corporal y la salud no constituyen para el hombre bienes disponibles, de donde se desprende que todo atentado en contra de estos bienes es, por decir lo menos, arbitrario e injusto".

La acción de protección se acogió y los ayunistas fueron atendidos médicamente y obligados por la fuerza a terminar su huelga de hambre.

Por sentencia de la Corte Suprema de 28 de diciembre de 1987, resolviendo también una acción de protección, en el caso de los enfermos que solicitaban hemodiálisis, fundándose en el derecho a la salud y en el derecho a la vida, se fijó el alcance de estos derechos:

Considerando número 6: "El derecho a la vida no puede alcanzar el proceso vital de la existencia humana, incluidas las enfermedades naturales, cualquiera que sea su gravedad, desde que éstas no constituyen un atentado de terceros, sino la consecuencias de un proceso orgánico de quien lo porta".

De esta sentencia aparece claro que la protección a la integridad física y psíquica sólo tiene lugar por atentados contra estos bienes jurídicos resultantes de la acción de la autoridad y de particulares, o más bien dicho de terceros, pero no cuando el daño a la vida y a la salud se produce por causas naturales propias de la existencia humana.

Por no extendernos más de lo necesario no citamos más jurisprudencia en que se entienda afectada la integridad física o psíquica porque está dañada la salud, así se han aceptado acciones de protección en casos de situaciones que producen neurosis de angustia, alteración de los nervios por ruidos molestos, etc.

De lo expuesto se aparece con nitidez que nuestros tribunales han entendido que una alteración de la salud, como es el caso de la huelga de hambre y de la niña que padecía de una enfermedad al riñón y la madre no dejaba que le hicieran transfusiones de sangre, puede erosionar el derecho a la integridad física y psíquica y por esa vía ordenarse que se adopten medidas que protejan la vida y al mismo tiempo la salud, derechos que están íntimamente relacionados.

La salud y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación:

Otro derecho relacionado directamente con la vida y consecuencialmente con la salud es el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, consagrado en el art. 19 número 8 de nuestra Constitución.

Como se expresó en la sesión número 186 de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación es tan digno de protección como el derecho a la vida y a la salud.

En relación con este derecho hay una abundante jurisprudencia que ha dado la extensión de este derecho y de la que podemos ver su íntima relación con la vida y con la salud, se trata de derechos interrelacionados y que la perturbación, amenaza o privación de uno muchas veces implica la alteración de otro.

Nuestros tribunales han resuelto que "el medio ambiente", "el patrimonio ambiental" y "la preservación de la naturaleza" es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven.

Nuestra Corte Suprema, por otra parte, ha manifestado en sentencia de 19 de diciembre de 1985 que el medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida.

Es éste un derecho social que obliga especialmente al Estado, al que se le impone el deber de preservar la naturaleza y velar para que este derecho no sea afectado.

Al mismo tiempo que se establece esta obligación del Estado, este derecho social tiene la particularidad que se consagra como un derecho que todas las personas pueden exigir de los demás, de manera que no ejecuten acciones contaminantes que afecten la vida y la salud.

Dada esta particularidad, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación aparece resguardado en el art. 20 por la acción de protección, con las particularidades que la norma establece.

La acción de protección en el caso del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación sólo procede contra acciones contaminantes y no sería del caso interponerla exigiendo una determinada política ambiental. Por lo demás ello resulta claro de la sola lectura del art. 20 inciso final, que sólo autoriza esta acción de protección... "cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada". Cabe destacar que no procede por omisiones, de manera que si no se adoptan políticas tendientes a resguardarlo, no se puede solicitar la protección jurisdiccional.

De sumo interés aparece el último inciso del art. 19 número 8, que establece textualmente: “la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

El inciso mencionado podría establecer una superior jerarquía de este derecho si para protegerlo se permiten restricciones o limitaciones a otros derechos.

Esta jerarquización se entiende por la íntima relación que tiene este derecho con la vida y con la salud de las personas –son todos derechos relacionados entre sí–; el daño al ambiente afecta la vida, la integridad física y la integridad psíquica y en consecuencia la salud.

La mayor jerarquía obedecería al hecho innegable de que la vida es el supuesto de los demás derechos, sin vida no hay derechos, por ello el resguardo jurisdiccional.

De lo anterior aparece con claridad la razón por la cual el constituyente en una primera intención quiso tratar estos derechos conjuntamente, y resulta también que se puede exigir el amparo jurisdiccional si hay actividades contaminantes que afecten la vida y la salud.

El derecho a la protección a la salud no está resguardado por la acción de protección, porque no se puede exigir al Estado que adopte determinadas políticas públicas, pero sí se puede solicitar el amparo jurisdiccional si se ejecutan actividades contaminantes y si se ejecutan actos que afecten la integridad física o psíquica de las personas

La salud y el derecho a la seguridad social:

Este derecho está íntimamente relacionado con la salud y tanto es así que en la Constitución de 1925, modificada por el Estatuto de Garantías, se consagra por primera vez en un texto constitucional chileno y se trata conjuntamente con la obligación del Estado de velar por la salud pública.

Está consagrado en el art. 19 número 18 de la Carta Política y aparece como un complemento del derecho a la integridad de las personas, toda vez que garantiza a los individuos un apoyo material, que puede consistir en dinero, especies o servicios, y que se otorga en momentos en que atraviesan por estados de necesidad.

Está asegurado con una inspiración semejante a la del derecho a la salud, pues se trata de una norma que entrega un rol al Estado, que es el de

garantizar el goce de prestaciones básicas uniformes sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. Esta disposición obliga al Estado a subsidiar a todos aquellos que por sus bajas rentas no alcanzaron a cotizar el monto básico.

En la Sesión 403 de la Comisión de Estudio hubo amplio acuerdo para que las personas pudieran acogerse a sistemas de previsión de carácter privado. Por primera vez en Chile se autoriza la intervención de los particulares en materia de seguridad social.

Se introduce un sistema de capitalización individual regulado por el Decreto Ley 3.500 y sus futuras modificaciones, que creó las Administradoras de Fondos de Pensiones. Para aquellos que no quisieron cambiarse de sistema se mantuvo el sistema estatal, que funciona con el nombre de Instituto de Normalización Previsional. Respecto de ambos sistemas el Estado ejerce una función de supervigilancia. Sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones a través de la respectiva Superintendencia, y sobre el Instituto de Normalización Previsional la Superintendencia de Seguridad Social.

En cuanto a las leyes que regulan el ejercicio de este derecho, el precepto que asegura el derecho a la seguridad social establece que serán de quórum calificado. Sin embargo, esta norma, que aparece tan clara, no lo es tanto, pues si se aplica un criterio de interpretación de carácter armónico y coherente, debe relacionarse con el art. 60 número 4, en que las leyes sobre seguridad social aparecen como materias de ley común.

Para superar esta aparente inconsistencia constitucional, hay quienes han sostenido que se debe dar una aplicación restrictiva a las leyes de quórum especial, prefiriendo de esta forma la regulación de su ejercicio por la ley ordinaria en materias referentes a la seguridad social.

Al igual que en el derecho a la protección de la salud, la Constitución faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias.

Este derecho es típicamente un derecho social, pues depende para su materialización de acciones positivas del Estado, por lo que no aparece resguardado por la acción de protección (Corte de Apelaciones de Santiago, 1990).

La relación entre este derecho y el derecho a la salud está explicitada en una sentencia del Tribunal Constitucional, rol número 219, refiriéndose a los artículos que aseguran estos derechos, en que dice textualmente: "El reconocimiento de la Carta Fundamental de la facultad del legislador para

imponer al Estado que cumpla con las obligaciones que tiene en materia de seguridad social para con la colectividad está en el art. 19 numeral 9, inciso cuarto, y 18 inciso tercero, que reconocen que el Estado está facultado por la ley para imponer cotizaciones obligatorias cumpliendo una política social a que lo obliga la Constitución dentro de los márgenes y con las limitaciones que ella establece.

Hemos dado una visión sobre las normas constitucionales que se refieren a la salud, constituyen ellas tanto un límite como un programa para el Estado, incluyendo en esta expresión al Ejecutivo y al legislador.

Como derechos sociales, la mayoría de las disposiciones que se refieran a la salud y a la seguridad social no pueden exigirse por la vía de las acciones constitucionales, pero si afectan la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, procederá la acción de protección.

Las disposiciones que hemos analizado revelan cómo el constituyente les dio una participación a los particulares en materia de salud y de seguridad social, que no tenían en las Constituciones anteriores.

Por otra parte al Estado se le otorga el rol de garante de ambos derechos, el que debe cumplir a través de sus políticas públicas.

Nuestro análisis ha versado sobre un derecho social, la Constitución señala el marco y la ley, y la norma administrativa debe implementarlo y regularlo para que a los particulares se les convierta en realidad y no sea una simple utopía.

Comentarios acerca del origen y competencia de los Tribunales Electorales Regionales

Carlos Maturana Toledo

Profesor Titular de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

El presente artículo tiene por objeto recordar las ideas que estuvieron en el origen del establecimiento de los Tribunales Electorales Regionales, para, desde ahí, tratar de precisar el sentido que el constituyente les asignó dentro del sistema general de justicia electoral, diseñado a partir del Capítulo VIII de la Carta Fundamental. Junto a ello, haremos una breve descripción de las principales competencias que se les asignan, tanto por la ley como por el legislador, y las modificaciones que han experimentado, para intentar establecer la influencia que estas definiciones han tenido en el diseño inicial previsto.

Hacemos presente, en todo caso, que nos remitiremos fundamentalmente a las competencias de orden electoral y sobre la base, en materia jurisprudencial, de los casos que han sido de conocimiento del Tribunal Regional Electoral de la Octava Región del Bío-Bío.

I. Razones para el establecimiento de los Tribunales Electorales Regionales y diseño constitucional de la jurisdicción electoral

La idea de atribuir a un órgano especial la administración de justicia para los cuerpos intermedios, en el ámbito de lo electoral, surge a partir de la discusión relativa a la competencia del Tribunal Calificador de Elecciones, y se desarrolla fundamentalmente en la sesión N° 381 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, celebrada el 7 de junio de 1978.

En efecto, la propuesta inicial formulada por la comisionada Sra. Luz Bulnes sugiere encomendar al Tribunal Calificador no sólo la calificación de las elecciones de Presidente de la República, diputados y senadores, como lo

establecía la Carta de 1925, sino que también la calificación de las elecciones que tuvieran lugar en el seno de determinadas organizaciones intermedias. La finalidad perseguida era, por una parte, dar mayores garantías de seriedad y juridicidad a las elecciones de autoridades y organismos regionales y, por otra, evitar la politización de los organismos intermedios. Por lo mismo, en esta materia proponía una fórmula abierta, consistente en encomendar al Tribunal la calificación de "todas las elecciones ordenadas constitucionalmente o que disponga la ley".¹

Complementando su proposición, la Sra. Bulnes sugirió que la ley electoral debería establecer que el Tribunal Calificador de Elecciones actuaría como tribunal de segunda instancia en relación con las resoluciones que dictara el Director del Servicio Electoral "respecto de los comicios electorales y de los organismos que indicara la ley y de las reclamaciones de los particulares o de las autoridades en cuanto a intervenciones directas o indirectas en las entidades gremiales (...)".²

Evidentemente, un cambio tan radical en la competencia del Tribunal Calificador fue objeto de una importante controversia al interior de la Comisión, que estimamos de particular importancia para los efectos de perfilar adecuadamente el sentido que pretendió darse a la institución de los Tribunales Electorales Regionales que surgiría en el curso del debate.

El intercambio de opiniones discurrió fundamentalmente en torno a dos ideas: la conveniencia de establecer alguna forma de control, desde el punto de vista electoral, de las elecciones que se realizaran en los cuerpos intermedios; y la definición del órgano a quien se encomendaría esta función.

Desarrollando los conceptos contenidos en su proposición, la Sra. Bulnes indicó que si lo que se pretendía era "separar la función política de la sindical o gremial o de los organismos intermedios, es muy conveniente la existencia de un control de esa separación (...) a ello obedece la idea de que la ley pueda ordenar la calificación de las elecciones de autoridades de dichos organismos y la de permitir interponer reclamaciones en caso de desvirtuarse la función del cuerpo intermedio".³

En el mismo sentido, don Raúl Bertelsen expresó que "considera que la idea de establecer una vía judicial de control de la legalidad y constitucionalidad de las elecciones de los organismos intermedios, es interesante, por cuanto, si el derecho chileno no adopta algunas precaucio-

¹ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, sesión N° 381, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, Santiago, 1982, páginas 2762 y 2763.

² Id. anterior, pág. 2763.

³ Id. anterior, pág. 2766

nes, las disposiciones constitucionales de índole general o básicas destinadas a consagrar la autonomía de los cuerpos intermedios y tratar de diferenciar su órbita de acción de la de los partidos políticos, pueden quedar convertidas en declaraciones programáticas".⁴

La decisión se decantó rápidamente en favor de contemplar algún mecanismo para, en palabras del Sr. Ortúzar, "velar por la pureza de las elecciones en los cuerpos intermedios".

No obstante el acuerdo anterior, la determinación del órgano encargado de esa misión fue bastante más compleja, fundamentalmente por la variedad de alternativas que se plantearon como posibles.

En la propuesta inicial, se contemplaba que en las materias relacionadas con los cuerpos intermedios actuaría la Dirección del Registro Electoral como tribunal de primera instancia, quedando el Tribunal Calificador como tribunal de alzada.⁵

En relación con este tema, el comisionado Sr. Bertelsen manifestó que, de aceptarse una jurisdicción amplia como la propuesta por la Sra. Bulnes en su indicación, "habría que dar al tribunal (Calificador de Elecciones) una composición tal que las personas que lo integraran pudieran dedicarse en forma principal a esa actividad, por lo que le asalta la duda de si es conveniente o no lo es destinar a tres Ministros de la Corte Suprema al Tribunal Calificador, pues considera que ello iría en desmedro de las actividades del más alto tribunal, porque de trece miembros, siete estarían integrando tribunales especiales, sin contar las posibles ausencias por enfermedad que se produzcan".⁶

Por su parte, don Juan de Dios Carmona se manifestó contrario a atribuir funciones al Tribunal Calificador en materia de elecciones en los cuerpos intermedios, por el contrario, estuvo por mantener la competencia tradicional del órgano, referida sólo a las elecciones políticas, agregándole sí la calificación de los plebiscitos, materia que no figuraba en la proposición original.

En esa misma línea argumental, el comisionado Sr. Ortúzar opinó que siendo el Tribunal Calificador el que "tradicionalmente ha calificado las elecciones de carácter político, aun cuando se le dé una conformación técnica y se integre mayoritariamente por magistrados, les va a dar un cierto tinte político a las elecciones de cuerpos intermedios".⁷

⁴ Id. anterior, pág. 2768.

⁵ Id. anterior, pág. 2768.

⁶ Id. anterior, pág. 2765.

⁷ Id. anterior, pág. 2769.

Por su parte, la intervención de la Dirección del Servicio Electoral fue objetada por no poseer las características de un tribunal “desde el momento en que es unipersonal y está constituida por un funcionario de gobierno”.⁸

En definitiva, la Comisión de Estudio optó por encomendar la calificación de las elecciones de los cuerpos intermedios a tribunales especiales, distintos, en todo caso, del Tribunal Calificador, al cual se excluiría del conocimiento de estas materias.

En cuanto a la configuración de estos órganos, se analizaron distintas alternativas; aun más se propuso entregar a la ley la definición de estos aspectos, porque podrían ser distintos los tribunales llamados a intervenir, en razón de la naturaleza del cuerpo intermedio de que se tratara.

Sin embargo, se manifestaron “serias dudas sobre la conveniencia de dar un mandato amplio al legislador para establecer los tribunales que conocerán de la jurisdicción de las elecciones de los cuerpos intermedios, porque éstos, por una mal pretendida autonomía, podrían rechazar cualquier injerencia judicial o jurídica en la vigilancia de su funcionamiento, y porque puede haber una proliferación tal de tribunales especiales para vigilar las distintas elecciones que se llegue a un desorden como el que existió en Chile, en épocas pasadas, en el procedimiento expropiatorio, y como existe hasta ahora en lo contencioso administrativo”.⁹ A ello se agregó que, en esa alternativa, “tales tribunales no se crearían nunca”.¹⁰

Finalmente se acogió una propuesta formulada por el Sr. Bertelsen en una de sus primeras intervenciones en la sesión, en orden a “establecer a nivel regional tribunales electorales –al estilo de los antiguos tribunales provinciales que actuaban en las elecciones de regidores– destinados a resolver los reclamos de personas o grupos respecto de elecciones que hubieran tenido lugar en el ámbito territorial respectivo, con lo cual habría en el país trece tribunales electorales y se configuraría una justicia electoral que constituiría una garantía tanto a nivel político como a nivel de los grupos intermedios, con el objeto de evitar, en estos últimos, especialmente, cohecho, abusos y fraudes que hubo en el pasado”.¹¹

Definidas las materias anteriores, la Comisión entró a analizar la integración y competencia de los Tribunales Electorales Regionales. El primero de los aspectos mencionados no lo abordaremos en esta oportunidad,

⁸ Opinión de Jaime Guzmán E., id. anterior, pág. 2770.

⁹ Opinión de R. Bertelsen R., id. anterior, pág. 2772.

¹⁰ Opinión de J. Guzmán E., id. anterior, pág. 2773.

¹¹ Actas oficiales..., pág. 2768.

por escapar a la idea central de estos comentarios, abocándonos exclusivamente al ámbito competencial de los órganos jurisdiccionales creados.

En este punto, la Comisión se inclinó por elaborar una fórmula que encomendara a la ley la determinación de las elecciones cuya calificación fuera obligatoria, pero que dejara abierta la posibilidad para que los Tribunales pudieran intervenir en procesos electorales de otros organismos intermedios, a petición de parte interesada. En todo caso, de las opiniones consignadas en las actas queda claro que, según los comisionados, no todas las elecciones que se realizaran en los cuerpos intermedios debían ser susceptibles de reclamarse ante el Tribunal Electoral Regional, postulándose, incluso, que ante un determinado requerimiento, el propio tribunal podía resolver si entraba o no en el conocimiento del asunto, atendida la importancia que le asignara.¹²

Sobre esa premisa, la primera redacción aprobada, en materia de atribuciones de los Tribunales Electorales Regionales, fue la siguiente:

“1. La Ley determinará las elecciones de carácter gremial o de otros cuerpos intermedios, que les corresponderá calificar.

2. Podrán requerir también la intervención de estos Tribunales las personas interesadas en que se califique una determinada elección –de las no señaladas por la ley–. En este caso el pronunciamiento de dichos Tribunales es facultativo.

3. Imponer sanciones a los militantes de los Partidos Políticos, por inmiscuirse en las actividades de las organizaciones gremiales y otros cuerpos intermedios, y, también, a los candidatos o dirigentes de estas organizaciones que coludan con determinados Partidos Políticos (Idea: reforzar principios ya consagrados por la Comisión como texto constitucional, de que las colectividades políticas no pueden desbordar su órbita para entrometerse en campos que no les son propios, como son los de las organizaciones intermedias de la colectividad)”.¹³

¹² Así, por ejemplo, el Sr. Guzmán expresó que “habría que dejar entregado al legislador o al propio tribunal regional qué elecciones entrará a calificar, pues le parece un exceso darle tuición para calificar todas las elecciones que se realicen en cualquier nivel y en cualquier cuerpo intermedio de la región”. En el mismo sentido, el Sr. Ortúzar manifestó que se declaraba “partidario de dejar entregado al legislador determinar las elecciones de los cuerpos intermedios cuya calificación efectuará el tribunal regional (...) si se deja entregado a la solicitud de los interesados, recurrirán siempre al tribunal, porque siempre habrá alguien que no esté satisfecho con el resultado, lo cual es inconveniente, sobre todo si se trata de elecciones de poca importancia”.

¹³ Actas Oficiales..., pág. 2778.

Finalmente, en la sesión N° 415, la Comisión acordó la redacción definitiva del precepto, inclinándose por una formulación bastante más general. En efecto, se dispuso, en lo pertinente, que “Habrán Tribunales Electorales Regionales encargados de conocer de la calificación de las elecciones de carácter gremial y de las que tengan lugar en aquellos grupos intermedios que determine la ley”.¹⁴

El precepto despachado por la Comisión de Estudio, y que llevó el número 91 del anteproyecto de Constitución por ella elaborado, fue aprobado prácticamente sin modificaciones por el Consejo de Estado¹⁵ y, posteriormente, por la Junta de Gobierno, pasando a figurar como artículo 85 de la Carta de 1980, que en su texto primitivo dispuso:

“Artículo 85. Habrán Tribunales Electorales Regionales encargados de conocer de la calificación de las elecciones de carácter gremial y de las que tengan lugar en aquellos grupos intermedios que determine la ley.

Estos tribunales estarán constituidos por un ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, elegido por ésta, y por dos miembros designados por el Tribunal Calificador de Elecciones de entre personas que hayan ejercido la profesión de abogado o desempeñado la función de ministro o abogado integrante de Corte de Apelaciones por un plazo no inferior a tres años.

Los miembros de estos tribunales durarán cuatro años en sus funciones y tendrán las inhabilidades e incompatibilidades que determine la ley.

Estos tribunales procederán como jurado en la apreciación de los hechos y sentenciarán con arreglo a derecho.

La ley determinará las demás atribuciones de estos tribunales y regulará su organización y funcionamiento”.

De esta manera, la normativa constitucional en relación con los Tribunales Electorales Regionales podemos caracterizarla en base a los siguientes elementos:

¹⁴ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, sesión N° 415, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, Santiago, 1983, pág. 3566. Se acordó sustituir la expresión “cuerpos” por “grupos”, eliminar la frase relativa a los cuerpos intermedios “entre el hombre y el Estado”, que figuraba en la propuesta de redacción presentada por el Sr. Guzmán en la sesión N° 409, y aprobada en principio por la Comisión, y además se suprimió la competencia expresa de los Tribunales Electorales Regionales para aplicar sanciones a los dirigentes gremiales que intervinieran en actividades políticas y a los dirigentes de los partidos políticos que interfirieran en el funcionamiento de las organizaciones gremiales y demás cuerpos intermedios.

¹⁵ Sólo se modificó el número de años que durarían, en el desempeño de sus cargos, los integrantes de los Tribunales Electorales Regionales, reduciéndose de cinco a cuatro.

1. Se configura un sistema de justicia electoral, es decir, un conjunto ordenado y sistemático de órganos, con la definición general de sus competencias, encargados del conocimiento y resolución de las cuestiones de orden electoral que se susciten en el país. A fin de reforzar esta idea, se destina un capítulo específico de la Constitución para regular estas materias.

Sin perjuicio de que en el Capítulo VIII del Estatuto Fundamental, artículos 84, 85 y 86, se consagra la principal regulación de los tribunales electorales –tanto del Tribunal Calificador como de los Tribunales Electorales Regionales–, específicamente en sus aspectos orgánicos, de atribuciones y, en menor medida, de procedimiento; lo cierto es que también resultan aplicables a ellos otras disposiciones constitucionales que complementan las instituciones establecidas, a saber, y sólo por vía ejemplar, los artículos 6° y 7° de la Constitución, en materia de supremacía constitucional y principio de legalidad; y el artículo 19 N° 3 del mismo texto, especialmente en lo relativo al derecho a la defensa jurídica, a la legalidad del procedimiento y a la exigencia de un racional y justo procedimiento.

2. Se estructuran dos ámbitos de competencia claramente diferenciados. Lo relativo a las elecciones de carácter político, que, al igual que en la Carta de 1925, se entregan a un Tribunal Calificador de Elecciones; y lo relativo a las denominadas elecciones no políticas, es decir, a las que tuvieran lugar en los cuerpos o grupos intermedios de la sociedad, que quedan radicados en los Tribunales Electorales Regionales. En este último aspecto, y no obstante el tenor literal de la norma finalmente aprobada, queda de manifiesto de la lectura de las actas de la Comisión de Estudio, que no toda elección en una sociedad intermedia tenía que ser objeto de calificación, sino que correspondería al legislador la determinación de aquellos procesos que, atendida su trascendencia, debían o podían ser de conocimiento de los Tribunales Electorales Regionales.

A partir de esta distribución de competencias no se establece una relación de jerarquía entre el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales, sino una expresa separación de funciones sobre la base de las materias que se entregaron al conocimiento de uno y otros. Tanto es así, que la Comisión rechazó expresamente la posibilidad que el Tribunal Calificador pudiera conocer, en segunda instancia, de las resoluciones adoptadas por los Tribunales Regionales, pese a la insistencia sobre la materia de la Sra. Luz Bulnes.¹⁶ La única intervención del Tribunal Calificador se da en la designación de dos de los miembros de cada uno de los Tribunales

¹⁶ Al discutirse el texto definitivo del Anteproyecto elaborado por la Comisión, la Sra. Bulnes, en las sesiones 405 y 409, hizo presente una serie de prevenciones respecto del articulado propuesto y una de ellas decía relación, precisamente, con la posibilidad de recurrir de las resoluciones de los Tribunales Regionales ante el Tribunal Calificador.

Electorales Regionales, intervención que se agota en el acto del nombramiento, sin perjuicio de la evaluación que corresponda efectuar al momento de decidirse una nueva designación de la misma persona.

3. La normativa constitucional se orienta al reforzamiento del carácter técnico-jurídico de los órganos llamados a intervenir en la calificación de los procesos electorales, si bien sólo los Tribunales Electorales Regionales se caracterizarán como tribunales letrados, al estar integrados exclusivamente por abogados.

4. Los tribunales electorales no forman parte del Poder Judicial y están exentos de la superintendencia de la Corte Suprema.¹⁷

Ahora bien, este diseño constitucional se vería posteriormente alterado, tanto por la reforma constitucional de la ley N° 19.097, de 1991, como por el desarrollo legislativo de las atribuciones encomendadas a los tribunales electorales, aspectos a los que nos dedicaremos a continuación.

II. La reforma constitucional al artículo 85 de la Constitución de 1980

En el año 1991 el Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de reforma constitucional que modificaba, en lo sustancial, lo relativo a la administración regional y local, aunque también se alteraban otras disposiciones constitucionales, entre ellas el artículo 85 de la Carta Fundamental, en materia de Tribunales Electorales Regionales.

En lo específico, se proponía una nueva y más completa redacción del inciso primero del artículo 85, incorporando además un recurso de apelación en contra de las resoluciones dictadas por los Tribunales Electorales Regionales, para ser conocido por el Tribunal Calificador de Elecciones; y también se modificaba la conformación de dichos tribunales, pasando a quedar integrados por dos ministros de Corte de Apelaciones y por un abogado, con a lo menos ocho años de ejercicio de la profesión, designado por el Tribunal Calificador.

Lamentablemente, en el mensaje con que se inicia la reforma no se profundiza en los motivos que llevan a proponer las modificaciones indicadas, toda vez que la atención se centró, principalmente, en las radicales transformaciones que se introducían al Capítulo XIII, sobre Gobierno y Administración Interior. De hecho, en el numeral 13 del Mensaje, en su párrafo

¹⁷ Este último aspecto, por expresa disposición del artículo 79 de la Constitución.

segundo, se expresa que “como complemento indispensable de la reforma antes señalada, es necesario establecer normas sobre escrutinio y calificación de las elecciones de carácter gremial y de las que tengan lugar en aquellos grupos intermedios que la ley señala. Se ha estimado aconsejable proponer que esa función la desarrollen los tribunales electorales regionales, señalándose expresamente la forma en que estarán constituidos y la circunstancia de que sus resoluciones serán apelables para ante el Tribunal Calificador de Elecciones”. Nos parece que los contenidos del párrafo transcrito resultan erróneos, por cuanto la competencia de los Tribunales Electorales Regionales para conocer de las elecciones de los cuerpos intermedios ya se encontraba presente en el texto original del artículo 85 de la Carta Fundamental, y lo que se buscaba por medio de la reforma propuesta era entregar al legislador la posibilidad de ampliar esa competencia, para que pudieran conocer de elecciones realizadas en entidades que no tuvieran, precisamente, el carácter de cuerpos intermedios de la sociedad.¹⁸

En concordancia con lo anterior, la discusión parlamentaria tampoco enriqueció la historia de la reforma en estos aspectos.

En todo caso, podemos afirmar que la nueva redacción propuesta tenía por objeto ampliar la competencia de los Tribunales Electorales Regionales para, de manera específica, posibilitar su intervención en la calificación y el escrutinio de los comicios municipales. La redacción original del artículo 85, en cuanto vinculaba la actividad de los Tribunales Electorales Regionales exclusivamente al conocimiento de elecciones realizadas en cuerpos intermedios, impedía que por la simple vía legislativa se les diera competencia para calificar las elecciones municipales, obligando en consecuencia a introducir la reforma constitucional en comentario.

Sin perjuicio de lo dicho, agregaremos que el Senado rechazó los cambios en la integración de los Tribunales Electorales Regionales, por estimar que se recargaba innecesariamente la labor de los ministros de las Cortes de Apelaciones. Esta decisión fue también aprobada en la Cámara de Diputados, pero exclusivamente para no retrasar el despacho de la reforma constitucional, ya que varios de sus miembros manifestaron su discrepancia con el criterio sostenido por el Senado.

En lo tocante al recurso de apelación, la materia fue rápidamente aprobada por ambas Cámaras, sin mayor debate sobre el particular.

¹⁸ Del mensaje se dio cuenta en la sesión del Senado celebrada en fecha 4 de junio de 1991, y su texto se inserta en el anexo de documentos de la misma.

De esta manera, el inciso primero del artículo 85 de la Constitución pasó a quedar redactado de la siguiente forma:

“Habrá tribunales electorales regionales encargados de conocer el escrutinio general y la calificación de las elecciones que la ley les encomiende, así como de resolver las reclamaciones a que dieren lugar y de proclamar a los candidatos electos. Sus resoluciones serán apelables para ante el Tribunal Calificador de Elecciones en la forma que determine la ley. Asimismo, les corresponderá conocer de la calificación de las elecciones de carácter gremial y de las que tengan lugar en aquellos grupos intermedios que la ley señale”.

Cabe hacer presente que la introducción de un recurso de apelación en contra de las resoluciones de los Tribunales Electorales Regionales altera el diseño originalmente estatuido para regular la jurisdicción electoral, pasándose así de un sistema de separación orgánica plena, o, si se quiere, rígida, entre los distintos tipos de tribunales a quienes se atribuye su ejercicio, a uno de “separación flexible”, habida consideración de la facultad del Tribunal Calificador de revisar las sentencias de los Tribunales Electorales Regionales por la vía del mencionado recurso.

Es nuestra opinión que, de la actual redacción de las normas que comprende el Capítulo VIII de la Carta, no es posible desprender una relación de jerarquía entre el Tribunal Calificador y los Tribunales Electorales Regionales; pero sí estimamos que hay un principio de ella, ya que la apelación es, por definición, un recurso destinado a ser resuelto por el tribunal superior de aquel que dictó la resolución.

Para reafirmar lo expuesto podemos señalar que en el año 1994 se trabó una contienda de competencia entre el Tribunal Electoral Regional de la Octava Región del Bío-Bío y el Tribunal Electoral Regional de la Décima Región de Los Lagos, que se resolvió por el Tribunal Calificador de Elecciones sobre la base de lo preceptuado en el inciso 1° del artículo 190 del Código Orgánico de Tribunales, que, a la letra, dispone: “Las contiendas de competencia serán resueltas por el tribunal que sea superior común de los que estén en conflicto”. Señaló el Tribunal Calificador que, de acuerdo al principio de la doble instancia contenido en el artículo 85 inciso primero de la Constitución Política de la República, “debe concluirse que corresponde a este Tribunal Calificador de Elecciones obrar para estos efectos como ‘tribunal superior común’ de los tribunales electorales regionales y resolver la presente contienda de competencia” (considerando segundo de la sentencia de fecha 12 de diciembre de 1994).

Para concluir este apartado, solamente diremos que el recurso de apelación encuentra su mayor justificación en la necesidad de establecer una

segunda instancia en la calificación de las elecciones municipales, más que en la intención de perfeccionar la premisa original de establecer una justicia electoral para los cuerpos intermedios.

III. Comentarios acerca de la competencia de los Tribunales Electorales Regionales

1. Análisis de las normas constitucionales

A partir de la actual redacción del inciso primero del artículo 85 de la Constitución Política, estimamos que existen dos grandes esferas de competencia asignadas a los Tribunales Electorales Regionales.

En efecto, la primera parte de la norma les encomienda conocer el escrutinio general y la calificación de las elecciones que la ley determine, así como de resolver las reclamaciones a que dieren lugar y de proclamar a los candidatos electos.

Como puede apreciarse, esta atribución se caracteriza por dos elementos:

a) No es la naturaleza de la organización la que determina la intervención del Tribunal Electoral Regional –como era el planteamiento original del constituyente–, sino simplemente la decisión legislativa recaída sobre la materia. Es decir, la ley puede encomendar a estos tribunales el conocimiento de elecciones que se realicen en organismos que no tengan el carácter de cuerpos intermedios de la sociedad, como efectivamente ocurre en la actualidad. De hecho, lo relativo a la calificación de elecciones en los cuerpos intermedios queda suficientemente cubierto por la segunda parte del inciso primero del artículo 85, que conserva la redacción original de la norma.

b) La intervención de los tribunales es amplia, correspondiéndoles, en general, la calificación de los correspondientes procesos electorales y no sólo la resolución de controversias (reclamaciones). En consecuencia, los tribunales regionales deben intervenir de manera obligatoria para verificar que la elección se haya desarrollado en forma regular, aun cuando no exista controversia respecto de la forma en que se llevó a cabo o de sus resultados. Es un caso de competencia no contenciosa, “pues no hay, al menos inicialmente, conflicto jurídico actual entre partes”.¹⁹

¹⁹ SALAS CARCAMO, Eduardo. *Justicia Electoral para los Cuerpos Intermedios*. Seminario de Titulación, Universidad de Concepción, 1988, pág. 133. La cita dice relación con la atribución del art. 10 N° 1 de la Ley 18.593, pero resulta aplicable a la materia.

La situación más clara, que ejemplifica el ejercicio de esta amplia facultad que se entrega al legislador para encomendar la calificación de elecciones a los Tribunales Electorales Regionales, la encontramos en la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que en su artículo 117 dispone que “el escrutinio general y la calificación de las elecciones municipales serán practicados por los Tribunales Electorales Regionales, que tendrán, en cuanto les fueren aplicables, todas las facultades que se conceden al Tribunal Calificador de Elecciones en los Títulos IV y V de la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios”. En este aspecto, entonces, los Tribunales Electorales Provinciales se vinculan a los antiguos Tribunales Provinciales establecidos bajo la vigencia de la Carta de 1925.²⁰

En nuestra opinión y de acuerdo al tenor literal del artículo 85, en su inciso primero, primera parte, sólo en estos procedimientos de calificación la ley puede establecer un recurso de apelación para impugnar las resoluciones dictadas por los Tribunales Electorales Regionales, no contemplándose esta posibilidad respecto de la actuación de dichos tribunales en la resolución de reclamaciones o en la calificación de las elecciones que tengan lugar en los grupos intermedios de la sociedad.

Una segunda esfera de competencia dice relación con lo que, en su origen, determinaba la especial naturaleza de los Tribunales Electorales Regionales, es decir, la calificación de las elecciones realizadas en los cuerpos intermedios.

En efecto, corresponde a estos tribunales “conocer de la calificación de las elecciones de carácter gremial y de las que tengan lugar en aquellos grupos intermedios que la ley señale”.

La redacción del precepto da a entender que todas las elecciones de carácter gremial deben ser objeto de calificación por parte de los Tribunales Electorales Regionales, y que, respecto de los demás cuerpos intermedios, corresponde a la ley determinar la procedencia y forma de la calificación de las elecciones que se realicen a su interior.

No obstante, compartimos la opinión de Alejandro Silva al expresar que esta interpretación no parece razonable “desde que los gremios importan tan sólo una de las muchas clases de grupos intermedios, de manera que la precisión de si determinado tipo asociativo queda comprendido en el concepto de gremio requeriría una definición de lo que se entiende por

²⁰ Por mandato del artículo 104 de la Constitución de 1925, la Ley 11.860 creó la institución denominada “Tribunal Calificador de Elecciones Municipales”, que, desde el punto de vista territorial, tenía base provincial.

tal, que sólo podría hacer el legislador si recibiera un mandato expreso en tal sentido de parte del constituyente; de otra manera, la significación del término quedaría abierta a apreciaciones que en definitiva pertenecería tan sólo a la judicatura formular”, y agrega “estimamos, por lo que acaba de argumentarse, que la esfera de competencia confiada al legislador se refiere genéricamente tanto a los gremios como a los demás grupos intermedios”.²¹

En apoyo a esa interpretación, recordemos también que la idea planteada en la Comisión de Estudio fue entregar la definición específica de la competencia al legislador, a fin de evitar que los Tribunales Electorales Regionales se vieran abocados al conocimiento de todas las elecciones que pudieran tener lugar en los cuerpos intermedios.

En esta materia, la fórmula constitucional es amplia, encomendando a los Tribunales la calificación de las elecciones que tengan lugar en aquellos grupos intermedios que la ley especifique. Lo que encuadra la atribución de competencia, y por lo tanto limita la potestad del legislador, es la naturaleza de la organización cuya elección va a ser controlada por los Tribunales Electorales Regionales, que debe corresponder siempre a un cuerpo intermedio de la sociedad.

2. Desarrollo legislativo de las competencias

Como un alcance previo, cabe llamar la atención acerca de la gran cantidad de materias que, en relación con los Tribunales Electorales Regionales, se encomendaron al legislador y, más específicamente, al legislador común, lo que resulta de algún modo excepcional, toda vez que las regulaciones de desarrollo, en situaciones similares, por lo general el constituyente las deja entregadas a leyes orgánicas.

De esta manera, corresponde a la ley la especificación de las competencias, la regulación del recurso de apelación,²² el establecimiento de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, las normas sobre su regulación y funcionamiento, etc.

En el cumplimiento de este mandato se dictó la Ley N° 18.593, de 1987, denominada Ley de los Tribunales Electorales Regionales.

²¹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1997, tomo IV, pág. 347.

²² El recurso de apelación, en cuanto atribución del Tribunal Calificador de Elecciones para conocer de una causa en segunda instancia, corresponde a una materia propia del legislador orgánico.

Es precisamente en ese cuerpo legal donde deben buscarse, en primer lugar, las normas sobre competencia de estos tribunales, porque constituye un precepto matriz en la configuración completa de los mismos.

De esta manera, el artículo 10 de la Ley N° 18.593 establece que corresponde a los Tribunales Electorales Regionales:

1° Calificar las elecciones de carácter gremial y las de los grupos intermedios que tengan derecho a participar en la designación de los integrantes de los Consejos Regionales de Desarrollo o de los Consejos de Desarrollo Comunal, de acuerdo con las respectivas leyes orgánicas.

Con este objeto, los gremios y grupos intermedios a que se refiere este número deberán comunicar al Tribunal respectivo la realización de toda elección que tenga lugar en ellos, dentro de quinto día de efectuada. La contravención a esta obligación hará aplicable lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 23.

El Tribunal deberá requerir los antecedentes necesarios, dentro de décimo día, contado desde el ingreso en la secretaría del Tribunal de la comunicación aludida en el inciso anterior.

2° Conocer de las reclamaciones que se interpongan con motivo de las elecciones de carácter gremial y de las de cualesquiera otros grupos intermedios. En el caso de los grupos intermedios no comprendido en el número 1° de este artículo, la reclamación deberá ser formulada por, a lo menos, diez de sus miembros.

3° Declarar las incompatibilidades que deriven de la aplicación del artículo 23 de la Constitución Política y las inhabilidades que, de acuerdo a esa norma constitucional, establezca la ley.

4° Cumplir las demás funciones que les encomienden las leyes.

Para los efectos del presente comentario nos limitaremos exclusivamente a las competencias que dicen relación con la calificación y resolución de las reclamaciones en materia electoral.

En ese sentido podemos señalar que la ley establece dos procedimientos distintos, según el grupo intermedio de cuya elección se trate.

En numeral 1° contempla propiamente un procedimiento de calificación, obligatorio para aquellas entidades que tenían derecho a participar en la designación de los integrantes de los Consejos Regionales de Desarrollo y de los Consejos de Desarrollo Comunal.

Esta disposición, en todo caso, carece hoy día de toda aplicación, por cuanto se han suprimido los referidos Consejos. No obstante, cabe destacar el largo tiempo transcurrido sin que se haya efectuado una adecuación de la norma legal a la vigente preceptiva constitucional.

De esta manera, y ante la derogación orgánica del numeral 1°, la disposición del N° 2° del artículo 10 ha pasado a ser la regla general en materia de competencia de los Tribunales Electorales Regionales, pudiendo en este precepto destacarse las siguientes notas:

a) Como la redacción empleada es amplia, las elecciones que se realicen en cualquier grupo intermedio pueden ser objeto de reclamación ante los Tribunales Electorales Regionales.

Incluso más, a partir de lo dispuesto en el artículo 19 N° 15 de la Constitución, podemos concluir que no es necesario que la respectiva entidad goce de personalidad jurídica para que sus elecciones puedan ser conocidas por los Tribunales Electorales Regionales, por vía de reclamación. Los procesos electorales que se desarrollen en el seno de simples asociaciones de hecho también pueden ser impugnados conforme al artículo 10 N° 2° de la ley en comentario.²³

La única exclusión, de carácter general, se contempla en el artículo final de la ley, al establecerse que sus disposiciones “no se aplicarán a las personas jurídicas que persigan fines de lucro, las que seguirán rigiéndose por sus respectivas leyes y estatutos”.

Cabe agregar que la distinción entre gremios y otros cuerpos intermedios, que se contiene en la norma, carece de mayor significación jurídica en la materia que nos ocupa, denotando sólo una especial preocupación del legislador por la importancia que históricamente han tenido las elecciones gremiales en nuestro país, pero sin que ello implique alguna diferencia en el tratamiento de las reclamaciones que pudieran intentarse. Ello, por cuanto los gremios son una forma asociativa que corresponde al carácter genérico de cuerpo intermedio; existiendo entre los gremios y los cuerpos intermedios una relación de género a especie.

b) No se establece un procedimiento de calificación de elecciones, sino sólo la competencia de los Tribunales Electorales Regionales para conocer y resolver las reclamaciones que se interpongan en relación con una elec-

²³ Sobre este punto ver también el artículo de doña Luz BULNES ALDUNATE, titulado “Consideraciones constitucionales sobre Tribunales Electorales Regionales”, publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 10, año 1986, páginas 289 y ss.

ción celebrada en un grupo intermedio. Es decir, el tribunal sólo va a actuar cuando sea requerido por parte interesada. Estamos en presencia, propiamente, de una competencia contencioso-electoral.

En todo caso, de acuerdo al inciso final del artículo 10, la resolución de las reclamaciones "comprenderá también el conocimiento de cualquier vicio que afecte la constitución del cuerpo electoral o cualquier hecho, defecto o irregularidad que pudiera influir en el resultado general de la elección o designación, sea que haya ocurrido antes, durante o después del acto eleccionario de que se trate". Así, requerida la intervención del Tribunal, éste no queda circunscrito exclusivamente a juzgar la ocurrencia del vicio invocado, sino que puede y debe analizar el proceso electoral en su integridad y pronunciarse sobre cualquier otra irregularidad que, según su entender, haya tenido influencia en los resultados.

Una pregunta que podemos formularnos es si procede el recurso de apelación en contra de las resoluciones que dicten los Tribunales Electorales Regionales al conocer alguna de estas reclamaciones.

Nos parece que la respuesta a esa interrogante es negativa. En primer lugar, y como ya enunciaríamos anteriormente, porque el tenor literal del artículo 85 de la Constitución circunscribe la apelación sólo a aquellos procedimientos de calificación que la ley determine y, en nuestro concepto, fuera del ámbito específico de los cuerpos intermedios. Según se comentara, la primera parte del inciso primero del artículo 85 se explica sólo si se le refiere a elecciones en organismos que no tienen el carácter de cuerpos intermedios, ya que estos últimos se encuentran expresamente considerados en la parte final del mismo inciso.

Además, cuando la Comisión de Estudio analizó la calificación de las elecciones en los cuerpos intermedios rechazó la posibilidad de establecer una doble instancia en la materia, y en cuanto la parte final del inciso primero del artículo 85 de la Constitución corresponde a la primitiva redacción de la norma, entendemos que el criterio expuesto se mantiene vigente a ese respecto.

Por otra parte, la Ley N° 18.593 no contempla el mencionado recurso, ni de manera general ni para ciertas materias específicas.

Incluso más, nos parece que el legislador no se encontraría facultado para establecer un recurso de apelación en los procedimientos de calificación de elecciones que se realicen en cuerpos intermedios, puesto que no se encontraría constitucionalmente facultado para ello.

No obstante la opinión anterior, debemos hacer presente que la ley ha incorporado la apelación en el procedimiento electoral aplicable a las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias, según tendremos oportunidad de comentar más adelante.

Otras normas legales sobre competencia

El principal texto en este aspecto lo constituye la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que otorga competencias a los Tribunales Electorales Regionales en las siguientes materias:

a) En la declaración de la mayoría de las causales de cesación en el cargo de alcalde.

De acuerdo al artículo 60 de la Ley de Municipalidades, corresponde al Tribunal Electoral Regional declarar que un alcalde debe cesar en su cargo en razón de haber perdido la calidad de ciudadano; o cuando le afecte una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente; o, por último, cuando deba ser removido por impedimento grave, por contravención de igual carácter a las normas sobre probidad administrativa o por notable abandono de sus deberes. Sólo no está afecta a esta declaración la renuncia al cargo por motivos justificados.

b) En la declaración de la mayoría de las causales de cesación en el cargo de concejal.

En términos similares a los anteriores, el artículo 77 de la ley encomienda a los Tribunales Electorales Regionales declarar la circunstancia de haberse configurado una causal de cesación en el cargo de concejal, salvo el caso de la renuncia por motivos justificados.

c) En el proceso electoral municipal.

En efecto, y según el artículo 114 de la citada ley, los partidos políticos y los candidatos independientes podrán reclamar, ante el Tribunal Electoral Regional respectivo, en contra de la resolución del Director Regional del Servicio Electoral que acepta o rechaza las candidaturas que hubieren sido declaradas.

Además, en los artículos 117 y siguientes de la misma norma legal, se encomienda a los Tribunales Electorales Regionales el escrutinio general y la calificación de las elecciones municipales, comprendiéndose el conocimiento y resolución de las reclamaciones de nulidad y de las solicitudes de rectificación de escrutinios, y la proclamación de los candidatos elegidos.

En el mismo artículo 117, en su inciso segundo, se dispone que las resoluciones que dicten los Tribunales Electorales Regionales, en el marco de competencia que les confiere la Ley de Municipalidades, serán apelables para ante el Tribunal Calificador de Elecciones. No obstante su ubicación en materia específica de calificación de elecciones, la redacción genérica de la norma nos lleva a concluir que el referido recurso procede en forma amplia, respecto de las resoluciones dictadas por estos Tribunales en el ejercicio de cualesquiera de las atribuciones de la Ley 18.695 les encomienda.

Al margen de lo señalado, debe hacerse presente que la calificación de los plebiscitos comunales no ha quedado entregada a los Tribunales Electorales Regionales, sino al Tribunal Calificador de Elecciones. Ello nos parece un despropósito, que debiera corregirse, si consideramos que la calificación y el escrutinio de las elecciones municipales son de competencia de los primeros, según ya hemos señalado, y que los actos plebiscitarios comunales, por regla general, carecerán de una trascendencia tal que justifique la intervención del Tribunal Calificador de Elecciones.

Otra norma legal que resulta interesante destacar es la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, que atribuye competencia a los Tribunales Electorales Regionales en diversos asuntos, a saber:

a) Respecto de los Consejos Económicos y Sociales Provinciales.²⁴

Para poder participar en la elección de los miembros de este Consejo, las entidades que señala la ley deben inscribirse, por estamentos, en un registro público que con ese objeto llevará el Conservador de Bienes Raíces que tenga a su cargo el Registro de Propiedad y cuya sede corresponda a la capital de la provincia. Entre otros antecedentes, se debe acompañar un listado de los miembros activos de la respectiva entidad, sean personas naturales o jurídicas. Ahora bien, cualquier organismo cuya inscripción hubiere sido rechazada o que hubiere sido omitido en la lista con posterioridad a su inscripción, o que objete la inscripción de otra organización, podrá reclamar ante el Tribunal Electoral Regional. Igual reclamo pueden intentar las personas que hubieren sido excluidas del listado de miembros activos de una organización (art. 56).

También corresponde a los Tribunales Electorales Regionales declarar quiénes han resultado elegidos como miembros titulares y suplentes en el respectivo Consejo Económico y Social Provincial –resolviendo mediante sor-

²⁴ No nos ha parecido pertinente extendernos sobre la naturaleza y funciones de estos consejos, así como sobre el detalle de la forma de designación de sus miembros. La materia, en todo caso, se encuentra regulada en el párrafo cuarto del capítulo II de la Ley N° 19.175, artículos 48 y ss.

teo los empates que se hubieren producido-, y conocer de las reclamaciones que se deduzcan (art. 670).

Además les compete declarar las causales de cesación en el cargo que afecten a los miembros del Consejo (art. 52).

Cabe señalar que, no obstante la importante intervención de los Tribunales Electorales Regionales en la constitución de los Consejos Económicos y Sociales Provinciales, no estamos propiamente en presencia de un procedimiento de calificación de la elección. Según la letra de la ley, la única intervención de oficio de los Tribunales dice relación con la declaración de los candidatos electos, sin que se establezca la obligación de revisar la regularidad del proceso, a menos que se interponga una reclamación.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de los órganos electorales ha entendido estas atribuciones en forma más amplia, equivalente a un procedimiento de calificación. En efecto, se ha sostenido que "resulta incontestable que a este Tribunal concierne, conforme a la Constitución y la ley, analizar la regularidad, pureza y legalidad de la elección de los miembros del Consejo Económico y Social Provincial (...), en todas sus fases, sean previas, coetáneas o posteriores al acto electoral".²⁵

b) Respecto de los Consejos Regionales.

b.1) En la elección de los consejeros regionales.

Es de competencia de los Tribunales Electorales Regionales conocer de las reclamaciones que se intenten contra la resolución del Director Regional del Servicio Electoral que fija el número de consejeros regionales que corresponde elegir a cada provincia.

También deben designar, por sorteo, de entre los concejales de la provincia, a los miembros de la mesa que dirigirá la elección de consejeros regionales, y a sus suplentes, y determinar el local en que se instalará el colegio electoral.

Además, estos Tribunales deben resolver, mediante sorteo, las situaciones de empate que se produjeran entre dos o más listas, o de dos o más candidatos al interior de ellas, en el curso de la elección.

²⁵ Sentencia del Tribunal Electoral Regional de la Octava Región del Bío-Bío, de 29 de julio de 1993, considerando 7°. Hay voto disidente del miembro titular Sr. Julio Salas, que estuvo por una interpretación más restrictiva de las normas. Esta causa fue conocida por el Tribunal Calificador de Elecciones, por vía de apelación, quien sostuvo un criterio ecléctico, aunque también en la línea de una calificación del proceso electoral, y que, por su especificidad, comentaremos en otra oportunidad.

Por último, les corresponde calificar las elecciones de consejeros regionales, resolver las reclamaciones y efectuar las rectificaciones a que ellas dieren lugar.

La sentencia que dicte el Tribunal Electoral Regional en este procedimiento de calificación será apelable para ante el Tribunal Calificador de Elecciones (art. 94).

b.2) En materia de cesación en el cargo de los consejeros regionales.

Según el artículo 41 de la ley, las causales de cesación en el cargo que pueden afectar a un consejero regional, con excepción de la renuncia por motivos justificados, deben ser declarada por el Tribunal Electoral Regional respectivo.

El artículo 105 de la Ley N° 19.175, dispone en forma genérica que las resoluciones dictadas por los Tribunales Electorales Regionales pueden ser apeladas para ante el Tribunal Calificador de Elecciones. Es decir, cualquier resolución dictada por estos tribunales regionales, en el ejercicio de las atribuciones que esa normativa legal les confiere, puede ser impugnada por vía de apelación.

Nos parece demasiado amplio el precepto indicado, toda vez que hay resoluciones sobre materias que, por su interés o trascendencia, no justifican la intervención del Tribunal Calificador de Elecciones; v. gr., la determinación del local donde funcionará el colegio electoral o, incluso, la determinación del número de consejeros que corresponde elegir a cada provincia, ya que en este último caso, el Tribunal Electoral Regional actúa como una segunda instancia respecto de lo que previamente ha resuelto el Director Regional del Servicio Electoral. Hubiese sido preferible, en nuestro concepto, que para cada caso en particular se estableciera en la ley la procedencia del recurso de apelación, modalidad que se emplea en el artículo 94 de la ley en comentario.

Para concluir esta breve reseña de normas legales atinentes al punto en comentario, nos parece forzoso hacer una referencia a la Ley N° 19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias, distinguiendo las siguientes materias:

a) Elecciones.

De acuerdo al artículo 25 de la ley citada, corresponde a los Tribunales Electorales Regionales conocer y resolver las reclamaciones que cualquier vecino afiliado a la organización presente, dentro de los quince días si-

guintes al acto eleccionario, respecto de las elecciones de las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias, incluida la reclamación respecto de la calificación de la elección.

Cabe hacer notar que, en estas elecciones, el Tribunal conoce sólo por vía de reclamación, ya que la calificación de las mismas está entregada a una comisión electoral, que obligatoriamente debe contemplarse en los estatutos.²⁶

Se agrega que la sentencia que resuelva la reclamación es apelable para ante el Tribunal Calificador de Elecciones.

Nos parece que este recurso, establecido en el artículo 25 de la Ley 19.418, no se ajusta al sentido de la preceptiva constitucional, puesto que, como ya expusimos anteriormente, entendemos que el legislador puede autorizar la apelación sólo respecto de procesos electorales que tengan lugar en organizaciones que no puedan ser calificadas como grupos intermedios. Como queda claro de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 85 de la Carta Fundamental, uno de los principios adoptados por el constituyente originario, y que en nuestro entendimiento no se altera por la reforma del año 1991, fue reservar el conocimiento de las cuestiones electorales relacionadas con los cuerpos intermedios de la sociedad, de manera exclusiva, a los Tribunales Electorales Regionales, negando la intervención del Tribunal Calificador en estas materias. Este principio no se rompe con la participación de este último como segunda instancia en ciertos procedimientos vinculados a las Municipalidades, a los Consejos Regionales y a los Consejos Económicos y Sociales Provinciales, por cuanto estas entidades no tienen el carácter de cuerpos intermedios de la sociedad; pero sí se altera, de manera sustancial, al otorgar competencia al Tribunal Calificador para, por vía de apelación, conocer de reclamaciones en los procesos electorales de las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias.²⁷

Por otra parte, y según también se refirió, en estos procedimientos hay un primer control a cargo de la comisión electoral respectiva, que efectúa la calificación de la elección, y un segundo control a cargo de los Tribunales Electorales Regionales, por vía de reclamación. En ese contexto, entonces,

²⁶ El artículo 10 de la ley contempla, en su letra k), la obligación de establecer en los estatutos esta comisión electoral, a cargo de la organización y dirección de las elecciones internas. Según la misma norma, "corresponderá a esa comisión velar por el normal desarrollo de los procesos eleccionarios y de los cambios de directorio, pudiendo impartir las instrucciones y adoptar las medidas que considere necesarias para tales efectos. Asimismo, le corresponderá realizar los escrutinios respectivos y custodiar las cédulas y demás antecedentes electorales, hasta el vencimiento de los plazos legales establecidos para presentar reclamaciones y solicitudes de nulidad. A esta comisión le corresponderá además la calificación de las elecciones de la organización".

²⁷ En todo caso, el Tribunal Constitucional conoció de los artículos 25, 35 y 37 del proyecto de ley, y los declaró constitucionales.

la intervención del Tribunal Calificador como un tercer sistema de control, aparece excesiva e innecesaria.

b) Disolución de la organización.

La ocurrencia de una causal de disolución, con excepción de la disolución por propio acuerdo de la asamblea, debe ser declarada mediante decreto alcaldicio fundado, el cual puede ser reclamado ante el Tribunal Electoral Regional que corresponda.²⁸

c) Uniones comunales.

De acuerdo a la Ley N° 19.418, en su artículo 54, a las uniones comunales de juntas de vecinos y de organizaciones comunitarias funcionales les resultan aplicables las normas contenidas en los títulos III (Del patrimonio) y IV (Disolución), y los artículos 22, 23 y 24. Es decir, y sólo en lo que nos interesa, el decreto alcaldicio que disponga la disolución de alguna de estas entidades es reclamable ante el Tribunal Electoral Regional que corresponda.

Sin embargo, a las uniones comunales no se les hace expresamente aplicable el artículo 25 de la ley, que regula las reclamaciones contra las elecciones que se realizan en las organizaciones comunitarias.

Una primera interpretación nos podría llevar a concluir que, frente al silencio del legislador, las elecciones en las uniones comunales no son impugnables ante la judicatura electoral. Sin embargo, nos parece que, no obstante la omisión indicada, en la especie sería directamente aplicable el artículo 10 N° 2 de la Ley N° 18.593 y, en consecuencia, tales elecciones podrían ser igualmente reclamables, aunque con una base normativa distinta. Podemos agregar que, en esta situación, no cabría recurso de apelación para ante el Tribunal Calificador de Elecciones, por cuanto la referida Ley N° 18.593 no lo contempla.

²⁸ Las disposiciones pertinentes señalan: Art. 34. Las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias podrán disolverse por acuerdo de la asamblea general, adoptado por la mayoría absoluta de los afiliados con derecho a voto. Art. 35 Las juntas de vecinos y las demás organizaciones comunitarias se disolverán: a) Por incurrir en alguna de las causales de disolución previstas en los estatutos; b) Por haber disminuido sus integrantes a un porcentaje o número, en su caso, inferior al requerido para su constitución, durante un lapso de seis meses, hecho este que podrá ser comunicado al secretario municipal respectivo por cualquier afiliado a la organización, o c) Por caducidad de la personalidad jurídica, de acuerdo con lo establecido en el inciso 5° del artículo 8°. Art. 36 La disolución a que se refiere el artículo anterior será declarada mediante decreto alcaldicio fundado, notificado al presidente de la organización respectiva, personalmente o, en su defecto, por carta certificada. La organización tendrá derecho a reclamar ante el tribunal electoral regional correspondiente, dentro del plazo de treinta días contado desde la notificación.

IV. Consideraciones finales

Ya hemos señalado, en el cuerpo de este artículo, algunas de las principales reflexiones que nos suscita el tema en comentario. Sin perjuicio de ello, estimamos oportuno reforzar algunos de esos comentarios.

En efecto, tal vez la principal conclusión a que podemos arribar dice relación con la modificación del concepto sobre el cual se asentó, originalmente, el sistema de justicia electoral. De dos ámbitos competenciales claramente diferenciados –uno político, a cargo del Tribunal Calificador de Elecciones, y otro relativo a los cuerpos intermedios, entregado a los Tribunales Electorales Regionales–, se ha pasado a una definición de competencias más flexible, con atribuciones asumidas, en muchos casos, por ambas estructuras jurisdiccionales, aunque en instancias distintas.

La necesidad de calificar las elecciones municipales –proceso electoral que el constituyente originario no tuvo en consideración–, obligó a revisar el sistema y a buscar una solución apropiada a esa nueva exigencia.

A partir de ello, los Tribunales Electorales Regionales se abren al conocimiento de procesos realizados en órganos que no tienen el carácter de cuerpos intermedios, perdiendo así parte de su especificidad inicial. De hecho, al analizar las distintas leyes aplicables, queda de manifiesto que es precisamente fuera del ámbito de los cuerpos intermedios donde estos tribunales tienen un mayor desarrollo de sus competencias.

No obstante lo dicho, nos parece que, dentro de las alternativas posibles, entregar a los Tribunales Electorales Regionales la calificación de las elecciones de concejales y de consejeros regionales constituyó la decisión más acorde con nuestro sistema institucional, toda vez que no habría tenido justificación alguna la creación de un nuevo órgano jurisdiccional encargado de esas materias, ni habría resultado conveniente su atribución directa al Tribunal Calificador de Elecciones o a la justicia ordinaria.

Lo que sí estimamos objetable es la ampliación de la competencia del Tribunal Calificador de Elecciones para conocer, por vía de apelación, de cuestiones relacionadas con elecciones en cuerpos intermedios, porque la importancia de esos procedimientos no justifica la intervención de un órgano de carácter nacional y porque, además, los Tribunales Electorales Regionales dan suficientes garantías para el conocimiento y resolución de los conflictos que se pueden dar en ese ámbito. Como

señala la profesora Luz Bulnes, al tratarse de tribunales colegiados no cabe sostener la improcedencia de un conocimiento en única instancia.²⁹

Por último, también quisiéramos hacer presente que, en nuestra opinión, no se ha sabido sacar el adecuado provecho de la institucionalidad creada en el campo de la justicia electoral para los cuerpos intermedios. En parte, por un desconocimiento entre los interesados y, por qué no decirlo, también entre los abogados, respecto de la competencia de que gozan los Tribunales Electorales Regionales en la materia. En parte, igualmente, porque en ocasiones los conflictos de orden electoral, al seno de un cuerpo intermedio, han buscado solución por la vía del recurso de protección, garantía ampliamente conocida y con extenso desarrollo jurisprudencial.³⁰

²⁹ BULNES ALDUNATE, Luz. Artículo citado, pág. 301.

³⁰ Permítasenos un solo ejemplo para ilustrar este aserto. En 1999 se produjo una elección en un Centro de Alumnos de la Universidad del Bío-Bío, en la que participaron tres listas. Conocidos los resultados, ninguna de las listas obtuvo la mayoría absoluta, por lo que procedía una segunda vuelta. El organismo estudiantil encargado del proceso (TRICEL) convocó a una nueva votación a las mismas tres listas. Uno de los candidatos estimó que con este proceder se estaba realizando, en la práctica, una segunda vuelta electoral en la que, probablemente, se repetiría el resultado de la primera votación y, con ello, se favorecería a la candidatura que había obtenido la primera mayoría relativa, afectándose el principio de igualdad ante la ley. Interpuesto recurso de protección contra la resolución del TRICEL, la Corte de Apelaciones lo acogió y ordenó que se realizara una nueva segunda votación, circunscrita a las dos listas que habían obtenido las primeras mayorías relativas (rol N° 367-99, de la I. Corte de Apelaciones de Concepción).

Evolución (o involución) de la Constitución Política de la República a 20 años de su promulgación.

Notas sobre las reformas a la Carta del 80

Eduardo Andrades Rivas

Profesor de Historia del Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN

"Y es que jamás puede olvidarse que la Constitución, y especialmente sus bases de la institucionalidad, está escrita en clave cristiana, de acuerdo con nuestras tradiciones y con nuestra idiosincrasia, en donde todavía resuena con fuerza la voz divina: "no he venido a ser servido sino a servir", "el que quiera ser el primero sea el servidor de todos".

Quien encaramado en el poder no entiende esto, no sirve; no está "al servicio de la persona humana"; vulnera la Constitución; envilece y corrompe el derecho, y, lo que es peor aún, destruye la convivencia. Con razón nuestros más antiguos textos fundamentales pudieron decir que "rey eres si rectamente procedes"; "si así no procedes, rey no eres"."¹

Introducción

Transcurrido apenas un poco más de un lustro desde que el maestro Soto Kloss pronunciara estas graves palabras en la inauguración de las XXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público,² la penetrante visión que ellas contienen ha adquirido entre nosotros toda su significación: La Carta del 80 no es ni ha sido el inmovible bloque de granito contra el que se estrellen las oleadas de la ignorancia jurídica o la conveniencia política del más bastardo origen. Antes bien, cual delicada hoja de papel de arroz, ha debido sortear con increíble pero frágil fortuna algunos ataques que amenazan pulverizarla y con ella al "ordo" político que se pretendió fundar por el Constituyente del año 1980.³ Y es que mientras no se tenga claro que el

¹ Cfr. Soto Kloss, Eduardo. *La Servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad*. En *REVISTA DE DERECHO PÚBLICO*, N° 57/58, enero-diciembre, 1995, páginas 26 y 27.

² Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

³ Cuestión, esta última, que algunos autores ponen en duda. Ver Bravo Lira, Bernardino, *Régimen de Gobierno y Partidos Políticos en Chile, 1924-1973*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, págs. 190 y 191. En su obra escrita hace ya más de 15 años el profesor Bravo nos recuerda que incluso la Carta de 1925 nada nuevo estableció en materia de régimen político, sino que restableció el esquema partidista con un Congreso dominado por las fuerzas políticas, cuestión similar a lo que ha sucedido desde la vigencia plena de la Carta de 1980. En similar sentido y del mismo autor, ver *Por la razón o la fuerza, el Estado de Derecho en la historia de Chile*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996. Además cfr. Millar Carvacho, René, *Desarrollo y ocaso de un régimen de gobierno*, en *Revista Humanitas*, Revista de antropología y cultura cristiana, N° 23, año VI, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, págs. 427 a 440.

“pathos” debe seguir a un determinado “ethos”, no se comprenderá que el Orden Político ha de estar fundado en unos principios claros y enraizados en nuestra genuina tradición. Al parecer Portales⁴ lo vio mucho más claro que nosotros, ciertamente desconcertados hombres del siglo XXI.

El propósito de esta breve exposición es clarificar si es que ha existido una verdadera “evolución” de las normas contenidas en la Carta Fundamental de 1980 profusamente reformada a lo largo de 20 años de vigencia. O si por el contrario estas reformas no han hecho sino desnaturalizar el régimen político que se pretendió instaurar con su dictación. Existen al respecto serias dudas de que sea posible hablar de un avance de la Carta Fundamental en materia de principios luego de sus numerosas reformas.

Desde luego está el hecho, que no puede sino resultar paradójico o al menos curioso, del número de reformas que ha experimentado la Constitución Política desde la entrada en vigencia plena de sus disposiciones permanentes. Desde el 17 de agosto de 1989, fecha de la primera y más importante de las reformas, la Carta del 80 ha sido reformada en un total de 15 oportunidades, más una ley interpretativa y un proyecto de reforma que casi de seguridad se transformará en ley.⁵ Es decir, se han dictado casi 1,5 reformas por año. Y eso debería resultar sorprendente para quien se haya interesado en el debate acerca de los quórum constitucionales y diversos requisitos que deben cumplirse para proceder a la reforma. Pareciera que “no ha faltado voluntad política”⁶ para modificar la carta, pese a lo “engorroso” del sistema de reforma (calificativo tan frecuente en los críticos de la misma).

En verdad la experiencia indica que cuando se reúnen las necesidades con

⁴ En efecto, la genialidad política del Ministro, creador de la República, al decir de Encina, consistió en saber interpretar como nadie más en su época, a las fuerzas con que contaba la patria en su momento y a las auténticas necesidades del naciente Estado. La Constitución de 1833 resultante fue entonces una criatura que nada tenía de nuevo, sino que respondía a la necesidad de reinventar lo que el pueblo ya había descubierto mucho antes, la necesidad de un orden político que garantizase el progreso y la estabilidad jurídica. Cfr. **Silva Castro, Raúl**, *Ideas y Confesiones de Portales*, Editorial del Pacífico S.A., Santiago, 1954, pág. 15; en similar sentido **Edwards Vives, Alberto**, *La Fronda Aristocrática en Chile*, Editorial Universitaria, Santiago, decimocuarta edición, Santiago, 1997, págs. 59 a 76; **Carrasco Delgado, Sergio**, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1983, pág. 61, **Guzmán Brito, Alejandro**, *Portales y el Derecho*, Editorial Universitaria, Santiago, 1988, pág. 42, y **Bravo Lira, Bernardino** (compilador), *Portales, el hombre y su obra, la consolidación del gobierno civil*, “Portales y el tránsito del absolutismo ilustrado al estado constitucional en Chile”, Editorial Jurídica de Chile, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1989, págs. 342 a 365.

⁵ Nos referimos a la iniciativa que elimina la censura cinematográfica, aprobada por el Congreso Pleno el 01 de agosto de 2001.

⁶ La existencia o no de esta “voluntad” ha sido reiteradamente invocada por los críticos del régimen constitucional para fundar la necesidad de cambios “más profundos” al mismo. Como simple ejemplo de lo indicado, ver, entre otros, **Aylwin Azócar, Patricio**, *El Mercurio*, Cuerpo C, página C-3, edición del 23 de julio de 1999.

los intereses políticos y estos son compartidos por las mayorías políticas presentes en el Parlamento, de nada valen los altos quórum o los requisitos agravados para proceder al cambio. El recurso a las dificultades para modificar una normativa legal o constitucional ha sido esgrimido en numerosas oportunidades en nuestra historia republicana y por los más diversos autores, pero la práctica nos enseña que ello no pasa de ser un aserto más bien elusivo para esconder la falta de acuerdo acerca de la reforma.⁷

Las reformas a la Carta de 1980

Con el objeto de hacer una exposición didáctica y ordenada de las leyes de reformas y analizar brevemente si ellas responden al contenido axiológico y principios originales de la Carta del 80, las agruparemos en las siguientes categorías, cada una de las cuales será seguida de un breve comentario acerca de su orientación general:

I. Una reforma miscelánea y de contenido múltiple

1. **Ley 18.825** (Diario Oficial de 17 de agosto de 1989) Gobierno del Presidente Augusto Pinochet Ugarte.

Se dictaron un total de 54 reformas de carácter amplio y misceláneo a distintos capítulos de la Constitución. Es sin duda la más importante de las reformas hasta ahora dictadas, tanto por la entidad de las alteraciones que introdujo en la Constitución como por su elevado número. Las materias más importantes que trata son:

a) Bases de la Institucionalidad: Se agrega una oración al Art. 5° sobre respeto de los derechos humanos consagrados en la Constitución y tratados vigentes y ratificados, como límite de la soberanía. No es aventurado indicar que ésta ha sido una de las reformas más polémicas que se han

⁷ Con motivo de la presentación al Congreso Nacional de un proyecto de reforma a la Carta de 1925, por parte del Presidente Jorge Alessandri Rodríguez el 7 de julio de 1964 y de una iniciativa por propiciar la reelección del Primer Mandatario, uno de los propios senadores partidarios del gobierno del citado presidente esgrimía el recurso de la falta de tiempo y de las dificultades propias de la reforma para excusarse de tramitar el proyecto. Años más tarde el llamado "Estatuto de Garantías Democráticas" transformado en ley en escasos meses desmintió por completo lo indicado. Cfr. *Alessandri, su pensamiento constitucional, reseña de su vida pública*, Editorial Jurídica de Chile, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1987, pág. 76. Incluso en nuestros días hemos asistido con verdadero estupor a la dictación de una ley de conveniencia con el objeto de salvar una omisión inexcusable de uno de los partidos políticos oficialistas en su inscripción de candidaturas parlamentarias. Y mediante la tramitación en 8 horas de un proyecto de ley aprobado en medio de un debate verdaderamente escandaloso que cubre de oprobio a nuestro Parlamento.

introducido a la Carta del 80. La enorme repercusión de esta enmienda ha sido estudiada largamente.⁸ El debate se ha centrado mayormente en determinar la jerarquía normativa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile. Recientemente (el año 2000) el Tribunal Constitucional ha declarado que ellos tienen simple rango legal, pero fue necesario un debate de más de 5 años para llegar a esta inicial respuesta del máximo órgano constitucional al respecto. Pero no deja de resultar curioso apuntar un aspecto no siempre destacado: el contenido profundamente positivista de la redacción del nuevo inciso del artículo 5°. Podrá indicarse que lo que se busca es fomentar el respeto de los derechos humanos, pero la verdad es que la redacción nos lleva a considerar esta reforma como un agregado muy difícilmente compatible con la aserción “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” que el comisionado Jaime Guzmán introdujera en la redacción de la Carta original.

- b) Se deroga el Art. 8° sobre defensa de la democracia (sus normas sobreviven con otra redacción en el Art. 19 N° 15). Resulta clarísimo que esta derogación no guarda relación con el propósito original de la Carta en el sentido de establecer un régimen político de pluralismo limitado.
- c) Nacionalidad y ciudadanía: modificaciones de forma.
- d) Derechos fundamentales: reformas en materias del Art. 19 N°s 12, 15, 26.
- e) Presidente de la República: Disposiciones sobre vacancia del cargo, elimina disolución de la Cámara,⁹ modifica facultades de estados de excepción.
- f) Congreso Nacional: rebaja requisito de residencia para parlamentarios, de 3 a 2 años.
- g) Tribunal Constitucional, Poder Judicial, FF.AA, Consejo de Seguridad Nacional: Se substituye “representar”, por “hacer presente”.

⁸ La enumeración de los debates resulta excesiva. Simplemente por vía ejemplar: Ver *XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, tres tomos, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1995, *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, tres tomos, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2000, *Revista Ius et Praxis, Derecho en la Región*, Universidad de Talca, año 4, N° 1, Talca, 1998; *Actualidad Jurídica N° 1*, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2000: en el primer número de nuestra revista se contiene el detalle de un interesante diálogo entre los profesores Pablo Rodríguez Grez y Ximena Fuentes y Luis Valenzuela. El asunto ha alcanzado altas cotas de politización, pero igualmente ha permitido clarificar muchos conceptos demasiado tajantes que la interpretación del nuevo artículo 5° sugirió en un primer momento.

⁹ Al respecto ver **Andrades Rivas, Eduardo**, *Notas en torno a dos instituciones del presidencialismo chileno*, *XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, en *Revista de Derecho*, Valparaíso, 1995, págs. 303 a 317.

h) **Reforma Constitución:** Se cambian las normas simplificando trámites y establece dos procedimientos, uno normal y otro agravado.

Esta innovación hizo posible la tramitación de numerosos proyectos de reforma constitucional transformados en ley posteriormente.

i) **Disposiciones transitorias:** Divide 6 regiones (V, VII, VIII, IX, X y Metropolitana) en dos circunscripciones senatoriales, rebaja a 4 años el primer periodo presidencial democrático. Deroga mecanismo de reemplazo en caso de vacancia de cargos de senadores institucionales.

II. Reformas que profundizan o concuerdan con los propósitos originales de la carta de 1980

Del catálogo que se indicará sólo es posible citar:

2. **Ley 19.526** (Diario Oficial de 17 de noviembre de 1997). Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

Ley que reforma la Administración Municipal concediendo más atribuciones a los municipios, como la constitución de asociaciones de municipios, la facultad de crear o suprimir empleos y funciones y fijar remuneraciones, en una tendencia a la configuración de mayor autonomía de los "gobiernos municipales".

Ciertamente, el constituyente del año 1980 propendió a consagrar la mayor autonomía de los llamados gobiernos locales, aun cuando su estructura original era muy diversa.

III. Reformas que contrarían directamente los propósitos originales de la carta de 1980

3. **Ley 19.055** (Diario Oficial de 1° de abril de 1991). Gobierno del Presidente Patricio Aylwin Azócar.

a) Sólo se permite al Presidente de la República indultar a delincuentes terroristas conmutando pena de muerte por presidio perpetuo (Art. 9°)

b) Además puede conceder indultos amplios a delincuentes terroristas (delitos cometidos entre 11-9-73 al 11-3-90), (Art. 31 transitorio). Se en vía oficio reservado al Senado.

c) La Ley que concede amnistía o indulto general a delincuentes terroristas debe ser aprobada por 2/3 de los miembros en ejercicio de las cámaras.

La referida ley fue dictada en medio de gran revuelo público. El gran opositor a su dictación, senador Jaime Guzmán Errázuriz, fue alevosamente asesinado días después de su aprobación. Sus asesinos aún escapan a la justicia. Es clarísimo que esta reforma rompió el claro contenido original de la Carta, que buscaba establecer un sistema de fuerte reacción en contra del terrorismo.

4. **Ley 19.097** (Diario Oficial de 12 de noviembre de 1991). Gobierno del Presidente Patricio Aylwin Azócar.

a) Modifica el sistema de gobierno regional estableciendo consejos regionales presididos por el intendente.

b) Modifica las administraciones comunales estableciendo la elección popular de alcaldes y concejales.

Aun cuando el primer punto es un claro avance en el proceso de regionalización, el segundo vino a desnaturalizar el sistema de elección indirecta corporativa consagrado inicialmente en la Constitución en la forma de Codecos (Consejos de Desarrollo Comunal) y Coredes (Consejos Regionales de Desarrollo). Se volvió entonces a la representación política inorgánica desechando la experiencia de la representación orgánica intentada por el constituyente.

5. **Ley 19.295** (Diario Oficial de 4 de marzo de 1994). Gobierno del Presidente Patricio Aylwin Azócar.

Disminuye el periodo presidencial de 8 a 6 años. No modifica normas de reemplazo ni período parlamentario. Se publica luego de elegido el Presidente por 8 años, sólo una semana antes de asumir. Contraría el principio del régimen presidencial reforzado, que es el deseado por el constituyente al consagrar un término más dilatado, como son los 8 años.

La aprobación de esta ley, tramitada en medio de una frivolidad legislativa casi increíble, ha motivado un efecto no deseado: las elecciones parlamentarias y presidenciales no coincidirán en su realización, con lo cual se abre nuevamente la posibilidad del bloqueo institucional al ser elegido el Presidente y el Congreso por mayorías distintas. Además se ha producido el efecto secundario de saturar el calendario: la periodicidad y frecuencia de las elecciones de la más variada índole, desde municipales hasta presiden-

ciales, provoca que, al menos, tengamos períodos electorarios separados por un año o menos. Además queda pendiente el tema de la incompatibilidad del período presidencial de 6 años con las normas de reemplazo del Presidente en el caso de vacancia anticipada del cargo diseñadas y vigentes hoy para durar hasta 7,5 años.

6. Ley 19.541 (Diario Oficial de 22 de diciembre de 1997). Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

Reforma el sistema de designación de ministros de la Corte Suprema:

- a) Agrega la ratificación del Senado (por 2/3 de los miembros en ejercicio) al candidato designado por el Presidente de la quina que propone la Corte Suprema.
- b) Cinco miembros de la Corte Suprema deben ser abogados externos al poder judicial.
- c) Aumenta ministros de 17 a 21.
- d) En caso de acogerse recurso de queja, la Corte está obligada a aplicar sanciones.
- e) Normas transitorias: Se deroga inamovilidad vitalicia de actuales miembros de tribunales superiores.

No se consideró en su tramitación la posibilidad de introducir criterios o prejuicios políticos en la elección de los magistrados. Desgraciadamente este problema ya se ha presentado con las recientes elecciones o vetos a candidatos a la Corte Suprema.¹⁰

7. Ley 19.611 (Diario Oficial de 16 de junio de 1999). Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

Modifica los Arts. 1° y 19 N° 3: Igualdad constitucional de sexos.

¹⁰ Recordar el caso del rechazo de la candidatura del ministro Milton Juica y el veto del gobierno a la de doña Raquel Campusano. Más recientemente hemos asistido a un muy primario pero preocupante pacto entre gobierno y oposición para "negociar" el ascenso escalonado de dos ministros: Domingo Kokich y Milton Juica. Al respecto podría haber sido importante que se recordase la prevención de don Arturo Alessandri al tramitarse la dictación de la Carta de 1925. En tal oportunidad el ex Presidente insistió en suprimir el Consejo de Estado con el objeto de que la elección de los ministros de la Corte Suprema nunca más fuese influida por criterios políticos. Pero como el hombre difícilmente aprende de las enseñanzas del pasado, se optó por la política referida, con serios peligros en su aplicación.

- a) En el artículo 1° reemplaza la palabra "hombres", por "personas".
- b) En el artículo 19 N° 2 inciso 1° agrega a continuación de la palabra "hombres" las palabras "y mujeres".

Las consecuencias jurídicas de esta reforma tal vez no alcanzan a avizorarse hoy. Hay incluso quien le niega toda utilidad o efecto, pero por el contrario otros estiman que por haberse cedido en una cuestión tan elemental como el tratamiento de los sexos, podemos caer en la tentación de impugnar en un futuro todas aquellas normas establecidas a favor de la mujer por el solo hecho de serlo: baste como ejemplo el intento por impugnar la constitucionalidad de las normas sobre administración del patrimonio reservado de la mujer casada que perfectamente podría tener lugar aquí. El problema requeriría de mayor estudio que las presentes notas, pero su evidente peligro amerita un cuidadoso análisis para no producir consecuencias terriblemente dañinas.

En alguna oportunidad hemos escuchado denominar a esta reforma como un "barroquismo inútil", pero sus peligros ameritarían un estudio más profundo.

8. Acaba de ser aprobada por el Congreso Pleno, y próxima a ser promulgada por el Supremo Gobierno, una reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica (Art. 19, N° 12, inciso final) de la Constitución. Ni qué decir que esta reforma podrá ser muy respetable, pero no atiende al gravísimo problema de la desprotección en que quedarán los miembros menores de las familias, expuestos desde ahora a todo tipo de materiales fílmicos altamente dañinos. Esta reforma podrá tener muchos aspectos discutibles e incluso valiosos, pero una cosa es clara: de fiel a los principios cristianos de protección a la familia tiene muy poco o nada.

IV. Reformas de orden secundario o puramente instrumentales

9. **Ley 19.174** (Diario Oficial de 12 de noviembre de 1992). Gobierno del Presidente Patricio Aylwin Azócar.

Ley interpretativa del inciso 2° de la 33ª disposición transitoria, que dispuso que el plazo de 15 días indicado en dicha disposición transitoria en su inciso II segunda parte para la elección de los Consejos Regionales se contaría desde la instalación de todos los Consejos Municipales.

10. **Ley 19.448** (Diario Oficial de 20 de febrero de 1996). Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

Aplaza las elecciones de concejales que correspondían para julio de 1996 al 27 de octubre de 1996 y el período de los concejales hasta el 6 de diciembre del mismo año (disp. transitoria 35^a).

Evidencia la improvisación en la tramitación de las leyes de reforma, pues fue necesario ampliar los plazos constitucionales mientras los partidos lograban un muy precario acuerdo en los mecanismos de elección, todo ello con completo desdén por el sentir de la opinión pública de la época.

11. **Ley 19.671** (Diario Oficial de 29 de abril de 2000). Gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar.

Reforma al capítulo de Reforma de la Constitución: sobre el artículo 117 en sus incisos 1° y 2°.

a) Modifica la convocatoria al Congreso Pleno que ratifica una reforma constitucional estableciendo un plazo variable que va de 30 a 60 días luego de la aprobación del proyecto por las Cámaras. La sesión es convocada por el Presidente del Senado.

b) Si el día y hora fijados para la convocatoria no se reúne la mayoría del total de los miembros del Congreso, una nueva sesión se celebrará el mismo día en hora posterior con los parlamentarios que asistan.

V. Reformas relativas a materias que no tienen que ver con los propósitos originales de la Carta de 1980

12. **Ley 19.519** (Diario Oficial de 16 de septiembre de 1997). Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

a) Crea el Ministerio Público, ente autónomo que tiene por función representar el interés general de la sociedad en los procesos penales, investiga y lleva adelante la acusación. Estructura jerárquica: Fiscal Nacional, Fiscales Regionales, Fiscales Adjuntos. El Fiscal Nacional es designado por el Presidente de una quina que propone la Corte Suprema y ratificado en el nombramiento por 2/3 de miembros en ejercicio del Senado.

b) Normas transitorias de carácter técnico.

13. **Ley 19.597** (Diario Oficial de 14 de enero de 1999). Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

Modifica el artículo 74: Establece plazos para que la Corte Suprema evacue informes.

a) Para modificar la Ley Orgánica Constitucional sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales se requiere oír previamente a la Corte Suprema. Pero ésta debe pronunciarse dentro de 30 días desde que recibe el oficio respectivo.

b) Si el proyecto es calificado con urgencia, la Corte debe evacuar el informe dentro de la respectiva urgencia.

c) Si no cumple dentro de plazo el trámite, se tiene por evacuado en su rebeldía.

14. **Ley 19.643** (Diario Oficial de 04 y 05 de noviembre de 1999). Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

a) Acorta el período de celebración de la segunda vuelta presidencial en caso de que no se obtenga mayoría absoluta en la primera elección, a 30 días (el precepto original indicaba 55) después de ésta.

b) Acorta el periodo de calificación de la elección presidencial de 40 y 25 días (primera o segunda respectivamente) a 15 días para ambos casos.

c) Modifica la integración del Tribunal Calificador de Elecciones:

1) Cuatro ministros de la Corte Suprema elegidos por sorteo según la ley.

2) Un ex Presidente o ex Vicepresidente de la Cámara o Senado que lo haya sido por lo menos durante 365 días designado por sorteo por la Corte Suprema.¹¹

Ha de señalarse que paradójicamente la nueva integración del Tribunal Calificador responde hoy a los propósitos que don Arturo Alessandri planteó para dar forma a su estructura al menos en 1925.

¹¹ Por un error de publicación, el día 4 de noviembre de 1999 se publicó sólo la reforma indicada en la letra a), por lo que ella empezó a regir a contar de tal fecha. Al día siguiente se publicó la reforma completa reiterando lo publicado antes y añadiendo las materias indicadas en las letras b) y c).

15. **Ley 19.672** (Diario Oficial de 28 de abril de 2000). Gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar.

Aprueba el Estatuto de los ex Presidentes de la República. Agrega nuevos incisos al artículo 30 de la Constitución Política.

- a) Establece la dignidad de Ex Presidente de la República para quienes hayan completado su periodo.
- b) En esta condición gozan de dieta parlamentaria (Art. 59) y de los privilegios parlamentarios (prohibición de detención y fuero, Art. 58, incisos 2°, 3° y 4°).
- c) Permite la renuncia de los Senadores Vitalicios que conservan su calidad de Ex Presidentes.
- d) La norma no beneficia a los que hayan sido designados por vacancia del cargo titular ni a los destituidos en juicio político.
- e) El Ex Presidente que asuma funciones remuneradas con fondos públicos dejará, mientras tanto, de percibir la dieta, manteniendo el fuero. Salvo funciones en docencia.

VI. Reformas de escaso contenido jurídico

16. **Ley 19.634** (Diario Oficial de 02 de octubre de 1999). Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

Agrega un nuevo párrafo 4° al artículo 19 N° 10, que prescribe:

“El Estado promoverá la educación parvularia”.

El delirio de los propulsores de esta reforma alcanzó aquí sus máximos históricos. Con dificultad se entiende la necesidad de introducirla, salvo que sus propulsores hayan olvidado toda posible interpretación sistemática de la norma fundamental. ¡Qué mejor ejemplo de una norma perfectamente superflua!¹²

¹² Si unimos lo dicho al equívoco recuerdo de los parlamentarios patrocinantes felicitándose por este triunfo jurídico (sic) junto a delegaciones de pequeños estudiantes de párvulos, no será difícil entender lo fácil que resulta abusar del sistema de reformas a la Carta Fundamental.

Este es el catálogo de las reformas que hasta hoy se han introducido en la Constitución de 1980. Resulta claro que no existe ni el menor hilo conductor entre ellas y por tanto la posibilidad de conflictos de interpretación e incluso de integración de la norma constitucional se puede plantear con insospechados alcances.


Reflexiones pesimistas y una conclusión desde la fe

El problema que hemos referido debe considerar para su solución, de un razonamiento básico: si no es lícito que el intérprete acuda a criterios y elementos de interpretación que desnaturalicen el significado del Texto Fundamental, no podrá ser tampoco el constituyente derivado establecido por la propia Carta el que modifique los principios contenidos en la misma mediante el recurso a reformas espúreas que nada agreguen a su sistema normativo. Una política en sentido diverso, como la que hemos indicado al referirnos a las reformas brevemente analizadas, puede llevarnos a una situación demasiado peligrosa para ser ignorada: La mutación constitucional, fenómeno crecientemente frecuente en el constitucionalismo contemporáneo, pero verdadera puerta de entrada para lo que Loewenstein y la doctrina alemana y europea en general han llamado "El Fraude a la Constitución". La trágica experiencia, aún cercana en el tiempo, de la Constitución de Weimar en manos del régimen hitleriano no deja de ser ilustrativa y profundamente aleccionadora al respecto. El aserto pudiera resultar categórico, pero los peligros que una irresponsable política de enmiendas a la Carta Fundamental importa para el país no permiten que se pase por alto lo señalado.

Hace un par de años y con motivo de las XXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público nos referíamos a la estabilidad de la Constitución y a sus reformas.¹³ Y finalizábamos afirmando que la permanencia de una Carta Política quedaba entregada siempre a la prudencia de los legisladores y gobiernos, que por desgracia no habían exhibido hasta ese momento (1996) una conducta coherente. Además señalamos que la estabilidad constitucional es posible en la medida que los propósitos que inspiraron dichas normas sean respetados, seguidos, o incluso reforzados por reformas sucesivas, pero cuando estos propósitos se olvidan, o lo que es más grave, se vuelven múltiples y contradictorios, quedan sentadas las bases para una crisis que ha de sobrevenir más temprano que tarde.¹⁴

¹³ Ver **Andrades Rivas, Eduardo**, *Acerca de la estabilidad constitucional y las reformas a la Constitución en Chile*. En *REVISTA DE DERECHO PÚBLICO*, N° 59, enero, 1996, páginas 169 a 184.

¹⁴ *Idem*, pág. 184.



Tras escasos cinco años vemos que la conducta de nuestros gobernantes ha seguido por el mismo derrotero que anticipáramos. Y las consecuencias están a la vista. Bajo el pretexto de muy altos intereses o fundadas expectativas de grupos de presión se ha terminado legislando en materias constitucionales, con una premura que resulta pasmosa. Y lo que resulta más chocante no es la simple velocidad del cambio, sino la superficialidad con que se procede al estudio y discusión de los mensajes o mociones de reforma. Qué mejor ejemplo que la Ley 19.611, que ya hemos estudiado, sobre la "igualdad" entre los sexos. Y la reforma ad portas en materia de libertad de expresión que se encuentra próxima a su conclusión. Bajo el immaculado manto de la "libertad de expresión" nos alejamos de uno de los principios fundamentales de la Constitución: la protección de la familia. Y es que no ha de olvidarse aquello con lo que comenzamos estas notas: la Constitución no es un cuerpo puramente normativo, antes bien, refleja las tradiciones y valores profundos de la sociedad que la genera y en el caso de la Carta de 1980, ella responde a la tradición hispánica y portaliana del gobierno y a la concepción cristiana del mundo. El libre acceso a la información (incluyendo, por cierto, la difusión y comercialización de la pornografía y todo tipo de violencia y licencia moral, seguida del enorme peculado que a escala universal mueve sumas siderales) es por cierto cuestión muy respetable, pero sus excesos guardan relación con un tipo de concepción política más cercana al liberalismo clásico decimonónico que a la inspiración cristiana de las normas que perseguían proteger a la infancia y juventud de obras inadecuadas para su edad.

No resulta fácil prever lo que pueda ocurrir en el futuro. Al menos mantengamos nuestra afirmación sobre el problema. Pero el determinar si está cerca o no el día de la crisis del sistema político instaurado en 1980 es materia que escapa a las reflexiones de los estudiosos del Derecho y de la Historia y entra en el terreno de lo posible. Con todo, el rescate del orden constitucional no es simple tarea del gobierno de turno, sino de la sociedad en su conjunto. Son los ciudadanos comunes y corrientes los que brindan su apoyo, ya silencioso ya más activo, al sistema político que rige al Estado. Serán ellos, entonces, los que deban soportar los embates de quienes aspiran a la sustitución del actual orden institucional, o por el contrario, los que le presten su adhesión.

Como es inevitable concluir, la respuesta a nuestra interrogante inicial es clarísima: No existe entre nosotros esa solidez para considerar a la carta fundamental como un bastión inmovible contra el que vana-

mente se precipiten los que desean su desarticulación.¹⁵ En verdad, la Carta del 80 ha exhibido una curiosa ductilidad para incorporar en su seno nuevos principios que la vuelven una Constitución de contenido axiológico múltiple e incluso antitético.¹⁶ Las consecuencias de esta situación apenas si se alcanzan a prever hoy,¹⁷ pero no es tan difícil avizorar nubarrones en el futuro. La sola mantención de una polémica pública entre autoridades del gobierno pasado (administración Frei Ruiz Tagle) y destacados miembros del foro y de las Universidades, acerca del significado atribuido por la Constitución al concepto de "familia",¹⁸ es señal de que algo muy equívoco se ha deslizado en el debate público y debería de alertar a aquellos que concuerdan en que la mantención de los principios que originalmente motivaron la dictación de la actual Constitución es la mejor garantía de un futuro de estabilidad para nuestro país. Baste imaginar qué sucederá cuando lo que se discuta sea el significado de la "santidad de la vida humana", no bastará con clarificar la conveniencia de eliminar la pena de muerte, materia por lo demás superflua a estas alturas (no obstante su legitimidad esencial¹⁹), sino que habrá que argumentar sobre formas de abuso tan elusivas como la clonación, la experimentación genética, nuevas formas más sutiles y perniciosas de aborto, etc.

Resulta lamentable no poder terminar estas líneas con un diagnóstico más optimista, pero en verdad sería de gran irresponsabilidad no analizar estos temas en virtud de erróneos motivos de "prudencia" o falta de oportunidad política.²⁰

¹⁵ En este sentido la clásica aserción de Loewenstein acerca de la Constitución normativa es, entre nosotros, en aspectos importantes de la Carta, un deseo o simple aspiración. No obstante que en otras áreas (aquella del orden público económico por ejemplo) se haya logrado un alto acuerdo y por ello "normativizado" su aplicación.

¹⁶ Los conflictos que en materia de interpretación sistemática se pueden plantear al respecto alcanzan dimensiones insospechadas. Al respecto ver, **Cea Egaña, José Luis**, *Premisas y promesas de la hermenéutica constitucional en Chile*, en *Revista de Derecho*, tomo I, XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2000, págs. 177 a 187.

¹⁷ Bien se ha dicho que, salvo el estadista, el hombre es siempre mal testigo de su época. Pues la proximidad de los hechos sociales y políticos no deja espacio para la formación de una adecuada perspectiva.

¹⁸ Para un análisis del tema ver el excelente trabajo de **Jiménez Larraín, Fernando**, *El Concepto de Familia en la Constitución Política de Chile*, XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, en *Revista de Derecho*, Valparaíso, 1995., págs. 145 a 174.

¹⁹ Como lo reconoce incluso el actual Sumo Pontífice, Juan Pablo II, el mayor campeón de la defensa de la vida en nuestra época. Cfr. **Juan Pablo II**, Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, Ediciones San Pablo, Santiago, 1995, pág. 56, en donde se reconoce la casi total inconveniencia de aplicarla, salvo "casos muy raros, por no decir prácticamente inexistentes". Con todo deja abierta la puerta a su aplicación por la tradicional cautela del magisterio en esta materia.

²⁰ Sería rendirse frente a una de las tentaciones más insidiosas de nuestro tiempo: la "political correctness" o lo políticamente correcto, como si ello fuese sinónimo de auténtico.

Y por ello es bueno concluir recordando las palabras Juan Pablo II, con tanta justicia llamado "El Grande": "***Ninguna absolución, incluso la ofrecida por complacientes doctrinas filosóficas o teológicas, puede hacer verdaderamente feliz al hombre: sólo la Cruz y la Gloria de Cristo resucitado pueden dar paz a su conciencia y salvación a su vida.***"²¹ O más brevemente aquellas palabras con sabor a eternidad:

Nos hiciste Señor para ti y nuestro corazón está inquieto hasta que descansa en ti (San Agustín).

²¹ Cit. Juan Pablo II, Carta Encíclica "*Veritatis Splendor*", Editorial Salesiana, Santiago, 1993, pág. 180.

Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital

Julio Alvear Téllez

Profesor de Ética Jurídica

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Profesor de Teoría de la Ley

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

1. Introducción

Cuando en abril del año 1963 Juan XXIII recordó, en la encíclica *"Pacem in Terris"*, que *el principio básico del orden entre los hombres es la persona*, a la cual, por su inteligencia y libertad le fue concedido además el *someter a su señorío* el universo material,¹ afirmaba una tesis filosófica y teológica de enormes consecuencias en el campo de la fundamentación de los derechos del hombre.

El olvido de esta tesis de raigambre tan profunda en la cultura de Occidente por parte de los epígonos de la modernidad jurídica, dedicados a investigaciones académicas y a la construcción de teorías en donde se han diluido de un modo progresivo las raíces antropológicas de los derechos fundamentales, ha permitido la divulgación de los denominados "derechos infrahumanos" –derechos cuyo sujeto activo serían los animales, y en algunos casos, los seres del mundo vegetal y mineral–, los que en su sentido fuerte suponen una doctrina acerca del hombre y de la materia, deletérea de la realidad de la persona, y la consecuente consideración del ser humano como un elemento, entre otros, de la naturaleza, sin primacía real –sólo epistemológica y en términos relativos– sobre los demás seres.

El presente artículo tiene por objeto servir de introducción al análisis de este tópico en nuestro país, a la luz de la filosofía jurídica de la Constitución de 1980, la que, como se sabe, reconoce a la persona como el sujeto titular de los derechos y garantías que asegura y como protagonista de la actividad normativa del Estado.² No abordaremos, por tanto, en

¹ Cfr. *Colección Completa de Encíclicas Pontificias (1932 - 1965)*, Ed. Guadalupe, Buenos Aires, Tomo II, 4ª ed., pp. 2468-2471. En las actas oficiales de la Sede Apostólica estas palabras se encuentran en el V. 55, 258-259.

² Hemos analizado la noción filosófica de la persona en cuanto fundamento de los derechos constitucionales, en un artículo especialmente dedicado al tema. Cfr. *"La Persona en la Constitución de 1980: Fundamento de los derechos y garantías constitucionales"*; en AA.VV., *"20 años de la Constitución Chilena"*, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 2001, pp. 57-68

esta oportunidad, los aspectos técnico-jurídicos de la cuestión, sino sólo sus principios constitutivos.

2. Oscuridad y precisión en torno al uso jurídico de la voz "persona"

La Constitución de 1980 en disposiciones fundamentales utiliza el vocablo "persona". Es así como dispone que *"el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común"* (Artículo 1º, inciso 4º), y que *"la Constitución asegura a todas las personas"* (Artículo 19, enunciado) sus derechos esenciales.³

La "persona" no es un fenómeno de superficie ni un mero vocablo, susceptible de ser utilizado a manera de una convención lingüística (*flatus vocis*). Si así fuera, las notas descriptivas a las que la designación apunta dependerían esencialmente del uso más o menos discrecional de los hablantes, y no de algo intrínseco al hombre, que es precisamente lo que la palabra pretende definir y caracterizar. Además, desde el punto de vista estructural, ello implicaría que el nombre "persona" podría ser reemplazado, como sujeto de una oración, por otras voces en apariencia equivalentes –"individuo", "sujeto humano", etc.–, sin ulteriores consecuencias significativas.

Superando los límites del uso meramente gramatical del término, la noción de "persona", desde una perspectiva metafísica, no es, como pudiera creerse, un rótulo genérico, de propiedades indeterminadas o poco definidas, destinado a servir de significación común e indistinta a todo individuo de la especie humana, sin distinción de edad, sexo, estirpe o condición.

Sabemos bien que en el lenguaje jurídico normalmente se acota el significado del concepto "persona" a este último sentido, que coincide, sin ir más lejos, con la fórmula que utiliza el Código Civil para definirla,⁴ lo que

³ Con la reforma constitucional de la Ley 19.611 (D.O. 16 de junio de 1999), se sustituyó la voz "hombre" por la de "persona" en ciertas disposiciones en que se utilizaba la primera, pero no para acentuar la eminencia de la realidad ontológica que conlleva este último término, sino para expresar léxicamente la voluntad no discriminatoria del ordenamiento jurídico chileno en relación con ambos sexos. Por tal motivo no tomamos aquí como ejemplo estas normas.

⁴ El Código Civil en su artículo 55 declara que *"Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición"*. Y en el artículo 22 equipara el vocablo "persona" a otros vocablos, que le serían equivalentes: *"Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo..."*. Nuestro Código, sin embargo, con la lucidez que le es característica, otorga equivalencia sinonímica a los diferentes términos, entre ellos "persona", sólo *"en su sentido general"*; lo que supone un uso subsecuente más preciso del término y, por tanto, de significación más determinada.

a su vez no es sino la expresión usual de la ciencia jurídica para identificar, en el campo del derecho privado, al sujeto de las relaciones jurídicas particulares.

Sin embargo, en el lenguaje filosófico metodológicamente destinado a fundar antropológica y éticamente los derechos esenciales del hombre, el vocablo "persona" manifiesta una realidad mucho más profunda que la que sugiere su uso genérico, asociado a otros términos comunes. "Persona" es nombre de distinción metafísica, de relevancia ontológica, de singularidad existencial y vital, que da razón del derecho y de su "inviolabilidad".

3. El elemento invertebrado de los "derechos humanos": ausente de los intelectos la noción de "persona", ya no hay fundamentos que los especifiquen

A este propósito, las palabras nos juegan a veces una mala pasada. Hoy se acostumbra a hablar de los "derechos humanos" (a veces "de la persona"), como si fuera una conquista de la civilización contemporánea, porque, se dice, existe consenso casi universal en orden a consagrar a través de declaraciones y estatutos normativos el respeto y protección de ciertos bienes humanos básicos, y porque se suscitan acuerdos cada vez más amplios entre las naciones destinados a hacer operativa esta juridicidad internacional, incluso a través de órganos como la Corte Penal Internacional.⁵

Sin embargo, si se analiza la reflexión que en torno a los derechos humanos han realizado en los últimos cincuenta años las corrientes más notorias de la filosofía y del pensamiento jurídico contemporáneo, puede diagnosticarse paradójicamente la absoluta falta de concordancia tanto respecto a cuál sea la naturaleza de tales derechos y cuál sea su fundamento.⁶ En vez de lucidez, hay confusión y dudas, más propias de épocas de retroceso que de desarrollo.

Al respecto, Massini afirma que "la mayor parte de los ensayos de fundamentación de los "derechos humanos" suponen, expresa o tácita-

⁵ El "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" fue adoptado el 17 de julio de 1998, con las correcciones dispuestas en el Acta de Rectificación del Estatuto Original, fechada el 10 de noviembre del mismo año. Fue suscrito hasta el 31 de diciembre del 2000 por 120 de los 160 Estados participantes de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, celebrada en la sede de la FAO, en Roma, del 15 de junio al 17 de julio de 1998. Chile suscribió el Estatuto el 11 de septiembre de 1998, y a la fecha está pendiente su ratificación por parte del Congreso Nacional.

⁶ Un interesante balance de las diversas posturas puede encontrarse, entre otros, en Ollero Tassara, A., *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de Diputados, Madrid, 1996, pp. 368 y ss.

mente, una antropología o concepción del hombre inapropiada a este propósito (...). Desde el crudo materialismo marxista hasta el empirismo profesado por la mayoría de los pensadores anglosajones se termina reduciendo al hombre a un mero trozo de materia, a un simple conjunto de fenómenos o a un puro soporte de caracteres empíricos. Con lo cual, privado de unidad sustantiva y de espiritualidad racional, el hombre ya no puede ser sujeto de atributos morales que le pertenezcan por su misma condición humana".⁷

El alejamiento de los padrones culturales greco-romanos y cristianos que hicieron posible la explicitación filosófica de esa gran verdad que es la persona, se ha hecho cada vez más patente en el discurso antropológico de los derechos humanos de finales del siglo XX. Incluso el distanciamiento de los signos antropológicos del estatuto casi ilimitado de la autonomía que el primer liberalismo dieciochesco inglés y la escuela kantiana atribuyeron –cada cual a su modo– a la libertad humana, han sido sustituidos por un escepticismo constructivista o consensual respecto de cuáles sean los derechos del hombre, sobre la base movediza de un pluralismo político fáctico atribuible al actual estado de la humanidad.

No obstante el lenguaje en tono florido y grandilocuente con que hablan o hablan de las prerrogativas humanas en las actuales sociedades democráticas autores como Rawls, Dworkin, Richards, Bobbio, Peces-Barba o Pérez Luño, entre todos ellos existe algo en común: no parecen mostrar en sus teorías sobre los derechos humanos convicciones metafísicas sólidas respecto de la realidad y grandeza de la persona humana.

Bobbio, en esta temática, es explícito. Buscar un fundamento para los derechos del hombre es incluso una "ilusión"; la tarea a emprender no es la de fundamentarlos, sino el que las sociedades acuerden los derechos que estimen convenientes, y los consagren positivamente.⁸ En esta línea progresiva, relativista por definición, la noción de persona no tiene cabida, y se considera que los derechos humanos no son más que el resultado histórico de un proceso de legalización que ha ido evolucionando con el tiempo, desde el año 1789 a las fechas de las más recientes declaraciones. Dentro de esa evolución, se anuncia, en la puerta de entrada del pensamiento postmoderno de un Lyotard o de un Vattimo, una segunda "ilustración", dentro de la cual el hombre deberá replantearse sus relaciones jurídicas y morales no sólo con sus semejantes, sino con el resto del planeta y con los "animales no humanos".

⁷ Cfr. Massini-Correas, C., *Los Derechos Humanos, paradoja de nuestro tiempo*, Alfabetá impresores, Santiago, 1989, pp. 108-109.

⁸ Cfr. Bobbio, N., *Sul Fundamento dei Diritti dell Uomo*, en RIFD, Serie III, Fasc. 2, A. Gruffré Ed., Milano, 1965, pp. 301 ss. Existe edición española, en N. Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, 1982.

No es de extrañar, pues, que a partir de la década de los setenta, en este contexto invertebrado, y desde el ámbito universitario, se comenzara a hacer sentir en Francia, Gran Bretaña y EEUU la tesis de que la diferencia entre el hombre y los animales no sólo era tenue, sino que ambos hacían parte de una misma comunidad de intereses morales, en razón de la cual era necesario superar la actual idea y el contemporáneo discurso de los derechos meramente “humanos” a fin de extenderlos formalmente a los animales, y, en algunos casos, también a los seres de la naturaleza inanimada.

4. La filosofía de la persona

La célebre conceptualización de “persona” formulada por Boecio –*Rationalis naturae individua substantia*, “sustancia individual de naturaleza racional”– destaca la realidad más honda, primigenia y radical del ser humano, a través de un conjunto de nociones que permiten manifestar su altísima dignidad:

i) La persona es un ser *subsistente*. De ahí que no pueda ser considerado a la manera de una simple pieza del engranaje social, o un elemento numérico sin entidad propia dentro de un sistema más amplio que lo absorba. El hombre sería en tal caso similar a la gota indiferenciada que se pierde anónimamente en la inmensidad del mar.

Las perspectivas sociológicas, por ejemplo, llamadas “sistémicas”, de las que N. Luhmann es uno de los más conocidos exponentes, valoran los derechos del ser humano según la función para la cual resultan útiles dentro del esquema social, y no parecen lejanas de esta fútil desviación del concepto de subsistencia personal.

ii) La persona es *alguien subsistente* que ha de ser comprendido por lo más perfecto, esto es, por su inmaterialidad que actualiza y trasciende a la vez su corporeidad. De ahí que esa conjunción espiritual y material, ese microcosmos⁹ que es el hombre no se diferencie, radicalmente hablando, del resto de los seres materiales sólo por su particular organización de la materia en el orden físico, químico e incluso genético. El hombre es más brillante que un diamante, pero no físicamente, y puede llegar a ser más fuerte que un león, pero no muscularmente.

⁹Un microcosmos, un compuesto misterioso de cuerpo y alma, materia y espíritu, que forman una sola naturaleza y una sola persona, que es este hombre, inefablemente distinto de su vecino. Son célebres las palabras que a este respecto escribió San Gregorio Magno: la persona humana tiene la singularidad de vivir como las plantas, de sentir como los animales y de conocer intelectualmente como los ángeles (“*Homo habet vivere cum plantis, sentire cum animantibus, intellegere cum angelis*”).

iii) La persona es un subsistente que participa de la *inmaterialidad* en tal alto grado, que definimos el núcleo de la vida humana en razón de esa inmaterialidad. Y observando que el principio de la vida del hombre se encuentra en aquélla, captamos su inteligencia, su libertad, su intimidad. El hombre se conduce según su razón y su corazón, convirtiéndose en hacedor de su propia biografía de acuerdo a la destinación que dé a su libertad.

Sin embargo, la libertad de un ente inmaterial no es una libertad puramente negativa definida por la ausencia de obstáculos o vínculos exteriores, como sugiere el liberalismo clásico y contemporáneo, sobre todo en sus vertientes políticas y jurídicas, como, por lo demás, ya en su tiempo lo demostró Hegel, sino una libertad positiva, manifestación nuclear de su vida íntima y personal. Ello nos conduce necesariamente al próximo punto.

iv) Ese ser subsistente, inmaterial, inteligente y libre se relaciona con los demás fundamentalmente amando y siendo justo, y se vincula con la naturaleza haciéndola participar de mil formas de su señorío. Esta dimensión relacional de la persona humana, expresada en el orden social, se formaliza en distintas especies de normas, entre ellas, las normas jurídicas, que se fundan tanto en la naturaleza de los bienes humanos (derecho natural) como en los actos convencionales de la voluntad (derecho positivo).

Estos cuatro puntos han de ser necesariamente negados, *in radice*, si se quiere solventar, desde el ámbito especulativo, los derechos de los seres infrahumanos. En otros términos, habrá que negar la realidad de la persona para afirmar la entidad de los derechos infrahumanos.

5. La tesis “subhumana” de los derechos y su filosofía

La doctrina de la persona plantea objeciones indeclinables a la viabilidad de todo el género de doctrinas que podemos vincular al cuadro de pensadores que defienden a nivel especulativo los derechos infrahumanos. Se hace necesario, sin embargo, entrar a un análisis más preciso del contexto global de las principales tesis de estas corrientes, sobre todo en el plano de sus fundamentos filosóficos, que es donde resaltan con especial notoriedad las consecuencias de la negación de la realidad de la persona y del desconocimiento cabal de su noción.

Expondremos los fundamentos de los “derechos infrahumanos” siguiendo el

pensamiento de autores como P. Singer, P. Cavalieri, V. Coleman, R. Routley, J. Riechmann, L. Ferry, C. Germé, J. Mosterín y F. Fernández-Buey.¹⁰

Desde que el año 1977 la Liga Internacional de los Derechos del Animal adoptara una declaración que luego fuera aprobada por la UNESCO y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, diversos movimientos y ONGs comenzaron a operar a fin de que tales derechos fueran “judiciables”, al amparo de una legislación a la que comenzó a exigírsele, en sus respectivas áreas, que reconozca el carácter estrictamente jurídico de tales prerrogativas frente a las cuales el hombre sería sólo un sujeto pasivo.¹¹

La declaración referida supone que todo animal posee derechos subjetivos en el sentido estricto del término, cuestión que hay que recalcar bien, para evitar equívocos. Y es de esta forma que se enumeran, entre otros, el derecho a la existencia, el derecho al respeto, a la atención, a los cuidados y a la protección por parte del ser humano. De la misma manera, se establece que ningún animal ha de ser sometido a malos tratos ni a actos crueles; que si la muerte de alguno se hace necesaria, debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia; que todo animal perteneciente a una especie salvaje tiene derecho a vivir libre en su propio ambiente natural. Se declara ilegítima, en principio, la experimentación con animales que implique un sufrimiento físico o psicológico, aunque esa experimentación tenga fines médicos, científicos o comerciales, y se denuncia la cría de animales para la alimentación en condiciones dolorosas y de sufrimiento. La declaración en comento extiende además el concepto de genocidio, para incluir en él la muerte de un gran número de animales salvajes.

A comienzo de la década de los noventa, se propuso en el mundo angloamericano una declaración más específica a favor de los derechos de los primates (chimpancés, gorilas y orangutanes), con especial atención a los dos primeros, quienes junto con el hombre pertenecerían al mismo género de “homínidos” vivientes. En los EEUU diversas asociaciones se han encargado de llevar estas posturas –si bien que menguadas en sus peticiones concretas frente a situaciones de ribetes parciales– ante la Suprema Corte norteamericana, en casos de cierta resonancia.

¹⁰ Hemos dado especial relevancia a los textos de F. Fernández-Buey, pues es quien, a nuestro juicio, mejor sintetiza las tesis comunes a las distintas corrientes. Vid., además, Singer, P., *Animal Liberation. A New Ethic of Our Treatment*, New York, Random House, 2ª ed., 1990; Coleman, V., *Por qué debe cesar el genocidio de animales*, Barcelona, Límite, 1992; Singer P. y Cavalieri, P., (Eds), *The Greats Ape Project*, Londres, Fourth Estate, 1993; Ferry L. y Germé C., *Des animaux et des hommes*, Anthologie de textes, Paris, Librairie Générale Française, 1994; Riechmann, J. y Mosterín, J., *Animales y ciudadanos*, Madrid, Talassa, 1995; Mosterín, J., *Los derechos de los animales*, Madrid, Debate, 1995.

¹¹ En este campo se consideran precursores los escritos del año 1789 de J. Bentham y especialmente la obra *Animal's Rights*, de H. Salt, cuya edición más reciente parece ser la de Clark's Summit, Pennsylvania, 1980.

En la actualidad, la doctrina de los derechos de los animales y de la naturaleza se ha ido haciendo verosímil ante la opinión pública especialmente en el contexto cada vez más frecuente de acusaciones dirigidas contra la civilización industrial, en el sentido de que, se alega, que por su manera de depredar el ecosistema y de esquilmar los recursos naturales no renovables, ha puesto en riesgo las bases mismas del mantenimiento de la vida del planeta, afectando el futuro no sólo de la civilización humana, sino del resto de la comunidad viviente, la que frente a la agresión de aquélla aparecería con el legítimo derecho de defenderse.¹²

Aprovechando esta tesitura, representantes de las corrientes jurídicas que sustentan los derechos infrahumanos han ido ampliando su doctrina hasta aplicarla a los objetos inertes, como las rocas y las minas. Y de este modo, extraer minerales de una mina tendría una entidad moral parecida al hecho de violar a una mujer.

Más allá del extremo de esta afirmación, los fundamentos filosóficos de todas estas posturas, que tuvieron sus "Estados Generales" en la Eco Río 92,¹³ parecen tener el común denominador del viejo materialismo con ribetes panteístas, en su sentido más radical, es decir, aquel que niega que los seres se distingan por un principio de actualidad entitativa propia y singular, lo que es contrario a toda experiencia y además constituye un absurdo metafísico, que de ser aplicado, difuminaría la sociedad humana como un polvo.

Concebir a la civilización humana como una especie de cicerone de museo cuya relación con la naturaleza se reduciría, grosso modo, a cuidar las bondades de las riquezas y recursos naturales, sin que el ser humano pueda servirse de ellos en su propio beneficio, es algo hoy muy difundido entre las corrientes de filosofía moral y jurídica que, especialmente en el ámbito angloamericano, con repercusiones en el mundo hispano, vienen sustentando cada vez con más nitidez, a partir de los años ochenta, que el ser humano es sólo una entidad biológicamente similar a otras de la "biosfera".

¹² Hay diversas obras que a partir de la década de los setenta fueron marcando hitos en las denuncias medioambientales contra la civilización industrial, las que, sin embargo, por sus abundantes simplificaciones y exageraciones, no parecen tener en sus conclusiones el debido equilibrio científico, vid. en sus ediciones en español, Commoner, B., *El Círculo se cierra*, Plaza y Janés, Barcelona, 1978 (1971); Goldsmith, E., *Manifiesto para la supervivencia*, Alianza, Madrid, 1973 (1972); Meadows, D.L., *Los límites del crecimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973. Para una visión de conjunto, vid. Riechmann, J., y Fernández-Buey, F., *Redes que dan libertad*, Paidós, Barcelona, 1994.

¹³ Entre el 3 y el 14 de julio de 1992 se efectuó en Río de Janeiro la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), también denominada Cumbre de la Tierra, a la que asistieron delegaciones oficiales de 176 países y 114 jefes de Estado. En el marco de estas conferencias se realizó asimismo el "Foro Global", que reunió a 18.500 participantes de 7.946 ONGs correspondientes a 174 países. Ambos acontecimientos en conjunto fueron denominados ECO 92.

La tesis de que la naturaleza deba ser respetada por el hombre como parte de un mundo que le fue dado para administrar y perfeccionar, y no para destruir, es ajena a estos autores, como también lo es el principio que sustenta la necesidad de que el hombre, en razón de su propia integridad moral, erradique de su conducta el trato cruel con los animales. Estas afirmaciones las suscribiríamos sin mayor dificultad. Pero aquéllos defienden posturas mucho más extremas, denotando un sistema de pensamiento, como dijimos, de raigambre gruesamente materialista, y en algunos casos panteísta, que deduce de sus particulares principios en torno a la conformación entitativa de los seres –entre ellos, el hombre– un nuevo estilo de relaciones de la humanidad para con el resto de los entes del mundo visible, caracterizada por la igualdad ontológica, reconocida a diversos títulos, según los casos y los autores.

Sobre la base de ese igualitarismo metafísico, se sostiene que, en realidad, no existe mayor diferencia o discontinuidad específica entre el mundo de lo humano y el mundo de los animales, y se ha de presuponer que el hombre no es “persona”, sino que hace parte de un “continuo evolutivo fisio-biológico-social”. De este modo, los vínculos morales y jurídicos que el ser humano debe extender con los otros seres vivos, especialmente con los “sintientes”, han de estar regidos por una ética “biocéntrica”, de tal modo que al menos los “animales no humanos” sean también “miembros de la comunidad moral”, para lo cual se ha acuñado la expresión “derecho de los animales”.

La pretensión antropocéntrica del hombre, en virtud de la cual actúa como si fuera el ser más importante del ciclo vital, tendría sólo un sentido epistémico: el “animal humano” es “necesariamente antropocéntrico”, como “la cigüeña es cigüeñocéntrica” o la “serpiente ofidiocéntrica” en la medida en que toda especie biológica está dotada de ciertos mecanismos sensoriales y de cierta estructura neuronal con los cuales percibe el mundo de una manera única, diferente de las otras especies.

De ahí la ilegitimidad de la ética antropocéntrica sobre la cual, según afirman, se ha basado hasta el presente la civilización occidental en su relación con el mundo animal. A este se le ha de reconocer específicamente, en la medida en que siente y sufre, una comunidad de derechos con el hombre, con las nociones análogas de integridad física y psicológica, inviolabilidad, respeto y buen trato, pues no es la persona ni su capacidad racional ni su libertad el fundamento de los derechos, sino la capacidad de sentir y sufrir, en un sentido próximo, y, en rigor, la mantención de la integridad del ser contra toda forma de contaminación humana, en un sentido más remoto, lo que permite proyectar los derechos al resto de la naturaleza, en mayor o menor medida.

6. Conclusión

Interesa destacar aquí, a manera de conclusión, la importancia de la filosofía de la persona, reconocida en la Constitución de 1980, para manifestar la equilibrada forma de relación que debe existir entre el hombre y la naturaleza, y ente los propios hombres entre sí. En este sentido, cuando la Carta Fundamental establece en el artículo 19 N° 8 que es deber del Estado tutelar la preservación de la naturaleza, sin duda lo hace en el entendido de que es a la persona y a las futuras generaciones a quienes se está protegiendo directamente.

Si en la actualidad pueden desenvolverse tan fácilmente las posturas que sostienen los derechos infrahumanos fundadas en la supuesta paridad ontológica entre el hombre y el resto de las especies animales, o, en definitiva, entre aquellos y el resto de los seres de la naturaleza, cualquiera sea su grado de desarrollo o de vida, se debe a que la luz de la noción de persona que nos señala la sobreelevación infinita¹⁴ de los seres espirituales, está obscurecida en muchos hombres.

Y, sin embargo, no hay vía más eficaz para fundar el discurso y la práctica jurídica de los derechos fundamentales que la de una bien asentada compenetración acerca de la condición personal del hombre.

Reflexiónese a este respecto que, por la persona, el ser humano se constituye en un "yo", en el sentido pleno de la palabra, de lo que se deduce que algo sólo puede ser nuestro –los derechos– en la medida en que es poseído por la libertad, mediada por la racionalidad. Aquí radica la nobleza, pero también el drama del hombre, porque es precisamente a través de la libertad que ha construido la técnica y ha desarrollado la ciencia, haciéndose efectivamente dueño de los elementos de la naturaleza y, en su ámbito, de los animales, colocando todo a su servicio, pudiendo hacer un buen o mal uso de ese dominio.

En todo caso, sin esta perspectiva que nos lleva a atisbar la dignidad del hombre en su condición de persona manifestada en sus actos libres no se puede explicar en su debida profundidad el fundamento de los derechos ni menos la enorme distancia que hay entre una persona y un animal. Entonces, se podrá hablar de derechos, aun de derechos infrahumanos, pero con un sentido meramente verbalista, sin visos de legitimidad, ni pulcritud científica ni auténtico acervo jurídico.

¹⁴ Así los llama Santo Tomás –"infinitos inferiormente"– en *De ente et essentia*, c. VII.

¿Igualdad jurídica en Chile?

Mario Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo se ha propuesto reflexionar acerca del aporte de dos décadas de vigencia de la Constitución Política del Estado de 1980, de modo que, en ese contexto, se nos invita a considerar el tratamiento que recibe la igualdad jurídica en la hora actual, en Chile. Para cumplir con un encargo académico de esa magnitud, hemos considerado adecuado aludir, primero, a la igualdad como principio de justicia, segundo, a su configuración en la Carta Fundamental, y, finalmente, a su recepción empírica, desde que es esta última la que define la concreción del valor que la norma jurídica se limita a prescribir con pretensión imperativa, agotando, con esto último, su potencia: el saldo es cuestión de la realidad.

II. La igualdad como principio de justicia

Escribía Aristóteles:¹ "Puesto que el injusto es desigual y lo injusto es desigual, y éste es lo igual, porque en toda acción en que se da lo más y lo menos se da también lo igual. Por tanto, si lo injusto es desigual, lo justo es también igual, cosa que, sin necesidad de razonamiento, todos admiten", porque es, como anota Rawls,² de "sentido común". Y escribía Hart,³ finalizando el siglo XX: "El principio general latente en estas diversas aplicaciones de la idea de justicia es que los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Esto es algo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida social, cuando hay que distribuir cargas o beneficios; también es algo que debe ser restablecido

¹ *Ética a Nicómaco*, Clásicos Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, página 74.

² *Teoría de la Justicia*, Editorial Fondo de Cultura Económica, página 557.

³ *El Concepto de Derecho*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, página 198.

cuando ha sido alterado. Por ello es que la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene o restablece un equilibrio o proporción y su precepto principal se formula con frecuencia diciendo: 'tratar los casos semejantes de la misma manera'; aunque es necesario añadir: 'y tratar los casos diferentes de diferente manera'".

La idea de igualdad es, por ende, enteramente inescindible de la idea de justicia, aquélla como base y principio de ésta. Si he entregado un bien en arrendamiento a plazo fijo y el contrato termina por causa imputable al arrendatario, podrá discutirse si, en lo atinente al derecho a percibir el valor de la renta hasta la terminación predispuesta como normal, esto es, hasta el vencimiento del plazo, la solución que proporciona el art. 1945 CC es o no, en perspectiva de equidad, la apropiada. Pero es indiscutible la injusticia repugnante de que el medio jurídico me entregue esa solución, y, a otro arrendador, puesto en el mismo caso, una diversa. Es este argumento, de carácter espiritual o idealista, en la terminología de Dworkin⁴ –prejurídica para las concepciones positivistas–, el que, en último término, justifica la cultura que, en el Common Law, se edifica sobre la regla *stare decisis*, que, como dijo Louis Brandeis, miembro de la Suprema Corte de Estados Unidos,⁵ "es habitualmente la política judicial sabia, porque en la mayor parte de las materias resulta más importante que la norma de derecho se encuentre *firmemente* establecida, en vez de encontrarse *correctamente* establecida".

La igualdad jurídica, como expresa Dworkin,⁶ a propósito de la Enmienda Decimocuarta a la Constitución de Estados Unidos, que estableció la llamada Cláusula de Igual Protección, consiste, en esencia, en "el derecho a ser tratado como igual, que no es el derecho a recibir la misma distribución de una carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera", de modo que de éste es un simple derivado de "el derecho a igual tratamiento, que es el derecho a una igual distribución de oportunidades, recursos o cargas", igual distribución que, así entendido, no siempre tiene lugar, como demuestra el claro ejemplo del Profesor de Oxford: "Si tengo dos hijos y uno se está muriendo de una enfermedad que apenas llega a incomodar al otro, no muestro igual consideración si echo a cara o cruz la decisión de cuál ha de recibir la última dosis de medicina".

Así, el "derecho a ser tratado como igual" conduce al derecho a "igual tratamiento" en evento de "igual situación", de modo que resta por saber cuándo una y otra situación son "desiguales", en términos que puedan llevar, lícita-

⁴ *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona, páginas 327 y ss.

⁵ Cit. en *El Common Law*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, página 93.

⁶ Obra cit., página 332.

mente, a "desigual tratamiento". No puede utilizarse, desde luego, un criterio de identidad o diferenciación absoluta, para permitir, en derecho, clasificar situaciones distintas como "iguales" o "desiguales", sino que debe acudir a la idea de la identidad o diferenciación "relevante" desde la óptica de las normas y principios constitucionales y de la finalidad de la regla bajo examen, ideas que han originado una copiosa doctrina y, en otros ordenamientos jurídicos, más avanzados, también una interesante jurisprudencia.⁷

Así, en síntesis, una cultura jurídica justa es, necesariamente, igualitaria; una cultura jurídica es igualitaria cuando asigna la misma consecuencia a situaciones iguales; las situaciones son iguales cuando, entre ellas, en términos comparativos, no concurre diferencia *relevante*; y es diferencia *relevante* aquella que, no estando prohibida por las normas constitucionales y no siendo contraria a sus principios básicos, implica una diversidad *incidente en la finalidad de la regla*. Por lo mismo, una cultura jurídica que no se está a tales pautas, es injusta. ¿Qué ocurre en Chile? ¿Qué aporte normativo emana de la Constitución Política del Estado de 1980? De haberlo, ¿cómo ha sido aprovechado o desaprovechado por los Poderes Públicos, y, entre éstos, por el Poder Judicial? ¿Es justa la cultura jurídica chilena? A una respuesta a estas inquietudes dedicamos las reflexiones que siguen.

III. La igualdad como norma

El Profesor Gastón Gómez Bernal, ⁸ recientemente, ha revisado el catálogo normativo de la igualdad jurídica, a partir del Reglamento Provisorio de 1812, de modo que, a partir de la cita, es excusada la reproducción. Como se advierte de su adecuado análisis, puede constatarse la permanente preocupación del constituyente, en aproximaciones sucesivamente perfeccionadas, al establecimiento de la igualdad como regla, con énfasis en el principio de *generalidad* de la norma, destacado por la doctrina durante la vigencia de las Constituciones Políticas de 1833 y 1925. Como se sabe, "la generalización implica el deseo de comprender, dentro de una proposición, una pluralidad de casos posibles", y, para ello, se auxilia de la abstracción, que "indica una cierta capacidad para describir la pluralidad a través de sus rasgos más característicos y para configurarla como una simple hipótesis de trabajo".⁹ El principio de generalidad, exigido por "un afán de seguridad y previsibilidad",¹⁰ qué duda cabe, aporta a la igualdad,

⁷ Ver, por ejemplo, Quijano, Alvaro, *La Jurisprudencia ante La Constitución*, Editorial Alfonso X, páginas 143 y ss, y Gómez, Gastón, *El Principio de Igualdad Constitucional*, en *20 Años de la Constitución Chilena*, Editorial Conosur, páginas 165 y ss.

⁸ Idem, páginas 173 y ss.

⁹ Díez-Picazo, Luis, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, página 182.

¹⁰ Díez-Picazo, Luis, ídem.

precisamente porque abre *la probabilidad razonable de predeterminar la consecuencia jurídica* de una u otra conducta, propia o ajena, sobre la base de una pauta conocida y aplicable, de la misma manera, a todo quien se encuentre en una "situación igual".

La Constitución Política de 1980 recoge la igualdad de origen, la igualdad de oportunidades como objetivo de la acción estatal, y la igualdad de trato. Empero, en mi concepto, carente por cierto de originalidad, la igualdad jurídica recibió de la obra normativa del constituyente de 1980, en lo fundamental, dos aportes.

En primer lugar, el art. 19, numeral 2°, establece perentoriamente la interdicción de toda *discriminación arbitraria*, incluyéndose en esta última categoría la que pueda provenir del Poder Legislativo en la generación de la norma. Esta innovación surgió de la inquietud del profesor Alejandro Silva Bascuñán,¹¹ cuyas palabras, pese a su conocimiento común en el medio jurídico, es siempre recomendable transcribir, no sólo en cuanto homenaje al comisionado, sino, además, a objeto de asegurar un correcto entendimiento: "Le parece que la igualdad puede considerarse en dos aspectos. Uno de ellos es que por ningún motivo sociológico –por decir así– se haga distinciones entre las personas. En este sentido se ha sostenido clásicamente la igualdad ante la ley, en cuanto a que, ante el derecho, todas las personas tengan, en razón de raza, sexo, estirpe, condición u otra, el mismo trato. Pero, a su juicio, hay otro aspecto que debe expresar el texto constitucional y que está comprendido substancialmente en el principio de igualdad ante la ley, que es que *el constituyente tiene que asegurar que, incluso sobre la base de respetarla en el primer sentido, ninguna autoridad, ni siquiera el legislador, haga distinciones o discriminaciones manifiesta y notoriamente arbitrarias*. Si la igualdad ante la ley se refiere –como hasta el momento lo ha entendido la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema– nada más que al hecho de que frente a la ley todas las personas tienen igual naturaleza y que no pueden hacerse diferencias a su respecto en cuanto a raza, clase social, sexo, etc., le parece que no queda suficientemente resguardada, aun cuando estima básico e indispensable mantener esto último. La igualdad ante la ley debe ser concretada por el Constituyente para que ninguna autoridad ni persona que conviva dentro de la sociedad política pueda actuar estableciendo discriminaciones notoriamente arbitrarias, sin base racional, porque el legislador no puede estimarse absolutamente soberano para implantarlas".

En segundo lugar, junto con perfeccionar el derecho a la igualdad jurídica, como se acaba de decir, en el numeral 2° del art. 19, el Constituyente de

¹¹ Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N° 93.

1980 asignó, para el evento de privación, perturbación o amenaza, en el artículo 20, la acción judicial y sumaria de protección constitucional. De este modo, la prohibición de la arbitrariedad en la discriminación quedó transformada en lo que Zolo,¹² sobre la base de Kelsen, llama un derecho *justiciable*, o en lo que Ferrajoli, más modernamente, llama un derecho dotado de *garantía secundaria*, es decir, accionable en juicio.¹³ El aporte no es menor, desde que “un derecho formalmente reconocido, pero no *justiciable* –es decir, no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales con procedimientos definidos– es *tout court* un derecho inexistente”.¹⁴

IV. La desigualdad como experiencia

Con todo, la cuestión normativa no agota el problema de resolver acerca de si la chilena es, o no, una cultura jurídica igualitaria, y, por ello mismo, justa. Más que ello, la cuestión normativa no es decisiva en esta óptica. El asunto central, en este orden, es neta y únicamente empírico: ¿tiene vivencia la igualdad jurídica en la praxis? Los letrados tenemos tendencias peligrosamente deformadoras cuando limitamos el derecho a la perspectiva normativa; siguiéndolas inadvertidamente, al comenzar mis *Apuntes de Derecho Procesal Penal*, preparados para la Universidad del Desarrollo, digo que el derecho es un fenómeno *esencialmente normativo*. Empero, como enseña Philippe Jestaz,¹⁵ profesor de la Universidad de París XII, tratando acerca del asunto de la ineficacia de la juridicidad normativa: “Aun si los juristas tratan de erigirlo en una construcción intelectual capaz de seducir por sí misma, el derecho no vale –¡ni qué decirlo!– más que por su aplicación práctica. ¿De qué serviría grabar en mármol leyes que permaneciesen letra muerta?”. Tratemos, pues, de la igualdad jurídica en perspectiva de realidad.

IV.1. La desigualdad en la ley

En lo normativo, como quedó antes dicho, radica aquí uno de los grandes aportes de la Constitución de 1980, en cuanto asegura a todas las personas el derecho a la igualdad en la generación, entre otras, de la norma que construye el Poder Legislativo con criterio de *generalidad* y con auxilio de la *abstracción*. Es cierto, como también quedó referido al tratar de la igualdad como principio de justicia, que “el derecho a ser tratado como igual,

¹² Cit. en Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid 2001, página 28.

¹³ Obra cit., página 28.

¹⁴ Zolo, ídem.

¹⁵ *El Derecho*, Editorial Jurídica, página 79.

no es el derecho a recibir la misma distribución de una carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera, de modo que de éste es un derivado el derecho a igual tratamiento, que es el derecho a una igual distribución de oportunidades, recursos o cargas, igual distribución que, así entendido, no siempre tiene lugar”, puesto que sólo corresponde en evento de *igual situación*. Por ende, corresponde al Poder Legislativo, al generar la norma legal, diferenciar las consecuencias jurídicas que asigna a determinados presupuestos de hecho, *en función de distinciones entre éstos, relevantes a la finalidad de la regulación, que no sean contrarias a las normas y principios constitucionales*.

El aporte del constituyente de 1980 consiste en el establecimiento de la ineficacia jurídica de la arbitrariedad en la discriminación legislativa, siendo ésta, anota Gómez Bernal, ¹⁶ la que “no tiene justificación objetiva y razonable”, porque “la finalidad real y verdadera de la norma y no la meramente expresada en ella no tiene asidero racional, ya porque es desproporcionada para el fin que se persigue o porque este último no es un objetivo legítimo, esto es, constitucionalmente admitido”.

Vamos, ahora, a la praxis. Me parece que debemos distinguir, en esta línea de análisis, dos clases de normas legales: las que, en razón de su contenido y modo de aplicación, en cuanto no obran en medio de conflictos intersubjetivos concretos, no arriban normalmente al examen jurisdiccional, y las que, a la inversa, en función de los mismos factores, sí pueden ser objeto de ese tamiz.

Buen ejemplo de la primera clase son las normas legales que conceden privilegios exorbitantes a un grupo reducido de personas, encubiertos bajo una categoría de generalidad, aunque sujeta ésta a diversas restricciones, privilegios que otorga directamente el Estado –cuyos intereses definen los Poderes Ejecutivo y Legislador–, de modo que no hay posibilidad práctica de conflicto intersubjetivo judicial, ni competencia preventiva del Tribunal Constitucional, como es el caso de las leyes que han otorgado el derecho patrimonial a ingentes sumas de dinero, entre todos los servidores de la sociedad, a algunos Ministros de la Corte Suprema que se han retirado del Poder Judicial. En este orden, la prohibición de la arbitrariedad en la discriminación, en términos empíricos, no es más que un consejo al Poder Legislativo, entregado absolutamente a la conciencia de los parlamentarios, puesto que el privilegio se confiere, concreta y agota, de modo enteramente ajeno al examen judicial de eventual arbitrariedad en la discriminación que aquél implica. La cuestión de la eventualidad práctica del conflicto intersubjetivo concreto, que depende de las particularidades contin-

¹⁶ Cit., página 180.

gentes de cada caso, hace aquí la diferencia. Porque distinto fue el caso de los privilegios previsionales otorgados por norma legal, pero con cargo a la Caja Nacional de Empleados Públicos, puesto que ésta, a través del Consejo de Defensa del Estado, pudo reclamar de la desigualdad que aquélla implicaba, entregando el asunto a la revisión de la Corte Suprema en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.¹⁷

Así, tratándose de discriminaciones que, en los hechos, no son judiciales, la igualdad jurídica en Chile es, simplemente, una entelequia, que es particularmente dolorosa y grave en aquellos eventos en que, además, los agentes públicos a quienes se ha confiado la preparación de la ley acuden a la invención de categorías de generalización y abstracción, de mera palabrería, para resolver cuestiones particulares a favor o en contra de grupos particulares, a vista y paciencia de la ciudadanía, como ha sido el caso de la última modificación de nuestra normativa electoral,¹⁸ que ha solucionado un problema puntual de un sector político específico, pero poderoso. Así, en cuanto a esta clase de normas legales, el aporte del Constituyente de 1980 carece de concreción en la realidad, a menos que opere como pauta de recepción en conciencia.

En principio, es distinto el caso de las normas legales que actúan en medio de la eventualidad de conflictos intersubjetivos concretos, las que, por lo mismo, son judiciales, porque, en este evento, es al Poder Judicial al que compete aplicar, si corresponde, la prohibición de arbitrariedad en la discriminación, evaluando la razonabilidad de la diferenciación de trato otorgada por el Poder Legislativo, sobre la base de los criterios de examen que han sido ya abordados sucintamente. En efecto, si con arreglo al principio de legalidad dispuesto categóricamente por el Constituyente en los arts. 5°, 6° y 7°, la norma constitucional obliga imperativamente a todos los órganos del Estado, es de toda evidencia que, en caso de conflicto, al Poder Judicial le es entregada la facultad de evaluar tales factores en una norma legal específica, por vía de examen de constitucionalidad de la ley. Puede discutirse si es ésta una facultad atribuida también a los jueces del fondo, en razón del principio constitucional de jerarquía de fuentes de

¹⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 65, Parte Segunda, Sección Primera, página 183.

¹⁸ La iniciativa legal del Presidente de la República fue preparada un día lunes y aprobada por las dos Cámaras, en Comisiones y Salas, en el lapso de nueve horas de un día martes, a lo que se agregó al aprobación del Tribunal Constitucional del mismo día martes. En otro orden, relativamente a lo mismo, si se revisa el debate parlamentario, p. ej., el discurso del diputado Pablo Longueira, puede advertirse, a lo menos, un planteamiento sincero del asunto, en cuanto se admite que se utiliza la norma legal para resolver un problema puntual. No puedo concordar en ese criterio, desde que la generalidad, abstracción e imperatividad de la ley es, en mi concepto, un bien institucional mayor. Empero, si se revisa, en comparación, el Mensaje del Presidente de la República, se advierte no sólo ese mal, sino, adicionalmente, un tratamiento insincero del asunto.

derecho, opinión que comparto, o si se trata de una facultad exclusiva de la Corte Suprema, que puede conocer y decidir por vía de inaplicabilidad, con arreglo al art. 80,¹⁹ pero no es discutible la facultad judicial de ponderación y decisión, puesto que tal ha sido el criterio del Constituyente.

De modo que debiéramos expresar, en la perspectiva normativa, que el aporte a la justicia de la Constitución de 1980 ha sido enorme. Lamentablemente, la afirmación es de principio y no de praxis, porque se oponen a ésta las tradiciones jurisprudenciales de nuestra Corte Suprema, que, casi siempre, e insertándose en los rasgos propios de nuestra cultura jurídica, se inhibe del análisis en profundidad de la evaluación de razonabilidad del trato diferenciado que emana del Poder Legislativo. El lector puede acudir, a este efecto y con provecho, a los análisis que, de la jurisprudencia suprema, han realizado Gómez Bernales y Quijano Fernández.²⁰ En síntesis, la constante doctrina judicial anterior a la Carta de 1980, elaborada durante los siglos XIX y XX, se resume nítidamente en un fallo de la Corte Suprema, precitado, de 15 de mayo de 1968: "El principio de igualdad ante la ley no es obstáculo para que el legislador pueda contemplar circunstancias especiales que afecten a ciertos sectores o grupos de personas y darles tratamientos diferentes de los que gozan otros, siempre que las reglas obliguen a todos los que están en la misma condición o situación". Nuestro más alto tribunal permanentemente se abstuvo de otorgar profundidad concreta y real a la igualdad jurídica, que en la Constitución de 1925 no era sólo un principio, sino una norma jurídica suprema, del que la directriz igualitaria, adicionalmente, podía deducirse y aplicarse a todo ámbito de derecho.

Fue esta inhibición, como se dijo antes, la que condujo a la prohibición expresa de la arbitrariedad discriminatoria en la Constitución de 1980, a indicación del constitucionalista señor Silva Bascuñán, expresión de regla que permitía augurar una línea jurisprudencial diversa en lo sucesivo. La praxis de las dos décadas que aquí se examinan, desdichadamente, ha demostrado nítidamente que la idiosincrasia judicial, en este orden inhibicionista, suele superar las expresiones normativas nuevas y las consiguientes esperanzas de cambios profundos en la realidad. Si se revisan los fallos de la Corte Suprema en sede de inaplicabilidad, resulta evidente que el único cambio de la jurisprudencia ha consistido en que, antes de la innovación constitucional, se limitaba, para rechazar los recursos, a constatar la diferenciación de trato para categorías de situaciones diversas, en tanto que actualmente, a más de ello, describe la idea que, en el pensa-

¹⁹ Se trata de problema del mayor interés, que no ha tenido en Chile una solución clara. Con todo, no es tema de estas líneas.

²⁰ Ver, respectivamente, *El Principio de Igualdad Constitucional*, en *20 Años de la Constitución Chilena*, Editorial Conosur, y *La Jurisprudencia ante la Constitución*, Editorial Alfonso X.

miento legislativo, ha justificado la distinción de consecuencias jurídicas, agregando que tal idea sólo viola la igualdad jurídica si “es contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual”,²¹ criterio que, en el actual estado de la ciencia jurídica y en lo que hace al principio de relevancia, parece extremadamente poco exigente; es más, incluso en el contexto de tal criterio, los fallos evidencian meras afirmaciones de haberse razonado con normalidad y sin violación de la ética fundamental por el Poder Legislativo. En mi opinión, entonces, el aporte normativo del Constituyente de 1980 no se ha traducido en una praxis positiva, probablemente en razón de una inclinación humana del Poder Judicial a aceptar, sin crítica exigente, los criterios del Poder Político.

IV.2. La desigualdad ante la ley

Generada la norma legal, sobreviene el fenómeno de aplicación a los sujetos que se encuentran cubiertos, sobre la base de sus respectivas situaciones, por las diversas hipótesis de hecho comprendidas en aquélla, de modo de generar la regla particular vinculante. Se trata, desde luego, de un fenómeno extremadamente complejo, puesto que, entre otras dificultades –como la del enjuiciamiento del hecho–, la norma se expresa, usualmente, en el lenguaje natural, que admite casi siempre, como dice Larenz,²² una pluralidad de “sentidos posibles”, de modo que se configuran, en la terminología de Hart,²³ “normas abiertas”, cuestión evidente a todo operador jurídico, aunque Dworkin²⁴ pretende, más recientemente, circunscribir a criterios justificadores mínimos, extraídos a partir del propio ordenamiento, la respuesta judicial lícita.

De esto surge, en mi concepto, la más grave y menos abordada de las fuentes de desigualdad en el trato jurídico de la praxis cotidiana. A propósito de la preparación de mis *Apuntes de Derecho Procesal Penal* para la Universidad del Desarrollo, precitados, he tenido oportunidad de revisar acuciosamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de las últimas tres décadas del Siglo XX, con énfasis en los pronunciamientos de casación, resultando muy fácil advertir una contradictoriedad extraordinariamente sorprendente, que no tiene lugar sólo entre integraciones diversas, sino, también, entre unos mismos ministros, por ejemplo, entre muchísimos, para citar uno solo, en cuanto a la oportunidad y modo en que el proceso penal puede terminar por causa de constatación de excusa legal absolutoria.

²¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 88, Parte Segunda, Sección Quinta, página 178.

²² *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, páginas 308 y ss.

²³ Obra cit., páginas 155 y ss.

²⁴ Obra cit., páginas 146 y ss.

Podría pensarse que esto es propio de un sistema jurídico que, diferenciándose del Common Law y de la fórmula de *stare decisis* como la *política judicial habitualmente sabia*, privilegia la respuesta presuntamente *correcta* sobre la respuesta *firmemente establecida y por ende segura y previsible*. Sin embargo, aun en ese privilegio conceptual, una jurisprudencia respetuosa de la igualdad jurídica y, por lo mismo, de la justicia, que acatare el mandato constitucional igualatorio, advirtiendo la iniquidad del trato diverso frente a situaciones iguales, debiera, a lo menos, preocuparse de justificar con *argumentos fuertes* las evoluciones en los pareceres judiciales, conducta que no se advierte, de ninguna manera, en los fallos penales analizados, cuya cita puede encontrarse en los *Apuntes* mencionados. Esta preocupación no se advierte ni siquiera en los casos en que los pronunciamientos dispares provienen de similares integraciones.

En una óptica empírica, la lectura de las sentencias demuestra que los magistrados, psicológicamente, cuando conocen y deciden un caso, buscan y entregan la respuesta que estiman más *justa* desde el punto de vista de las particularidades de éste, *teniéndolo in mens* con singularidad y abstracción del daño que la diversidad de dictámenes provoca a la seguridad jurídica, a la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de conductas propias o ajenas, y, con ello, a la igualdad de trato como base de toda concepción de justicia.

He oído muchas veces defender esta política judicial, sobre la base de decir que la función del Juez es la de encontrar la solución "justa" de cada caso específico, de modo que ella pasa por aplicar las normas de un modo adecuado a esa solución, suponiéndose que ésta es "equitativa". Debo admitir que estas explicaciones no me convencen, en absoluto, no sólo porque otorgan a la función judicial un alcance potestativo que, en cuanto supralegal, evidentemente no tiene, sino fundamentalmente porque la definición de cada caso específico, sin sujeción a los marcos interpretativos que se han sostenido precedentemente y *sin una justificación fuerte y razonable del cambio hermenéutico*, destruye la igualdad jurídica que viene asegurada por la Constitución Política, y que, más que ello, es base de justicia, cuestión que, en mi concepto, se desprecia en la praxis.

Empero, el entendimiento que vengo criticando se encuentra en la base de la cultura jurídica chilena. Cada juez se siente enteramente libre para enjuiciar cada caso y, salvo el vínculo normativo, lo es, desde luego. Pero si esa libertad puede entenderse en un sentido que culmine en que la situación de cada persona quede decidida en función del criterio puntual del magistrado que en suerte corresponda, o, peor aún, del entendimiento que a éste un día u otro le asista, entonces a mí me parece muy claro que la igualdad jurídica, en Chile, es una quimera constitucionalizada. Y es mejor admitirlo así al formular un juicio de realidad.



Actualización en Derecho I

**La Constitución Política
de 1980 a 20 años
de su vigencia**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



Bases de la institucionalidad chilena*

Carlos Cruz-Coke Ossa

Profesor Titular de Derecho Político
y Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Los principios en que se funda la Constitución de 1980 son aquellos en que se inscribe la nueva institucionalidad y están recogiendo los valores predominantes en un momento histórico determinado, que constituyen la filosofía de la Carta Fundamental o lo que expresa el gran tratadista francés Georges Burdeau como: "la idea de Derecho predominante en dicho momento histórico", de manera de otorgarle al Estatuto Constitucional estabilidad y permanencia y que tienen una concreción en las normas constitucionales más específicas que se desprenden del resto del articulado de dicha Carta Fundamental.

El Capítulo I de la Constitución recoge efectivamente dichos valores en los que genéricamente pueden darse por establecidas dos ideas básicas del Constituyente: a) Los principios fundamentales del humanismo occidental, en que se funda la civilización cristiana de Occidente, y b) bajo el punto de vista político y jurídico, la adhesión al constitucionalismo democrático liberal que da paso a la democracia representativa.

Sus orígenes inmediatos provienen del pronunciamiento militar del 11 de septiembre de 1973, en el llamado bando N° 5: "Declaración de principios de la Junta de Gobierno"; en el trabajo de la Comisión Asesora para el Estudio de la Nueva Constitución, que celebró 417 sesiones (1973-1978); los debates en el Consejo de Estado, que celebró, asimismo, sesenta sesiones (1973-1980) y en la última parte del despacho del proyecto constitucional, con las observaciones de la Junta de Gobierno, que recogiendo la opinión de la primera Comisión Asesora, repuso el Capítulo "Bases de la Institucionalidad", el que en principio el Consejo de Estado lo hacía figurar en calidad de preámbulo o capítulo exclusivo. Finalmente, el 11 de septiembre de 1988, el proyecto constitucional fue votado en plebiscito, recibiendo una inmensa mayoría aprobatoria el texto definitivo de la actual Constitución.

*Exposición del profesor titular de Derecho Político y Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo, con motivo de los veinte años de vigencia de la Constitución Política de la República de Chile. Seminario efectuado en la Universidad del Desarrollo, el día 8 de marzo de 2001.

Es importante señalar que el valor doctrinario del Capítulo I es evidente e incuestionable, porque habrá sido objeto esta Constitución de modificaciones menores, incluso en el capítulo indicado, pero en lo que respecta al fondo, su contenido filosófico y los grandes parámetros que lo contienen no han sido objeto de reformas importantes, y lo que es más valedero, existe una coincidencia política y legislativa en orden a mantenerlos vigentes, pues representan valores teóricos y prácticos que recogen las dolorosas experiencias del pasado, una realidad conceptual de la Constitución que la ubica en el concepto “racional-normativo” de la misma y con fundamentos que expresan claramente que nos encontramos en presencia de una Constitución de la libertad y de la propiedad; es decir, un instrumento que permite a la Nación emerger al desarrollo económico social y con mucha antelación a la caída del último sistema totalitario de ingeniería social del marxismo-leninismo, el año 1989-1990. Finalmente, que acertadamente el Constituyente se sitúa en las grandes tendencias contemporáneas constitucionales, a partir de la década de 1960.¹

Todo ello lo examinaremos mediante una clasificación de tipo pedagógico para comprender en la mejor forma posible este contenido doctrinario tan valioso de la actual Carta Fundamental. Para ello, ordenamos el contenido del Capítulo I, Bases de la Institucionalidad (Arts. 1° al 91), según el esquema siguiente:

I. Una concepción humanista del hombre y de la sociedad;

II. Aceptación expresa de los grandes principios del constitucionalismo democrático-representativo;

III. La no imparcialidad frente al terrorismo y el totalitarismo en la defensa del orden constitucional y sus bases fundamentales;

IV. El Estado de Chile es unitario de carácter complejo;

V. Régimen presidencialista vigorizado.

¹ La concepción racional-normativa conceptual de la Constitución arranca de la Escuela Liberal de los siglos XVIII y XIX. Ella parte de la base que la Constitución es un todo que debe contener las grandes limitaciones al poder de los gobernantes, sin los cuales no existe Constitución. Dichas instituciones de control se dieron de una vez y en forma definitiva y constituyen la mayor garantía de los derechos naturales de las personas. Por lo tanto, propugna una Constitución suprema, rígida y escrita. Karl Schmidt lo desarrolla magníficamente en el siglo XX, además. Por otra parte, al constituir la Constitución una herramienta de desarrollo económico social, ajena al asambleísmo y la inestabilidad gubernamental, permite salir del subdesarrollo, materializar el perfeccionamiento espiritual y económico de la Nación y abrir las puertas a una efectiva libertad política y económica en acciones de largo plazo, que desdeñan la llamada “partidocracia”, frente

I. Concepción humanista del hombre y de la sociedad

Frente a esta concepción que expresa el Art. 1º de la Constitución, el ser humano es ontológicamente superior al Estado, dotado de libertad en la que se fundan sus derechos naturales, desde luego anteriores al Estado-Nación, que tiene el deber ineludible de no solamente reconocerlos, sino que ampararlos, como ocurre en el Capítulo III del texto constitucional (Derechos y deberes constitucionales). El origen material o fuente más importante de esta manifestación constitucional proviene de la concepción aristotélica de la sociedad, como un todo que forman un conjunto de relaciones permanentes que da paso a la concepción orgánica del hombre y de la sociedad. Sus fuentes se encuentran en el mismo Aristóteles (el hombre, ser eminentemente sociable); en la consagración de los derechos naturales que el Estado debe proteger, que expresa John Locke, en el siglo XVII, en el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, y principalmente en Santo Tomás de Aquino, intérprete de Aristóteles, en su tratado del *Principado*, del siglo XIII.

No se trata, entonces, de una Constitución cristiana o específicamente católica, ya que es un Estatuto Constitucional laico, pues reconoce explícitamente la libertad de conciencia y de credos y la separación de la Iglesia y el Estado, que confirman el Art. 19, N° 6º, de la Carta Fundamental. Es más, la Constitución se inicia con el epígrafe: "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos", frase que encabeza la monumental obra de Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, de 1759.² Está de más destacar que el ginebrino-francés Rousseau no era precisamente católico...

Ahora, de esta concepción humanista del hombre y de la sociedad, se desarrollan los siguientes postulados constitucionales:

a un Estado rector, dotado de amplias facultades, pero sujeto a diversos controles, lo que permite el pleno desarrollo del Estado de Derecho. La Constitución francesa de 1958, obra intelectual del general de Gaulle, constituye el ejemplo más claro de esta última tendencia: estabilidad política, preeminencia presidencial sobre el Parlamento, entre otras, que han colocado a Francia como cuarta o quinta potencia del mundo.

² Nos detenemos en este punto, para una breve explicación. En efecto, el Art. 19, N° 6º, de la Carta Fundamental asegura a todas las personas la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres o al orden público.

Por otra parte, una desafortunada -a mi juicio- modificación del Art. 11 de la Constitución, ya citado, cambió la palabra "hombres" por el término "personas", pretendiendo incluir a las mujeres, no obstante ser omnicomprendivo, como quedó constancia en más de siete sesiones de la Comisión Asesora; sin perjuicio de la definición del Diccionario de la Real Academia Española, que las incluye. Y por último, porque las personas, según nuestra legislación civil, son naturales o jurídicas. Pues bien, las primeras nacen libres en dignidad y derechos, pero las segundas las crea la ley o la Constitución (Vid. Art. 19, N° 15, de la Carta Fundamental). Así lo hice ver en el artículo que publiqué en el diario "El Mercurio", el 23 de Junio de 2000: "Lenguaje Jurídico deformado".

A) El Estado está al servicio del ser humano y no este último al servicio del Estado-Nación, como un manifiesto repudio al totalitarismo, que desarrolla, asimismo, el Art. 19, N° 15, de la Carta Fundamental (que reemplazó por la Reforma Constitucional del año 1989 el antiguo Artículo 81). De esa manera, se reconoce el pluralismo político y la defensa del orden constitucional frente a la violencia y la eventual destrucción del ordenamiento constitucional.

B) Corresponde a las personas un derecho preferente por su libertad natural para emprender las acciones que estimen convenientes para su plena realización material y espiritual, operando individualmente o a través de organizaciones menores que se definen como "sociedades intermedias", que el Estado ampara y protege.

C) De lo anterior, se desprende el principio de la subsidiariedad, según el cual las sociedades mayores y –en la especie– el Estado no pueden coartar el derecho de las sociedades menores para el cumplimiento de los fines que les son propios. Ello no significa que por esta causa nos encontremos en presencia del típico "Estado policial" liberal decimonónico. No. Las personas y sociedades menores realizarán sus fines que les son propios. La actuación del Estado, por lo tanto, se reduce a aquellos fines que las inferiores no quieran, no puedan o no deban realizar. El Estado, entonces, puede actuar en todo aquello que las inferiores no consideren lucrativo y el Estado, a falta de ellas, puede actuar como sociedad mayor, que excede la actividad privada, por su carácter intrínseco o estratégico, e incluso de conveniencia nacional. A guisa de ejemplo, el sistema de subsidios habitacionales y tantos otros. O aquellas que forman parte del aparato estatal, que son propias de la actividad del mismo: servicios de policía, relaciones internacionales, administración de justicia, defensa nacional, etc. Lo importante, sin embargo, y que fluye de esta norma, es el Art. 19, N° 21, de la Constitución, que tiende a reprimir el llamado Estado empresario y desde luego la concepción totalitaria de la colectivización de la actividad privada, sujetando al Estado a normas legales de quórum calificado y asimismo a idéntico sistema económico, tributario y financiero que las inferiores, todo ello protegido, además, por el llamado recurso de amparo económico y desde luego por el recurso de protección (Arts. 19, N° 21, y Art. 20 de la Carta Fundamental).

En consecuencia, estamos en presencia de un Estado Social, pero que dota a las personas naturales y jurídicas de inmensos espacios de libertad para lograr su pleno desarrollo.

D) Siempre dentro de esta concepción humanista y de acuerdo al principio de la subsidiariedad ya destacado, al Estado corresponde el "bien común", lo que trae consigo la realización personal, espiritual y material del

ser humano, lo que materializa, a su vez, las condiciones sociales que llevan a su pleno y justo desarrollo. Pero no se trata exclusivamente del bien común que el Estado, sociedad mayor, deberá cumplir; él también se extiende a todas las personas consideradas individualmente o integrando esas sociedades intermedias que protege el orden constitucional. Por lo tanto, el Estado y cada uno de nosotros y nuestras organizaciones no pueden escapar a esa responsabilidad. En consecuencia, es un concepto del bien común genérico (estatal) y particular (de cada uno de los integrantes del cuerpo social), enfrentados todos con rectitud y apego a los derechos que expresa la Constitución, a través de un contenido amplio, complejo y que pasa a ser un deber del cuerpo social ya indicado.

E) En relación a la familia, que es la sociedad intermedia esencial y la primera institución histórica, nuestra Carta Fundamental la define como el núcleo fundamental de la sociedad (Art. 1º, inciso 1º). Pero no basta ello. Como es el grupo intermedio por excelencia, el Estado tiene el deber de otorgarle plena protección, promover su integración y asegurar su participación como el sector más importante de la vida nacional, con plena igualdad de oportunidades en esa vida nacional.

Las disposiciones indicadas o postulados señalados dejan de ser un planteamiento teórico o un preámbulo del "deber ser". Lo interesante es que el catálogo de Derechos y Garantías Fundamentales del Capítulo III las van ratificando de manera elocuente y práctica, lo que nos permite hablar de una "Constitución Normativa", como ha quedado demostrado en más de veinte años de vigencia y de diez años de vigencia plena.³

II. Aceptación expresa de los grandes principios del constitucionalismo democrático-representativo

Esta fue una materia de amplio debate en el Consejo de Estado, no así en la Comisión Asesora, de otras opiniones divergentes, entre las que me conté, en ningún caso por enarbolar una bandera de carácter corporativista, como se trató de involucrarnos, sino que buscando un contrapeso a los peligros de la llamada "partidocracia"⁴ o el llamado "círculo de hierro de las oligar-

³ El constitucionalista austríaco Karl Lowenstein clasifica las Constituciones en "normativas", en que coincide el "deber ser" y el "ser", pues se cumplen en su integridad, gracias a factores históricos, sociales y culturales. Las "nominales", en que no existe esa plena coincidencia por faltar precisamente esas condiciones, y en "semánticas", que son aquellas de sistemas totalitarios, que constituyen un mero disfraz constitucional, pues no se cumple en nada el Estado de Derecho, en su obra sobre *Teoría de la Constitución*.

⁴ El término "partidocracia" o "partitocracia" ha sido acuñado por el brillante tratadista español Gonzalo Fernández De la Mora, que ha visitado muchas veces Chile y que supone el gobierno, imperio o monopolio de las cúpulas de los partidos políticos, a nivel de los tres Poderes del Estado. Así lo señala en la obra del mismo nombre.

quías partidistas”.⁵ Se trataba, entonces, de sin renegar de los principios clásicos de la democracia liberal, buscar paliativos para evitar ese fenómeno tan dañino para la vida institucional. Debemos reconocer que la posición liberal se impuso definitivamente, pero no es menos cierto que el haber profundizado con eficacia la representación social a nivel de municipalidades, que fue derogada, e incluso en parte de la representación parlamentaria, es un hecho que el fenómeno no tendría la fuerza que sigue teniendo. No obstante y quizás ello es consecuencia de los mismos hechos que advertimos, han aparecido factores que no dejan de ser graves en el panorama político nacional y que serían –a mi juicio– una consecuencia ineludible de haber prescindido de elementos que siempre creímos, y seguimos creyendo, que se pudieron evitar. Desde luego, las fuertes abstenciones de electores, especialmente en la juventud; el descrédito de los partidos en todas las encuestas; las críticas a la acción legislativa y la inacción del Congreso Nacional; y lo que es más grave, el abandono de las “elites” del campo partidista y en su rol de agentes del Estado. Felizmente, el sistema mayoritario binominal, que tanto defendimos y donde triunfamos, ha evitado mayores males, como la inestabilidad política, la detención del proceso productivo y económico y el cáncer del multipartidismo.⁶

La Constitución Política de 1980 se sitúa, en todo caso, en los grandes principios del constitucionalismo clásico, movimiento doctrinario gestado en los siglos XVIII y XIX, que lograron neutralizar el poder de la monarquía absoluta mediante la imposición de diversas técnicas para salvaguardar la persona humana, fundado en los principios aristotélicos de libertad, igualdad y participación. Dichos principios han sido reconocidos y aceptados por el actual ordenamiento constitucional:

a) El artículo 4º, de estas Bases de la Institucionalidad, expresa que Chile es una República democrática, por lo que las autoridades políticas se generan por sufragio universal y por el término limitado que el propio ordenamiento constitucional establece, lo que así ocurre respecto a los cargos de Presidente de la República (seis años, en vías de reforma a cuatro); senadores (ocho años); diputados (cuatro años) y concejales y alcaldes (cuatro años, en vías –asimismo– de reforma a tres años).

b) El Art. 51, el cual expresa la residencia de la soberanía en el ente abstracto y jurídico de la Nación y su ejercicio mediante los plebiscitos que la

⁵ “La ley de hierro de las obligarquías” la planteó el alemán Robert Michels, a principios de siglo, aludiendo al mismo fenómeno de Fernández de la Mora, en su obra *Los límites de la democracia*.

⁶ Esta materia, podrá verse con más claridad en los trabajos que publiqué en la década del 80 en la *Revista Política* y la *Revista del Instituto de Estudios Públicos* y más recientemente en la ponencia que presenté a las Jornadas de Derecho Público del año 2000, que tiene por título *En defensa del sistema mayoritario binominal de escrutinio*.



Constitución establece (el constitucional, de los arts. 117 y ss. y los municipales del Art. 107, inc. 5°, de la Carta Fundamental) y de las elecciones periódicas, a que aludimos, de las autoridades políticas. Esta residencia “esencial” de la soberanía en la Nación no obsta al ejercicio de la misma mediante las autoridades que la propia Constitución establece, que no provienen del sufragio universal y que igualmente están dotadas de soberanía, como ocurre, por ejemplo, con el Poder Judicial, los órganos constitucionales y los diversos agentes de Estado no electos.

Es importante destacar en esta parte del estudio el inciso segundo de dicho artículo, en orden a que la soberanía reconoce como limitación de la misma los derechos esenciales que emanan de la persona humana, por ser anteriores al Estado, como lo hicimos ver, de acuerdo al artículo 1° de la Carta Fundamental, por lo que se destruye el mito de que la soberanía todo lo legitima. De la misma manera, la reforma constitucional de 1989 limita la soberanía a los tratados internacionales que están ratificados por Chile.⁷

c) El Art. 7°, inciso segundo, adhiere al principio de la separación de funciones o distribución de funciones de los Poderes de Estado al expresar, como ocurría con la anterior Constitución, que nadie puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, su ejercicio, lo que importa responsabilidades y la sanción correspondiente.

d) Los artículos 61 y 71 acogen el principio de la supremacía constitucional y el principio de la legalidad, pues dejan en evidencia que el no sujetarse a las normas que emanan de la Carta Fundamental acarrea a las autoridades las responsabilidades correspondientes.

e) Los mismos artículos mencionados, como un corolario, adhieren al principio del Estado de Derecho y la responsabilidad gubernamental, en cuanto expresan que los preceptos constitucionales obligan tanto a los titulares e integrantes de los Poderes del Estado, como a toda persona sea natural o jurídica, lo que amplía los márgenes de responsabilidad, dando lugar a las llamadas nulidades de derecho público y a las responsabilidades y sanciones correspondientes.

⁷ Sin pretender extendernos en esta materia, toda la cátedra y la jurisprudencia se han uniformado en cuanto a que de ninguna manera los tratados internacionales pueden primar sobre la Constitución, por innumerables razones, siendo las más importantes que dichos tratados son leyes, de acuerdo al Art. 50, N° 20, de la Carta; que la Constitución no puede ser modificada tácitamente por una norma de rango inferior; que sólo se reforma la Constitución conforme a las normas del Capítulo XVI, etc. Sobre el particular, la opinión del profesor Pablo Rodríguez Grez ha clarificado perfectamente esta situación en diversas publicaciones periodísticas y en la Revista de Derecho de esta Facultad, en orden a que la interpretación de las normas de derecho público y –en la especie– de las normas constitucionales es exclusiva y excluyente y que, a diferencia del derecho privado, como se trata de normas de derecho estricto, sólo puede hacerse todo aquello que la ley expresamente permite.

f) Es importante señalar, finalmente, en esta parte que, como consecuencia de los capítulos que encierran la aceptación de los grandes principios de la democracia clásica, ellos importan un explícito reconocimiento a nuestros derechos fundamentales, sean ellos individuales, sociales y políticos, todos ellos notablemente fortalecidos en los Capítulos II y, especialmente, III de la Carta Fundamental.⁸

De tal manera, en relación a esta materia, aparecen notablemente robustecidos los derechos de las personas y ratificada la concepción humanista del hombre y de la sociedad, con las salvaguardas consiguientes.

III. La no imparcialidad frente al terrorismo y el totalitarismo en la defensa del orden constitucional y sus bases fundamentales

Como una consecuencia del principio de la seguridad nacional a que permanentemente alude la Constitución, se ha buscado salvaguardar y conservar el principio de la democracia. Para esos efectos, no obstante la derogación del artículo 8° de la Carta Fundamental, el Art. 19, N° 15, sanciona como ilícitos y contrarios al ordenamiento jurídico los actos en que personas, grupos o partidos políticos propugnen la violencia o concepciones políticas fundadas en el totalitarismo, generando un mecanismo de defensa del orden constituido, a través de las facultades que se le otorgan al Tribunal Constitucional (Art. 82, atribución 7ª), en las que, incluso, existe acción pública. De esta manera, se aplican diversas sanciones a partidos, organizaciones, grupos o personas que pretendan la destrucción del orden institucional; que no respeten el pluralismo político, amparado en la misma disposición; quienes tampoco respeten la alternancia en el poder y los principios básicos ya detallados del orden democrático. Para ello se establecen severas sanciones en quienes incurran en tales contravenciones señalando diversas inhabilidades, las que se duplican en caso de reincidencia.

Por otra parte, el artículo 9° de la Constitución, como otro mecanismo de defensa, sanciona en forma ejemplar las conductas terroristas, que como expresa el Constituyente son por esencia contrarias a los derechos humanos. Las sanciones aparecen descritas en una ley de quórum calificado, ya vigente, sin perjuicio de las inhabilidades a que se hacen acreedores los

⁸ Es importante consignar que, tratándose de una Constitución breve, sumaria o básica, según una de las clasificaciones tradicionales, en la parte correspondiente a los derechos y garantías fundamentales (Capítulo III) es reglamentaria o desarrollada, precisamente para perfeccionar en un plano de realidad y efectivo cumplimiento nuestros derechos esenciales, naturales y que todos llevamos consigo por nuestra propia condición de seres humanos

autores, cómplices y encubridores de estas conductas, atendida la extraordinaria gravedad de ellas. Para esos efectos, resalta el Constituyente en el inciso final del artículo 9°, que dichos delitos serán considerados siempre comunes y jamás políticos para todos los efectos legales.

En esta parte de las Bases de la Institucionalidad, reiteramos que nuestra Constitución no puede ser imparcial, pues el totalitarismo y el terrorismo son las mayores lacras de todo sistema político y precisamente la manera de defender los derechos humanos es sancionándolas ejemplarmente. En efecto, el siglo que recién termina ha dejado una estela de más de cien millones de seres indefensos muertos por los sistemas de ingeniería social o los llamados "ideologismos", por lo que todo ordenamiento constitucional tiene derecho a defenderse. En relación al terrorismo, él representa la forma más cobarde y nociva de atentado a la vida humana, a su integridad psíquica y física y a la integridad del ser humano, por lo tanto debe ser combatida en forma elocuente y por medios eficaces.⁹

IV. El Estado de Chile es unitario de carácter complejo

El artículo 3° de la Carta Fundamental expresa que el Estado de Chile es unitario; que su territorio se divide en regiones y que la administración será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada, según lo determine la ley. El Capítulo XIII, Gobierno y Administración del Estado, desarrolla el precepto del artículo 3°, ya mencionado.

Sin duda que los esfuerzos iniciados el año 1974, con los Decretos Leyes 573 y 574, remodelaron el sistema del Estado unitario chileno, dándole el carácter de "complejo".¹⁰ Según las características del mismo, la desconcentración se traduce en dotar a los servicios públicos a nivel de regiones de capacidad para resolver los problemas propios de los entes territoriales y evitar el efecto devastador de la "centralización a que lleva el Estado unitario simple (terminar con aquello que "Santiago es Chile..."), pero manteniéndose el vínculo de subordinación y dependencia con el agente central. A su vez, la descentralización administrativa que se lleva a efecto en las municipalidades se hace efectiva al dotarlas de personalidad

⁹ Como la primera y más importante garantía constitucional, el Capítulo III de la Constitución lo encabeza el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de todas las personas naturales, protegiendo –incluso– la vida del que está por nacer. Por consiguiente, para nuestro Constituyente el aborto es abiertamente inconstitucional.

¹⁰ Así titula Marcel Prélot el Estado Unitario desconcentrado y descentralizado, que en caso alguno se equipara al Federal, como sostiene Kelsen, ya que se mantienen vigentes los tres elementos del Unitario: un solo centro de impulsión política, administrativa y jurídica; un sólo Estado y una sola Constitución, válida para todo el territorio de la República. Vid. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Edic. Dallaz., París, sucesivas ediciones.

jurídica de derecho público propia, recursos propios y un sistema de autogeneración, a través –hoy día– del voto popular. Por lo tanto, es una descentralización, como se dijo, administrativa y no política, como ocurre en España, Italia y, hoy, Gran Bretaña, por citar algunos ejemplos.

Es evidente que, no obstante que las diversas reformas a la Carta Constitucional han ido permitiendo un mayor desarrollo de este último sistema de descentralización administrativa, especialmente, no alcanza aún un desarrollo más completo. Pero es un hecho cierto que la acción de los Concejos Comunales y especialmente los alcaldes, están jugando un rol protagónico en la vida institucional, dotados ahora de elementos más importantes para cumplir su labor, y lo que es más valioso aún, el permanente contacto con las inquietudes, deseos y aspiraciones de los vecinos, a través de las normas constitucionales del Art. 107, inciso 5° de la Constitución, que les permiten dicho contacto, mediante plebiscitos comunales y consultas no vinculantes. Ello acerca el pueblo a su autoridad local, conoce sus opiniones y las va resolviendo conforme a sus planteamientos mediante la confección del presupuesto municipal y el plan de desarrollo de la comuna. Así, hemos podido comprobar en qué forma se han capitalizado electoralmente y con características de liderazgos los jefes comunales, en circunstancias que no ocurre a nivel de parlamentarios. La razón es muy sencilla: es una forma más de democracia directa, que produce un interesante fluido entre vecino-electorado con el jefe comunal. De esta manera, no obstante muchas imperfecciones del sistema, la figura del buen alcalde se perfila con caracteres de gran conductor, cuando es capaz de interpretar con eficacia los anhelos de sus electores. Creo que en estas materias se están dando y darán pasos gigantescos para darle categoría a una fuerza política tan importante como es la opinión pública, la que creo que con el tiempo irá superando nítidamente las fuerzas políticas clásicas provenientes del siglo XIX y las sectoriales, manifestadas en los grupos de interés o de presión.

V. Régimen presidencialista vigorizado

Tanto en la Comisión Asesora para el Estudio de la nueva Constitución, como el Consejo de Estado y la propia Junta de Gobierno, hubo coincidencias en fortalecer el Régimen Presidencial de Gobierno, acentuando su carácter presidencialista. Para ello, sirvió de base especialmente la Constitución francesa de 1958, también producto de experiencias dolorosas, como las que vivió esta nación en orden a restablecer la autoridad del Estado, a través de la más alta magistratura de la nación. Sin entrar en detalles en esta materia, que es tema de otra exposición en este aniversario constitucional, es interesante destacar, sin embargo, que el reforzamiento de la

autoridad del Jefe de Estado recoge una tendencia mundial contemporánea que está operando en la gran mayoría de los países occidentales, a nivel de Jefes de Estado y de Jefes de Gobierno. Además, es un hecho histórico para Chile que el debilitamiento de la autoridad presidencial produjo estragos en nuestra historia republicana, como ocurrió en 1891, hasta el Pronunciamiento Militar de 1924, que destruyó el "pseudoparlamentarismo" triunfante en Concón y Placilla; y en seguida, el año 1973, cuando el Jefe de Estado fue cercado por las corrientes políticas, y aun más grave, de carácter ideológico extranjerizante, que llevaron al país a la crisis más grave de su historia.

Aparecerá como una paradoja que la crisis de 1973 haya tenido como principal titular precisamente al Presidente de la República en su clara intención de establecer un régimen totalitario de carácter marxista-leninista, de tipo "castrita"; pero no es menos cierto que el sistema constitucional vigente hasta 1973 tampoco permitió el adecuado funcionamiento de las instituciones políticas y aun tampoco estaba sujeto a controles políticos y jurisdiccionales suficientes y eficaces, lo que precipitó su debacle. En este orden de cosas, es importante destacar que, no obstante las amplias facultades presidenciales, la Constitución Política de 1980 ha dotado a los Poderes del Estado, a los Tribunales de Justicia y otros órganos constitucionales de mayores prerrogativas de control y fiscalización, las que, a mi juicio, harían ilusorio que el Jefe de Estado pueda caer nuevamente en la arbitrariedad de la ilegitimidad, quebrando el Estado de Derecho. Dichos contrapesos son fundamentales en un estatuto constitucional moderno. En efecto, en un mundo interdependiente y de inmenso avance tecnológico se requiere de un presidencialismo fuerte, de amplias atribuciones y capaz de resolver situaciones que no son capaces de resolver los "asambleísmos" del siglo XIX, pero no es menos cierto que la eficacia de los sistemas de control aludidos está permitiendo que el país pueda desarrollarse eficientemente, alcanzar metas en el orden económico y social en un esquema de libertad política y económica, todo ello cautelado por interesantes recursos constitucionales, una fiscalización que si no es más efectiva, lo es a consecuencias del juego de las mayorías parlamentarias. Pero que en el orden de la democracia y el pleno Estado de Derecho es capaz, como no ocurrió en las anteriores Constituciones, de otorgar pruebas importantes de contrapeso y balances que dignifican la acción presidencial.

Forma de gobierno en la Constitución de 1980

Luz Bulnes Aldunate

Ministra del Tribunal Constitucional
Profesora Titular de Derecho Político y Derecho Constitucional
FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE

Para un cabal análisis de esta materia no podemos prescindir de enunciar ciertas características de la Constitución de 1980 que tienen clara incidencia en el régimen político que ésta establece.

Sobre este punto es fundamental situarse en el momento histórico en que se dicta dicha Carta Política.

A nuestro juicio la Constitución de 1980 tiene todas las características de las Constituciones de postguerra, las que presentan grandes diferencias con las primitivas Constituciones del constitucionalismo.

Sin el análisis de las circunstancias históricas y sociales, tanto nacionales como internacionales, bajo las cuales se dictó la carta de 1980, no podremos jamás tener una comprensión cabal de las normas constitucionales que nos rigen.

El mundo después de la Segunda Guerra se dividió en dos bloques irreconciliables, circunstancia que influyó en el orden político nacional e internacional, como también en el ámbito jurídico y especialmente en las nuevas tendencias constitucionales que aparecen después de la guerra.

La Constitución de 1980 es fiel reflejo de las Constituciones que surgieron en la guerra fría y en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se trabajó siempre teniendo en especial consideración no sólo nuestros antecedentes históricos y jurídicos, sino que también se tuvieron a la vista las nuevas Constituciones de Occidente, como la francesa de 1958, la alemana de 1949, la italiana de 1947 y se alcanzó a trabajar también con la española de 1978.

De un examen general de estas Cartas Políticas podemos decir que ellas se caracterizan por ser Constituciones valóricas –pierden la neutralidad ideológica y son además Constituciones económicas. Los principios económi-

cos pasaron a tener jerarquía constitucional y en muchos casos salen de la órbita del legislador. Vemos surgir, además, claras restricciones al pluralismo –que mejor ejemplo que la Constitución alemana–. Además una tendencia que se expresa con énfasis en estas constituciones es la vigorización del Ejecutivo en desmedro del Parlamento, dando lugar a nuevas formas de gobierno y aparecen tanto en los regímenes presidenciales como en los parlamentarios mayores atribuciones, ya sea para los Presidentes de la República o los Jefes de Gabinete.

La forma de gobierno presidencial existe en Chile claramente perfilada desde la Constitución de 1925 y un estudio de nuestra historia jurídica nos revela cómo a través de sus reformas se han ido paulatinamente aumentando las atribuciones del Presidente de la República (1943-1970), hasta llegar a 1980, en que se observa no sólo la expresión de un presidencialismo chileno, sino que se destaca ya una fuerte vigorización del Ejecutivo, siguiendo las tendencias mundiales.

Sobre este punto es interesante oír las palabras de Pereira Menaut, quien nos dice refiriéndose al régimen presidencial.

“La patria del presidencialismo es Estados Unidos, donde las teorías de Locke, Blackstone y Montesquieu se llevaron mucho más a rajatabla que en la metrópli. Ha sido muy imitado en Hispanoamérica.

Sin embargo, mientras que el Presidente norteamericano tiene gran poder, pero está sometido a grandes controles, los Presidentes latinoamericanos se le parecen sólo en el poder, no en los controles, ni siquiera en las repúblicas que mejor funcionan”.

Forma de gobierno en la Constitución de 1980

La forma de gobierno presidencial nació como una interpretación rígida de la separación de poderes. Sus características doctrinarias son las siguientes:

1. El Presidente es al mismo tiempo Jefe de Estado y Jefe de Gobierno.
2. Como el Ejecutivo no recibe su poder del Legislativo, sino que del electorado, no responde ante aquél. No existen votos de confianza ni mociones de censura.
3. A la inversa, el Ejecutivo tampoco puede disolver las Cámaras.

4. Como consecuencia de lo anterior, la duración del mandato presidencial es fija, como lo es también la de los miembros del Legislativo. Al decir de la doctrina, esto es lo que da al presidencialismo una estabilidad que los parlamentarismos corregidos han tratado de imitar.

5. Hay incompatibilidad entre los cargos de Ministros de Estado y miembros del órgano legislativo, en razón del principio de separación de poderes que sustenta el sistema.

Estas características están claramente reflejadas en nuestra Carta Fundamental, como lo pasamos a describir:

El Capítulo IV de la Constitución lleva el título de Gobierno y a continuación habla del Presidente de la República. Es la primera Constitución chilena que trata al Presidente antes que al Congreso Nacional.

Caracteriza la forma de gobierno que se establece en este capítulo no sólo su título, sino que además una serie de elementos propios de esta fórmula y ajenos al sistema parlamentario.

En primer lugar destacaremos que el Presidente es al mismo tiempo Jefe de Gobierno y Jefe del Estado. Esta doble calidad implica que ambos son elegidos por el electorado, lo que tiene evidentes consecuencias en los mecanismos de responsabilidad que pueden afectar a este órgano del Estado.

En los regímenes parlamentarios, en cambio, al Jefe de Gobierno lo elige el Parlamento y forma parte de él, por lo que es responsable ante él.

Por el contrario, en los regímenes presidenciales o presidencialistas el Presidente de la República sólo tiene responsabilidad política ante los que lo eligieron, pero tiene claras responsabilidades de carácter jurídico que se hacen efectivas por la acusación constitucional, mecanismo que permite perseguir sólo su responsabilidad penal y administrativa por los ilícitos que se establecen en los artículos 48 N° 2 y 49 N° 1 de la Constitución.

1. Distinguimos la responsabilidad política de la responsabilidad jurídica, porque la primera es propia de los regímenes parlamentarios, consiste en la confianza en la gestión de un Jefe de Gobierno o de un Ministro y se hace efectiva a través de los mecanismos de censura o los votos de confianza que promueve el Parlamento en razón de que este órgano constitucional designa al Jefe de Gobierno. Distinta es la responsabilidad jurídica en los regímenes presidenciales o presidencialistas, porque en ésta se persiguen ilícitos penales o constitucionales y en el proceso hay que probar la

causal que se alega. Si se persigue la responsabilidad política –no hay nada que probar–, hay confianza o no hay confianza.

2. Los Ministros de Estado en el régimen establecido por la Constitución de 1980 son de la exclusiva confianza del Presidente y son sólo sus colaboradores en el gobierno y administración del Estado.

3. Característica esencial de los regímenes presidencialistas en el siglo XX es que se amplían las atribuciones legislativas del Presidente de la República. Este fenómeno lo observamos durante la vigencia de la Constitución de 1925 y sus reformas y aparece con más énfasis en la Constitución de 1980.

La regla general establecida en el artículo 62 de la Constitución, que las leyes puedan iniciarse tanto por el Presidente como por los diputados y senadores, tiene su excepción en la institución muy propia de nuestro país, que es la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, atribución que evidentemente limita las facultades de los miembros del Congreso. Por la reforma de 1970 y la Constitución de 1980 esta atribución, que es excepcional, se ha ampliado sustancialmente.

Hoy todos los aspectos económicos, financieros, administrativos y previsionales deben iniciarse por mensajes del Presidente. Quedan además en la órbita presidencial todas las materias que importen gastos.

Si bien se han ampliado, como lo decíamos, las atribuciones del Presidente en desmedro del Congreso, hay que reconocer que ello ha llevado a una mejor ordenación presupuestaria.

Otro mecanismo que amplía las atribuciones legislativas del Presidente es la urgencia –o preferencia– en la tramitación de un proyecto, la que bajo la actual Constitución y a instancias del Consejo de Estado, no sólo la petición de urgencia, como existía en la constitución de 1925, sino que también su calificación corresponde al Presidente. El decide si las leyes deben tramitarse en 3, 10, o 30 días.

En definitiva, es el presidente quien resuelve sobre qué proyectos deben o no tramitarse y pasa a tener un dominio de las tablas en las distintas Cámaras.

4. Como otro elemento de las atribuciones legislativas del Presidente debemos agregar el sistema de las legislaturas regulado en los artículos 51 y 52 de la Constitución.

Se establece en estas disposiciones un sistema de doble legislatura –ordinaria y extraordinaria.

El Presidente de la República puede convocar a legislatura extraordinaria dentro de los 10 últimos días de la legislatura ordinaria o durante el receso de ella. Convocado por el presidente del Congreso, solo podrá ocuparse de los asuntos legislativos o de los tratados que él incluye en la convocatoria, sin perjuicio del despacho de la Ley de Presupuesto y de la facultad de ambas Cámaras para ejercer sus atribuciones exclusivas.

La legislatura ordinaria va desde el 21 de mayo hasta el 18 de septiembre del mismo año.

En Chile la doble legislatura se encuentra en nuestra tradición y se destaca por lo cortos que son los períodos en que el Congreso funciona en legislatura ordinaria (1828: tres meses y medio de legislatura ordinaria –1833: tres meses de legislatura ordinaria). Hoy hay 7 meses de receso de la legislatura ordinaria, lo que no se encuentra en ninguna otra Constitución, de manera que la regla general es sesionar en legislatura extraordinaria con la distinta competencia que ello implica y que incide en el dominio de las tablas por el Presidente.

Como ejemplo de esta situación inusual, podemos indicar cómo operan las legislaturas en otros países. Podemos señalar: Brasil –receso de 4 meses y período ordinario de 8 meses–, Argentina –9 meses de sesiones ordinarias y receso de tres meses–, España y Panamá –8 meses de sesiones ordinarias y 4 meses de receso. En Italia no hay doble legislatura, sólo existe un corto feriado.

A este acápite hay que agregar la posibilidad de la delegación de facultades legislativas en el Presidente, atribución de gran importancia en el orden legislativo.

Otras atribuciones que destacan la vigorización del Ejecutivo

Como elementos propios de un régimen presidencialista están las reformas que se introdujeron a la Carta de 1925, contenidas en el artículo 32 de la Constitución que nos rige. Por el número 10 de esta norma se elimina el acuerdo del Senado para el nombramiento de los embajadores y ministros diplomáticos, como también respecto de los representantes ante organismos internacionales. Igualmente se elimina la intervención del Senado en el nombramiento de oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros.

De lo expuesto aparece con nitidez que nuestro régimen político constituye un presidencialismo vigorizado, producto claro de nuestra tradición jurídica y ampliamente reforzado o vigorizado por las tendencias constitucionales de la guerra fría. La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución actuó no sólo como una comisión asesora de un gobierno militar que quería reforzar al Ejecutivo, sino que también como una constituyente de post-guerra. La idea estaba inmersa en el mundo jurídico de la época.

No podemos terminar este análisis sin referirnos, aunque sea brevemente, a dos materias relacionadas directamente con el presidencialismo vigorizado de la Carta de 1980 y que se refieren a:

- a) la nueva regulación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, y
- b) la fiscalización de este Ejecutivo vigorizado.

La potestad reglamentaria en la Constitución de 1980

La Carta actual en su artículo 32 N° 8 modifica sustancialmente la regulación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

El artículo mencionado, inspirado en la Constitución francesa de 1958, establece una nueva forma de potestad reglamentaria, que es la potestad reglamentaria autónoma. Al mismo tiempo, por el artículo 60 de la Ley Fundamental se modificó el sistema de la Constitución de 1925, que establecía a la ley como norma de clausura del ordenamiento jurídico.

De la sola lectura del artículo 60, y especialmente de su numeral 20 –que señala “Sólo son materias de ley: 20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”–, aparece claro que se introdujo una nueva institución, pero con timidez, porque era revolucionaria para nuestros hombres de derecho. Los propios franceses creadores del sistema de la potestad reglamentaria autónoma como norma de clausura la han calificado como “revolucionaria jurídicamente”, se habló de la revolución jurídica.

Sus antecedentes están en los artículos 34 y 36 de la Constitución francesa.

La posterior historia de la Constitución francesa nos muestra una gran evolución y hoy nos encontramos con que un gran especialista, como es Louis Favoreu, nos dice “la revolución no ha tenido lugar” y ello debido a que la última jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés (Tribunal Consti-

tucional) tiende cada día más a restaurar las atribuciones del Parlamento. Su última jurisprudencia es evidente en este sentido, y así se ha señalado por los autores y por el Consejo que la ley para estar conforme con la Constitución debe ser suficientemente precisa y completa y no puede entregar al decreto gubernamental la fijación de ciertas reglas.

En Chile han surgido en los últimos tiempos interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales de las normas constitucionales que se apartan de la doctrina y jurisprudencia francesa de los últimos tiempos y también del espíritu de los constituyentes chilenos al establecerlas y que nos alarman por la amplitud que les están dando a las atribuciones del órgano ejecutivo, debilitando aun más al Congreso Nacional y se ha llegado por esta vía al extremo, a mi juicio como profesora de esta especialidad, de autorizar que materias legislativas se regulen por decreto.

Se ha sostenido la posibilidad de que el reglamento complementa a la ley aun en materias que están íntegramente entregadas al legislador, como es el caso de los tributos, las limitaciones al dominio, los subsidios, etc.

No hay potestad reglamentaria de complementación en las materias entregadas estrictamente al legislador, el que debe regularlas íntegra, completa y totalmente. Distinto es el caso si el constituyente habla que el legislador regulará sólo las bases, allí la competencia del Ejecutivo es más amplia, ejemplo, las materias previsionales y laborales.

De lo expuesto aparece claro que las doctrinas que buscan darle mayor amplitud a la potestad reglamentaria influyen directamente en el régimen político, pues si por el presidencialismo se otorgan mayores facultades a los Jefes de Gobierno, ello no puede significar la desaparición de las atribuciones legislativas, como sería sostener que por la potestad reglamentaria el Presidente de la República pudiera complementar todas las materias de ley, ello en la práctica constituye la sujeción del Congreso Nacional al Presidente, desapareciendo toda expresión de la separación de funciones, principio del constitucionalismo clásico y sustento de la defensa de los derechos de las personas y de los fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho.

Esta interpretación no estuvo jamás en la mente de los constituyentes y la doctrina que la sostiene es producto de elaboraciones posteriores que debilitan enormemente al Congreso. Desgraciadamente hay importante jurisprudencia en el sentido que nos preocupa.

La función fiscalizadora en la Constitución de 1980

Un análisis del régimen político nos lleva indefectiblemente a un análisis de las facultades fiscalizadoras del Congreso Nacional. Los constituyentes de 1925 las establecieron como una facultad exclusiva de la Cámara de Diputados de manera de impedir todos los mecanismos que se habían ideado para censurar gabinetes y así lo expresó el Presidente Alessandri en el discurso en que convocó a plebiscito.

En la Comisión de Estudio hubo acuerdo en tratar estas materias en los mismos términos que en la Constitución de 1925, como también en señalar que el mecanismo de fiscalización parlamentaria no puede significar en caso alguno hacer efectivas responsabilidades políticas.

Sobre este punto cabe señalar que los comisionados no se mostraron partidarios de la existencia de comisiones investigadoras como habían existido bajo la Constitución anterior.

A nuestro juicio un régimen político como el chileno –presidencialismo vigorizado– descrito anteriormente debe tener como contrapeso una fiscalización efectiva de los actos del Gobierno y de la Administración y de las empresas del Estado.

Hoy la facultad está establecida en el artículo 48 como atribución exclusiva de la Cámara de Diputados. Dice este artículo que la Cámara deberá fiscalizar los actos del Gobierno.

Se han presentado dudas sobre a quién se fiscaliza, ¿es acaso al Presidente y a sus agentes directos o quedan comprendidos también los actos de la Administración, sea central o descentralizada y las empresas del Estado?

Es evidente que esta atribución se creó para fiscalizar al Presidente y a sus agentes directos, no existía en ese momento –1925– una Administración autónoma y descentralizada. La configuración del Estado era distinta y la Comisión de Estudio incorporó la atribución en los mismos términos que en la Constitución del año 25.

Respecto a las comisiones investigadoras, los constituyentes de 1980 no fueron partidarios de incorporarlas a la Constitución y criticaron su actuación en el período anterior.

Hoy igualmente que ayer se formulan dudas respecto a la constitucionalidad de estas comisiones, reguladas sólo en los reglamentos de las Cámaras, como también respecto de la debilidad de las atribuciones fiscalizadoras.

Conclusión

A nuestro juicio una forma de gobierno presidencial de Ejecutivo vigorizado, como el caso chileno, debe tener como contrapeso un sistema de fiscalización regulado por la Constitución y acorde con los tiempos que se viven.

Esta atribución clave para que funcione una democracia moderna y con la actual economía no puede quedar entregada a los reglamentos de las Cámaras y a la práctica constitucional, ello desvirtúa completamente el sistema y permite que no se hagan efectivas claras responsabilidades de carácter jurídico.

La globalización de la economía de los últimos años trae aparejados lógicamente para el Estado requerimientos distintos a los que se presentaban cuando se dictó la Constitución de 1980, lo que nos obliga a meditar sobre la extensión de la potestad reglamentaria y muy especialmente sobre el vacío existente en materia de fiscalización.



Garantes de la institucionalidad

Hermógenes Pérez de Arce I.

Abogado

La experiencia histórica chilena aconsejó a los constituyentes de 1980 conferir un papel a los uniformados en el respaldo de las instituciones de la República.

En efecto, en una docena de episodios de la vida política interna, que ha documentado el historiador Gonzalo Vial –entre la revolución de 1891 y el pronunciamiento de 1973, ambos inclusive–, crisis políticas derivadas del incumplimiento de las normas constitucionales por parte de los partidos o sus dirigencias, actuando en el Gobierno o en el Congreso, hicieron necesarias interferencias militares en la vida institucional.

Esas interferencias fueron, en rigor, inconstitucionales, pero en su momento se las apreció como la única salida a las pugnas gestadas por los quebrantamientos e intransigencias recíprocas de la civilidad.

Ello, y la evidencia de que, en la mayoría de esos casos, la trasgresión al marco constitucional había partido de actuaciones de personeros o grupos políticos, lo que había generado el llamado a la intervención militar, aconsejó incorporar a los uniformados al rodaje constitucional con un carácter preventivo, es decir, protector de la institucionalidad.

Se trataba de precaver las situaciones, en lugar de esperar a que ellas se produjeran y desencadenaran la intervención militar. La Constitución de 1980 procuró cumplir con ese propósito.

Los militares siempre fueron garantes

Pero, antes de detallar cómo lo hizo, debe dejarse establecido que antes de ella las instituciones de la defensa nacional habían estimado estar investidas del rol de garantes de la institucionalidad.

La diferencia es que, hasta la Constitución de 1980, fueron garantes *ex post*. A partir de dicha Carta pasaron a serlo *ex ante*, es decir, con carácter preventivo.

Hay pruebas de que bajo la propia Constitución de 1925, en efecto, se concebía a las Fuerzas Armadas como instituciones comprometidas a garantizar la legalidad y el orden internos. Así, en el Boletín de Informaciones N° 8, del 12 de mayo de 1970, el a la sazón Comandante en Jefe del Ejército, general René Schneider Chereau, manifestaba textualmente:

“El Ejército es garante del régimen constitucional, uno de cuyos actos trascendentes es la elección de Presidente de la República”.

Más adelante se entrará en el detalle de la forma en que esa misión era entendida por los uniformados, pues el mismo predicamento puede hacerse extensivo a situaciones que puedan presentarse bajo la Constitución de 1980.

Papel constitucional de las instituciones armadas

Recogiendo la experiencia histórica antes aludida, la Carta Fundamental vigente contiene las siguientes disposiciones referidas al rol de los uniformados en el quehacer institucional:

1) Artículo 45, letra d), que integra al Senado a “un ex Comandante en Jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea y un ex General Director de Carabineros, que hayan desempeñado el cargo a lo menos por dos años, elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional”.

2) Artículo 81, letra c), que faculta al Consejo de Seguridad Nacional para elegir a dos abogados como integrantes del Tribunal Constitucional.

3) Artículo 90, incisos segundo y tercero, en los cuales se establece que las cuatro ramas uniformadas tienen “la misión de garantizar el orden institucional de la República”.

4) Artículo 95, que establece el Consejo de Seguridad Nacional, “presidido por el Presidente de la República e integrado por los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República”.

5) Artículo 96, letra b), según la cual el referido Consejo, entre sus atribuciones, tiene el “hacer presente, al Presidente de la República, al Congreso

Nacional o al Tribunal Constitucional, su opinión frente a algún hecho, acto o materia que, a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional”.

6) Artículo 96, letra d), según la cual el Consejo puede “recabar de las autoridades y funcionarios de la administración todos los antecedentes relacionados con la seguridad exterior e interior del Estado”. Señala que el requerido estará “obligado a proporcionarlos”.

Significado de estas disposiciones

El conjunto de ellas y su interpretación armónica imponen una obligación a los garantes de la institucionalidad, en el sentido de velar por que esta última sea respetada. En otras palabras, ante cualquier atropello manifiesto a normas fundamentales, frente al cual los órganos jurisdiccionales aparezcan sobrepasados o se muestren o resulten inoperantes o ineficaces para restablecer las bases del Estado de Derecho; o, peor aún, si esos órganos toman parte en la trasgresión, los garantes de la institucionalidad tienen la obligación de dar todos los pasos constitucionales que consagran las normas antedichas.

De partida, el primero de ellos debiera consistir en recabar toda la información a que se refiere el artículo 96, letra d), de la Constitución.

Teniéndola en sus manos, si de la misma se desprende un quebrantamiento de las normas cuya vigencia los garantes están llamados a (como su nombre lo indica) garantizar, el segundo paso se halla señalado en la letra b) del mismo artículo: deben hacer presente a las máximas autoridades del país su opinión frente al hecho, acto o materia que configure un grave atentado en contra de las bases de la institucionalidad o, en su caso, de la seguridad nacional.

Cabe imaginar que el mero ejercicio de esas atribuciones encontraría gran eco en la opinión pública, del cual no podrían desentenderse quienes fueren sindicados como responsables de la trasgresión al orden constituido o al Estado de Derecho.

Es obvio que la reacción interna y externa ante semejante llamado de atención contribuiría a redoblar la fuerza del mismo.

Todo ello conduciría a pensar que el solo ejercicio de las atribuciones conferidas por la Carta a los garantes contribuiría en gran medida a la eficacia rectificatoria de su iniciativa.

¿Y si la actitud trasgresora persiste?

Si, pese a todo, persistiera la trasgresión materia de la advertencia del Consejo de Seguridad Nacional, formulada a instancias de los cuerpos armados garantes de la institucionalidad, la salida está definida por la propia doctrina legalista o "doctrina Schneider", perteneciente a las mejores tradiciones del Ejército.

En el acta del Consejo de Generales de 23 de julio de 1970, reproducida en "El Mercurio" de 22 de octubre de 2000, página D-22, se expresa:

"Como se ha manifestado anteriormente, en nuestro país impera un régimen legal; este régimen definido en una Constitución Política del Estado, establece en forma muy clara la forma y la vía por la cual se deben renovar los diferentes poderes del Estado; fija en forma muy clara los que tienen opción de llegar a estos poderes; en estas definiciones no figuran las Fuerzas Armadas con opción de llegar al poder, por el contrario, como ya se ha manifestado, les da a ellas la misión de garantizar el funcionamiento del régimen legal y, por lo tanto, de respaldarlo para que por la vía normal se elijan los diferentes poderes del Estado, entre ellos el Poder Ejecutivo, o sea el Presidente de la República. Para cumplir con este cometido se les ha entregado a las Fuerzas Armadas poder representado por sus armas y fundamentalmente por un mando absolutamente independiente para que, en cierto modo, pueda servir de árbitro en el cumplimiento de estos preceptos legales; en consecuencia, el hacer uso de estas armas, de estos poderes, para también asignarse una opción para llegar a la conducción del país, implica simplemente un desconocimiento y, aun más, una traición al país que le ha entregado esta tarea y que confía en su cumplimiento integral e imparcial; luego, mientras se viva en régimen legal, las Fuerzas Armadas de Chile no son 'una alternativa de poder'".

"Es adecuado, sin embargo, dejar claramente expresado que esta posición y este pensamiento de índole legalista tienen como limitación el hecho de que el ejercicio del poder del Estado que se está sustentando y respaldando abandonara su propia posición legal. En ese caso, las Fuerzas Armadas (que se deben a la Nación, que es lo permanente, más que al Estado, que es lo temporal) están llamadas a resolver el problema; o frente a una situación absolutamente anormal que por lógica se sale de los marcos en que se ha planteado el régimen que sustenta la conducción del país. Con todo, debe quedar claro que esta es una urgencia que se sale de toda normalidad y que en ningún caso justifica la concepción de las Fuerzas Armadas como una 'alternativa de poder'".

En esta doctrina legalista e institucional, tradicional del Ejército, está la respuesta a la pregunta que encabeza este párrafo: si la actitud trasgresora persiste, quiere decir que “hay un poder que abandona su propia posición legal”. En este caso, “las Fuerzas Armadas (que se deben a la Nación, que es lo permanente, más que al Estado, que es lo temporal) están llamadas a resolver el problema”.

Obviamente, “resolver el problema” consiste en poner término a la situación que trasgrede la institucionalidad; en velar porque el imperio de la Constitución y de las leyes se restablezca.

En otras palabras, la autoridad que protagoniza la trasgresión (sea ella una autoridad ejecutiva o administrativa, parlamentaria o judicial) debe volver a situarse, por la razón o la fuerza, dentro del marco de la legalidad.

Las Fuerzas Armadas, con los recursos que la Nación ha puesto en sus manos, deben velar por ello, pero sin jamás erigirse en una “alternativa de poder”. Simplemente, deben garantizar la institucionalidad.

Restablecida ésta en sus cauces normales, las Fuerzas Armadas deben volver, a su turno, a sus funciones normales.

Conducta concreta de los garantes

Pero en el hecho, y como hemos podido verlo en estos últimos años, bajo la vigencia del articulado permanente de la Constitución de 1980, se ha dado la situación de que los garantes de la institucionalidad se han mostrado remisos a ejercer su tarea de tales.

Ha habido numerosas situaciones que se habrían prestado para que hicieran presentes a distintos órganos las trasgresiones registradas contra la institucionalidad. Por ejemplo, casos de parlamentarios invadiendo funciones judiciales, al amenazar con acusaciones constitucionales, o entablarlas y hasta destituir un ministro de la Corte Suprema, por desacuerdo con los fallos de los tribunales; casos de parlamentarios que han encabezado acciones ilícitas, como “tomas” de viviendas, o que han promovido conflictos laborales, lo cual les está vedado en la Constitución y, en algunos casos, debiera determinar el cese en sus funciones; casos de públicas y notorias presiones del Ejecutivo sobre jueces, como las que llevaron al ministro Alfredo Pfeiffer, de la Corte de Apelaciones de Santiago, en 1997, a la insólita decisión de renunciar a seguir conociendo de una causa que afectaba a autoridades dependientes del Ministerio del Interior; o la in-

constitucional comunicación del a la sazón Presidente de la República, Patricio Aylwin, a la Corte Suprema, en el sentido de que ésta debería modificar su criterio para aplicar la amnistía, presión indebida que fuera acogida por el máximo tribunal y otros inferiores, en posteriores fallos; el caso de la inconstitucional desfiguración de la naturaleza del cargo de senador designado, al alinearse quienes han accedido a esa dignidad con las bancadas partidistas, lo que contraviene el sentido de la norma constitucional; y, en fin, el proceso contra el ex Presidente, ex Comandante en Jefe y senador vitalicio, Augusto Pinochet, en que pública y notoriamente se han consumado atropellos a la Constitución y las leyes bajo un pretexto político.

Frente a ninguna de esas situaciones las Fuerzas Armadas y Carabineros han dado algún paso, en el seno del Consejo de Seguridad Nacional, para hacer presentes los respectivos atropellos a la institucionalidad a los órganos responsables de velar por ella.

El retorno a una situación como la anterior a 1973

La referida renuencia de los garantes a officiar de tales ha generado un vacío de poder, que los partidos políticos se han aprestado rápidamente a llenar. Es así como se debaten en estos días reformas constitucionales destinadas a suprimir los senadores designados y vitalicios, convertir al Consejo de Seguridad Nacional en un mero órgano asesor del Presidente de la República, privarlo de la atribución de designar miembros del Tribunal Constitucional, suprimir la referencia constitucional a la calidad de, precisamente, garantes que tienen las Fuerzas Armadas y Carabineros y poner término a la inamovilidad relativa actual de los Comandantes en Jefe y del General Director.

En otras palabras, los caminos para ejercitar la función de garantes con carácter preventivo serán cerrados. La presencia constitucional de las Fuerzas Armadas y Carabineros resultará minimizada. La designación de los altos mandos será en lo sucesivo, previsiblemente, determinada por razones políticas, y los uniformados que pretendan ser autónomos frente a las presiones de la autoridad civil, o intenten rescatar el papel de velar por la institucionalidad, tomando pie de la doctrina legalista del general Schneider (ya que se habrán perdido las herramientas jurídicas preventivas que para el efecto entrega la Constitución de 1980) serán llamados a retiro.

Todo ello parece anunciar el retorno de las instituciones de la defensa nacional al papel secundario al que se vieron relegadas paulatinamente entre

1931 y 1973, y que provocara en su momento las manifestaciones de descontento castrense registradas al final de la década de los sesenta, en el siglo pasado.

Pero ello no suprime la concepción de la "doctrina legalista de Schneider", en 1970. Ni impide que un eventual desquiciamiento interno como el que movió a las grandes mayorías democráticas a pedir, desde las más variadas instancias ciudadanas, la intervención salvadora del 11 de septiembre de 1973, pueda volver a repetirse.

La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después

José Luis Cea Egaña

Profesor de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Se han cumplido veinte años de vigencia de la Carta Fundamental de 1980. Conmemoramos también una década del regreso de nuestra República a la democracia.

Pensamos que el tiempo transcurrido desde el 11 de marzo de 1981 es ya suficiente para formular juicios, nunca exentos de polémica, en relación con la legitimidad de ese Código Político y su idoneidad para precaver la repetición de los sucesos que culminaron en el quiebre institucional de 1973. Oportuno resulta, en consecuencia, reflexionar en torno de la consolidación de la Ley Suprema en la cultura de Chile y en la conciencia del pueblo y los gobernantes. Pertinente es, igualmente, meditar acerca del grado de eficacia que ella ha tenido en el proceso tanto de superación de las causas y secuelas de la ruptura institucional, como de transición a la democracia y de reconciliación nacional.

I. Aniversario con interpretaciones opuestas

La fecha que recordamos permite destacar que, con excepción de la Carta Fundamental de 1833, prolongada parcialmente en la de 1925, nuestras Constituciones no han sido longevas. Por eso, llama la atención que el Código Político de 1980, con dos décadas de vigencia en varios de sus capítulos, y apenas diez años de aplicación en los pertinentes a los órganos de elección popular, sea ya la tercera de las Cartas Fundamentales chilenas con más larga duración.

En sus etapas de estudio, elaboración y aprobación, la Constitución de 1980 fue objeto de divergencias. Casi sin debate público y hallándose el

país bajo regímenes de excepción, se cruzaban, en desigualdad de acceso a los medios de comunicación, la defensa con el ataque a los cambios que se anunciaban por el gobierno militar a la Carta Fundamental de 1925. Unos argumentaban que se trataba de innovaciones, a menudo originales, indispensables para prevenir la recaída en la demagogia, el estatismo y la violencia; los demás impugnaban esas fórmulas, porque entronizaban el autoritarismo, la tecnocracia y la democracia tutelada, apartándose de nuestra trayectoria republicana y de justicia social.

Me detengo en el hecho antes relatado para destacar que, en el fondo, una vez más con él reemergía la fisura que ha separado, generalmente sobre la base de simplificaciones ideológicas y de intereses creados de toda índole, a líderes e intelectuales chilenos en torno de quién, con qué objetivos y cómo debe actuar el agente principal del desarrollo humano en Chile. Coincidimos en que es grave e inaceptable la pobreza e indigencia, la marginación de importantes sectores del acceso al progreso con base en la igualdad de oportunidades, etc., pero carecemos del consenso, mínimo aunque esencial, en la respuesta a las tres cuestiones planteadas. Y a la Constitución se la entiende como el centro de esa pugna. Se alternan, entonces, según los ciclos históricos opuestos, quienes imponen en el Código Político sus concepciones, prescindiendo de los demás, silenciándolos o evitando el esfuerzo, decisivo en la democracia, de forjar acuerdos sobre la base del diálogo, la buena fe y la voluntad de compromiso.

Fluye de las ideas expuestas que recordar los veinte años de vigencia de la Constitución en vigor tenía que ser motivo de evaluaciones opuestas, aunque no tan descalificadoras como las que se manifestaron en la época aludida e incluso después. Pues bien, pensamos que esto deja de manifiesto un fenómeno alentador, esto es, que se va comprendiendo más el espíritu de la Carta Fundamental, concluyendo que su forma y sustancia son mejores de lo que se objetaba en su texto.

Es difícil imaginar, sin embargo, que exista –o se llegue a construir– un consenso, básico y profundo, en torno a la legitimidad de la actual Constitución en la plenitud de sus principios y normas. Efectivamente, quienes admiran la obra del Poder Constituyente de 1980, incluso sin las reformas que ha experimentado, piensan que implantarla fue la decisión más acertada en punto a resolver la crisis que la motivó. Agregan que ha permitido el desarrollo del país, sobre la base de la iniciativa privada, culminando en años de prosperidad reconocidos aun en el extranjero. Por el contrario, han aumentado los detractores de ese sistema constitucional, reputando insuficientes los cambios que le han sido introducidos y propugnando, por consiguiente, nuevas enmiendas que posibiliten una mayor injerencia estatal en la regulación de la actividad socio-económica, conjugando la ge-

neración de riqueza con la equidad en el acceso a ella. Probablemente, tenemos que resignarnos ya a aceptar que la tensión referida es parte de la cultura jurídico-política de los chilenos. Admitir que ése es un rasgo de la manera de pensar y obrar de los chilenos no conlleva, sin embargo, aceptar que él sea inmodificable o incorregible. Nuevamente la fe que nunca debe faltarnos se hace presente en este esfuerzo por superar la encrucijada resumida. Esa es la fe que sintieron, desde la fundación de la República, quienes creyeron en el constitucionalismo, como asimismo en que con la educación y enseñanza, más que nadie de la juventud, al cabo de las generaciones llegaremos a ser capaces de concertar y respetar más y sólidos acuerdos.

Nuestra Constitución debe ser representativa de la tradición republicana de Chile; tiene que comprobar también su capacidad, actualizada por la hermenéutica de sus cláusulas, para resolver, o aliviar, los problemas de las generaciones presentes; en fin, debe reflejar los ideales de la Nación en la trama de su composición pluralista, facilitando el planteamiento, canalización y satisfacción de ellos en la mayor medida posible. Prácticamente, sin embargo, esa triple finalidad ocurre en pocos Estados. En el caso de la Carta Fundamental de 1980 no se advierte coincidencia en el asunto. Y ésta es una de las causas que lesiona su perdurabilidad y, por lo mismo, que exige reformarla en los tópicos largo tiempo discutidos.

II. Fuerza normativa de la supremacía

Los juicios que se dirigen a la Constitución son de elogio y de crítica, pero ni aun los más adversos la descalifican por completo. La experiencia ya vivida permite, en efecto, descubrir y apreciar la impronta valiosa que ha dejado en el ordenamiento jurídico y, más relevante todavía, en el criterio con que ha comenzado a ser interpretada en sus relaciones con la supremacía constitucional. Esto nunca fue así en Chile y, por lo mismo, el cambio merece ser realzado.

La fuerza normativa de la Ley Suprema equivale a la imperatividad ineludible de sus principios y normas con rasgos propios, directos e inmediatos. Es decir, la Carta Fundamental no es un conjunto de declamaciones formales, desprovistas de las características de las reglas jurídicas. Antes bien, la cualidad vinculante que ella tiene para todos los órganos públicos y los particulares, obliga a obedecerla, de buena fe, en su espíritu más que en la letra. Y tal deber de acatar y cumplir, lealmente, cuanto fluye de la Constitución no es una exigencia condicionable ni susceptible de excepciones. La fuerza normativa del Código Político, en consecuencia, es permanente o constante.

Pues bien, esa energía normativa ha penetrado en las disciplinas más diversas, llevando a que los actos e instituciones administrativos, civiles y penales, laborales, tributarios o procesales, por ejemplo, tengan que ser revisados, primeramente, desde el punto de vista de su mérito constitucional. El fenómeno es nuevo y va avanzando paulatinamente en la magistratura, como se advierte en sus fallos más recientes. La abogacía experimenta el mismo proceso y se admite, sin vacilación, que el letrado no puede desenvolverse con éxito en estrados sin dominio del Derecho Constitucional. Con idéntica perspectiva comienza a ser preparada la juventud en las Facultades de Derecho.

La cátedra universitaria ha contribuido a explicar y difundir aquel principio. Pero no faltan las disidencias, casi con certeza causadas por una formación constitucional inadecuada o por la deformación de un positivismo obsoleto y que no puede detener más la influencia de los valores en el sistema jurídico.

Antes o más allá de la labor académica pensamos que se halla el Tribunal Constitucional. Esta es, en nuestra opinión, la institución a la cual debe adjudicársele el papel decisivo en afirmar el rol normativo directo de la Carta Fundamental. Obrando con independencia y versación, con prudencia y respeto por los órganos a los cuales controla, esa magistratura ha pronunciado sentencias determinantes para el regreso de Chile a la democracia; ha defendido la primacía del Código Político; por último, el concepto de sistema constitucional al que ha acudido, en especial a través de la visión dúctil de los preceptos fundamentales y de una interpretación, a la vez conciliadora y razonadamente considerada, de la obra de las instituciones políticas, son algunos de los motivos que justifican el reconocimiento de que goza esa institución.

III. Interpretación fiel para una Constitución definida

La Carta Fundamental de 1980 es nítida en su visión de la persona y de la familia, de los grupos intermedios y el Estado. En el artículo 1º del capítulo dedicado a las Bases de la Institucionalidad queda así proclamado y comprometido. Enfaticémoslo, nombrando los valores definitorios de tal axiología definida.

Primeramente, la dignidad como fuente de los derechos inalienables e insuprimibles, pues son inherentes a la persona y emanan de la naturaleza humana; la familia en su calidad de asociación básica y en su rol de núcleo de la sociedad civil; esta sociedad concebida en términos pluralistas por la diversidad de grupos, ideas e intereses que la integran; aquellos grupos dotados de autonomía, asegurada ante el Estado subsidiario y de cara tam-

bién frente a las demás asociaciones; el Estado, en fin, situado al servicio de la persona humana, siendo su finalidad promover el bien común y contribuir a la realización verdadera del mismo objetivo.

Ciertamente, como se ha escrito, trátase de una Constitución clara, y no neutra en sus definiciones matrices. La característica explicada debe gravitar en el entendimiento e implementación de todos sus preceptos y de los incluidos en la legislación que la complementa.

Insistimos en el tópico, porque cabe advertir, con preocupación, el afloramiento de interpretaciones que se apartan del entendimiento e implementación fiel al espíritu del Código Político. Las ilustraciones son aún escasas, pero importantes. Por ejemplo, la reducción del término **persona**, a los nacidos; la elaboración del Código Procesal Penal sin subordinarlo a la supremacía de la Carta Fundamental en punto a los conceptos de **procesado**, **acción de amparo**, **consulta** de la sentencia que condena por conducta terrorista, etc.; el intento por suprimir la definición de la voz **empresa**, para abrir la negociación colectiva a las áreas, bloques o sectores de esos agentes económicos; la invocación del **bien común**, pero sin ligarlo al respeto pleno de los derechos asegurados en la Constitución.

No olvidemos un aforismo elemental de la hermenéutica constitucional: más vale la interpretación que el texto del Código Político, pues aquella es la ciencia, o la técnica si se recuerda que la dogmática jurídica es eminentemente práctica, que infunde realidad a la letra de la Ley Suprema. En consecuencia, el intérprete debe ajustarse a cuanto emana de ese Código, obrando lealmente, es decir, de buena fe, con transparencia y sin argucias ni resquicios.

IV. Arraigamiento de la parte dogmática

En esta parte de toda Constitución se halla la declaración de los derechos y deberes inherentes a la persona por su dignidad de tal, así como las acciones o garantías deducibles para infundirles eficacia y hacerlos respetar.

Ahora bien, la parte dogmática de la Carta Fundamental de 1980 fue la más acuciosa, visionaria y abierta o francamente elaborada. Dicha circunstancia, que es una cualidad que la vuelve representativa, explica por qué tal parte está consolidada, prueba de lo cual son los proyectos, sólo puntuales, que buscan reformarla. La gente, en efecto, diariamente y con frecuencia creciente, está invocando sus derechos fundamentales en gestiones administrativas y controversias judiciales. Estamos convencidos que esa aplicación práctica ha vivificado la Constitución, como asimismo, que

en idéntica medida la ha ido sustrayendo del afán reformista, de índole formal e ideológica, que singulariza a un sector de nuestra clase política y de la doctrina chilena. Aquí, en suma, la Constitución se ha arraigado en los destinatarios de sus preceptos, aplicándose a diario en la convivencia. Presenciamos, de nuevo, un hecho sin precedentes en nuestro constitucionalismo y que, como es obvio, se erige en sólido cimiento de su continuidad. La Constitución, en suma, ya no es sólo una Parte Orgánica, al servicio de los órganos estatales, sino que, principalmente, la Parte Dogmática, con tales órganos en posición de instrumentos que pueden ser accionados por los gobernados.

El proceso referido transcurre imperceptiblemente, pero una vez asentado vivifica a la Constitución en cuanto es vivida. Creemos que nunca, como hemos dicho, se había llegado a esta identificación de la población con la Parte Dogmática de la Carta Fundamental. Desconozco estudios demoscópicos en el tema, pero sobre la base de observar cuánto y cada vez más la gente acude a la Constitución, pienso que muchos ya no la ignoran ni les resulta indiferente. Cuanto más constantemente es invocada, por consiguiente, en idéntica magnitud se demuestra que, al amparo de sus preceptos, ciertos conflictos sociales han quedado resueltos, o contando con ella la gente progresa en su bienestar espiritual y material. Eso es, ni más ni menos, lo que siempre debe ser el Código Político. Secuela de lo escrito es que la vivencia robustece la confianza de la ciudadanía en el Código Político, incrementándose el compromiso por la paz con justicia y seguridad jurídica.

En el arraigamiento de la Parte Dogmática ha influido, con rasgos preponderantes, el recurso de protección de ciertos derechos esenciales. Esa acción cautelar representa una de las innovaciones más importantes y efectivas de la actual Constitución. Pese a los obstáculos levantados para admitirla y acogerla, la jurisprudencia resultante de los miles de recursos resueltos cada año ha ido cambiando el ordenamiento jurídico, y también la mentalidad con que es concebido e interpretado.

Reconociendo la existencia de excesos en el ejercicio de ese arbitrio, hoy bastante disminuidos, cabe agregar que él ha convertido a la Constitución en normativa útil y al alcance de la población en general, incluyendo la más humilde. Va quedando así en el pretérito uno de los reparos más ciertos que merece nuestro constitucionalismo, esto es, que ha contemplado declaraciones de derechos en catálogos exhaustivos, pero omitiendo las acciones, especialmente jurisdiccionales, que permiten a la gente hacerlos respetar, cualquiera sea quien los amenace u ofenda. Hincapié cabe hacer, en tal sentido, en que el recurso de protección ha suplido, parcialmente es cierto, la falta de tribunales administrativos.

V. Derecho constitucional internacional

La Parte Dogmática ha abierto, a través de la reforma del artículo 5º efectuada en 1989, la integración de nuestro Derecho Constitucional con el contemplado en los tratados sobre derechos humanos, ratificados por Chile y vigentes en nuestro país.

Esta es una vertiente que debe ser ligada a la globalización y a la relativización del concepto de soberanía. De ella comienzan a fluir efectos positivos, especialmente en nexos con la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento a lo propugnado en aquellas convenciones internacionales. Sobre la base de la aplicación, sólo y siempre supletoria y complementaria, de los dos regímenes constitucionales señalados, esto es, ceñidos al carácter coadyuvante que el Derecho Constitucional internacional tiene con respecto al Derecho Constitucional nacional, el resultado es que se ha enriquecido el estatuto de la persona y el acceso de ella a los órganos jurisdiccionales encargados de protegerla. El fallo de la Corte Interamericana, pronunciado el 05 de febrero de 2001, es un ejemplo de la prudencia y sana disposición con que sus jueces han concretado tales postulados, a favor de una libertad de expresión sin censura, pero custodiando, moralmente, a la infancia y juventud. Ese fallo fue, a mayor abundamiento, el acicate que determinó la aprobación de la decimoquinta reforma constitucional, el 25 de agosto también de 2001, y la dictación de una legislación nueva, consistente con el acceso libre de los adultos a la producción, cinematográfica o de otro género, que sea de su preferencia.

No ha sido posible todavía llegar a acuerdo acerca del rango constitucional de los tratados aludidos. Tampoco hemos coincidido en las consecuencias que ellos tienen en el imperativo de aprobar las modificaciones de nuestra legislación. Menos cercano aún divisamos el entendimiento en torno de la aplicación, entre sí, de los preceptos de los diferentes tratados internacionales, dilucidando los conflictos que existen de unos con otros, rubro en el que también cabe admitir el principio de jerarquía, unido al de universalidad. La cuestión sigue pendiente, pero esta situación debe atribuirse a los intérpretes, y jamás al texto, contexto y espíritu del artículo 5º de la Carta Fundamental.

Verdaderamente, las dudas y controversias que subsisten en la aplicación del Derecho Constitucional internacional en Chile arrancan, primordial aunque no exclusivamente, de las causas judiciales en trámite por violación de los derechos a la vida e integridad personal, ocurrida en los años del gobierno militar. Son, por consiguiente, circunstancias políticas y jurídicas graves, complejas, pero resolubles con buena voluntad, cuyo origen está en interpretaciones divergentes de los procesos que singularizan las

tres últimas décadas de nuestra historia. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, pronunciada el 9 de julio de 2001, marca un promisorio punto de inflexión en el tema. Si ese fallo es confirmado, como lo esperamos, se habrá consolidado la fuerza normativa propia de la Constitución y, más todavía, despejado el camino hacia el consenso en la necesidad de hacer realidad en Chile el constitucionalismo supranacional.

Lo cierto, hasta aquí, es que la Constitución posee la flexibilidad suficiente para acoger soluciones diversas, más aún si son sólo legales. La misión recae, entonces, en concertar las decisiones por los órganos competentes para hacerlo, sobre la base, por supuesto, de una doctrina que haga a un lado las disputas bizantinas y descubra, por fin, que la unidad de meta yace en el humanismo.

VI. El centro de la controversia

Trátase de la Parte Orgánica, Instrumento de Gobierno o conjunto de autoridades que participan en el desempeño de la soberanía.

En esa parte se halla la serie de capítulos más apresuradamente debatida en las tres etapas de estudio de la Carta Fundamental. A su articulado, frecuentemente carente de historia fidedigna, se llegó con premura, doblegando oponentes internos del régimen militar y tropiezos que surgieron desde fuera de él para demorar la aprobación del nuevo Código Político. La rapidez con que fue preparado el texto perjudicó el análisis ecuánime de las causas de la crisis de 1973 y de las fórmulas prácticas para evitar su recurrencia. Además, es aquí donde tuvo que haberse comprobado el mayor acierto por la amplitud de criterio y desapego a sesgos ideológicos, virtud que no existió y que el tiempo ha revelado, dejando patente el desarraigo de algunas de aquellas fórmulas o la obsolescencia de otras.

En análogo orden de ideas hacemos notar que las numerosas y extensas disposiciones dictadas como Constitución Transitoria no fueron aplicadas para poner en acción, paulatinamente, las instituciones cruciales del nuevo régimen, observando su funcionamiento y, a raíz de ello, introduciéndole los cambios requeridos. Lejos de eso, tales disposiciones sirvieron para prolongar el régimen militar y, como secuela de la derrota en el plebiscito del 5 de octubre de 1988, preparar su término con el alejamiento pausado de quien fue el jerarca máximo.

Quedó así estructurado el presidencialismo más reforzado de nuestra historia republicana, culminando la línea trazada en la Constitución de 1925, profundizada con las reformas de 1943 y 1970. La enmienda constitucio-

nal de 1989 eliminó algunas facultades del Jefe de Estado, pero el balance sigue dejando de manifiesto que el Congreso Nacional fue la institución más afectada por el desequilibrio de potestades. Este reparo es particularmente ostensible con respecto a la fiscalización política precaria que le incumbe ejercer a la Cámara de Diputados y, en términos más amplios, a la posición secundaria que ambas ramas del Parlamento tienen en la iniciativa y tramitación de las leyes.

Las objeciones disminuyen cuando se trata de nuevos órganos constitucionales autónomos, de carácter técnico, como es el Banco Central. Está ya corroborado, en efecto, el acierto de haberlo elevado al nivel máximo de los entes estatales, junto con dotarlo de amplia capacidad de decisión propia para velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos. Análogamente destacable es la reafirmación del imperio del Poder Judicial para cumplir sus resoluciones, siendo cada día más evidente, sin embargo, la repercusión que en la independencia y modernización de la Magistratura tiene su falta de autonomía presupuestaria.

VII. Correcciones y progresos

El método aplicable a la reforma constitucional ha demostrado ser más flexible de lo que se desprende del texto que lo contempla. Fue así posible forjar los consensos en torno a la necesidad de corregir las deficiencias o errores en que se incurrió al redactar la Carta Fundamental. En menos de doce años, lo expuesto ha ocurrido en quince oportunidades, haciendo de la Constitución actual la más modificada en nuestra historia. Junto a los cambios que democratizaron el régimen, singularmente realizable es la creación del Ministerio Público como institución central de la reforma procesal penal.

Se avanza, afortunadamente, en los acuerdos parlamentarios que permitan introducir otras modificaciones, pendientes desde 1989. Trátase de la reducción del período presidencial a cuatro años, sin reelección inmediata; de la supresión de los senadores designados y vitalicios; de la eliminación de la dualidad de legislaturas y de la racionalización de la urgencia que puede formular el Primer Mandatario para el despacho de la ley; del fortalecimiento de la función fiscalizadora de la Cámara de Diputados sobre los actos del gobierno, constitucionalizando las comisiones investigadoras y circunscribiendo sus facultades; por último, de la modificación del Consejo de Seguridad Nacional en su composición y atribuciones, restringiéndola a la asesoría del Primer Mandatario en esa materia y a pronunciarse sobre la implantación de ciertos estados de excepción.

El consenso no existe todavía a propósito de otras enmiendas. Es el caso de la inamovilidad relativa de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y del General Director de Carabineros; de la derogación de las normas que confieren a esos órganos de la Defensa Nacional la misión de velar por el orden institucional de la República; de la disposición que restaura en el Ministerio del Interior la dependencia de Carabineros de Chile; y de la ampliación de las posibilidades de convocar a plebiscito con ocasión de una reforma a la Carta Fundamental. Siempre en el mismo tema, agrego que si bien es objeto de regulación legal y no constitucional, en el grupo de materias controvertidas se ubica la sustitución del sistema binominal mayoritario, aplicable a la elección de diputados y senadores, por otro de representación proporcional corregida, satisfaciendo exigencias de justicia electoral, pero, simultáneamente, evitando el multipartidismo.

No eludimos pronunciarnos acerca de la modificación al estatuto constitucional de las Instituciones Armadas. Coincidimos en que es indispensable despejar cualquier duda en punto a la subordinación de ellas a la autoridad del Presidente de la República, dentro de lo mandado en la Constitución y las leyes. Expresamos, igualmente, nuestro acuerdo en ligamen con el respeto que dichas instituciones deben siempre al Bloque Constitucional. Pero con paralelo vigor manifestamos nuestra convicción en el sentido que es enteramente legítimo el imperativo de asegurar la carrera profesional, la solvencia técnica y la dotación de recursos adecuados para que tales instituciones cumplan las misiones que les han sido confiadas. Excepcionalmente delicado es, en este orden de ideas, precaver cualquier injerencia política con el desenvolvimiento de las tareas propias de los mandos institucionales. Para la consecución de este propósito, se torna obvio que la designación y remoción de aquellos mandos no puede quedar, en el texto constitucional, entregada a la discreción del Jefe del Estado.

A mayor abundamiento, es ostensible la omisión, en los cambios debatidos, del tema de la regionalización, reducida hoy a la subfunción administrativa del Gobierno. En la modernización del Estado Nación es indispensable comprender que la regionalización integral es la opción por una sociedad civil más autónoma, participativa y solidaria, en suma, más democrática. Ese proceso se vuelve también inevitable cuando se entiende que la complejidad del aparato estatal exige, por razones de eficacia y control, una descentralización amplia y real, cubriendo los ámbitos normativo y jurisdiccional, todo con sujeción a la forma unitaria y no federal. En esta perspectiva, el municipio tiene un porvenir promisorio, pues se trata de la institución que une, en la gestión de proximidad de los servicios públicos, a la sociedad comunal con el microgobierno.

VIII. Cambios sin reformas

Mediante la mutación constitucional se reemplaza el significado de ciertas cláusulas de la Carta Fundamental sin modificar su texto. Tal proceso se origina en el cambio de las circunstancias y en la evolución de la convivencia de manera distinta a la que fue contemplada en la Constitución. Con él se busca, frecuentemente, realizar mejor el espíritu de la Constitución por vía de la interpretación y las prácticas políticas. Así, disposiciones demasiado rígidas alcanzan flexibilidad, y otras normas, literalmente inconciliables con el constitucionalismo, logran ser armonizadas con él.

La Constitución de 1833 fue objeto de mutaciones, especialmente en el paso del régimen presidencial al parlamentarismo. En la Constitución de 1925 no hallamos, sin embargo, un fenómeno con perfil y consecuencias semejantes, probablemente porque, como lo hemos ya dicho, hasta 1973 el Poder Constituyente continuó la huella de un presidencialismo vigoroso, trazada cuarenta y ocho años antes. En el Código Político de 1980, en cambio, se ha vuelto a experimentar la mutación. Así sucedió con la hermenéutica correctiva que sostuvo el Tribunal Constitucional sobre las disposiciones transitorias décima y decimoprimeras de la Carta Fundamental, permitiendo el funcionamiento de los partidos y del Tribunal Calificador de Elecciones para que el plebiscito de 1988 tuviera legitimidad. La mutación volvió a ocurrir con la jurisprudencia de la Corte Suprema que, a propósito del desafuero parlamentario previsto en el artículo 58 de la Constitución, declaró que el Tribunal de Alzada allí aludido es la Corte de Apelaciones y no la Corte Marcial o Naval. Puede calificarse de mutación, por último, el sentido amplio que el Tribunal Calificador de Elecciones le ha infundido a la residencia, como requisito que deben cumplir por dos años en la región quienes sean elegidos parlamentarios, al tenor de los artículos 44 y 46 de la Constitución.

El tiempo genera otra especie de cambio sin enmienda del texto. Trátase de la desaplicación de principios y preceptos constitucionales, motivada por circunstancia de oportunidad o prudencia política. Esta conducta, que puede ser revertida, culmina en que no sean ejercidas determinadas atribuciones por el órgano constitucionalmente habilitado para llevarlas a la práctica, convirtiéndose en incumplidas o programáticas las disposiciones respectivas. En realidad, el paso de los años envejece algunas decisiones del Poder Constituyente; o deja de manifiesto la pugna de ellas con el constitucionalismo democrático; o convence a los más diversos actores políticos que fueron respuestas a situaciones concretas ya superadas; o revela, en fin, que las instituciones uniformadas no quieren involucrarse en la contingencia política con perjuicio de su profesionalismo. En alguna de esas razones, u otras semejantes, es posible situar, por ejemplo, la facultad

del Consejo de Seguridad Nacional, prevista en el artículo 96 letra b)), que le permite hacer presente, al Primer Mandatario y otras autoridades, su opinión frente a atentados graves en contra de las Bases de la Institucionalidad o que puedan comprometer aquella seguridad. El desempeño de tal facultad se convierte, por lo demás, en injerencia del Consejo en la competencia reservada por la Constitución a los órganos afectados, desembocando en una encrucijada insostenible dentro del constitucionalismo, sobre todo en ligamen con el principio de separación de poderes.

Tampoco es posible omitir un comentario sobre los partidos políticos. Estos han demostrado su vigor al sobreponerse, en diversos aspectos, al marco restrictivo y de recelo que les impuso la Carta Fundamental y la ley orgánica constitucional respectiva. Desde luego, así ha sucedido con el régimen electoral binominal, algunas de cuyas consecuencias se evitan a través de una gran variedad de pactos, con lo cual hemos culminado en una representación que no es mayoritaria ni proporcional. Esas fuerzas políticas han sido también capaces de quitar, casi por completo, eficacia al principio constitucional que garantiza la plena igualdad entre independientes y miembros de partidos en los procesos electorales y plebiscitarios. Incluso, suscita dudas el acatamiento real por ellos de la prohibición, establecida en la ley orgánica que los regula, de impartir órdenes, formular recomendaciones o exigir el cumplimiento de los deberes que, como militantes, corresponden a los parlamentarios y a altas autoridades gubernativas.

En fin, la Constitución proclama la separación de los ámbitos político, de un lado, y socio-económico, de otro, exigiendo respetar la autonomía de las asociaciones participantes en cada uno de ellos. Sin embargo, el tiempo ha dejado aquí igualmente su huella, pues ese principio no ha sido siempre observado, especialmente cuando grupos de presión exigen la satisfacción de sus demandas corporativas, o núcleos de tensión pretenden, violentamente, imponer sus reivindicaciones a la autoridad.

IX. Desafíos

La Constitución es un proyecto máximo, en cuya consecución no existe cabal coincidencia de fines ni medios. Por idéntica razón, ella es sólo la medida de lo que el pueblo y los gobernantes dan para realizar los anhelos que se hallan propugnados en su texto. Se tiende, lamentablemente, a esperar demasiado de la letra de la Constitución; o a caer en el otro extremo, es decir, el escepticismo en la fuerza normativa de ella; o en el polo de la certeza, según la cual sólo con reformar el texto se hará mejor el futuro de los chilenos.

Obviamente, nuestro Código Político adolece de yerros, imprecisiones e insuficiencias, pero también son nítidos los aciertos que tiene en algunas innovaciones y correcciones a la Constitución de 1925. De unos y otros este ensayo no es más que un breve recuento. Pero si somos capaces de progreso, ¿cómo salvar esas debilidades sin destruir la obra que posee mérito?

Con destreza, buena fe y voluntad patriótica, quienes interpretan y aplican los preceptos constitucionales pueden corregir los errores, a la vez que desplegar las normas que han ya constatado su éxito. La Constitución no es obstáculo para hacerlo.

Más allá de los límites de esa actitud hermenéutica, no obstante, surgen los desafíos más serios. La resolución de ellos exige reformas, para lo cual se torna indispensable forjar consensos. Y situados ya en este debate para una obra de bien común, en la democracia resulta inconcebible que un sector, cualquiera sea, pretenda imponer sus ideas al resto.

La revisión del Código Político es una labor interminable, pues nunca puede reputarse perfecto. Al cabo de dos décadas de vigencia, la revisión de ese Código en Chile ha dejado de manifiesto cuáles son sus virtudes y defectos. Por eso, ojalá que pronto surjan los acuerdos que, infundiéndole cualidad plenamente democrática, aumenten el arraigo de la Constitución en la cultura de los chilenos.



Actualización en Derecho II

**Las normas laborales
a la luz de
la moral cristiana**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Rol del empresario en las encíclicas sociales*

Ricardo Claro Valdés

Abogado y Empresario

“Carta Magna de la Doctrina Social de la Iglesia” denominó Pío XI a “*Rerum Novarum*”.

S.S. León XIII, con palabras muy duras, describía en ella la condición de los obreros y la actitud de los empresarios en el siglo XIX. Decía textualmente: “Los obreros solos e indefensos, entregados por la condición de los tiempos a la inhumanidad de sus patronos y a la desenfrenada codicia de sus competidores”.

Era la época del liberalismo político y económico, que había dado impulso a un desarrollo industrial sorprendente, pero paralelamente, a numerosos abusos y a una extrema pobreza entre los trabajadores.

“*Rerum Novarum*” constituye una síntesis de la grave situación social que se vivía a fines del siglo XIX.

S.S. León XIII era claro para señalar que el liberalismo es **impotente** para poner remedio a situación tan lamentable.

S.S. Pío XI, en “*Quadragesimo Anno*”, comentaba que su antecesor se enfrentaba valiente con los ídolos del liberalismo y los echaba a tierra.

Sin embargo S.S. León XIII ataca, como es lógico, al socialismo, centrando sus críticas en el colectivismo y demostrando que éste es perjudicial al obrero, por ir contra la ley natural y por querer darle al Estado una misión imposible, creando el desorden en la sociedad.

* El jueves 31 de marzo de 2001 se realizó en el Aula Magna de nuestra universidad el foro *Las normas laborales a la luz de la moral cristiana*, en conmemoración de los 110 años de la encíclica “*Rerum Novarum*” y 70 años del primer Código del Trabajo chileno. El foro, con gran asistencia de público, fue seguido con mucho interés por los participantes, e incluimos a continuación las exposiciones de los invitados, quienes además entregaron extensas respuestas a las preguntas formuladas.

La solución al problema obrero que propicia "*Rerum Novarum*" es una acción coordinada de la Iglesia, el Estado y las asociaciones de patronos y obreros.

"*Rerum Novarum*", como señala Pío XI en "*Quadragesimo Anno*", fue imponiendo, poco a poco, los principios católicos en materia social, que pasaron a formar parte del patrimonio de la sociedad humana. También se tradujo en la formación de una nueva legislación desconocida en los tiempos precedentes.

S.S. Juan Pablo II, en 1981, quiso conmemorar los 90 años de "*Rerum Novarum*" con la encíclica "*Laborem Excersens*", dedicada al tema del trabajo humano.

S.S. recuerda que si bien la Iglesia no tiene como quehacer el análisis científico de los problemas económicos y sociales, "considera deber suyo recordar siempre la dignidad y los derechos de los hombres de trabajo, denunciar las situaciones en las que se violan dichos derechos, y contribuir a orientar estos cambios para que se realice un auténtico progreso del hombre y de la sociedad".

Para Juan Pablo II "el trabajo humano es una clave, quizás la clave esencial de toda la cuestión social". Otra premisa básica para él debe buscarse, como lo señaló el Concilio Vaticano II, en la dirección de "**hacer la vida humana más humana**".

La misión de Juan Pablo II es esencialmente humanista y parte recordando que la Iglesia encuentra ya en la primeras páginas del libro del Génesis la fuente de su doctrina, según la cual el trabajo constituye una dimensión fundamental de la existencia humana sobre la tierra.

Desde este punto de vista la concepción cristiana sobre el trabajo se contraponen a las diversas corrientes del pensamiento materialista y "economicista". Condena a este respecto tanto la doctrina marxista como la del capitalismo rígido que nace del liberalismo.

El trabajo –recuerda el Pontífice– no puede ser considerado como una mercancía y tampoco como un elemento subordinado al capital. El principio –dice la encíclica– debe ser la prioridad del trabajo frente al capital, ya que el trabajo es siempre "una causa eficiente primaria", mientras el capital es sólo un instrumento.

Juan Pablo II también reitera el concepto cristiano de la propiedad privada y del salario justo y destaca la importancia de los sindicatos, señalando

que su cometido no es "hacer política" y que "no deberían ni siquiera ser sometidos a las decisiones de los partidos políticos o tener vínculos demasiado estrechos con ellos".

S.S. Juan Pablo II, con ocasión de cumplirse los 100 años de "*Rerum Novarum*", escribió una nueva encíclica denominada "*Centessimus Annus*" el 1° de mayo de 1991.

En ella hace un análisis de "*Rerum Novarum*", pero entra también en un análisis de los problemas actuales.

Hablemos ahora del empresario frente a la doctrina social católica, que ha influido notablemente en su transformación.

El empresario cristiano, por regla general, siente una responsabilidad social.

En primer término reconoce que hay dos principios básicos en la economía social de mercado: el de la **subsidiaridad** y el de la **solidaridad**.

Respondiendo al primero, es deber del empresario crear nuevas empresas o ampliar las existentes, para dar más trabajo y para aumentar la producción de bienes y servicios.

Respecto del segundo, tiene la obligación de poner en práctica la economía de la solidaridad (J.P. II), que implica, en las decisiones económicas "sentir la pobreza ajena como propia, hacer carne de uno mismo la miseria de los marginados y, a la vista de ello, actuar con rigurosa cohesión".

Dentro de la empresa la primera responsabilidad: dar trabajo estable y bien remunerado.

Segunda responsabilidad: preocuparse de la salud del trabajador y de su familia.

Tercera: preocuparse de la vivienda.

Cuarta: capacitación.

Quinta: tratar de ayudar a mitigar la pobreza y la marginalidad.

Sexta: respetar a los sindicatos.

Otras: en fin, preocuparse de la educación; preocuparse del arte y la cultura, y preservación del medio ambiente.

Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena

William Thayer Arteaga

Abogado y profesor universitario

1. Las encíclicas sociales son el meollo de la Doctrina Social de la Iglesia. Las llamadas encíclicas aniversarias de la *Rerum Novarum* (1.5/V/1891), desde ésta a *Centesimus Annus* (1991) constituyen un derrotero seguro y aleccionador para apreciar su permanente contenido doctrinal y su constante “*aggiornamento*” a las circunstancias históricas. Ese siglo, con la década que le sigue y llega hasta hoy, envuelve lo que hemos llamado el largo siglo *sindical*, que encierra el proceso, desde el *anonimato al protagonismo*, como categoría y como fuerza social del pueblo trabajador durante la República.

2. El protagonismo se inicia hacia los años 1830-1840, con los primeros conflictos sociales colectivos, que culminan hacia 1890, con la que Grez Toso denomina la *primera huelga general*.¹ Naturalmente, la inquietud social no se detuvo ahí. Hacia la fecha en que aparece *Rerum Novarum* (1891), las condiciones laborales de los obreros eran inaceptables. El analfabetismo fluctuaba entre 77% en 1875 y el 60% en 1916.² No había leyes que reglamentaran los conflictos sociales; un desconocimiento recíproco de sus necesidades y aspiraciones caracterizaba las relaciones entre patrones y obreros; éstos eran fácilmente reemplazables por su escasa o nula calificación profesional, correlativa a la simplicidad primaria de las herramientas o maquinarias que utilizaban. La sombra de una revolución socialista, violenta y liberadora se cernía contradictoriamente como esperanza o amenaza en el mundo de una actividad industrial que daba sus primeros pasos, mientras el campesinado dormía, o emigraba en busca de un destino, empujado por circunstancias históricas engañosas para él, como fueron las derivadas de la Guerra del Pacífico.

¹ De la “*regeneración del pueblo*” a la *huelga general*. Génesis y evolución histórica del movimiento popular en Chile (1810-1890). DIBAM; Centro de Investigaciones D. Barros Arana; Colec. Soc. y Cultura; 1998.

² Ponce, Homero: *Historia del Movimiento Asociativo Laboral Chileno*: Edit. Alba; t. I; pág. 86.

3. Entre avances y retrocesos, la evolución económica, social y cultural fue imponiendo el reconocimiento de leyes que encauzaran los conflictos.³ Un impulso significativo y, a la larga, trascendental, representó la aparición de *Rerum Novarum*, en especial en el poderoso mundo católico de la época, a través de sus tres principales centros de influencia: 1°) El Arzobispado de Santiago, encabezado sucesivamente por Mariano Casanova y José Ignacio González Eyzaguirre, que se transformaron en verdaderos adalides de la Carta de León XIII;⁴ 2°) La recién creada Universidad Católica, que no se quedó atrás. En una de sus primeras promociones, el egresado Juan Enrique Concha Subercaseaux publicó su memoria de licenciado en la Facultad de Derecho sobre *Cuestiones obreras*,⁵ en la cual se advierten los primeros signos de una inspiración en la *Rerum Novarum* y la defensa del postulado fundamental de ella: “*El trabajo no es mercancía que se compra y se vende así no más: es un contrato humano y pesar debieran esta consideración los economistas, pues en ella está basada toda la vida del trabajo*”, y 3°) El Partido Conservador, que en su 5ª Convención Nacional, 1901, liderada por Carlos Walker Martínez, introdujo la idea en su *Declaración Fundamental*, de que “*la suprema aspiración del Partido Conservador será mantener una debida sujeción a las enseñanzas y autoridad de la Iglesia*”, principio ratificado prácticamente por todas las convenciones posteriores.⁸

4. Al mismo Juan Enrique Concha lo vemos informando, junto con don Armando Quezada Acharán y a petición de la Sociedad de Fomento Fabril, el famoso proyecto de don Malaquías Concha Ortiz, titulado *Ley sobre el trabajo de los menores, salubridad y seguridad en los talleres*, que habría de ser una de las fuentes del proyecto de Código que elaboró, para el Presidente Alessandri Palma, en 1920, don Moisés Poblete Troncoso. Las otras bases fueron los principios de la OIT, recién fundada; el *proyecto conservador*, de que fuera principal inspirador el referido Juan Enrique Concha, junto a líderes políticos de la época como Alfredo Barros Errázuriz, Eduardo Pantaleón Fontecilla, Julio Vial Infante, etc.⁹, y el *proyecto liberal*, capitaneado por el Presidente Alessandri Palma, su redactor principal, el citado experto Moisés Poblete (auxiliado por un grupo de jóvenes colaboradores, como Claudio Arteaga y Alfredo Weber); el senador y destacada figura

³ Clarín (Claudio Arteaga Infante), *Leyes urgentes para el pueblo*. Impr. Universidad, 1920; Ley 4.056, de 1924, sobre Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

⁴ Veneros Ruiz Tagle, Diana: “*Evolución de la Legislación Laboral en Chile hasta 1924*”, *Dimensión Histórica de Chile*, N° 2, 1985, p. 25.

⁵ Anuario de la U. Católica, T. II (1898-1900); Imprenta Cervantes, 1903, págs. 186-267.

⁶ Id., pág. 192

⁷ Id., pág. 236.

⁸ Viveros, ob. cit. Pág. 25, citando a Guillisasti, Sergio, *Partidos Políticos Chilenos*, Ed. Nascimento, 1964, pág. 23.

⁹ Morris, James O., *Las elites, los intelectuales y el consenso*, INSORA, Editorial del Pacífico, 1967, págs. 118-127.

liberal, Eleodoro Yáñez; Tomás Ramírez Frías, Malaquías Concha, máximo líder demócrata, y varios más.¹⁰ Ambos proyectos fueron arduamente debatidos en el Congreso: el conservador en el Senado y el liberal, en la Cámara de Diputados. Finalmente, se hizo cargo de su redacción una comisión mixta de diputados y senadores, mixta también por su coloración política: cinco diputados aliancistas y dos unionistas; cuatro senadores unionistas y tres *seguidores de Alessandri*. Aún no se había logrado un entendimiento, cuando sobrevino el movimiento militar del 5 de septiembre que precipitó tumultuosamente las cosas. El proyecto de Código fue aprobado el 8 de septiembre –vivos aún los ecos del ruido de sables– en forma de siete leyes separadas, de la 4.053 a la 4.059. El apuro fue tal que la última de éstas nunca pudo regir como tal, sino como DL 857, de 11 de noviembre de 1925.¹¹

Además, se incorporaron a la ley sindical N° 4.056 los dos tipos de sindicatos: el *industrial y único*, de origen conservador, y el *profesional y libre*, de origen liberal. De ahí pasaron al DFL 178, de 13 de mayo de 1931, conocido como primer Código del Trabajo. La Iglesia, en cuanto tal, no tuvo protagonismo en la pugna sobre ambos tipos de sindicatos, aunque los conservadores decían representarla. En cambio, dos días después de la promulgación del citado Código del Trabajo –el 15 de mayo de 1931– se publicó *Quadragesimo Anno*, que fue literalmente *devorada* por una brillante pléyade de jóvenes católicos recién incorporándose a la vida pública. Entre ellos se contaban Jaime Eyzaguirre, Julio Philippi, Eduardo Frei, Alfredo Bowen, Manuel Garretón, Ignacio Palma y muchos más, quienes adoptaron la nueva carta pontificia como un verdadero *vademécum* para su actividad apostólica, universitaria, profesional, social y política, principalmente en las difíciles décadas de los años treinta y cuarenta, en que todos nos vimos envueltos en la vorágine que significaron la Guerra Civil Española, la Segunda Guerra Mundial, sus protagonistas y sus secuelas.¹²

5. La llamada *doctrina social de la Iglesia (DSI)* no es un cuerpo técnico de disposiciones que debamos escoger como modelo o programa de acción, sino *un cuerpo coherente de exigencias doctrinarias y morales que derivan de la inalienable dignidad natural del hombre* –inteligente, libre, moral y espiritual– elevado, según la revelación cristiana, a la misteriosa condición de hijo adoptivo de Dios por la gracia y templo vivo de la Trinidad Santa. “*Si alguno Me amare, vendremos a él y haremos mansión dentro de él*”. Por eso, en rigor, los sindicatos únicos de empresa, de afiliación obligatoria, con

¹⁰ Id. págs. 129 y sgts.

¹¹ Era decreto ley, porque el Congreso Nacional se hallaba disuelto desde la revolución de septiembre de 1924.

¹² Vid. Thayer William y otros, *El padre Hurtado y su lucha por la libertad sindical*. Edit. Andrés Bello, enero, 2000; N° 9, *Quadragesimo Anno y la generación de los años treinta*; págs. 11 y sgts.

prohibición de federarse y derecho de participación en las utilidades, pese a su origen conservador y la encarnizada defensa que de ellos hacían el Pbro. Guillermo Viviam y otros distinguidos católicos, eclesiásticos o laicos, no eran una recomendación de la Iglesia; ni siquiera los nombra *Rerum Novarum*.¹³ Tampoco, por aquel entonces, lo fueron los sindicatos profesionales, pues, aunque libres y federables, eran *neutros*, por lo tanto, no correspondían a una inspiración cristiana, que por ese entonces parecía preferir claramente León XIII, con visión bastante más europea que latinoamericana, habida cuenta del momento histórico. Por la inversa, integra nítidamente la enseñanza de *Rerum Novarum el derecho de los trabajadores a constituir asociaciones para la defensa y promoción de sus legítimos intereses*, como parte sustancial del derecho de asociación del ser humano. Éste no debe ser tratado como *mercancía*, ni el contrato por el cual se obliga a trabajar mediante una remuneración puede regularse exclusivamente *en razón del objeto producido, sino de la persona humana que lo realiza*, ni más ni menos a como lo hacía José, el carpintero de Nazaret, o un obrero aprendiz que lo ayudaba, llamado Jesús...

6. Hubo que esperar al P. Alberto Hurtado para que una voz de primera línea se jugara por el sindicalismo libre,¹⁴ en los mismos días en que la OIT conseguía la aprobación de los convenios 87, sobre libertad sindical, y 98, sobre negociación colectiva, aprobados en las Conferencias Generales de 1948 y 1949, respectivamente, asunto especialmente estudiado en el ensayo monográfico *El padre Hurtado y su lucha por la libertad sindical*.¹⁵

7. Ese protagonismo laboral iniciado *conflicto colectivo*, devino –según anticipamos– progresivamente, a medida que se afianzaban los sindicatos, *negociación colectiva*, y la legislación reguladora de los conflictos, primero, y negociaciones –que buscaba situar a la huelga como última instancia de la negociación y no como inicio del conflicto– fue reconociendo las asociaciones sindicales como organismos estables para negociar, amparar y promover las mejores condiciones de vida, consagradas en los contratos de trabajo. Sin embargo, no siempre había sindicatos. Más aún, por largo tiempo fueron excepcionales. Se acudió así a la *tuición del Estado* para la parte más débil en la negociación individual y cumplimiento de contrato de trabajo. Se pensaba, y con razón, que la negociación colectiva, en especial si la conducía un sindicato, superaba la vulnerabilidad de la parte débil y generaba un equilibrio en la negociación.

Las encíclicas sociales fueron especificando y bendiciendo ese proceso de elevación de las condiciones de vida y trabajo del obrero, en fina sintonía

¹³ N°s 34-40.

¹⁴ *Sindicalismo: Historia. Teoría. Práctica*. Edit. Del Pacífico; 1950

¹⁵ Vid. supra, nota 11.

muy estrecha entre la OIT y Iglesia, que se remonta a la génesis de aquélla. En efecto, el Kaiser Guillermo II, a fines del siglo XIX, por insinuación de Bismarck, solicitó a S.S. León XIII que ejerciera su poderosa influencia para conseguir que la legislación social que había establecido Alemania se universalizara, a fin de no perjudicar a este país y a cuantos, por darle cabida, debían soportar sus mayores costos.¹⁶ *Rerum Novarum* nació, pues, no sólo en respuesta a un imperativo de justicia, humanidad y caridad cristiana, sino como una verdadera avanzada de carácter moral, que evidenciaba la necesidad de crear un **derecho internacional del trabajo**. No otra cosa fue la OIT, nacida como Parte XIII del Tratado de Versalles, de 1919.

8. Así, por una dramática coincidencia histórica, en una misma fecha, 1919, nacieron la OIT y la III Internacional, ésta secuela de la Revolución Bolchevique de 1917, y aquélla, de la paz de Versalles. Sus objetivos eran contradictorios frente al sindicalismo: la OIT pretendía la promoción del trabajador, para hacerlo partícipe digno en una sociedad libre; a la inversa, la revolución social, impulsada por el comunismo de la URSS, buscaba agudizar las contradicciones del capitalismo para destruir el Estado burgués e imponer la *dictadura del proletariado*. Entre 1919 y 1991 se mantuvo una lucha sorda o sonora, que tuvo variados y sangrientos escenarios, aunque ambas tendencias convivieron educada, pero tensamente dentro de la OIT. Este matrimonio "mal avenido" inició su crisis final con la Caída del Muro de Berlín (1990) y la culminó con la disolución de la URSS (1991), temas que alcanza a mencionar S.S. Juan Pablo II en el capítulo III de *Centesimus Annus*.

9. No es posible rememorar aquí la verdadera epopeya vivida durante el *largo siglo sindical chileno (1891-2001)* por los trabajadores chilenos. En otros países, las fechas son similares, aunque el sindicalismo nace más temprano. Sin embargo, *el proceso de organización, educación y capacitación sindicales, paralelo al de gestación y transformación del "propietario de los medios de producción" en "autoridad de la empresa", unidad de producción de bienes y servicios, accionada por una comunidad humana jerarquizada y participativa, donde inicialmente unos aportan capitales y otros trabajo –directivo o subordinado–, pero progresivamente todos terminan aportando capitales y trabajo, porque el trabajador –calificado en creciente proporción– regularmente ahorra e invierte, sea voluntariamente (capitalismo popular) u obligadamente (fondos previsionales)*. Está naciendo de esta manera un escenario diferente al de comienzos del siglo XX; una nueva cultura laboral, de la que la sociedad "posmoderna" recién toma conciencia, fruto de la educación, el conocimiento y las comunicaciones. **La razón y el acuerdo son ahora más eficaces que la fuerza y las ciegas presiones multitudinarias.**

¹⁶ Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, Edit. Jurídica de Chile, 3ª ed. 1993; págs. 20-21.

El trabajador no calificado sabe que cien días de huelga no le darán el nivel de ingresos al que accede naturalmente el altamente calificado. La conducta tiende así a ser más lúcida, amistosa y moral, propia de una relación entre partes educadas y organizadas, que privilegian el consenso frente a la trampa, la zancadilla y el odio, vicios heredados del marxismo-leninismo, que pugnaron por imponerse o dominaron durante las siete décadas comprendidas entre 1919 y 1991. La década siguiente, que marca el comienzo del siglo XXI, dista de ser el paraíso, pero obviamente abre un nuevo escenario y una oportunidad de entendimiento, paz, educación, ciencia y libertad, si no olvidamos **que la recíproca conducta moral es condición de esa convivencia pacífica y progresista.**

10. Al grito odioso y desesperado: *“Lo que tú ganas y tienes me lo has quitado a mí”* que se escuchaba en las asambleas obreras de la segunda mitad del siglo XIX y primera mitad del XX, ha sucedido –con fuerza creciente– la convicción, fundada en la ciencia económica, la información compartida y empresa participativa, de que *es preciso que tú ganes, para que ym-wane también. Si tú pierdes tu inversión, yo pierdo mi trabajo.* Más todavía, con las diversas formas de ahorro e inversiones populares, los trabajadores participan en los resultados de la empresa, no sólo por las leyes o convenios sobre participación en las utilidades, sino porque los balances condicionan la *estabilidad y suficiencia de los empleos, los niveles de la remuneración mensual, y el crecimiento de las inversiones, personales o previsionales.*

Sépalo o no, el trabajador es hoy día también un inversionista, y el conjunto de ellos, tal vez el más fuerte inversionista nacional, como lo evidencian las decenas de miles de millones de dólares que suman los fondos previsionales administrados por las AFP. Es el nuevo mundo, que prefigura la nueva cultura laboral, todavía en formación, pero ya irreversible.

11. La DSI ha ejercido su influencia en las relaciones laborales desde mucho antes de las encíclicas sociales que comentamos. La dignidad natural del hombre, sujeto de un destino espiritual y de una conducta libre y moral, y su dignificación proveniente del mensaje evangélico, han forzado un cambio en las *costumbres* y en la *legislación*. A veces cambiaron primero las costumbres –como fue evidente con la esclavitud–, otras veces la legislación exigió el cambio de las conductas, como, por ejemplo, parece estar ocurriendo en Chile en estos días. Hoy parece esperarse todo del cambio de las leyes y se desatiende el cambio de las costumbres, sin duda más relevante que aquél. No ocultamos nuestra opinión: una reforma en la conducta y recíproca confianza de los actores principales del proceso productivo –los líderes de las empresas y los líderes sindicales– sería de lejos más provechosa que cualquiera solución que se dé al intríngulis de la reforma laboral, que se inició con un Mensaje del 11 de enero de 1995, a

nuestro Juicio hartó irreal e inviable, que la H. Cámara empeoró, y finalmente no tuvo destino. El actual Gobierno propuso un texto que llamaríamos “de guerra” en noviembre del 2000, reemplazado por una más pacífica *indicación sustitutiva*, enviada al Senado el 20 de marzo de 2001 –seis años, dos meses y 9 días después del primigenio proyecto del anterior gobierno–. La Comisión de Trabajo y Previsión del H. Senado ha debido examinar en estos días cuatrocientas indicaciones al texto sustitutivo final del Gobierno. Honestamente juzgamos que el cambio de unas cuantas actitudes viciosas o inconvenientes en las relaciones laborales –las más de ellas fruto de una indebida consideración de la dignidad del hombre de trabajo, cualquiera sea su puesto en la empresa– producirían un efecto económico, social y moral diez veces más trascendente que esta farragosa e impredecible reforma en la legislación laboral.

12. Muy lejos de este escenario, la doctrina moral de las encíclicas acerca de la dignidad y destino del hombre en la perspectiva cristiana, simplemente exige un ordenamiento jurídico laboral-empresarial orientado a hacer posible el **amor de amistad** –*Amaos los unos a los otros*– en las relaciones de trabajo. Si queremos llegar al fondo de este mensaje debemos tener el coraje de llamar las cosas por su nombre: las encíclicas buscan en el diálogo y la convivencia humanas *una oportunidad para hacer viva en nosotros y posible en los otros*, una disposición hacia el amor de que habla Cristo, cuando dijo a sus discípulos, como antes recordamos: “*Si alguno de ustedes me amare, vendremos a él y haremos mansión dentro de él*”. La fecundidad del amor cristiano consiste en “dar nacimiento” a Dios mismo en el alma de los que aman a Dios, empezando por amar al prójimo. De ella se la arroja cuando no se da cabida al amor, sencillamente porque *Dios es Amor*, como lo recuerda el Evangelio de San Juan. “*Ama y haz lo que quieras*”. Es el punto en que se encuentran el amor y la libertad y, al mismo tiempo, la esencia del mensaje social y moral de las encíclicas.

13. Este imperativo sublime del amor cristiano fue despreciado y combatido durante los siglos XIX y XX por el marxismo, que quiso fundar en el odio de clases y el resentimiento por la explotación derivada de la *plusvalía*, su estrategia de lucha por la revolución social. Hoy vemos con claridad que la *plusvalía*, más que con argumentos –que los hay– se combate con remuneraciones que permitan el ahorro del trabajador y lo hagan *parte* de la comunidad humana de trabajo que constituye la empresa, y no *contraparte* de ella.

14. En estos albores del siglo XXI la OIT está enfatizando la necesidad de un “*trabajo decente*”, expresión imperfectamente traducida del inglés, que suena mal en nuestro lenguaje habitual, y debe sustituirse por trabajo *digno*: *digno del trato debido al ser humano*. Ese lema lo hemos meditado lar-

gamente¹⁷ y creemos que, en definitiva, la esencia de la legislación social ha recogido el mensaje doctrinario y moral de la encíclicas procurando un ordenamiento jurídico que reconozca al empleo –o sea, al compromiso laboral que nace de un contrato de trabajo– las siguientes características: 1) Digno; 2) Legal; 3) Determinado; 4) Limitado; 5) Libre; 6) Adecuado; 7) Sano; 8) Seguro; 9) Remunerativo; 10) Participativo; 11) Formativo; 12) Estable; 13) Ecológico; 14) Grato, y 15) Suficiente.

15. Esta enumeración de quince notas, podría reducirse o ampliarse, según la extensión y comprensión que se le dé a cada una de ellas. Desde luego, todas han de mirarse referidas al empleo actual o al que lo reemplace, porque las condiciones de la vida moderna procuran más la *empleabilidad*, o sea, el paso fluido de un empleo a otro, sin pérdida notable de ingreso o con nuevas perspectivas, si el trabajo que se ejerce es –como debe ser siempre– formativo y la disponibilidad de empleos *suficiente*, como consecuencia de que nazcan nuevas empresas o se amplíen las actuales. Hemos agregado, por eso, la nota de *suficiente*, atendidas condiciones propias del desarrollo moderno, sobre las que formula especial insistencia *Centesimus Annus*: hay un deber moral de *crear empleos* –que vale tanto como crear empresas– para hacer armónico el *crecimiento económico con la suficiencia del empleo*. Esto porque la sociedad libre siempre deberá cuidar *el equilibrio entre las empresas que producen más, pero dan menos empleo, y las que producen menos, pero dan más empleo*. El atinado manejo de estas variables nos obliga a considerar el aumento de la productividad –*vía capacitación o vía capitalización*– y **la regulación o reducción de la jornada laboral** que tiende a reducirse, cuando en definitiva el progreso científico y tecnológico, y la sabiduría de las autoridades económicas, compatibilizan **un alto nivel de empleo y una jornada laboral humana y razonable, con un parejo o creciente nivel de productividad, que mantengan o extiendan los espacios de tiempo adecuados para la vida familiar, vocacional y cultural**. En suma: equilibren el *ocio* y el *negocio*, en el sentido clásico y profundo de ambas expresiones.

16. En este punto, pues, nos encontramos con el florecer de una nueva cultura laboral que a) reclama libertad y, por consiguiente, moralidad, sin la cual no opera socialmente la primera; b) flexibilidad laboral, pero suficiencia de empleos para que la flexibilidad sea *una opción y no una amenaza*; c) mire la empresa como una comunidad humana jerarquizada y participativa, que ordena y maneja los capitales o medios de producción. De esa comunidad, directivos y subordinados; inversionistas y trabajadores son partes y no contrapartes; d) En este escenario, al grito de hace un siglo “*lo que tú tienes me lo has quitado a mí*”, sucede la imperativa conclu-

¹⁷ Thayer y Novoa, ob. cit., t. 1, pág. 76.

sión *“si tú pierdes la inversión, yo y mis compañeros perdemos el trabajo; o sea, es preciso que tú ganes, para que yo gane también”*; e) La educación, la capacitación y la información provocan que la razón derrote a la fuerza, y la información a la presión. Cien días de huelga de mil trabajadores no eliminan la diferencia de ingresos entre un trabajador no calificado y uno de alta calificación; f) La creación de empresas –grandes y pequeñas; que generen más riqueza o más empleo– son la condición de vida del sindicalismo moderno. El combate a las empresas, su reducción o desaparición, es la muerte del sindicalismo, en una sociedad democrática y participativa; g) Por último, la remuneración que permite el ahorro, que hace del trabajador también un inversionista, y la empresa entendida como comunidad humana jerarquizada, hace de los inversionistas y ejecutivos, trabajadores igualmente necesarios para la estabilidad de los ingresos, en una sociedad en permanente movilidad.

Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo

René Cortázar Sanz

Doctor en Economía

1. ¿Debe el Estado proteger derechos laborales?

a) Hay quienes dicen que **no**. Que se trata de un mercado como cualquier otro. Que no tenemos el equivalente del Código del Trabajo para los demás mercados.

b) Desde *Rerum Novarum* (1891) la Iglesia, en cambio, ha dicho que el Estado sí debe proteger los derechos laborales básicos. Juan Pablo II reafirma en sus enseñanzas, un siglo después, lo que han sido los planteamientos fundamentales de la doctrina social de la Iglesia, desde *Rerum Novarum* (RN): a) Se deben proteger los derechos fundamentales de los trabajadores. En particular, la "dignidad del trabajador" y la "dignidad del trabajo", temas que Juan Pablo II recogió en profundidad en *Laborem Exercens* (LE); b) el derecho a crear asociaciones de profesionales (*Centesimus Annus* (CA), p. 16); c) el derecho a "la limitación de las horas de trabajo, al legítimo descanso". No basta con que las partes consientan en algo diferente; d) el respeto al "derecho al salario justo" (CA, p. 17); el que "debe ser suficiente para sustento del obrero y de su familia" (CA, p. 18). Esta sería una responsabilidad no sólo de los empresarios "directos", sino que también de la autoridad pública; e) se debe respetar "el derecho a cumplir libremente los propios deberes religiosos" (CA, p. 19); f) estos derechos los liga con otro derecho básico en la relación laboral: el respeto del derecho a la propiedad privada;¹ g) esta respuesta afirmativa a la pregunta de si el Estado debe o no proteger los derechos laborales la justifica Juan Pablo II en el "principio de la solidaridad", el que desarrolló en su encíclica "*Sollicitudo rei socialis*" (SRS). Este principio fundamental ya había sido destacado por León XIII, como "amistad", por Pío XI, como "*caridad social*", y por Paulo VI, como "civilización del amor".

¹ Aunque aclara que no se trata de "un valor absoluto". Lo complementan otros, como "el destino universal de los bienes de la tierra" (C.A., p. 15). En la propiedad privada se expresa "el derecho a poseer lo necesario para el desarrollo personal y de la propia familia" (CA, p. 15). Atentan contra ella tanto la implantación generalizada de la propiedad colectiva como los obstáculos al acceso a la propiedad privada, por ejemplo, como resultado de la persistente pobreza.

2. **La nueva realidad mundial.** ¿Qué proteger? No basta con decir “sí” proteger. Luego hay que responder “qué” es lo que queremos proteger. Ello dependerá de la realidad histórica concreta. Respecto de este punto hay “continuidad” y “cambio”, en el pensamiento de la Iglesia, desde RN, así como en la reflexión de la sociedad chilena, desde el Código del Trabajo de 1931. Dentro de los elementos de continuidad están los puntos que ya mencioné. Pero también hay aspectos de cambio importantes, desde la que era la realidad de fines del siglo XIX, así como de aquella de los años 30. Hay cambios económicos, tecnológicos, y en la forma de organización de las empresas, que van a impactar sobre “qué” es lo que debemos proteger.

a) Cambios económicos: globalización y el cambio de una estrategia de “desarrollo hacia adentro”... a una estrategia de “desarrollo hacia fuera”.

b) Cambios tecnológicos: de las tecnologías fordianas, a las tecnologías flexibles y por último al mundo digital.

c) Cambios en la empresa: desde la pirámide a la red. No es que cambie toda la economía. Subsisten situaciones que corresponden a las realidades históricas anteriores... Son como verdaderas capas geológicas.

d) Todos estos cambios los recoge Juan Pablo II en CA. “En otros tiempos el factor decisivo de la producción era la tierra y luego lo fue el capital, entendido como conjunto masivo de maquinaria y de bienes instrumentales, hoy día el factor decisivo es cada vez el hombre mismo” (CA, p. 65). CA destaca el papel cada vez más importante del trabajo humano, a través de la “la propiedad del conocimiento, de la técnica y del saber” (CA, p. 63). Destaca la necesidad de trabajar con otros, en “comunidades de trabajo” (CA, p. 64).

3. **¿Qué proteger?** La respuesta a esta interrogante ha ido cambiando junto con las realidades históricas concretas:

a) De la protección a la inamovilidad, a la protección a la movilidad: en los años 50, 60 y parte de los 70, un trabajador podía trabajar en la misma empresa por 30 o 40 años, ya sea en el sector textil, metal mecánico o automotriz; aunque su empresa produjera al doble del costo del producto importado. Eso cambia. También la posibilidad de estabilidad del trabajador en ese empleo. Basta que surja un productor a menor costo en China para que esa empresa quede fuera de mercado y deba reestructurarse. Si bien esta etapa ofrece más oportunidades de crecimiento y empleo para los países en desarrollo, por las posibilidades que ofrece a sus exportacio-

nes, y si no, vean lo que ha pasado con México desde que firmó el Nafta, hay también que reconocer que hace más difícil la estabilidad. Por tanto es natural que se haya pasado desde la protección a la inamovilidad a la protección a la movilidad. Desde el solo uso de las indemnizaciones al desarrollo de seguros de desempleo y el énfasis en la capacitación;

b) Salarios, demanda efectiva y productividad. Los salarios en el desarrollo "hacia adentro" eran vistos como un elemento central de la demanda agregada. Si subían más que la productividad, la autoridad podía proteger a la empresa a través de la fijación de precios o los aranceles o los créditos que controlaba. Eso cambia. Hoy si suben más que la productividad se destruyen empleos. ¿Qué proteger? Que los salarios crezcan junto con la productividad. Para lo cual es necesario que la negociación colectiva sea descentralizada. Antes tenía más lógica la más centralizada. No es raro el cambio de tendencia que está teniendo la legislación laboral en todo el mundo. Que la productividad crezca rápido: educación y capacitación.

4. **¿Cómo proteger?** Hay continuidades desde RN y Código de 1931. Pero también hay cambios:

a) Mayor rol del mercado y la sociedad civil. Por ejemplo, en la fijación del empleo y los salarios. El mercado, y el mayor o menor desempleo que acompaña su funcionamiento, afecta la mayor o menor protección de derechos fundamentales, tales como el derecho al trabajo o a un salario justo.

b) La necesidad de confiar más en la sociedad civil es una de las conclusiones de la Enseñanza Social de la Iglesia. Es clara en Juan Pablo II a partir de su crítica al "Estado de Bienestar". Aclara que el Estado tiene la responsabilidad de asegurar el marco institucional, jurídico, y político. Debe en particular garantizar la libertad individual y la propiedad; encauzar los derechos humanos en materia económica; controlar los monopolios; y ejercer las que llama funciones de suplencia. El problema, a su juicio, es que estas funciones de suplencia se extremaron con la creación del "Estado de bienestar" también llamado "Estado asistencial", que no respetó plenamente el "principio de subsidiariedad": "una estructura de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias" (CA, p. 97). Estas reflexiones lo llevan a afirmar que: "el individuo hoy día queda sofocado con frecuencia entre los dos polos del Estado y del mercado" (CA, p. 99). Lo que nos está diciendo es que podemos escapar de este esquema bipolar por la vía del fortalecimiento de la sociedad civil.

c) También hay un cambio de la naturaleza de la intervención del Estado: i) de causa directa, o inmediata, a causa indirecta, o mediata, de los salarios y las condiciones de trabajo. Consideremos el Estado que fijaba salarios para el sector privado en los sesenta y setenta, y participaba en la negociación colectiva, versus el Estado que ayuda a fijar las "reglas del juego" y luego a "fiscalizarlas"; ii) en la capacitación, de realizarla directamente a poner los recursos y fijar las "reglas del juego", pero con oferta privada; iii) idéntico es el caso de la seguridad social. En todos estos casos el rol de "garante" no significa el rol de "proveedor directo".

5. ¿Cuando se protejan más adecuadamente los derechos fundamentales de los trabajadores, morirá el papel del Estado? Juan Pablo II responde que no. Que ya hay en el mundo desarrollado, y ésta debe acentuarse, una tendencia a pasar desde la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores a la creación de "bienes públicos" que el mercado no puede proveer. Se trata del medio ambiente natural. De los temas ecológicos. Pero principalmente del medio ambiente humano. De la que Juan Pablo II llama la "ecología humana". El medio ambiente social que necesitamos destaca como un aspecto central a la familia, para desarrollar en forma más plena nuestra naturaleza. Para ser, cada vez más, seres humanos más plenos.



Ensayos y Estudios



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera¹

Raúl F. Campusano

Master en Derecho, Leiden University
Master of Arts, Notre Dame University
Profesor de Derecho Internacional Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Introducción

¿Es la minería una actividad sustentable? ¿Puede ser sustentable una actividad asociada a un recurso no renovable? ¿Tiene la minería un rol que cumplir para la sustentabilidad del desarrollo económico de un país? ¿Es posible imaginar una situación de sinergia entre la actividad minera y el desarrollo sustentable?

A un año de la Reunión Río + 10 en Johannesburg² el tema de la relación entre actividad minera y desarrollo sustentable aparece como uno de los más novedosos, interesantes y polémicos que se discutirán en la mencionada reunión.

El derecho no ha estado ausente de este fenómeno y es así como es posible observar el desarrollo de una nueva legislación internacional del desarrollo sustentable, a través de procesos de creación directa (tratados internacionales) como de creación indirecta (endurecimiento de derecho blando originario).

El presente artículo propone algunas reflexiones sobre la relación señalada entre minería y sustentabilidad y postula como perfectamente posible su sinergia.

¹ El presente artículo forma parte, parcialmente, de una investigación mayor realizada en el contexto de GEMEED-APEC en conjunto con los científicos políticos de la Universidad Católica Emilia Bolocco y Claudio Bravo, a quienes les agradezco su trabajo y profesionalismo académico.

² Earth Summit 2002.

2. Tendencias jurídicas internacionales respecto de la minería y la sustentabilidad

La señalada evolución está dada por la suma de un conjunto de tendencias íntimamente relacionadas entre sí. Entre éstas se cuenta, por ejemplo, un número de tendencias observadas por los profesores Pring, Otto y Naito:³

- En términos amplios, cada una de las etapas del desarrollo minero –desde la exploración hasta el marketing y las obligaciones para con la restauración– están siendo sujetas a crecientes niveles de regulación gubernamental;
- El concepto de “desarrollo sustentable” sigue evolucionando hacia su transformación en el nuevo estándar para la regulación de todas las clases de desarrollo económico, incluyendo los recursos minerales;
- La percepción del público y del “regulador” respecto de la industria minera está también sufriendo una transformación: de ser vista como un proveedor de bienes y servicios beneficiosos, ahora es vista como “otra industria química” y creadora de “desechos químicos”.
- La minería esta perdiendo su status de utilización preferencial de la tierra y de actividad económica preferencial;
- Mientras el mecanismo regulatorio primario continuará siendo la legislación nacional, la ley internacional está influyendo de manera creciente en la industria minera, tanto directa como indirectamente;
- El tratamiento multinacional de los asuntos relativos a la sustentabilidad, particularmente la sustentabilidad ambiental, está en auge y las naciones crecientemente entregan porciones de su soberanía sobre los recursos nacionales al adscribirse a tratados y acuerdos internacionales;
- Los principios hoy considerados “blandos” (no obligatorios, aspiracionales) pueden con el paso del tiempo transformarse en legislación internacional “dura” (obligatoria, regulatoria);
- El acceso a tierras para su exploración, minería, procesamiento, etc., se está volviendo más restrictivo e, incluso, prohibiéndose, tanto bajo la ley nacional como internacional;

³ Pring, G; Otto, J.; Naito, K.; *Trends in International Environmental Law Affecting the Minerals Industry*, en: *Journal of Energy and Natural Resources*, Vol. 17, Nos. 1, 1999.

- Los estándares mínimos de calidad del aire, agua, etc., están universalizándose de manera creciente en el ámbito internacional;
- La misma industria minera está expandiendo la legislación internacional al adoptar códigos de conducta voluntarios, reglas intracorporativas, etc.;⁴
- La participación pública de las ONGs y las comunidades locales se expande en el ámbito mundial, muchas veces presentándose como motor para la reforma regulatoria y el monitoreo;
- Los Organismos Financieros Internacionales (IFOs) están crecientemente tomando en consideración el desarrollo sustentable y poniendo “condiciones verdes” a sus préstamos y otras clases de asistencia;⁵
- En la actualidad se está produciendo un proceso de creciente reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, tribus y de las comunidades locales, lo cual conlleva un mayor nivel de participación de estas colectividades en el proceso de toma de decisiones relativas a proyectos mineros y en la distribución de los beneficios fiscales, entre otros;
- La conciencia del consumidor sufre un incremento a nivel mundial y en el futuro jugará un rol crucial en la demanda de productos y controles legales.

Desde esta base, diversos autores plantean que hoy en día la industria minera está entrando en una nueva era regulatoria. Indudablemente, de todos los temas incluidos en el concepto de desarrollo sustentable, el tema ambiental ha ocupado un lugar prioritario en la agenda internacional. Consecuentemente, en un futuro no lejano, es altamente predecible que paralelamente a este surgimiento gradual de estándares y principios internacionales consensuados vaya acompañado de un proceso de readecuación de los cuerpos legislativos e institucionales nacionales a las nuevas circunstancias.

Hoy, la existencia de un estrecho vínculo de retroalimentación entre el ámbito jurídico y la institucionalidad política en sus diferentes niveles es una realidad globalmente reconocida. De este modo, los cuerpos legislativos dan forma y sustancia a los procesos, instituciones y estructuras de

⁴ Ejemplares son el Código para la Administración Ambiental de la Industria Minera Australiana (diciembre 1996) y la Guía para la Práctica Ambiental de la Asociación Minera de Canadá (noviembre 1990).

⁵ Ver: The World Bank Group, *Pollution Prevention and Abatement Handbook: Toward Cleaner Production* (1998), que reemplaza la antigua Guía Ambiental del Banco Mundial (1988).

gobierno, mientras que las últimas sirven de referente práctico dando cuenta del rendimiento y capacidad de respuesta de los principios jurídicos ante el surgimiento de nuevas necesidades contextuales.

De esta forma, a partir de un proceso de constante monitoreo respecto de la efectividad de los procesos, estructuras e instituciones políticas, las autoridades gubernamentales son capaces de identificar falencias y contrarrestar sus efectos apropiadamente a través de medios jurídicos.

La obligatoriedad de la ley sirve de sustento para las políticas y estrategias gubernamentales. En otras palabras, las leyes parecen ser la única manera eficaz de concretizar y cristalizar los objetivos gubernamentales a largo plazo. Por otro lado, la implementación de cuerpos legislativos que se adecuen a las realidades y necesidades actuales depende directamente de la existencia de un gobierno eficiente y efectivo, capaz de identificar los intereses nacionales siempre teniendo en consideración el bien común, algo que trataremos con más detalle más adelante.

En este sentido, un marco jurídico-institucional que garantice el desarrollo sustentable de la actividad minera requiere que las autoridades nacionales otorguen una prioridad esencial a los siguientes principios/valores:⁶

- Erradicación de la pobreza;
- Alcanzar las necesidades humanas básicas;
- Evaluación de impacto ambiental;
- Disminución de la contaminación;
- Minimización del impacto ambiental;
- Conservación de los recursos;
- Estándares de salud y seguridad laboral adecuados;
- Mejoramiento del bienestar de la comunidad; y
- Protección y restauración del medio ambiente.

⁶ Pring, G; Otto, J.; Naito, K.; *Trends in International Environmental Law Affecting the Minerals Industry*, en: *Journal of Energy and Natural Resources*, Vol. 17, N° 1, 1999.

3. Minería y desarrollo sustentable

El concepto de desarrollo sustentable se ha asentado en los debates sobre desarrollo económico y protección ambiental desde hace ya un número significativo de años.⁷ Desde sus comienzos, se ha debatido respecto de si las industrias extractivas, tales como las industrias mineras y petroleras, forman parte del desarrollo sustentable.

La respuesta rápida y común consiste en afirmar que debido a que la minería agota un recurso finito no puede ser sustentable. Adicionalmente, una vez que el recurso es extraído y utilizado, no puede ser renovado. Mas aún, la conclusión a la que nos guía esta línea de pensamiento irremediablemente lleva a afirmar que la minería no sólo no contribuye con el desarrollo sustentable, sino que contradice los mismos principios de sustentabilidad.

Por esta razón se hace doblemente adecuado reflexionar sobre la materia y comenzar primero definiendo el concepto para luego determinar el rol de la minería en el.

Existen numerosas definiciones del desarrollo sustentable. De éstas es posible extraer tres elementos básicos: el medio ambiente, la economía y la sociedad. La tendencia actual consiste en considerar que la esencia del concepto es la necesidad de alcanzar un equilibrio entre estos tres elementos, un equilibrio que pueda ser sostenible en el tiempo. El hecho que hoy en día estos tres elementos se encuentren íntimamente relacionados nos sugiere que el desarrollo sustentable necesita ser medido en una escala más amplia que en el ámbito de un yacimiento minero individual.

El desafío para la industria minera consiste en maximizar los beneficios y contribuciones que surgen producto del desarrollo de recursos mineros y petroleros. Tradicionalmente, la industria ha tendido a enfocarse principalmente hacia la necesidad de maximizar los beneficios económicos, por medio del aumento del ingreso de los accionistas y a través de su contribución al crecimiento económico nacional. Sin embargo, esto no satisface los requerimientos que conlleva el logro de la sustentabilidad del desarrollo.⁸ Por otro lado, la maximización de los beneficios económicos y/o sociales por sí mismos no contribuirá al desarrollo sustentable, pero

⁷ Se considera que la publicación del informe *Nuestro Futuro Común* (comúnmente conocido como el Informe Brundtland) de la Comisión Mundial sobre Ambiente y el Desarrollo (*World Commission on Environment and Development*) marca el inicio de la era del desarrollo sustentable.

⁸ Stigson, Björn, Presidente del Consejo Mundial Comercial para el Desarrollo Sustentable (*World Business Council for Sustainable Development*); *Global Perspectives on Environmental Management & Sustainable Development*, Environmental Management Conference 99, Helsinki, 8 de septiembre, 1999.

ciertamente son un paso en la dirección correcta. Así, y en términos prácticos, las industrias minera y petrolera pueden contribuir en el logro del desarrollo sustentable maximizando integralmente los beneficios sociales, económicos y ambientales de su actividad.

La actividad minera debe enfrentar un complejo contexto en el mundo contemporáneo, el que en muchos aspectos se ha convertido en un gran desafío del cual depende el futuro de la minería. La principal tendencia que en la actualidad afecta a la industria está dada por un proceso gradual por medio del cual se produce una reorientación de las legislaciones y marcos regulatorios tanto en el ámbito nacional como internacional en la dirección de un "nuevo paradigma", el desarrollo sustentable.⁹ En consecuencia, esta nueva tendencia requiere de una transformación paradigmática del modo de pensar la minería.

En el campo ambiental, el concepto de sustentabilidad refleja un compromiso entre dos aspiraciones mundiales fundamentales, es decir, el proteger la calidad ambiental a la vez que se promueve el mejoramiento económico. En el ámbito nacional, la concreción de este fin último es sólo posible a través de la existencia de instrumentos jurídicos, instituciones, estructuras y procesos político-gubernamentales que sirvan de pilar y fundamento para el logro de los intereses y expectativas de todos los miembros de la sociedad.

Lograr la sustentabilidad de cualquier tipo de desarrollo, incluida la minería, requiere de la existencia de tres factores, los cuales deben servir como principios en la creación y/o modernización de los instrumentos gubernamentales. Estos factores son, básicamente:¹⁰

- La preservación de las opciones para las generaciones futuras;
- La promoción de la estabilidad social y comunitaria; y
- El mantenimiento y restauración de la calidad del medio ambiente.

La tendencia general ha evolucionado hacia la inclusión de las variables económica, política (en especial, legal e institucional), social, cultural y ambiental en los procesos de decisión en todos los niveles de gobierno. Igualmente, la promoción de la participación pública y el reconocimiento de la relevancia de colectividades sociales particulares se vuelve cada día más común.

⁹ Pring, G; Otto, J.; Naito, K.; *Trends in International Environmental Law Affecting the Minerals Industry*, en: *Journal of Energy and Natural Resources*, Vol. 17, Nos. 1, 1999.

¹⁰ *Ibidem*.

En el ámbito comparado, los esfuerzos canadienses y australianos en este respecto deben ser considerados como un ejemplo a seguir, por cuanto ambos países han implementado un marco institucional que se ha adjudicado un enorme grado de credibilidad, tanto en el campo nacional como internacional.

El trabajo realizado por organizaciones técnicas especializadas, como por ejemplo GEMEED-APEC, se funda en la convicción de que la actividad minera en el nuevo milenio es sólo concebible en la medida en que opere bajo los principios del desarrollo sustentable. La minería ha sido tradicionalmente vista como una de las actividades económicas que más daño hicieron al medio ambiente, y en la actualidad es vista con cierta desconfianza por amplios sectores debido a la existencia de evidencias de daño y pasivo ambiental verificable. Sin embargo, pareciera difícil discutir el rol esencial en la vida del hombre contemporáneo que tiene la minería y, aun más, en la prosperidad de la humanidad.

El desafío no es responsabilidad única de los gobiernos nacionales. Más bien, involucra a gobiernos, foros internacionales, organizaciones no gubernamentales (ONGs), la industria y las comunidades nacionales, en otras palabras, todos los miembros de la sociedad. Este alcance global fue oficialmente aceptado hace cerca de quince años, en 1987, cuando la Comisión Mundial del Ambiente y el Desarrollo definió el concepto como el "desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades".¹¹

En pos de una minería que aporte a la sustentabilidad, los gobiernos deberían adoptar medidas tendientes a alcanzar lo siguiente:

1. Un marco legal con un nivel significativo de legitimidad pública que permita un efectivo control gubernamental en todos sus niveles, contenga claras reglas de responsabilidad política y permita una activa participación social;
2. Un libre y fácil acceso a información y amplios programas educacionales que permitan promover la habilidad de la opinión pública para emitir opiniones informadas;
3. Vínculos cercanos de cooperación entre el gobierno y las partes directamente involucradas, y entre estas últimas, en especial, con la industria, de modo de crear una dinámica de trabajo constructiva; y

¹¹ World Commission on Environment and Development (WCED): *Our Common Future*, 1987.

4. Promoción de medidas no regulatorias, por ejemplo, en la forma de incentivos o premios, con el fin de fortalecer y maximizar la voluntad de la industria para llevar a cabo esfuerzos voluntarios.

Por su parte, el conjunto de la industria minera debe asumir su parte del desafío de manera responsable y consciente. El acceso público a la información, una abierta y sincera disposición para escuchar a otras partes involucradas y estrategias de administración virtuosas se vuelven cada día más esenciales. En este contexto, el Código para la Administración Ambiental de la Industria Minera Australiana (1996), con sus objetivos orientados hacia la obtención de mayores niveles de legitimidad, su naturaleza voluntaria y su sistema basado en incentivos, sirve de ejemplo para todas las economías.

Las ONGs y el público en general también deben asumir un rol activo en este esfuerzo, por cuanto su habilidad de servir de “guardianes” se ha convertido de manera creciente en una vara de medida para los gobiernos y la industria. Sin embargo, lo anterior depende del hecho que su participación siga siendo de naturaleza constructiva, debido a que el logro del desarrollo sustentable está construido sobre la base de la existencia de un acuerdo consensuado en términos de lo que se espera para el futuro.

En relación con definiciones de desarrollo sustentable, se propone trabajar con las siguientes:

Comisión Brundtland

El informe entiende el concepto de desarrollo sustentable en términos de:

“Satisfacer las necesidades de esta generación sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para cubrir sus propias necesidades”.

CONAMA

“Un desarrollo sustentable debe promover la conservación de los recursos naturales –tales como la tierra, el agua y los recursos genéticos– y, a la vez, ser técnicamente apropiado, económicamente viable y socialmente aceptable, de tal manera que se permita satisfacer las necesidades crecientes y lograr el desarrollo requerido de un país”.¹²

¹² CONAMA. *Manual de Evaluación de Impacto Ambiental. Conceptos y Antecedentes Básicos*, Secretaría Técnica y Administrativa, primera edición, Santiago, 1-1.

Hoy, tanto las autoridades gubernamentales como la industria minera se encuentran frente a una era en la cual se vuelve necesario repensar y replantear sus actividades con el fin de adaptarse a un contexto que presenta grandes desafíos. En términos generales, la situación actual se caracteriza por:

1. Una industria minera que es históricamente percibida por algunos sectores como dañina y cuyas actividades (sea cual sea su naturaleza) son vistas con preocupación por algunas de las partes directamente involucradas;
2. Casos tales como el cierre de la Mina Bougainville, en Papua Nueva Guinea, sirven de constantes recordatorios de los impactos ambientales, sociales y culturales asociados con la minería y, por ende, provocan la negación de los actuales atributos y esfuerzos positivos de la industria;
3. Hoy, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) mundiales tienen mayor conocimiento de los impactos sociales y culturales de la minería y como resultado sus argumentos han adquirido mayor peso y credibilidad, particularmente entre los tomadores de decisiones y la prensa escrita;
4. Principalmente como resultado de los procesos de descentralización gubernamental y el “empoderamiento” de la ciudadanía en la tenencia de tierras, temas como los derechos indígenas, repartición equitativa de las ganancias y usos alternativos de la tierra, poseen en la actualidad mayor relevancia y, por lo tanto, deben ser tratados eficientemente; y
5. La tendencia actual trae consigo una dinámica de “el todo es mayor que la suma de las partes”, lo cual significa que los grupos han aunado sus fuerzas frente a la industria, o la industria y el gobierno, y conjuntamente son capaces de ejercer mayor influencia.

El conjunto de factores que conforman esta nueva realidad requiere que el desarrollo minero sea llevado a cabo sobre la base de la creación de una alianza entre la industria, el gobierno (nacional/federal o local), ONGs (nacionales o internacionales) y los pueblos indígenas, que, dentro del contexto de los tratados y normativas internacionales, asegure que la explotación de los recursos minerales contribuya al desarrollo sustentable.

Con el transcurso del tiempo, el mundo se ha vuelto mas y más interdependiente y, en consecuencia, ningún Estado se puede desarrollar integralmente si se encuentra aislado de la economía y política mundial. Por esta razón, resulta imprescindible reflexionar la temática del desarrollo sustentable desde el punto de vista politológico.

A pesar de ser un concepto recientemente integrado en las agendas nacionales e internacionales, se ha comprobado que las ideas del desarrollo sustentable están en armonía con las tradiciones y mentalidades de muchas sociedades tradicionales en las cuales las normas éticas y los valores culturales y religiosos compartidos por la población se basan en la idea del cuidado del ambiente natural (uso racional de la tierra, rechazo de la caza de ciertas especies, etc.). Estas ideas no entran en conflicto con los valores básicos de las principales ideologías modernas (liberalismo, conservatismo, socialismo), como tampoco con las principales religiones.¹³

La estrategia de desarrollo sustentable debe dirigirse hacia:

- La creación de un marco legal, incluyendo la reforma y mejoramiento de la legislación ambiental;
- La elaboración de un sistema de incentivos basado en los principios de economía ambiental;
- Monitoreo de los ecosistemas locales y regionales y el establecimiento de un sistema de educación ecológico (ambiental) efectivo.

Durante las primeras etapas de este proceso de transición hacia el desarrollo integralmente sustentable se debe crear un marco para el funcionamiento equilibrado de la economía. Mas aún, el proceso de toma de decisiones debe tomar en consideración las consecuencias de la implementación de cada decisión y debe evaluar los costos, beneficios y riesgos, tomando en cuenta los siguientes criterios:

- Una actividad económica no es racional si los daños ambientales producidos por ella exceden sus beneficios;
- No es posible dar curso a un proyecto si existen posibilidades de que su implementación pueda producir daños irremplazables a la naturaleza o sus consecuencias ambientales no han sido lo suficientemente estudiadas;
- El impacto ambiental negativo debe ser minimizado lo más posible en el contexto de las condiciones sociales y económicas existentes.

¹³ Demtchouk, Artour L.; *Sustainable Development: New Political Philosophy for Russia?*, Moscow State University, <http://www.bu.edu>.

4. Marco institucional y rol del Estado

El concepto de desarrollo sustentable abarca un gran número de aspectos, los cuales evidentemente cubren el espectro social en su totalidad. Por esta razón, un desarrollo minero sustentable requiere de la existencia de un marco jurídico-institucional que se adecue a estos nuevos requerimientos. A continuación se enumeran algunas de las temáticas internacionales que se augura pronto formarán parte de la tendencia imperante.

El concepto de desarrollo sustentable tiene un fuerte componente social, otorgándole una gran importancia a los intereses presentes y futuros. De este modo, el éxito de su aplicación depende grandemente en el hecho de que tanto las necesidades como las expectativas de la población sean seriamente consideradas por las autoridades gubernamentales al momento de tomar decisiones.

Otro de los componentes esenciales para el éxito de este nuevo paradigma, el desarrollo sustentable, consiste en que los Estados y la comunidad internacional en su globalidad cuenten con leyes e instituciones que fortalezcan y protejan los nuevos principios, evitando situaciones como las que a menudo enfrentamos hoy: una labor gubernamental que muchas veces carece de las herramientas necesarias.¹⁴

Por esta razón, hoy en día se ha generalizado la creencia que postula que la eficiencia del Estado frente a los nuevos desafíos en el siglo XXI se encuentra íntimamente relacionada con la gestión/administración pública a fin de que cumpla satisfactoriamente su misión en tres grandes dimensiones:¹⁵

- Garantizar y hacer posible el ejercicio de los derechos ciudadanos;
- Prestar servicios básicos acordes con las necesidades de los usuarios;
- Crear las condiciones para el libre y ordenado ejercicio de las actividades privadas a fin de que puedan desarrollarse internamente y ser competitivas en el ámbito internacional.

En otras palabras, se debe dotar al aparato público de nuevas capacidades y formas de trabajo para poder seguir cumpliendo con su misión de ser

¹⁴ Osborne, D.; Gaebler, T.; *Reinventing Government*, Addison-Wesley Publishing Company, Inc., 1996.

¹⁵ Orrego, C.; *Gerencia Pública: Elementos para un Debate*, Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, abril, 1998.

garante del bien común y del interés público.¹⁶ En consecuencia, esto radica, además de lo previamente comentado, en un proceso por medio del cual mejorar la gestión pública, repensando radicalmente qué se hace, y cómo se hace, planteando soluciones distintas y actualizando permanentemente estrategias, políticas y procedimientos.

De esta forma, se propende a la formación de estructuras gubernamentales que, en el contexto del quehacer minero, sean capaces de proteger los intereses y expectativas del sector privado, las ONGs, las autoridades políticas, los pueblos indígenas, las comunidades locales y la población en general.

Para lograr que el Estado efectivamente dirija, regule y sancione en la dirección de un desarrollo sustentable de la actividad minera se vuelve esencial el que las autoridades de las instituciones y servicios estén dotadas efectivamente de las capacidades, recursos, atribuciones y legitimidad necesarias para el ejercicio de su rol. La estructuración de un sistema que permita garantizar una buena conducción de las instituciones del Estado es, por ende, un factor decisivo para promover los cambios necesarios.

En términos generales, una gerencia pública eficiente y con condiciones para adaptarse a las nuevas realidades debe fundarse en:¹⁷

- Sistemas o procesos para obtener los profesionales adecuados para desempeñarse en los cargos gubernamentales;¹⁸
- Directrices acerca de mecanismos de medición del desempeño caracterizados por claras reglas de responsabilidad pública (*accountability*), acuerdos de desempeño y una relación entre el desempeño, el presupuesto de los servicios y las rentas de las autoridades y sistemas para tratar el bajo desempeño;¹⁹

¹⁶ El interés público es todo lo que fortalece las instituciones gubernamentales, es el interés de las instituciones públicas. La existencia de instituciones políticas capaces de dar contenido a los intereses públicos distingue a las sociedades políticamente desarrolladas de las subdesarrolladas. En las sociedades políticamente más avanzadas, la lealtad a los agrupamientos sociales más inmediatos –como la familia, tribus, clanes– está subordinada a la fidelidad al Estado en el cual se encuentran sumidos. En: Huntington, S.; *Condiciones para una Democracia Estable*, Estudios Públicos 22, Otoño 1986, pp. 5-35.

¹⁷ Orrego, C.; *Gerencia Pública: Elementos para un Debate*, Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, abril, 1998.

¹⁸ Características personales, experiencia y habilidades técnicas/políticas especiales que se requiere de una persona dependiendo del trabajo que desempeñará.

¹⁹ Amonestaciones formales, transferencia a puestos con menor carga de trabajo, reducción del grado en la escala funcionaria, despido, bajas en las remuneraciones y relación entre el desempeño y la aprobación de presupuesto para el servicio o agencia pública, etc.

- Claras reglas de conducta que definan los deberes y atribuciones de quienes ocupan cargos administrativos;²⁰
- Igualdad de oportunidades: inclusión de minorías étnicas y de la mujer en cargos del sector público.

Este nuevo estilo de gerencia pública debe darse en el contexto de un proceso de planificación estratégica en el seno del sector público que dé sustento y dirección a los nuevos valores y principios. Así, la actuación del gobierno estará siempre marcada por el afán de lograr la consecución de los objetivos estratégicos al largo plazo. Más aún, contando con los recursos humanos más apropiados para las necesidades actuales se cimientan las bases del éxito, pues al contar con las personas adecuadas, se cierran numerosos focos de ineficiencias que hasta la fecha son utilizados como justificación para errores y mala administración.

A modo propositivo, algunas de las funciones y tareas específicas del gobierno en lo relativo al desarrollo minero son las siguientes:

- Crear un marco regulatorio eficiente y con alta capacidad de respuesta a los nuevos requerimientos;
- Contar con un sistema de fiscalización efectivo y transparente, con claras reglas de conducta y responsabilidades para las partes "reguladoras" y "reguladas" y con herramientas reales para castigar el no cumplimiento (sanciones económicas, políticas, sociales, etc.) que sean de conocimiento público;
- Promover un desarrollo ecológicamente sustentable por medio de la conservación y utilización de los recursos naturales;
- Implementar un sistema de educación que promueva el conocimiento de los jóvenes respecto de las temáticas relacionadas con el desarrollo sustentable y, en especial, con sus derechos y deberes. Solo así se podrá alcanzar lo que conforma la esencia de la sustentabilidad: el derecho de las futuras generaciones de disfrutar de los beneficios del desarrollo;
- Implementar programas de entrenamiento técnico de modo de garantizar que tanto el sector público como el privado cuenten con per-

²⁰ Especialmente en lo relativo a restricciones en actividades políticas, declaración de patrimonio e intereses especiales, prohibición de aceptar regalos o beneficios, y, en algunos casos, restricciones para desempeñarse posteriormente en el sector privado en áreas relacionadas con el tipo de trabajo ejercido en el sector público.

sonal preparado en todas las áreas involucradas en el desarrollo sustentable.

- Proveer las condiciones para la innovación y modernización tecnológica;
- Proveer a la nación de la infraestructura (carreteras, transporte, puertos, etc.) que facilite el desarrollo de la actividad minera;
- Promover un enfoque cooperativo para la protección y administración del ambiente que involucre a los gobiernos locales, la comunidad, los propietarios de tierras y pueblos indígenas;
- Garantizar el libre acceso a la información, particularmente la relativa a, por un lado, los nuevos planes y programas gubernamentales, y los nuevos proyectos mineros, por el otro;
- Abrir canales de comunicación fluidos y transparentes con las principales partes involucradas, incluyendo sistemas de participación social, consulta pública, etc.;
- Reconocer el rol de las comunidades locales y/o los pueblos indígenas en la conservación y utilización ecológicamente sustentable de la biodiversidad;
- Promover la utilización del conocimiento de la comunidad local, y/o los pueblos indígenas respecto de la biodiversidad, incluyendo el involucramiento y la cooperación con los dueños de dicho conocimiento.

Todo lo antes comentado constituye el marco fundamental de principios y objetivos en los que se debe basar un sistema jurídico-institucional sustentable. En el ámbito de las economías-miembros de APEC, los casos de Nueva Zelanda²¹ y Australia son ejemplares en lo que tiene relación a la implementación de un nuevo sistema de administración pública más acorde a las necesidades actuales. Al respecto, Chile ha tenido notables avances, pero sin duda mucho queda por hacer, como por ejemplo, en la medición del rendimiento del quehacer público y la creación de sistemas de reclutamiento más selectivos, basados en las capacidades técnicas más que en preferencias político-partidistas.²²

²¹ En la actualidad, en este país se encuentra vigente un sistema por medio del cual determinadas agencias gubernamentales cuentan con mayores niveles de autonomía y capacidad de acción administrativa, algo que sin duda sería útil en el tratamiento de la temática ambiental y social.

²² Orrego, C.; op. cit.

5. Política minera internacional de Chile

Chile no tiene una política minera internacional consistente.

Parte importante de nuestras exportaciones, y por tanto de nuestras divisas, son mineras, y sin embargo, nuestro país no tiene una política minera internacional.

Durante los últimos años, el Ministerio de Relaciones Exteriores ha experimentado diversas reformas modernizadoras, como por ejemplo, la creciente relevancia de la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales. Sin embargo, hasta la fecha, no existe una Dirección o Departamento que se dedique específicamente a la minería. ¿Y por qué tendría que haberlo? Sencillamente porque la minería en Chile es un tema internacional. En efecto, la gran mayoría de la producción se coloca en mercados extranjeros. El mercado interno es extremadamente pequeño. Por su parte, la Subsecretaría de Minería carece de un Departamento de Asuntos Internacionales. Y sin embargo Chile carece de una política minera internacional en la que se establezcan objetivos y finalidades, prioridades y fórmulas de cooperación de los sectores público y privado, estrategias de resolución de conflictos y de enfrentamiento de amenazas como por ejemplo la sustitución del producto en sus aplicaciones. También debiera estrategizarse para la promoción de nuevos usos del cobre, etc.

Temas relevantes

Por su parte, la creciente globalización del planeta ya es una realidad de la que Chile forma parte. La agenda minera internacional de Chile se encuentra atiborrada de compromisos, negociaciones, seguimientos, acuerdos y trabajos conjuntos internacionales. Y sin embargo, no hay una política sistemática para todos aquellos frentes y escenarios.

Entre otros frentes, cabe destacar la Conferencia Anual de Ministros de Minería de las Américas CAMMA; el Grupo Experto en Minería, Exploración y Desarrollo Energético, GEMEED-APEC; el tratado de integración minera con Argentina, las negociaciones de integración minera con Bolivia; los temas comunes dentro del MERCOSUR; los temas arancelarios con Estados Unidos, Japón y otros países de destino de nuestro cobre; los temas relacionados con las cañerías de agua potable y la colocación de cobre en mercados europeos; las relaciones con grupos internacionales especializados, como el Grupo de Estudios del Cobre (GIEC), la Asociación Internacional del Cobre (ICA), etc; las relaciones bilaterales con países productores y consumidores de cobre, etc. La agenda es amplia y diversa. Pero no existe una política sistemática.

Por supuesto, nada de lo que aquí se está señalando debiera entenderse como un llamado a proponer carteles o fijaciones de precio u otras alternativas que alteren el mercado. Sin embargo, y precisamente dentro de las reglas del mercado, es perfectamente posible y deseable aumentar la competitividad de nuestros productos organizando una estrategia acorde.

Propuesta preliminar de agenda

En el contexto de lo señalado, todo parece indicar la conveniencia de contar con una política internacional minera de Chile. Esta política se encargaría de establecer prioridades y objetivos señalados más arriba y serviría para promover la colocación de nuestros productos minerales en los mercados internacionales.

Desde una perspectiva institucional, debiera crearse un Departamento de la Minería, dependiente de la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales, y un Departamento de Asuntos internacionales, dependiente de la Subsecretaría de Minería. Estos dos departamentos coordinarían la ejecución de la política minera internacional de Chile y promoverían la participación protagónica del sector privado en ella.

6. Bibliografía

1. Ackerman, R.; *Is Mining Compatible with Sustainable Development?*, 6 International Council on Metals and the Environment (ICME) Newsletter No. 2, p. 1 (1998).
2. Ahumada, J.; *La Planificación del Desarrollo*, ICIRA, Santiago, 1968.
3. *El Estado del Mundo*, 1997. Anuario Económico y Geopolítico Mundial, Editorial Akal, Madrid, España, 1997.
4. Armstrong, K.; *The Green Challenge: Managing Environmental Issues in Natural Resources Projects in Developing Countries*, 42 Rocky Mountain Mineral Law Institute 3-1 (1996).
5. Ayres, R.U.; *Metals Recycling: Economic, and Environmental Implications, Book of Proceedings: The recycling of Metals*, ASM International Europe, Brussels (Third ASM International Conference, 11-13 June, Barcelona, Spain, 1997).
6. Benedick, Richard; *Ozone Diplomacy*, Harvard University Press, USA, 1991.
7. Bill, J.; Hardgrave, R.; *Modernización y Desarrollo Político*, en: Carnero, T.; "Modernización, Desarrollo Político y Cambio Social", Alianza Editorial, Madrid, 1992.

8. Boer, B.; *Institutionalizing Ecologically Sustainable Development: The Roles of National, State and Local Governments in Translating Grand Strategy into Action*, 31 Willamette Law Review 307, 318 (1995).
9. Burger, J.; *Indigenous Peoples and the United Nations: New Directions*, 6 ICME Newsletter No. 1 (1998).
10. Caldwell, Lynton; *International Environmental Policy*, Duke University Press, USA, 1990.
11. Campusano, Raúl F.: *Principles for a Sustainable Mining in the XXI Century in the Asia Pacific Region: Some Ideas, from Different Sources, for Discussion*, Draft Version, March 21, 1999, Santiago, Chile.
12. Clark, A. L., Cook Clark, J; *The New Reality of Mineral Development: Social and Cultural Issues in Asia and Pacific Nations*, Resources, Policy 25 (1999), 189-196.
13. Clark, A. L., Clark, J. C.; *Managing Minesites and Local Community Issues*, in: *The Negotiation of Sustainable Development in Resource Based Economies*, UN Committee on Trade and Development, Geneva, Switzerland, 1999.
14. CONAMA. *Manual de Evaluación de Impacto Ambiental, Conceptos y Antecedentes Básicos*, Secretaría Técnica y Administrativa, primera edición, Santiago, Chile.
15. Coutrier, P. L.; *Partners in Sustainable Development, Environmental Aspect of Mining In Indonesia Seminar*, Jakarta, November, 1993.
16. Crowson, P.; *The Use of Non-Ferrous Metal Resources for Economic Growth*, International Non-Ferrous Metals Study Group's Workshop on Sustainable Development, London, November 30th to December 3rd, 1999.
17. Cumplido, F., Nogueira, H.; *Las Fuerzas Políticas en los Hechos y en el Derecho*, Ediciones Icheh, Santiago, Chile, 1987.
18. Dahl, Robert; *A Preface to Economic Democracy*, University of California Press, USA, 1985.
19. Department of Environment and Natural Resources, Australia; *Integrated Environmental Management for Sustainable Development Programme: Sustaining Lives on Earth*, 1996.
20. Dittborn C. J.; Wagner, P.; *Guía Práctica de Economía y Finanzas*, El Diario, Ediciones Financieras, primera edición, 1996.

21. Dornbush, R.; Stanley, F.; *Macroeconomía*, cuarta edición en español, MacGraw-Hill/Interamericana, México, 1989.
22. ECOSOC (U.N. Economic and Social Council), Committee on Natural Resources, *Effects of Environmental Protection and Conservation Policies on the Mineral Sector (Including Consideration of Available Studies by Concerned Entities of the U.N. System on the Impact on the Environment of Exploration and Mining, and Review of the State-of-the-Art Technologies Dealing with Processing of Mineral Wastes and Tailings)*, Report of the Secretary General, U.N. Doc. UNESCO/CNR 2d Session, Agenda Ote, 8, E/C.7/1994/10 (1994).
23. Eggert, R.; *Mining and the Environment: An Introduction and Overview, Mining and the Environment: International Perspectives on Public Policy*, Eggert, R., (Ed.) 1994.
24. Eyzaguirre, N.; Vergara, R.; *Reflexiones en Torno a la Experiencia de Autonomía del Banco Central*. En: *La Banca Central: Lecciones de Experiencias de Autonomía*, Cuadernos de Economía, Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 91, Año 30, diciembre, Santiago, 1993.
25. Falkman, E. G.: *Sustainable Production and Consumption: a Business Perspective*, World Business Council for Sustainable Development, Geneva, 1996.
26. Fernández, M.; *Más Allá de la Transición*, Editorial Andante, Santiago, Chile, 1987. Y del mismo autor la voz "Partidos Políticos", en: *Diccionario Electoral*, Costa Rica, 1989.
27. French-Davis, R.; *Políticas Macroeconómicas para el Crecimiento*. En: Revista de la CEPAL, diciembre, N° 60, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, 1996.
28. Fisher, Julie; *The Road from Rio: Sustainable Development and the Nongovernmental Movement in the Third World*, Praeger Publishers, Connecticut, USA, 1993.
29. Fontaine, J. A.; Larraín, F.; Levy, M.; Walker, M.; *Acuerdos de Libre Comercio y Políticas de Crecimiento*, en: Estudios Públicos N° 53 (Verano), Santiago, 1994.
30. Friedmann, R.; Micco, S.; Saffirio, E.; *Introducción a la Politología*, Fundación Naumann, Santiago, Chile, 1995.
31. Golaczinski, U.; *Ordenamiento Territorial y Urbanismo*, en: *Economía Social de Mercado: Su Dimensión Social*, Fundación Friedrich Ebert, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 1998.
32. Hancock, P.: *Life Cycle Assessment (LCA) Application to Nonferrous Metal Products: What does LCA mean for the Minerals Sector?*, APEC GEMEED Proceedings, Ministerio de Minería, Chile, 1999.

33. Hurtado, C.; Hajek, E.; Vohrer, M.; Montenegro, P.; Valenzuela, R.; Díaz, J.; *Regulación, Mercado y Medio Ambiente*, Corporación Libertas, Ediciones Mar del Plata, Santiago, Chile, 1990.
34. Iglesias, E.; *Reflexiones sobre el Desarrollo Económico, hacia un Nuevo Consenso Latinoamericano*, Banco Interamericano de Desarrollo, 1992.
35. Itagaki, Kimio; *Pollution Control Measures at Refinery and Other Environmental Technologies*, en: ECOW '97 Proceedings, GEMEED, Ministerio de Minería.
36. Kesler, S.E.; *Mineral Resources, Economics and the Environment*, Macmillan, New York, U.S.A., 1994.
37. Killam, R.; *Sustainability Policy and Performance: Anticipating a Changing Responsibility*, en: ECOW '98 Proceedings, GEMEED, Ministerio de Minería, Chile.
38. Larraín, F.; Assael, P.; *Integración Comercial, el Caso de Chile*, CEP, Rev. Estudios Públicos, N° 46, Santiago, 1992.
39. Larroulet, C.; Francisco M.; *Economía*, segunda edición, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
40. Lijphart, A.; *Las Democracias Contemporáneas*, Ariel, Barcelona, 1987.
41. McMahon, G.; *Mining and the Community: Results of the Quito Conference*, World Bank, Washington, 1998.
42. Moguillansky, G.; *Impacto de la Política Cambiaria y Comercial sobre el Desempeño Exportador en los Años Ochenta*. En: Revista de la CEPAL, N° 55, abril, Santiago, Chile, 1995.
43. Nash, G.; *Presentation to the Workshop on Sustainable Development*, November 30th to December 3rd, 1999, London, UK.
44. Natural Resources Canadá; *Sustainable Development of Minerals and Metals*, Ottawa, Canadá, 1997.
45. Novoa, L.; *Sustainable Development and its Relationship with Mining and Law*, Special Institute on Mineral Development in Latin America 7-1 (Rocky Mountain Mineral Law Foundation (Ed.), 1997.
46. Orrego, C.; *Gerencia Pública: Elementos para un Debate*, Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública, Ministerio Secretaria General de la Presidencia, Santiago, Chile, abril, 1998.

47. Osborne, D.; Gaebler, T.; *Reinventing Government*, Addison-Wesley Publishing Company, Inc., U.S.A., 1996.
48. Owada, S.: *Sustainable Development of Mining Engineering in Environmentally Conscious Recycling Systems*, ECOW Proceedings, APEC GEMEED, Ministerio de Minería, Chile, 1998.
49. Price, W., Nelson, D.; *Developing an Environmental Model: Piecing Together the Growing Diversity of International Environmental Standards and Agendas Affecting Mining Companies*, 7 Colorado Journal of International Environmental Law 7 Policy 247, 315 (1996).
50. Pring, G.; *International Legal, Financial and Institutional Aspects of Environmental Issues for Sustainable Mining and Exploration Activities*, in: ECOW '98 Proceedings, APEC GEMEED, Ministerio de Minería, Chile, 1997.
51. Pring, G., Otto, J., Naito, K.; *Trends in International Law Affecting the Mining Industry* (Report to the Metal Mining Agency of Japan, MMAJ).
52. Revista de la Minería Chilena.
- Año 16, N° 189, marzo, 1997.
 - Año 16, N° 186, diciembre, 1996.
 - Año 16, N° 184, octubre, 1996.
53. Rosales, O.; *Escenarios y Tendencias en el Comercio Internacional*, en: Russell, R. (editor); *La Agenda Internacional en los Años '90*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1990.
54. Samuelson, P.; Nordhaus, W.; *Economía*, McGraw-Hill, Madrid, 1993.
55. Sartori, G.; *Partidos y Sistemas de Partidos*, Alianza Universidad, Segunda Edición, Madrid, 1992.
56. Schmidheing, S.; *Changing Course*, MIT Press, Cambridge, USA, 1992.
57. Solomon, L.; *Las Empresas Multinacionales y el Nuevo Orden Mundial*, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1980.
58. SONAMI. Boletín Minero Semanal Sociedad Nacional de Minería. Resumen noticioso semanal editado por el Departamento de Asuntos Públicos, Año VII, N° 348, 3 de mayo de 1999.
59. Teitenberg, T.; *Environmental and Natural Resources Economics*, Harper Collins, New York, U.S.A., 1996.

60. Tomassini, L.; *La Política Internacional en un Mundo Post-Moderno*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1991.
61. Tremblay, G.; *The Identification & Assessment of Hazards Associated with Minerals and Metals*, en: ECOW '98 Proceedings, GEMEED, Ministerio de Minería, Chile.
62. Truman, D.; *Attracting Investing in The Minerals Sector*, artículo para web Site de GEMEED-APEC, Julio 1999.
63. U.N. Economic and Social Council (ECOSOC), Report of the Secretary General, Economic and Social Development Needs in the Mineral Sector: Flow of Financial Resources, Development and Transfer of Technology to Develop the Mineral Resources of Developing Countries and Economies in Transition, U.N. Doc E/C7/1997/7 (12 January, 1994).
64. Von Beyme, Klaus; *Los Partidos Políticos en las Democracias Occidentales*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1989, p. 186.
65. Walde, T.; *Environmental Policies Towards Mining in Developing Countries*, 30 Public Land & Resources Law Digest 41 (1993).
66. Warhurst, A.; *Corporate Social Responsibility & the Mining Industry*, MERN Research Bulletin No. 13/14 1998 Special Issue, p. 81-97.
67. Warhurst, A.; *The Limitations of Environmental Regulation in Mining*, Mining and the Environment: International Perspectives on Public Policy 133 (Eggert, G (Ed.) 1994.
68. Yamatomi, J.; *Proposal for Mine Developments and Operations in Harmony with Environmental Protection*, APEC GEMEED Proceedings, Ministerio de Minería, Chile, 1997.

Las cláusulas abusivas en el derecho de consumo y el crédito al consumo

Eduardo Tapia Elorza

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Las cláusulas abusivas

1. Decadencia de la autonomía de la voluntad

El principio de la autonomía de la voluntad ha mostrado una declinación desde la segunda mitad del siglo XIX y más aún a comienzos del siglo XX, tal vez presionado por el positivismo estatista, en la medida donde la identificación del derecho en el Estado tenía por efecto privilegiar la reducción de la voluntad individual, esto es, el contrato, en la declaración de una situación jurídica en que el contenido no debía depender de las voluntades de los sujetos de derecho. El Estado ahora interviene en los intercambios económicos, y en razón de esto el principio de la autonomía de la voluntad deja de inspirar el derecho de los contratos en la actualidad.¹ Como bien lo expresa el profesor Larroumet, “de la misma manera que la filosofía individualista y voluntarista no habría tenido ningún impacto real sobre el derecho de los contratos sin el liberalismo económico, aunque éste fue menos desarrollado en Francia que en otros lugares, en razón de una larga tradición estatista francesa, el positivismo estatista no habría puesto en duda el principio de la autonomía de la voluntad sin su relación con el intervencionismo del Estado en los intercambios económicos. El contrato es el proceso por excelencia donde se hace realidad el intercambio económico entre los miembros del cuerpo social. En la medida en que el Estado no interviene, o lo hace en escasa medida para organizar estos intercambios autoritariamente, la libertad contractual es una realidad que no se puede discutir: los intercambios económicos corresponden a lo que es querido por las partes del contrato. Pero si el Estado interviene imperativamente en los intercambios económicos, el dirigismo contractual sucede a la libertad contractual, en el sentido que el contrato no corresponde a lo que es libremente negociado entre las partes o a lo que es impuesto por una parte a otra, que lo acepta. Al contrato libremente que-

¹ Larroumet, Christian. *Droit Civil*. T. 3. Editorial Económica, París, 1998, N° 120, pág. 98.

rido por las partes lo sustituye el contrato dirigido, es decir, el contrato donde las condiciones de formación, el contenido, los efectos son determinados por la ley imperativa y no simplemente supletoria".² Se viene desarrollando de esta manera un orden público contractual, que es protector de los intereses de un contratante en contra del cual la otra parte del contrato estaría en posición de imponerle el contenido del mismo, en el que las estipulaciones no son libremente negociadas entre las partes. El orden público supone que la formación del contrato está sometida a las condiciones de fondo y de forma imperativamente decididas por la ley y donde la inobservancia es sancionada con la nulidad, a instancia del contratante en favor de quien interviene. Como el contenido del contrato no es libremente discutido entre las partes, corresponde al legislador y a la jurisprudencia el decidir imperativamente acerca de lo que debe ser su contenido, sea prohibiendo tal estipulación, sea imponiendo otra que estará implícitamente integrada al contrato en el caso donde ella no habría sido expresamente convenida por las partes. El ámbito de elección de este proteccionismo contractual está constituido por el contrato de adhesión.

2. La protección del consumidor

Diversas consideraciones de orden económico y social sirven de fundamento para que el consumidor, supuestamente informado, sea protegido, aun contra su voluntad, prevaleciendo el interés colectivo de los consumidores o el interés general, por sobre el interés del consumidor individual. Así, puede establecerse una prohibición de comercializar o la obligación de retirar del mercado los productos o servicios que ponen en peligro la salud o la seguridad del público; o controles a la publicidad relacionada con el consumo de tabaco, medicamentos y alcohol; o restricciones a la libertad de los consumidores para aceptar cláusulas que les traspasen contractualmente los riesgos en una relación de consumo; o la fijación de límites a la facultad de endeudamiento de los consumidores, o el ejercicio de acciones colectivas judiciales que limitan el ejercicio individual de derechos de consumidores.

Se pretende, por esta vía, otorgar un nivel mínimo de protección al consumidor, que de alguna manera rompa el desequilibrio real y efectivo que existe en una relación contractual entre un comerciante que es profesional en su materia y el consumidor que no puede evaluar fácilmente los riesgos que su vinculación con ese profesional implica. Se le protegerá, por tanto, frente a la comunicación de informaciones engañosas, incompletas o confusas y el empleo de métodos de venta que tienden a falsear su consentimiento; o frente a los riesgos de daños derivados de productos defectuo-

² Ob. cit., N° 121, pág. 99.

sos que se ofrecen para el consumo en el mercado; o frente a ataques a sus intereses económicos por prácticas desleales o atentatorias de una libre competencia, precios ilícitos o anormales y ofertas de crédito excesivas; o frente a la imposición de condiciones contractuales unilaterales y abusivas.³

Una consideración de los intereses “difusos” en relación con los derechos del consumidor debe ser también tenida en cuenta, porque el interés de un cliente, que aisladamente examinado puede ser menor o de poca significación, puede constituir el reflejo de los intereses de todos los consumidores que eventualmente pudieren verse afectados en una situación similar y por este motivo las legislaciones contemplan el ejercicio de acciones por un grupo representativo de estos intereses.⁴ Aquella persona a quien una tintorería le estropeó su traje no llegará a litigar por este motivo, atendida su poca monta, pero este interés, difuso en el consumidor individualmente considerado, es recogido por un grupo que es representativo de los intereses colectivos de consumidores –una asociación de consumidores– que puede ejercer las acciones grupales, si bien nuestra ley sobre la materia, en su art 8º, letra d) limita tal ejercicio sólo a las agrupaciones que cuentan con el mandato respectivo otorgado por los consumidores.

3. La noción de consumidor

Desde luego, cobra importancia la noción de “consumidor” para delimitar el ámbito de protección. En un comienzo, el concepto se refiere a las personas naturales que adquieren bienes de las grandes empresas, pero se ve la necesidad de incluir a quienes contratan servicios, otorgándose protección, por tanto, a consumidores y usuarios. Luego es posible constatar que la protección no sólo se requiere frente a las grandes empresas, sino también frente a empresas en general y frente a la Administración Pública como prestadora de servicios públicos o para exigir de ella una actuación que asegure una adecuada calidad de vida.

Aparecen así en doctrina dos nociones de consumidores: una concreta, referida a quienes adquieren bienes o servicios para un uso privado; y otra abstracta, para comprender a todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida (en este sentido, por ej., la Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975, relativo a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores). Es decir, en este segundo aspecto se trata de un ámbito de nuestra vida, el de consumido-

³ Thierry Bourgoignie. *Elementos para una teoría del derecho de consumo*. Vitoria, 1994, págs. 123-124.

⁴ Juan Carlos Rezzónico. *Contratos con cláusulas predispuestas*. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1987, N° 14, pág. 27.

res, o sea, el ciudadano como consumidor y, por esta vía, la protección del consumidor en realidad está evolucionando hacia la protección del individuo particular.⁵ Pero para la atribución de derechos que puedan ser ejercitados individualmente se requiere de una noción concreta de los consumidores, que no ha de ser única para todos los ordenamientos jurídicos, sino que dependerá en cada caso del punto de vista en que se sitúe el legislador de cada Estado, y aun con distintas perspectivas dentro de un mismo ordenamiento, según la finalidad perseguida por la respectiva ley, como ocurre, por ejemplo, en la República Federal de Alemania, donde la noción de consumidor en el derecho alimentario se relaciona con el consumo doméstico privado; en el derecho de la competencia, se refiere al consumidor final; en el derecho europeo de cartels y en materia de responsabilidad del fabricante, el consumidor es el cliente, sin que se exija que se trate de un consumidor final o de un consumidor doméstico. En síntesis, la noción dependerá en este caso del ámbito de protección que cada ley pretenda establecer y así es posible entonces incluir en la noción de consumidor incluso al empresario cuando se trata de proteger la salud, porque serán consumidores, en general, todas las personas naturales, pues sin importar su profesión o actividad, requieren satisfacer necesidades de alimentación con productos que no sean riesgosos para la salud.

De aquí que haya que concluir que no existe una noción única de consumidores, sino que habrá tantas definiciones legales cuantos sean los ámbitos de aplicación de las distintas leyes y normas en general que determinen una protección específica, pero considerando, en todo caso, a un consumidor medio típico, que por lo general se referirá al consumidor como cliente o bien al consumidor final.

El consumidor como cliente será aquel que contrata con un empresario para adquirir los bienes o servicios ofrecidos por éste, ya sea que pretenda satisfacer sus necesidades privadas o dentro del marco de una actividad empresarial. Es decir, el consumidor como cliente puede también ser un empresario.

La noción de consumidor como consumidor final es más restringida, pues se refiere a la persona que adquiere bienes o servicios para su uso privado, incluyéndose un uso familiar o doméstico y, por lo mismo, no es posible admitir dentro de esta concepción a un empresario que actúe dentro de la esfera de sus actividades empresariales.

⁵ Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. *Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. En: *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores*. Madrid, Tecnos, págs. 106-107.

El art. 1° N° 1 de la ley N° 19.496 define a los consumidores, dando una noción concreta y subjetiva para los efectos de esa ley, como “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios”, norma que tiene su fuente en el art. 1°, párrafo 2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, que da el siguiente concepto, también concreto y subjetivo para los efectos de esa ley: “Son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades, funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

4. Concepto de cláusulas abusivas en la relación de consumo y su sanción

Se suelen emplear diversas denominaciones, tales como cláusulas abusivas, vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas, para referirse a aquellas estipulaciones que producen en el ámbito de los contratos una ruptura de la simetría, equilibrio, igualdad o equivalencia de las partes del negocio jurídico, la ausencia de paridad en los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los sujetos, la preeminencia de uno sobre el otro sujeto, la atribución de facultades mayúsculas, la exclusión o restricción de las estatuidas por el ordenamiento, la dificultad para su ejercicio, la ausencia de negociación, el abuso del poder en la formación, celebración, ejecución y terminación del acto dispositivo y, en general, el detrimento de su regulación normativa.

La primera observación que se nos viene en mente con las expresiones “cláusulas abusivas” nos sitúa el problema en el ámbito del abuso del derecho, pero un análisis más en profundidad nos separa de esa teoría al comprender aspectos distintos, pues lo que en realidad ha ocurrido es un desequilibrio en las prestaciones producido por la desigual posición negociadora del contrato.

La referencia a “cláusulas vejatorias”, por otra parte, demuestra el “vejamen”, afrenta, ignominia o lesión y los términos “cláusulas exorbitantes” dicen relación con la excesividad.

Nuestra ley de protección de consumidores ha introducido en el ordenamiento jurídico nacional, por primera vez, el concepto de cláusulas abusivas, en el sentido de inequidad en las estipulaciones, prohibiéndolas sólo en el contrato de adhesión, entendiéndose para efectos de esta ley como tal “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”

(art. 1° N° 6). La ley no define lo que debe entenderse por cláusulas abusivas, sino que dispone una enumeración taxativa y casuística en el art. 16, donde las prohíbe expresamente y establece como sanción para el caso que se pacten, la nulidad absoluta de ellas. Se trata de pactos prohibidos por la ley y por aplicación de los arts. 10 y 1682 del Código Civil, su sanción es la nulidad absoluta parcial del contrato, ya que afectará solamente a la cláusula o estipulación respectiva y no a todo el negocio jurídico. Naturalmente que será el juez quien deberá adecuar las restantes cláusulas a los fines establecidos en la ley de protección de consumidores, de manera tal que en los efectos obligacionales sólo queden vigentes las estipulaciones no sancionadas con nulidad y haya la debida correspondencia y armonía para que el contrato pueda producir sus efectos.

El desequilibrio en las prestaciones debe ser significativo, importante, manifiesto, excesivo, injustificado, siguiendo la calificación que le atribuye la legislación comparada (Francia, España, Bélgica, Brasil, Alemania).

El legislador nacional emplea las expresiones "*no producirán efecto alguno*", lo que debe entenderse como sinónimo de nulidad. Además de las expresiones utilizadas por el legislador que ya hemos comentado para concluir que la sanción a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión es la nulidad absoluta, podemos arribar a igual conclusión por aplicación de las normas generales sobre nulidad.

En efecto, los arts. 1683 y 1684 del Código Civil aluden al interés de la moral o de la ley y se estima que hay nulidad absoluta cuando el vicio trasciende el interés meramente circunstancial, individual de los sujetos del negocio, pero el problema radica en determinar qué debe entenderse por interés general, público, que se tiende a identificar con el bien común, el orden público, las buenas costumbres, y si se lesionan esos intereses de orden público, o la falta de requisitos esenciales para la celebración de un negocio jurídico implica una alteración del orden público, por atentar contra principios generales del derecho positivo, entonces la sanción será la nulidad absoluta.

Pero como esta noción es, con todo, poco precisa, si se consideran las modernas tendencias que definen la entidad de los intereses "*colectivos*" o "*difusos*", la protección del consumidor, la responsabilidad del fabricante por los productos elaborados, etc., no es posible seguir en la idea tradicional de concebir, a priori, una categoría de orden público que se refiera a la calificación de la nulidad absoluta. Por eso es que Zannoni advierte que en toda nulidad "*existe un interés privado comprometido que puede estar en función del reconocimiento, simultáneo, de intereses generales*". La protección del consumidor es de orden privado, lógicamente, pero la

tutela interesa al orden económico-social, y, entonces, es asumida por éste elevándolo a la categoría de interés general. Así, pues, podrá sostenerse que las cláusulas exonerativas de responsabilidad del fabricante del producto elaborado que impliquen dispensa total de culpa (cláusula de irresponsabilidad) son nulas y de nulidad absoluta. En suma, es preciso trascender las genéricas alusiones al interés de la moral, de las buenas costumbres, e incluso del orden público, dotando de contenido los intereses generales que aquí y ahora el derecho privado encarna, también en las normas protectoras del interés individual.”⁶

5. Los contratos de adhesión

Los contratos de adhesión y los contratos estandarizados con cláusulas predisuestas han surgido como una necesidad ante la producción de bienes y servicios en forma masiva, pero pueden dar lugar a abusos, porque el empresario los impondrá en la forma más provechosa a sus intereses y la parte débil de la relación serán los consumidores. Recordemos que el autor de la denominación “contratos de adhesión” fue Raymond Saleilles, pero sin elaborar una sistematización clara. Lo que caracteriza sin duda al contrato de adhesión es la extrema superioridad de poder de negociación de una de las partes y la virtual falta de elección de la otra, en cuanto no adhiera a las cláusulas del estipulante, sin más alternativa que aceptarlas o rechazarlas.

El liberalismo sostendrá que el empresario propone el contrato y los consumidores aceptan y, si no están de acuerdo, pues recurrirán a otro empresario, regulándose según las reglas del mercado. Sin embargo, no puede obviarse el hecho que los consumidores sólo prestan atención a las condiciones principales del contrato: el precio y el producto de que se trata. Pero no están atentos a otras cláusulas, de tal manera que las condiciones generales del contrato no están sujetas a la transparencia del mercado, por falta de interés de los consumidores. Por ejemplo, el pacto relativo a un domicilio convencional no interesa al consumidor.

6. Las condiciones generales de contratación

Las reglas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas no se aplican al tráfico jurídico interempresarial. El legislador supone que el empresario está suficientemente informado, es profesional en la materia y conoce las cláusulas y tiene además las capacidades o habilidades de negociación.

⁶ Eduardo A. Zannoni. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1986, págs. 205-206.

Las condiciones generales cumplen una función económica, porque al uniformar el contenido contractual, racionalizan las operaciones comerciales de una empresa y permiten la contratación masiva, con reducción de costos y facilitación de las prestaciones.⁷

Las características que presentan las condiciones generales, según Díez-Picazo,⁸ son las siguientes:

1°. La predisposición unilateral. Lo que se exige es una redacción previamente realizada por una de las partes contratantes o que ésta se sirva de las condiciones generales que anteriormente habían sido ya establecidas por otro empresario.

2°. La generalidad en las condiciones. Las condiciones deberán ser aplicadas a todos los contratos de un determinado tipo que celebre un empresario.

3°. La inevitabilidad de la aplicación o imposibilidad de negociación. Su aplicación no puede ser evitada por el consumidor o usuario, si quiere recibir el bien o servicio de que se trate. La imposibilidad de negociación se producirá igualmente en caso que se admita la eventual negociación de una cláusula aislada o en caso que se introduzcan al contrato lo que podría llamarse condiciones particulares, que formarán parte de un todo junto con las condiciones generales. Hay aquí también una inversión en la carga de la prueba. No corresponde al adherente el peso de la prueba acerca de la imposibilidad de negociación o la efectiva falta de negociación, sino al predisponente, quien deberá probar la existencia de negociación individual. La Ley N°19.496 estima abusivo y sanciona con nulidad un pacto sobre inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 16, d).

Lo que en realidad sanciona el legislador es el abuso del empresario al pretender imponer un contrato al consumidor con cláusulas que éste no puede negociar, ni menos rechazar, y que mantienen una posición de privilegio del primero sobre el segundo. Se trata, por una parte, que el consumidor conozca y comprenda, en un idioma accesible, las estipulaciones contractuales y por tanto la nulidad, en el fondo, se establece para aquellas cláusulas que sean contrarias a la buena fe o manifiestamente perjudiciales; son cláusulas inaccesibles o incomprensibles. Como sostiene Rezzónico, para que el contrato individual sea verdaderamente por negociación es insuficiente la sola "discusión" de sus cláu-

⁷ Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. T. I, Edit. Civitas. Madrid, 1996, págs. 367-368.

⁸ Ob. cit., págs. 370-371.

sulas por los contratantes; se requiere además que puedan influir en la conformación del contenido, que éste sea un producto de adultez negocial.⁹

En la legislación española se ha establecido como sanción la nulidad de pleno derecho a las condiciones generales de los contratos que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor (art. 8 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación) y lo mismo prescribe el art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984).

La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, impuso a los Estados miembros de la Comunidad Europea la necesidad de adecuar el derecho interno a esa normativa y al efecto contempla una enumeración de cláusulas abusivas, en un anexo al que se remite el apartado 3 del art. 3 y que en general han sido recogidas por los diferentes Estados. Así, la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de España las enumera en la Disposición Adicional Primera.

La experiencia europea y la práctica judicial han significado que los tribunales hayan adoptado una posición manifiestamente favorable al consumidor, introduciendo interpretaciones en cláusulas medianamente claras como si fueran obscuras, de forma de favorecer al consumidor; se ha dado preferencia a la nulidad parcial, sólo de las cláusulas consideradas abusivas y la nulidad total se ha declarado excepcionalmente cuando se ha roto el equilibrio del contrato, llegando el juez a integrar el contenido contractual mediante el ejercicio discrecional de una autoridad moderadora respecto del vacío de la cláusula o de la nulidad de ella.

7. Las cláusulas sorpresivas

Las cláusulas sorpresivas o inesperadas son igualmente abusivas (art. 16, b) de la Ley N° 19.496). Así podría ocurrir, por ejemplo, si el contrato contiene un incremento del precio no suficientemente considerado, como si en la compraventa de un producto se estipula que la mantención anual es de cargo del comprador, cláusula ésta plenamente comprensible, pero resulta en definitiva que el costo de mantención es el doble del precio.

⁹ Ob. cit., N° 51, pág. 105

8. Clasificación de las cláusulas abusivas

En general, es posible sostener que se consideran como cláusulas abusivas las que apuntan hacia dos ideas básicas:

1°. La desviación del concepto de buena fe contractual, que implicará atribuir al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introducir limitaciones o restricciones injustificadas en los derechos y facultades de los adherentes.

2°. El detrimento del adherente o desequilibrio contractual. Aquí, a la inversa, se trata de cláusulas que supriman o reduzcan obligaciones o responsabilidades del predisponente o bien aumenten las cargas y las obligaciones del adherente.

Las llamadas "listas negras", que señalan cuáles deben entenderse como cláusulas abusivas, se refieren a estas dos categorías recién enunciadas y así podemos incluir en una u otra clase al listado de cláusulas abusivas prohibidas que contempla el art. 16 de la Ley N°19.496.

1. Atribución al predisponente de derechos y facultades exorbitantes: son de esta clase las que señala el art. 16, a), b) y c):

Las cláusulas que "otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen" (letra a).

Las que "establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica" (letra b).

Las que "pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables" (letra c).

2. La exclusión o limitación inadecuada de los derechos del adherente: art. 16, d), f):

Las cláusulas que "inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor" (letra d).

Las que "incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato" (letra f).

3. La limitación de obligaciones del predisponente: art. 16, e):

Las cláusulas que "contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio" (letra e).

4. La imposición a los adherentes de obligaciones o de cargas exorbitantes o desproporcionadas. No aparecen cláusulas o estipulaciones en este sentido en la "lista negra" del art. 16 de la ley, pero tendrían este carácter las cláusulas que impusieran una indemnización por incumplimiento desproporcionadamente alta; o establecer cargas para el ejercicio de sus derechos con la única finalidad de entorpecimiento o imponer plazos para el ejercicio de reclamaciones excesivamente breves.

II. El crédito al consumo

9. Generalidades

El crédito al consumo otorga a los consumidores importantes ventajas al poder acceder a ciertos bienes y servicios que de otra forma no podrían hacerlo al no contar con el dinero suficiente para el pago al contado y, desde un punto de vista de la empresa, permite una venta masiva de los productos que ofrecen en el mercado, contribuyendo por ambas vías a un desarrollo económico.

Sin embargo, también presenta una faceta negativa para el consumidor. Desde luego éste se encuentra en una condición de inferioridad frente a la institución financiera y de todas formas contrata con tal prestamista, en condiciones que le significan aceptar, sin posibilidad de negociación, las cláusulas de la operación crediticia. También el consumidor puede verse arrastrado hacia un endeudamiento excesivo que supere su capacidad de pagos, ante una publicidad y ofertas difíciles de resistir y, por último, pueden existir presiones inflacionarias, dependiendo de la oferta y la demanda.

El mercado bancario ha evolucionado enormemente en el último cuarto del siglo XX, creando nuevas y novedosas formas de otorgamiento de créditos al consumo, ya sea bajo las modalidades de créditos en cuenta corriente, contratos de líneas de crédito, tarjetas de crédito, operaciones de leasing, etc., con la facilidad de movimientos electrónicos, abonos y car-

gos automatizados en las cuentas bancarias del consumidor. Y no sólo las entidades bancarias han incursionado, como es lógico, en este campo, sino que además las llamadas grandes tiendas o tiendas de departamentos han hecho también lo suyo en este ámbito.

10. Protección al consumidor de créditos

El desarrollo económico de estas actividades ha significado también que en el campo jurídico se distinguan dos aspectos:

a) La adecuada protección del consumidor en los contratos de créditos de consumo. Se trata de buscar una adecuada tutela jurídica cuando el consumidor contrata un crédito. La tutela se logra mediante el control de la publicidad de los productos, la información obligatoria en los contratos (arts. 28, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37 de la Ley 19.496), el plazo de reflexión, la imperatividad de la ley (arts. 2º, 8º, 9º, 11, 13, 14, 17, 18 de la Ley 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero), la posibilidad de pago anticipado (art. 15 de la Ley 4.702 sobre compraventa de cosas muebles a plazo; art. 10 de la Ley 18.010), la conexión en favor del consumidor de los contratos de adquisición y financiamiento, etc., y

b) El remedio del sobreendeudamiento. Este aspecto puede lograrse mediante prórrogas de los plazos de pagos, posibilidad de reducción de las tasas de interés de las cuotas; la suspensión de ejecución de las obligaciones del consumidor durante un período de tiempo, etc.

En nuestro ordenamiento jurídico, hasta antes de la dictación de la Ley N° 19.496, de protección a los consumidores, las normas existentes en diversos cuerpos legales que pueden considerarse como protectoras del consumidor de crédito han sido aisladas y en su elaboración no se tuvo en vista la finalidad específica de protección, pues este objetivo es relativamente reciente.

El art. 37 de la Ley N° 19.496 ordena que en toda "operación de consumo" en que se conceda crédito directo al consumidor, el proveedor deberá poner a disposición de éste la información que enumera. Se observa que la ley no ha definido lo que debe entenderse por operación de consumo en la cual se conceda crédito directo al consumidor. Debemos entender que la expresión "operación" comprende uno o varios actos jurídicos en los cuales interviene un consumidor en su calidad de tal, o sea, una persona natural o jurídica que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquiera, utilice o disfrute, como destinatario final, bienes o servicios (art. 1º N° 1 de la ley).

Por "crédito directo" al consumidor, a su vez, debemos entender el que un empresario concede o se compromete a conceder a un consumidor bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiamiento, siendo precisamente éste el ámbito de aplicación objetivo de la ley española 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que es coincidente con el que señala la Directiva europea al definir el contrato de crédito como "aquel mediante el cual un prestamista concede o promete conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de pago" (art. 1.2.c Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, sobre crédito al consumo).

11. Concepto del crédito al consumo

Como el legislador chileno no ha definido el crédito al consumo y tampoco ha detallado las formas que éste puede revestir, la interpretación debe hacerse en un amplio marco normativo, similar a como lo indica la Directiva europea y las legislaciones de ese continente, que se refieren en general a cualquier facilidad de pago o medio equivalente de financiamiento que otorgue el empresario al consumidor. La interpretación extensiva es especialmente admitida en este caso, porque es principio general del derecho del consumo que sus normas han de ser fijadas en su verdadero sentido y alcance, prefiriendo la opción más favorable al consumidor, por ser la parte más débil de la relación contractual, por no ser un profesional en la materia y por carecer de información especializada. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la ley de protección al consumidor en materia de crédito al consumo comprenderá cualquier acto o contrato por el que un empresario otorgue financiamiento a un consumidor. Por vía de ejemplo, podemos señalar que se incluyen en estas operaciones las tarjetas de crédito; el contrato de leasing al consumo, siempre que el arrendatario financiero sea un consumidor que persigue satisfacer con el contrato una necesidad personal o familiar, porque este consumidor cuando ejerce la opción de compra se asemeja a una venta a plazos.

No quedan comprendidos, en cambio, dentro del concepto de crédito al consumo, aquellos contratos de prestación de servicios, públicos o privados, cuya ejecución sea continuada en el tiempo, porque en ellos no hay una concesión de crédito, como ocurre con los contratos de suministro de servicios telefónicos, de gas, agua, electricidad, etc., y se ignora a cuánto ascenderá el importe en el próximo período de pago.

Desde un punto de vista subjetivo, el prestamista está incorporado en la definición que, para efectos de la Ley N° 19.496 se da respecto de "proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado,

que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa" (art. 1° N° 2).

El empresario, ya sea una persona natural o jurídica, podrá ser, entonces, un prestamista, si se trata de un crédito de dinero otorgado por éste; un vendedor, en la venta a plazos; el arrendador financiero, en un leasing de consumo.

El crédito que el empresario concede al consumidor debe efectuarse en el ejercicio de la actividad empresarial; debe tratarse de actos que revistan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor (art. 2° de la Ley N° 19.496), con lo cual la habitualidad del empresario es condición esencial, tal como ocurre también en Francia, no así en España.

El consumidor de crédito es el beneficiario de éste, debiendo considerarse para su definición la que señala el art. 1° N° 1 de la ley del ramo). Para el consumidor de crédito, el acto debe tener la calificación jurídica de civil, esto es, no estar comprendido en la enumeración de actos de comercio que regula el art. 3° del Código de Comercio. Luego, si se trata de personas jurídicas que actúan como consumidores de crédito, deben hacerlo fuera de su actividad empresarial habitual, lo que es difícil suponer tratándose, a modo de ejemplo, de sociedades. Pero hay ciertas personas jurídicas que podrían estar en desigualdad o indefensión frente a un empresario de crédito, atendiendo a sus fines específicos, como podrían serlo aquellas organizaciones que no persiguen un fin de lucro (corporaciones, fundaciones, asociaciones gremiales, sindicatos, juntas de vecinos, etc.).

12. Etapas en la protección del consumidor de crédito

La protección del consumidor de crédito puede examinarse en tres etapas o fases: en la formación del contrato, en la ejecución de éste y en su extinción.

13. Protección en la formación del contrato

1) Derecho de información del consumidor

La ley protege al consumidor de crédito mediante el reconocimiento y ejercicio del derecho a una información veraz y completa, de manera tal que dicho consumidor pueda elegir entre las distintas alternativas de créditos que ofrece el mercado y así pueda decidirse por la opción que estime más conveniente. Aquí cobra especial importancia la publicidad de las ofertas de crédito.

El art. 37 inc. 1° de la ley dispone lo siguiente: “En toda operación de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor, el proveedor deberá poner a disposición de éste la siguiente información:

- a) El precio al contado del bien o servicio de que se trate;
- b) La tasa de interés que se aplique sobre los saldos de precio correspondientes y la tasa de interés moratorio en caso de incumplimiento, la que deberá quedar señalada en forma explícita;
- c) El monto de cualquier pago adicional que fuere procedente cobrar;
- d) Las alternativas de monto, número de pagos a efectuar y su periodicidad, y
- e) El sistema de cálculo de los gastos que genere la cobranza extrajudicial de los créditos impagos, incluidos los honorarios que corresponda, y las modalidades y procedimientos de dicha cobranza.

El principio legal es que el empresario tenga amplia libertad para dar a conocer sus ofertas de crédito como lo estime conveniente, pero en el caso concreto de darlas a conocer a un potencial consumidor concreto, la información mínima a que éste tiene derecho es la comprendida en el art. 37 letras a) a e).

El problema radica en determinar exactamente cómo se calcula la tasa de interés que conlleva el crédito, porque no existe una fórmula uniforme aplicable a todas las entidades crediticias y comerciales que permita al consumidor ejercer su derecho a comparar una oferta con otra de la competencia en términos exactos. A veces una información relativa a tasas de interés puede llevar implícitos otros rubros que el consumidor desconoce y que hacen que no exista una objetividad en el mercado. No ocurre lo mismo en la legislación europea y, por citar el caso de España, “en la publicidad y en los anuncios y ofertas exhibidos en locales comerciales, en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito, siempre que indiquen el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito, deberán mencionar también la tasa anual equivalente, mediante un ejemplo representativo” (art. 17, Ley 7/1995 de crédito al consumo) y esa tasa de interés (TAE) se calcula con una fórmula matemática indicada en el anexo de la ley. La protección al consumidor está dada no sólo por el hecho que deba indicarse la tasa de interés anual equivalente, sino además porque siempre debe indicarse mediante un ejemplo representativo, superando en este aspecto el mínimo exigido por la Directiva europea sobre la materia, que obliga a poner un ejemplo representativo sólo cuando se carezca de otros medios idóneos.

En la legislación bancaria aún no se contemplan normas mínimas protectoras del consumidor (salvo las de información de gastos y modalidades de cobranza, según el art. 39 inc. final de la Ley N° 19.496), como serían del caso el entregar al cliente una oferta vinculante de crédito, proporcionarle una copia del contrato de crédito, señalar claramente la tasa de interés y su forma de cálculo, etc.

2) Contenido contractual mínimo

El art. 17 inc. final de la Ley N° 19.496 impone la obligación al empresario de entregar al consumidor un ejemplar íntegro del contrato, tan pronto este último lo firme, aun cuando falte completar para su perfeccionamiento la suscripción por otras personas. Esta copia entregada al consumidor con constancia de ser fiel a lo suscrito por éste se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales.

Sin embargo, en ninguna disposición legal se señala que los contratos sometidos a la ley de protección al consumidor –y particularmente los relativos a crédito al consumo– deban constar por escrito, con lo cual habrá que entender que la obligación contenida en el art. 17 sólo regirá para aquellos casos en que efectivamente el contrato se otorgue por escrito. No es la mejor forma de proteger los intereses de consumidores, porque bastaría con que el empresario se niegue a otorgar el contrato por escrito para que se eluda tal norma, exigiéndose al consumidor sólo la suscripción o aceptación de instrumentos negociables que dejen constancia de los plazos (pagaré, letras de cambio).

La ley tampoco contempla normas sobre un contenido contractual mínimo, quedando desprotegido en esta materia el consumidor. Sólo se señala que el contrato de adhesión no debe contener cláusulas abusivas, lo que es aplicable para este tipo de contratos de crédito al consumo.

14. Protección en la ejecución del contrato

Se observa en nuestra ley de protección al consumidor una absoluta orfandad en esta materia. Otras legislaciones contemplan la posibilidad de variaciones en la tasa de interés en favor del consumidor; la posibilidad en caso de cesión del contrato de crédito al consumo de oponer contra el tercero las mismas excepciones que correspondían contra el acreedor originario, incluida en su caso la compensación; y tal vez la más importante forma de protección consiste en la vinculación contractual entre los contratos de crédito y de compraventa.

1) Vinculación contractual de la compraventa y del préstamo

Conviene detenernos un instante para analizar esta última forma de protección. Como es sabido, en la tradicional venta a plazos, el vendedor vende y además asume el financiamiento, porque otorga el crédito al comprador. Sin embargo, el tráfico comercial masivo, la especialización de funciones y otras razones de mercado han significado una transformación del anterior sistema hacia otro en que cada cual asume su propia función. El vendedor se limita a efectuar la venta al consumidor y una entidad crediticia se encargará de financiar la operación para efectuar el pago al comprador.

Se trata, por tanto, de dos contratos distintos: la compraventa y el mutuo o préstamo y, como es sabido, de los contratos emanan derechos personales o créditos que sólo pueden exigirse a quienes han contraído la obligación correlativa, según el art. 578 del Código Civil, con lo cual, ante un incumplimiento del vendedor, o ante la nulidad del contrato, el consumidor comprador quedará desprotegido, pues deberá igualmente continuar pagando las cuotas del préstamo que contrajo con un banco o institución financiera.

Si el consumidor desea resolver el contrato de compraventa, no podrá hacer lo mismo con el contrato de préstamo y en general ante cualquier ineficacia del primer contrato, este último no sufrirá variación alguna ni menos su extinción.

Así han surgido los llamados contratos vinculados, donde el legislador ha debido intervenir para otorgar una debida protección a los consumidores, permitiendo que éstos opongan al financista de la operación las mismas excepciones que tenían en contra del vendedor.

Atendiendo a qué contrato influye sobre el otro, se distinguen dos tipos de contratos vinculados: el contrato de compraventa vinculado al de crédito y el contrato de crédito vinculado a la compraventa. En el segundo caso se habla de "contratos vinculados".

Para que se produzca la vinculación se requiere de un acuerdo previo, concertado en exclusiva, entre prestamista y vendedor, en cuya virtud el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación del acuerdo previo mencionado anteriormente. Este acuerdo se referirá a que el prestamista ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste (art. 15 de la ley española de crédito al consumo).

La exclusividad, según Manuel Marín, debe ser entendida como la colaboración del vendedor únicamente con un determinado prestamista.¹⁰ Esta interpretación lleva a concluir que existirá conexión funcional cuando durante la fase de celebración de los contratos quede en evidencia la colaboración planificada entre prestamista y vendedor, siempre que además el vendedor colabore únicamente con ese prestamista.

15. Protección en la extinción del contrato

Se trata en este aspecto de evitar que el vendedor pueda enriquecerse a costa del consumidor en la etapa de liquidación del contrato. Nuestra ley no contempla norma alguna al respecto y, por aplicación de los principios generales, las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas, pero esta posibilidad podría significar que mediante la incorporación de cláusulas contractuales el prestamista pueda modificar en beneficio suyo y en perjuicio del consumidor, el régimen jurídico de la liquidación que debe seguir a la resolución o nulidad del contrato de crédito al consumo.

En este aspecto no siempre habrá lugar a la restitución respecto de las prestaciones ejecutadas, sino que se debe entender como la imposibilidad de incluir cláusulas contractuales que modifiquen, en perjuicio del consumidor, el régimen jurídico de la liquidación del contrato, y si tales cláusulas se incluyen, la sanción será la nulidad de ellas por ser abusivas.

También constituye protección al consumidor el hecho de permitírsele el pago anticipado del crédito al consumo (art. 10 de la Ley N° 18.010).

¹⁰ Manuel Jesús Marín López. *La compraventa financiada de bienes de consumo*. Editorial Aranzadi. Elcano (Navarra). 2000, pág. 201.

Breve aproximación a los sistemas electorales

José Díaz Nieva

UNIVERSIDAD EUROPEA - CEES
(MADRID)

1. Introducción

Existe una vieja polémica, sobre todo desde la década de los sesenta, que hace alusión a cuáles serían los componentes del llamado derecho electoral y qué sería sistema electoral. Sin querer entrar en este tema, llamaremos sistema electoral –al menos en este caso– a los procedimientos o técnicas electorales. Ello implicaría que tal denominación haría alusión al conjunto de cálculos y fórmulas matemáticas a través de las cuales se logra la distribución y adjudicación de los diferentes puestos de elección popular en disputa entre las diferentes candidaturas, en función de los votos obtenidos por las mismas durante la confrontación electoral.

Se puede establecer que básicamente existen dos grandes sistemas electorales: el mayoritario y el proporcional, a los cuales se puede agregar el llamado sistema mixto. También se puede hacer referencia a los llamados sistemas electorales *sui generis*, englobando en ellos a algunos sistemas de difícil ubicación en cualquiera de los grandes bloques anteriormente citados.

Este trabajo tratará de pasar revista a cada uno de estos grandes bloques, apuntará algunas de sus múltiples particularidades y analizará brevemente algunas de sus consecuencias. Esperemos que este breve trabajo sirva para reflexionar sobre el debate que en países como Chile y España se plantea, sobre todo a la hora de hablar de la posible reforma de nuestros respectivos sistemas electorales.

Sin querer alargar más esta simple introducción, se quiere dar paso a un somero análisis de los diferentes sistemas de votación que se han citado con anterioridad.

II. Sistema mayoritario

La aplicación del sistema mayoritario supone que la totalidad de los puestos en juego en una circunscripción electoral, bien sea uno solo o varios, se atribuyan en su totalidad a la candidatura que ha obtenido una más alta votación.

A este respecto se debe coincidir, al menos en principio, con Francesc de Carreras y Josep M^a. Vallés cuando afirman que "no tiene ninguna importancia el margen de votos que separan al vencedor de los vencidos: sea esta diferencia de un voto o de varios miles, los vencidos quedan igualmente apartados de la representación. De esta forma, buena parte de los sufragios es "desperdiciada", al no tener ninguna incidencia sobre la distribución última de escaños".¹

Dentro del llamado sistema mayoritario encontramos diversos mecanismos o fórmulas de elección. Se puede hablar de fórmulas de mayoría relativa y de fórmulas de mayoría absoluta e incluso, dentro de estas fórmulas, y dependiendo de su conjunción con los diversos elementos que configuran el proceso electoral (circunscripciones y candidaturas), se puede establecer la diferenciación entre sistemas mayoritarios unipersonales y sistemas mayoritarios pluripersonales.

II.1 Fórmulas de mayoría simple o relativa

Tal y como señalan los diversos autores que han abordado el tema que nos ocupa, ésta es la modalidad más característica del sistema mayoritario: gana la candidatura que logre reunir un mayor número de votos, sin importar si esta mayoría es simple o absoluta; como diría el ensayista francés Charles Benoist: "la mitad de los votos más uno es todo, la mitad de los votos menos uno no es nada... la mitad de los electores está representada, la otra mitad no lo está. La mitad de los electores manda, la otra no tiene más que obedecer".²

Imaginemos una circunscripción en la cual se presentan tres candidaturas, las cuales obtienen el siguiente resultado: A, 70.000 votos; B, 69.800; C, 45.000. En este caso, la candidatura A sería la vencedora y ocuparía todos los puestos en juego.

¹ Francesc de Carreras / Josep M. Valles: *Las Elecciones*, Editorial Blume, Barcelona, 1977, pág. 64.

² Cita tomada de Humberto Nogueira: *Regímenes políticos contemporáneos*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, pág. 101.

Dentro de esta modalidad se debe diferenciar entre los sistemas de mayoría simple dentro del marco de circunscripciones unipersonales y los sistemas de mayoría simple en el marco de circunscripciones pluripersonales.

a) Sistemas de mayoría simple en el marco de circunscripciones unipersonales (Plurality system).

En este caso no se plantean grandes problemas. En una circunscripción los diferentes partidos presentan un solo y único candidato, aquel que logre más votos es el candidato elegido.

Este sistema –conocido también como *the first past the post system*– es el imperante en el Reino Unido desde 1950.³ En la actualidad la Cámara de los Comunes se compone de 651 miembros elegidos en otros tantos distritos electorales.

Se puede mencionar, no obstante, que este sistema produce ciertas alteraciones. Así, por ejemplo, en el Reino Unido, y desde 1945, en dos ocasiones logró obtener más diputados el segundo partido más votado y no el primero, como sería de esperar. En 1951 el Partido Conservador con el 48% de los votos alcanzó a elegir 321 diputados, frente al Partido Laborista, que obtuvo la elección de 295 diputados con el 48,8% de los votos. En febrero de 1974 fue el Partido Laborista quien ganó las elecciones al Partido Conservador; este último obtuvo el 37,9% de los sufragios y alcanzó a elegir 297 diputados, frente a los 301 de los laboristas, y ello pese a que éstos sólo lograron el 37,1% de los votos. En otro orden de cosas, se puede recordar también que en 1983 el Partido Liberal con el 25,4% de los votos alcanzó a elegir 23 diputados, mientras que el Partido Laborista, con el 27,6%, ocupó 209 escaños en Westminster: un 10 % más de votos se vio recompensado –aproximadamente– con un 800% más de diputados electos.⁵

³ Hasta entonces se compaginaban circunscripciones binominales con las circunscripciones unipersonales; esta circunstancia había cambiado después de que fuera aprobada la *Representation of the People Act*, en 1948. La citada ley también suprimió los votos plurales que se emitían en los distritos universitarios.

⁴ Pese a que algunos autores se plantean diferenciar los términos distrito y circunscripción, dejando la primera expresión para designar a aquellas demarcaciones que sólo eligen –por ejemplo– un diputado y la segunda para aquellas otras demarcaciones por las que se elegirán más de un diputado, es conveniente precisar que ambos términos pueden ser utilizados de forma indistinta. No obstante, en algunas legislaciones –como en el caso de Chile– se suele emplear el término circunscripción cuando se trata de la elección de senadores y el término distrito cuando se trata de la elección de diputados.

⁵ Sobre el sistema electoral británico ver: Eduardo Espín Templado: “El modelo del sistema uninominal a una sola vuelta: el caso inglés”, en Jorge de Esteban (comp), *El proceso electoral*, Labor, Barcelona, 1977, págs. 165-188; Francisco Fernández Segado: *El régimen político británico*, en Juan Ferrando Badía, *Régimenes políticos actuales*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 132-140.

Para comprender cómo es posible que un partido político alcance la mayoría de los escaños con un número inferior de sufragios que el partido más votado, se propone el siguiente ejemplo. Imagínese un parlamento compuesto por diez escaños elegidos en otros tantos distritos y en los cuales –en cada uno de ellos– votan diez mil electores:

Distrito	Votos		
	Partido A	Partido B	Partido C
I	4.500	100	5.400
II	9.000	200	800
III	4.000	500	5.500
IV	9.500	400	100
V	4.000	5.000	1.000
VI	4.000	5.500	500
VII	3.700	6.100	200
VIII	4.000	5.800	200
IX	3.000	3.600	3.400
X	2.900	4.000	3.100
Total	48.600	31.200	20.200

Tras el recuento de los votos observamos como el partido A ha obtenido escaños en los distritos II y IV y el partido C en los distritos I y III; por su parte, el partido B ha obtenido escaños en todos los demás distritos. Tras el recuento total, el resultado definitivo es de dos escaños para A, otros dos escaños para C y seis para el partido B. Como se observa, el partido B triplica en escaños al partido A y ello a pesar de que el partido A tiene 17.400 votos más que el partido B.

b) Sistemas de mayoría simple en el marco de circunscripciones pluripersonales

El segundo caso plantea mayores problemas, ya que en esta ocasión los candidatos a elegir, agrupados en listas, son más de uno por distrito. La lista que coseche un mayor número de votos, aunque éstos sean por una escasa diferencia, logra la elección de todos sus componentes, dejando sin ninguna representación a las demás candidaturas. Este modelo se viene empleando en EE.UU. –desde 1845– para elegir al Presidente de la República.

Efectivamente, en las elecciones presidenciales los ciudadanos no eligen de forma directa al Presidente, sino que, por el contrario, designan a una serie de electores que conforman el llamado Colegio Electoral. Cada candidato presidencial presenta, en cada uno de los cincuenta Estados de la

Unión, una lista separada de electores y es por estos electores que votan realmente los ciudadanos.

Cada uno de los Estados y el Distrito Columbia poseen un número de electores igual al número de representantes (diputados) y senadores que cada uno de ellos envía al Congreso Nacional. Así, por ejemplo, California posee 54 electores, número equivalente a la suma de sus 52 representantes y sus 2 senadores; Texas, por el contrario, posee 32 electores, suma de sus 30 representantes y sus 2 senadores; por su parte, el Distrito Columbia (de acuerdo con la Vigésimotercera Enmienda constitucional)⁶ designa tres electores. En la actualidad –y desde 1964– el citado colegio lo componen 538 electores presidenciales.

Los candidatos presidenciales presentan en cada Estado una lista de electores y los votantes deben decidirse por una de estas listas. La lista que reciba un mayor número de votos populares se apropia de todos los puestos que corresponden al citado Estado en el Colegio Electoral. Todo ello implica que para que un candidato presidencial logre alcanzar la más alta magistratura de su país necesitaría obtener 270 votos electorales. Si ninguno de los candidatos en liza alcanza la necesaria mayoría, la elección recae en la Cámara de Representantes, usando una norma que confiere a cada Estado un voto. En este caso, también se necesita la mayoría absoluta, es decir, 26 votos, que se corresponden con el respaldo de 26 Estados.

En las últimas elecciones presidenciales (noviembre del 2000) hemos visto atónitos cómo era elegido George W. Bush, y ello a pesar de que había obtenido una inferior votación que su principal oponente, el demócrata Al Gore. El primero habría obtenido el 48,1% de los votos –con unos 48.783.000 sufragios–, mientras que Gore habría cosechado un 48,3%; votación esta última que representaba aproximadamente unos ciento sesenta mil votos más.

En la práctica, este hecho ha ocurrido en otras dos ocasiones. En 1876 Rutherford Hayes, candidato del Partido Republicano, obtuvo 185 votos electorales con 4.036.572 votos populares, su oponente –el candidato del Partido Demócrata– Samuel Tilden, con cerca de doscientos mil votos más (4.284.020), obtuvo un voto menos en el Colegio Electoral. Algo similar ocurrió en 1888; en esa ocasión se enfrentaron el republicano Benjamin

⁶ "El Distrito que constituye la sede del Gobierno de los Estados Unidos nombrará, según disponga el Congreso: Un número de electores para elegir al presidente y al vicepresidente, igual al número total de senadores y representantes ante el Congreso al que el distrito tendría derecho si fuere un Estado, pero en ningún caso será dicho número mayor que el Estado de menos población; estos electores se sumarán al número de aquellos electores nombrados por los Estados, pero, para fines de la elección del Presidente y vicepresidente, serán considerados como electores nombrados por un Estado; celebrarán sus reuniones en el Distrito y cumplirán con los deberes que se estipulan en la Enmienda XII...".

Harrison contra el demócrata Grover Cleveland. El ganador, Harrison, obtuvo 233 votos en el Colegio Electoral y su oponente 168 votos electorales; en esta ocasión el candidato demócrata logró 5.537.857 votos, frente a los 5.447.129 del candidato republicano.⁷

II.2 Sistema electoral de mayoría absoluta

Es una variante del sistema mayoritario puro que pretende dar una mayor legitimidad democrática a los candidatos electos. En esta ocasión, para que un candidato logre ser elegido, se precisa la mayoría absoluta de los votos, a diferencia de lo que ocurría en el caso anterior, en el que tan sólo era necesaria la mayoría simple de los mismos. El profesor Jorge Xifra Heras, siguiendo a Esmein, afirmaba que su fundamentación reside en una "concepción orgánica de la sociedad y en la consideración de los colegios electorales, no como meras oficinas destinadas a facilitar el ejercicio del derecho de sufragio, sino como asambleas cuyas decisiones exigen al menos el asentamiento de la mayor parte de sus miembros (entidades orgánicas)."⁸

Dentro de los sistemas mayoritarios se debe diferenciar entre:

a) *El sistema mayoritario a doble vuelta o "ballotage"*

El pretender que la candidatura que sea elegida lo sea por mayoría absoluta puede plantear algunas dificultades, ya que es frecuente que ninguna de ellas lo consiga. Por ello es necesario acudir a un nuevo acto electoral: una segunda vuelta (de ahí su nombre).

Este sistema electoral ha sido empleado en Francia en diversas ocasiones (durante el II Imperio de Napoleón III y durante la III República) para elegir a los miembros de la Asamblea Nacional, y se viene utilizando a lo largo de toda la V República (salvo en las elecciones de 1986, en las que se empleó el sistema proporcional).

Efectivamente, actualmente en Francia se aplica el escrutinio mayoritario a dos vueltas desde que el 28 de octubre de 1962 se aprobara en referéndum una ley electoral, promulgada el 6 de noviembre, que modificaba los arts. 6 y 7 de la Constitución de 1958.

⁷ Sobre el mecanismo de elección del Presidente en Estados Unidos ver: Liga de mujeres votantes de los Estados Unidos: *La elección presidencial en los Estados Unidos*, Paidós, Buenos Aires, 1972; Carmen de la Guardia: *Proceso político y elecciones en los Estados Unidos*, EUDEMA, Pamplona, 1992.

⁸ Jorge Xifra Heras: "Elecciones", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editor Francisco Seix S.A., Barcelona, 1956 (Tomo VIII - pág. 186)

Para evitar que se pueda producir una situación similar al resultado en la primera vuelta se estableció exigir –inicialmente– una barrera electoral del 5% de los votos emitidos; posteriormente, el 29 de diciembre de 1966, tuvo lugar una reforma electoral que elevó esta barrera electoral al 10% de los votos. Finalmente, la reforma del 9 de julio de 1976 estableció, hasta el momento, la eliminación de todas aquellas candidaturas que no hubieran obtenido como mínimo el 12,5% de los votos.⁹

Al establecer estas barreras electorales los franceses han querido reducir la competencia entre las diferentes candidaturas; reducción que se incrementa con los pactos electorales que entre las mismas se establecen: normalmente se presentan una candidatura de derecha y otra de izquierda, atendiendo a lo anteriormente citado y a la mejor votación de las diferentes listas. En los últimos tiempos la presencia del Frente Nacional, con su líder el ultraderechista Jean Marie Le Pen, que es excluido de los pactos electorales de la derecha, viene a distorsionar dicho proceso.

Observemos el efecto que produce este sistema electoral tomando como ejemplo las elecciones parlamentarias celebradas en Francia en 1997:

Partido	1ª vuelta	2ª vuelta	Esaños
RPR	15,59	23,65	134
UDF	14,34	20,98	108
Diversos Derecha	6,72	1,41	14
FN	14,9	5,60	1
Diversos Izquierda	6,71	4,13	33
PSF	23,5	38,85	241
PCF	9,98	3,76	38
Ecologistas	6,86	1,62	7
Independientes ¹⁰	1,4	-	1

Si las elecciones en Francia se hubieran realizado mediante un sistema electoral proporcional puro, del cual nos ocuparemos más adelante, el resultado habría sido muy distinto: el ganador seguiría siendo el PSF, pero con solo 164 esaños. El PCF habría obtenido 67 esaños y 43 los ecologistas. La derecha, por su parte, se habría mantenido con 201 esaños (105 para

⁹ Sobre el sistema electoral en Francia ver: F. J. García Fernández: "El sistema mayoritario a dos vueltas: el caso francés", en Jorge de Esteban (comp), *Op. cit.*, págs. 189-216; Georges Burdeau: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ed. Nacional, Madrid, 1981, págs. 593-623; Dieter Nohlen: *Sistemas electorales y partidos políticos*, FCE, México, 1994, págs. 174-195.

¹⁰ RPR: Asamblea por la República (gaullistas); UOF: Unión por la Democracia (liberales y demócratacristianos); FN: Frente Nacional (extrema derecha); PSF: Partido Socialista Francés; PCF: Partido Comunista Francés.

el RPR y 96 para la UDF). Sin lugar a dudas, el gran beneficiario sería el FN, que pasaría de 1 escaño a 105 escaños.¹¹

b) El "panachage"

Es el sistema electoral utilizado en Australia. Esta modalidad combina en un solo acto electoral los efectos del mismo, y es conocido también como *sistema de mayoría absoluta y voto alternativo*. El elector vota por un candidato, pero al mismo tiempo indica un orden de preferencias entre los demás candidatos en liza. Si un candidato obtiene la mayoría absoluta de los votos en primera preferencia, resulta elegido automáticamente; en caso contrario, se elimina al candidato menos votado y sus votos se reparten entre el resto de los candidatos teniendo en cuenta sus segundas preferencias. Y así sucesivamente hasta que alguno de los candidatos obtenga la mayoría absoluta.

Ejemplo: supongamos que tras contar los votos de un distrito nos encontramos con el siguiente resultado: el candidato A obtiene 45.000 votos; el candidato B, 29.000; el candidato C, 15.00; y el candidato D, 11.000.

Según este resultado, ninguno de los candidatos hubiera conseguido salir elegido, ya que para ello sería necesario haber logrado 50.001 votos. Se pasa, así, a eliminar al candidato D, por ser el menos votado, y se contabilizan las segundas preferencias de aquellos que como primera optaron por el candidato D. Imaginemos que tras realizar esta operación nos encontramos con el siguiente resultado: por el candidato A votaron en segunda opción 5.555 electores, repartiéndose el resto entre los candidatos aún en liza. Ahora se sumarían los 45.000 votos iniciales a las 5.555 nuevas preferencias, dando un resultado global de 50.555. Ahora, el candidato A, al superar la mayoría absoluta requerida, resultaría elegido.¹²

c) Votaciones sucesivas

Consiste en realizar tantas vueltas electorales como sean necesarias, hasta que uno de los candidatos logre ser elegido por la mayoría absoluta de la circunscripción o del colegio electoral. Apenas se tienen noticias de su existencia práctica y el único ejemplo al cuál se puede acudir es a la nominación –en Estados Unidos– del candidato presidencial en el seno de las respectivas convenciones de los partidos Republicano y Demócrata. También se realiza en la elección del Sumo Pontífice Romano por el Sínodo de Cardenales.¹³

¹¹ Véase ABC, Madrid, 28-5-1997, págs. 24-25.

¹² Dieter Nohlen, *op. cit.* (1981), págs. 297-302. Giovanni Schepis: *I sistemi elettorali*, Editrice Caparrini, Empoli, 1955, págs. 341-346.

¹³ W. J. M. Mackenzie: *Elecciones libres*, Tecnos, Madrid, 1962, pág. 59.

II.3. Otras modalidades de los sistemas mayoritarios

Existen otras modalidades del sistema mayoritario, conocidas –para algunos autores– como sistemas minoritarios, y que intentan introducir ciertas correcciones a la *desproporcionalidad* que el mismo produce.¹⁴ Para ello, junto a la necesidad de que en cada circunscripción se elijan varios candidatos, se incorporan diferentes mecanismos con vistas a subsanar, a través de diversas técnicas de emisión del voto, el citado desequilibrio.

a) Sistema mayoritario con voto acumulativo

Consiste en conceder a un elector tantos votos como candidatos son elegidos por la circunscripción de que se trate, pudiendo éste repartirlos entre varios candidatos o acumularlos todos ellos en uno solo.

Así, por ejemplo, se puede hacer referencia a la Ley Electoral chilena de 1874,¹⁵ vigente hasta 1925. El art. 31 de aquella ley establecía esta fórmula:

“En las elecciones de diputados al Congreso, cada elector podrá dar su voto a diversas personas o a una sola y misma persona para las plazas de diputados propietarios que corresponda elegir al departamento respectivo. En consecuencia, podrá escribir en un boleta el nombre de una o varias personas tantas veces cuanto sea el número de diputados propietarios que la ley prescriba elegir.

En el escrutinio se aplicarán a cada candidato tantos sufragios cuantas veces aparezca su nombre en las listas de votación, con tal que éstas no obtengan exceso de nombres.

(...) Serán proclamados los candidatos que obtengan las mayorías más altas hasta completar el número de diputados que corresponda elegir a cada departamento. En caso de empate decidirá la suerte”.

Ejemplo:¹⁶ imaginemos una circunscripción en la que concurren los partidos tradicionales del período parlamentario y en la que se disputan cinco escaños. Tras la jornada electoral, la votación refleja el siguiente resultado:

¹⁴ María Victoria Bambach: “Sistemas electorales”, en *Política*, N° 9, Santiago de Chile, 1986, págs. 112-113; Nicolás Pérez Serrano: *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 356-357. Por su parte Adolfo Posada (*El sufragio*, Manuel Soler editor, Barcelona, s/f, págs. 143-144) engloba a estas modalidades del sistema mayoritario como sistemas proporcionales.

¹⁵ Ver Arturo Prat Chacón: *Observaciones a la Ley Electoral vigente*, Eds. Aconcagua, Santiago de Chile, 1976

¹⁶ El ejemplo propuesto está sacado de J. Samuel Valenzuela: “La ley electoral de 1980 y la democratización del régimen político chileno”, *Estudios Públicos*, N° 71, Santiago de Chile, 1998, pág. 281.

Candidato	Partidos					
	Conservador	Liberal	Balmacedista	Radical	Demócrata	Nacional
A	2.000	2.500	2.075	3.000	2.400	300
B	2.010	500	2.025	240	400	600
C	1.980	950		760	600	1.100
D	1.990	550				800
E	2.020	200				
Totales	10.000	4.700	4.100	4.000	3.400	2.800

Como puede observarse, el Partido Liberal Democrático (*Balmacedista*) obtiene dos escaños, mientras que radicales, demócratas y liberales obtienen un escaño cada uno. Los conservadores, a pesar de haber sido en conjunto los candidatos más votados, no logran alcanzar ningún escaño. La razón estriba en que al no existir candidaturas conjuntas, y otorgarse los escaños a los candidatos individualmente más votados, los *pelucones*, a pesar de que obtienen un total de 10.000 votos, no lograrían elegir a ninguno de sus candidatos en esa circunscripción. De haberse realizado la elección mediante un sistema proporcional de listas, el Partido Conservador habría alcanzado dos escaños y los partidos liberal, *balmacedista* y radical un escaño cada uno; mediante este sistema los conservadores lograrían representación parlamentaria y los demócratas, sin embargo, la perderían.

Veamos ahora un ejemplo real con la votación obtenida por el Partido Obrero Socialista en las elecciones de 1921, en la que se da la relación de votos electorales y votos personales.¹⁷

Circunscripción	Votos Electorales	Votos personales	Diputados por distrito
Pisagua-Tarapacá	5.181	1.295	4
Tocopilla-Taltal	2.856	1.428	2
Santiago	1.183	91	13
Total nacional	9.220	2.814	-

En la actualidad, y desde 1870, este sistema se viene empleando para la elección de los componentes de la cámara baja del Estado de Illinois.

b) *Voto limitado o restringido*

Este sistema electoral, que fue propuesto por primera vez por un parlamentario inglés en 1836, consiste en conceder a los votantes un número de votos inferior al número de candidatos a elegir por la circunscripción respectiva.

¹⁷ El ejemplo propuesto proviene de Augusto Varas (Comp.): *El Partido Comunista chileno*, FLACSO, Santiago de Chile, 1988, pág. 345.

Este sistema fue **adoptado** en España por la ley electoral de 1890, cuyo art. 22 establecía que “en los distritos en que se deba elegir un diputado, cada elector no podrá dar válidamente su voto más que a una persona; cuando se elijan más de uno, hasta cuatro, tendrá derecho a votar por uno menos del número de los que hayan de elegirse, a dos menos si se eligieran más de cuatro, y a tres menos si se eligieran más de ocho”. El art. 67 de la misma ley determinaba que serían proclamados candidatos electos aquellos que apareciesen con un mayor número de votos hasta completar el número de puestos de elección popular que al citado distrito le correspondiese elegir.¹⁸

En la actualidad éste es el sistema empleado en España para la elección de senadores, según lo dispuesto en los arts. 165 y 166 de la LO. 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral General. Efectivamente, en el art. 165 se establece el número de senadores a elegir por cada circunscripción, estableciéndose que en cada provincia se deberán elegir por votación popular cuatro senadores, el mismo artículo exceptúa las plazas de Ceuta y Melilla (en las cuales son elegidos dos senadores), las circunscripciones insulares de Gran Canaria, Tenerife y Mallorca (que eligen tres), y las de Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma, que eligen uno.

A efectos de este punto nos interesa la elección de aquellos senadores elegidos por aquellas circunscripciones que deben enviar a la Cámara Alta tres o cuatro senadores. En ellas, los electores deberán votar por un candidato menos que los senadores a elegir por la citada circunscripción, tal y como establece el art. 166: “Los electores pueden dar su voto a un máximo de tres candidatos en las circunscripciones provinciales, dos en Gran Canaria, Mallorca, Tenerife, Ceuta y Melilla, y uno en las restantes circunscripciones insulares”.

Ejemplo: tomemos como ejemplo una circunscripción en la que se presenten un total de veintiún candidatos, pertenecientes a siete formaciones diferentes. Tras el recuento de votos se obtiene el siguiente resultado:

Partido	Candidatos				Totales
	A	B	C	D	
Blanco	52.700	42.555	42457	37.964	175.676
Rosa	40.140	38.562	38.336		117.038
Rojo	10.960				10.960
Verde	4.213	3.466	3.458		11.137
Azul	7.571	6.968	5.718		20.257
Violeta	3.513	3.255	507		7.275
Amarillo	336	231	229	216	1.012

¹⁸ José Carlos Rueda: *Legislación electoral española. 1808 - 1977*, Ed. Ariel, Barcelona, 1998.

Según el ejemplo propuesto, se proclamarían como candidatos electos a tres miembros del partido Blanco y a uno del partido Rosa. Si se siguiera un mecanismo de elección proporcional, atendiendo al total de los votos obtenidos por el conjunto de candidatos pertenecientes a una misma agrupación política, el resultado sería un empate a dos escaños entre el partido Blanco y Rosa.

En la práctica, lo normal es que el partido más votado obtenga tres escaños y el segundo partido el cuarto escaño restante. Son poco frecuentes las ocasiones en que los escaños se repartan en partes iguales a razón de dos escaños por partido o formación electoral. Más inusual es aún que a una sola formación se le adjudiquen los cuatro escaños en juego (hasta el día de hoy esa posibilidad sólo se ha producido en 1989 en la circunscripción de Huesca, en la cual el PSOE se adjudicó todos los escaños en juego; no obstante, conviene precisar que en la práctica las diversas formaciones políticas –sin que exista ninguna ley que así lo estipule– suelen presentar a un máximo de tres candidatos, tratando tal vez de evitar la dispersión del voto).¹⁹ Para finalizar, habría que apuntar el hecho de que en ninguna ocasión se han repartido los cuatro escaños en juego a cuatro formaciones diferentes.²⁰

c) *Voto único no transferible*

Se trata, en realidad, de una variación extrema del voto limitado, tal y como afirma Francesc de Carreras²¹, mediante este sistema el elector dispone de un solo voto en el marco de circunscripciones plurinominales. Este sistema se utilizó en el Japón entre 1947 y 1994 para la elección de los 512 miembros de la Cámara de Representantes de aquel país (*Shugi-in*). Para ello, el Japón se encontraba dividido en 135 distritos plurinominales, en los que se elegían entre tres a cinco diputados (sólo existía un distrito uninominal). Para la elección de estos representantes, el elector sólo disponía de un voto, intransferible, para un solo candidato. La peculiaridad del sistema provocaba que candidatos de un mismo partido competían entre sí en busca de ese voto popular que les pudiera hacer llegar a la Cámara Baja.²²

¹⁹ Para ver la totalidad de los resultados electorales en España desde 1976 puede consultarse la obra de Raúl Heras: *Enciclopedia política y alias electoral de la democracia española*, Temas de Hoy, Madrid, 1997, 884 págs.

²⁰ Sobre la elección del Senado en España ver: Francisco Fernández Segado: *Aproximación a la nueva normativa electoral*, Dykinson, Madrid, 1986, págs. 123-132.

²¹ Francesc de Carreras/Joseo M. Vallés, *op. cit.*, pág. 67.

²² Ver Paul Kevenhórster: *El sistema político del Japón*, C. E. C., Madrid, 1980.

d) *Voto fraccionado*

Manuel Giménez Fernández apuntaba el hecho que este sistema fue propuesto por Severino de Lachapelle en su obra *De la varie representation politique*, y consistía en una combinación del voto limitado y del acumulativo, por virtud de la cual cada elector podría votar por la mitad más uno de los candidatos en relación con los escaños a ocupar, pudiendo, si éste era su deseo, acumular esos sufragios en uno o varios candidatos.²³ No obstante, hay autores que describen esta modalidad electoral como aquel sistema mediante el cual el elector dispone de un número de votos superior al de escaños que deben cubrirse, distribuyéndose éstos mediante voto único o acumulado entre los diferentes candidatos.²⁴

e) *Sufragio gradual*

El elector, a la hora de votar, confecciona una lista según sus preferencias, hasta completar tantas preferencias como número de candidatos ha de elegirse en la circunscripción en la que se encuentre inscrito; puede, no obstante, establecerse un voto limitado al respecto. Llegado el momento del recuento, se debería adjudicar un voto a la primera preferencia, medio voto a la segunda, un cuarto de voto a la tercera, y así sucesivamente. Este sistema es puramente empírico y no ha tenido aplicación práctica conocida.²⁵

f) *El sistema del mínimum electoral*

Supone la posibilidad de que un candidato se presente en más de una circunscripción y resulte elegido si logra, sumando todas sus posibles votaciones, un determinado número de sufragios fijado de antemano. De esta manera pueden resultar elegidos aquellos candidatos que gozando de cierto prestigio personal no lograrían ser elegidos directamente en ninguna circunscripción. Esta modalidad fue defendida en Gran Bretaña por Sir Oswald Mosley, a fin de lograr alcanzar una cuota parlamentaria para las agrupaciones políticas que él dirigía: la Unión Fascista Británica, primero, y el Unión Movement, tras la Segunda Guerra Mundial.²⁶

²³ Ver Manuel Giménez Fernández: *Estudios de Derecho Electoral Contemporáneo*, Universidad de Sevilla, 1977, págs. 103-105.

²⁴ C. R. Aguilera de Prat y P. Vilanova: *Temas de Ciencia Política*, PPU, Barcelona, 1987, pág. 155.

²⁵ Manuel Giménez Fernández : *Op. cit.*, pág. 102.

²⁶ Ver los comentarios que sobre el sistema electoral británico realiza el citado líder político, Oswald Mosley: *Mi vida*, Ed. Caralt, Barcelona, 1973, págs. 503-520.

III. Sistemas proporcionales²⁷

Los sistemas proporcionales son aquellos que tienden a distribuir los puestos de elección popular de tal forma que se guarde una relación, lo más exacta posible, entre los candidatos elegidos y el número de votos por ellos obtenidos. Se procura crear un microcosmos, una perfecta reproducción del conjunto de los representados, expresando todas las variedades, todos los matices políticos del cuerpo social al que representan los diferentes parlamentos nacionales.

La representación proporcional obliga, por norma general, a su aplicación dentro de un marco territorial dividido en circunscripciones plurinominales; aunque existen ejemplos, como el de Holanda o Israel, en los cuales sólo existe una circunscripción en el ámbito nacional.

Dentro de los sistemas proporcionales se pueden establecer dos grandes mecanismos de cómputo: *procedimientos de cociente electoral* o *cuota y procedimientos de divisor*.

III.1. Procedimientos de cociente electoral

III.1.1. Métodos de cociente natural o simple

Este procedimiento parte del supuesto de que a cada cantidad concreta de votos obtenida por una candidatura –cantidad llamada cociente electoral o cifra repartidora (Q)– le corresponde un escaño. Un partido tendría tantos escaños como tantas veces esa cifra repartidora esté en el resultado por él obtenido. Para hallar, por lo tanto, este cociente electoral, se debe dividir la cantidad de votos válidamente emitidos en el conjunto de una circunscripción (Vv) por el número de escaños a cubrir en la misma (Sc).

$$Q = Vv/1 Sc$$

Imaginemos que en una circunscripción en la que se deben elegir cinco diputados se presentan siete candidaturas; tras el recuento de los votos por ellas obtenidos nos encontramos ante el siguiente resultado:

²⁷ Ver: Jean Ir Cotteret/Claude Emeri: *Los sistemas electorales*. Oikos-Tau Ediciones, Barcelona, 1973, págs. 75-99; Francisc de Carreras/Josep. M Vallés: *Op. cit.*, págs. 68-84; Antonio A. Martino: *Sistemas electorales*; ADVOCATUS, Córdoba (Argentina), 1999, págs. 119-131; Humberto Nogueira: *Op. cit.*, págs. 108-127; Dieter Nohlen (1981): *Op. cit.*, págs. 363-518; Josep M^a Vallés/Agustí Bosch: *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ariel, Barcelona, 1997, págs. 84-104; Francisco Vanaclocha Bellver: "Procesos y sistemas electorales", en Manuel Pastor (comp.), *Ciencia Política*, McGraw Hill, Madrid, 1993, págs. 291-297.

Candidatura A : 53.000 votos.
 Candidatura B : 24.000 votos.
 Candidatura C : 20.000 votos.
 Candidatura D : 12.000 votos.
 Candidatura E : 9.000 votos.
 Candidatura F : 4.000 votos.
 Candidatura G : 3.000 votos.

En primer lugar se deberían sumar los votos válidos emitidos para las diferentes candidaturas. En este caso la suma de los mismos es de 125.000 votos. Para hallar el cociente electoral habría que dividir esos 125.000 votos²⁸ entre los cinco escaños adjudicados a esa circunscripción; el cociente electoral sería, por lo tanto, de 25.000 votos.

A partir de estos datos se debe realizar una serie de operaciones matemáticas, en diversas fases consecutivas, tendentes a lograr la atribución de escaños.

Siguiendo con el ejemplo que nos ocupa, para averiguar cuántos escaños corresponden a cada partido o candidatura (Scp) habría que dividir los votos obtenidos por éstas (Vvp) entre el cociente electoral (Q) que previamente ya se ha cifrado.

$$\text{Scp} = \text{Vvp}/\text{Q}$$

Al realizar la operación descrita anteriormente con los resultados propuestos, obtendríamos el siguiente resultado

Candidatura A	53.000/25.000	2 Scp
Candidatura B	24.000/25.000	0 Scp
Candidatura C	20.000/25.000	0 Scp
Candidatura D	12.000/25.000	0 Scp
Candidatura E	9.000/25.000	0 Scp
Candidatura F	4.000/25.000	0 Scp
Candidatura G	3.000/25.000	0 Scp

Como puede observarse, con el resultado de esta operación puede que no se logre la distribución completa de los escaños, ya que sólo la candidatura A obtendría dos escaños. Aún faltaría, por lo tanto, el reparto de tres escaños más. Para lograr la adjudicación de los mismos es necesario acudir a otras operaciones matemáticas que nos llevarían a diversas alternativas. A saber: *mecanismos del resto mayor y mecanismos de media más alta.*

²⁸ Se considerarían votos válidos –de existir– los emitidos en blanco, no así los votos declarados nulos, que a estos efectos se considerarían como no emitidos.

A) Mecanismos del resto mayor (RM)

Los escaños que aún faltan por cubrir se reparten entre aquellas candidaturas que posean los restos más elevados. Siguiendo con el ejemplo planteado, tendríamos que la candidatura A ya ha utilizado 50.000 votos; su resto sería, por lo tanto, de 3.000 votos. Las demás candidaturas, al no haber logrado ningún escaño en la primera operación realizada, conservarían sus resultados intactos, manteniendo, por lo tanto, todos sus votos sin utilizar. A continuación se ordenarían los restos y se adjudicarían los escaños por cubrir, atendiendo a los restos mayores o, si se prefiere, al mayor número de votos que aún no han sido utilizados.

Candidatura B :	24.000 votos.
Candidatura C :	20.000 votos.
Candidatura D :	12.000 votos.
Candidatura E :	9.000 votos.
Candidatura F :	4.000 Votos.
Candidatura A :	3.000 votos.
Candidatura G :	3.000 votos.

Atendiendo a lo ya apuntado, el tercer escaño correspondería a la candidatura B, el cuarto a la candidatura C y el quinto a la candidatura D.

B) Mecanismos de la media más alta o Dietz (M+A).

En este caso los votos de cada lista (Vvp) se dividen por el número de escaños obtenidos en la primera fase de la operación más uno, y así sucesivamente. De este modo se trata de saber cuál sería el costo en votos de un hipotético escaño que habría que sumar a los ya obtenidos.

$$SC = Vvp/Scp + 1$$

Siguiendo con el ejemplo que nos ocupa, se deberían realizar las siguientes operaciones.

Candidatura A	53.000/2+1	17.666
Candidatura B	24.000/0+1	24.000
Candidatura C	20.000/0+1	20.000
Candidatura D	12.000/0+1	12.000
Candidatura E	9.000/0+1	9.000
Candidatura F	5.000/0+1	5.000
Candidatura G	3.000/0+1	3.000



A continuación se reparten los escaños entre las medias más elevadas. De esta segunda operación se obtendría como resultado que las candidaturas B, C y A obtienen un escaño cada una de ellas.

Una vez que se han adjudicado los escaños en juego en las dos fases antes descritas se deberían sumar los escaños que cada candidatura ha obtenido en las diversas operaciones, obteniendo así el resultado final.

Siguiendo con el ejemplo propuesto –y de forma comparativa– se obtendrían los siguientes resultados:

	VOTOS	RM	M+A
Candidatura A	53.000	2 + 0 = 2	2 + 1 = 3
Candidatura B	24.000	0 + 1 = 1	0 + 1 = 1
Candidatura C	20.000	0 + 1 = 1	0 + 1 = 1
Candidatura D	12.000	0 + 1 = 1	0 + 0 = 0
Candidatura E	9.000	0 + 0 = 0	0 + 0 = 0
Candidatura F	5.000	0 + 0 = 0	0 + 0 = 0
Candidatura G	3.000	0 + 0 = 0	0 + 0 = 0

RM.: Resto Mayor; M+A: Media más alta

III.1. 2. Métodos de cociente rectificado

Volviendo al principio, podemos encontrar otras fórmulas para hallar el cociente electoral inicial, necesario para comenzar a realizar las diversas operaciones antes descritas. Entre las fórmulas de cociente rectificado se pueden destacar las siguientes:

Fórmula Hagembach-Bischoff: $Q = Vv/Sc+1$

Fórmula del cociente electoral modificado o imperiali: $Q = Vv/Sc+2$

Fórmula Droop: $Q = Vv/(Sc+1) +1$

Si volvemos al ejemplo que nos ocupa, observaremos ligeras diferencias en los resultados. Para empezar, se altera ligeramente el cociente electoral necesario para la primera adjudicación de escaños antes de acudir a otras operaciones (de ser éstas necesarias).

Si con el llamado cociente natural o simple, éste era de 25.000 votos, con el sistema Hagembach-Bischoff el cociente sería de 20.833 votos, el cociente electoral modificado sería de 17.875, y el cociente electoral con

sistema Droop sería de 20.834 votos. Las operaciones a realizar desde este momento serían las correspondientes al resto mayor. En el ejemplo propuesto hasta el momento, los resultados definitivos no se verían alterados, siendo los mismos que los obtenidos mediante el resto mayor con cociente electoral simple.

III.1.3. Sistema de proporciones matemáticas o sistema Hare/Niemeyer

Todas estas técnicas electorales descritas hasta el momento pueden variarse y sufrir grandes alteraciones, dependiendo de los criterios a seguir en el reparto de escaños. Una de estas variaciones puede encontrarse en el llamado sistema Hare/Niemeyer. En este caso, la cantidad de votos obtenidos por cada candidatura es multiplicada por el total de escaños a cubrir, y dividida entre el número total de votos válidamente emitidos. Del resultado se desprenderá el número de escaños que obtiene cada candidatura, en este caso sólo se contabilizarán los enteros, dejando los decimales para futuras adjudicaciones –de ser estas necesarias– de escaños.

Candidatura A	$53.000 \times 5/125.000$	$= 2,12 \rightarrow 2$ Esc.
Candidatura B	$24.000 \times 5/125.000$	$= 0,96 \rightarrow 0$ Esc.
Candidatura C	$20.000 \times 5/125.000$	$= 0,80 \rightarrow 0$ Esc.
Candidatura D	$12.000 \times 5/125.000$	$= 0,48 \rightarrow 0$ Esc.
Candidatura E	$9.000 \times 5/125.000$	$= 0,36 \rightarrow 0$ esc.
Candidatura F	$4.000 \times 5/125.000$	$= 0,16 \rightarrow 0$ Esc.
Candidatura G	$3.000 \times 5/125.000$	$= 0,12 \rightarrow 0$ Esc.

Hasta el momento nada cambia respecto a la operación simple de hallar un cociente electoral, sin ningún tipo de alteración. Sin embargo, la particularidad de este sistema (que puede ser considerado como una variante del resto mayor) es que la adjudicación de los escaños restantes se realiza según el mayor valor decimal de cada una de ellas; ello implica que las candidaturas B, C y D obtendrían un escaño adicional.

III.1.4. Sistema de voto único transferible o sistema Hare/Andrae

Francesc de Carreras y Josep M^a. Vallés recuerdan el hecho de que este mecanismo de atribución de escaños es la fórmula proporcional más antigua, puesto que su primera versión fue esbozada, casi a la vez, por el hacendista danés Carl G. Andrae y por el abogado londinense Thomas Hare, entre 1855 y 1857.

Hay que partir de la base de que, en esta ocasión, el elector, a pesar de encontrarnos en el marco de circunscripciones plurinominales, emite su voto no por una lista, sino por un candidato concreto (aunque a continuación, eso sí, puede establecer un orden de preferencias entre todos los demás aspirantes).

Posteriormente se debe hallar el cociente electoral. Para ello será preciso recurrir a dividir el número de votos válidamente emitidos (Vv) entre el número de escaños (ícrementado o no en una o varias unidades), siguiendo la fórmula Droop.

Una vez establecido el cociente se debe averiguar si alguno de los candidatos ha logrado en primera preferencia alcanzar dicho cociente electoral más una unidad: ello significaría su elección inmediata. Si tras esta operación a dicho candidato aún le sobran votos por ser utilizados, éstos serán transferidos (de ahí su nombre) a las segundas preferencias, y así sucesivamente.

Este sistema es utilizado en Irlanda para la elección de los miembros que componen el *Dail Eireann* o Cámara de representantes.²⁹

III.2. Procedimiento de divisor

Los procedimientos de divisor prevén que los votos obtenidos por cada candidatura en las respectivas circunscripciones electorales se dividan por una serie continuada de números (divisores). Los escaños se adjudican según los cocientes más altos. El reparto de los escaños se consigue de forma total y completa, sin necesidad de acudir a complejas y complicadas segundas –y aun terceras– operaciones matemáticas.

Método	Serie de Divisores
D'HONDT	1-2-3-4-5-6-7-8-9-10...
IMPERIALI	2-3-4-5-6-7-8-9-10-11...
ST. LAGUE	1-3-5-7-9-11-13-15-17-19...
IGUALADO o ST LAGUE modificado	1,4-3-5-7-9-11-13-15-17-19...
DANES	1-4-7-10-13-16-19-21-24-27...

²⁹ Michael Gallager: "Ireland: The archetypal single transferable vote system", en Andrew Reynolds y Ben Reilly, *The International IDEA handbook of electoral system design*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Estocolmo, 1997. Carlota Jacksch: "Representación democrática y sistemas electorales", en Carlota Jackisch (comp.), *Sistemas electorales y sus consecuencias políticas*, fundación Konrad Adenauer - CIEDLA, Buenos Aires, 1999, págs. 108-114.

Existen además otras variantes, como la establecida en Bélgica en el marco de las elecciones municipales, en las que se aplica el sistema D'Hondt, elevando el divisor en mitades. Así, la serie de divisores sería: 1; 1,1/2; 2; 2,1/2; 3; 3,1/2; 4; 4,1/2; y así sucesivamente.

Pongamos un ejemplo del método St. Lague, siguiendo los datos anteriormente expuestos:

Candidatura	1	3	5	7
A	53.000	17.666	10.600	7.571
B	24.000	8.000	4.800	3.428
C	20.000	6.666	4.000	2.857
D	12.000	4000	2.400	1.714
E	9.000	3.000	1.800	1.285

A la hora de distribuir los escaños se atiende a los cocientes más elevados. En caso de dos cocientes iguales, se adjudica el escaño a la candidatura que hubiera obtenido una mayor votación. En caso de empate decide la suerte. En este caso A obtiene dos escaños y B, C y D un escaño cada una.

III.3. Desproporcionalidad de los sistemas proporcionales³⁰

Anteriormente, al hablar de los sistemas mayoritarios se han realizado algunas referencias a los desajustes que dichos procedimientos podrían producir en los resultados obtenidos por las diferentes candidaturas. También se ha visto como el partido más votado podría, incluso, llegar a perder las elecciones. Por último, se han comparado los resultados que, en Francia, habrían alcanzado los diferentes partidos políticos si el procedimiento electoral hubiese sido el proporcional y no el de mayoría absoluta. Por otro lado, cuando se comenzó a hablar del sistema proporcional se empezó por afirmar que este sistema reproducía en los parlamentos, y de forma casi aritmética, la composición ideológica de los habitantes de un determinado Estado. Sin entrar a negar la citada afirmación, sí se quiere dejar constancia que la aplicación de estos sistemas no tiene, necesariamente, que reflejar esa composición existente en el seno la sociedad. La causa reside no tanto en las deficiencias de las fórmulas matemáticas a aplicar, sino más bien en dónde y cómo se aplican. Para ello debemos fijarnos, por ejemplo, en la división territorial existente de los países en los cuales se aplican estos sistemas; es decir, si todo el territorio de un Estado se constituye en una sola circunscripción o si, por el contrario, ese territorio se halla dividido en

³⁰ Un trabajo pionero en estos temas es el de Douglas W. Rae: *Leyes electorales y los sistemas de partidos*, CITEP, Madrid, 1977, 214 págs.

varias circunscripciones. Para ver de una forma más o menos clara lo que se quiere decir, tomemos como modelos los casos de España y Holanda.

El Estado español, a efectos de la elección de diputados, se encuentra dividido en 52 circunscripciones: 50 plurinominales y dos uninominales. La primera desproporcionalidad que se produce se encuentra en cómo se adjudican los escaños a elegir en cada circunscripción. Siguiendo el mandato constitucional (art. 68) se adjudica una representación mínima inicial a cada circunscripción; ésta quedó ya cifrada en fecha anterior a la aprobación de la Constitución (Real-Decreto-Ley Electoral de 1977), y desde entonces hasta nuestros días es de dos diputados. Al ser la composición de la Cámara Baja de 350 diputados, faltarían por adjudicar, para su elección, los 248 diputados restantes. Esta adjudicación se realiza (según el art. 162 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General) siguiendo los siguientes pasos:

a) Se obtiene una cuota de reparto resultante de dividir por doscientos cuarenta y ocho la cifra total de la población de derecho de las provincias peninsulares e insulares.

b) Se adjudican a cada provincia tantos diputados como resulten, en números enteros, de dividir la población de derecho provincial por la cuota de reparto.

c) Los diputados restantes se distribuyen asignando uno a cada una de las provincias cuyo cociente, obtenido conforme al apartado anterior, tenga una fracción decimal mayor.

La adjudicación de escaños provoca en muchos casos que la proporción de población sea superior a la de escaños que se adjudican a la provincia y que en otros sea superior la proporción de escaños con respecto a la población. Esto provoca que muchas provincias estén sobrerrepresentadas y otras, en cambio, estén infrarrepresentadas. Así, por ejemplo, en Soria, el número de escaños que le corresponden es superior en un 250% al que debería habersele asignado. Por el contrario, en el caso de Barcelona, el número de escaños es inferior en un 35%. Esto provoca que un voto de un ciudadano de Soria valga 4,6 veces más que el voto de ese mismo ciudadano emitido en Madrid o Barcelona³¹ (se recuerda que Soria elige tres escaños con una población de 94.700 habitantes, y Barcelona, por su parte, elige entre 31 o 32 escaños con 4.713.000 habitantes.

³¹ Sobre estos aspectos ver Carlos Vidal Prado: *El sistema electoral español. Una propuesta de reforma*, Método Ediciones, Granada, 1995; Douglas Rae - Victoriano Ramírez: *El sistema electoral español*, McGrawHil - Foro, Madrid, 1993; Francisco Fernández Segado: *Estudios de derecho electoral*, Lima, 1997, págs. 189-284.

Por otro lado, la división del territorio en 52 circunscripciones provoca la pérdida, o en algunos casos concretos la acumulación, de votos. Así, por ejemplo, en 1986 la Mesa para la Unificación de los Comunistas, que lideraba el histórico dirigente Santiago Carrillo, obtuvo en toda España 219.440 votos (el 1,09% del total), por su parte el Partido Reformista Democrático, una fracasada operación centrista, logró la obtención de 194.538 votos (el 0,96%). Ninguna de las dos formaciones alcanzó la tan anhelada representación parlamentaria, en cambio, formaciones como el Partido Aragonés Regionalista, con 73.004 votos (0,36%), la Unió de Esquerra Catalana, con 123.912 (0,61%) o Coalición Gallega, con 79.972 votos (0,39%), lograron la elección de al menos un diputado. La causa reside en que estas tres formaciones de carácter regionalista concentran sus votos en tres o cuatro circunscripciones, logrando la elección de su representante por alguna de las mismas; en cambio las dos formaciones citadas en primer lugar, y a pesar de haber obtenido una mayor votación, no lograron alcanzar la elección de ninguno de los componentes de sus candidaturas por ninguna circunscripción, perdiéndose todos sus votos.

Veamos ahora la relación existente entre el voto popular y los escaños que cada partido ocupa en la Cámara de Diputados. Se tomarán para ello los resultados de las elecciones celebradas el 3 de marzo de 1996, que dieron el triunfo a la opción liberal-conservadora tras catorce años de predominio del Partido Socialista Obrero Español.

Partido	V%	Sc	Sc%
Partido Popular - Unión del Pueblo			
Navarro - Partido Aragonés Regionalista	38,9	156	44,57
Partido Obrero Español	37,5	141	40,28
Izquierda Unida	10,6	21	6,0
Convergencia y Unión	4,6	16	4,57
Partido Nacionalista Navarro	1,3	5	1,42
Coalición Canaria	0,9	4	1,14
Bloque Nacionalista Gallego	0,9	2	1,14
Herri Batasuna	0,7	2	0,57
Esquerra Republicana de Catalunya	0,7	1	0,57
Euko Alkartasuna	0,5	1	0,28
Unión Valenciana	0,4	1	0,28

V%: votación obtenida; Sc: escaños en la Cámara de Diputados; Sc%: tanto por cierto de escaños.

Como se podrá observar, la mayor perjudicada fue la coalición del Partido Comunista y sus aliados, que con el 10,6% de los votos sólo logró ocupar el 6% de los escaños.

Si nos referimos al caso holandés, veremos que estas diferencias se reducen notablemente. La Segunda Cámara³² o *Tweede Kamer*, se elige en un solo distrito electoral, aunque el país se encuentra dividido en 18 circunscripciones (sólo a efectos de campaña y escrutinio). Los parlamentarios son elegidos a través del sistema proporcional D' Hondt, con la sola exclusión de aquellas candidaturas que no hubieren alcanzado el 0,67% de los votos emitidos a nivel nacional.³³

Veamos el impacto que provoca la aplicación de este mecanismo electoral a la hora de relacionar la votación obtenida por los diversos partidos políticos con los escaños que ocupan en la Cámara de Diputados, poniendo como ejemplo las elecciones generales de mayo de 1998.

Partido ³⁴	V%	Sc	Sc%
PvdA	29,9	45	30,0
VVD	24,7	38	25,3
CDA	18,4	29	19,3
D66	9,0	14	9,3
GL	7,3	11	7,3
SP	3,5	5	3,3
RPF	2,0	3	2,0
SGP	1,8	3	2,0
GPV	1,3	2	1,3
CD	0,6	0	0
AOV-U55+	1,4	0	0
NM	0,5	0	0
S2000	0,4	0	0
NMP	0,3	0	0
DG	0,2	0	0

V%: votación obtenida; Sc: escaños en la cámara de diputados; Sc%: tanto por cierto de escaños

³² En Holanda la llamada Segunda Cámara hace referencia a Cámara Baja o de los Diputados y no al Senado, como ocurre en el resto de los sistemas bicamerales.

³³ Sobre el sistema electoral holandés pueden consultarse las referencias que a él realiza Josep María Colomer en *La política en Europa. Introducción a las instituciones de los quince países*, Ariel, Barcelona, págs. 247-261.

³⁴ PVdA, Partido del Trabajo (socialdemócrata); VVD, Partido Popular para la Libertad y la Democracia (liberal-conservador); CDA, Convocatoria Demócrata Cristiana; D66, Democracia 66 (liberales progresistas); GL y DG (ecologistas); SP, Partido Socialista; RPF, SGP, GPV (agrupaciones religiosas protestantes); CD, Centro Democrático (extrema derecha); AOV-Unie 55+ y Senioren 2000 (agrupaciones de pensionistas); NM, Automovilistas Holandeses (conservador); NMP, Partido de la clase media (conservador).

III.4. Uruguay: un caso particular. El doble voto simultáneo

El sistema de doble voto simultáneo, también llamado “Ley de lemas”, se ha aplicado en Uruguay desde 1910. Cada votante marca sus preferencias simultáneamente por un partido (*lema*) y por una o más listas de candidatos. Ello impide votar por candidaturas que no tengan *lemas*; de hecho no podrían inscribirse listas con esas características y tampoco podría votarse por *lemas* sin candidatos, salvo en el caso de que el elector incluya dos hojas de votación diferentes del mismo *lema*.

El escrutinio de los votos se realiza en diversas etapas: primero se adjudican las bancas entre los *lemas*, luego entre los *sublemas*, y por último, entre las listas de candidatos.³⁵

III.5. El sistema proporcional en Chile

El artículo 25 de la Constitución de 1925 expresaba, en su texto primigenio, que “*en las elecciones de Diputados y Senadores se empleará un procedimiento que dé por resultado una efectiva proporcionalidad en la representación de la opinión pública y de los partidos políticos*”. De esta forma se sustituía el viejo sistema mayoritario con voto acumulativo, que venía aplicándose ininterrumpidamente desde 1874, por un nuevo modelo de sistema electoral –el proporcional– tal y como venía ocurriendo en otras áreas geográficas.

Tras aprobarse el nuevo texto constitucional, que vendría a sustituir a la Carta Magna de 1833, el legislador comenzó una vertiginosa carrera por asentar las bases legales del nuevo sistema electoral. Era una carrera contra reloj, ya que el 22 de noviembre se debían celebrar las primeras elecciones bajo el mandato del nuevo texto constitucional. Se dictaron, así, las primeras normas tendentes a desarrollar el mandato constitucional, la primera de las cuales fue la Ley General de Elecciones (Decreto 542), aprobada el 19 de septiembre

La aplicación de dicha legislación, en lo que se refiere al sistema electoral, se efectuaba de la siguiente manera: los partidos políticos, coaliciones electorales o candidaturas independientes debían agrupar a sus candidatos en listas, las cuales debían tener un número de candidatos igual o inferior al de cargos a cubrir en la citada demarcación electoral. El elector, a la hora

³⁵ Dieter Nolhen: *Los sistemas electorales en América latina y el debate sobre reforma electoral*, UNAM, México, 1993, 71-91, Ver también Franco R. (comp.): *El sistema electoral uruguayo: peculiaridades y perspectivas*, Fundación Hans Seidel, Montevideo, 1986; A. Cocchi: “El sistema electoral uruguayo. Historia y estructura actual”, en D. Nohlen y J. Rial (comp.), *Reforma electoral: ¿Posible, deseable?*, FESUR, Montevideo, 1986, págs. 21-50.

de emitir su sufragio, podía votar por la lista tal y como se le presentaba, o bien marcar una sola preferencia dentro de ella.

Para determinar el número de candidatos elegidos por las diferentes listas electorales era necesario ir dividiendo el total de votos de cada una de ellas por una serie de divisores concretos. Se optó por el sistema D'Hondt, de forma que las divisiones a realizar debían ser por 1, 2, 3, 4, 5, 6... y así sucesivamente hasta completar la cifra de representantes a elegir en cada circunscripción. Los coeficientes obtenidos se ordenaban en orden decreciente y aquel que coincidiera con el número de cargos a elegir era tomado como la cifra repartidora, cifra que, a su vez, permitía determinar cuántos eran los elegidos en cada lista.

Pongamos un ejemplo de cómo hallar la cifra repartidora para comprender de una forma gráfica este método: imaginemos para ello una circunscripción en la que se eligen 4 diputados. En ella se presentan 6 listas, que obtienen los siguientes resultados:

LISTA	VOTACION
Lista N° 1	1.886
Lista N° 2	329
Lista N° 3	130
Lista N° 4	991
Lista N° 5	598
Lista N° 6	302

El ejemplo tomado corresponde a los resultados obtenidos por las diferentes candidaturas que concurrieron en 1925 en la Primera Circunscripción Departamental. Todos los ejemplos que se citen responden a casos reales acaecidos en la citada elección parlamentaria de 1925.

Se aplica el método D'Hondt, para ello se dividen los resultados por una serie de divisores, que en esta ocasión son cuatro.

	Divisores	1	2	3	4
Listas					
1		1886	943	628	471
2		329	164	109	82
3		130	65	43	32
4		911	455	303	227
5		598	299	199	149
6		302	151	100	75

Tras ordenar de mayor a menor los cuatro primeros cocientes, el resultado de la cifra repartidora resulta ser de 628 votos.

Una vez averiguado el número de candidatos a elegir por cada lista, se debía conocer qué candidatos de cada una de esas listas eran los realmente elegidos. Para completar esta operación se debían seguir los siguientes pasos:

1°. Si a una lista correspondía un número de puestos igual que el de candidatos presentados, se proclama electos a todos ellos.

Ejemplo: en la Circunscripción Departamental N° 23 se elegían cuatro diputados. Tras el escrutinio se dieron los siguientes resultados: 337 votos para la lista 1, 87 votos para lista 2, la lista 3 no logró ningún voto, 7.795 votos para la lista 4 y 1.242 votos para la lista 5. La cifra repartidora quedó cifrada en 1.948; ello implicaba que la lista 4 obtenía cuatro puestos. Se daba la circunstancia que la lista 4 presentaba cuatro candidatos, y por lo tanto todos ellos quedaron elegidos.

2°. Si el número de candidatos de alguna lista era inferior al de escaños que le hubieran correspondido, todos los puestos restantes se deberían repartir entre las demás listas, como si de una nueva elección se tratara.

Ejemplo: en la Circunscripción Departamental N° 7 de Santiago (en aquel entonces aún no estaba subdividida) la Lista 15 obtuvo 6.552 votos, ello suponía la elección de tres diputados. Al darse la circunstancia que la citada lista sólo presentaba como candidato a don Jorge Alessandri Rodríguez, los dos escaños restantes se debieron repartir entre las diferentes listas en liza.

3°. Si el número de candidatos presentados era mayor que el número de escaños que hubiera correspondido a la citada lista, se debía tener en cuenta si algún candidato lograba un volumen de votos equivalente o superior a la cifra repartidora; de ocurrir así, el citado candidato era declarado, de inmediato, electo (en caso del primero de la lista se consideran también como votos particulares los emitidos por la lista).

Ejemplo: en la 1ª Circunscripción Provincial la cifra repartidora quedó cifrada en 1.717 votos. La Lista 10 alcanzó a reunir 1.786 votos. Ninguno de sus candidatos alcanzó los votos requeridos para ser elegido senador; no obstante, Alberto Cabero, quien encabezaba la lista, alcanzó 1.682 votos personales, que, como habría que sumarle los 48 votos de lista, hacían un total de 1.720 votos, que al superar la cifra repartidora suponía su proclamación como electo.

4°. Si efectuada la operación anterior los ya elegidos tuvieran votos particulares sobrantes, después de restada la cifra repartidora, aquéllos se agre-

gaban a los votos del primer candidato de la lista. Si éste lograba, de esta forma, alcanzar la cifra repartidora, entonces era elegido, y sus excedentes de votos se iban agregando en igual forma a los demás candidatos de la lista, por su orden de precedencia

Ejemplo: una lista ha logrado elegir a cuatro candidatos. La cifra repartidora ha quedado fijada en 1.545 sufragios. La votación al interior de la lista se reparte de la siguiente manera.

Candidatos	Votación
Votos de lista sin preferencia	116
Rudencio Ortega	1.170
Armando Montes	1.852
Manuel Manquilef	1.463
Salvador Necochea	1.213
Juan a. Picasso	1.463
Pedro Marín Alemany	0
Votos de lista	7.277

Ejemplo tomado de la votación obtenida por la Lista N° 1 en la Circunscripción Departamental N° 21.

En esta lista sólo Armando Montes logra superar la cifra repartidora y le sobran 307 votos, que se suman a los votos del primero de la lista, que tiene sus 1.170 votos particulares más los 116 votos sin preferencia de la lista (lo que hace un total de 1.593 votos). En este caso, Rudencio Ortega también alcanza los votos necesarios para ser elegido, sobrepasando la cifra repartidora en 48 votos. Estos 48 votos se suman ahora a los obtenidos por Manuel Manquilef, que se queda por debajo de la cifra requerida para ser elegido mediante este mecanismo. Sin embargo, habría que acudir a las reglas que se describen en el siguiente caso para averiguar si éste podría finalmente ser elegido.

5°. Si alguno de los postulantes reúne la cifra repartidora y los cargos adjudicados a la lista exceden a uno, o bien si ninguno de los candidatos de la lista logra superar dicha cifra, el primero de la lista multiplica sus preferencias por el número de escaños a la lista adjudicados, el segundo lo hace por la cifra anterior menos uno y así sucesivamente hasta llegar a uno. Así las cosas, los candidatos que alcancen las más altas mayorías resultan elegidos.

Ejemplo: imaginemos que una lista ha logrado elegir tres candidatos y la cifra repartidora ha quedado fijada en 954 votos. Por su parte, la votación al interior de la lista propuesta se reparte de la siguiente manera:

Candidato	Votos
Votos de lista sin preferencia	81
Leonardo Guzmán	140
Pedro Reyes Díaz	842
Armando Rojas Richard	615
Luis Fuenzalida Cerda	663
Oswaldo Hiriart Corvalán	117
José Santo Córdova	938

Reparto de la votación, al interior de la candidatura, obtenida por la Lista N° 4 en la 2ª Circunscripción Departamental, en las elecciones de 1925.

La lista no logra elegir directamente ninguno de sus componentes. Para averiguar cuáles son los candidatos electos se debería por tanto acudir a la serie de multiplicaciones antes descrita. En primer lugar, tal y como se ha apuntado, habría que sumar los votos de lista a los votos del primer candidato que en ella aparecen (en este caso el candidato Leonardo Guzmán posee realmente 221 (81 + 140 votos). Tras esta operación inicial se pasa directamente a multiplicar por 3, 2 y 1 los votos preferenciales de los candidatos, siguiendo el orden de predilección de la lista:

Candidato	Votos
Leonardo Guzmán	$221 \times 3 = 663$
Pedro Reyes Díaz	$842 \times 2 = 1.684$
Armando Rojas Richard	$615 \times 1 = 615$
Luis Fuenzalida Cerda663
Oswaldo Hiriart Corvalán117
José Santo Córdova938

De esta operación resultarían elegidas las dos más altas mayorías: Pedro Reyes y José Santo Córdova. Entre Leonardo Guzmán y Luis Fuenzalida se debería sortear a quién de los dos le correspondería ocupar un puesto en el Parlamento. En este caso, el Tribunal Calificador determinó que el candidato electo fuese Luis Fuenzalida, dado que Leonardo Guzmán fue electo por otra lista (en aquellos años un candidato podría concurrir por más de una lista dentro de un mismo distrito).

Este mecanismo se simplificó, no obstante, en elecciones posteriores, Así, la Ley N° 12.891, de 26 de junio de 1958, vino a determinar que resultarían elegidos aquellos candidatos que en el interior de una lista hubieran obtenido las más altas mayorías de votos de preferencia.

Este modelo de elección se aplicó ininterrumpidamente desde 1932 a 1973 para las elecciones de diputados, senadores y concejales. En la

actualidad el sistema proporcional es empleado, desde 1992, para la designación de los ediles comunales.³⁶

En su texto primitivo la Constitución de 1980 establecía que en cada comuna existiría un Consejo de Desarrollo Comunal, presidido por el alcalde e integrado por representantes de las organizaciones comunitarias de carácter territorial y funcional y de las actividades relevantes dentro de la comuna –con excepción de aquellas actividades de naturaleza gremial o sindical y de la Administración–. La composición de estos Consejos y la forma de designación y elección de los mismos cambió rotundamente con la Ley N° 19.097, de Reforma Constitucional, de 12 de noviembre de 1991. En su nueva formulación la Constitución regula en términos muy generales esta materia, limitándose a señalar que los concejales serían elegidos por sufragio universal, por un período de cuatro años, pudiendo ser reelegidos. Fue, sin embargo, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (Ley N° 18.695), la que determinó tanto el sistema electoral a aplicar como el número de concejales y la forma de elegir a los alcaldes.

En lo que se refiere a la elección de los concejales dentro de cada lista, hay que detenerse en el artículo 112 de la citada Ley de Municipalidades. En él se dice que para determinar los candidatos elegidos en una lista en la cual existan pactos o subpactos se procederá a sumar las preferencias de los candidatos incluidos en cada uno de los partidos o de los subpactos, según sea el caso. Una vez hallado el cociente electoral o cifra repartidora, podremos determinar cuántos candidatos son electos por una lista. La novedad estriba en la forma de adjudicación de candidatos electos a los diferentes pactos y subpactos al interior de cada lista: para ello, el total de votos válidamente obtenidos por cada partido o subpacto se dividirá por uno, dos, tres, y así sucesivamente, hasta formar por cada uno de los partidos o subpactos tantos cuocientes como cargos corresponda elegir a cada lista.

Tomemos como ejemplo el caso de la comuna de Curacautín, en la IX Región de La Araucanía, en las elecciones de 1996. En aquella ocasión se presentan cuatro listas, tras el recuento de los votos se proclamó el siguiente resultado:

LISTA	VOTOS	%	Candidatos electos
Lista C	79	0,84	0
Lista D	5.482	58,38	4
Lista F	3.259	34,7	2
Independientes	570	6,07	0

³⁶ Ver Mario Bernaschina González: *Constitución política y leyes complementarias*, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1955 (págs. 218-223), Alejandro Silva Bascañán: *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1963 (págs. 194-200); Carlos Udrade Geywitz: *Elementos de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1971 (págs.134-139).

Veamos los resultados de la Lista F. En ella son elegidos como concejales los candidatos Gustavo Weise, del PPD (que obtuvo 1.876 votos) y Jorge Montes Carrasco, del PS (con 314 votos). Este último desplaza a otros candidatos con una votación mayor (Zaudel Mora Salazar, del PRSD, con 356 votos y a Carlos Saquel Albarrán, del PDC, con 363 votos). La razón estriba en que el subpacto del PPD-PS logró 2.349 votos y el subpacto del PDC-PRSD alcanzó tan sólo 910. Realicemos las operaciones pertinentes para averiguar cuántos electos corresponden a cada subpacto, para lo que dividiremos (utilizando el método D'Hondt) los votos obtenidos por cada subpacto tantas veces como candidatos electos tenga la lista.

Lista F	Serie de divisores	
Subpacto	1	2
PDC - PRSD	910	455
PPD-PS	2.349	1174

Como se observa, los cocientes más altos corresponden al subpacto del PPD-PS, nada importa, en este caso, que otros candidatos de la lista que integran el subpacto del PDC-PRSD hubieran obtenido votaciones individuales más altas.

IV. Sistemas mixtos

Son aquellos sistemas electorales en los que una parte de la Cámara se elige mediante procedimientos mayoritarios y otra parte de la misma Cámara mediante un sistema proporcional.

El sistema mixto más conocido es el llamado de *doble voto*. Este sistema, que también recibe la calificación de sistema de elección proporcional parcialmente personalizada, consiste en ofrecer al elector la posibilidad de votar por un candidato en el marco de una circunscripción uninominal y utilizar otro voto para hacerlo por una lista plurinominal, bien a nivel local, regional o nacional, según los casos. Las candidaturas uninominales son elegidas mediante un sistema electoral mayoritario, y los candidatos de las listas plurinominales son elegidos mediante un sistema proporcional. Este mecanismo es utilizado, entre otros países, por Alemania, Italia, Rusia o México.

En Rusia el 50% de los representantes en la Duma es elegido por los distritos federales, mediante un sistema proporcional; la otra mitad, en los 225 distritos en que se halla dividido el país, es elegida por un sistema electoral mayoritario uninominal. Para que un partido pueda participar en la votación proporcional debe haber logrado el 5% de los votos emitidos –en todo el territorio nacional– en la elección de los candidatos elegidos por mayoría.³⁷

³⁷ R. Sakawa: "The Russian elections of december 1993", en *Europa-Asia Studies*, 1995, vol. 47. N° 2, págs. 195-227.

En el caso italiano el 75% de los miembros de la Cámara de Diputados es elegido en 425 circunscripciones, mediante un sistema mayoritario uninominal; el 25% restante, 155 escaños, por un sistema proporcional de base regional. Se excluyen las listas que no hubieran obtenido el 4% de los votos.³⁸

En el caso alemán 328 diputados del Bundestag, es decir, el 50% de los miembros de dicha cámara, son elegidos mediante un sistema mayoritario. La otra mitad es elegida mediante sistema proporcional en el marco de cada Estado federado o Land. De esta operación se descuentan los votos ya utilizados en la elección de los diputados elegidos mediante el sistema mayoritario. Quedan excluidas del reparto proporcional aquellas listas que no obtengan el 5% de los votos o que no hayan elegido al menos tres diputados de forma directa mediante el sistema mayoritario.³⁹

En México se eligen mediante el sistema mayoritario 300 de los 500 miembros que componen la Cámara de Diputados. Los 200 restantes se eligen de forma proporcional (cociente electoral rectificado) en cinco circunscripciones plurinominales. Se fija una barrera del 1,5% de los votos.⁴⁰

En los casos de Rusia, Italia y México se combina el sistema mayoritario simple con los mecanismos de proporcionalidad con resto mayor. En el caso alemán las combinaciones son de *plurality system* con los mecanismos Hare-Niemeyer.

V. Otros sistemas, a los que llamaremos *sui generis*

Se quiere hacer una breve alusión al sistema electoral que en la actualidad rige en Chile, sistema que por su naturaleza y complejidad resulta de difícil ubicación en las diferentes versiones del sistema mayoritario o del sistema proporcional (si bien podría situarse como una variante del mixto, al unificar en una sola operación matemática los principios del mayoritario y la técnica del proporcional).

³⁸ Silvio Gambino-Giovanni Moschella: "La reforma electoral italiana: un modelo opinable de democracia", en Gerardo Ruiz-Rico-Silvio Gambino (comp): *Forma de Gobierno y sistemas electorales*, Universidad de Jaén, Valencia, 1997, págs. 130-252; Mario Cacigalli: "Hacia la Segunda República: Los nuevos sistemas electorales en Italia", en Juan Montabes (coord.): *El sistema electoral a debate. Veinte años de rendimientos del sistema electoral español (1977-1997)*, CIS - Parlamento de Andalucía, Madrid, 1998, págs. 147-164; A. Pappalardo: "La nueva ley electoral italiana", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 89, Madrid, julio-septiembre, 1995, págs. 61-80.

³⁹ Dieter Nohlen: "El sistema electoral alemán. Un estudio comparativo", en Juan Montabes, *op. cit.*, págs. 129-145; Dieter Nohlen, *op. cit.* (1994), págs. 200-224.

⁴⁰ Dieter Nohlen: *op. cit.* (1994), págs. 249-265. Dieter Nohlen: *op. cit.* (1993), págs. 133-141; José Woldenberg, *La reforma electoral de 1989-90*, IETD, México, 1990; Arturo Núñez Jiménez, *El nuevo sistema electoral mexicano*, FCE, México, 1991.

Este sistema, llamado binominal, viene establecido por la Ley Orgánica sobre Votaciones Populares y Escrutinios (Ley N° 18.700, de 6 de mayo de 1988). En virtud de esta ley, el país se divide en 60 distritos electorales para la elección de la Cámara de Diputados y en 19 para la elección del Senado; en cada uno de estos distritos las diferentes candidaturas deben presentar un máximo de dos candidatos en las listas electorales. A la hora de emitir el voto cada elector deberá emitir su preferencia por un solo candidato. Para averiguar qué candidatos resultan elegidos existen diversas variantes

1) Resultarían elegidos los dos candidatos de una lista cuando ésta alcanzase el doble de votos de aquellos que hubiere logrado obtener la lista o nómina que le siguiera en número de sufragios.

2) En el caso que ninguna de las diferentes candidaturas se encontrase en la situación antes detallada, corresponderá elegir un cargo a cada una de las dos listas más votadas.

Para averiguar cuál de los candidatos de la lista es el elegido, habrá que atender a los votos preferenciales de cada uno de ellos:

a) En primer lugar resultaría elegido el candidato que tuviera un mayor número de votos dentro de las candidaturas más votadas.

b) Si el segundo cargo por llenar correspondiere con igual derecho a dos o más listas, se proclamará electo al candidato que hubiese reunido un mayor número de preferencias.

c) En el caso de empate entre candidatos de una misma lista o entre candidatos de distintas listas, se proclamará electo a aquel que salga favorecido por la suerte, ya que el problema se resuelve mediante sorteo.

Ejemplo:	1 ^{er} Caso	Candidatura A	807.000 votos
		Candidatura B	423. 905 votos
		Candidatura E	73.209 votos

Dado que la candidatura A no dobla en su votación a la obtenida por la candidatura B, los escaños a repartir serían de uno para la candidatura A y otro para la candidatura B. Poco importa que el candidato no electo de la candidatura A hubiera obtenido 399.408 y el candidato electo de B sólo 229.302 votos; este fue el caso de la polémica victoria de Jaime Guzmán frente a Ricardo Lagos.

2° Caso	Candidatura A	3.506 votos
	Candidatura B	27.035 votos
	Candidatura D	54.941 votos

En este caso la candidatura D, al doblar la votación de B, lograría la elección de sus dos candidatos.

Mucho se ha hablado de la “desproporcionalidad” que provoca el sistema binominal en Chile. Sin querer entrar al debate de las posibles reformas institucionales y constitucionales que se puedan llevar a cabo, no puedo menos que realizar una breve anotación al respecto. No cabe duda que el sistema puede provocar graves alteraciones en los resultados, que en gran parte se corrigen mediante la política de pactos y alianzas electorales. Por otro lado las alteraciones que puede provocar en la relación *votos emitidos-escaños alcanzados* se debería plantear en similares términos a lo que sucede en los sistemas mayoritarios, y al cual se han hecho ya breves referencias.⁴¹

Pero la mejor manera de ver cuál es esta distorsión es la de volver a poner un ejemplo en términos similares a los anteriormente reflejados, cuando se abordaron los sistemas proporcionales.

	1989			1993			1997		
	%V	Sc	%Sc	%V	Sc	%Sc	%V	Sc	%Sc
RN	18,2	29	24,16	16,3	28	23,33	16,8	23	19,16
UDI	10,2	11	9,16	12,1	15	12,50	14,4	17	14,16
IND-D	5,8	8	6,66	4,8	5	4,16	4,7	6,0	5,00
PdS	0,7	0	0,00	0,2	0	0,00	0,4	1	0,83
UCC	6,5	0	0,00	3,2	2	1,66	2,1	2	1,66
PDC	26,9	37	30,83	27,2	37	30,83	23,0	38	31,66
PRSD	6,6	6	5,00	3,8	2	1,66	3,1	4	3,33
PPD	11,4	17	14,16	11,8	15	12,50	12,5	16	13,33
PS	3,2	4	3,33	12,0	15	12,50	11,1	11	9,16
Ind-C	2,1	4	3,33	0,7	1	0,83	0,8	0	0,00
PH-V	1,0	1	0,83	1,4	0	0,00	2,8	0	0,00
PC	5,5	2	1,66	6,4	0	0,00	7,6	0	0,00
IND ⁴²	1,9	1	0,83	0,1	0	0,00	0,7	2	1,66

%V: votación obtenida; Sc: escaños en la cámara de diputados; %Sc: tanto por ciento de escaños

⁴¹ Sobre el sistema binominal y su aplicación ver: Carlos Cruz-Coke: *Análisis del sistema binominal para la elección de diputados del futuro Congreso Nacional*, CEP (Documento de Trabajo, N° 63), Santiago de Chile, 1986; Arturo Fontaine, Harold Beyer y Luis Paul: “Mapa de las corrientes políticas en las elecciones de 1989”, *Estudios Públicos*, N° 38, Santiago de Chile, 1990; Eugenio Guzmán: “Reflexiones sobre el sistema binominal”, *Estudios Públicos*, N° 51, Santiago de Chile, 1993; Arturo Marín Vicuña: “El sistema electoral binominal como una opción para el centro político”, *Política*, N° 29, Santiago de Chile, 1992; Humberto Nogueira: “Consideraciones y alternativas al sistema electoral vigente”, *Revista de Derecho Público*, N° 47-48, Santiago de Chile, 1990.

⁴² La votación del PAIS en 1989 se considera como votación del Partido Comunista. La votación de las diferentes agrupaciones del radicalismo se considera como una sola. La votación adjudicada a la UCC en 1989 es la obtenida por el Partido Nacional, la Alianza de Centro (Democracia Radical-Avanzada Nacional) y la coalición del Partido Liberal y el Partido Socialista de Carlos Moraga. La votación del Partido Nacional en 1993 se ha sumado, también, a la lograda por la UCC. La votación de humanistas y verdes en 1989 se ha considerado como pertenecientes a una única formación.

Cosa diferente es plantear la cuestión, no tanto en términos de mecánica electoral, sino más bien desde un punto de vista político, en clara alusión a la exclusión del Partido Comunista. Este partido no ha logrado estar presente en el parlamento desde 1993 (se recuerda que en 1989 varios comunistas fueron elegidos como diputados, bien en las listas de la Concertación, bien por las listas del PAIS). La cuestión a plantear radica en si es políticamente viable la exclusión de una formación política cuya votación ronda el 5% de los votos. Pues bien, la presencia o no de determinadas fuerzas políticas, como puede ser el caso del Partido Comunista en Chile, o el del Front National en Francia, se debe única y exclusivamente a dos factores: su fuerza electoral y a la concentración –o no– de sus votos en una(s) determinada(s) demarcación(es) territorial(es). Se descarta, así, la existencia de sistemas electorales justos, o de sistemas electorales injustos. En algunos sistemas electorales con un alto nivel de proporcionalidad, como es el caso de España, se quedan fuera del parlamento diversas fuerzas políticas, que si bien no alcanzan una votación significativa, sí que poseen, por lo menos, una votación muy similar –e incluso superior– a las otras formaciones localistas que logran una testimonial, e incluso significativa, presencia parlamentaria. Se quiere concluir afirmando que no puede culparse al sistema electoral a aplicar de la incapacidad de algunas fuerzas políticas de lograr la tan ansiada presencia parlamentaria.

A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión

Eugenio Pérez de Francisco

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

UNIVERSIDAD EUROPEA DE MADRID

I. Introducción

En 1898, parte de la tripulación del cañonero de pabellón chileno "Pilcomayo" se sublevó mientras se encontraba fondeado en el puerto de Buenos Aires. Los amotinados asesinaron a algunos tripulantes y el comandante del buque solicitó la intervención de las autoridades locales, que acabaron reduciendo a los responsables. El presidente Federico Errázuriz Echaurren ordenó que el buque fuera desarmado y que, fuera de servicio, fuera trasladado a Chile y su tripulación conducida allí por tierra. Los amotinados recurrieron a las autoridades nacionales argentinas solicitando asilo político; el juez federal competente declaró que al haber intervenido las autoridades locales, a solicitud de su capitán y por estar el barco desarmado, el cañonero había perdido su calidad de buque de guerra y, por tanto, tenía jurisdicción para conocer de los hechos acontecidos. La Corte Suprema argentina ratificó la entrega de los miembros de la tripulación sobre los que pesaba la solicitud de la extradición, aunque sí procedía la devolución del buque y de los bienes habidos a bordo.¹

Fue este suceso el que me animó a intentar arrojar un punto de luz en las oscuras tinieblas de hasta dónde llega la jurisdicción de los Estados fuera de su territorio continental, aguas jurisdiccionales y espacio aéreo y de las limitaciones que en algún caso tienen que aceptar por tratados y prácticas consuetudinarias, concretamente en los casos de los buques y aeronaves extranjeros en su territorio, en tiempos de paz, y ante distintos ilícitos en los que, de una u otra forma, se ven implicados buques y aeronaves, precisamente en un momento del derecho internacional en el que conceptos como jurisdicción e inmunidad parecen estar en revisión y en el que la práctica internacional está llena de conflictos con estos medios de transporte.

¹ Sobre este asunto puede consultarse a FARIÑA GUTIÁN, Fernando: *El buque de guerra ante el Derecho Internacional*. Editorial Naval, Madrid, 1941, págs. 205-206.

II. Buques y aeronaves de guerra y mercantes: aproximación conceptual

1. Buques de Estado y mercantes

La distinción entre buque de Estado y los comerciales radica en el uso que del mismo se hace. A propósito de esta distinción defendía ya FARIÑA que:

“En el Convenio de Bruselas de 1926 sobre la inmunidad de los buques de Estado, en el cual se adopta, para su aplicación, el sistema de atender al servicio que efectúan los buques y, finalmente, este mismo criterio es el que ha seguido el Instituto de Derecho Internacional en las sesiones de Estocolmo de 1928, que, en tiempos de paz, divide los buques en dos grandes categorías: 1ª, los buques que efectúan un servicio gubernamental y no comercial; 2ª, los buques que efectúan un servicio de comercio. La primera categoría se subdivide en buques militares y buques empleados en un servicio público civil; la segunda comprende los buques de propiedad de particulares, o de propiedad del Estado, o fletados o requisados por éste”.²

Para determinar el momento en el que un buque adquiere la consideración de buque de Estado no es suficiente el criterio del encargo mercantil que la potencia haga a un astillero de su nacionalidad u otra. Desde 1902 el Tribunal Supremo norteamericano³ sostiene que es desde el momento de la botadura, aunque la mejor y más tradicional doctrina reconoce a un buque de guerra desde el momento que forma parte de la Marina militar del Estado, es mandado por un oficial del servicio activo de la Marina, lleva una dotación compuesta por miembros de la marina de guerra y está autorizado para enarbolar el pabellón de guerra y la bandera de combate.⁴

Hoy la cuestión está clara desde la entrada en vigor de la III Conferencia de Derecho del Mar, al establecerse en su articulado que buque de guerra es:

² *Ibidem*, págs. 26-27.

³ Los hechos objeto de la litis traen causa de un encargo para la construcción del buque de guerra “Variag” en los astilleros Cramp de Filadelfia. Entre las cláusulas del contrato de construcción se establecía que, aunque el buque no estuviera terminado, el gobierno ruso se reservaba el derecho para izar su pabellón en cualquier momento y enviar una tripulación que se hiciera cargo de la nave. La botadura se realizó en 1899 y al año siguiente un capitán de la Marina rusa y un grupo de marineros fueron destinados al todavía no terminado “Variag”. El problema surgió cuando un marinero desertó y las autoridades rusas solicitaron su entrega; el marinero llevó el asunto ante el Tribunal Supremo, que acabó considerando conforme a derecho la extradición solicitada al considerar que a todos los efectos el buque en construcción era un buque de Estado y la marinería estaba sometida a las leyes rusas.

⁴ ROUSEEAU, C: *Derecho Internacional Público*. V edición. Versión española de Fernando Giménez Artigues. Barcelona, 1966, pág. 422.

“Todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, cuya dotación esté sometida a la disciplina de las leyes de las fuerzas armadas”.⁵

Aunque la Conferencia no se pronuncia sobre la situación de otros buques de Estado (sino de forma indirecta respecto de la inmunidad que los ampara en el art. 95 de la III Conferencia) que están destinados a servicios de policía fiscal o de otro tipo (como es el caso de las patrulleras de la Guardia Civil y del Servicio de Vigilancia Aduanera en el caso español), es claro que gozarán del mismo estatuto que los de la Marina de guerra frente a otros buques que aun siendo de propiedad estatal, tienen una naturaleza claramente mercante, por lo que no pueden ser destinatarios de las inmunidades y jurisdicción de los buques de guerra y asimilados,

Sin perjuicio de lo antedicho, la Orden 25/1985 del Ministerio de Defensa⁶ determina, de una forma mucho más precisa, qué se entiende por buque de guerra a los efectos del Derecho español,⁷ en tanto que para determinar la nacionalidad de los buques mercantes, siguiendo a Rousseau:

“Mediante la exhibición de los documentos de a bordo, o “cartas de mar”, cuyo número y naturaleza dependen de la reglamentación de cada Estado...”⁸

⁵ Convención sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982. Entrada general en vigor el 16 de noviembre de 1994. Boletín Oficial del Estado (en lo sucesivo BOE) N° 39, de 14 de febrero de 1997.

⁶ Orden 25/1985 del Ministerio de Defensa de 23 de abril, por la que se aprueban las normas por las escalas de buques de guerra extranjeros en puertos o fondeaderos españoles y su paso por el mar territorial español en tiempos de paz, publicada en Boletín Oficial del Estado N° 115, de 14-5-1985.

⁷ Dice el artículo 1 de la Orden 25/1985 qué se entiende, a los efectos de dicha orden, por buque de guerra: a) Los buques de combate y auxiliares pertenecientes a la marina de guerra de un Estado que ostenten los signos distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad. Su comandante debe estar al servicio del Estado y su nombre debe figurar en el escalafón de oficiales de la Armada o su equivalente. Su dotación estará sometida a la disciplina naval militar; b) Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y destinados exclusivamente a un servicio oficial de transporte de tropas o material de guerra, que vayan al mando de un oficial cuyo nombre figure en el escalafón de oficiales de la Armada; c) Los de cualquier clase que transporten a un Jefe de Estado y a su séquito, con exclusión de otro pasaje, en visita oficial previamente acordada por vía diplomática; d) Excepcionalmente, y por orden expresa, los buques-escuela de la marina mercante que dependan del gobierno respectivo y estén mandados por un activo de la Armada, cuyo nombre debe figurar en el escalafón de oficiales de la Armada del país del pabellón y siempre que dichos buques no se dediquen al comercio”.

⁸ ROUSSEAU, Charles: *Derecho...* op. cit, p. 425.

2. Aeronaves de Estado y comerciales

El régimen de la navegación aérea internacional se formuló a comienzos del siglo XX por parte de la doctrina internacionalista desde el mismo comienzo del invento de la aviación y del potencial que tenía este medio de transporte. Por similitud, muchos de sus principios se sustentaban en los consuetudinarios de la navegación por mar, lo cual era en cierta forma un error, ya que circunscribía la navegación aérea a unas condiciones que no eran similares a las del mar.

El 13 de octubre de 1919 se firmaba en París el primer convenio internacional sobre la navegación aérea, en el que se establecía que todas las aeronaves debían tener una nacionalidad⁹ para que fuera el Estado de la matrícula el que supervisara las cuestiones administrativas (licencia) o de seguridad de la aeronave, aunque deberemos esperar al Convenio de Chicago de 1944, de 7 de diciembre, para encontrarnos con los modernos fundamentos del derecho aéreo, aplicable exclusivamente a las aeronaves de naturaleza civil o privada.

Siguiendo la distinción establecida por la Ley de Navegación Aérea,¹⁰ las aeronaves, a los efectos de la ley, se distinguen en privadas y de Estado,¹¹ considerándose de Estado las aeronaves militares, es decir, las que tengan como misión la defensa nacional o estén mandadas por un militar comisionado al efecto y las no militares destinadas exclusivamente a servicios estatales no comerciales,¹² y las privadas, todas las demás aeronaves no afectas por los dos particulares anteriores.¹³

A los efectos de la legislación española, entre estas aeronaves privadas deben distinguirse aquellas que son adquiridas en régimen de propiedad, en cuyo caso la matrícula y la propiedad tienen carácter permanente, y aquellas aeronaves adquiridas por medio de otros títulos que atribuyan al titular exclusivamente su posesión, a las cuales se les confía la matrícula exclusivamente con carácter temporal.¹⁴

⁹ *Ibidem* arts. 5 y sig.

¹⁰ Ley de 21 de julio de 1960, N° 48.160 de la Jefatura del Estado. BOE de 23 de julio de 1960, modificada por Ley 113/1969, de 30 de diciembre de la Jefatura del Estado, publicada en BOE N° 313, de 31 de diciembre de 1969.

¹¹ Art. 13 Ley 48.160.

¹² *Ibidem*, art. 14.

¹³ *Ibidem*, art. 15.

¹⁴ Cfr. Real Decreto N° 1709/1996, de 12 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Registro de matrícula de aeronaves, aprobado por el Decreto 416/1969, de 13 de marzo, publicado en el BOE N° 187, de 3 de agosto de 1996.

III. Jurisdicción competente para conocer de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves

1. Buques de guerra. Planteamiento inicial.

Si consideramos al buque de guerra en su individualidad, será la jurisdicción del pabellón la competente¹⁵ para regular cualquier cuestión que se produzca a bordo de la nave, como pueden ser las cuestiones de disciplina o la represión de los delitos, pudiendo establecerse tres posibles situaciones de acuerdo con la ubicación espacial del buque:

a) Que se encuentre en aguas jurisdiccionales de su propio pabellón. Este supuesto no presenta especiales dificultades, ya que conocerá de los hechos la jurisdicción competente del pabellón del buque.

b) Que se encuentre en alta mar. Este supuesto lo resuelve la III Conferencia en los artículos 95 y 96, estableciendo que tanto los buques de guerra como los de Estado, o que éste los asimila a él, es decir, buques explotados por el Estado a un servicio oficial no comercial, gozan de inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier otro Estado, por lo que, en sentido contrario, la competencia para conocer de los ilícitos que se cometan a bordo será la del pabellón.¹⁶

c) Que se encuentre en aguas jurisdiccionales distintas a la de su pabellón. Para una aproximación adecuada al tema de la jurisdicción competente de los buques de Estado cuando se encuentran en aguas que de otra forma están bajo la jurisdicción de un Estado distinto del abanderamiento del buque de Estado, debemos distinguir distintos supuestos, los cuales se abordan en los epígrafes siguientes.

2. Buques de Estado situados en aguas interiores o puerto extranjero

El acceso de buques de guerra a puertos de un Estado extranjero o a sus

¹⁵ Art. 9, regla quinta de la L.O. 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, publicada en BOE N° 92, de 8 de abril de 1989, establece: "La competencia para conocer de los delitos o faltas penales cometidos a bordo de buque militar o en aeronave militar corresponderá al órgano judicial militar de la demarcación o territorio a que pertenezca el ejército o unidad orgánica de la que dependa el buque o aeronave... Si el delito se cometiere a bordo de buque o aeronave en el extranjero, será competente para su conocimiento el órgano judicial militar con sede en Madrid".

¹⁶ III Conferencia del Derecho del Mar, art. 95: "Inmunidad de los buques de guerra en alta mar. Los buques de guerra en alta mar gozarán de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea con el de su pabellón".

III Conferencia del Derecho del Mar, art. 96: "Inmunidad de los buques utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial. Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial tendrán, cuando estén en alta mar, completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón".

aguas interiores, está sujeto a autorización, la cual es tramitada vía diplomática y su concesión supone la inmunidad de jurisdicción por los hechos cometidos a bordo de dichos buques, siendo competente, para conocer de los mismos, la del pabellón del buque.¹⁷ FARIÑA, ratificando la competencia de la jurisdicción del pabellón por los ilícitos cometidos a bordo, matiza que las autoridades del puerto puede intervenir si los hechos cometidos a bordo son de extrema gravedad, aunque para ello sea necesario que el comandante del buque solicite dicho auxilio, ratificando esta postura con las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional, en las que en su artículo 10 establecía que los crímenes y delitos cometidos a bordo de buques militares se sustraen al ejercicio de la competencia de los tribunales del Estado del puerto, cualquiera que sea la nacionalidad de las víctimas o de los autores. Sin embargo, si el comandante entrega al presunto delincuente a la autoridad territorial, ésta recobra el ejercicio de su competencia.¹⁸

En el caso español, la arribada a puerto de buques extranjeros está regulada por la anteriormente citada Orden 25/1985 del Ministerio de Defensa, en la que se establece que la arribada a puerto o fondeadero español de un buque de guerra extranjero (en tiempo de paz) puede ser accidental, oficial o no oficial, independientemente de lo cual, existe una inmunidad de jurisdicción sobre los ilícitos cometidos a bordo del buque. Si es ésta la postura consuetudinaria del Derecho Internacional, la práctica internacional convencional varía ciertamente. Tomando como referencia el acuerdo para la cooperación para la defensa y sus anejos concluidos entre el Reino de España y los Estados Unidos de América,¹⁹ instrumento que en los primeros meses del nuevo milenio está siendo sometido a estudio de las Partes para su revisión, en el supuesto de que un miembro de una tripulación cometiera un delito a bordo de un buque, estando éste en aguas interiores de la otra Parte, se podrá ejercer jurisdicción por parte de las autoridades del Estado de acogida, en los casos siguientes:

- a) Cuando el delito tenga consecuencia para el Estado de acogida.
- b) Cuando el delito sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz o el orden de dicho Estado.
- c) Cuando el delito sea cometido contra una persona que no sea miembro de la tripulación de ese buque ni de cualquier otro de la misma bandera.

¹⁷ Cfr. en este sentido REMIRO Y OTROS: *Derecho Internacional*, pág. 598.

¹⁸ FARIÑA GUITIÁN, Fernando: *El buque de guerra...*, op. cit. págs. 205-206.

¹⁹ Convenio de 2 de diciembre de 1988 entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre cooperación para la defensa, anejos y canjes de notas anejos al mismo, hechos en Madrid y publicados en BOE N° 108, de 6 de mayo de 1989, en especial, anejo III, artículo X.

d) Cuando sea necesario para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas.

Asimismo, para el caso español, deberán tenerse muy presentes otros compromisos internacionales asumidos por el reino de España, en los que se establezcan reglas especiales de inmunidad civil y penal, ante ilícitos cometidos por fuerzas militares extranjeras en territorio de otro Estado, como ocurre con algunos compromisos asumidos en el marco de la OTAN²⁰ o de la llamada Asociación para la Paz.²¹

Igual ocurre en los supuestos de intento de jurisdicción civil. Cita al respecto FARIÑA:

“... una sentencia de la Corte de Apelación de Santiago de Chile reconoce la inmunidad de jurisdicción civil, declarando el 5 de noviembre de 1907 que el buque de guerra disfruta en los puertos en que ha sido admitido el privilegio de la extraterritorialidad y, en consecuencia, los tribunales de la jurisdicción del Estado de esos puertos carecen de competencia para conocer de las reclamaciones formuladas por comerciantes locales por suministrar víveres impagados”.²²

Un problema colateral, pero desgraciadamente muy frecuente, se presenta cuando un buque de guerra arriba a un puerto extranjero en el que se cometen, por las tripulaciones desembarcadas, desórdenes del orden público y delitos menores que acaban perturbando la paz de las poblaciones donde radican los puertos y generando cierta repulsa contra estas

²⁰ Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1987 al Convenio de 19 de junio de 1951 entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus fuerzas, hecho en Londres el 19 de junio de 1951. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1987, publicado en BOE N° 217, de 10 de octubre de 1987. Su artículo VII es especialmente significativo en la materia, ya que en él se establece que en el caso de desplazamiento de tropas de un Estado OTAN a otro, el Estado de origen tendrá derecho a ejercer en el Estado de destino de las mismas, la jurisdicción criminal y disciplinaria que les confiera el derecho del Estado de origen sobre todas las personas sujetas a la ley militar de dicho Estado, aunque al Estado receptor se le confiere jurisdicción para conocer de los hechos cometidos en su territorio por las fuerzas extranjeras que no siendo delito en el país de origen lo sea en el de destino o acantonamiento de tropas, en delitos como traición, sabotaje o espionaje. Se establece también en dicho Convenio, en el mismo artículo, un sistema de reglas procesales para la determinación de la jurisdicción competente en el caso de que se produzca el concurso de ambas jurisdicciones, en concreto: El Estado de origen tendrá derecho a la jurisdicción preferente en los ilícitos que afecten únicamente a la propiedad o las personas de dichos Estados o los derivados con ocasión del servicio oficial, salvo que se intente ejercerla contra nacionales o residentes del Estado receptor a menos que estén adscritos al servicio del Estado de origen, debiendo notificar al Estado receptor si declina ejercerla.

²¹ Instrumento de ratificación de 18 de junio de 1998 del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte y los otros Estados participantes en la Asociación para la paz relativo al Estatuto de sus fuerzas y su Protocolo Adicional, hechos en Bruselas el 19 de junio de 1995, publicado en BOE N° 128, de 29 de mayo de 1998

²² FARIÑA GUITIÁN: *El buque de guerra...*, op. cit., págs. 213 y sig.

visitas.²³ Los accidentes del personal de la VI Flota de los Estados Unidos, cuyas unidades recalán frecuentemente en los puertos de Rota, Barcelona o Palma de Mallorca está plagada de incidentes.²⁴ La jurisdicción penal de los delitos cometidos por ellas en tierra será la del pabellón del buque. En palabras de GONZÁLEZ CAMPOS, siguiendo la doctrina unánime,

“... el personal de los buques de guerra se considera como fuerza armada en territorio extranjero y que está sometido, por tanto, a este estatuto. De ahí que la autoridad local sólo está facultada para detener a tales personas e informar de los hechos, pero no para sancionar su conducta, pues la competencia en este punto corresponde a las autoridades del buque de guerra al que pertenezcan esas fuerzas”.²⁵

Así, pese al escarnio al que se ven sometidos los comerciantes, las poblaciones e incluso las fuerzas de orden público de las poblaciones de los puertos, cuando detienen a algún miembro de una tripulación que altere el orden público, no queda otra alternativa sino dar parte de los hechos a las autoridades del buque y confiar que ellas tomen las medidas coercitivas adecuadas conforme a su ley militar.²⁶

En cuanto a la jurisdicción civil, las tripulaciones de buques de Estado desembarcadas en puerto extranjero, sólo tienen inmunidad de jurisdicción civil por los hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, pero no respecto de los hechos que como particulares realizaren.

²³ Los conflictos con las poblaciones civiles locales producidos por la marinería de distintas Armadas son innumerables. Y así, entre otros muchos que han pasado a la historia, señalaremos el caso de los cadetes de la escuadra francesa que se batieron en duelo mientras se hallaban en el puerto de Nápoles en 1842; el del arresto de algunos marineros del buque americano “Saratoga” en Río de Janeiro en 1862; del marinero de la corbeta “Pearl”, condenado por delitos comunes en 1867, invalidando la casación la Corte de Francia la decisión de incompetencia del Tribunal de Saigón; de los marineros de los buques de guerra “Vineta” y “Hertha” en Santos y Plymouth en 1878 y 1880, respectivamente, que fueron juzgados por los tribunales locales sin protesta de Alemania; igual ocurrió en el caso del marinero del buque norteamericano “Chicago”, condenado en Venecia el 28 de abril de 1904 por insultos y maltratos a personas civiles. Cfr. *ibídem*, págs. 210-211.

²⁴ El último de ellos, con ocasión de la arribada a Palma de Mallorca de nueve buques de la OTAN el pasado 10 de febrero.

²⁵ GONZÁLEZ CAMPOS y otros: *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid, 1998, págs. 604-605.

²⁶ La cuestión presente puede tener no sólo responsabilidades para los miembros de las tripulaciones que cometen las tropelías, sino incluso para el propio comandante del buque. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 131/1985, de la Jefatura del Estado (BOE N° 209, de 11 de diciembre de 1985), relativa al Código Penal Militar, en su artículo 137 dispone “El militar que con mando de fuerza o unidad militar, comandante de buque de guerra o aeronave militar, que no mantuviere la debida disciplina en sus fuerzas de mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión”.

3. Jurisdicción sobre los buques mercantes situados en aguas interiores o puerto extranjero

Buques mercantes, según la concepción que de ellos tiene la práctica convencional española, son los destinados al transporte marítimo comercial, en cuyo ámbito no se incluyen los buques destinados a la investigación científica ni los buques de propulsión nuclear.²⁷ La admisión a puerto de los buques mercantes, en principio, no debe encontrar especiales trabas si el buque mercante cumple con los reglamentos de policía que le sean aplicables,²⁸ salvo en el caso de los buques destinados a la investigación científica y los de propulsión nuclear.²⁹

Sobre la jurisdicción penal aplicable a los ilícitos cometidos a bordo de los buques mercantes en puerto extranjero, según GONZÁLEZ CAMPOS:

“...el equilibrio entre la competencia del Estado ribereño y la competencia personal del pabellón se logra en la llamada regla de la *peace of the port*; es decir, el Estado del puerto será competente para sancionar las infracciones penales cometidas a bordo de un buque cuando tales actos sean susceptibles de alterar el orden público o atentar contra la seguridad de ese Estado. Por el contrario, las infracciones penales cometidas en el interior del buque que afecten exclusivamente al orden interno de éste, serán competencia del Capitán, el cual podrá solicitar el auxilio de las autoridades del puerto. Si se trata de actos cometidos por la tripulación de estos buques en tierra, la competencia sancionadora corresponderá por entero al Estado del puerto”.³⁰

Es decir, que para el autor, la jurisdicción penal aplicable a los ilícitos cometidos a bordo de buques mercantes será la del pabellón, salvo que los hechos presuntamente delictivos afecten al orden público del Estado de acogida en puerto del buque o, en el caso de que simplemente el capitán solicite el auxilio de las autoridades locales.

²⁷ Convenio de 30 de mayo de 1983, de transporte marítimo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, hecho en Moscú el 30 de mayo de 1983 y publicado en BOE N° 196, de 17 de agosto de 1983.

²⁸ El pasado 25 de enero, la Dirección General de la Marina Mercante obligó al buque “Castor”, de bandera chipriota, que se alejara de las costas españolas por presentar dicho buque una fisura de 30 metros en el casco e ir cargado de gasolina, lo cual suponía un excesivo riesgo para la seguridad de la zona. Dicho requerimiento no se hizo sino después de ofrecer el rescate a la tripulación.

²⁹ Real Decreto N° 799/81 de Presidencia de Gobierno de 27 de febrero, sobre investigación científica marina en zonas sometidas a la jurisdicción española, publicado en BOE N° 110, de 8 de mayo de 1981.

³⁰ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., y otros: *Curso de Derecho*, op. cit., págs. 603-604.

En cuanto a los ilícitos cometidos por las tripulaciones en tierra, serán competencia exclusiva de las autoridades locales, salvo en el caso de que las mismas gocen de algún tipo de inmunidad personal.³¹

4. Jurisdicción ribereña sobre los ilícitos cometidos a bordo de un buque en régimen de paso inocente

Todo tipo de buques (tanto de Estado como mercantes), tienen el derecho de paso inocente a través del mar territorial de un Estado ribereño. Las condiciones del mismo vienen determinadas por la III Conferencia de Derecho del Mar,³² aunque a los efectos de la jurisdicción aplicable habrá que diferenciar si se trata de buques de Estado, en cuyo caso la jurisdicción competente para conocer de los ilícitos cometidos a bordo será la del pabellón, y en el caso de los buques mercantes, también será la jurisdicción penal, siguiendo al profesor PASTOR RIDRUEJO, quien distingue tres hipótesis:

“1) El simple paso por el mar territorial, en cuyo caso no se debería ejercer la jurisdicción penal para detener a ninguna persona o realizar ninguna investigación en relación con un delito cometido a bordo durante el paso, salvo en ciertos supuestos que se señalan expresamente (art. 21.1); 2) paso por el mar territorial procedente de aguas interiores, en cuyo caso el Estado ribereño puede tomar cualesquiera medidas autorizadas por sus leyes para proceder a detenciones o investigaciones (art. 27.2); 3) delito cometido antes de que el buque haya entrado en el mar territorial, si procede de un puerto extranjero y no penetra en aguas interiores, en cuyo caso el Estado ribereño no puede en principio realizar detenciones ni diligencias (art. 27.5)”.³³

De la clasificación hecha por el profesor PASTOR, la primera de ellas, es decir, los delitos cometidos a bordo del buque en paso inocente, los cuales el Estado ribereño podría conocer, conforme a las previsiones del art. 21.1 de la III Conferencia, todos ellos serán tratados en el presente estudio.

En lo relativo a la jurisdicción civil por parte de los buques mercantes que ejerzan el derecho de paso inocente, la III Conferencia habla de que “el Estado ribereño no debería detener ni desviar buques extranjeros que pa-

³¹ No es descartable que algún pasajero transportado goce de algún tipo de inmunidad personal de las previstas, entre otros, por el Convenio de Viena de 1961 y se encuentre en tránsito hasta la legación a la que haya sido destinado, en cuyo caso la regla general jurisdiccional enunciada decaerá en favor de la inmunidad de la persona aforada en razón de su cargo.

³² Arts. 17 y sig.

³³ PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Tecnos, 7ª edición. Madrid, 1999, pág. 354.

sen por su mar territorial para ejercer su jurisdicción civil sobre las personas que se encuentren a bordo, aunque no lo prohíbe expresamente tampoco niega la posibilidad de que se adopten medidas de ejecución o cautelares sobre dichos buques, salvo que deriven de responsabilidades civiles procedentes de su paso o estancia en sus aguas.”³⁴

En el caso español, el paso por el mar territorial de buques de guerra extranjeros está regulado en la precitada Orden Ministerial 25/1985.³⁵ Para su ejercicio no se requiere autorización especial para cruzar el mar territorial español, aunque los buques deben cumplir con los requisitos del paso inocente, de acuerdo con las normas del derecho internacional. Mientras se encuentren en el mar territorial español deberá ostentar el pabellón de su nación de forma visible y no podrá detenerse, arriar embarcaciones, poner en vuelo aeronaves, efectuar maniobras, ejercicios de trasvases o traslados de cualquier clase, ni realizar trabajos hidrográficos u oceánicos. Los submarinos navegarán en superficie, mostrando pabellón. Para poder realizar algún ejercicio u operación fuera del propio paso, será preciso obtener la correspondiente autorización previa del Gobierno español, solicitada por vía diplomática.

5. El Supuesto del régimen de paso en tránsito

Para que cualquier buque pueda ejercer su derecho de paso en tránsito, es decir, aquel que se realiza por estrechos utilizados para la navegación internacional, de acuerdo con la III Conferencia³⁶, no se prevé ningún supuesto especial a los efectos de jurisdicción distinta del buque o aeronave.

Como es sabido, este sistema novedoso de paso por algunos estrechos internacionales adoptado en la III Conferencia y para complacer los intereses geoestratégicos de algunas potencias que lograban así poder cruzar estrechos internacionales de forma menos restrictiva que el régimen de paso inocente, como así ocurre con el de Gibraltar y que llevó al Reino de España a su negativa inicial de firmar la III Conferencia en Montego Bay, aunque posteriormente acabara presentando al depositario el correspondiente instrumento de adhesión. Desde entonces, no puede establecerse jurisdicción alguna sobre los ilícitos cometidos a bordo de los buques que ejerzan este derecho de paso.

El paso ha de ser practicado, por todo tipo de buques y aeronaves, de acuerdo con el art. 39.1 de la III Conferencia, sin demora, y se abstendrán

³⁴ Art. 28 de la III Conferencia de Derecho del Mar.

³⁵ Arts. 11 y 12 de la OM 25/1985.

³⁶ *Ibidem*, arts. 37 y sig.

de toda amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad o la independencia política de los Estado ribereños del estrecho y cumplirán los reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales de seguridad en el mar generalmente aceptados, incluso el reglamento internacional para prevenir abordajes, prevención de la contaminación, etc. Precisamente en la práctica reciente se presentó un problema sobre la cuestión del derecho de paso en tránsito, cuando aeronaves norteamericanas desplegadas en Gran Bretaña atacaron, sin previo aviso, distintos puntos del territorio libio en abril de 1986. El incidente esta vez había surgido cuando buques de la VI flota norteamericana se habían estacionado en el Golfo de Sidra para realizar maniobras militares. Este golfo es reivindicado por Libia como bahía histórica, sin oposición de los Estados geográficamente próximos excepto de los Estados Unidos de América. Uno de los días de las maniobras, dos aviones libios sobrevolaron un buque norteamericano, lo cual fue interpretado como un acto de guerra y esa misma noche fueron bombardeadas varias ciudades libias, con el resultado habitual de muchos civiles muertos, incluyendo una hija del propio Coronel Gadafi. La cuestión no fue baladí para el entonces gobierno socialista español, ya que los aviones que realizaron el ataque o bien habían sido repostados por aviones de abastecimiento establecidos en Zaragoza y habrían cruzado más o menos a la altura de esa ciudad, por el espacio aéreo español (para lo cual las autoridades norteamericanas necesitaban la autorización previa española), o bien se manifestaba que los aviones habían cruzado por el estrecho de Gibraltar, opción que entonces pareció más oportuna para nuestros gobernantes... y de paso, además de bombardear Trípoli, dinamitamos la política exterior española sobre el estrecho de Gibraltar. Lo cierto es que los aviones cruzaron el territorio continental español (porque bordear la península es un rodeo "innecesario entre aliados") o bien cruzaron sin autorización previa y España no mandó sus fuerzas aéreas para interceptar a las otras aeronaves, o bien, seguimos creyendo la versión oficial del paso sobre el estrecho de Gibraltar, por lo que desde entonces no había obstáculos para que siguiéramos manteniendo una postura digna sobre esta zona de España arrebatada en 1706, si acaso la hemos tenido los españoles desde que Castiella fuera Ministro de Asuntos Exteriores y cerrara la verja en cumplimiento del Tratado de Utrech.

6. El régimen de paso por la Zona Económica Exclusiva y en alta mar

Cuando se aborda el estudio del régimen de paso de los buques extranjeros sobre la zona económica exclusiva, es autor de referencia el profesor CARNERERO, quien sostiene a la hora de establecer el régimen de paso de buques extranjeros por la zona económica exclusiva (ZEE) de otro Estado que:

“En consecuencia, nos encontramos ante un régimen de paso por la ZEE que, a pesar de la referencia al artículo 87 contenida en el artículo 58, no llega tan lejos en cuanto a sus posibilidades y facilidades de desplazamiento de los buques como el régimen de libertad de navegación que se aplica en el alta mar, ya que puede ser sometido por el Estado ribereño a las restricciones necesarias para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos”.³⁷

Por ello, el Estado ribereño de la ZEE puede protegerla mediante la reglamentación que al efecto dicte y llevar a cabo medidas que considere oportunas para velar su cumplimiento, mientras que los terceros Estados, continúa diciendo CARNERERO:

“...deben respetar esas leyes y reglamentos –cuya aplicación puede afectar a la navegación de los buques extranjeros, sobre todo pesqueros, aunque no sea ése su objetivo– en la medida en que no sean compatibles con la Parte V... Sin embargo, ninguna disposición permite expresamente al Estado ribereño regular de forma directa el tránsito de los buques extranjeros por su ZEE. Por ello, únicamente mediante las medidas que está autorizado a tomar con el objeto de proteger o ejercer sus derechos, y muy especialmente las relativas a la conservación y explotación de los recursos vivos, podrá influir en el paso a través de ella, aunque indirectamente y sólo en cuanto que los derechos que se propone salvaguardar choquen con la libertad de navegación. En todo caso, la adopción de estas normas ha de hacerse de conformidad con la Convención, de forma que no pueden incidir en las libertades de los terceros Estados más allá de lo permitido por el juego de equilibrios entre los intereses de las distintas partes establecido en su Parte V. En otras palabras, el Estado ribereño no puede impedir injustificadamente el disfrute de dichas libertades, entre ellas la de navegación, mediante las leyes y reglamentos que adopta para proteger sus derechos sobre la ZEE”.³⁸

No se establece así ningún sistema especial de jurisdicción por el mero paso por la ZEE de otro Estado, por lo que, al igual que en el caso del alta mar (salvo en los casos que se detallan a continuación), la jurisdicción del pabellón del buque es la única competente.

Los supuestos a los que se alude como excepción a la jurisdicción exclusiva del buque mercante en alta mar vienen determinados por la III Conferencia de Derecho del Mar y son, además del derecho de inspección (de cualquier buque de Estado sobre otro mercante, coincidan o no sus pabellón-

³⁷ CARNERERO CASTILLA, R.: “El régimen jurídico de la navegación por la zona económica exclusiva”. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1999, pág. 51.

³⁸ *Ibidem*, 58-59.

nes, abarca el derecho de inspección de carga y documentación) y la protección del medio marino de la ZEE, los siguientes:

a) Abordaje.³⁹ El choque de dos buques, independientemente de si son o no de Estado, es conocido como abordaje. Cuando se afronta el estudio de la asignatura de Derecho Internacional Público en las facultades de Derecho, a la hora de afrontar las explicaciones relativas a la existencia o no de las costumbres internacionales negativas, se suele traer a colación el caso "Lotus".⁴⁰ Como se recordará, se trataba del abordaje ocurrido en alta mar entre el paquebote francés "Lotus" y el carguero turco "Bozkourt" (que se hundió a consecuencia del accidente), la noche de los días 2 al 3 de agosto de 1926. El buque francés recaló en el puerto de Estambul y las autoridades turcas apresaron y condenaron al oficial francés encargado de la navegación en el momento de la colisión. El gobierno francés presentó una demanda ante la Corte Permanente de Justicia Internacional por considerar que esa actuación procesal era contraria al Derecho Internacional. Bien es cierto que la doctrina sentada en el caso "Lotus" no ha podido ser considerada como significativa por más que se empeñara la doctrina, ya que el capitán del buque turco carecía del título de patrón y la decisión de la Corte se adoptó con empate de seis contra seis de sus miembros, teniendo que utilizar el presidente, el suizo Max Huber, el voto de calidad.

En alta mar, la regla de la jurisdicción exclusiva del pabellón es absoluta, salvo en los supuestos que expresamente se establecen en el art. 92 de la III Conferencia, extremos que en ningún caso les son aplicables a los buques de Estado,⁴¹ quienes gozan de la inmunidad frente a cualquier jurisdicción que no sea la de su pabellón ni puede adoptarse medida alguna cautelar contra el propio buque ni contra su capitán.⁴²

³⁹ Art. 97 de la III Conferencia. Jurisdicción penal en caso de abordaje o cualquier otro incidente de la navegación. 1. En caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar que implique una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, sólo podrán incoarse procedimientos penales o disciplinarios contra tales personas ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado del pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales. 2. En materia disciplinaria, sólo el Estado que haya expedido un certificado de capitán o un certificado de competencia o una licencia podrá, siguiendo el procedimiento legal correspondiente, decretar el retiro de esos títulos, incluso si el titular no es nacional del Estado que los expidió. 3. No podrá ser ordenado el apresamiento o la retención del buque, ni siquiera como medida de instrucción, por otras autoridades que las del Estado del pabellón."

⁴⁰ Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, Año 1927, N° 10.

⁴¹ A propósito de esta afirmación, la jurisprudencia es amplia en el sentido de que las responsabilidades por abordaje de un buque de Estado no pueden ser sometidas a otra jurisdicción que no sea la del Estado del pabellón de dicho buque de guerra. Así, FARIÑA cita el caso del paquebote "Villa de Vitorie", hundido en la rada de Lisboa por el acorazado británico "Sultán". No se admitió la demanda de embargo contra el acorazado y sólo cupo reclamar al Estado del pabellón del buque. Cfr. su ya tan citada obra *El buque de guerra...*, pág. 205.

⁴² "La inmunidad atribuida al buque de guerra determina también en esta materia que, a diferencia de las normas admitidas para los buques particulares, no procede entablar directamente contra el Comandante la acción de responsabilidades delictivas o civiles por los daños que haya causado ilegítimamente el buque". FARIÑA GUITIÁN: *El buque de guerra...*, op. cit., pág. 135.

Ante la concurrencia de distintos pabellones en un caso de abordaje en alta mar, la jurisdicción puede ser la del Estado del pabellón del supuesto responsable, la jurisdicción de la nacionalidad de las víctimas o la del primer puerto de arribada. En lo relativo a las responsabilidades penales del oficial que esté al mando de un buque o aeronave de guerra en caso de abordaje, en el caso español, será entre cinco y quince años de cárcel.⁴³

Como el abordaje en el mar es algo que ocurre con relativa frecuencia, hablar del último abordaje producido puede ser arriesgado, aunque hay algunos que por su repercusión en los medios de comunicación social, tardan largo tiempo en pasar al olvido, como el ocurrido el 9 de febrero de 2001, mientras se redactaban estas líneas, en los albores de los idus de marzo, entre el submarino norteamericano "Greenville" (SSN 772), bajo las órdenes del comandante Scott Waddle, abordó al emerger al buque escuela "Ehime Maru" a nueve millas al sur de Hawai.⁴⁴ Se han planteado muchas dudas sobre este incidente, desde el momento en que había 17 civiles a bordo que pudieron entorpecer el normal sistema de maniobras del submarino, con las consecuencias trágicas de pérdidas de vidas humanas. Actualmente la investigación de los hechos y de la responsabilidad criminal del comandante, del segundo y de oficial de cubierta, está siendo instruida por las autoridades de marina norteamericanas, al igual que el abordaje acontecido el 14 de julio de 2000 entre el "USS Denver", barco norteamericano de asalto anfibio y el petrolero de la misma nacionalidad el "USNS Yukon", a 180 millas al oeste de Hawai.

b) Buques que naveguen bajo dos o más pabellones: salvo en los casos previstos expresamente por los tratados internacionales, están sometidos a la jurisdicción exclusiva de su pabellón, pero en el caso de que ostenten dos o más pabellones, serán considerados como buques sin nacionalidad.⁴⁵

c) Transmisiones no autorizadas de radio o televisión efectuadas desde alta mar, previstas en el art. 109 de la III Conferencia. Aquellos que realizan estas transmisiones pueden ser procesados por los tribunales del pabellón, los de la matrícula de la instalación, los del país donde se reciba la señal o donde se produzcan interferencias.

d) Buques y aeronaves piratas. La piratería es uno de los delitos internacionales de carácter consuetudinario que fue recogido ya por la Conferencia del Derecho del Mar, la cual en su art. 15 la definía como:

⁴³ Cfr. art. 166 de la L.O. 13/1985, de 9 de diciembre, documento ya citado.

⁴⁴ Cfr. <http://edition.cnn.com/2001/US/03/07/japan.sub.01/index.html>.

⁴⁵ Art. 92 de la III Conferencia: "2. El buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad".

“Todo acto ilegítimo de violencia, detención o depredación cometido con móviles personales por la tripulación o el pasaje de un buque o aeronave privados, y dirigido en alta mar contra otro buque o aeronave o contra personas o bienes que se hallen a bordo”.

Las consecuencias son graves para los que caen en el supuesto, ya que, de acuerdo con la III Conferencia,⁴⁶ cualquier buque o aeronave de Estado puede apresarlos y someterlos a su propia jurisdicción, pudiendo asimismo detener a sus tripulaciones e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo, todo ello conforme a la legislación del buque o aeronave de Estado.⁴⁷ A efectos meramente doctrinales, por más que los ejemplos sólo puedan aparecer en situaciones extremas, algunas veces puede ser complicado distinguir la figura de la piratería de las insurrecciones a bordo de buques de guerra, intentando el gobierno de la nacionalidad del buque que la comunidad internacional califique la situación como de piratas,⁴⁸ para evitar que a los insurgentes les fueran aplicables las leyes de la guerra.

e) Derecho de persecución, previsto en el art. 3° de la III Conferencia. Conforme a dicha figura, un Estado puede iniciar, con sus buques y aeronaves, la persecución de un buque extranjero, siempre que tenga fundadas sospechas que dicho buque extranjero ha cometido algún ilícito en sus aguas jurisdiccionales. Para que la figura sea conforme con las previsiones de la III Conferencia, la persecución debe iniciarse mientras que el buque extranjero o sus lanchas se encuentren en aguas interiores, mar territorial o zona contigua, aguas archipelágicas, zona económica exclusiva o aguas suprayacentes a su plataforma continental y sólo puede continuar si es continuada, cesando cuando el buque entra en las aguas del mar territorial de otro Estado. Los pesqueros españoles eran especialistas en la década de los ochenta y antes de nuestra entrada en la Europa comunitaria en atravesar el Atlántico con una patrullera canadiense a popa. El resultado siempre era el mismo: una vez que el pesquero llegaba a puerto gallego, la patrullera paraba máquinas a doce millas de las costas españolas

⁴⁶ Arts. 101-103 de la III Conferencia de Derecho del Mar y antes la I Conferencia de 1958, en sus arts. 15 al 17.

⁴⁷ Delitos como la piratería pueden llegar a ser considerados como extremadamente graves y pasar a la jurisdicción penal militar. Así, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de justicia Militar (BOE N° 280, de 8 de noviembre de 1980), establece que, en razón del delito, la jurisdicción militar será competente para conocer de los procedimientos que se instruyan contra cualquier persona: “6. Piratería, cualquiera que sea el país a que pertenezcan los encausados, cuando se haya producido el apresamiento, persecución o abordaje de alguna embarcación, haciéndola fuego con armas de fuego...”

⁴⁸ ROUSSEAU nos dice en su precitada obra (Curso de Derecho Internacional), págs. 427-428, “Tal fue la actitud adoptada: a) Por Rusia, cuando la insurrección del Acorazado “Potemkin” en 1905; b) Por Venezuela, en el asunto del barco alemán “Falke”, en 1929, y c) Por el gobierno republicano español, al principio de la guerra civil, en relación con los barcos de guerra...” que se unieron a las fuerzas de Franco.

y solicitaba la entrega. Las autoridades españolas entregan sistemáticamente al infractor fuera de las aguas territoriales y la patrullera volvía a su puerto base con la presa y tras someterla a la "tutela" de los tribunales canadienses.

e) La represión del tráfico ilícito de estupefacientes.⁴⁹ Cuando las autoridades competentes de un Estado tengan sospechas de que se están transportando sustancias de este tipo por un buque de otra nacionalidad, puede pedirle la autorización para inspeccionarlo. España tiene una rica práctica de apresamiento de sustancias sicotrópicas, por ser un país de paso de estas sustancias y de consumo, siendo el segundo país del mundo en el total de aprehensiones anuales y no sólo dentro del territorio español, sino allende los mares. Uno de los últimos alijos fue la incautación de cinco toneladas de cocaína que se encontraron a bordo de un pesquero que navegaba a 350 millas de las islas Canarias..., aunque también hemos padecido grandes escarnios por fracasadas operaciones.⁵⁰

Por último y para un grupo de ilícitos que se cometan a bordo de los buques mercantes, habrá que estar a las previsiones del Convenio de Roma de 10 de marzo de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas empleadas en la plataforma continental.⁵¹ Según dicho texto, el ilícito que se tipifica es el apoderamiento del buque mercante, su control mediante violencia o cualquier otra forma, realizar violencia contra otra persona que pueda poner en peligro la navegación segura de dicho buque, destruir un buque o causar daños en el mismo o su carga que pueda afectar a su navegación segura o colocar cualquier artefacto que pueda destruir el buque o causarle daños, siempre que el buque en cuestión esté navegando o en su plan de navegación prevea navegar hacia aguas fuera del mar territorial de un Estado, proceda de fuera de dichas aguas, las cruce o el supuesto autor sea encontrado en territorio de un tercer Estado.⁵² A los efectos de jurisdicción se establece la jurisdicción concurrente de los Estados parte y pabellón del buque.

⁴⁹ III Conferencia de Derecho Del Mar, art. 108.

⁵⁰ El juez Garzón ordenó la detención del buque "Privilege", que navegaba a 250 millas de las costas Canarias. En él supuestamente deberían ser encontradas varias toneladas de droga, pero una vez que fue llevado a puerto, la policía española estuvo durante dos meses haciendo calas al buque para encontrar la droga supuestamente escondida... pero nunca apareció. Ahora, los armadores reclaman al Estado español 2.000 millones de pesetas por el lucro cesante y los daños ocasionados al buque en cuestión.

⁵¹ Instrumento de ratificación de España de 15 de junio de 1999, publicado en BOE Nº 99, de 24 de abril de 1992.

⁵² *Ibidem*, arts. 3 y 4.

7. Aeronaves militares

Como ocurre en el caso de los buques de Estado, en el caso de las aeronaves militares la jurisdicción competente para conocer de los ilícitos cometidos a bordo es la de la matrícula de la aeronave, se encuentre donde se encuentre la misma. Siguiendo el caso español, la Ley Procesal Militar establece en su artículo 9, regla 5ª:

“La competencia para conocer de los delitos o faltas penales cometidas a bordo de buque militar o en aeronave militar corresponderá al órgano judicial militar de la demarcación o territorio a que pertenezca el ejército o unidad orgánica de la que dependa el buque o aeronave”.⁵³

Establece esa misma regla que si el buque o aeronave militar estuviera en el extranjero, será competente para su conocimiento el órgano judicial militar con sede en Madrid.

8. Jurisdicción competente en los ilícitos cometidos a bordo de aeronaves civiles

Sobre los ilícitos cometidos a bordo de aeronaves comerciales o privadas, la reglamentación internacional se sustenta sobre el Convenio de Tokio relativo a las infracciones cometidas a bordo de aeronaves, de 14 de septiembre de 1963,⁵⁴ en cuyo ámbito material de aplicación se determina que son objeto del tratado no sólo los ilícitos en sentido estricto, sino también todos aquellos actos que, cometidos a bordo de la aeronave, puedan poner en peligro la seguridad de ésta o de las personas o bienes habidos a bordo, o incluso el buen nombre de la aeronave.⁵⁵ La jurisdicción competente para conocer de los ilícitos sancionados por dicho tratado será la de la matrícula de la aeronave, sin perjuicio de que, en su caso, también pueda ser competente cualquier otra jurisdicción penal nacional de acuerdo con sus leyes, pudiendo ésta intervenir sobre el vuelo de la aeronave si perturbara gravemente los intereses de dicho Estado, si ha sido cometido por un nacional residente.⁵⁶

A los efectos de determinar la competencia de la jurisdicción de la matrícula de la aeronave cuando se encuentra en el aeropuerto de origen o de destino, el propio Convenio establece que será desde el instante en el que se cierra la última de las puertas de acceso del pasaje hasta el momento de

⁵³ Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, publicada en BOE N° 92, de 18 de abril de 1989.

⁵⁴ Instrumento de ratificación de España de fecha 25 de agosto de 1969, publicado en BOE N° 308, de 25 de diciembre de 1969.

⁵⁵ Cfr. art. 1 del Convenio de Tokio.

⁵⁶ Cfr. art. 3 del Convenio de Tokio.

la apertura de la primera de ellas,⁵⁷ sin perjuicio de la potestad del comandante de la aeronave para la adopción de las medidas coercitivas que considere oportunas para la reducción y custodia del presunto delincuente, así como el derecho que le asiste de poder desembarcarlo en cualquier país signatario del Convenio de Tokio y siempre que los hechos sean punibles de acuerdo con la legislación de matrícula de la aeronave y ésta no se encuentre sobre su espacio aéreo.⁵⁸

Aunque lo normal es que sean los pasajeros los principales destinatarios de las normas penales para prevenir los ilícitos cometidos a bordo de las aeronaves comerciales, no son evidentemente los únicos, como ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse la magistratura española.⁵⁹

IV. Ilícitos cometidos contra buques y aeronaves

1. Buques de guerra

No son frecuentes, afortunadamente, los supuestos de la práctica reciente en la que se producen ilícitos graves contra buques de guerra, que no sean los frecuentes entorpecimientos de sus maniobras por voluntarios (y menos voluntarios) de organizaciones como Greenpeace. Tal vez asunto último se ha producido con el destructor de bandera norteamericana DDG 67 Cole, cuando el 12 de octubre de 2000, estando repostando en el puerto de Adem en Yemen, una lancha ligera consiguió aproximarse a su babor y hacer explotar una carga de dinamita, causando 7 muertos y 36 heridos entre los miembros de su tripulación. La reacción de las autoridades norteamericanas contra Yemen no fueron tanto las derivadas de los hipotéticos conflictos de jurisdicción entre ambos Estados, sino la congelación de la ayuda norteamericana a ese país de todos los fondos de ayuda, en tanto que se aclararan los pormenores del atentado, situación que se mantiene todavía hoy. Los conflictos de jurisdicción ante supuestos de esta naturaleza son desde todo punto de vista inevitables.

⁵⁷ Cfr. art. 5.2 del Convenio de Tokio.

⁵⁸ Cfr. art. 5 en relación con los arts. 8, 9 y 13 del Convenio de Tokio.

⁵⁹ Así la Audiencia Provincial de Baleares, sección 2ª, en su sentencia de 20 de febrero de 1999, sumario N° 37/1999, conoció de una querrela en la que acordó como hechos probados que: El 15 de octubre de 1996, el acusado, comandante de una aeronave civil, en el trayecto de Sevilla a Palma, llevando como pasajero a José, jefe de la flota de otra compañía aérea y a quien conocía... Sabedor el acusado de que José viajaba en las primeras filas de asientos, antes de emprender el vuelo se acercó al asiento de José y cuando la sobrecarga venía haciendo el recuento de pasajeros, dirigiéndose a ella, dijo en alta voz: "Mira, éste es José..., como verás, hoy llevamos basura de pago a bordo". Luego, desde la megafonía del avión dijo: "Señores pasajeros, buenas noches, bien venidos a bordo, excepto el pasajero del asiento 6-D", repitiendo el mismo mensaje en inglés. Lógicamente la Audiencia condenó al comandante por un delito de injurias a tres meses de multa a razón de 150.000 ptas. por mes.

2. Buques mercantes

No puede resistirse este autor a comentar, por breve que sea, el gran ilícito cometido contra un buque pesquero en alta mar, en el asunto conocido como el "caso fletán" o el asunto "Fisheries Jurisdiction Case" (España v. Canadá), de 28 de marzo de 1995, ante la Corte de Justicia Internacional.

Los hechos que dieron lugar al caso trajeron causa cuando el pesquero de bandera española "Estai", faenando fletán, fue apresado por una patrullera canadiense a 245 millas de su costa (claramente fuera de su ZEE y por tanto fuera de su jurisdicción a efectos pesqueros) y trasladado a puerto; tras pagar la correspondiente multa el armador y así evitar que el barco permaneciera inmovilizado en puerto, el Reino de España presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia, solicitando en la misma que se declarara que la ley canadiense (*Canadian Coastal Fisheries Protection Act*) de 12 de mayo de 1994, no era oponible a España a la hora de ejercer jurisdicción sobre su ZEE y que no se repitieran apresamientos futuros de pesqueros españoles, como el que había acontecido con el pesquero "Estai". La Corte se pronunció el 4 de diciembre de 1998, aceptando la excepción de falta de jurisdicción de la parte demandada, de acuerdo con las previsiones del art. 36 del Estatuto de la Corte, ya que Canadá mantenía una reserva a la competencia de la Corte en el caso de que se presentara alguna reclamación en materia de pesquerías, tal y como era el caso. Ni las reclamaciones del Reino de España ni de la Unión Europea,⁶⁰ en especial la Comisión, por tener asumidas competencias en materia pesquera en el contexto de la Política Agrícola Común,⁶¹ sirvieron de nada.

3. Aeronaves civiles

Son varios los convenios internacionales actualmente en vigor destinados a intentar prevenir y, en su caso, sancionar los ilícitos más comunes que se producen contra las aeronaves civiles, a saber:

a) Tal vez sea el apoderamiento ilícito de aeronaves el hecho delictivo más frecuente contra las aeronaves civiles desde que comenzara a utilizarse en la década de los sesenta (al tiempo que se generalizaba la aviación comer-

⁶⁰ "The arrest of vessel in international waters by a State other than the State of which the vessel is flying the flag and under whose jurisdiction it falls, is an illegal act under both NAFO Convention and customary international law, and cannot be justified by any means. With this action Canada is not only flagrantly violating international law, but is failing to observe normal behaviour of responsibility States." Decisión de 4 de diciembre de 1998, parágrafo 20.

⁶¹ Artículo 38 del Tratado de la Comunidad Europea, de acuerdo con la redacción dada por el Tratado de Amsterdam: "1. El Mercado Común abarcará la agricultura y el comercio de los productos agrícolas: Por productos agrícolas se entienden los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación directamente relacionados con aquéllos".

cial internacional), como forma de llamar la atención de los medios de comunicación por parte de algún movimiento político, muchas veces llamado de liberación nacional, el apoderarse de una aeronave, desviándola de su ruta prevista e intentar llegar a algún país donde estos actos fueran considerados de forma más benigna o incluso con simpatía.

El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de La Haya, de 16 de diciembre de 1970⁶², cuyo ámbito de aplicación material es el de las aeronaves comerciales, privadas o sin afección a un Estado, se aplica en el caso de que mediante violencia o intimidación alguien se apodere de una aeronave o intente ejercer algún tipo de control sobre la misma, cuando la aeronave aterriza o despegue fuera del Estado de su matrícula y desde el mismo momento en el que se cierra la última de las puertas del pasaje hasta que se abre la primera de ellas.⁶³

Sobre los hechos cometidos a bordo de una aeronave, si la nave despegue y aterriza en el país de su matrícula, siempre será competente la jurisdicción de su matrícula, en el caso de que no se produzca este evento, el Convenio no excluye a ninguna otra jurisdicción que conociera de los hechos, siempre que esta posibilidad así estuviera recogida en su ordenamiento nacional,⁶⁴ rigiendo también la regla "Juzga o entrega" en el caso de que el responsable de los hechos fuera encontrado en cualquier otro país.⁶⁵ Una última regla se da por el Convenio a los efectos del establecimiento de la jurisdicción competente ante estos hechos delictivos y es el caso de las compañías aéreas cuya titularidad es compartida entre dos o más países. En estos casos, los Estados implicados deberán determinar entre ellos la jurisdicción competente a estos efectos.⁶⁶ Por citar un caso, el Tribunal Supremo español se consideró competente para condenar a dos secuestradores aéreos que habían desviado hasta Alicante un avión que realizaba un vuelo interno entre dos ciudades de Argelia.⁶⁷

⁶² Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970, entrada en vigor general el 14 de octubre de 1971. El texto del mismo puede consultarse en BOE N° 13, de 15 de enero de 1973.

⁶³ Crf. arts. 1 y 3 del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.

⁶⁴ Art. 4.3 Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.

⁶⁵ Arts. 3.5 y 7 Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.

⁶⁶ Art. 3.4 y 5 Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.

⁶⁷ Sentencia de 25 de octubre de 1996, de la Sección 2ª del Tribunal Supremo, rec. N° 802/1995. En ella se consideró que cometen apoderamiento ilícito de aeronaves los que se apoderan de una aeronave de forma violenta, ante la imposibilidad de protección de cualquier Estado, en pleno vuelo y con desvío de ruta. Mohamed y Hilel, el 28 de febrero de 1994 se apoderaron de un avión que hacía una ruta aérea entre dos ciudades de Argelia. Se desvió la aeronave a punta de pistola y a pesar de que su intención era llevar la aeronave a París, aterrizaron en Elche por falta de combustible. Piden asilo político en España y se entregan cuando las autoridades españolas les aseguran que se les iba a conceder el estatuto de asilados políticos. La Audiencia Provincial de Elche falló: Que debemos condenar y condenamos a los procesados en esta causa como autores responsables de un delito de apoderamiento de aeronaves, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de veinte años y un día de reclusión mayor, con accesorias de inhabilitación absoluta. El Tribunal Supremo casó la condena de la Audiencia.

b) Los ilícitos relativos a la seguridad de las aeronaves en general están contemplados en el Convenio para represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, de Montreal, de 23 de septiembre de 1971.⁶⁸

Comete el hecho delictivo el que realice a bordo de una aeronave comercial en vuelo actos de violencia que por su naturaleza constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave, o destruya una aeronave en servicio o le cause daños que imposibiliten su vuelo, que coloque o haga colocar cualquier artefacto susceptible de destruir la aeronave, destruya o perturbe las instalaciones de apoyo a la navegación, o incluso (según párrafo añadido por el protocolo para la represión de actos de violencia en los aeropuertos que presten servicios internacionales, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971) los que ilícita e intencionadamente mediante artefacto, sustancia o arma ejecuten un acto de violencia contra una persona en un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional que cause o pueda causar lesiones graves o muerte o que destruya o cause graves daños a las instalaciones de un aeropuerto que preste servicios a la aviación civil internacional o en una aeronave que no esté en servicio (es decir, desde que el personal de tierra o la tripulación comienza las operaciones previas a un determinado vuelo hasta 24 horas después del aterrizaje).

Este convenio sólo se aplica si el despegue de la aeronave o su aterrizaje real o previsto está situado fuera del territorio de la matrícula de la aeronave o si el delincuente es encontrado en un país distinto del de la matrícula de la aeronave.⁶⁹

Lo mismo que en el caso anterior, en el caso de que una misma matrícula sea explotada por varios Estados, éstos deberán designar cuál de todos ellos será el competente a los efectos de la jurisdicción,⁷⁰ tampoco excluye ninguna jurisdicción nacional penal⁷¹ y rige el principio de 'Juzga o entrega' en el caso de que el autor de los hechos fuera encontrado en un tercer país.⁷²

Así se puede constatar que de las reglas dadas por el Convenio, la jurisdicción competente para conocer de estos hechos será la de la aeronave, la de aterrizaje de la aeronave, la del país donde sea cogido el presunto autor, por lo que cabe hablar de jurisdicción concurrente.⁷³

⁶⁸ Entrada en vigor el 21 de enero de 1973. El texto puede consultarse en el BOE N° 9, de 10 de enero de 1974.

⁶⁹ *Ibidem*, art. 4.

⁷⁰ *Ibidem*, art. 9.

⁷¹ *Ibidem*, art 5.3

⁷² *Ibidem*, art.5.3

⁷³ REMIRO y OTROS: *Derecho Internacional*. Op. cit., pág. 584.

4. Un supuesto más que especial: el caso Lockerbie⁷⁴

El 21 de diciembre de 1988, un Boeing 747 de bandera norteamericana explotó en pleno vuelo sobre el pueblo de Lockerbie, apuntando las primeras investigaciones a la posibilidad de que el aparato hubiera explotado como consecuencia de una bomba introducida a bordo por dos ciudadanos de nacionalidad libia: Abdel Basset Megrabi y Lamén Khalifa Fhimeh. Desde que se cursaron las órdenes internacionales de busca y captura a través de Interpol, las autoridades libias detuvieron a los presuntos delincuentes y ofrecieron tanto a las autoridades norteamericanas como británicas, colaborar con ellas, de acuerdo con las previsiones de los arts. 7 y 11.1 del Convenio de Montreal. A pesar del ofrecimiento, ambos países presentaron un documento⁷⁵ ante las Naciones Unidas en el que reiteraban la solicitud de entrega, a cualquiera de ellos y que se declarara la responsabilidad internacional de Libia, al considerar que los presuntos delincuentes estaban encuadrados en los servicios secretos libios. A estas conclusiones llegó el FBI norteamericano por el tipo de explosivo utilizado (semtex), la localización de un fragmento de un chip electrónico y de una radio de la marca Toshiba entre los restos del avión y adquirida por los imputados. Todos estos hechos se considerarán probados en la sentencia a la que luego aludiré.

La postura libia se sustentaba en la no entrega de los imputados en base al cumplimiento de las previsiones del Convenio de Montreal y en la convicción de que los imputados no tendrían un juicio justo en ninguna de las dos jurisdicciones que lo reclamaban.

Ante el callejón sin salida en el que se encontraba el contencioso, Libia optó por judicializar la cuestión, sometiéndola a conocimiento de la Corte Internacional de Justicia⁷⁶ y para que ésta confirmara el cumplimiento por la demandante de las previsiones del Convenio de Montreal y se condenara a los demandados por el incumplimiento de esas mismas obligaciones, cesando todo tipo de amenazas que los demandados estaban haciendo contra Libia. No es el caso entrar en más detalles sobre este proceso que, a día de hoy, está pendiente de un fallo definitivo.

Por otra parte, tanto el Reino Unido como Estados Unidos consiguieron movilizar al Consejo de Seguridad de la ONU para que entrara a conocer de la cuestión, la primera de ellas con la resolución 731 (1992), por la

⁷⁴ Sobre este asunto, y perdónese la autocita, puede verse de este autor *El asunto Lockerbie: ¿es éste el concepto de globalización del derecho internacional del Consejo de Seguridad?*, en *Ius Publicum*, N° 4/2000, págs. 91-100, de la Universidad Santo Tomás.

⁷⁵ A/46/827.

⁷⁶ Demandas de 3 de marzo de 1992, asuntos N°s 88 y 89.

que se condenó la destrucción del vuelo, la falta de colaboración del gobierno libio sobre la materia y, ya puestos, la colaboración de Libia con el terrorismo internacional. De ahí, a la resolución 748 (1992) y 883 (1993) estableciendo un régimen de sanciones internacionales contra Libia hasta que entregara a sus nacionales, todo fue cuestión de unos meses, régimen que se ha mantenido hasta la aceptación libia de que los nacionales imputados fueran juzgados por tres magistrados y un fiscal escoceses, desplazados ad hoc a la base norteamericana de Zeist, sita en territorio holandés, cerca de Utrech. La entrega de los nacionales se practicó el 6 de abril de 1999, comenzando la vista el 3 de mayo del año siguiente y prolongándose la vista hasta que se pronunció la sentencia el 31 de enero de 2001, en la que se condenó a Abdel Basset Megrahi por los hechos imputados, siendo absuelto de todo pronunciamiento en su contra Lamén Khalifa Fhimeh. El asunto está pendiente de la apelación que el condenado tiene interpuesta ante la Corte de Apelación de Edimburgo.

V. Ilícitos cometidos con buques y aeronaves

1. Buques de Estado y mercantes

Cuando un buque de guerra extranjero arriba a un puerto distinto de su abanderamiento, debe aceptar el cumplimiento de unas obligaciones impuestas por las autoridades del puerto, como son la utilización del atraque señalado, el respeto de los reglamentos del puerto, las disposiciones en materia fiscal, sanidad, policía, contaminación, etc. Incluso, se puede ir más allá, como lo hace la ya citada Orden 25/1985, en la que se prohíbe que los buques de guerra en puerto español puedan ejecutar la pena de muerte de un miembro de su dotación, desembarcar miembros de su tripulación con armas o con cualquier clase de material bélico, salvo que se disponga de la autorización de las autoridades españolas, navegar armadas las embarcaciones menores, efectuar pruebas de armas, poner en emisión radares o equipo de guerra electrónica, efectuar transmisiones submarinas, realizar sondeos, exploraciones o cualquier otra clase de trabajos submarinos, levantar croquis o planos del puerto o de tierra firme.⁷⁷ Lógicamente en el caso de que el buque de Estado cometiera cualquier violación de estas normas u otras, al Estado español no le cabría otra alternativa sino la de dar un plazo para que abandonara el puerto, o incluso cualquier otra zona de jurisdicción de las aguas españolas, sin ejercer ningún otro tipo de jurisdicción sobre el buque y sin perjuicio de la puesta en marcha, ante el Estado del pabellón, de las

⁷⁷ Art. 9 de la Orden 25/1985.

reclamaciones que se consideraran oportunas. Esta afirmación se sustenta sobre las previsiones de los arts. 30 y 31 de la III Conferencia de Derecho del Mar.⁷⁸

Por otra parte, y como ya hemos dicho anteriormente, la III Conferencia reconoce de forma implícita el derecho de paso inocente de los buques de Estado de otros pabellones, aunque algunos Estados ribereños piden algún requisito, como es la notificación previa, otros exigen autorización y otros simplemente ningún requisito, como es el caso del Reino de España, salvo en los supuestos de buques de propulsión nuclear, según se establece en la Ley N° 25/1964.

2. Aeronaves

Las cuestiones relativas a la jurisdicción sobre las aeronaves las resuelve magníficamente REMIRO al afirmar:

“Un análisis de Derecho nos llevará a las siguientes: en cuanto a la jurisdicción sobre la aeronave civil, corresponde al Estado de la nacionalidad, esto es, al del registro de la matrícula, en el caso de que se encuentre sobrevolando su territorio o espacios internacionales. Si estuviera, en cambio, sobrevolando el territorio de otro Estado, el principio de soberanía de éste sobre su espacio aéreo determinará la sujeción de la aeronave a su jurisdicción, sin perjuicio de que el Estado de la nacionalidad de la misma conserve jurisdicción en lo que no contradiga las leyes del país subyacente. En el caso de las aeronaves de Estado, la jurisdicción es en todo caso ejercida por el de matrícula”.⁷⁹

Las reglas jurisdiccionales que rigen las aeronaves civiles parecen claras a la hora de determinar las reglas de competencia sobre los hechos derivados de la propia navegación. Más complicada, sin embargo, aparece la práctica reciente en algunos incidentes en los que se han visto implicadas aeronaves militares. Citaremos tres ejemplos.

⁷⁸ Art. 30 de la III Conferencia: Cumplimiento por los buques de guerra de las leyes y reglamentos del Estado ribereño. “Cuando un buque de guerra no cumpla las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial y no acate la invitación que se le haga para que los cumpla, el Estado ribereño podrá exigirle que salga inmediatamente después del mar territorial”.

Art. 31: Responsabilidad del Estado del pabellón por los daños causados por un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales. “El Estado del pabellón incurrirá en responsabilidad internacional por cualquier pérdida o daños que sufra el Estado ribereño como resultado del incumplimiento, por un buque de guerra u otro de Estado destinado a fines no comerciales, de las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial o de las disposiciones de ésta Convención y otras normas de derecho internacional”.

⁷⁹ REMIRO y otros: *Derecho Internacional*, op. cit., pág. 584.

El 10 de agosto de 1999, un avión tipo Atlantique, desarmado y de bandera paquistaní, volando sobre territorio de este mismo Estado fue derribado por un misil aire-aire lanzado por un avión hindú, a resultas de lo cual, la aeronave se estrelló contra el suelo, quedando dispersos sus restos en un radio de un kilómetro a unos dos kilómetros de la frontera indú y en territorio paquistaní. Murieron los dieciséis pasajeros. Paquistán presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia, el 21 de septiembre de 1999,⁸⁰ sobre la base jurídica de las relaciones pacíficas y sin uso de la fuerza entre los Estados (art. 2.4 de la Carta de la ONU), la violación de un acuerdo bilateral entre ambos Estados de 6 de abril de 1991, sobre violaciones del espacio aéreo mutuo, así como la violación por la parte demandada de determinadas normas consuetudinarias de Derecho Internacional. Pero se perdió la oportunidad de saber la más que interesante opinión de la Corte sobre esta materia, ya que en su decisión de 21 de junio de 2000 entendió que no era competente para conocer de este contencioso, a pesar de que en su fallo hiciera un llamamiento a encontrar una solución pacífica de la controversia internacional.⁸¹

No es ésta la única oportunidad perdida para que se estableciera una sólida doctrina, por la Corte Internacional de Justicia, sobre contenciosos internacionales en los que se ven implicadas aeronaves. En el asunto iniciado con la demanda de Irán de 17 de mayo de 1989 contra los Estados Unidos, se ventilaba la responsabilidad norteamericana cuando fue destruido el 3 de julio de 1988 un Airbus A-300B, de bandera de la demandante, muriendo sus 290 pasajeros, como consecuencia del lanzamiento de dos misiles mar-aire lanzados por el "USS Vincennes", en aguas del golfo Pérsico. Las explicaciones de la demandada consistieron en que el comandante del buque había confundido al avión siniestrado con uno militar. El asunto fue retirado de la jurisdicción de la Corte por decisión de 22 de febrero de 1996, al comunicarles a los agentes de ambos países que se iniciaban negociaciones bilaterales para la solución del conflicto.

Las aeronaves militares también cometen errores en sus juegos de guerra con graves consecuencias, verbi gratia, el ataque a tierra hecho por un F-18 estacionado en el portaaviones "USS Truman"⁸² a un supuesto objetivo que en realidad eran un grupo de observadores de distintas naciones, de los ejercicios realizados en Kuwait

⁸⁰ General list N° 119, Pakistan v. India.

⁸¹ "53. The Court's lacks of jurisdiction does not relieve States of their obligation to settle their disputes by peaceful means. The choice of those means admittedly rests with the parties under Article 33 of the United Nations Charter..." CIJ, decisión de 21 de junio de 2000.

⁸² La noticia ha aparecido en todos los medios de comunicación social, entre otros, se puede consultar el diario ABC, pág. 28.

Por último, un caso que no acabó en los archivos de la Corte Internacional de Justicia, sino en los de un jurado militar norteamericano. Los hechos ocurrieron el 3 de febrero de 1998, cuando un avión EA-6B, de matrícula norteamericana, con base en Aviano (Italia), en misión rutinaria por los montes Dolomitas, cerca de Cavalese, arrancó con el rebufo causado a su paso, el cable de un teleférico, causando la muerte de 20 personas. Una vez que por el juez de instrucción italiano se adoptaron las medidas cautelares oportunas, debió inhibirse por falta de competencia a favor de las autoridades militares norteamericanas. Los pilotos de marines Richard Ashby y Joseph Schweitzer fueron sometidos a juicio en una base militar de Carolina del Norte. Trece meses después se conoció el fallo del jurado militar: los dos pilotos fueron expulsados del cuerpo y el primero de ellos tuvo que asumir seis meses de cárcel.

VI. Conclusiones

1. Cuando se afronta el estudio y sobre todo la explicación de la jurisdicción competente para conocer de los hechos en los que se ven, de una u otra forma, implicados buques, aeronaves y sus tripulaciones, parece que las soluciones dadas históricamente por usos consuetudinarios y hoy especialmente por compromisos convencionales amparados por Derecho Internacional, se apartan de las proporcionadas por el "saber jurídico común", las cuales parece que sólo pueden ser válidas para otros campos del conocimiento jurídico, pero que indudablemente lo son también en esta materia.

2. Como queda claro de las líneas que anteceden, con carácter general, el pabellón del buque o de la aeronave tiene un especial papel a la hora de determinar la jurisdicción aplicable a los conflictos en los que se vean implicados, de una u otra forma. Lo mismo que las tripulaciones militares, incluso desplazadas fuera del Estado, gozan del privilegio de la extraterritorialidad de sus leyes, extremo que no suele ser aceptado con agrado por la sociedad, que se implican en conflictos, que ven cómo el juez competente es el de otro Estado... pero que no agota el modelo de posibilidades. ¿Qué jurisdicción es la aplicable a los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves al servicio de organizaciones internacionales? ¿Será la que se determine ad hoc, o la del capitán de la misma?

3. Además y para complicar la cuestión, ni siquiera todas las reglas competenciales ofrecidas por el Derecho Internacional y sustancialmente recogidas en estas líneas (aunque no exhaustivamente) suelen ser suficientes en los casos en los que sean dos Estados los implicados y sus relaciones bilaterales no pasen por un buen momento; entonces, los mecanismos

internacionales de solución pacífica de controversias se muestran absolutamente ineficaces, especialmente la Corte Internacional de Justicia, órgano junto con el Consejo de Seguridad que necesitan de una profunda y rápida reforma, atendiendo a la realidad de las relaciones internacionales contemporáneas.

4. Evidentemente, la aplicación extraterritorial de la ley nacional fuera del territorio nacional, acudiendo a ficciones jurídicas o a convenios internacionales, es una figura que se utiliza con regularidad en los casos expuestos en los supuestos apuntados, pero que para mayor seguridad jurídica, debería armonizarse, mediante los oportunos instrumentos, de una parte la propia figura, pero de otra los temas colaterales a los que también puede afectar, como la responsabilidad de los Estados, ante la cual no se avanza en la elaboración de un convenio internacional sobre la materia.

Informe en derecho

Iván Aróstica Maldonado

Ramiro A. Mendoza Zúñiga

Profesores de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Consulta

Se ha solicitado nuestra opinión acerca de la validez del decreto alcaldicio N° 8, de 2 de enero de 2001, de la I. Municipalidad de Arica, por el cual el alcalde de dicha comuna resolvió acoger un reclamo de ilegalidad deducido ante él en relación al proceso de Propuesta Pública para la Concesión del Casino Municipal de Arica a que convocara el municipio en octubre de 2000, invalidando los actos municipales que habían adjudicado la propuesta pública y aprobado el contrato de concesión del Casino Municipal de Arica en favor de la sociedad Casino Puerta Norte S.A., *"así como todo lo obrado en dicho proceso de licitación"*.

En tales y tan amplios términos, la decisión edilicia ha venido a afectar también al mismísimo contrato de concesión del Casino Municipal de Arica, que, con fecha 4 de diciembre de 2000, suscribieron esa Municipalidad y la sociedad Casino Puerta Norte S.A., proponente adjudicataria, convención a la cual se le ha puesto término, como aparece de manifiesto, además, al haberse procedido a un nuevo llamado a propuesta por el ente municipal, respecto de la concesión antedicha.

De consiguiente, el problema específico que se plantea dice relación con la posibilidad de que un alcalde, conociendo de un reclamo de ilegalidad deducido por un tercero, invalide unilateralmente un acuerdo de voluntad en que es parte la propia municipalidad, en circunstancias que dicho contrato ya se encontraba afinado.

Merced a las consideraciones que siguen a continuación, hemos llegado a la conclusión que (I) el referido decreto invalidatorio es ilegal, por carecer el alcalde de competencia para dejar sin efecto un contrato precedente, al paso que ello (II) afecta concretos derechos constitucionales de que es titular el concesionario contratante. Se señalarán, además, (III) algunas objeciones finales a las actuaciones practicadas por el señor alcalde de Arica, que confirman la irregularidad de su proceder.

I. Incompetencia e ilegalidad. Los alcaldes no pueden invalidar los contratos administrativos en que participa la Municipalidad

Sobre al particular, conviene tener presente que, en lo que interesa, el artículo 140 de la Ley 18.695, orgánica constitucional de municipalidades, cuyo texto refundido fue fijado por DFL 2/19.602, de Interior, de 1999, dispone lo siguiente:

“Los reclamos que se interpongan en contra de las resoluciones u omisiones ilegales de la municipalidad se sujetarán a las reglas siguientes:

- a) Cualquier particular podrá reclamar ante el alcalde contra sus resoluciones u omisiones o las de sus funcionarios, cuando éstas afecten el interés general de la comuna. Este reclamo deberá entablarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la fecha de publicación del acto impugnado, tratándose de resoluciones, o desde el requerimiento de las omisiones;
- b) El mismo reclamo podrán entablar ante el alcalde los particulares agraviados por toda resolución u omisión de éste o de otros funcionarios, que estimen ilegales, dentro del plazo señalado en la letra anterior, contado desde la notificación administrativa de la resolución reclamada o desde el requerimiento, en el caso de las omisiones”.

1. Según es dable observar, el precepto transcrito armoniza con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, que consagra, entre otros, el principio de la impugnabilidad de los *actos administrativos*, disposición que se complementa con el artículo 9° de la misma ley, que señala que tales *actos administrativos* serán impugnables mediante los recursos y acciones que establezca la ley. Tales normas generales son plenamente aplicables en el ámbito municipal, de acuerdo a lo que dispone el artículo 1° de esa ley.

Acorde con lo anterior, el citado artículo 140 de la Ley 18.695 consagra un procedimiento específico de reclamación, referido exclusivamente a los *actos administrativos* provenientes de la municipalidad respectiva, como quiera que su mismo texto alude a las “resoluciones” de la corporación, esto es, a las “ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios e instrucciones”, conforme la tipología que describe el artículo 12 de la misma ley.¹

¹ Desde luego, en este procedimiento especial el edil puede acoger el reclamo y ello implica la posibilidad de invalidar el acto administrativo impugnado. Con todo, conviene acotar que resulta jurídicamente improcedente que la autoridad comunal pueda dejar sin efecto, por la simple vía invalidatoria, aquellos actos administrativos que hayan generado derechos adquiridos, ni aun a pretexto de supuesta “mala fe” del destinatario, porque la determinación de esta circunstancia es de resorte exclusivo de los tribunales, según reiterada jurisprudencia judicial: v. casos *Bernal*

2. Enseguida, es útil distinguir la actividad jurídica unilateral y bilateral que desarrollan las municipalidades para el cumplimiento de sus cometidos legales. En efecto, mientras la primera se traduce en actos administrativos, en los que la entidad edilicia despliega su sola voluntad, ejerciendo un poder de imposición sobre los destinatarios de esa decisión, la segunda se expresa en contratos administrativos, en los que la voluntad de la Administración converge con otra, celebrando convenciones o acuerdos de voluntad.

Tan diversas son estas dos dimensiones de la actividad jurídica municipal, que así como los actos administrativos han sido regulados en el mencionado artículo 12, la actividad jurídica bilateral, en cambio, ha merecido del legislador un tratamiento distinto y propio, en los artículos 8, 36, 37, 38, 63 letra II) y 65 letra i), entre otros, de la ley 18.695.²

De la preceptiva señalada, cabe subrayar que esta actividad bilateral aparece asociada a la participación del órgano colegiado que integra la Municipalidad, a saber, el Concejo Municipal, de cuyo acuerdo se precisa, por regla general, para la celebración de las respectivas convenciones. Resalta, asimismo, la configuración de un procedimiento de elaboración de los actos bilaterales de naturaleza compleja, puesto que requiere de la secuencia de una serie de etapas y de diversos actos accesorios para su perfeccionamiento final, entre los que destaca, precisamente, la aprobación de ese Concejo.

3. De consiguiente, del solo tenor del artículo 140 tantas veces citado, no cabe sino concluir la improcedencia del reclamo de ilegalidad municipal respecto de los contratos administrativos en que es parte una municipalidad, pues tal norma circunscribe esta vía de impugnación en relación a las "resoluciones" de esas corporaciones, término éste que ha de entenderse en el sentido estricto que le otorga el ya citado artículo 12, es decir, ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones.

Sostener que un alcalde se encuentra habilitado para invalidar unilateralmente un contrato vigente, importaría entronizar la inestabilidad más absoluta de las relaciones jurídicas que por vía convencional la municipalidad celebrara, con el consiguiente descrédito de todo el régimen de contratación municipal, en perjuicio de la satisfacción de aquellas necesidades públicas que tal régimen está llamado a satisfacer.

Johnson, en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 81 (1984) 2.5, pp. 5-8; *Pacheco Becerra*, en Fallos del Mes 371 (1989) 616-619; *Arriagada Vicencio*, en Gaceta Jurídica 115 (1990) 42-45; *Lathrop Zavala*, en RDJ 88 (1991) 2.5, 310-315; *Boggiano Zelada*, en RDJ 92 (1995) 2.5, 38-41; *Castillo Dublas*, en ídem, 214-219; *Muñoz Candia*, en RDJ 93 (1996) 2.5, 250-252, y *Gallardo Muñoz*, en RDJ 94 (1997) 2.5, 252-259, entre muchos otros ejemplos.

² Disposiciones que han de relacionarse con lo dispuesto en el art. 8° bis de la Ley 18.575.

4. Por eso mismo, los tribunales superiores han concluido la improcedencia que por la vía del reclamo de ilegalidad municipal se pueda impugnar un contrato válidamente celebrado.

Así, por ejemplo, en el caso *Estrada Recabarren con Alcalde de la I. Municipalidad de Pudahuel* (1993), haciéndose cargo de la diferencia esencial entre actos unilaterales y actos bilaterales a que ya nos hemos referido, se ha sostenido que estando todos los órganos de la Administración del Estado sujetos al control jurisdiccional de sus actuaciones, "lo está también el alcalde, pero respecto de sus actos u omisiones ilegales, dicho control ha sido especialmente regulado por el procedimiento de breve tramitación indicado precedentemente, actos que constituyen declaraciones de voluntad unilateral que se deben producir en virtud de potestades que el alcalde recibe directamente del ordenamiento jurídico y cuyos efectos son también directos sobre los afectados por ellas, y por eso tanto su emisión como su omisión puede ser lesiva para los interesados". Enseguida agrega "Que, por lo tanto, los contratos celebrados por el alcalde y un particular, aun los administrativos, en que hay acuerdo de voluntades y cuyos efectos provienen de este acuerdo y no directamente de la sola potestad y voluntad unilateral del alcalde, no están comprendidos en los términos del artículo (140) de la Ley 18.695 y quedan sujetos, en cambio, al "juez del contrato", esto es, al juez competente, que es el del fuero común, según los artículos 7°, 38 y 73 de la Constitución Política, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones que emanan de tales contratos".³

El criterio expuesto coincide con el manifestado por la Contraloría General de la República, en Dictámenes 16.033 de 1984 y 25.606 de 1992, los cuales reiteran que la Administración no puede desconocer unilateralmente los contratos en que ella es parte, ni aun invocando supuestos vicios de ilegalidad cometidos durante su tramitación, ya que en tal evento la única posibilidad jurídicamente aceptable es que el organismo municipal impetre el pronunciamiento de los tribunales ordinarios de justicia, previo un racional y justo procedimiento, con audiencia del otro contratante.

5. A propósito del procedimiento idóneo para conocer la validez y regularidad de un contrato y de las relaciones jurídicas que de él nacen, nuestra

³ Corte de Apelaciones de Santiago (rol 802-93) 6.7.1993 (consid. 2° y 3°), en Gaceta Jurídica 157 (1993) 73-75. Nótese que la jurisprudencia extractada se refiere a reclamos interpuestos en contra de la Municipalidad por el mismo cocontratante de la Administración, cuyo interés se deduce fácilmente de la relación contractual que lo une con la Municipalidad y cuyo contenido y aplicación se pretende revisar por esta vía jurisdiccional, posibilidad que se ha rechazado por las razones expuestas. En el caso consultado, en cambio, se trata de un tercero ajeno a la relación jurídica que se ha trabado entre las partes, que no ha invocado ningún interés subjetivo afectado relevante y evidente y que se ha limitado a esbozar un pretendido interés general de la comuna como fundamento de su acción.

jurisprudencia ha señalado, asimismo, que “la verificación sobre si una determinada relación contractual ha sido o no infringida por alguna de las partes y, de ser ella efectiva, en qué medida se ha producido, es una materia de suyo compleja que debe ser ventilada en un procedimiento de lato conocimiento y en la correspondiente instancia, no siendo idónea para tal efecto la vía consagrada en el artículo (140) de la Ley 18.695, puesto que la eventual ilegalidad que podría significar la infracción a la “ley del contrato” no puede quedar comprendida en la expresión “resolución u omisión ilegal” contenida en la citada disposición legal”.⁴

6. Ahora, si bien es cierto que en el caso que se consulta el reclamo fue dirigido formalmente en contra de un decreto alcaldicio –el 4.317, de 27 de noviembre de 2000, que adjudicó la Propuesta Pública 53 de 2000, denominada Concesión Casino Municipal de Arica, así como en contra del Acuerdo 500 de 23 de noviembre de 2000, del Concejo Municipal–, no lo es menos ni puede dejar de advertirse que la resolución del alcalde que acogió el reclamo ha extendido sus alcances a un ámbito que le es por completo ajeno, como es el de las relaciones contractuales constituidas, consolidadas y en plena ejecución, entre la Municipalidad de Arica y la sociedad Casino Puerta Norte S.A.

En efecto, textualmente el D.A. 8-2001 decreta invalidar los decretos 4.317 –de 27 de noviembre de 2000–, que adjudicó el contrato a la sociedad Casino Puerta Norte S.A., y 4.448 –de 5 de diciembre de 2000–, que aprobó el contrato de concesión celebrado. Sin embargo, más adelante extiende y aplica idéntica medida a “*todo lo obrado en (el) proceso de licitación*”. En los términos señalados, el D.A. 8-2001, que acogió el reclamo interpuesto, ha venido a afectar el contrato de concesión del Casino Municipal de Arica, de 4 de diciembre de 2000, celebrado entre las partes ante el notario de esa ciudad don Víctor Warner Sarria, declarando su *invalidación*, al modo de los actos unilaterales, como lo confirma, finalmente, la circunstancia de que el organismo municipal convocara a una nueva propuesta pública con el objeto de otorgar la concesión del Casino Municipal de la ciudad.

No deja de ser llamativo que el decreto impugnado invalide en términos generales e indeterminados *todo lo obrado en el proceso de licitación*, comprendiendo de esa forma al contrato de concesión, y ello por cuanto la invalidación, esto es, el medio que el ordenamiento ha establecido para poner término, de oficio o a petición de parte, a un acto administrativo unilateral, por voluntad del mismo ente emisor de él y en razón de antijuridicidad, aparece circunscrita a la esfera de los actos unilaterales,

⁴ *Sociedad Bórquez y Compañía Ltda con I. Municipalidad de Estación Central (Reclamo de ilegalidad)* CA de Stgo. (rol 767-98) 19.10.1999 (consid. 4*), en RDJ t. 96 (1999), 2.5, 231-236.

siendo impropio extenderla y aplicarla a los vínculos contractuales que el municipio ha convenido con otros sujetos.

7. Y si el reclamo de ilegalidad municipal y la invalidación administrativa, decretada unilateralmente, no son aptos para dejar sin efecto el contrato celebrado por la Municipalidad de Arica, ¿cómo entonces se puede impugnar la actividad jurídica bilateral –contratos– que despliega dicha corporación?

Establecida la existencia de un contrato, el cuestionamiento de su validez, si es que ello se pretende, sólo puede tener lugar por la vía que el mismo ordenamiento ha dispuesto, que no es otra que la de los tribunales ordinarios de justicia –el juez del contrato–, invocando las causales que en ese ordenamiento se establecen y a través de un procedimiento que permita la adecuada defensa de los intereses de las partes.

Del tenor del reclamo interpuesto por don Guillermo Campos Fauzé y dirigido formalmente en contra del decreto alcaldicio 4.317, de 27 de noviembre de 2000, que adjudicó la Propuesta Pública, y del Acuerdo 500, de 23 de noviembre del mismo año, que aprobó la concesión, se infiere la alegación de una serie de vicios de que adolecerían esos actos municipales. Aplicados tales vicios por extensión al contrato de concesión que se celebró en virtud de tales actos, se estaría frente a aquella hipótesis a la que se refiere el artículo 1462 del Código Civil, que declara existir objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno.

Si tal es, en definitiva, el reproche que se formula al contrato de concesión celebrado, lógico resulta que su declaración se efectúe por la vía que ese mismo cuerpo legal preceptúa, ante la jurisdicción ordinaria y por el procedimiento legal establecido.

II. Los efectos, derechos y obligaciones emanados de un contrato son intangibles para la autoridad, al encontrarse amparados por el derecho de propiedad

1. En este predicamento, no resulta conforme a derecho que una de las partes de la relación contractual pueda resolver el conflicto que supone la existencia de supuestos vicios en el contrato, en términos de ser capaz de declararlos por sí sola. Tal predicamento no sólo no se soporta jurídicamente, sino que de aceptarlo conduciría naturalmente al descrédito de la actividad convencional de la Administración, al dejar en una inaceptable precariedad los vínculos jurídicos establecidos y los derechos de quienes se han relacionado con ella.

Por otro lado, conviene subrayar que en el caso consultado la empresa concesionaria, que válidamente ha celebrado y suscrito un contrato con la Municipalidad y que es ajena al reclamo que dio lugar a la invalidación del contrato de concesión en el cual es parte, se ha visto impedida de exponer defensa alguna frente a la invocación de vicios que afectarían al contrato celebrado, los que han terminado por ser declarados por el alcalde en su decisión.

Tal proceder convierte al alcalde en una comisión especial, de aquellas que proscribe el artículo 19 N° 3 de la Constitución, al pretender resolver un asunto que está entregado al conocimiento de otro órgano y en virtud de un procedimiento que impide la debida intervención de una parte legítimamente interesada.

2. Resulta fundamental, asimismo, dejar establecido que el contrato de concesión del Casino Municipal de Arica, legítimamente celebrado por las partes y de que da cuenta la escritura pública suscrita el 4 de diciembre de 2000, ha producido sus efectos propios y naturales: los derechos y obligaciones recíprocos respecto de ambos contratantes. Tales efectos se han producido en el instante mismo en que se perfeccionó el contrato en cuestión, esto es, y atendida la solemnidad dispuesta, al suscribirse la escritura pública señalada. En esa inteligencia, la sociedad concesionaria ha adquirido y se ha hecho dueña de una serie de derechos, cosas incorpóreas, que merecen protección y estabilidad, sin que pueda aceptarse que por decisión unilateral de su contraparte en el contrato tales derechos puedan verse afectados.

Acerca de los efectos de los contratos administrativos y particularmente de la concesión de servicio público como un tal contrato, existe ya una abundante jurisprudencia que se ha orientado en el sentido de otorgar estabilidad y seguridad al concesionario, reconociéndole los derechos que de esas convenciones se derivan. Al respecto, se pueden consultar las sentencias recaídas en *Amatil*, CA Stgo. 11.5.1986 (consid. 11) CS 3.6.1986, en RDJ t. 83 (1986) 2.5, 84-90; *Labbé Campos*, CA San Miguel 21.1.1987 (consid. 10) CS 4.3.1987, en GJ 81 (1987) 23-25; *Sociedad de Agregados Pétreos Ltda.*, CS 21.8.1989, en RDJ t. 86 (1989) 2.5, 92-95; *Productora Ingeniería y Construcciones S.A.*, CA Stgo. 17.10.1989, en RDJ t. 86 (1989) 2.5, 206-210; *Sociedad de Transportes Intermodales Punto a Punto S.A.*, CA Stgo. 7.8.1990 (consid. 7°) en GJ 124 (1990) 119-123; *Compañía Telefónica Manquehue Ltda.*, CS 29.1.1991, en RDJ t. 88 (1991) 2.5, 47-58; *Empresa de Residuos Resiter y Cia. Ltda.*, CA Stgo. 14.5.1991 CS 1.7.1991, en RDJ t. 88 (1991) 2.5, 164-171; *Sociedad Farré y Grau Ltda.*, CA Stgo. 30.10.1991, CS 21.11.1991, en Fallos del Mes 396, 663-667; *Empresa Eléctrica Pehuenche S.A.*, CA Stgo. 29.11.1991, rol 6157-91, en Informe Constitucional 217 (11.12.1991) y *Denham y Cia. Ltda.*, CS 18.7.1994 (consid. 3° y 5°) en GJ 169 (1994), 57-59.

Por ende, los derechos adquiridos por la sociedad concesionaria, consolidados a partir de la escritura de 4 de diciembre tantas veces citada, no pueden ser desconocidos por la autoridad administrativa –su cocontratante en la concesión–, mediante el expediente de invalidar el contrato, pues carece de potestades para ello y afecta el derecho de propiedad de la sociedad que le garantiza el artículo 19 N° 24 de la Constitución.

3. Corrobora lo anterior las peculiaridades de la contratación administrativa, en especial la existencia de aquellas cláusulas exorbitantes del derecho común que confieren a la Administración/Municipalidad facultades especiales, entre otras, la de poner término anticipado y por decisión unilateral al contrato, notas cuya adecuada comprensión confirman las conclusiones que hasta aquí hemos expuesto.

Debe destacarse, en primer lugar, que semejante posibilidad sólo es admisible en caso de incumplimiento grave de las obligaciones que del contrato han emanado para el contratante particular, incumplimiento que, como es lógico, dice relación con las prestaciones que esa parte se ha obligado a satisfacer y en la perspectiva de resguardar el bien común comprometido en todo contrato de esta especie.

Atendido el carácter excepcionalísimo de semejante facultad –en verdad exorbitante del derecho común, esto es, fuera de sus cánones y usos–, es que tal terminación anticipada y por voluntad unilateral sólo ha de ocurrir en el caso preciso que se ha señalado: el incumplimiento grave de las obligaciones del cocontratante de la Administración. En el caso que nos ocupa, tal situación ha quedado señalada en la cláusula Decimoquinta del contrato de concesión de 4 de diciembre de 2000, que señala las causales de extinción del contrato, entre ellas, la declaración hecha por el alcalde, dando por revocada o extinguida la convención, declaración que sólo puede tener lugar en el evento del incumplimiento de las obligaciones que en seis números la misma cláusula señala.

4. Pues bien, de los antecedentes expuestos en el propio D.A. 8-2001 se deduce claramente que no ha sido el *incumplimiento de sus obligaciones* por parte de la sociedad Casino Puerta Norte S.A. lo que ha motivado la terminación del contrato, como no podría serlo, por lo demás, toda vez que el contrato de concesión celebrado aún no es aplicado por las partes.

Al contrario, y dándole un particular énfasis por la vía de distinguirlo con negritas, en la letra c) de sus vistos, el decreto alcaldicio impugnado alude a la aclaración de las Bases de Licitación del Casino Municipal de Arica, “que suprimió el punto N° 4 de las aludidas, fijando que sólo podían

participar aquellas personas que hubiesen adquirido las citadas bases, con lo cual se ratificó la concordancia con lo dispuesto en el punto N° 13 de las mismas, el que señala textualmente: **'Solo se podrá adjudicar la concesión objeto de esta licitación a quienes hayan comprado las presentes bases y que cumplan con los requisitos establecidos en las mismas'**". Luego agrega en la letra g) de los vistos, la "circunstancia inequívoca que el oferente Sociedad Puerta Norte S.A. no adquirió las bases de la referida licitación y por lo tanto no podría haber participado en la misma".

Que semejante "causal de terminación" no es ninguna de las que señala taxativamente la cláusula Decimoquinta del contrato resulta evidente de su sola lectura.

5. Reducido de este modo el problema a un asunto de sujeción a las bases por parte de la sociedad adjudicataria, cabe tener presente que la circunstancia de no haber comprado las bases dicha sociedad, sino que otras personas vinculadas con ella, obedece a la circunstancia de que en esa data ésta se encontraba en formación, concurriendo a tal proceso societario precisamente quienes se consignan como adquirentes de los documentos señalados, Edmundo Villanueva Cuneo, en representación de Federico Cumming Godoy, y la sociedad Intercontinental Chile S.A.

Reconocida la importancia del principio de sujeción estricta a las bases, éste no puede ser entendido de la manera que se infiere de los vistos, atendiendo a motivos de mero formalismo, sino que, por el contrario, en una perspectiva dinámica y finalista, por cuanto, al entender de nuestros tribunales, "el interés comunal, que conlleva el interés nacional, es de mayor relevancia para una óptima elección de la propuesta que la satisfacción de los perfeccionamientos en la forma de presentarse la misma".⁵ Esa misma jurisprudencia ha precisado que "Los procedimientos de la administración, especialmente cuando se dirigen al manejo de recursos públicos cuantiosos, como ocurre en la especie, deben ser tan transparentes y ecuánimes, que excluyan toda idea de favoritismo o parcialidad".⁶

La condición impuesta de que sólo podrían adjudicarse la concesión quienes hubiesen comprado las bases adolece a todas luces de aquella ecuanimidad que postula la jurisprudencia, y se refiere a un antecedente exclusivamente formal e irrelevante a los fines de la elección de la mejor oferta, que no otro es el propósito de un proceso de propuesta pública.

⁵ *Empresa de Residuos Resiter y Cia. Ltda.* (Protección), CS 1.7.1991 (consid. 1° letra d), en RDJ 88 (1991) 2.5, 164-171.

⁶ *Empresa de Residuos Resiter y Cia. Ltda.* cit. (consid. 1° letra f).

6. Por otro lado, no está de más señalar que los estrictos términos en que aparece redactado ese punto 4º, tan relevante a la luz de los vistos del D.A. 8-2001 para acoger el reclamo deducido, no eran tales en su versión original, sino que corresponde al resultado de una *aclaración*, posterior al llamado a propuesta, que eliminó el inciso segundo de ese punto.

Tal eliminación excede claramente los términos de una aclaración, de naturaleza esencialmente interpretativa, y constituye, en realidad, una verdadera alteración a las bases en la forma como fueran planteadas por la Municipalidad.

III. Otras irregularidades

1. Finalmente, no puede dejar de observarse que aquí el alcalde, al acoger el reclamo e invalidar unilateralmente el contrato de que se trata, aparece desconociendo y dejando sin efecto el Acuerdo del Concejo Municipal de 23 de noviembre de 2000, en el cual la unanimidad de los concejales presentes acordó entregar la concesión del Casino a la sociedad Casino Puerta Norte S.A., acuerdo que es el antecedente necesario y condición del decreto adjudicatorio, del contrato de concesión y del decreto aprobatorio.

En primer lugar, cabe remarcar que tal acuerdo no es *resolución*, atendida la clasificación que el tantas veces citado artículo 12 de la Ley 18.695 establece.

En seguida, el acuerdo de este Concejo, que por mandato del artículo 65 letra i) de la Ley 18.695 es requerido para otorgar concesiones "y ponerles término", aparece desvirtuado y desconocido en sus efectos por el expediente de acogerse un reclamo de ilegalidad, que resulta inadmisibles para impugnar tales decisiones del órgano colegiado.

Efectivamente, de la simple lectura del artículo 140 de la Ley 18.695 aparece evidente que el reclamo que allí se consigna procede respecto de resoluciones y omisiones "del alcalde y de sus funcionarios", enunciación que excluye naturalmente a los concejales, sea actuando individual o colegiadamente.

Esto es así porque el reclamo de ilegalidad municipal ante el alcalde constituye un recurso de reposición, cuando se trata de objetar los actos del propio edil, y un recurso jerárquico, cuando se trata de actos de sus subordinados, circunstancia que no concurre en el caso de los concejales, comoquiera que éstos no invisten esa condición ni se encuentran afectos al control jerárquico del alcalde.

Razonar de otra manera conduciría a desvirtuar el régimen de administración superior de las municipalidades, puesto que a un alcalde, frente a decisiones del Concejo que no fueran de su agrado, le bastaría la interposición de un tal reclamo por un tercero para dejarlas sin efecto de plano y unilateralmente. Así, todos los acuerdos del Concejo que le disgustasen al alcalde quedarían expuestos a ser invalidados unilateralmente por éste, a través del simple y arbitrario expediente de acoger un reclamo entablado por alguien que –como en este caso– ni siquiera es habitante de la comuna o usuario de algún servicio municipal.

2. Otra objeción dice relación con el interés invocado, en la especie, por don Guillermo Campos Fauzé para recurrir ante el alcalde, pues no puede dejar de tenerse en cuenta que el artículo 140 de la Ley 18.695 abre el reclamo de ilegalidad municipal únicamente (a) a quienes entienden afectado “el interés general de la comuna”, para presentar sus reparos dentro de los 30 días siguientes a la fecha de “publicación del acto impugnado”, y (b) a los “particulares agraviados”, para reclamar dentro del mismo plazo, contado desde la “notificación administrativa de la resolución reclamada”.

En el primer supuesto, la ley admite la reclamación de aquel particular que está incluido en un sinnúmero de afectados por el acto administrativo general que ha sido “publicado”, de manera que esta referencia debe entenderse hecha, precisamente, a las “ordenanzas” municipales, habida cuenta que, conforme al artículo 12 del mismo cuerpo legal, son ellas las que aprueban “normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad”.

En la segunda hipótesis, puede reclamar aquel a quien las decisiones de la municipalidad “le perjudican” (artículo 140 letra d) en sus derechos. Entonces, en armonía con el precitado artículo 12, sólo pueden ser objeto de un reclamo de esta especie los decretos alcaldicios que “versan sobre casos particulares” concernientes, directamente, a la esfera jurídica subjetiva del reclamante, y que por eso, justamente, le han sido notificados con anterioridad.

Así, y en perfecta correspondencia, el legislador ha dispuesto que el *interés general de la comuna* afectado por un acto *general* que ha sido *publicado*, se contrapone al *interés particular* afectado por un acto *singular* que ha sido *notificado*.

Establecido lo anterior, ¿a qué título e invocando qué interés accionó el reclamante de ilegalidad municipal? Claramente resulta que el reclamo de don Guillermo Campos Fauzé no se encuentra en ninguna de las dos premisas previstas.

Por de pronto, en lo que toca al decreto alcaldicio 4.317, de 27 de noviembre de 2000, que adjudicó la Propuesta Pública, acto administrativo de efecto singular, al no afectar el interés general de la comuna, no fue publicado, ni puede, por lo mismo, ser reclamado por cualquier particular, como intenta el actor en este caso. La notificación, propia de tal acto singular, tampoco se verificó respecto del actor, como no podía ser de otra manera, atendida su total falta de incumbencia en el mismo.

A su turno, en lo que se refiere al Acuerdo 500, de 23 de noviembre del mismo año, del Concejo Municipal que aprobó la concesión, resulta que tal acuerdo no se encuentra en ninguna de las categorías que el legislador del artículo 12 de la Ley 18.695 ha dispuesto como *resolución municipal*, al tiempo que los mismos no se publican ni notifican.

3. Finalmente, la determinación de lo que debe entenderse como interés general de la comuna aparece como un último aspecto al cual nos queremos referir. Careciendo de una definición legal, no cabe sino intentar su conceptualización a partir de los antecedentes que el mismo legislador entrega.

Conforme a lo razonado en el número anterior, en una primera aproximación, es dable concluir que ese interés general de la comuna aparece estrechamente vinculado al trámite de la publicación del acto que se pretende impugnar, de modo tal que son sólo esos actos publicables los que pueden afectar semejante interés.

En el caso que se consulta, la supuesta afectación de ese interés general se hace consistir en la imposibilidad de participar en el proceso concursal convocado por la municipalidad, formulando una hipotética oferta, lo que basa en conjeturas y hechos de precaria sustentación, imposibilidad que se produciría en razón de los vicios de que adolecería el llamado a propuesta pública en los términos que fijara la municipalidad. Así las cosas, el vicio que el señor Campos reclama se encontraría, en todo caso, en el acto que llamó a esa propuesta, publicado el 6 de noviembre de 2000, siendo esa decisión la que debió impugnar, en su oportunidad.

IV. Conclusiones

Conforme a lo razonado precedentemente, es posible arribar a las siguientes conclusiones respecto de la consulta planteada:

1. Al invalidar unilateralmente el alcalde de la Municipalidad de Arica el contrato de concesión del Casino Municipal de esa ciudad, suscrito con anterioridad con la sociedad Casino Puerta Norte S.A., a raíz de un reclamo de ilegalidad interpuesto por un tercero ajeno a esa convención, que ni siquiera participó en la propuesta respectiva, ha incurrido en una evidente ilegalidad.

Ello, porque el artículo 140 de la Ley 18.685 sólo faculta a los alcaldes para acoger un reclamo de este tipo, en relación a los actos administrativos unilaterales de la municipalidad, pero no respecto de los contratos ya celebrados por el municipio, como ocurre en este caso.

El cuestionamiento de la validez de los contratos en que es parte una municipalidad se encuentra entregado, exclusiva y excluyentemente, a la competencia de los tribunales ordinarios de justicia, previo un racional y justo procedimiento y con audiencia del contratante afectado.

2. Al obrar del modo descrito, el alcalde recurrido ha afectado los derechos que el ordenamiento constitucional reconoce al concesionario, en primer lugar, al constituirse la autoridad comunal en una comisión especial, afectando la garantía del concesionario contratante que contempla el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución Política.

Y, además, al desconocer el derecho de propiedad que le asiste al concesionario sobre los créditos y obligaciones que emanan de su contrato, le ha privado del derecho que le garantiza el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

3. Finalmente, el decreto alcaldicio recurrido, en los términos en que aparece acogido por el alcalde, ha venido a extender sus efectos a un acuerdo del Concejo Municipal, pretendiéndose por esta vía someter a dicho órgano al control y subordinación del edil.

Asimismo, resulta evidente que la falta de legitimidad del reclamante de ilegalidad municipal, al carecer de interés particular y al no concurrir el interés general de la comuna, hace que su reclamo no sea idóneo para impetrar la invalidación de un contrato legalmente celebrado.

Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena

Patricio Figueroa Velasco

Profesor Urbanismo y Construcción

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La exigencia a los urbanizadores de hacer cesión gratuita de parte de sus terrenos a favor del Estado y de la Municipalidad correspondiente, ha sido desde largo tiempo un tema especialmente sensible para los dueños de inmuebles, ya que, a lo menos aparentemente, tal exigencia no se ajustaría a la garantía constitucional según la cual nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley expropiatoria y previo pago de la indemnización correspondiente. Es cierto que la jurisprudencia se ha inclinado por considerar que la cesión gratuita y obligatoria de terrenos en las urbanizaciones no involucraría un acto expropiatorio, ya que la expropiación se genera en un acto ajeno a la voluntad del propietario, y, en este caso, el dueño del inmueble es quien decide urbanizar o no un terreno de su propiedad; sin embargo, está fuera de toda duda que la exigencia de ceder en forma gratuita parte del terreno que se desea urbanizar, constituye una importante limitación al derecho de dominio y, como tal, requiere de una ley que establezca tal limitación, fundada en la función social de la propiedad.

La revisión y estudio de la normativa urbanística chilena en materia de cesiones gratuitas y obligatorias de terrenos en las urbanizaciones nos permite comprobar que este principio básico de la legalidad a las limitaciones del dominio se encuentra gravemente desvirtuado y que normas reglamentarias en etapa de proyecto agravan aun más esta situación. Para fundamentar nuestro aserto haremos a continuación una revisión de la normativa urbanística a la cual nos estamos refiriendo.

1. La Ley General de Urbanismo y Construcciones (L.G.U.C.)

—contenida en el Decreto 458 del MINVU, D. Of. 13-04-76— establecía en su Art. 70¹ que: *“En toda urbanización de terrenos se destinarán gratuitamente a circulación, áreas verdes y equipamiento, las superficies que señale la Ordenanza General”*.

¹ Este artículo ha sido recientemente reemplazado en su texto por el Art. 80 de la Ley 19.712 —Ley del Deporte—, publicado en el D. Of. del 09-02-2001, artículo al cual nos referiremos más adelante.

Por otra parte, cabe recordar que diversas normas de esta ley vinculan el concepto de "urbanización" a la incorporación de nuevos terrenos al área urbana, pudiendo citar especialmente:

1.1. El Art. 51, según el cual: ***"Los trazados de los planes reguladores se realizarán por el Municipio mediante:***

c) Las cesiones de terrenos que se urbanicen, de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley y sus Ordenanzas, que se destinen a calles, avenidas, espacios públicos y otros fines";

1.2. El Art. 41, que al tratar sobre el contenido del PLAN REGULADOR COMUNAL, señala entre sus objetivos ***"la determinación de prioridades en la urbanización de terrenos para la expansión de la ciudad";***

1.3. El Art. 65 de la ley se refiere a los casos que comprende el proceso de SUBDIVISION Y URBANIZACION DEL SUELO, uno de los cuales es el loteo de terrenos ***"condicionado a la ejecución de obras de urbanización, incluyendo como tales la apertura de calles y formación de nuevos barrios o poblaciones";***

1.4. El Art. 129 establece la posibilidad de garantizar la urbanización, ***"para el efecto de autorizar ventas y adjudicaciones de SITIOS, antes de estar ejecutada y recibida la urbanización";***

1.5. El Art. 134 señala: ***"Para urbanizar un terreno, el propietario del mismo deberá ejecutar, a su costa, el pavimento de las calles y pasajes, las plantaciones y obras de ornato, las instalaciones sanitarias y energéticas, con sus obras de alimentación y desagües y las obras de defensa y de servicio del terreno";***

1.6. Asimismo, el Art. 135 indica que terminadas las obras de urbanización, el urbanizador solicitará su recepción al Director de Obras, y con la recepción indicada ***"se considerarán, por este solo hecho, incorporadas al dominio nacional de uso público, todas las calles, avenidas, plazas y espacios públicos en general, que existieren en la nueva zona urbanizada".***

Las normas legales antes indicadas determinan con absoluta claridad que para la ley, el proceso de "urbanización" está siempre vinculado a la incorporación de nuevos terrenos al área urbana, es decir, al "crecimiento urbano por extensión".

2. La Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (O.G. U.C.)² . Esta ordenanza, de acuerdo a su naturaleza jurídica, es un simple reglamento del Poder Ejecutivo destinado a facilitar el cumplimiento de la ley; sin embargo, la ordenanza aún vigente en este momento³ fue más allá de la ley en materia de “urbanización”, considerando como tal no solo el proceso derivado del crecimiento urbano por extensión de la ciudad, sino también el correspondiente al “crecimiento urbano por densificación”, esto es, por simple aumento de población o edificación, y, por la vía de alterar y ampliar el concepto de “urbanización”, hizo extensivas las obligaciones establecidas por la ley al urbanizador –entre ellas la cesión gratuita de terrenos– al caso en que un terreno ya urbanizado es objeto de nuevas construcciones o ampliaciones que signifiquen mayor densidad de población.

Concordante con lo dicho, están los artículos 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3 y ss. que ampliaron las exigencias que la ley establecía para la urbanización de terrenos, estableciendo: *“Igual obligación se genera... en toda gestión que aun cuando solamente implique la ejecución de obras de edificación, conlleve un crecimiento de la densidad de población o edificación del suelo, para el cual resulte insuficiente la urbanización existente”*, atribuyéndole al Director de Obras Municipales correspondiente la facultad de calificar la suficiencia o no de la urbanización existente en un determinado sector del área urbana, y como consecuencia de ello, imponer o no al propietario la obligación de hacer cesiones gratuitas de parte de su terreno para áreas verdes, equipamiento comunitario y circulación.

De especial importancia resulta destacar que la Contraloría General de la República, en dictamen N° 1.892, de Enero de 1996,⁴ estableció que “la cesión gratuita de terrenos contemplada en el Art. 70 de la L.G.U.C. no tiene aplicación cuando se invoca como fundamento el crecimiento urbano por densificación, de acuerdo a lo prevenido en los Arts. 2.2.1, 2.2.2 y 2.2.3 de la O.G.U.C.”. Por extensión debe entenderse lo mismo para la aplicación del artículo 7.2.2 (Reglamento Especial de Viviendas Económicas).

En mérito de este Informe de la Contraloría, el SEREMI estableció en la circular ya indicada, que mientras no se llevaran a cabo las modificaciones legales que se estudiarían, las Direcciones de Obras Municipales “no deberán exigir las cesiones gratuitas” cuando solamente se trate de la ejecución de obras de edificación que conlleven un crecimiento de la densidad de

² La actual Ordenanza está contenida en el Decreto Supremo N° 47 del MINVU, publicada en D. Of. del 19-05-1992.

³ La Ordenanza actual ha sido objeto de múltiples modificaciones por Decreto 75 del MINVU, D. Of. 25-06-2001, que entrará a regir en 60 días desde su publicación en el Diario Oficial.

⁴ Este dictamen aparece transcrito en Circular N° 80 de la Seremi de Vivienda, de 18 de octubre de 1996.

población o de edificación del suelo, no existiendo subdivisión con urbanización insuficiente o loteo.

Pensamos que este importante dictamen de la Contraloría ha sido el antecedente de la modificación del Art. 70 de la L.G.U.C. y de los artículos pertinentes de la Ordenanza, según pasamos a explicar.

3. Nuevo texto del Art. 70 L.G.U.C. sobre cesiones gratuitas de terrenos

Es importante destacar que el nuevo texto de una disposición tan importante de la Ley de Urbanismo y Construcción, como lo es el Art. 70, relativo a las cesiones gratuitas de terrenos en las urbanizaciones, fue incorporado dentro del texto de una ley que nada tiene que ver con esta materia, como es la Ley N°19.712, relativa al deporte, publicada en el D. Of. del 09-02-2001.

El nuevo texto del Art. 70 de la L.G.U.C. dice textualmente lo siguiente:

“En toda urbanización de terrenos se cederá gratuita y obligatoriamente para circulación, áreas verdes, desarrollo de actividades deportivas y recreacionales y para equipamiento, las superficies que señale la Ordenanza General, la que no podrá exceder del 44% de la superficie total del terreno original. Si el instrumento de planificación territorial correspondiente contemplare áreas de uso público o fajas de vialidad en el terreno respectivo, las cesiones se materializarán preferentemente en ellas. La Municipalidad podrá permutar o enajenar los terrenos recibidos para equipamiento, con el objeto de instalar las obras correspondientes en una ubicación y espacio más adecuado.

La exigencia establecida en el inciso anterior será aplicada proporcionalmente en relación con la intensidad de utilización del suelo que establezca el correspondiente instrumento de planificación territorial, bajo las condiciones que determine la Ordenanza General de esta ley, la que fijará, asimismo, los parámetros que se aplicarán para las cesiones cuando se produzca crecimiento urbano por densificación”.

Esta disposición nos merece los siguientes comentarios:

3.1. El Art. 70 continuaría aplicándose –aparentemente– en relación a las cesiones gratuitas de terrenos para circulación, áreas verdes y equipamiento *“en toda urbanización de terrenos”*, es decir, lo que hemos denominado incorporación de nuevos terrenos al área urbana (o crecimiento urbano

por extensión), pero agrega como fundamento para las cesiones gratuitas el *“desarrollo de actividades deportivas y recreacionales”*. Hay, pues, una extensión de la obligación del urbanizador.

3.2. El texto que comentamos ha limitado el porcentaje de cesiones gratuitas de terrenos en las urbanizaciones –para el conjunto de los fines antes indicados– a un 44% de la superficie total del terreno original, con lo que la ley estaría salvando la objeción de inconstitucionalidad hecha al texto anterior, en que no obstante tratarse de una materia que afectaba notablemente el derecho del propietario, la que sólo puede ser materia de ley (Constitución Art. 19 N° 24), el Art. 70 facultaba a la Ordenanza para señalar estos porcentajes. En este sentido hay, pues, un progreso del nuevo Art. 70.

3.3. El nuevo texto mantiene lo que expresaba el anterior, en cuanto a que la exigencia de cesiones gratuitas de terrenos para los fines ya indicados *“será aplicada proporcionalmente en relación con la intensidad de utilización del suelo que establezca el correspondiente instrumento de planificación territorial, bajo las condiciones que determine la Ordenanza General de esta ley”*. Esta materia está regulada por el Art. 2.2.5 de la Ordenanza, que fija porcentajes de cesión, atendiendo a la densidad, esto es, cantidad de habitantes por Há.

3.4. La parte final del nuevo Art. 70 de la ley establece que la Ordenanza *“fijará, asimismo, los parámetros que se aplicarán para las cesiones cuando se produzca crecimiento urbano por densificación”*; es decir, que en una frase final y de ambigua redacción, la ley hace aplicables las normas sobre urbanización –especialmente en cuanto a CESIONES GRATUITAS DE TERRENOS– a los casos en que sólo se produzca crecimiento urbano por DENSIFICACION, casos que conforme a la filosofía que inspira y traduce toda la L.G.U.C. no constituyen propiamente urbanización. Esta obligación resulta contradictoria con el sistema general de la ley.

4. Modificaciones introducidas a la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones en relación a cesiones gratuitas de terrenos en urbanizaciones

El Decreto Supremo N° 75 del MINVU, publicado en el Diario Oficial del 25 de junio del año en curso y que rige desde el 25 de agosto, ha introducido numerosas modificaciones al texto del Decreto 47 del año 1992, relativo a la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. En esta oportunidad sólo nos referiremos a las reformas que inciden en la materia de las *“cesiones gratuitas de terreno”* en las urbanizaciones.

4.1. Es interesante señalar que en la nueva Ordenanza se han derogado diversas definiciones de conceptos que sirvieron antes para alterar el concepto legal de urbanización. Podemos citar como ejemplo el haber dejado sin efecto las definiciones de: densidad y densificación. La definición de "URBANIZAR", que antes incluía el crecimiento urbano por extensión o por densificación, se ha reemplazado por el de *"ejecutar el pavimento de calles y pasajes, las plantaciones y obras de ornato, las instalaciones sanitarias y energéticas, con sus obras de alimentación y desagües de aguas servidas y aguas lluvias y las obras de defensa y servicio del terreno"* (concepto similar al del Art. 134 de L.G.U.C.). El "loteo de terrenos" ha sido definido como *"proceso de división del suelo, cualquiera sea el número de sitios resultantes, que requiere la ejecución de obras de urbanización"*. A su vez, la "subdivisión de terrenos" se la define como: *"el proceso de división del suelo que no requiere la ejecución de obras de urbanización por ser suficientes las existentes cualquiera sea el número de sitios resultantes"*.

4.2. El Decreto Supremo N° 75 ha reemplazado casi íntegramente las normas de la Ordenanza contenidas en los Arts. 2.2.1 y ss. del capítulo 2, denominado "NORMAS DE URBANIZACION", y que habían sido objetadas –como lo hemos indicado anteriormente– por la Contraloría General de la República.

De las nuevas normas pasamos a destacar las siguientes

4.2.1. Concepto de Urbanización (Art. 2.2.1).

"Se entiende por urbanización la ejecución o ampliación de las obras de infraestructura y ornato señaladas en el Art. 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que se ejecutan en el espacio público existente, al interior de un predio en las vías contempladas en proyecto de loteo, o en el área del predio que estuviere afecta a utilidad pública por el Instrumento de Planificación Territorial respectivo".

Conforme a esta definición, el artículo distingue entre ejecución de obras al interior de un predio (de cargo del propietario) y ejecución de obras de urbanización en el espacio público (de cargo de Municipios u otros organismos públicos).

4.2.2. Obras de construcción en relación a obligaciones del urbanizador

En esta materia es de particular importancia el Art. 2.2.3, que dice a la letra: *"La construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación o demolición de edificios, no generan, por sí solas, obligación de ejecutar obras de urbanización, sin perjuicio de las reposiciones que corresponda"*

realizar en el espacio público por eventuales daños producidos por las faenas de construcción propias del proyecto.

Sin embargo, se deberán considerar las obras de infraestructura de agua potable, alcantarillado, electricidad y telecomunicaciones que, de acuerdo a los requerimientos del proyecto, deban ejecutar los respectivos servicios conforme a la legislación vigente”.

Este artículo –al menos considerado en su solo texto– está estableciendo que el crecimiento por densificación de una propiedad, esto es, nuevas construcciones, ampliación de las existentes, etc. “no generan, por sí solas, obligación de ejecutar obras de urbanización”, sin perjuicio de: a) Reparaciones que corresponda realizar en el espacio público por daños de las faenas; y b) Obras de infraestructura de agua potable, alcantarillado, electricidad y telecomunicaciones que, de acuerdo a los requerimientos del proyecto, deban ejecutar los respectivos servicios conforme a la legislación vigente.

En otros términos, si se ejecutan obras en terrenos ya urbanizados, no serían exigibles las cesiones gratuitas de terreno del Art. 70 de la L.G.U.C., pero, naturalmente, el constructor deberá hacer frente a las exigencias del proyecto en cuanto a las obras de servicios al inmueble (agua, electricidad, alcantarillado, etc.)

Sin embargo, la norma anterior sufre una severa restricción en el caso de proyectos que se acojan a la Ley de Copropiedad Inmobiliaria (Ley 19.537), según la norma que indicaremos en el número siguiente.

4.3. Obligaciones del urbanizador

Sobre esta materia parece útil reproducir el texto del Art. 2.2.4 de la Ordenanza, en su nuevo texto, que dice:

“El propietario de un predio estará obligado a ejecutar obras de urbanización en los siguientes casos:

1. Cuando se trata de un loteo, esto es, la división de un predio en nuevos lotes que contempla la apertura, ensanche o prolongación de vías públicas. En tales casos, el propietario estará obligado a urbanizar, a su costa, en los términos previstos en el artículo 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Asimismo, la aprobación del loteo estará sujeta a las cesiones gratuitas de terreno dispuestas en el artículo 70 del mismo cuerpo legal y en el artículo

2.2.5. de este mismo Capítulo, las que se perfeccionarán al momento de la recepción definitiva de las obras de urbanización. En caso que el proyecto consulte recepciones parciales, el propietario deberá entregar, al menos, las superficies de cesión en forma proporcional a la superficie de terreno que represente cada una de dichas partes.

Cuando se trate de "loteos con construcción simultánea", se seguirán las mismas reglas de este artículo. No obstante, para la recepción de las edificaciones deberán haberse recibido previamente las obras de urbanización, salvo que se solicite una recepción conjunta, en ambos casos de conformidad a los artículos 3.4.3. y 5.2.5. de esta Ordenanza.

2. Cuando se trate de proyectos acogidos a la ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria, cuyo predio esté afecto a utilidad pública por el Instrumento de Planificación Territorial.

En estos casos, el propietario estará obligado a urbanizar y ceder, únicamente, la superficie del predio afecta a utilidad pública indicada en el citado instrumento, con un máximo del 30% de la superficie de éste.

3. Cuando se trate de la división de un predio que está afecto a utilidad pública por el Instrumento de Planificación Territorial.

En tal caso, con anterioridad a que el Director de Obras Municipales autorice la enajenación de los sitios resultantes, el propietario deberá urbanizar y ceder, únicamente, la superficie del predio afecta a utilidad pública indicada en el citado instrumento, con un máximo del 30% de la superficie de éste.

En los casos contemplados en los números 2 y 3 anteriores, para los efectos de exigir la ejecución de obras de urbanización, se deberá observar el siguiente procedimiento:

a) La Dirección de Obras Municipales deberá incluir en el Certificado de Informaciones Previas el perfil del área afecta a la obligación de urbanizar, previamente definido por el Plan Regulador Comunal o Seccional.

b) Cumplido el requisito precedente, la Dirección de Obras Municipales podrá exigir que en el expediente de permiso se incluyan los planos y especificaciones de las obras de urbanización que corresponda ejecutar".

Este artículo nos merece los siguientes comentarios:

a) Si se trata de un proceso de loteo, esto es, división de terreno que requiere obras de urbanización, deben necesariamente hacerse las cesiones

gratuitas de terreno en la forma contemplada en el Art. 70 de la ley y Art. 2.2.5. de la ordenanza, "cesiones que se perfeccionarán al momento de la recepción definitiva de las obras de urbanización". Hay normas especiales para casos de recepciones parciales y loteos con construcción simultánea.

b) Si se trata de proyectos que se acojan a la Ley 19.537 sobre copropiedad inmobiliaria, en un predio que está afecto a utilidad pública conforme al respectivo instrumento de Planificación Territorial, el propietario *"estará obligado a urbanizar y ceder, únicamente, la superficie del predio afecta a utilidad pública indicada en el citado instrumento, con un máximo del 30% de la superficie de éste"*.

c) Si se trata de la división de un predio que está afecto a utilidad pública por la Planificación Territorial, el propietario debe hacer la cesión gratuita de terreno correspondiente, con un máximo del 30% de la superficie del terreno.

4.4. Porcentajes de cesiones gratuitas de terreno

Los porcentajes y normas de estas cesiones continúan regulados por el Art. 2.2.5. de la Ordenanza, considerando densidad del proyecto, y con tope del 44% de la superficie total del terreno (Art. 70 Ley).

El nuevo Decreto ha agregado un nuevo inciso al final del Art. 2.2.5. expresando:

"Las superficies a ceder para áreas verdes podrán disponerse de dos formas:

1. En sentido longitudinal con respecto al espacio público siempre que su ancho no sea menor a 3 m.

2. En sentido transversal con respecto al espacio público, siempre que, cuando el área verde tenga sólo un frente hacia la vía pública, se cumpla la proporción entre frente y fondo que establezca el respectivo Plan Regulador Comunal o Seccional. A falta de norma expresa sobre la materia, la proporción será determinada por el arquitecto del proyecto".

5. Situación de las cesiones gratuitas de terreno en casos de simple densificación

A nuestro juicio permanece plenamente vigente el peligro de que por la vía de un simple decreto supremo se establezcan cesiones gratuitas de terreno en los casos de proyectos que incidan en terrenos ya urbanizados, en que la construcción proyectada implique un "crecimiento urbano por

densificación". Sobre el particular, nos remitimos a lo dicho en el número 3 (punto 3.4.) de este Informe, relativo al nuevo texto del Art. 70 de la Ley.

Por lo demás, confirma nuestra aprensión el hecho de que existiría en trámite un proyecto de decreto para reemplazar el Art. 2.2.5. de la Ordenanza, conforme al cual derechamente se exigirían cesiones gratuitas de terrenos para áreas verdes y desarrollo de actividades deportivas y recreacionales, en los proyectos de edificación que tengan destino residencial y que generen crecimiento urbano por densificación.

Como ya lo hemos indicado, la base legal de este nuevo decreto no puede ser más espúrea, ya que estaría basada en las dos líneas finales del Art. 70 de la L.G.U.C. introducidas por la Ley del Deporte, norma que choca abiertamente con numerosas disposiciones de la Ley de Urbanismo y Construcciones, según ya lo hemos indicado.



Análisis Jurisprudencial



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Retamal Parra con N.P.H. Inversiones

Corte Suprema, 22 de enero de 2001

COMENTARIO:

Cecily Halpern Montecino

Profesora Derecho del Trabajo y Seguridad Social

UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Sentencia de 22 de enero de 2001 de la Excm. Corte Suprema, recaída en recurso de casación en el fondo, en los autos caratulados "RETAMAL PARRA con N.P.H Inversiones S.A.", Rol N° 1461-00, seguidos ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Quirihue. La sentencia de segunda instancia había sido dictada por la Corte de Apelaciones de Chillán, con fecha 29 de septiembre del año 2000, la que fue anulada y reemplazada por la que a continuación se comenta.

I. LA CAUSA

Excm. Corte Suprema
Santiago, veintidós de enero de dos mil uno

Vistos:

En estos autos rol N° 1461-00, seguidos ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Quirihue, Miguel Enrique Retamal Parra deduce demanda en juicio ordinario laboral contra la empresa N.P.H. Inversiones S.A.

Expresa que el día 24 de enero de 2000 fue despedido por la empleadora sin explicación ni aviso previo, entidad que, según expresa, se encontraba en mora en el pago de sus cotizaciones previsionales desde julio de 1999 hasta la fecha de interposición de la demanda. Agrega que atendidas las modificaciones introducidas al artículo 192 del Código del Trabajo por la Ley N° 19.631, el despido debe considerarse nulo, pues el empleador procedió a ello sin haber efectuado el integro de las cotizaciones previsionales, por lo que solicita, en lo principal, se declare nulo el despido, además, el pago de las remuneraciones hasta la fecha de la reincorporación y las indemnizaciones correspondientes a feriados atrasados. En subsidio, y para el evento que la demandada convalide el despido, solicita se le ordene el

pago de la indemnización de preaviso, la por años de servicios y las indemnizaciones compensatorias de los feriados.

Por sentencia de primera instancia de veinte de julio de dos mil se rechazó lo solicitado en lo principal de la demanda, señalando el tribunal de la instancia que atendido lo dispuesto en el inciso final del artículo 162 del Código del Trabajo, la omisión en el pago de las cotizaciones previsionales no invalida el despido. Rechaza también la petición subsidiaria de que se declare injustificado el despido; y sólo acoge la demanda ordenando pagar la suma de \$ 1.040.808 por el sueldo adeudado en el mes de enero de 2000 e indemnizaciones por feriado correspondiente al período 1° de junio de 1999 y el proporcional devengado desde tal fecha hasta el 24 de enero de 2001.

Apelada que fue esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Chillán en fallo de 29 de septiembre de 2000, escrito a fojas 122, estimó también que el no integro de las cotizaciones previsionales al momento del despido no produce el efecto señalado en el nuevo inciso 5° del artículo 162 del Código Laboral, por lo que no corresponde declarar la nulidad de este despido, pero hizo lugar a la demanda subsidiaria, declarando injustificado el despido y ordenó pagar las indemnizaciones correspondientes, confirmando en lo demás la sentencia apelada, con costas.

En contra de esta sentencia, el demandado a fojas 125 ha deducido recurso de casación en el fondo, por haber sido dictada, a su juicio, con infracción de los artículos 19 a 24 del Código Civil, 162 incisos 5°, 6°, 7° y 8° del Código del Trabajo y artículos 67 y 480 del mismo cuerpo legal, cuya errada aplicación habría influido substancialmente en lo dispositivo del fallo. Solicita que esta Corte la anule y dicte una de reemplazo.

Se trajeron los autos en relación a fojas 143.

Considerando:

Primero: Que el recurrente denuncia primero la infracción a los actuales incisos 5°, 6°, 7° y 8° del artículo 162 del Código del Trabajo, en conformidad a cuyos términos el despido de que fue objeto el actor fue nulo, pues a su fecha no se habían integrado las correspondientes cotizaciones previsionales, por lo que corresponde se ordene el pago de las remuneraciones al actor mientras se encuentre separado de sus funciones o hasta que se convalide el despido.

Segundo: Que son hechos de la causa los siguientes:

a) El actor ingresó a prestar servicios a la demandada con fecha 1° de junio de 1996.

b) Fue despedido el 24 de enero de 2000, por la causal señalada en el N° 3 del artículo 160 del Código Laboral.

c) Al momento del despido, según se infiere de la documentación acompañada, no se encontraban integradas las cotizaciones previsionales correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 1999.

d) Las cotizaciones morosas, así como las correspondientes al mes de enero del año 2000, fueron canceladas con fecha 29 de febrero de 2000.

e) Al trabajador no se le comunicó la anterior circunstancia y tampoco se le pagaron las remuneraciones fundadas en el pago tardío de las cotizaciones.

Tercero: Que en definitiva, en este capítulo del recurso de casación interesa señalar el sentido y alcance que corresponde dar a los incisos 5°, 6° y 7° del artículo 162 del Código del Trabajo, en relación con los hechos reseñados en el considerando anterior.

Cuarto: Que los citados preceptos del artículo de la normativa laboral expresan:

“Para proceder al despido de un trabajador por algunas de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último del día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo”.

“Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador, lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago.

“Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador”.

Quinto: Que las normas citadas establecieron una obligación adicional para que el despido pudiera perfeccionarse válidamente, consistente en que el empleador debe haber efectuado las cotizaciones previsionales hasta el último día del mes anterior al del despido e informar de ello al trabajador. No obstante, el legislador también estableció que “si el empleador no hubiese efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, esto no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo”, precepto que interpretado a contrario sensu permite concluir que si el empleador efectuó las cotizaciones al momento del despido, aunque no lo comunique al trabajador, el despido es válido y produce sus efectos, lo que se compadece más con la lógica y la equidad, pues no existiendo deuda previsional pendiente, no corresponde aplicar esta sanción adicional.

Tal falta de comunicación implicaría sólo la infracción a una norma laboral, sancionable administrativamente en los términos del artículo 477 del Código del ramo.

Sexto: Que con la nueva versión dada por el legislador de la Ley N° 19.631 a los artículos 162 y 480 del Código del Trabajo, en tres disposiciones alude a un eventual vicio de nulidad del despido:

a) El inciso 6° del artículo 162 habla de que el empleador “podrá convalidar el despido mediante el pago de las cotizaciones morosas del trabajador”;

b) El nuevo inciso octavo del artículo 162 señala que “los errores u omisiones en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación del pago íntegro de las imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato;

c) Por último, el nuevo inciso 3° del artículo 180 dispone que “la acción para reclamar la nulidad del despido prescribirá también en el plazo de seis meses contados desde la suspensión de los servicios”.

Séptimo: Que, con todo, el efecto jurídico que señaló el legislador en caso de despido sin que se hayan integrado las cotizaciones, es una sanción pecuniaria importante: tal despido “no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo”, según preceptúa la frase última del nuevo inciso 5° del artículo 162 del Código Laboral.

Interesa destacar a este respecto la historia legislativa del precepto. El proyecto original proponía el siguiente inciso 5° del artículo 162:

“Si no se acredite el pago de las imposiciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo, y subsistirán las obligaciones de cada una de las partes mientras no se acredite el referido pago”.

El acta de la Sesión N° 61 de la H. Cámara de Diputados, de 6 de mayo de 1999 (Boletín N° 2317), da cuenta que en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de dicha Corporación, los diputados señores M. Bustos y R. Seguel formularon indicación para eliminar en este inciso la frase “y subsistirán las obligaciones de cada una de las partes mientras no se acredite el pago”, la que fue aprobada por unanimidad.

El proyecto tenía por objeto dejar vigente el contrato si no se habían integrado las cotizaciones, objetivo imposible de cumplir por parte del trabajador, en orden a su obligación de prestación personal de servicios, si el empleador no prestaba su aquiescencia, la que no cabía esperar si había procedido al despido.

La modificación a la norma propuesta, antes analizada, junto a varias otras sugeridas durante la tramitación del proyecto, tuvieron por objeto señalar que, en tales despidos efectuados encontrándose el empleador en mora previsional, adolecerían de un vicio de nulidad.

Octavo: Que los despidos nulos, en Derecho del Trabajo, cuyo ejemplo más significativo es el despido de un trabajador aforado sin haberse solicitado previamente el desafuero, en conformidad al artículo 174 del Código del trabajo, producen el efecto jurídico de que el trabajador tiene el derecho a ser reincorporado a sus labores habituales y a que se le paguen las remuneraciones correspondientes al tiempo de la separación. Tal reincorporación puede ser ordenada en vía administrativa por las Inspecciones del Trabajo o por sentencia judicial.

Noveno: Que la nulidad de que se trata aquí produce un efecto jurídico distinto, cual es el de dejar vigente la obligación de remunerar de cargo del empleador, lo que equivale a una suspensión relativa de la relación de trabajo, lo que se confirma con la locución utilizada en el nuevo inciso 3° del artículo 480 del Código Laboral en cuanto dispone que “la acción para reclamar la nulidad del despido, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 162, prescribirá también en el plazo de seis meses contados desde la suspensión de los servicios”.

En tal forma, pues, los efectos de tal vicio de nulidad, conforme al mandato legislativo, son los de una severa sanción para el empleador que despiere sin haber efectuado el integro de las cotizaciones previsionales,

el cual es la mantención de su obligación de remunerar hasta que convalide el despido, lo que lleva a concluir que en relación con una obligación principal, cual es la de remunerar, el contrato sigue vigente, solo media, como se ha expresado, una suspensión relativa de la relación laboral.

Décimo: Que en cuanto al segundo capítulo del recurso de casación relativo a la infracción a los artículos 67 y 480 del Código del Trabajo, señala el recurrente que la sentencia de primera instancia, confirmada en esta parte por la de segundo grado, estimó que el feriado comprendido entre el 1° de junio de 1997 y el 1° de junio de 1998 se encontraba prescrito.

Undécimo: Que el inciso primero del artículo 480 del Código del Trabajo dispone que los derechos regidos por este cuerpo legal prescribirán en el plazo de dos años desde la fecha en que se hicieron exigibles.

En esta forma, pues, el feriado que correspondió al actor por el período 1° de junio de 1997 a 31 de mayo de 1998, se hizo exigible a contar del 1° de junio del año 1998.

Duodécimo: Que al respecto debe considerarse que el objetivo del feriado es el proporcionar un racional descanso anual al trabajador y por consiguiente no es compensable en dinero, salvo las excepciones fundadas que señala la legislación laboral.

El inciso 2° del artículo 73 del Código del Trabajo señala:

“Sólo si el trabajador, teniendo los requisitos necesarios para hacer uso del feriado deja de pertenecer por cualquier causa a la empresa, el empleador deberá compensarle el tiempo que por concepto de feriado le habría correspondido”.

Decimotercero: Que no existe en el Código una norma expresa que se refiera a una situación, como la de la especie, en que la entidad empleadora no haya concedido el derecho a feriado por más de dos períodos anuales. Pero la ausencia de normativa expresa al efecto lleva a concluir, por aplicación de las reglas generales, que el no otorgamiento de feriados se transforma en una obligación de indemnización de cargo del empleador, que es el criterio que inspira las normas contenidas en los incisos 2° y 3° del artículo 73 del Código Laboral y, atendido lo dispuesto en el artículo 480 del mismo cuerpo legal, son indemnizables los feriados a que tuvo derecho el actor durante los dos años inmediatamente anteriores a la fecha del despido, sin perjuicio del derecho al feriado proporcional correspondiente.

Decimocuarto: Que por lo razonado precedentemente se concluye que el despido de que fue objeto el actor adoleció inicialmente de un vicio de nulidad, atendido lo dispuesto en el artículo 162 del Código del Ramo, asimismo, las indemnizaciones que le corresponden por feriados anuales son las señaladas en los dos considerandos precedentes, atendido lo dispuesto en el artículo 480 de la normativa laboral, por lo que la sentencia contra la cual se recurre infringió tales preceptos, lo que constituye las causales de casación esgrimidas por la recurrente.

Las infracciones citadas tienen influencia substancial en lo dispositivo del fallo que las contiene e involucran un gran error de derecho que alcanza a su decisión, pues si no se hubiesen configurado, la demanda no pudo ser acogida con las limitantes, que se lo hizo, por lo que procede hacer lugar al recurso en examen.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 463 del Código del Trabajo, 764, 767, 770, 771, 772, y 783 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fojas 125 contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán de veintinueve de septiembre de dos mil, escrita a fojas 122, la que es nula y se reemplaza por la que a continuación, pero separadamente, se dicta.

Regístrese

Redacción del Abogado Integrante Patricio Novoa Fuenzalida.

Pronunciado por los Ministros señores Mario Garrido, Marcos Libedinsky T., y Humberto Espejo Z., y los Abogados Integrantes señores Patricio Novoa F. y Juan Infante P. por encontrarse ausente, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo.

Excma. Corte Suprema
Santiago, veintidós de enero de dos mil uno.

En cumplimiento a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, **se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.**

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos 4°, 5°, 9°, 10°, 12°, 13°, 14°, 15°, la última frase del fundamento 18° que dice: "no correspondiendo el pago de los anteriores períodos por haber prescrito", y 20°, que se eliminan.

Primero: Que según quedara asentado en la especie, el despido de un trabajador sin que se le hayan efectuado las cotizaciones previsionales adolece de una nulidad especial, conforme a la cual queda subsistente la obligación de remunerar de cargo del empleador en idénticas condiciones que las pretéritas.

Segundo: Que el actor fue despedido con fecha 26 de enero de 2000 y en tal fecha no se habían integrado sus cotizaciones previsionales. Estas fueron canceladas el 29 de febrero del mismo año, según consta en los documentos que rolan a fojas 39 y siguientes.

Con lo anterior debe entenderse que, en tal fecha 29 de febrero de 2000, se convalidó el despido efectuado anteriormente el día 26 de enero de 2000.

En consecuencia, corresponderá que el empleador pague al actor las remuneraciones correspondientes al lapso comprendido entre el 26 de enero y el 29 de febrero de 2000.

Tercero: Que hasta el momento no ha habido una comunicación expresa del demandado al actor en la que le comunique el integro de las cotizaciones previsionales, sin perjuicio que se debió tomar conocimiento de ello cuando con fecha 18 de abril de 2000 con el escrito que rola a fojas 81, se acompañó por la demandada al proceso, la documentación que acreditaba el pago de las cotizaciones previsionales, documentación que no fue objetada.

Cuarto: Que la pretensión del actor y apelante es la de estimar que el despido sólo puede convalidarse si el empleador paga al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador.

El objetivo y fundamento de la Ley N° 19.631 fue el de incentivar el pago de las cotizaciones previsionales, colocando la severísima sanción al empleador que despide sin haber efectuado previamente tales cotizaciones, a la cual se hizo referencia en el fallo de casación que antecede.

El proceso antes transcrito, inciso 7° del artículo 162 del Estatuto Laboral, interpretándolo en relación con el texto que le antecede, lleva a la conclusión que su redacción obedeció a que el legislador estimó que el empleador efectuaría en forma coetánea, o más o menos coetánea, ambas gestiones, esto es, el pago de las cotizaciones morosas y la comunicación de ello al trabajador.

Quinto: Que atendida la conclusión anterior, la circunstancia de que no se hubiere efectuado, aun hasta hoy, la comunicación al trabajador de que las imposiciones morosas le fueron canceladas, constituye sólo una infracción a la legislación del trabajo, sancionable en vía administrativa en los términos del artículo 477 del Código del Trabajo.

Cualquier conclusión distinta implicaría llevar el objetivo y finalidad de la Ley N° 19.631 a algo muy adicional a su real propósito, cual fue el incentivar el pago de las cotizaciones previsionales, lo que ha ocurrido en la especie.

Sexto: Que la historia del establecimiento de esta normativa permite confirmar la conclusión anterior.

En efecto, el proyecto del nuevo inciso 5° del artículo 162 de la normativa del trabajo, tal como lo aprobó la H. Cámara de Diputados, decía textualmente: "Si no se acreditare el pago de las imposiciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo".

Como producto de la discusión habida, posteriormente, en el H. Senado, se sustituyó este inciso por el transcrito en el fallo de casación que antecede. Su parte última recoge el contenido de lo aprobado por la H. Cámara de Diputados, pero con la siguiente redacción: "Si el empleador no hubiere efectuado el integro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo".

El precepto aprobado, en definitiva, no exigió, como fue la proposición inicial, el acreditar el pago, sino sólo que el empleador hubiere efectuado las cotizaciones, para poder despedir válidamente al trabajador.

El nuevo inciso octavo del artículo 162 del Código del Trabajo tal como lo aprobó la H. Cámara de Diputados decía: "los errores u omisiones en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación de acreditar el pago íntegro de las imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que establece el artículo 477 del este Código".

Ahora bien, en la discusión habida en el H. Senado se formuló una indicación, la que fue aprobada, y su objetivo fue de eliminar la expresión "acreditar el".

Con tal nueva redacción, cabe inferir que los errores u omisiones relativos a la comunicación que debe enviar el empleador al trabajador no invalidan el despido, salvo, claro está, que la omisión incida en el no pago de las

cotizaciones previsionales, sin perjuicio, en la primera situación aludida, que al empleador se le deba aplicar la sanción de multa, por infracción a una ley laboral, en los términos del artículo 477 del Código del Trabajo.

Séptimo: Que el alcance que debe otorgarse al nuevo inciso séptimo del artículo 162 del Estatuto del Trabajo debe ser concordante con el contenido de los dos preceptos analizados precedentemente, conforme a los cuales el despido será válido si se han pagado las cotizaciones, y en caso de errores u omisiones en que se incurra en la respectiva comunicación, ello representa una infracción laboral, sancionable administrativamente.

En la misma forma el despido se convalida por el posterior pago de las cotizaciones adeudadas y el empleador sigue siendo el sujeto pasivo de la obligación de remunerar hasta la fecha de la convalidación.

Octavo: Que el otorgarle un alcance distinto al nuevo inciso 7° del mencionado artículo 162, aunque pudiere parecer acorde con su estricto tenor literal, es algo que se aparta del contexto de la ley, a lo que se ha aludido, del propósito e intención legislativa, de la lógica y de la equidad.

En efecto, la intención del legislador fue la de incentivar el pago de las cotizaciones previsionales que los empleadores habían descontado de las remuneraciones de sus trabajadores. Para ello se consultó la severísima sanción de mantener subsistente su obligación de remunerar ¿hasta cuándo? Hasta que las cotizaciones fueren debidamente enteradas en los organismos previsionales, con más sus recargos a título de reajuste, intereses y eventualmente multas.

Una vez satisfecha la obligación previsional el despido se convalida y no existe razón para seguir sancionando al empleador que ha cumplido, menos aún con una sanción tan severa como la señalada. Si no comunica esta situación al trabajador, debiendo hacerlo legalmente, incumple una norma laboral, conducta que debe ser sancionada, como se ha expresado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 477 del Código del ramo; pero, habrá de concluirse, que se aparta de la lógica y también de la equidad el que deba ser sancionado, además, con la mantención de la obligación de remunerar a favor del trabajador.

Esta conclusión es la que se encuentra acorde con el texto del inciso octavo del artículo 162 del Código del Trabajo, al que se ha hecho referencia.

Noveno: Que habiéndose convalidado el despido antes de la presentación de la demanda, corresponde emitir pronunciamiento sobre lo solicitado

en el Primer Orosí de libero pretensor, para el evento que la demandada hubiere convalidado el despido.

Se accederá a esta petición, declarando injustificado el despido, por las razones contenidas en los considerandos 2° a 6° de la sentencia anulada, los que se han dado por reproducidos.

Por estas consideraciones y atendido, además, lo dispuesto en el artículo 463 del Código del Trabajo, se resuelve:

I. Que se revoca la sentencia apelada de veinte de julio del dos mil, escrita a fojas 99, en cuanto rechazó la solicitud de nulidad contenida en lo principal de la demanda de fojas 1 y se declara que se acoge esta pretensión sólo en cuanto la demandada deberá pagar al actor las remuneraciones correspondientes al período comprendido entre el 26 de enero de 2000 y 29 de febrero del mismo año.

II. Que se la revoca en cuanto no decide que el despido es injustificado y se declara, en cambio, que se hace lugar a la demanda subsidiaria formulada por el actor, declarándose injustificado el despido, debiendo la demandada pagarle la indemnización sustitutiva del aviso previo equivalente a 30 días de remuneración incrementada la primera en un 20%.

III. Que se revoca también la sentencia apelada en cuanto estimó que no corresponde el pago de la indemnización por feriado del período 1° de junio de 1997 a 1° de junio de 1998, declarándose, en cambio, que ha lugar a esta prestación.

Se confirma en lo demás la sentencia apelada.

Las sumas ordenadas pagar se reajustarán y devengarán intereses en la forma preceptuada por los artículos 63 y 173 del Código Laboral.

Se condena en costas a la parte demandada.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante Patricio Novoa F.

Pronunciado por los Ministros señores Mario Garrido M., Marcos Libedinsky T., Humberto Espejo Z., y los Abogados Integrantes señores Patricio Novoa F. y Juan Infante P. No firma el Abogado integrante señor Juan Infante P. por encontrarse ausente, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo.

II. COMENTARIO

La ley objeto de aplicación en la sentencia analizada:

Esta sentencia aborda el problema de interpretación surgida de la dictación de la Ley 19.631, publicada en el Diario Oficial de martes 28 de septiembre de 1999, que impone la obligación de pago de cotizaciones previsionales atrasadas como requisito previo al término de la relación laboral por parte de empleador.

La intención del legislador fue la de vincular el término del contrato con el pago de las cotizaciones previsionales, de modo de lograr el integro efectivo de éstas, por parte del empleador, a la cuenta de capitalización individual del trabajador. Como es sabido, se trata de parte de la remuneración de éste, que el empleador ha descontado y ha debido enterar en el organismo previsional correspondiente. Al efecto, la citada ley estableció, como premisa general y básica, que el término del contrato de trabajo por parte del empleador no produce efecto alguno si no ha pagado previamente las cotizaciones; no obstante, éste se convalida con su posterior pago.

Con ese objeto modificó el artículo 162 del Código del Trabajo, de la siguiente forma: agregó los incisos 5°, 6° y 7°; modificó el inciso 8° del mismo y agregó el inciso 9°. Además agregó un nuevo inciso 3° al artículo 480 del mismo cuerpo legal, en el cual contempló una acción para reclamar de la "nulidad" del despido.

Del sólo tenor de la ley nos resultó complejo desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de las instituciones que establecía, por cuanto al vincular un acto jurídico netamente laboral, como es el despido, con obligaciones de origen previsional se generaron situaciones nuevas con consecuencias jurídicas desconocidas.

Entre ellas, cabe destacar, por ejemplo, que nos causó extrañeza que un acto jurídico no produjera sus efectos propios a pesar de haber sido realizado conforme con los requisitos esenciales del mismo; que se podía producir su convalidación posterior por cumplimiento de obligaciones que no tenían relación con al acto jurídico mismo del despido (el pago de las cotizaciones atrasadas), y también, que dicha convalidación no produjera los efectos de sanear el acto desde su origen, sino que sólo desde el momento de cumplirse con aquéllas, esto es, el pago de las cotizaciones morosas. Lo anterior difiere de la legislación común, la cual en el artículo 705 del Código Civil establece que "la validación del título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación, o por otro medio legal, se retrotrae

a la fecha en que fue conferido el título". Lo propio acontece con la ratificación o convalidación de la nulidad relativa, consignada en los artículos 1693 a 1697 del Código citado.

Hemos señalado que, conforme a la nueva ley, el trabajador tiene derecho a todos los beneficios remuneratorios que emanan de su contrato durante el tiempo que medió entre el despido y el pago de las cotizaciones previsionales.

A lo anterior se agrega que la acción de nulidad no produce el efecto de obligar al empleador a la reincorporación del trabajador al empleo, sino que lo conmina al pago antes señalado durante el lapso indicado.

Como hemos manifestado, resultaba complejo desentrañar los efectos jurídicos e implicancias prácticas de esta ley. Por ello se requería en forma urgente que los Tribunales Superiores de Justicia establecieran su verdadero sentido y alcance. Sólo conocíamos, hasta la dictación de esta sentencia, interpretaciones de origen administrativo, las que, por la importancia e impacto en la certeza de las relaciones jurídico-laborales, era necesario ratificar en sede judicial.

En efecto, la Dirección del Trabajo había emitido, por lo menos, tres Ordinarios, en los cuales fijaba el sentido y alcance de la Ley 19.631; el Dictamen N° 5372-99; el N° 3228 y el N° 3973 del 2000, los cuales, al tenor del contenido de la sentencia que analizamos, no son totalmente coincidentes con esta última. También cabe destacar el dictamen N° 29.169, de 30 de septiembre de 1999, el cual se refirió al concepto de cotizaciones y a aquellas que deben entenderse incluidas en la referencia de la ley.

La sentencia:

En nuestra opinión, el sentenciador hubo de extremar su creatividad e inteligencia para aplicar la ley al caso particular. En ese camino, formuló precisiones y estableció la forma jurídica de otorgar coherencia a la nueva normativa en relación con el ordenamiento legal de general aplicación.

En efecto, la sentencia que comentamos nos aclara que las normas de la Ley 19.631 establecieron varias novedades en relación con el despido, a saber:

1. Estableció una obligación adicional para que el despido pudiera perfeccionarse válidamente, consistente en que el empleador debe haber efectuado las cotizaciones previsionales hasta el último día del mes anterior al del despido e informar de ello al trabajador.

2. Que por tanto, se incurre en un vicio de nulidad del despido cuando éste se efectúa sin estar al día en el pago de las cotizaciones previsionales.

3. Que el efecto jurídico de este vicio de nulidad es el de una severísima sanción pecuniaria para el empleador; que consiste en dejar vigente la obligación de remunerar hasta que convalide el despido, mediante el pago de las imposiciones morosas.

4. Que en virtud de las nuevas disposiciones legales estamos frente a una nulidad especial, conforme a la cual queda subsistente la obligación de remunerar de cargo del empleador en idénticas condiciones que las pretéritas.

5. Que lo anterior significa que los efectos de dicha nulidad especial son los de generar una suspensión relativa de la relación de trabajo, por cuanto el vínculo jurídico permanece vigente, pero sólo con obligaciones para una de las partes, el empleador.

La doctrina anterior es la única forma de armonizar y explicar la subsistencia de obligaciones para el empleador con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo, extinción que éste ha ratificado legalmente en virtud de la convalidación del despido producida por el pago de las cotizaciones que adeudaba. Si no fuese de ese modo, y aplicásemos las normas generales relativas a las fuentes de las obligaciones, los pagos a que está obligado el empleador carecerían de causa, al haberse extinguido el contrato de trabajo al momento de la manifestación inicial de voluntad de despido, puesto que éste ha sido legítimamente convalidado.

Al igual que la Dirección del Trabajo, los jueces han interpretado que el término "convalidación" ha sido tomado por el legislador en su sentido natural y obvio, esto es, en el sentido de "ratificación", tal como lo establece, por su parte, el artículo 1693 del Código Civil, ya citado.

6. Además, el fallo precisa el momento en que el despido se convalida, estableciendo que éste es aquel en que se pagan las cotizaciones adeudadas. En este punto, la sentencia se contrapone con lo que antes se había señalado por la jurisprudencia administrativa en el sentido que el efecto anterior sólo lo producía la comunicación al trabajador. La resolución en comento señaló que la falta de comunicación al trabajador sólo constituía una infracción de ley, pero que la ratificación o convalidación del despido se producía desde el momento del pago aun cuando no se le haya comunicado el mismo al trabajador.

7. Por otro lado, la sentencia ha aclarado otra interrogante que nos formulábamos al estudiar el texto de la ley, en relación con la compatibilidad de

la acción de nulidad de despido con la de reclamo por despido injustificado para el cobro de indemnizaciones. Ello porque, como el contrato no había terminado, no se daba la condición para el nacimiento del derecho de reclamo de las indemnizaciones laborales.

En el caso concreto sometido al conocimiento de los tribunales y resuelto por la sentencia que comentamos, el demandado pagó las cotizaciones antes de la presentación de la demanda; por tanto, convalidó el despido. Los jueces resolvieron, accediendo a la demanda subsidiaria, que éste había sido injustificado y que procedía el pago de las indemnizaciones por tal despido.

Incógnitas pendientes

Aun cuando este fallo vino a aclarar algunos conceptos e instituciones inmersas en la Ley N° 19.631, quedan aún ciertos cabos sueltos, como por ejemplo: ¿Qué sucede si el trabajador no interpone la acción de nulidad dentro del plazo legal? Suponemos que el término del contrato de trabajo surte todos sus efectos legales, esto es, se sana por el transcurso del plazo para intentar la acción de nulidad del despido, y ello sucederá aun sin haberse obtenido el pago previsional buscado por la ley. En relación con ello, es necesario hacer notar que el empleador deberá alegar la prescripción de la acción, ya que no se trata de un plazo de caducidad.

¿Qué sucederá si la sentencia de nulidad es favorable al trabajador, pero el empleador no paga las cotizaciones adeudadas? Dicha sentencia ¿sirve de título ejecutivo para perseguir el pago de las cotizaciones adeudadas? Creemos que no, ya que no es ése el objeto de la acción, a menos que el trabajador haya demandado conjuntamente, para el evento de ser declarada la nulidad, que se declare la obligación del empleador de pagar las cotizaciones adeudadas.

De todas formas, el trabajador tendrá la alternativa de obtener dicho pago en virtud del procedimiento especial para lograr dicho cobro por la vía ejecutiva, que se rige por las disposiciones de la Ley N° 17.322. No olvidemos que el demandante en este proceso, en nombre del trabajador, es el organismo previsional, que cuenta con la infraestructura necesaria para ello; quizás esta vía le resulta más económica, eficiente y rápida, ya que se inicia de inmediato el procedimiento ejecutivo.

Por otra parte, en la misma hipótesis anterior -de obtención de fallo favorable al trabajador- sin haberse obtenido en su intertanto el pago previsional, o que el empleador no pague nunca lo debido, ¿el contrato continúa

vigente? Creemos que sí. ¿Hasta cuándo? Pensamos que la respuesta debe ser: indefinidamente... Debemos señalar que la conclusión anterior no nos parece la más adecuada, ni desde el punto de vista jurídico ni social.

Otra cuestión que se suscita ¿El período durante el cual estuvo vigente el contrato pero suspendido relativamente se considera dentro del tiempo que sirve de base para el cómputo de la indemnización por término de contrato? Creemos que sí. Ello podría significar un prolongado período de tiempo a indemnizar por parte de la empresa, durante el cual el trabajador no ha prestado efectivamente sus servicios, ya que el contrato permaneció vigente sólo en virtud de una ficción legal, establecida a modo de sanción. Podría perfectamente suceder que ese trabajador haya celebrado un contrato de trabajo diferente, con otro empleador, en el cual se encuentre efectivamente prestando sus servicios.

Con seguridad deben existir otras cuestiones que no advertimos en este breve comentario, pero basten las enumeradas para destacar algunos de los graves efectos de la ley en análisis.

Cabe finalmente advertir que, si el contrato se estima subsistente, el trabajador está impedido de aceptar cualquier transacción en lo relativo a derechos laborales, pues se estaría violando el artículo 5° del Código del ramo que establece que los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo. En conformidad con el texto de esta ley, esta hipótesis se cumple, por lo muy menos por un período de seis meses desde la suspensión de los servicios.

Conclusión

En nuestra opinión, si bien esta resolución constituye un efectivo aporte a la doctrina laboral, al fijar la interpretación auténtica de una ley bastante deficiente en su concepción, aún permanecen una serie de interrogantes y desde ya se pueden prever efectos graves, que no son responsabilidad de la judicatura, sino del legislador. La principal inquietud que nos asiste deriva de la indefinición respecto de la extinción del contrato, y sus implicancias prácticas respecto de la empresa.

Pensamos que, no obstante que el espíritu de la ley es loable, en el sentido de pretender el pago de las cotizaciones previsionales al trabajador, puede suceder, en la práctica, que éste prosiga un largo juicio de nulidad, obtenga efectivamente un fallo favorable, y no obstante ello, no consiga su propósito, cual es el pago de la obligación previsional por parte del empleador.

Quizás, hubiese resultado más simple, si lo que se pretendía era una mayor sanción para el empleador moroso en el pago de cotizaciones previsionales, que el legislador hubiese perfeccionado la normativa ya existente para dicho objetivo. En efecto, podría haberse modificado la ya mencionada Ley N° 17.322, vigente desde la década del setenta en nuestro país, que contiene incluso normas de responsabilidad penal para el empleador, aumentando las multas o castigos en el contexto propiamente previsional, de modo de no afectar la contratación y el empleo.

Tribunal Constitucional y restricción vehicular

COMENTARIO:

Cecilia Muñoz Echeverría

Profesora Ayudante de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La opinión pública recientemente fue impactada por la sentencia del Tribunal Constitucional con fecha 26 de junio de 2001 (rol 325) referente a la restricción impuesta a los vehículos catalíticos, la cual ha causado enorme inquietud entre quienes veíamos a ese órgano como un riguroso defensor de las normas constitucionales y, sobre todo, de las garantías fundamentales de las personas, núcleo básico y elemental del Estado de Derecho.¹

Censuras varias

Son varios los puntos que se podrían analizar con respecto a dicho fallo:

- Por ejemplo: de qué manera se compatibiliza esta sentencia con el anterior veredicto del TC del 28 de febrero de 1994 (rol 185), en el que categóricamente fue declarado inconstitucional el art. 49 del proyecto de ley 19.300 sobre bases del medio ambiente, en donde se declaró que la restricción vehicular importa la suspensión temporal al ejercicio de un derecho, lo que sólo cabe en estado de excepción constitucional, además de ser materia propia de ley y no de decreto.
- Otro asunto que llama la atención es el valor de los precedentes administrativos con relación a la estabilidad de los actos de la Administración. El primer reglamento en la materia no restringía, y ahora se declara la restricción. Aunque no han cambiado las circunstancias, desde 1992 (D.S N° 211 del Ministerio de Transporte, que contemplaba como excepción que los "vehículos con sello verde" no estarían afectos a restricción vehicular). Sin embargo, el reclamado D.S N° 20 (2001) cambió lamentablemente de "posición", a pesar de que en aquella época hubo reiterados comentarios de las autoridades de gobierno asegurando que esta situación no iba a variar en el futuro. Me declaro indigna de comprender.

¹ Esta polémica tiene su manifestación en una serie de editoriales del diario El Mercurio de Santiago: *Restricción Inconstitucional*, jueves 14 de junio de 2001, *Restricción de catalíticos* jueves 28 de junio de 2001 y *Fallo del Tribunal Constitucional*, domingo 1 de julio de 2001. También en *La Semana Jurídica* (Stgo) 35 (9-15 de julio de 2001); *Debate jurídico genera fallo del TC sobre restricción a catalíticos*, pp.8-10.

- En toda esta controversia no podemos dejar de lado la opinión del Gobierno, el cual recibió con satisfacción el fallo del TC, afirmando las atribuciones que tiene el Ejecutivo para implementar esta prohibición, diciendo que es un respaldo claro a la iniciativa del Gobierno, pues afirma la legalidad y potestad del Presidente para restringir el uso de los vehículos por razones de salud y de medio ambiente, sin necesidad de tener que legislar sobre esta materia. ¿Podemos sacar como conclusión que el Ejecutivo puede cercenar por simple decreto los derechos fundamentales de las personas, eludiendo de esta manera la dictación de una ley? Nos lleva a pensar que cualquier gobierno podría dictar los decretos que desee en forma arbitraria. Si esto fuese así, el TC pierde su esencial razón de ser.
- Otro tema diferente es el que se refiere a la paradójica afirmación del TC, que establece que declarar inconstitucional dicho decreto “podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental” (consid. 46), reconociéndose de esta manera que el decreto impugnado viola la Constitución en sus arts. 6° y 7°. Por lo tanto, podría deducirse que la aplicación de nuestra Carta Fundamental llevaría aparejada una inconstitucionalidad mayor. ¡Qué curiosa afirmación!, cuando de antemano se establece que el decreto no cumple a cabalidad los requisitos de determinación de los derechos que podrán ser afectados y especificidad de las medidas para cumplir el objetivo que la CPR exige para restringir o limitar derechos.
- Suma y sigue: está la aseveración de que la medida se justifica por razones de “bien común”. Pensemos cuántas veces, a lo largo de nuestra historia, se ha invocado esta expresión genérica como único fundamento de una infinidad de actos que no precisamente han llevado a este fin, sin perjuicio de anotar que la propia CPR en el art. 1° inciso 4° establece que el fin del Estado es el bien común, pero con pleno respeto de los derechos de las personas.
- Y, en fin, está el problema –traído del extranjero– de la “colisión de derechos”,² al hilo del cual existirían derechos de distinta clase, de modo que aquellos incluidos en un primer rubro facultarían para postergar a los de una supuesta segunda categoría. Ello en atención a que, esta sentencia declaró que (consid. 46) debía primar el derecho a vivir en un medio am-

² Ningún derecho fundamental puede ser preterido por otro derecho, y esto está consagrado en una serie de normativas “no postergación”: cláusula habitual en los textos declarativos de derechos fundamentales: como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art 5), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art 5), el Pacto de San José de Costa Rica (art 29). Así lo hacía también nuestra Acta Constitucional N° 3 de 1976 (art 19). Al respecto, el profesor Iván Aróstica M. establece lo mismo, en Informe Constitucional 1.897 (17.12.1998) y 2.050 (9.08.1999)

biente libre de contaminación, derivado del derecho a la vida, por sobre otras garantías. No obstante, lo cierto es que la Constitución no hace distinción alguno al respecto. Además, como por aplicación del art. 6° de la misma todos sus preceptos obligan, ello implica que tienen igual valor. Por otra parte hay una razón de estructura, todos los derechos fundamentales están reunidos en el mismo art. 19, a diferencia de otras legislaciones, en que hay derechos que son tratados por separado. Y, si se apela a razones “geográficas”, se debería entender que los primeros derechos serían los contemplados en el art. 1°: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

¿Cuestión de “mérito”?

Sin embargo, en esta oportunidad me parece interesante tratar sólo dos puntos específicos del fallo.

En apretada síntesis, uno de los argumentos del reclamo parlamentario se hizo consistir en que la norma en cuestión no sería adecuada para los fines que se propone, con lo cual caería en la arbitrariedad y en la irracionalidad técnica, vulnerando consecuentemente los principios constitucionales, disposiciones y derechos que se señalan. Se estaría recurriendo a un medio altamente gravoso para las personas, con exiguos o nulos resultados reales de descontaminación. La tesis que la restricción impuesta por el decreto censurado no es idónea –en el sentir de los reclamantes– para el fin descontaminante perseguido, instando a otras medidas que, a decir de ellos, serían más eficaces.

El TC contesta en el considerando 38: “Que como se advierte, estas alegaciones miran al mérito de la norma, lo que claramente excede la órbita de la competencia de este tribunal. Como reiteradamente se ha declarado por esta sede, dichos juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación. No es en consecuencia procedente a que este tribunal se aboque a analizar y decidir más allá de su esfera de atribuciones, que en esta materia sólo importa un examen jurídico de constitucionalidad del impugnado decreto, debiendo prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual. De esta manera, la cuestión a resolver queda centrada en dilucidar si el decreto supremo impugnado infringe o no el principio de la reserva legal...”.

Primer comentario: los requirentes señalan que el decreto es arbitrario. Para comprender la presente exposición es preciso recordar que el legislador entrega a la Administración, a sus distintos órganos, una serie de me-

dios (potestades públicas), ellas constituyen un poder-deber, es decir, el titular de ellas tiene la obligación de ejercitarlas o, lo que es lo mismo, no puede declinar su ejercicio. En razón de lo señalado, la actividad de la Administración puede ser jurídica o material, lo que nos interesa en esta oportunidad es la actividad jurídica, que se traduce en actos jurídicos, llámense decretos, resoluciones, dictámenes, reglamentos, etc. Pues bien, para que un acto administrativo sea válido necesita, entre otros requisitos, que dicho acto haya sido dictado por un motivo, es decir, que tenga un fundamento de ser (el "porqué" del acto).³ Si la autoridad no ha dado la razón de su existencia, es de suyo arbitrario, o lo que es peor, si ha dado razones erradas, significa que no existe. Recordemos que en nuestro ordenamiento constitucional lo antijurídico tiene dos caras: lo ilegal y lo arbitrario, y que va a existir arbitrariedad cuando la autoridad actúa sin un fundamento adecuado. Todas las decisiones que tome la Administración del Estado deben obedecer a una razón, y esto es simplemente porque ella se relaciona con personas, no con objetos. El único que puede disponer arbitrariamente de lo suyo es el dueño, ya que con respecto a sus bienes no necesita dar razones, porque el dominio presenta una característica relevante, es un poder absoluto.

No olvidemos que la autoridad no es dueña, y que siempre debe fundamentar sus actos; la Administración puede disponer respecto de las personas, pero nunca sin razones, porque caería en la omnipotencia, transformaría a esas personas en cosas, en esclavos, con violación del art 1° inciso 1° CPR ("Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"). Son varias las disposiciones de la CPR que denotan que no acepta las arbitrariedades, que le repugnan, pero principalmente lo deja claro en los artículos 19 N° 2, y 20.

Lo anterior se relaciona con el control, como uno de los elementos del Estado de Derecho. Esta idea de fiscalización plena, integral, es un principio básico del derecho chileno, que arranca de varias normas de la CPR y principalmente del art. 3° de la Ley 18.575. Ahora bien, en el considerando 38 el TC establece que "dichas alegaciones miran al mérito de la norma, lo cual excede la competencia de este tribunal".

¿Qué reparos nos merece esta afirmación? Ya se dijo que todo acto debe tener motivo, y esos motivos son susceptibles de control por parte de los tribunales. Hay que dejar en claro que esto no es una cuestión de apreciación política, de "mérito", sino que es un problema de constitucionalidad jurídica y, siendo así, el tribunal no pudo dejar de lado su análisis.

³ *Lecciones sobre acto administrativo*. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 1996. Y apuntes de clases. Cátedra. Prof. Iván Aróstica.

Esto se contrapone con la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial, que no han tenido ningún problema para entrar a conocer este aspecto. En efecto, existe una abundante jurisprudencia en que se afirma que la omisión de fundamentos revela la inexistencia de razones y, por ende, lo arbitrario de la decisión. En este sentido, véase el artículo del profesor Eduardo Soto Kloss, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos*, en esta revista N° 3 (2001) 303-308. Señala una cantidad de fallos en que se reitera este planteamiento: *Rosas Díaz* (1991), fallo relevante en que se afirma con rotunda precisión que “lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario”, y es “que, a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de Derecho, en que no hay margen –por principio– para el poder puramente personal”. Otro fallo, *Empresa Magallánica Industrial y Comercial S.A.*, donde queda claro para nuestros tribunales superiores de justicia que “al carecer de toda fundamentación un acto administrativo... ello hace concluir al tribunal que el decreto impugnado constituye un acto arbitrario, desde que prescinde expresar los razonamientos de hecho que llevaron a la decisión adoptada”, y es que “los motivos que justifican la adopción de determinados actos administrativos no pueden ser formulados en términos vagos y generales, sino precisos, única manera de dar validez jurídica a la decisión adoptada por la autoridad”. Este criterio, coincide con la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, v.gr. en Dictámenes 41.599 de 1995; 8.902 y 30.966 de 1996, y 1.501 de 1997, entre otros.⁴

En síntesis, me parece pertinente reafirmar todas y cada una de las ideas expuestas en este análisis aseverando que la motivación del acto administrativo no es una materia extrajurídica, y que el TC no debió o no pudo declinar su control a pretexto de tratarse de un asunto de “mérito”, eludiendo el problema principal y amparándose en vetustos subterfugos que más de una vez hemos escuchado, “no tengo competencia, no puedo conocer de esta materia”. Siguiendo con la misma idea, existen opiniones calificadas que precisan que el problema de la contaminación no va a disminuir precisamente porque eliminan del parque automotriz en determinados días los vehículos catalíticos, sino que hay una serie de otras fuentes contaminantes unidas a factores climáticos y geográficos que hacen imposible una buena ventilación para Santiago.⁵

⁴ Este mismo criterio lo encontramos en Prof. Iván Aróstica M., *Discrecionalidad y arbitrariedad*, en Informe Constitucional 1.800 (28.07.1995).

⁵ Diario El Mercurio de Santiago, viernes 22 de junio, C5, *Un clima poco favorable para la descontaminación*. Diario La Tercera, miércoles 27 de junio de 2001, *Tendencias y debates. Incentivos reales para descontaminar*.

Por todo lo anterior, ¿qué se puede esperar? Pues que nos veamos expuestos a aplicaciones de leyes genéricas que no profundizan lo suficiente en las materias, o que se toman en cuenta otras variables, absolutamente ajenas a las razones técnicas, como por ejemplo, las de orden político, colocando de esta manera en riesgo a la persona y sus derechos fundamentales y, aun yendo más lejos, al Estado de Derecho.

Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet

Emilio Pfeffer Urquiaga

Profesor de Derecho Constitucional
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

Comentario

La sexta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago dio lugar a la suspensión del procedimiento que se sigue en contra del senador vitalicio Augusto Pinochet.

La sentencia dictada en la causa referida constituye, a nuestro juicio, un hito judicial y un progreso significativo en la defensa de los derechos fundamentales.

Un análisis desapasionado del fallo en comentario obliga a reconocer el tremendo impacto que él generara en el sistema procesal penal en Chile, razón por la cual creemos conveniente destacar varios aspectos interesantes que la resolución judicial mencionada recoge.

Lo primero que debe enfatizarse atañe a las razones que motivan el sobreseimiento temporal decretado. Contrariamente a lo que se intenta proyectar a la opinión pública, en cuanto a que el imputado estaría "loco o demente", la verdadera causa por la que se decretó la suspensión del procedimiento, bajo la modalidad de sobreseimiento temporal, radica en la aplicación de un principio universalmente reconocido, por lo demás, de una lógica meridiana: nadie puede enfrentar un debido proceso criminal que tiene por objeto establecer su responsabilidad penal si no está en condiciones de salud que le permitan defenderse de las imputaciones que se le formulen; si no se encuentra en condiciones de ejercer los derechos que para una eficaz defensa jurídica técnica le otorgan la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

Tal principio, admitido unánimemente por la dogmática constitucional, se encuentra recepcionado en la Constitución Política y en los tratados inter-

nacionales sobre derechos fundamentales. No obstante lo cual, el legislador estimó necesario explicitarlo en el nuevo Código Procesal Penal.

En el sentido indicado el fallo en análisis es notable, porque con el propósito de darle consistencia y configurar adecuadamente un concepto abierto como es el "debido proceso", recurre a un valioso soporte interpretativo, y da cuenta que en el nuevo sistema procesal penal el juez de garantía, en cualquier etapa del procedimiento, está obligado a cautelar las garantías judiciales penales del imputado adoptando de oficio o a petición de parte las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio. E incluso más, si las medidas que adopte no fuesen suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de sus derechos, el juez ordenará la suspensión del procedimiento.

Lo anterior, por lo demás, es una simple consecuencia de la aplicación del principio de la presunción de inocencia: el imputado debe siempre ser considerado y tratado como inocente mientras no se acredite su culpabilidad por medio de una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada.

Aquel postulado, no hay duda, contribuye también a darle contenido al concepto del "debido proceso", y nadie podría discutir que no tiene explícito reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal.

Los sentenciadores podrían haberse apoyado también en aquel principio para reforzar su lógica interpretativa, pero quizás por la obviedad que ello implicaba no lo hicieron, pues es indudable que a una persona a la que se le han imputado graves delitos debe encontrarse capacitada física y mentalmente para desvirtuados. De lo contrario, el estado de inocencia se erosiona gravemente, dándose el absurdo que el proceso podría seguir sustanciándose en su contra, a sabiendas de que no está en condiciones de defenderse, todo lo cual, lógicamente, es contrario a toda racionalidad e importaría alterar el *onus probandi*, sin perjuicio de que tal proceso se transformaría en una simple ficción o simulación. Pues mientras en el ejercicio de la acción punitiva el Estado podría acreditar la responsabilidad del imputado, éste, por la situación de inhabilidad en que se encuentra, no podría defenderse. De ello se derivaría además un quebrantamiento grave del principio de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Tales criterios de hermenéutica constitucional, en especial cuando los sentenciadores aplican el elemento sistemático que permite para precisar el sentido y alcance de una norma recurrir a otras leyes, de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía, en particular si ellas versan o tratan sobre la misma materia o asunto controvertido, es un especial acierto del fallo de mayoría. Porque con el propósito de armonizar o

conciliar, con criterio de justicia y equidad, y de precisar el contenido de un concepto abierto como es el debido proceso, acogen criterios que explícitamente están previstos en el nuevo ordenamiento procesal penal, más allá de la discusión de si aquel rige o no respecto de hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia.

Otro aspecto medular que debe ser realizado es que nadie podrá controvertir luego de esta resolución que las garantías constitucionales del "debido proceso" prevalecen por sobre toda otra disposición legal. Asimismo, que la Constitución dotada de supremacía es norma vinculante y, por ende, de "aplicación inmediata y directa" a "una situación de hecho o fenómeno jurídico o derecho determinados". Todo lo cual obliga a que entre diversas interpretaciones de la ley deba preferirse aquella "que más se ajuste a la Constitución", lo que ha traducirse en que los jueces están obligados "a interpretar sus contenidos de un modo sistemático" con el propósito de que con ello se "conduzca al efectivo reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos fundamentales".

De otra parte este fallo reivindica la plena vigencia y aplicación de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aquellas reconocidas en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que por mandato del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política todo órgano del Estado tiene el deber de respetar y promover.

Los sentenciadores se limitaron simplemente a cumplir con el aludido deber de respeto y promoción de derechos esenciales, entre ellos, las garantías judiciales penales del imputado, en especial aquella que tanto el Pacto como la Convención le reconocen, a ser informado previa y detalladamente de la acusación formulada, lo que lógicamente presupone encontrarse en la aptitud de entender los cargos, resituarse en la época en que los hechos ocurrieron, más aún cuando, como lo advierte la Corte, aquellos acaecieron hace más de 27 años y, por sobre todo, ejercer en plenitud el derecho a la defensa jurídica.

Quizás en este punto sea pertinente añadir que durante la tramitación en el Congreso Nacional del nuevo Código Procesal Penal, el Ejecutivo propuso establecer una norma que explícitamente estableciera que serían directamente aplicables al procedimiento penal la preceptiva constitucional que fije las bases generales del ordenamiento jurídico y las que establezcan los derechos y garantías individuales, como también aquellas otras contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, y las normas comunes a todo procedimiento, contenidas en

el libro I del Código de Procedimiento Civil, en cuanto estas últimas no se opongan a lo estatuido en la nueva normativa.

Se procuraba así posibilitar la aplicación directa de dicha preceptiva a la regulación del procedimiento penal.

De ese modo se quería reforzar la noción de que el procedimiento penal se organiza a partir del desarrollo de los principios generales del ordenamiento jurídico que regulan la relación entre el Estado y las personas, resaltando la importancia de la normativa constitucional y de derecho internacional por sobre los mecanismos procesales específicos consagrados en la ley, con el propósito último de que los jueces se vean obligados a trabajar integrando las normas procedimentales con las de carácter constitucional e internacional, interpretando y aplicando las primeras de modo que den cumplimiento a las exigencias contenidas en las dos últimas.

Se explicó que ésta era una disposición que siempre debía cumplirse. Asimismo, se sugirió una redacción alternativa, que considerara la aplicación de estos preceptos tanto al procedimiento como al juzgamiento penal, así como su carácter vinculante respecto de los órganos de persecución penal y de los órganos jurisdiccionales, y su aplicabilidad con preferencia al ordenamiento legal interno.

El artículo inicialmente aprobado por la Cámara de Diputados aclaraba que era posible aplicar directamente al procedimiento penal las normas contenidas en la Constitución Política o en tratados internacionales ratificados por Chile, por lo que no habría necesidad de esperar la aprobación de leyes que desarrollen las garantías allí previstas.

Sin embargo, otros estimaron innecesarias tales precisiones, y señalaron que las reglas constitucionales siempre serán aplicables y las de los tratados internacionales también, en virtud del mandato constitucional expresado a que ya se hizo mención. Por ello consideraron que era preferible que, en cada caso, el tribunal competente efectúe la interpretación que proceda.

Este criterio finalmente prevaleció, y es por ello que el artículo 52 del nuevo Código quedó circunscrito sólo a la aplicación supletoria en el procedimiento penal de las reglas comunes a todo procedimiento previstas en el Código de Procedimiento Civil. Los órganos colegisladores entendieron, como consta de la historia fidedigna del establecimiento de las normas contenidas en el nuevo Código, al igual que los sentenciadores, que la preceptiva constitucional e internacional es vinculante y, por ende, de aplicación inmediata y directa.

También merece destacarse la interpretación finalista y actualizadora de conceptos que otrora consultó la ley procesal penal. El juez no puede apearse a la letra restringida de la ley. No está ajeno, ni menos puede desatender la realidad que trae consigo el avance de la ciencia. Siempre deberá aplicar la norma con la visión que le impone el progreso científico. Todo lo anterior demuestra cuán infundada es la crítica que a veces se formula a la judicatura de ser simples exégetas o aplicadores formales de la ley.

En este sentido quizás conviene recordar que la principal discusión que ha tenido lugar en relación a la causa en referencia giró en torno a la amplitud de los exámenes a que hubo de someterse al imputado: si éstos sólo debían abarcar aspectos psiquiátricos o extenderse a una gama mucho más amplia de peritajes clínicos que permitieran indagar acerca del conjunto de afecciones que lo aquejan.

El carácter restrictivo con que se pretendía aplicar el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal fue totalmente descartado por el fallo dictado en alzada. En efecto, claramente la Corte reconoce que el ejercicio cabal e íntegro del derecho a la defensa comprende también la facultad del imputado para participar y colaborar eficazmente en ella, entender cabalmente su situación, ser oído, interactuar con el letrado que lo asista y el tribunal, lo que no sólo puede ponderar el tribunal con sujeción a criterios médicos restringidos.

Con todo, en este punto la sentencia también pudo aplicar como criterio de interpretación el elemento sistemático antes mencionado en referencia a otras normas del nuevo Código Procesal Penal, de momento que la aludida controversia se encuentra resuelta por diversas normas allí contenidas, todas las cuales permiten reforzar el sentido y alcance actualizador con que la Corte entendió y aplicó acertadamente la expresión contenida en el precitado artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Tal es así, pues el nuevo Código reconoce, entre los principios básicos del nuevo sistema procesal penal, el derecho de todo imputado a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, lo que presupone la aptitud física y mental para ello (art. 8°, inc. 2°), entre otros preceptos de los cuales se derivan análogas consecuencias.

Pero lo más relevante es que en el nuevo ordenamiento existe una disposición específica que resuelve de modo definitivo esta discusión.

En efecto, en el Senado mientras se estudiaban las normas relativas a las medidas de seguridad que pueden aplicarse a los enajenados mentales, se

trajo a colación el caso de aquellas personas que, con posterioridad al hecho que se investiga, vean debilitadas de tal manera sus aptitudes que por tal razón no pudieran ejercer eficazmente su derecho a la defensa. En esa oportunidad, incluso, se observó que ello era del todo pertinente, porque pudiera ser dudoso que tales situaciones quedaran comprendidas dentro del concepto normativo de "enajenado mental".

Podemos afirmar entonces que el Senado no tuvo duda alguna que podrían acogerse a la garantía de un racional y justo procedimiento que asegura la Constitución Política, y a las garantías judiciales penales que explicita en mayor medida la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, todos quienes por razones de salud no estuvieren en condiciones de enfrentar un proceso. Incluso se dejó expresa constancia que si bien tales derechos están suficientemente perfilados en los ordenamientos precitados, era preciso establecer un mecanismo expedito que permita hacerlos efectivos, ya que, de otra forma, tales garantías podrían resultar ilusorias.

En razón de lo anterior fue que se resolvió incorporar explícitamente la norma del artículo 10, que habilita, en cualquiera etapa del procedimiento, al juez de garantía para que de oficio o a petición de parte suspenda el procedimiento o decreta el sobreseimiento que corresponda cuando concluya que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales penales consagradas en la Constitución, en las leyes o en los tratados internacionales.

Se advierte así que no se exige ser loco o demente, como primitivamente se consultó en un Código más que centenario, para declarar que un imputado no está en condiciones de participar en el procedimiento por hallarse impedido de dar instrucciones a su defensa, o participar eficazmente en ella por su precaria condición de salud.

Pero quizás lo más notable de la sentencia que se analiza sea que por primera vez se reconoce la plena e inmediata vigencia del nuevo Código Procesal Penal. Sus disposiciones "se encuentran en pleno vigor y son por consiguiente de aplicación inmediata", no "sólo como elementos sistemáticos de interpretación de los últimos progresos legislativos en el ámbito de un nuevo ordenamiento protector de los derechos humanos", sino que por "constituir derecho y ley en plena vigencia" por aplicación del principio de la supremacía constitucional, entre otros abonados razonamientos jurídicos que se desarrollan en el fallo.

Una declaración como la expresada está llamada a producir trascendentales efectos expansivos en todos los procesos sujetos al deslegitimado pro-

cedimiento inquisitivo. Nadie podría excusarse de brindar un trato igualitario a inculpadados o procesados respecto de aquel que reciben los imputados sometidos al nuevo sistema procesal penal en algunas regiones del país, salvo, por cierto, que deliberadamente se omitiera la aplicación de los principios acogidos por esta sentencia.

En tal sentido el juez del crimen, tal como se le impone al juez de garantía y fue reconocido en el caso en referencia, deberá cumplir con la obligación de cautelar las garantías que la Constitución Política, los tratados internacionales o las leyes le reconocen al inculpadado o procesado cuando éste no se encuentre en condiciones de ejercer tales derechos.

Lo anterior es aun más evidente en el contexto de un Estado unitario, lo cual significa que en el país existe un sólo centro de impulsión política y gubernamental, una única Constitución Política y ordenamiento jurídico llamado a aplicarse en todo el territorio nacional y respecto de toda su población.

A pesar entonces del cronograma previsto para una aplicación gradual de la nueva institucionalidad procesal penal en el país, por decisión de la judicatura, el nuevo Código Procesal Penal, en lo que atañe a los derechos sustantivos o garantías judiciales penales allí reconocidos, en consonancia con la preceptiva constitucional y las normas contenidas en los tratados internacionales, rige en todo el territorio nacional desde que aquél entró en vigencia.

Pareciera que deliberadamente se quiere olvidar que el nuevo Código no consulta únicamente normas de procedimiento. Precisamente con el propósito de realzar tal aserto se lo denomina "Código Procesal Penal", como una manifestación concreta de que en él se asegura un conjunto muy amplio de derechos y garantías sustantivos para los justiciables.

Lo anterior es aun más evidente si gran parte de aquella normativa no resulta incompatible y es posible armonizarla con el sistema procesal penal que se reemplaza.

Carecen, por lo tanto, de todo sustento jurídico las apreciaciones formuladas en orden a que la sentencia en análisis habría aplicado una legislación que no se encontraría vigente.

En efecto, la norma constitucional transitoria que se invoca sólo es posible interpretarla en lo que atañe a la aplicación gradual de la reforma procesal penal únicamente en lo concerniente a su implementación orgánica. Esa progresividad sí se justifica en la necesidad de asegurar su éxito, corregir

los defectos que se observen, preparar la estructura material que ella demanda y, en especial, capacitar a todos los actores del nuevo sistema, pero en caso alguno puede servir de pretexto para negar derechos sustantivos a las personas atendiendo a las regiones en que habitan en el país.

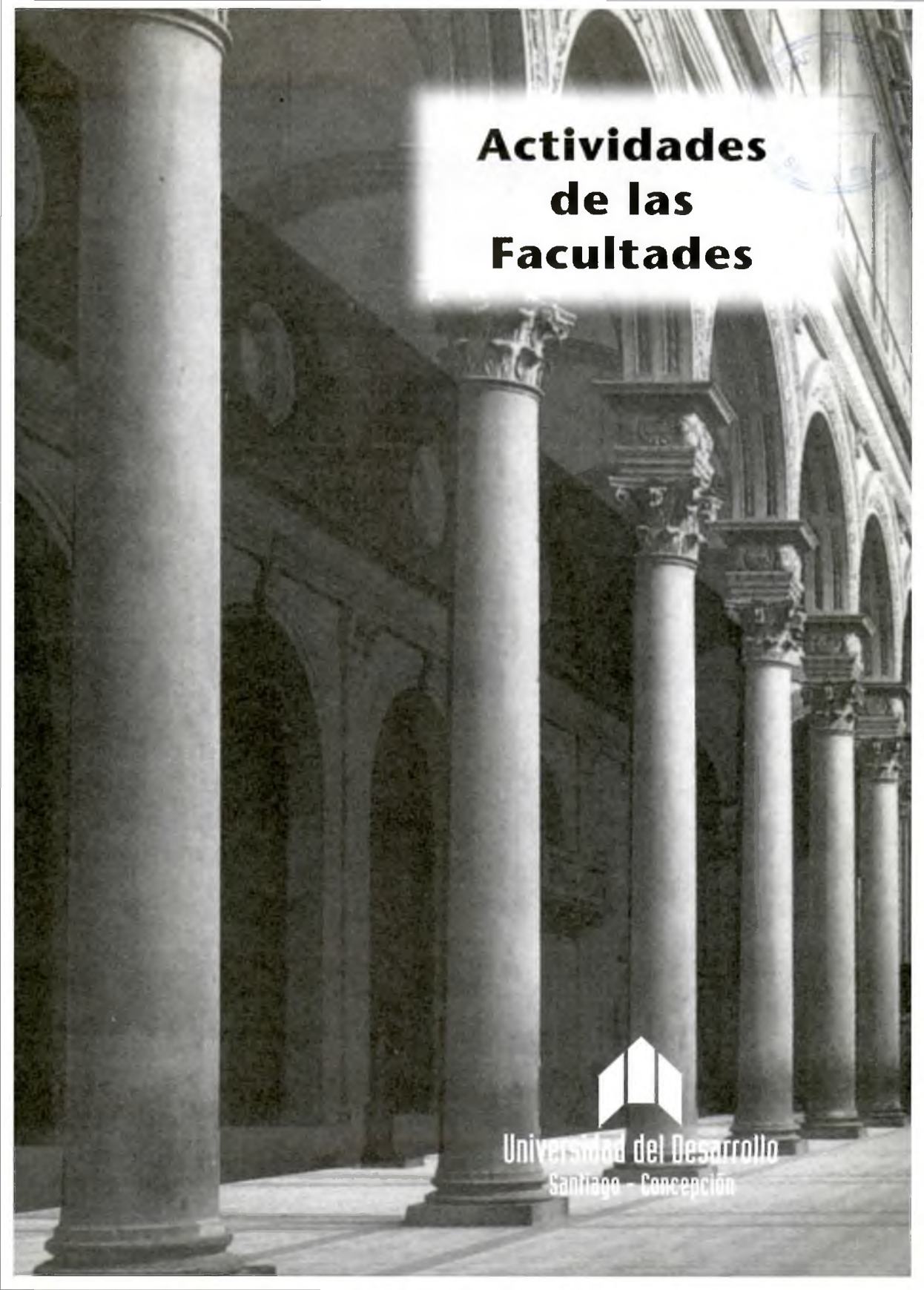
Si no fuera aquel el sentido y alcance con que la preceptiva transitoria debe ser interpretada, a lo menos debiéramos concluir que ella introduce una flagrante excepción a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley y de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, sin perjuicio además de alterar la esencia unitaria de nuestra forma jurídica de Estado. En tal sentido, por constituir una excepción en el reconocimiento de derechos y garantías que la Constitución Política asegura a todas las personas, como así también al modificar una de las bases de nuestra institucionalidad, debiéramos convenir que la precitada disposición transitoria modificó, entre otros preceptos, el artículo 19 N^{os} 2 y 3 y el artículo 3, respectivamente, de la Carta Fundamental, lo que solo habría sido posible, teóricamente, si ello se hubiera aprobado con el quórum de reforma agravado de los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio, exigencia que no fue cumplida en el Senado, pues sólo concurrieron a sancionar aquel precepto 30 señores senadores de un total de 46 que estaban en ejercicio, todo lo cual consta en el Boletín de Sesiones de esa Corporación (Sesión 1^a, 3 de junio de 1997, pág. 59).

Pero prescindiendo del vicio de inconstitucionalidad de forma de que adolece la referida norma transitoria, ella jamás pudo ser aprobada por cuanto desconoce otra de las bases de la institucionalidad: el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como así también el deber de todo órgano del Estado de respetar tales derechos, tanto los reconocidos por la Constitución, como así también los asegurados por los tratados internacionales. Se ignora de esa forma que el poder constituyente derivado está sujeto a los límites sustantivos indicados que no se pueden transgredir. De allí entonces que una disposición transitoria, aunque en apariencia sea manifestación de aquella potestad, puede adolecer de un vicio de inconstitucionalidad de fondo. Tanto más cuando es indiscutido, desde el punto de vista doctrinario como normativo, que una reforma constitucional puede ser contraria al propio texto de la Carta Fundamental.

Es indiscutido también, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, que las normas de la Constitución deben interpretarse de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, y ninguna interpretación de la Carta Fundamental puede conducir a dejar sin aplicación un determinado precepto en ella contenido, a excepción de aquellos que sean inconciliables con normas receptoras de principios o valo-

res que para el constituyente se sitúan en un plano de jerarquía superior o revisten una mayor cotización (roles N°s 5, 33, 43, 46, 67, 259 y 279). Así ocurrió, por ejemplo, al dejarse de aplicar, por vía interpretativa, una norma transitoria que fijaba una determinada fecha de instalación del Tribunal Calificador de Elecciones, que de haberse impuesto hubiera erosionado seriamente los principios del sistema democrático recepcionados en la Carta Fundamental.

Las diversas reservas que desde el punto de vista constitucional hemos enunciado en relación a la disposición transitoria agregada por la reforma constitucional que creó el Ministerio Público en 1997, y que facultó al legislador orgánico constitucional para establecer una entrada en vigencia gradual del nuevo modelo de persecución penal, sólo podrá salvarse entendiendo que el único criterio de hermenéutica posible es aquel que permita armonizar dicho precepto con las normas que aseguran bienes jurídicos de mayor jerarquía: los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tal cual fue reconocido en el fallo que comentamos al señalarse explícitamente que siempre habrá de privilegiarse una interpretación que "conduzca al efectivo reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos fundamentales".



Actividades de las Facultades



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Actividades de Extensión de la Facultad de Derecho (Santiago)

Primer semestre 2001

Fabiola Vergara Ceballos

Coordinadora de Carrera

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En el primer semestre del presente año académico se han realizado diversas actividades de extensión, entre las que cabe destacar:

1. Conmemoración de los 20 años de la Constitución Política de 1980

El 8 de marzo se realizó una jornada de reflexión sobre "La Constitución de 1980: 20 años de vigencia".

En esta oportunidad los expositores Sra. Luz Bulnes Aldunate, Sr. José Luis Cea Egaña, Sr. Carlos Cruz-Coke Ossa y Sr. Hermógenes Pérez de Arce, abordaron aspectos fundamentales de la Constitución, tales como la Forma de Gobierno y la Potestad Reglamentaria, Visión General de la Constitución, Bases de la Institucionalidad y Garantes de la Institucionalidad.

2. Inauguración del año académico 2001

El 9 de abril del presente año se realizó la ceremonia de inauguración del año académico 2001, presidida por el Ministro de Justicia, Sr. José Antonio Gómez; el Presidente de la Excelentísima Corte Suprema, Sr. Hernán Alvarez; el Rector de la Universidad del Desarrollo, Sr. Ernesto Silva Bafalluy; el Vicerrector Académico, Sr. Sergio Hernández Ollarzu; el Decano de la Facultad de Derecho, Sr. Pablo Rodríguez Grez, y la Directora de la carrera de Derecho, Sra. Cecily Halpern.

Como ya es tradición, en esta ocasión se distinguió a los mejores alumnos de cada nivel y se entregó el premio Roberto Dávila Díaz, instituido en

reconocimiento al alumno egresado con las más altas calificaciones a lo largo de su carrera, a la Sra. Cecilia Muñoz Echeverría.

3. Ciclo de Cursos de Actualización Jurídica “Cambios Legales del Período 1989-2000”

En el mes de abril se dictaron cursos relativos al Nuevo Procedimiento Penal, en el que participaron los profesores Raúl Tavolari, Alberto Chaigneaux, Mauricio Ducce, Patricio Valdés, Cristián Maturana, Juan Arab, Domingo Kokish, Enrique Tapia, Carlos Pecchi y Alex Carocca.

En mayo se dictaron los cursos de actualización en materia de Derecho Civil, participando como exponentes los profesores Sra. Helga Marchant y Sres. Pablo Rodríguez, Hugo Rosende, Angel Cruchaga, Oscar Herrera, César Parada, Ambrosio Rodríguez, José Manuel Figueroa y Gustavo Cuevas M.

El análisis de las reformas legales en materias laborales y de seguridad social se realizó en el mes de junio e intervinieron como expositores los profesores Sra. Cecily Halpern y Sres. Héctor Humeres, Osvaldo González y Alfredo Grasset.

En el mes de julio se desarrolló el curso de actualización en Derecho Penal, contando con la participación de los profesores Sres. Luis Bates, Sergio Yáñez, Juan Carlos Cárcamo y Hugo Rivera.

Finalizará este ciclo en el mes de agosto del presente año, correspondiendo el estudio de las reformas legales en materias de Derecho Económico y Comercial.

Participarán los profesores Sres. Rafael Gómez, Manuel Montt, José Tomás Hurtado, Rafael Cruz y Luis Montt.

4. Foro “Las Normas Laborales a la Luz de la Moral Cristiana”

El jueves 31 de mayo se realizó, en el Aula Magna de la Universidad del Desarrollo, el Foro “Las Normas Laborales a la Luz de la Moral Cristiana”, en conmemoración de los 110 años de la Encíclica *Rerum Novarum* (1891) y 70 años del primer Código del Trabajo chileno (1931).

Esta actividad contó con la participación de los Sres. Heriberto Becker, Capellán de la Universidad del Desarrollo; William Thayer, profesor universitario y ex Ministro del Trabajo; René Cortázar, ex Ministro del Trabajo; Ricardo Claro, empresario, y Arturo Martínez, Presidente de la CUT.

5. Ley de OPAS. Efectos en las Sociedades Anónimas. Impacto en el Mercado.

Este seminario se desarrolló el 28 de junio en la sala de Conferencias de la SOFOFA y su propósito fue analizar el impacto que ha tenido la Ley 19.705 en su aplicación práctica en el mercado financiero y accionario.

Esta actividad contó con la participación de destacados panelistas, tales como José Antonio Silva Bafalluy, abogado Carey y Cía; Cristián Solís de Ovando Lavín, socio Finanzas Corporativas; Arthur Andersen y Hernán Somerville Senn, abogado y Presidente de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras, entre otros.

6. Publicaciones

El 21 de junio se realizó, con la colaboración de la Cámara Chilena de la Construcción, el lanzamiento de la publicación "Derecho Urbanístico", que contiene los trabajos premiados de los abogados participantes en el Postítulo "El Abogado frente a la Administración", impartido por esta Facultad en el año académico 2000.

Al respecto, se publican a continuación las palabras pronunciadas por el coordinador del postítulo, profesor Rafael Cruz Fabres, y del profesor de urbanismo y Construcción, don Patricio Figueroa Velasco, respectivamente:

"Nos hemos reunido en esta ocasión para presentar la primera selección de trabajos premiados en la especialidad de Derecho Urbanístico, incluida en el diplomado sobre "El Abogado frente a la Administración", que impartiera nuestra Facultad de Derecho el año recién pasado.

Este resultado magnífico, al cual se referirá en forma pormenorizada el profesor Figueroa, se debe en alto grado a la versación y acertada guía de este maestro, quien dirigió con éxito las investigaciones de los alumnos galardonados.

Deseo destacar que lo obtenido no es obra del azar o el fruto de un toque de la fortuna. Se trata de un proyecto de esta Universidad que procura acercar el conocimiento académico a las necesidades, cada vez más variadas y exigentes, que imperan en el ejercicio de la profesión, valiéndose para ello de la cooperación de profesores, de alumnos y de la empresa privada.

La presencia del señor Rector en esta ceremonia constituye un alentador respaldo a nuestros planes, destinados a la capacitación de los profesionales del derecho que laboran en el área emprendedora del sector privado o en funciones delicadas del ámbito público o de la Administración.

La asistencia del señor Presidente de la Cámara Chilena de la Construcción señala un fuerte compromiso de esta entidad con nuestro Proyecto Académico. Valoramos y agradecemos tanto su aporte material como el hecho de que ese apoyo provenga de quienes se caracterizan por desarrollar una actividad emprendedora, incierta, audaz y creativa, como es la edificación. Actividad noble, que mueve la economía y fomenta el empleo, satisfaciendo con su quehacer las necesidades públicas y privadas.

La confluencia de ambos esfuerzos, de la Universidad y de la Cámara, habría quedado incompleta y los empeños comunes posiblemente frustrados, de no mediar el entusiasmo puesto por nuestros alumnos y profesores del postgrado. Todos entregaron al servicio del proyecto sus mejores capacidades, lo cual ha culminado con las obras que ahora presentamos.

Lo realizado se ajusta al nuevo estilo de enseñanza y línea de investigación que propicia nuestro Decano, don Pablo Rodríguez Grez. Este modelo consiste en propender al conocimiento y dominio de los principios que informan las instituciones jurídicas y con ellos permitir a los alumnos adentrarse en los contenidos normativos y reglamentarios, de modo que aplicándolos a casos concretos se formulen soluciones creativas y ecuanímes.

Esa forma de entender el derecho y su docencia permite a todos los miembros de la sociedad participar en la creación y robustecimiento del Estado de Derecho, dejando atrás la concepción de que éste se elabora de manera exclusiva y excluyente por las autoridades estatales.

En sintonía con el pensamiento de nuestra Facultad, el derecho urbanístico se concibe sobre la base de la trilogía compuesta de la acción de la autoridad en resguardo del bien común, de la actividad emprendedora de los particulares y de la participación activa de la comunidad. Esta tarea conjunta resulta inoperante o deriva en el caos o la arbitrariedad si no está supervisada por el poder jurisdiccional. A éste corresponde velar por el respeto de la supremacía constitucional, el resguardo del principio de legalidad y el amparo de las garantías constitucionales, especialmente del derecho de propiedad y de la función social del dominio, así como la igualdad de los habitantes ante la ley y la repartición equitativa de las cargas públicas.

Es en el marco indicado donde se concilian los intereses y aspiraciones de los diversos actores en el derecho urbanístico, cuyo objeto es permitir a las personas vivir en un entorno amable y ordenado, que asegure la calidad de vida de los habitantes en armonía con el medio ambiente. Es ésta la forma de hacer posible la paz social y la coexistencia de los hombres entre sí y de éstos con la naturaleza.

El derecho urbanístico es, pues, una síntesis del derecho público y del derecho privado, y su concreción, el fruto de una creación colectiva.

Mas todo lo expuesto requiere en su puesta en práctica de un profundo sentido ético. Sin éste, la tarea del abogado se corrompe, desnaturalizando su auténtica vocación, que obliga a obrar conforme a derecho, sirviendo a la justicia y al bien común de la sociedad.

Esa concepción exige, además, una fuerte dosis de creatividad e imaginación, que evite transformar al abogado en un mero repetidor de fórmulas anquilosadas, divorciadas de la realidad. Por el contrario, el cultivo de esa creatividad e imaginación proporciona a los operadores jurídicos herramientas eficaces para adaptarse a la dinámica de los cambios científicos, tecnológicos y económicos, así como a la inagotable capacidad de iniciativa de los particulares.

Finalmente, la visión de nuestro Decano requiere de audacia, tan propia de quienes luchan por vencer el acatamiento mecánico de costumbres o hábitos obsoletos o de aquellos que hacen frente periódicamente a los riesgos de todo nuevo emprendimiento.

Con íntima satisfacción hemos querido presentar y festejar la primera selección de trabajos premiados en nuestro programa de postgrado, que nos permite comprobar que nuestro sueño universitario es posible hacerlo realidad.

Por eso, a todos quienes han intervenido en el logro de este valioso objetivo, llegue nuestro reconocimiento y gratitud, y en especial a todos los aquí presentes, invitándolos cordialmente a seguir acompañándonos en los futuros programas de docencia, investigación y extensión.

Muchas gracias".

•

“Es un hecho indiscutible que en Chile, al igual que en la mayor parte de los países, desde mediados del siglo pasado se ha venido produciendo una constante y creciente peregrinación de personas desde los campos hacia las ciudades, especialmente las de mayor tamaño. Ha sido un camino sin retorno, ya que no obstante todos los problemas existentes en las ciudades, el hombre moderno siente el embrujo irresistible de la gran ciudad. Lo dicho se comprueba en nuestro país con las estadísticas, que nos indican que al 30 de junio del año pasado, del total de la población chilena, estimada en 15.211.308 personas, el 85,58% vivía en ciudades, esto es, 13.018.924 personas. Cabe señalar que sólo en la Región Metropolitana habitan más de 6.000.000 de personas, esto es, aproximadamente el 45% de la gente que vive en áreas urbanas.

La sola consideración de estas cifras justifica plenamente que el tema de la “ciudad” ha venido progresivamente ganando espacios en la preocupación ciudadana. Cabe recordar que la actual Constitución incorporó como derecho fundamental el de “vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, y entre las limitaciones al derecho de propiedad se estableció “la conservación del patrimonio ambiental”. Nuestra Carta Fundamental es categórica en el reconocimiento del derecho de propiedad, pero igualmente lo es en cuanto a reconocer que mediante ley este derecho puede ser sometido a las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Esta mayor conciencia de los habitantes de la ciudad respecto de sus derechos urbanos ha dado lugar, en los últimos años, a numerosos conflictos de que han debido conocer las autoridades políticas, administrativas, municipales y, en muchas oportunidades, el Poder Judicial. Baste recordar asuntos relativos con vertederos, torres en altura, conjuntos armónicos, antenas, desafectaciones de áreas verdes y espacios públicos, cesiones gratuitas de terreno, obligaciones relacionadas con alcantarillado, ruidos ambientales, estacionamientos subterráneos en plazas o avenidas, construcciones de mala calidad, etc.

El “Urbanismo”, como lo señala un autor, es el arte de hacer ciudad –siendo la libertad lo propio del verdadero arte–, correspondiendo al Derecho Urbanístico ser el cauce normativo de este arte, formulando reglas obligatorias de interés colectivo, permitiendo determinadas alternativas y descartando o prohibiendo otras; señalando lo que puede hacerse y cómo debe procederse para hacerlo, y, al mismo tiempo, excluyendo y hasta sancionando actuaciones o soluciones que se estimen inconvenientes.

Se ha discutido mucho en la doctrina acerca de si el Urbanismo constituye una rama autónoma del derecho, o una rama del derecho administrativo o un derecho especial, que participando de las normas del derecho privado y del derecho administrativo ofrece ciertas peculiaridades, especialmente en cuanto a que la función social es un instrumento básico del inmueble urbano.

A nuestro juicio, lo realmente importante es que la ciudad, como eje de la vida económica y social de las personas, incorpore rápidamente y de manera eficiente los progresos del arte de proyectar, construir y mantener la ciudad, para hacerla grata y atractiva a sus habitantes, considerando tanto el interés general de la comunidad como el derecho de los propietarios de inmuebles. Las normas de urbanismo tienen la difícil misión de armonizar los intereses públicos con los privados: deben promover y facilitar la relación entre la autoridad pública, como ente de control del interés general de la comunidad, con los derechos de los particulares, que constituyen el factor dinámico del desarrollo en las modernas ciudades, especialmente en los países en que se vive una economía social de mercado.

Señalados los objetivos básicos de las normas sobre urbanismo y construcción, cabría formularse la pregunta si nuestra legislación cumple adecuadamente o no con tales objetivos. Creemos realmente que la normativa jurídica chilena en materia de urbanismo y construcción requiere urgentemente de una actualización que ponga fin a los numerosos vacíos, rigideces e inconsecuencias que ella contiene, pudiendo, a vía de ejemplo, destacar algunos de ellos:

1) La Ley General de Urbanismo y Construcción está contenida en el Decreto Supremo 458 del MINVU del año 1976 y recoge, con modificaciones, normas del D.F.L. 345, del año 1931, del Gobierno de Ibáñez, es decir, tanto la normativa actual como la que le sirve de antecedente no tienen su origen en leyes, sino en D.F.L. o D.L. Por otra parte, si se considera que la Constitución Política del año 1980 es posterior a la actual Ley de Urbanismo y Construcción, y que esta Constitución reforzó y perfeccionó el derecho de propiedad, el derecho al libre desarrollo de actividades económicas, la igualdad ante la ley, etc., podrá comprobarse que numerosas disposiciones de la actual Ley de Urbanismo y Construcción chocan abiertamente con las garantías establecidas en nuestra Carta Fundamental. Se hace, pues, indispensable que una nueva ley sea dictada respetando las garantías constitucionales.

*2) También debe considerarse que conforme a nuestra Constitución, "sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y **las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social**". Esta norma choca abiertamente, con la L.G.U. y C., que establece distintos tipos de planes reguladores que regulan el uso, destino y empleo de las propiedades, estableciendo importantes obligaciones, limitaciones y prohibiciones a los propietarios de inmuebles. No hay duda que la inspiración de estos planes reguladores es cumplir con la "función social" del derecho de propiedad, pero el hecho es que tales planes reguladores no tienen como fuente la ley; además, es importante señalar que en la elaboración de estos instrumentos hay una escasa participación ciudadana, y no están sometidos*

a un control de constitucionalidad, pues escapan al control del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, no obstante que pueden afectar al derecho de propiedad en forma tanto o más acentuada que lo que hace una ley. Estamos conscientes de la importancia de la planificación en el desarrollo de las ciudades, pero estimamos que en un Estado de Derecho no es posible que en una materia tan importante como la que regulan los planes reguladores, el derecho esté ausente. Es, pues, labor importante de los juristas buscar los medios adecuados para armonizar el progreso y desarrollo de las ciudades con el Estado de Derecho, en forma que planificación urbana y derecho de propiedad sean compatibles.

3) Nuestra legislación urbana actual adolece también de gravísimos vacíos y errores en cuanto al uso del suelo. En efecto, todos conocemos la existencia del D.L. 3.516, del año 1980, sobre subdivisión de predios agrícolas, que permite sin cortapisas la división de los terrenos agrícolas en propiedades de no menos de media hectárea, estableciendo que deberán mantener su destino agrícola. Ahora bien, todos sabemos, como lo ha señalado el arquitecto y urbanista don Salvador Valdés, que estas parcelas se han transformado en la "ciudad invisible", ya que proliferan por todas partes, sin ningún tipo de exigencias urbanísticas, y en definitiva su existencia pesa sobre el Estado y las Municipalidades, cuando los compradores de estas parcelas presionan por seguridad ciudadana, caminos, hospitales, escuelas, etc. Este problema de las denominadas "parcelas de agrado" requiere urgente solución legislativa.

4) En materia urbanística y de construcción es de extraordinaria importancia la jerarquía jurídica de las distintas normas que regulan la materia, y que esta jerarquía se construya sobre la base de las normas constitucionales. En pocas materias como ésta es tan importante tener normas flexibles, que puedan adaptarse bien a los cambios sociales y a las nuevas modalidades y técnicas del urbanismo. De aquí que deben esclarecerse las materias propias de la ley, como norma general y obligatoria, recogiendo claramente las limitaciones, prohibiciones y obligaciones relacionadas con la propiedad. Igualmente, los Reglamentos y/o Decretos Supremos, y en este caso, especialmente la denominada Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, debe cumplir su rol reglamentario conforme a las normas constitucionales, sin invadir el campo de materias que son propias de la ley, esto es, de reserva legal, todo ello sin perjuicio de lo que ya hemos indicado sobre la institución de los planes reguladores. Actualmente existe una gran confusión en la jerarquía jurídica de las normas de urbanismo y construcción, por lo que mientras ello no se solucione, será una fuente permanente de conflictos que dificultarán el desarrollo y progreso de la ciudad.

5) Por otra parte, una institución tan importante en materia de construcción, como el "Permiso de Construcción", tiene una regulación legal incompleta que está provocando cada día más conflictos. En efecto, por una parte, el

Permiso de Construcción es el pilar de la inversión inmobiliaria, pero al mismo tiempo debe considerarse que interesa no sólo al propietario del terreno a construir, sino también a la comunidad, especialmente a los vecinos. De aquí la necesidad de establecer un sistema que cumpla dos objetivos básicos: a) Permitir a la comunidad, y especialmente a los vecinos, conocer de los proyectos importantes de construcción cuando están en etapa de estudio y aprobación; y b) Que el "permiso de edificación", una vez otorgado y ejecutoriado, es decir, vencidos los plazos para reclamar, no pueda ser impugnado ante ninguna autoridad ni tribunal, evitando en esta forma la paralización de construcciones efectuadas, a veces, con permisos de larga data.

6) Oportuno parece también señalar que desde hace años nos hemos debatido estérilmente en la discusión sobre las ventajas o inconvenientes del sistema de los "límites urbanos". En realidad, es mucho lo que se puede decir, fundamentalmente, en uno y otro sentido. Enmarcar la ciudad como en una camisa de fuerza parece contrario a la realidad, sentido común y progreso de las ciudades. Por otra parte, la libertad absoluta de urbanizar y construir en cualquier parte del territorio pone en grave peligro la agricultura nacional.

En el urbanismo moderno se está hablando desde hace tiempo de soluciones adicionales o complementarias, como las Zonas de Desarrollo Urbano Condicionadas, que en nuestro país han sido materia regulada sólo en la Ordenanza del Plan Regional Metropolitano de Santiago y en algunas circulares del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, normas que han sido criticadas porque podrían favorecer intereses particulares y no tener un marco constitucional y legal que garantice la igualdad ante la ley. Las críticas parecen fundamentadas, pero también debe considerarse que la idea en sí podría dar lugar a un sistema muy innovador para el dinamismo y crecimiento de las ciudades, sobre bases urbanísticas y sociales adecuadas, siempre que sea materia de ley, respetando las garantías constitucionales.

*Todo lo que hemos dicho, muy resumidamente, más la mención de muchas otras materias que podríamos indicar, justifican ampliamente que el **Urbanismo** y la **Construcción**, materias típicamente interdisciplinarias, requieren de la atención urgente del Gobierno, legisladores, urbanistas, arquitectos, abogados, y de otras profesiones, para poder dar paso a una normativa legal, reglamentaria y técnica que sea una adecuada respuesta al crecimiento de las ciudades y al legítimo derecho de sus habitantes a vivir en un medio ambiente grato, respetuoso de los derechos de cada ciudadano a la luz, sol, áreas verdes y adecuadas vías de comunicación, etc., que son indispensables en la vida moderna.*

De este gran desafío se hizo eco el año recién pasado la Universidad del Desarrollo, que a través de su Facultad de Derecho planificó que dentro de un curso de postítulo para abogados se desarrollara como una especialización el tema

“Urbanismo y Construcción”, curso que tuve el honor y la satisfacción de impartir a un selecto grupo de abogados deseosos de poder conocer con mayor profundidad estas materias y contribuir con sus capacidades profesionales a lograr las metas que aquí hemos esbozado. En este curso, de duración de un semestre, cada uno de los alumnos, en forma individual o en pequeños grupos, desarrolló trabajos de tesis con mucha dedicación y responsabilidad.

Es así como en este acto universitario tenemos el agrado de compartir con ustedes una selección de estos interesantes trabajos, los que acaban de ser publicados por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, con el auspicio y cooperación de la Cámara Chilena de la Construcción, la cual desde el primer momento ha comprendido la importancia de incentivar las publicaciones de esta naturaleza, que tiendan a conocer y perfeccionar nuestra legislación en materias urbanas y de construcción.

El libro que hoy día la Universidad del Desarrollo entrega al conocimiento del público comprende cinco trabajos a los cuales me referiré brevemente.

*a) El primer trabajo se titula **“Principios del Derecho Urbanístico como fuente normativa del desarrollo urbano y las Zonas de Desarrollo Condicionado como instrumento del urbanismo moderno”**. Sus autores son los abogados Robert Gillmore Landon y Pablo Guerrero Ponce.*

Esta investigación selecciona muy adecuadamente la doctrina del Derecho Urbanístico, sistematizando los principios jurídicos orientadores del urbanismo en la doctrina moderna, con especial énfasis en nuestro derecho, especialmente sobre la base de nuestra Constitución Política del año 1980, y de las normas legales atingentes en Chile al urbanismo y construcción. El trabajo contiene, además, una muy interesante relación del sistema, recientemente incorporado a nuestro régimen legal –aunque aún en forma muy precaria– relativo a las Zonas de Desarrollo Condicionado, que constituye el primer paso para un sistema flexible de urbanización y construcción, en que se conjuguen adecuadamente el interés de la comunidad y el de los inversionistas particulares.

*b) El segundo trabajo se titula **“Exigencias ambientales que deben cumplir los proyectos inmobiliarios durante su etapa de construcción conforme al ordenamiento jurídico”**, trabajo del cual son sus autoras las abogadas doña Luisa Inés Galarza Ossa y doña Rosario Quinlan Carey.*

En esta investigación se exponen ordenadamente diversos antecedentes sobre la materia que se han venido produciendo en nuestro medio, precisándose conceptos relacionados con el tema, con un interesante acopio de jurisprudencia administrativa y judicial existente sobre la materia. Se explica la normativa ambiental relacionada con los planes reguladores y hay un capítulo espe-

cial sobre evaluación del impacto ambiental en megaproyectos inmobiliarios.

c) El tercer trabajo se titula "**El permiso de edificación**", siendo su autor el abogado don Francisco Echeverría Maroto.

Este estudio tiene un notorio interés jurídico y práctico para la actividad de la construcción. Su estilo es claro y conciso. Las opiniones están bien fundamentadas y hay abundante apoyo de la jurisprudencia nacional sobre la materia. Especial interés, a nuestro juicio, tiene el análisis y crítica del fallo de la Corte Suprema de 20 de octubre de 1999, que admitió la revocabilidad del permiso de edificación por parte de la propia autoridad que lo otorgó, esto es, el Director de Obras Municipales. También contiene esta investigación una síntesis sobre las posiciones doctrinarias existentes en cuanto a la revocación de los actos administrativos en la doctrina jurídica chilena.

d) El cuarto trabajo ha sido desarrollado por el abogado don Cristián Peralta H., y versa sobre "**Reclamaciones administrativas en materia de Urbanismo y Construcción**". La investigación aborda esta materia con orden, sistematización y una redacción clara que facilita su lectura. El trabajo contiene, además, un buen aprovechamiento de la jurisprudencia judicial y administrativa existente sobre la materia, con la transcripción de los considerandos de mayor interés de los fallos que cita. Es una investigación de evidente interés práctico.

e) Finalmente, el quinto y último trabajo corresponde a una monografía denominada "**Análisis crítico de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales**", de la cual es autor el abogado Alfredo Sierra H.

Es bien sabido que esta Ley adolece de graves deficiencias y que no ha sido capaz de producir los efectos que se tuvieron en vista en su dictación, en cuanto a la conservación del Patrimonio Histórico Nacional; además, contiene normas de muy dudosa constitucionalidad. Por todo ello, el trabajo del abogado Sierra es un aporte sobre esta materia e incluye antecedentes poco conocidos. No hay duda que este trabajo será de gran utilidad para cualquier modificación de esta ley.

Para terminar sólo me resta señalar que los trabajos antes indicados, al igual que otros que por el momento no pudieron ser publicados, constituyen el primer paso para que un grupo cada vez mayor de abogados y personas de otras profesiones se interesen en colaborar en la solución de los múltiples problemas que acarrea el desarrollo de las ciudades, teniendo la seguridad de que ello contribuirá a un mayor prestigio del derecho como elemento determinante para el bienestar ciudadano y paz social".

7. Actividades estudiantiles

- Los días 13 y 14 de marzo, los alumnos del primer año de la carrera concurren, acompañados por los profesores Sres. Rafael Cruz Fabres y Jaime Williams Benavente, al Congreso Nacional.

El objetivo de esta visita fue tener un acercamiento con la labor legislativa que en él se desarrolla, para lo que fue fundamental la guía e información de los diputados Sres. Rodrigo Alvarez y Waldo Mora, y Senadores Sres. Andrés Chadwick y José Antonio Viera Gallo.

- Como una actividad complementaria a la cátedra de Introducción al Derecho, los alumnos del primer año de la carrera concurren junto al profesor Sr. Jaime Williams Benavente al LABOCAR (Instituto de Criminalística de Carabineros de Chile) en el mes de junio del presente año.

Luego de asistir a una exposición relativa a los orígenes de este organismo y su labor en la asistencia a los jueces del crimen en materia de peritajes, los alumnos visitaron los distintos laboratorios (huellas, documental, balística, tanatología, entre otros), apreciando el trabajo ahí realizado.

8. Admisión 2001

El proceso de admisión del año 2001 fue sumamente exitoso, toda vez que no sólo aumentó significativamente el ingreso al primer año de la carrera (incremento de un 29%), sino que, además, se apreció una notable mejoría en los puntajes de los postulantes (en el tramo superior a 700 puntos se apreció un alza de un 300% en el puntaje promedio ponderado). El significativo aumento en el ingreso trajo, como consecuencia, el que se abrieran 2 secciones paralelas en el primer y segundo año de la carrera

9. Infraestructura

En el año 2001 aumentó el espacio físico ocupado por esta Facultad de Derecho, la que, junto con habilitar nuevas oficinas administrativas, creó seis Departamentos que a continuación se indican, destinados a mejorar el desarrollo y coordinación de las cátedras:

- Ciencias del Derecho e Historia del Derecho. Directora Sra. Ximena Pulgar Núñez
- Derecho Procesal. Director Sr. Carlos Pecchi Croce
- Derecho Público. Director Sr. Iván Aróstica Maldonado
- Derecho Privado. Director Sr. Hugo Rosende Alvarez
- Derecho de la Empresa. Director Sr. Héctor Humeres Noguera
- Derecho Penal. Director Sr. Hugo Rivera Villalobos

Además, se incorporó al cuerpo administrativo una Coordinadora de Asuntos Estudiantiles y Extensión, encargada de la atención primaria de los alumnos y apoyos en las actividades de extensión de la Facultad.

10. Visitas de académicos extranjeros

En el mes de abril de este año recibimos la visita del académico de la Universidad Internacional de Cataluña Sr. Andreas Böhmler, ingeniero comercial y doctor en filosofía, con quien se analizó la posibilidad de realizar intercambios con universidades españolas.

Cabe hacer presente que es interés de la Universidad del Desarrollo, en general, y de esta Facultad, en particular, el promover el que nuestros estudiantes realicen estudios en el extranjero, de manera de consolidar su formación jurídica.

11. Proyectos de investigación

La Universidad del Desarrollo cada año abre un concurso "Fondo de Investigación" que tiene por objeto otorgar apoyo económico a los proyectos de investigación de sus académicos. Este año la profesora de Derecho Romano Sra. Angela Catan Atala ganó el concurso con el proyecto titulado "De los Orígenes del Derecho a la Defensa en el Proceso Privado Romano y su Proyección en el Derecho Castellano, Indiano y en la Codificación", cuyo principal aporte reside en el estudio de un principio general del Derecho como es el de la defensa desde sus orígenes en el Derecho Romano Clásico, su pervivencia a través del tiempo y espacio y su recepción en las normas relativas a las notificaciones en el Código de Procedimiento Civil.

12. Proyectos Fondecyt

La Facultad, en el año 2001, presentó 3 proyectos Fondecyt, en las áreas de Derecho Laboral y Económico, Ética Jurídica y Derecho Romano.

13. Reunión de Decano con alumnos

Durante el primer semestre del año en curso el Decano de la Facultad de Derecho, Sr. Pablo Rodríguez Grez, ha realizado reuniones periódicas con los alumnos de los distintos niveles de la carrera, con el objeto de conocer sus inquietudes y sugerencias relativas al desarrollo de las cátedras.

Estas reuniones, que cuentan con una importante asistencia de los alumnos, se han desarrollado en un clima de cordialidad y confianza que contribuye a mantener una comunicación fluida entre todos los integrantes de la Facultad, a saber, alumnado, personal docente y administrativo.

14. Tutorías

Coincidente con el espíritu que anima a la dirección de la carrera, en cuanto a dar una atención integral a nuestros alumnos, este año se ha otorgado importancia al papel que juegan los tutores en la formación de los jóvenes, no limitando su tarea al aspecto académico propiamente tal, sino que, también, extendiéndolo al ámbito personal.

Es así como cada tutor se ha reunido periódicamente con sus pupilos y ha comunicado a la Facultad las inquietudes de éstos, de modo de alcanzar, en conjunto, soluciones a ellas.

Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)

Primer semestre 2001

Bruno Caprile Biermann

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Como es ya tradición, en esta sección se procura divulgar aquellas actividades relevantes desarrolladas por la Facultad durante el primer semestre de este año, algunas orientadas a la formación integral de los alumnos de pregrado y otras, como se observará, a dar cumplimiento a nuestra real misión universitaria, que sin agotarse en la docencia de pre y postgrado, debe avanzar hacia la extensión e investigación académica.

Comenzaremos con una reseña de las actividades de extensión (I), para abordar luego los resultados del concurso de ensayos jurídicos (II) e informar acerca de los primeros alumnos que viajarán a una universidad europea en cumplimiento de los convenios de intercambio suscritos por la Universidad del Desarrollo (III). En seguida se dará cuenta del proyecto de la Facultad seleccionado en el concurso "Fondo de Desarrollo de la Docencia", convocado por Vicerrectoría Académica (IV), y se ilustrarán las actividades destacables de la vida estudiantil (V). Transcribiremos la nómina de profesores de pregrado (VI), para terminar con una breve reseña de los cursos de postgrado que imparte la facultad (VII), a saber, el Magíster en Derecho de la Empresa y el Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa.

I. Actividades de extensión del primer semestre del año 2001

Las actividades de extensión de este año se iniciaron con la conferencia "**Análisis de la conyuntura económica nacional e internacional**", dictada el 29 de marzo por el Presidente de la Asociación de Bancos, don **Hernán Somerville Senn**

En el mes de abril el profesor **José Luis Cea Egaña** dictó la clase inaugural del año académico. Bajo un título sugerente: **¿Qué debe el derecho dar a la juventud y qué tiene la juventud que aportar al derecho?**, el profesor Cea abordó aspectos éticos, valóricos y científicos que despertaron el interés de los alumnos; conferencia que se publica a continuación:

¿Qué debe el derecho dar a la juventud y qué tiene la juventud que aportar al derecho?

“Introducción

Me alegra dirigirme a ustedes en una ocasión tan significativa y solemne. Emocionado veo a amigos muy queridos, maestros del Derecho que, con su vocación y talento, han prestigiado ya a esta nueva Escuela. Me complace también encontrarme rodeado de juventud, la cual, en las hermosas palabras del Santo Padre Juan Pablo II, “es la edad de la esperanza, de la promesa, del entusiasmo, de los proyectos y de los ideales. La juventud cree en un mundo mejor y está determinada a hacer algo que ayude a conseguirlo”.

*Inauguramos hoy un Año Académico. Este es, en consecuencia, el tiempo oportuno, como se lee en el **Eclesiastés**, para que los profesores renovemos nuestro compromiso con la justicia y la paz, invitando a que los alumnos, especialmente los que recién se incorporan a este claustro, sigan el ejemplo. Es el tiempo, además, para reflexionar con franqueza en las preocupaciones que sentimos. Pero es el tiempo, por fin, para construir y sembrar, con fe en que el trabajo fructificará rindiendo la cosecha que anhelamos.*

*Llego esta tarde con la intención de ayudarlos –y ayudarme– a encontrar y seguir un camino para participar en esa tarea. Lo haré en un tema cuyo desarrollo asumo vacilante, porque no soy autoritario para determinar, con certeza, qué debe dar el derecho a la juventud y qué tiene la juventud que aportar al derecho. Sumido en esta preocupación, vienen a mí las palabras de **Goethe** en su **Fausto**. Me refiero a aquel pasaje en que, tras preguntar a Mefistófeles adónde debemos dirigirnos, y recibir la respuesta que podemos visitar el pequeño mundo, de esta tierra, y después el mundo grande, del cielo, Fausto exclama: “¡A pesar de mi ya larga vida, puedo asegurar que aún no sé vivir. Dudo del éxito de mis empeños. Me siento pequeño en presencia de los demás”.*

En realidad, observando el curso de los acontecimientos en Chile, confieso que yo mismo he sido, por acción u omisión, protagonista del proceso que ha llevado a que disminuya la fe o la confianza en “lo que constituye la fuerza del espíritu humano”. Soy, en efecto, uno de los miles de chilenos incapaces de lograr la justicia, la reconciliación y el perdón, que hemos dejado a ustedes, queridos jóvenes, una sociedad herida por las interpretaciones históricas inconciliables de las tres últimas décadas; que contemplamos una sociedad extenuada con tanta y polémica discusión, agotando la energía que es imperativo aplicar a la solución de los problemas que afligen a nuestra población.

*Pero hallarse con los jóvenes es respirar en una atmósfera encantada por la unión con alegría y esperanza de un porvenir promisorio. **Benjamín Disraeli** lo expresó con vibrante voz: “Los jóvenes son la garantía que, en la posteridad, la convivencia de la Nación será mejor”.*

I. Relativización de los valores en la postmodernidad

*Meditar sobre el Derecho es hoy, como pocas veces antes en Chile, una cuestión compleja y delicada. La llamada **ideología de la postmodernidad**, tan penetrante e influyente en nuestra época, propugna el protagonismo del individuo en un marco de relativismo extremo. Síguese descubriendo aquí la huella profunda de Nietzsche resumida en afirmaciones como las siguientes, extraídas de sus libros **Más allá del bien y el mal** y **La Voluntad de Poder**, respectivamente: Los hechos no existen: lo que existe es la interpretación de ellos; en la conducta falta la finalidad: no cabe la interrogante ¿por qué lo hago?*

Cada cual, en otras palabras, es titular de un poder de autodeterminación casi absoluto, cuya secuela resulta ser, entre otras, que el Derecho, en sentido objetivo, pierde en medida considerable su contenido y razón de ser. Las palabras pierden su significado y adquieren otro. A quien está sumido en esa ideología, difícil se torna contestar, en consecuencia, las preguntas siguientes: ¿Por qué y con cuál objeto debo obedecer los principios y normas jurídicas si soy dueño de mi alma y cuerpo, señor de mí mismo, soberano de una autonomía individual que no estoy dispuesto a renunciar por homenaje a reglas que me son impuestas?

Retrocediendo en la búsqueda de causas que expliquen el proceso crítico del Derecho culminamos constatando que la erosión de nuestra ciencia se inserta en un contexto mayor, de crisis de valores.

*Pues resulta sensible y grave que ya no se sienta ni viva, real e incesantemente, en una sociedad –como escribe **Vaclav Havel**– en la que las nociones de hogar y extrañeza, de bien y mal, de belleza y fealdad, de deber y derecho, signifiquen algo vivo y claramente definido. Una sociedad en que pierden fuerza la justicia y la paz, la seguridad humana, la intimidad y el honor; una sociedad en que la verdad sucumbe ante el escepticismo, el relativismo, el permisivismo y el simple error; en que la lealtad y la fidelidad no resisten la fuerza del acomodamiento y la traición; una sociedad en que la amistad y la solidaridad ceden de frente a la envidia, el egoísmo y el rumor; una sociedad que menosprecia el respeto al prójimo, a las normas y a la palabra empeñada; que ve cómo se esfuma el sentido del sacrificio y la abnegación, de la valentía que es inseparable de la prudencia y la responsabilidad, como la fe lo es del destino del alma y la conducta recta lo es de Dios, de la ética y de la religión.*

Valores, los que he citado con ánimo ilustrativo, que tienen un contenido concreto y relevante para nuestra convivencia y, por ende, para el imperio del Derecho. Valores que están aquí, desde y para siempre, aun antes de hablar sobre ellos, de examinarlos y convertirlos en objeto de nuestro análisis y preguntas para, hoy todavía más que antes, cuestionarlos, rebajarlos y dejarlos en el nivel de posiciones opinables o subjetivas.

¿Cuánto, me pregunto, en tales circunstancias puede regir el Derecho como sistema de normas jurídicas positivas, legítimamente establecido, para regular con justicia y eficacia la convivencia humana? ¿Qué sentido tiene en ese contexto el compromiso

de respetar la dignidad y los derechos inalienables de la persona si no son observados los valores que infunden contenido a tales conceptos esenciales? ¿En qué medida pueden mantenerse sólidas instituciones jurídicas básicas como la familia y la asociación voluntaria, la independencia judicial y el proceso justo, el cumplimiento de lo pactado y el sentido de la sanción penal? ¿Es posible, realmente, si se relativizan tanto los valores, que la autoridad logre la anhelada gobernabilidad de la sociedad democrática, presupuesto de su desarrollo, con justicia y paz? ¿No termina, en ese clima de escepticismo, siendo la democracia un conjunto de reglas procesales, en circunstancia que es su contenido y finalidad humanista lo que infunde legitimidad insuperable a ese régimen político? ¿Es concebible, en definitiva, la consecución del bien común cuando se percibe tanta indiferencia y egoísmo?

II. Renovación de la fe en los valores

Muy difícil es responder, persuasivamente, esas interrogantes para quien se declara relativista. Respeto, por supuesto, a quienes piensan así, pero discrepo de ellos. Por eso, reafirmo aquí mi fe en los valores y los invito a que me acompañen en este esfuerzo.

Consecuentemente digo, queridos amigos, que en los valores hay coherencia, originada en una premisa anterior a todas las especulaciones sobre ellos; algo que, aun escapándose a nuestra comprensión y manipulación, dota a este mundo, justamente por ello, de un fondo sólido, de orden y medida; algo que constituye la fuente oculta de todas las reglas, hábitos, órdenes, prohibiciones y normas que en él tienen validez obligatoria.

Por idéntica razón declaro, queridos amigos, que los valores significan “que el mundo natural entraña, por su misma esencia, una premisa de lo absoluto, que lo crea y limita, espiritualiza y dirige, sin lo cual el mundo sería impensable, absurdo e inútil, y que debemos respetar”.

*Renovemos, por consiguiente, la fe en los valores que, siguiendo a la razón y a la revelación, infunden sentido al proyecto de vida de todos y cada uno de nosotros. Hagamos de la libertad e igualdad, de la concordia y el progreso los parámetros determinantes de una existencia distinta de quienes son pura **masa**, es decir, multitud de individuos sin proyecto de vida con identidad personal. Pongamos toda nuestra energía y esperanza en formular y llevar a la práctica nuestros sueños de ser personas cultas, inquietas, sanamente críticas, afanosas de saber y progresar, con tolerancia, pero a la vez con la certeza que nos da nuestra base espiritual y de ética objetiva.*

III. Dar para recibir

*Encuadraré mi reflexión en la noción matriz del **Estado de Derecho**, es decir, de un valor que resume la esencia de la convivencia justa y libre, pacífica y segura, en la que ninguna arbitrariedad queda impune. Tengo en mente el concepto y*

funciones del Derecho en el Estado de Chile en las próximas décadas. En ese marco, y deseando lo mejor para la juventud, como reiteradamente ya lo he dicho, procuraré responder a las interrogantes ¿qué debe dar el Derecho a los jóvenes? Y ¿qué tienen ustedes que aportar al Derecho?

Conviene iniciar la exposición aseverando que el Derecho es para la juventud mucho más que un objeto de estudio y práctica, cuya culminación sea el ejercicio de la abogacía. Mi propósito es, precisamente, demostrar que los jóvenes son titulares de derechos y deberes, antes aun de alcanzar la mayoría de edad.

*Me detendré, por eso, primeramente en la juventud como **sujeto activo** del Derecho, titular de atributos inalienables y que siempre deben serle reconocidos.*

*Pero la juventud tiene también **deberes** que cumplir. En una sociedad solidaria, como debe ser la chilena, para que disminuya la miseria espiritual y la pobreza material, la juventud se halla frente a una enorme tarea: demostrar que no hay sector de nuestro pueblo más resuelto que ella para convertir los ideales de justicia, paz y bienestar en realidad que gocen todas las familias de nuestro pueblo.*

Por eso, me referiré también a cuánto la juventud tiene que aportar al Derecho.

*El enunciado del primero de los tópicos mencionados pone de relieve, desde luego, que la juventud tiene derecho a esperar que el ordenamiento jurídico le proporcione satisfacción a numerosas y legítimas expectativas de vida. Sin embargo, el segundo de aquellos tópicos deja también aclarado que la juventud es **sujeto pasivo** del ordenamiento jurídico, es decir, que está obligada a contribuir a la realización de los objetivos e ideales del Derecho en nuestra sociedad. Uno y otro aspecto son inseparables, de manera que si hoy presenciamos que la juventud se siente más acreedora que obligada, más titular de derechos que deberes, resulta menester que abandone esa actitud para asumir la otra, quiero decir, de disposición madura a ejercer los derechos que le incumben, pero en la misma medida que respeta al prójimo, aportando a la vigencia de nuestro sistema jurídico.*

IV. Familia y subsidiariedad

Avanzo en mi análisis señalando que la juventud tiene derecho a una vida digna, en lo cual incluyo más que el nivel de subsistencia, el cual, y lamentablemente, aún avergüenza, pues para muchos sigue siendo de pobreza o miseria.

Abarco en esa dignidad de vida un nivel de bienestar, espiritual y material, que permita al joven, de ambos sexos, desarrollarse como persona, es decir, trazarse y realizar su propio proyecto de vida, elevándose sobre el individuo que no pasa de la muchedumbre o masa indiferenciada.

Esa vida digna se extiende al derecho a convivir con seguridad humana, libre en el hogar, en el trabajo y en la universidad, del peligro de la delincuencia común y de la droga.

En tal dignidad se inserta, y con rasgos sobresalientes, el trato deferente, muchas veces comprensivo y paciente, que merecen los jóvenes, entre sí y, más que nada, de parte de los mayores.

No callo, por último, que el Derecho tiene que respetar y hacer que la mujer sea honrada, con especial cuidado, porque es patente su calidad de víctima de discriminaciones en el estudio y el trabajo; de sumisión a niveles de esclavitud por ser presa de explotación sexual, de acosos afrentosos y de delitos impunes.

La vida digna que el Derecho debe prodigar a la juventud abarca el nacimiento y la educación en una familia estable. Pienso, por consiguiente, en una comunidad fundada en el matrimonio, donde la niña y el niño reciban el afecto que después podrán transmitir, como padre o madre, en la renovación del ciclo generacional. Esa familia es, además, la que debe procurar al joven la enseñanza, en las diversas etapas de su vida, que lo conviertan en un sujeto con valores, útil para la comunidad y siempre dispuesto a servirla.

Cierto es que la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, es la institución que se halla, en primer lugar, requerida de entregar formación del carácter a quienes nacen y crecen en ella. Pero el Derecho tiene que ayudar, resuelta y ampliamente, para que la familia sirva ese rol esencial. Creo que no está ocurriendo así en Chile y que, por lo mismo y lamentablemente, vamos en descenso. Verdaderamente, cuando se evalúa la legislación dictada en los últimos años y aquella cuyo impulso se anuncia para fecha próxima, se requiere una actitud candorosa para concluir, como lo hacen los relativistas, que se trata de romper ligámenes jurídicos insoportables para cónyuges e hijos.

La familia no es, sin embargo, la única institución llamada a velar por el destino de la juventud, porque las asociaciones mayores, hasta el Estado y hoy la sociedad internacional, están también convocadas, una tras otra, en relación armónica de complemento recíproco o subsidiariamente, a crear y consolidar el ambiente que permita cautelar el desarrollo normal de la infancia y de la adolescencia. Situado el análisis en esa perspectiva, resulta nítido que los jóvenes tienen derecho a que la sociedad mayor les proporcione, con igualdad de oportunidades, acceso a la enseñanza en sus diversos niveles; derecho a un trabajo digno, conciliable, para quien está urgido a desempeñarlo, con el avance exitoso en sus estudios; acceso al bienestar que conlleva el descanso, las acciones de salud y la seguridad social; derecho, en fin, a participar en las más variadas especies de agrupaciones intermedias, a través de las cuales vaya forjando su compromiso con el progreso del barrio y la comuna, de la sociedad regional y del país.

La juventud avanza, con muchos tropiezos y en medio de peligros, hasta su configuración adulta. Recibe del ambiente, entonces, la socialización en valores y en contravalores. En ese contexto les pregunto: ¿quién, debiendo hacerlo, defenderá los valores inherentes a una convivencia civilizada? ¿No es acaso corriente presenciar el silencio o la indiferencia cuando esos valores son criticados, adhiriéndose con ello a los contravalores respectivos? ¿Son verdaderamente tolerantes quienes, en nombre de un pluralismo casi absoluto, nos reprochan la

defensa de los principios en los cuales creemos? ¿No son ellos los que tratan de imponer sus juicios, obligándonos a guardar silencio en circunstancias que a nadie buscamos imponer nuestro pensamiento?

En este sentido, la mujer y el varón adolescentes tienen derecho a exigir del ordenamiento jurídico que los proteja, por ejemplo, de la sexualidad desmedida o equivocadamente entendida, del consumismo y hedonismo materialista; de la manipulación política y que, al ser descubierta, suscita en los jóvenes desencantos y renuencia a involucrarse en los procesos cívicos; de la corrupción como vía directa e infalible al éxito.

V. Juventud comprometida con el Derecho

La juventud no es sólo acreedora del trato jurídico que he resumido. Ella está también llamada a entregar, con su generosidad proverbial, el aporte que el Derecho exige para que llegue a imperar la paz con justicia, el bienestar espiritual y material sin discriminaciones, la libertad con igualdad, la seguridad humana con sanción, pronta y eficaz, para el delincuente, pero seguida de su recuperación como persona útil para la sociedad.

*Situados en esta segunda dimensión del tema que me ocupa, puntualizo que el aporte de la juventud al Derecho incluye el cumplimiento de las obligaciones que, desde el primer instante de gozar de conciencia, todos tenemos con el destino de nuestra sociedad nacional. Por ejemplo, pienso en el principio elemental, inculcado originalmente en la familia, consistente en el **respeto** al prójimo, a su dignidad y derechos, respeto que se debe hacer patente en las palabras, en las actitudes y los hechos, respeto que demuestra que la juventud se aparta de toda conducta que denote vandalismo, vejación o desprecio, cualquiera sea la posición política o socio-económica del otro grupo o sujeto.*

En nuestra juventud el respeto tiene que llegar a convertirse en un valor de práctica habitual, desde la pequeña norma de convivencia en el hogar, en el barrio o la universidad. Sólo así, cuando el joven se ha convertido ya en padre o madre, respetará a quien se ha unido en matrimonio y a los hijos, siendo modelo de abnegación y lealtad, de trabajo y afecto.

*Al lado de ese valor creo imperativo situar el **desprendimiento** o **generosidad** con que la juventud debe asumir las tareas de progreso en la comunidad. Por ejemplo, pido que la juventud deje a un lado el cálculo y la mezquindad, pasando en su lugar a la acción de cooperar para lograr que el nivel de seguridad humana sea el que reclama nuestra sociedad. Lo mismo pido en punto a la necesidad de educar en los principios cívicos a quienes no han tenido cómo aprenderlos por sí mismos, o vacilan en comprometerse con ellos. En resumen, ¡anímense a participar responsablemente, venciendo la indolencia en política y la mediocridad en los demás aspectos!*

Pido a la juventud, con análogo entusiasmo, que trabaje con ahínco y aplicación,

concentrándose en lo que hoy es aquí su deber de estado, escogido por ella, quiero decir, el estudio y la investigación acuciosa; la lectura más variada, sobremanera de los clásicos, cuyas meditaciones retienen entera vigencia; en fin, la filantropía, aunque sea modestamente hecha, pero que va modelando en el espíritu la práctica de la solidaridad que tanto necesitamos.

Por último, de nadie más, sino de la juventud pueden esperarse conductas rectas, de buena fe y con transparencia. Por lo demás, el Derecho no puede servir sus roles insustituibles sin que esas cualidades sean practicadas por la generalidad de los ciudadanos. Pido, por ende, que los jóvenes contribuyan a la eficacia del Derecho llevándolo a la práctica sin fraudes ni resquicios, sin interpretaciones torcidas ni coludiéndose para sacar ventaja de sus inevitables lagunas y defectos. Por lo mismo, pido que la juventud ayude al Derecho con su crítica constructiva y elevada, denunciando la injusticia con valentía pero a la vez con solidez y respeto.

VI. Entrega sin cálculos

De lo escrito es posible desprender que la juventud tiene más razones para exigir del Derecho que entregar, con el propósito que nuestra ciencia cumpla sus misiones, tradicional y universalmente reconocidas. A propósito de esto, no es vano recordar que al Derecho le cabe la resolución pacífica de los conflictos; la orientación del comportamiento con rasgos de certeza o seguridad jurídicas; la organización y desempeño legítimo del poder o soberanía, limitado por el respeto de la dignidad y los derechos humanos; la configuración de las condiciones de vida en comunidad, promoviendo la democracia como modo de vida y el bienestar sin exclusiones ni discriminaciones; por último, al Derecho le corresponde el cuidado del ordenamiento jurídico mismo, haciendo que, sobretudo mediante acciones y recursos jurisdiccionales, la seguridad jurídica sea un valor apreciado por el pueblo entero.

La deducción recién insinuada, favorable al balance de los derechos de la juventud en comparación con sus deberes, es acertada y razonable, porque se trata, no lo olvidemos, de jóvenes, quienes aún se preparan para asumir responsabilidades mayores. No es justo, en consecuencia, demandarles que cumplan su misión antes de estar en condiciones de hacerlo.

Pero, como expuse al iniciar mis palabras, la juventud tiene también su tiempo bajo el cielo: tiempo para reír y divertirse; tiempo para dialogar y prepararse, tiempo para concentrarse en el estudio, aplicando esfuerzo y sacrificio; tiempo para descubrir la grandeza de las privaciones y entregas como expresión de ayuda y solidaridad. Yo he mencionado algunas obligaciones y les dejo a ustedes, queridos jóvenes, la tarea de continuar el ejercicio ayudados por sus maestros, seguro que hallarán nuevos y numerosos ejemplos. Respóndanse a sí mismos: ¿cómo pueden contribuir a que nuestro ordenamiento jurídico sea más justo y efectivo? ¿Qué hacer para que todos accedan a él en igualdad de oportunidades y con un debido proceso? ¿Pertenece esas tareas sólo a los órganos estatales, o

también a la comunidad, con la juventud encabezándolas como he procurado demostrar?

Pienso, en todo caso, que la juventud de Escuelas de Derecho como ésta debe aplicar su voluntad generosa para que el ordenamiento jurídico conjugue la estabilidad con el cambio y la tradición con la innovación, sin caer en imitaciones librescas; en copias de disposiciones foráneas, contrarias a nuestra ya cimentada idiosincrasia; en sesgos ideológicos que, por ser extremos, en idéntica medida se apartan de la reforma que siempre requiere el orden legal para regular, con éxito, el sistema socio-económico y político.

VII. Ayuda a la juventud

Ustedes, queridos alumnos, se hallan aquí preparándose para llegar a ser profesionales en las múltiples áreas laborales que ofrece la abogacía, incluyendo el liderazgo en las instituciones públicas. Con esta puntualización deseo enfatizar que, igual o mayor responsabilidad que la de ustedes en la realización exitosa de esos anhelos, recae en los maestros de esta Escuela que forjan en el alumno al jurista que cree en la dignidad y los derechos de la persona, a la vez que lo informa en sus conocimientos jurídicos, adiestrándolo en la aplicación de sus técnicas con éxito.

No necesito decir a los profesores más que esto: sean modelos para la juventud de esta Escuela, ayudándola a que, en los tiempos difíciles que vivimos y que nunca dejarán de ser menos complejos, pueda salvar los desafíos que enfrenta sin vacilación ni yerro.

Análogamente responsables son todos quienes laboran con el Derecho. Me refiero a legisladores, jueces y funcionarios; a los abogados y, de modo especial, a los estudiantes que sirven en consultorios y corporaciones, atendiendo los cientos de miles de consultas de asesoría y defensa que requieren tantos compatriotas que, pese a estar conscientes de sus derechos, no pueden ejercerlos ni defenderlos por indigencia o ignorancia.

En ligamen con lo recién expuesto, nunca olvidemos que el Derecho no es autoaplicativo. Por el contrario, siempre resulta indispensable la obra humana que permite llevarlo de los textos a la realidad, trasladarlo de las costumbres, hábitos y tradiciones a su articulación normativa y, después, a su aplicación más segura. El Derecho, inevitablemente y por fortuna, se hace vida sólo cuando la mente y la voluntad lo interpretan e implementan, convirtiéndolo en disposición acatada y cumplida. Por eso, queridos profesores y magistrados, que la hermenéutica que hagan del Derecho sea a favor de la realización, más plena y legítima posible, de los valores que hemos destacado en beneficio de la juventud. Por lo mismo, queridos jóvenes, prepárense para ser actores en la vida del Derecho, conscientes que nuestra ciencia ha sido y nunca dejará de ser práctica más que lógica, justicia más que fórmulas, vida más que normas, en definitiva, aplicación y observancia leal más que declamaciones formales en disposiciones positivas.

Epílogo

Es hora ya de terminar. Lo haré citando algunas reflexiones, seguidas de mi llamado a que ustedes se comprometan a tenerlas presentes y empeñarse en su concreción diaria. Ojalá, al cabo de los años, evoquen estas palabras y sigan hallando en ellas el mensaje que pretendo transmitirles con fervor y no sin desasosiego.

*Así y primeramente, les pido que su memoria no sea frágil al evocar la enseñanza de **Gustav Radbruch**, es decir, que hay leyes que no son Derecho, y Derecho que está encima de las leyes. Aprendan, entonces, que el Derecho es inconfundible con la legalidad escrita y que la justicia no se obtiene mediante la implementación mecánica de los textos positivos.*

*En seguida, les pido que la sabiduría de **Aristóteles** nos siga, paso a paso, acompañando en nuestra trayectoria jurídica, teniendo presente su enseñanza en el sentido que la **virtud intelectual**, es decir, el trabajo académico en esta Escuela, se desarrolla con la enseñanza y, más aún, mediante la educación de los discípulos, pero que, junto a esa virtud, está otra olvidada, confundida o menospreciada. Me refiero a la **virtud moral**, esto es, a que la ética gobierne nuestras conductas, hecho que sucede no con la docencia, sino por medio del ejercicio o práctica constante de lo lícito o correcto. En este mismo asunto evoco a **Platón**, maestro de **Aristóteles** y forjador de la civilización a la que pertenecemos. En **El Critón**, ese sabio enseñó que no debe importarnos lo que desea, piensa o siente la mayoría, sino que **lo justo y la verdad**, aunque la minoría sea quien lo sostenga con sus argumentos.*

*Por último, que nunca perezca en nuestra memoria, sobre todo de la juventud, la oración de **Rabindranath Tagore**. Adaptada por mí para ser leída aquí, esa plegaria dice lo siguiente:*

No pido, Señor, que me libres de todos los peligros, sino valentía para enfrentarme a ellos. No busco aliados en el campo de batalla de la vida, sino fuerzas en mí mismo para sobreponerme a los tropiezos.

No imploro ser salvado de las dificultades, sino esperanza y paciencia para lograr mi libertad.

¡Concédeme, Señor, la gracia de ser valiente!

Señor ¡que no solo en mi triunfo sienta tu misericordia y grandeza, sino que descubra el poder de tu mano también en las dificultades y penas, en las incertidumbres y fracasos!

Inspirado en la sabiduría de Tagore, al terminar mis palabras y despedirme de ustedes, yo agrego:

¡Señor, que siempre sea agradecido de quienes forjaron en mí, desde joven, la fe en la paz y el rechazo de la violencia; la esperanza en la justicia y en los beneficios de la libertad, la confianza, por fin, en que el bien común de Chile exige que todos contribuyamos a que los ideales del Derecho sean realidad!

¡Gracias por venir y escucharme!"

El mismo día de la clase inaugural don José Luis Cea dictó una conferencia titulada **“La Constitución de 1980, veinte años después”**, cuyo tenor se publica en esta revista.

Consciente de los desafíos que impondrá la Reforma Procesal Penal una vez que entre en vigor en la Octava Región, la Facultad no sólo ha modificado sus planes y programas de estudios con el objeto de preparar a sus alumnos de pregrado, sino que, además, ha organizado diversos cursos y conferencias dirigidas a los abogados y jueces de la zona. En ese contexto, durante la semana del 7 al 11 de mayo se dictó el curso **“Destrezas en el Juicio Oral”**, a cargo de los profesores **Orlando Vidal, Iván Díaz García, Rodrigo Coloma Correa y Sofía Libedynsky Ventura**. El curso capacitó a los asistentes en las destrezas que exige la nueva forma de tramitación y concluyó con un simulacro de juicio oral.

No cabe duda que el derecho del consumo está llamado a adquirir una importancia creciente en nuestro medio. De hecho, las normas de la Ley de Protección al Consumidor constituyen una importante modificación al derecho común, tanto es así que hoy en día en los países desarrollados la distinción entre derecho civil y comercial ha sido superada por la de derecho común y de los consumidores. En ese contexto y a raíz de la difusión de la iniciativa gubernamental de modificar la Ley de Protección al Consumidor, la Facultad organizó el seminario **“Nuevo derecho del consumo”**, que contó con el patrocinio del SERNAC. La profesora argentina Aida Kemelmajer De Carlucci expuso acerca de la **“Obligatoriedad de la oferta; publicidad y oferta; consentimiento tácito por silencio”**, con especial referencia al derecho trasandino. En seguida, los profesores Pedro Zelaya Etchegaray y Eduardo Tapia Elorza expusieron respectivamente acerca de las **“Limitaciones que ofrece el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos en la legislación chilena”** y **“Las cláusulas abusivas y el crédito al consumo”**. Finalmente, el Fiscal del SERNAC, don Luis Jerez Ramírez, trató la **“Propuesta de modificación a la Ley 19.496”**.

La Facultad dictó también **cursos de perfeccionamiento** de duración trimestral dirigidos a abogados sobre los siguientes temas: **“Crédito, Garantías y Responsabilidad Civil”**, **“Libre Competencia y Derecho del Consumo”**, **“Derecho Societario”** y **“La Tributación en el Ordenamiento Jurídico Chileno”**.

Las actividades de extensión del primer semestre concluyeron con la dictación de un seminario-taller sobre **“La Contabilidad en la Administración de Empresas”**, dirigido especialmente a abogados, a cargo del profesor **Arcadio Inostroza Díaz**.

II. Concurso de ensayos jurídicos

Desde 1995 la Facultad organiza anualmente un concurso de ensayos jurídicos, destinado a motivar a sus alumnos hacia la investigación jurídica y a profundizar sus conocimientos en aquellas materias que son de su particular interés. La premiación de los trabajos presentados en la convocatoria del año 2000 se realizó durante la ceremonia de inauguración del presente año académico, recibiendo distinción los trabajos que a continuación se indican en las comisiones que se señalan:

- Comisión de Derecho Romano e Historia del Derecho: "Persona Jurídica", de Cristian Baeza y Aldo Canese
- Comisión de Derecho Público: "La Última Morada de Arturo Prat", de Jaime González O.
- Comisión de Derecho Penal: "El Delito Informático", de Carmen Gloria Quintana
- Comisión de Derecho Laboral, Económico y Tributario: "Los Tratados Internacionales del art. 5° inciso 2° de la Constitución y la Legislación Laboral", de Daniel Johnson M.

El trabajo titulado "**Libertad de Expresión: Leyes de desacato, tecnología y eficacia del derecho**", del alumno **Oscar Aliaga Sáez**, adscrito a la Comisión de Derecho Político y Derecho Constitucional, recibió el premio como el mejor ensayo jurídico del año 2000.

El 27 de agosto venció el plazo para presentar los trabajos del concurso del presente año.

III. Convenios de intercambio de profesores y alumnos con Universidad Europea de Madrid y Universidad Internacional de Cataluña

La Universidad del Desarrollo ha suscrito diversos convenios con importantes universidades europeas y americanas, destinados al intercambio de profesores y alumnos. En cumplimiento de uno de esos convenios, durante el mes de agosto visitará la Facultad el profesor **José Díaz Nieva**, de la **Universidad Europea – CEES de Madrid**, quien dictará clases a los alumnos de pregrado en las asignaturas de derecho público. Además, a partir del mes de septiembre de este año **dos alumnos de la Facultad cursarán un semestre de estudios en la Universidad Internacional de Cataluña**. Estamos seguros que la vivencia de otra experiencia universitaria contribuirá a su formación y esperamos que un creciente número de alumnos se integre a este tipo de iniciativas.

IV. Concurso Fondo de Desarrollo de la Docencia

El proyecto "Curso de Introducción al Derecho", de la profesora **Claudia Hurtado López**, fue seleccionado en el Concurso Fondo de Desarrollo de la Docencia, que convoca la Vicerrectoría Académica. La profesora Hurtado deberá presentar en el plazo de un año un material destinado a servir de apoyo en la asignatura de Introducción al Derecho, que pueda ser consultado no sólo en un documento impreso, sino también en la página web de la Universidad.

V. Nómina de profesores de la Facultad durante el Primer Semestre del año 2001

- | | |
|-----------------------------------|---------------------------------------|
| 1 Sra. Amaya Alvez Marín | 26 Sr. Jorge Ogalde Muñoz |
| 2 Sr. Eduardo Andrades Rivas | 27 Sr. Waldo Ortega Jarpa |
| 3 Sr. Alberto Arévalo Romero | 28 Sr. Jaime Pacheco Quezada |
| 4 Sra. Paulina Astroza Suárez | 29 Sra. Julia Poblete Vinaixa |
| 5 Sr. Francisco Capponi Galletti | 30 Sr. Gabriel Rioseco Enríquez |
| 6 Sr. Bruno Caprile Biermann | 31 Sr. Gonzalo Rioseco Martínez |
| 7 Sr. Sergio Carrasco Delgado | 32 Sra. Paula Riquelme Aguilar |
| 8 Sr. Eduardo Darritchon Pool | 33 Sr. Eduardo Rojas Sepúlveda |
| 9 Sra. Ana María Díaz Muñoz | 34 Sr. Fernando Rojas Sepúlveda |
| 10 Sr. Ramón Domínguez Aguila | 35 Sr. Mario Rojas Sepúlveda |
| 11 Sra. Elisabeth Emilfork Soto | 36 Sr. Eduardo Salas Cárcamo |
| 12 Sr. Alejandro Enríquez Yévenes | 37 Sr. Julio Salas Vivaldi |
| 13 Sr. Federico Espinosa Muñoz | 38 Sra. Gina Samith Vega |
| 14 Sr. Osvaldo González Ransanz | 39 Sr. Gerardo Sandoval Gouet |
| 15 Sra. Sandra Hidalgo Pastorini | 40 Sr. Ricardo Sandoval López |
| 16 Srta. Claudia Hurtado Espinoza | 41 Sra. Mary Slight Alonso |
| 17 Sr. Andrés Kuncar Oneto | 42 Sr. Eduardo Tapia Elorza |
| 18 Sr. Hugo Larraín Prat | 43 Sr. Hugo Tapia Elorza |
| 19 Sr. Enrique López Bourasseau | 44 Sr. Enrique Tapia Rivera |
| 20 Sra. Carmen Manniello Huarcaya | 45 Sr. Marcelo Torres Duffeau |
| 21 Sr. Carlos Maturana Toledo | 46 Sra. Carolina Unzueta Oviedo |
| 22 Sr. Javier Molina Gómez | 47 Sr. Federico Valdés Lafontaine |
| 23 Sr. Jorge Montecinos Araya | 48 Srta. María Ignacia Vial Undurraga |
| 24 Sr. Baltazar Morales Espinoza | 49 Sr. Javier Zehnder Gillibrand |
| 25 Sr. Héctor Oberg Yañez | |

VI. Vida estudiantil

Durante el primer semestre se desarrolló un **Ciclo de Cine**, que permitió a los alumnos, a través de la exhibición de una película, reflexionar y

debatir acerca de los temas jurídicos que aquélla sugería. Se expusieron los siguientes guiones: "Gritos del silencio", "Hombre muerto caminando", "Matrimonio por conveniencia" y "Hombre de dos reinos", siendo comentados respectivamente por los profesores Amaya Alvez M., Andrés Kuncar O., Bruno Caprile B. y Eduardo Andrades R.

A comienzos del mes de julio **los alumnos de la generación 1999 visitaron diversas instituciones públicas** como complemento de su formación, tales como la Corte Suprema, el Palacio de la Moneda, el Congreso Nacional, la Academia Diplomática y los Museos de Bellas Artes y Naval.

Creemos digno de destacar el **premio** que otorgara la **Corporación de Asistencia Judicial** al egresado de esta Facultad **Sr. Patricio Gómez Eriz**, por haber cumplido en forma sobresaliente su práctica profesional.

VII. Magíster en Derecho de la Empresa y Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa

El 23 de mayo tuvo lugar la **ceremonia de titulación de la primera promoción del Magíster en Derecho de la Empresa**, que se llevó a efecto conjuntamente con la entrega de diplomas de la cuarta promoción del Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa.

Las tesis presentadas por los alumnos de la primera promoción del magíster fueron las siguientes:

1. Humberto Carrasco Blanc, "Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet".
2. Andrés Kuncar Oneto, "Problemas que plantea la fusión de bienes raíces".
3. Patricio Lagos Nárvaez, "La responsabilidad objetiva, su evolución en Chile desde 1988".
4. Jorge Ogalde Muñoz, "La subsistencia de obligaciones del trabajador al término de la relación laboral".

La creación del magíster ha significado un esfuerzo y a su vez un incentivo a la Facultad de Derecho, para continuar una etapa de maduración iniciada el año 1997, cuando se comenzó a impartir el Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa. Creemos firmemente que la realidad jurídica y empresarial, tanto nacional como internacional, requiere cada día más de profesionales que cuenten con habilidades específicas. Lo anterior hace necesario e indispensable la especialización para el ejercicio profesional.

Ambos programas se dictan en forma simultánea. Así, el alumno que apruebe las seis asignaturas contempladas en el primer año del curso, cuya malla curricular se transcribe más adelante, obtiene el "Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa". Por su parte, el grado de Magíster en Derecho se otorga al alumno que haya aprobado la totalidad de las asignaturas del programa de estudios de cinco trimestres de duración y que, además, haya cumplido una de las dos siguientes exigencias de titulación: a) un trabajo de investigación sobre materias especializadas, de interés profesional o doctrinario; o b) un examen escrito, multidisciplinario, en el que se evaluará la capacidad de análisis y resolución de problemas jurídicos que se plantean en el área del Derecho Societario, Civil y Tributario.

Actualmente 44 alumnos cursan los programas de postgrado, distribuidos en sus dos años de duración. La malla curricular es la siguiente:

	PRIMER AÑO	SEGUNDO AÑO
PRIMER TRIMESTRE	Créditos, Garantías y Responsabilidad Civil	Aspectos Contemporáneos de la Teoría General del Contrato
	Libre Competencia y Derecho del Consumo	Legislación Ambiental y Sectorial
SEGUNDO TRIMESTRE	Derecho Societario	Aspectos Jurídicos de la Concentración y Colaboración de Empresas
	La Tributación en el Ordenamiento Jurídico Chileno	La Fiscalización Tributaria y la Aplicación Práctica del IVA
TERCER TRIMESTRE	Derecho Penal Económico	TITULACION: Tesis o Examen Multidisciplinario
	Aspectos de la Contratación Laboral, Individual y Colectiva	
	Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa	Grado Académico Magíster en Derecho

La dirección del programa está a cargo del profesor Dr. Ramón Domínguez Águila y la coordinación académica a cargo de la profesora Sra. Amaya Alvez Marín.

El cuerpo docente está conformado por los siguientes profesores:

Eduardo Aldunate Lizana
Rodrigo Alvarez Zenteno (conferencista)
Raúl F. Campusano Droguett
Bruno Caprile Biermann
Jorge Eduardo Caro Ruiz
Nicolás Cubillos Sigall
Ana María Díaz Muñoz
Ramón Domínguez Águila
Carmen Domínguez Hidalgo
Elisabeth Emilfork Soto
Héctor Hernández Basualto
Luis Herrera Larraín
Arcadio Inostroza Díaz (conferencista)
Rony Jara Amigo
Aída Kemelmajer de Carlucci (conferencista)
Luis Lizama Portal
Jorge Ogalde Muñoz
Daniel Peñailillo Arévalo (conferencista)
Gabriel Rioseco Enríquez
Pablo Rodríguez Grez (conferencista)
Bolívar Ruiz Adaros
Exequiel Sagredo Wildner
Ricardo Sandoval López
Marcelo Torres Duffau
Rodrigo Ugalde Prieto
Alejandro Vergara Blanco (conferencista)
Sergio Villalobos Ríos
Arturo Yrarrázaval Covarrubias
Raúl Zárate Marisio
Pedro Zelaya Etchegaray



LIBROS
Resúmenes
y Recensiones



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación

I. Ius commune - Ius Propium en las Indias Occidentales

de **Javier Barrientos Grandón**

Il Cigno Galileo Galilei,
Roma, 2000.

Eduardo Andrades Rivas

Profesor Titular de Historia del Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

CONCEPCIÓN

De novísima publicación llega hasta nosotros la más reciente obra del profesor Javier Barrientos Grandón. Editada en Italia por Il Cigno Galileo Galilei, está llamada a convertirse en un texto imprescindible para el estudio del Derecho Indiano en nuestro medio.

La obra se presenta como una continuación de la publicada ya en 1994 por el profesor Barrientos (*Introducción a la Historia del Derecho Chileno*, Barroco Libreros, Santiago, 1994), pero su análisis nos permite aseverar que desborda claramente los límites de la así llamada primera parte.

Siguiendo una estructura muy didáctica, el autor nos introduce en el tema con un detallado análisis de la gesta colombina y sus presupuestos fácticos y jurídicos. Esta cuestión, clásica para el estudio de nuestra disciplina, resulta tratada en forma por demás sugerente y desde una novedosa perspectiva. Enseguida se presenta el tema de los títulos jurídicos de la Conquista, cuestión tan típicamente castellana (y chilena por añadidura), y su evolución desde la época de los Reyes Católicos hasta el periodo de la Ilustración. Muy destacable es la referencia a la doctrina de los juristas indianos y las conclusiones esbozadas por el autor acerca del tema.

La interesantísima discusión del derecho aplicable a las Indias es el tema del capítulo II de la obra. He aquí una nueva forma de tratarlo: Se vincula la aplicación del derecho con el pensamiento de los miembros de la escuela de los comentaristas, los juristas españoles e indianos para finalmente desarrollar el sistema de fuentes aplicables en el orden indiano. Son abun-

dantes las referencias y citas a los textos originales de los autores, por lo cual el texto puede servir de partida para la elaboración futura de nuevos trabajos. El manejo de las fuentes latinas resulta impecable.

En el capítulo III la obra entra de lleno en el estudio de la aplicación del *ius commune* en Castilla y de allí a las Indias, tanto desde el punto de vista doctrinal cuanto desde la praxis indiana: Se analizan tanto la cultura y enseñanza del *ius civile* como su aplicación en el foro y la magistratura. Útiles son igualmente las referencias a la aplicación del *ius canonicum* en Castilla e Indias. Como consecuencia lógica de lo indicado, el capítulo IV desarrolla el tema de la aplicación del Derecho castellano en las Indias y la evolución que transforma dicha aplicación, desde una verdadera *lex generalis* hasta la *lex residual* de la que nos habla León y Pinelo. Con gran interés se lee la sección dedicada a las aplicación de las Partidas y a la opinión manifestada a favor de su aplicación por los juristas indianos.

Desde el capítulo V al IX se desarrolla lo que es, a nuestro juicio, lo más destacable de la obra de Barrientos: un pormenorizado y admirablemente fundado análisis del *ius propium* (Expresión clásica que en nuestro medio ha sido tan justamente rescatada por el profesor Bravo Lira en su obra *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989) indiano. Desde las leyes municipales, fundamento de la rica tradición de los cabildos indianos, pasando por las potestades normativas de las autoridades del régimen indiano, hasta la aplicación de la costumbre en Indias (tanto la castellana como la propiamente indiana, en sus vertientes teóricas y prácticas) y el Derecho Canónico indiano, esta última referencia de obligado estudio por el interesado en el tema, pues actualiza los interesantes estudios desarrollados con motivo del V Centenario del Descubrimiento por el profesor Alberto de la Hera.

Finalmente, bajo el epígrafe "De la Ilustración a la Codificación" se analiza un tema mucho más amplio, el de la evolución de la cultura jurídica indiana, con referencias al humanismo jurídico y a la escuela escolástica española, desde el racionalismo dieciochesco, en sus múltiples manifestaciones forenses, universitarias y académicas, hasta el liberalismo jurídico decimonónico adoptado por la América indiana independiente como hermano del constitucionalismo político que se expresa en la codificación del derecho patrio americano.

En suma, se trata de un libro llamado a constituirse en un clásico de la historiografía jurídica nacional y americana. Formando parte de un plan mayor (su autor promete continuarlo con dos nuevos volúmenes que estarán dedicados al Derecho Público Indiano y al Derecho Privado de las Indias, respectivamente) el texto en comento nos devela el siempre apasio-

nante tema de las fuentes del derecho indiano desde una nueva perspectiva, lo que representa una contribución de primera importancia para nuestra disciplina.

No puede sino resultar destacable que este libro, junto al texto del profesor Antonio Dougnac Rodríguez, *Manual de Historia del Derecho Indiano* (México, 1998), se de a conocer en estos días en que los estudios histórico-jurídicos experimentan un verdadero renacimiento entre nosotros, pese a los intentos por desnaturalizar su enseñanza que de tanto en tanto surgen en ciertas Facultades de Derecho del país.

Por ello sólo podemos felicitar al profesor Barrientos Grandón por esta, su nueva y excelente contribución a la enseñanza de la Historia del Derecho en Chile.

Indice *Ius Publicum* N° 5 / 2000**ESTUDIOS**

- Eduardo Soto Kloss.** *Moral y derecho: una aproximación a sus relaciones.*
- Joaquín García-Huidobro.** *El redescubrimiento de un viejo tema político: las virtudes.*
- Milagros Otero Parga.** *Breves apuntes en torno al valor justicia.*
- Juan Ignacio González Errázuriz.** *El Estado de Chile ante la Iglesia Católica. ¿Existió un concordato en 1925?*
- Cristián Letelier Aguilar.** *La remoción de los jueces en la Constitución.*
- Iván Aróstica Maldonado.** *El servicio telefónico: pasado y presente.*

CRONICA

- Jesús Ginés Ortega.** *Progresistas.*
- Rodolfo Arizala Azcarraga.** *¿Debería el uso de Internet ser regulado por la ley?*
- Rodolfo. C. Barra.** *El horror.*
- Gustavo Fiamma Olivares.** *Desafuero y requisitos constitucionales.*
- Bernardino Bravo Lira.** *Peor que un crimen: un error (El trasfondo del desafuero).*
- Angela Vivanco Martínez.** *Alcances constitucionales, en relación con la Carta Fundamental de la República de Chile de 1980, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.*
- Enrique Pérez Silva.** *Fija norma técnica sobre requisitos de seguridad aplicables a las instalaciones de servicios de telecomunicaciones que generan ondas electromagnéticas.*
- Rodrigo Céspedes P.** *Trial by jury.*
- Jorge Precht Pizarro.** *Secreto de confesión y Código Procesal Penal.*

DOCUMENTOS

- Luis Catalán Olivares - Instituto Probidad.** *Bases para un proyecto de ley sobre protección al denunciante e incentivo a la denuncia de corrupción.*

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema 6.6.2000 - Inaplicabilidad de preceptos de la Ley general de servicios de gas (R. Bertelsen R.).
- Corté de Apelaciones de Santiago 26.5.2000 - Operadores de parquímetros municipales/protección (J. Arancibia).
- Corte Suprema 20.10.1999 - Invaldación de permiso para construir/protección (E. Soto Kloss).

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

Indice *Ius Publicum* N° 6/2001**ESTUDIOS**

Abelardo Lobato. *La persona en Santo Tomás de Aquino.*

Carlos Ignacio Massini. *El concepto de derechos humanos: dos modelos de comprensión y fundamentación.*

Miguel Ayuso. *Vázquez de Mella ante el derecho político actual.*

Cristóbal Orrego Sánchez. *Las raíces morales de la transformación del derecho de familia.*

Mariano R. Brito. *El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica.*

Alvaro D'Ors. *Prohibido prohibir.*

Eduardo Soto Kloss. *Solve et repete. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado constitucional de Derecho.*

Hugo A. Castellón Venegas. *Acción popular y recurso de protección.*

CRONICA

Rolando E. Gialdino. *Sobre justicia y jueces.*

Jesús Ginés Ortega. *Cuerpo sano, mente insana.*

Juan A. Pisano. *Plebiscitos constitucionales en el Uruguay.*

Cristián Letelier Aguilar. *Sobre la capacidad de los sordomudos.*

DOCUMENTOS

S.S. Pablo VI. *Santo Tomás de Aquino, luz de la Iglesia y del mundo - Carta en el VII Centenario de su muerte (20.11.1974).*

Mons. Carlo Caffarra. *La familia como ambiente de desarrollo humano. Declaración de Buenos Aires (5.8.1999).*

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema 13.9.1999 - Responsabilidad municipal por ausencia de señalización en vía pública (E. Soto Kloss).

Corte de Apelaciones de Santiago 26.7.2000 - Inconstitucionalidad de delegación de justicia tributaria (E. Soto Kloss).

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

ACTUALIDAD JURIDICA

Revista de Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Normas para la presentación de trabajos

Los trabajos deberán enviarse en duplicado e incluir también una versión en diskette en formato Word para Office 97 u Office 2000, y una foto del autor en tamaño carnet.

Se deberá anteponer, en la primera hoja, un resumen de no más de 120 palabras (10 líneas).

Los trabajos deberán enviarse a:

Consejo Editorial,
Revista Actualidad Jurídica
de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo,
Avda Las Condes 12584, Santiago, Chile.

No se devuelven los originales.

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre	
Dirección	
Comuna	
Ciudad	País
Teléfono	Fax
Profesión/Carrera	
Universidad/Instituto	
Institución	
R.U.T.	E-mail

Tipo de Suscripción

Nueva Renovación 1 Año 2 Años

Adjunto cheque cruzado:

a nombre de **Universidad del Desarrollo**

por la suma de US\$/\$ _____ por _____ suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCION*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	\$ 10.000	\$ 16.000
América (Aéreo)	US\$ 25,00	US\$ 35,00
Europa y otros (Aéreo)	US\$ 25,00	US\$ 40,00

* Incluye gastos de envío e impuestos.

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

Ediciones Universidad del Desarrollo
Avda. Las Condes 12.584
Santiago, Chile.

Fax: 299 92 83

E-mail: raj@santiago.udesarrollo.cl



ACTUALIDAD JURIDICA pretende poner de relieve las temáticas de la actualidad, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro, y realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción