ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año xxii, N° 43 – Enero 2021

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

Actualidad Jurídica
es una publicación semestral de la Facultad de Derecho
de la Universidad del Desarrollo

ISSN 0717-5914

Director
Gonzalo Rioseco Martínez

Secretario de Redacción
José A. Riquelme González

Asistente de Redacción
Sofía Sallorenzo Fischer

Consejo Editorial

Hugo Rosende Álvarez
Jorge Ogalde Muñoz
Bruno Caprile Biermann
Sergio Verdugo Ramírez
José Manuel Díaz de Valdés Julia
Julio Alvear Téllez
Camila Boettiger Philipps
Cecilia Alcalde Prieto
Raúl Campusano Droguett
Eduardo Andrades Rivas

Representante Legal
Federico Valdés Lafontaine

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

Ediciones Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo,
Las Condes. Santiago de Chile

Impresión
Versión, Producciones Gráficas Limitada

ÍNDICE DE CONTENIDOS

- Presentación 7

Tema central: Propuestas constitucionales que sirvan a Chile

- El derecho de propiedad y su función social: Más allá del socialismo y del liberalismo (Julio Alvear Téllez) 15
- Acusación constitucional y su aplicación para la remoción de autoridades de bancos centrales: análisis nacional y comparado (Juan Pablo Araya Marco y Francisca Lyon Portales) 45
- Funciones económica, jurídica y social de la propiedad privada: Tres cuestiones clave para su discusión constitucional (Camila Boettiger Philipps) 73
- Derecho internacional y Constitución (Raúl Campusano Droguett e Ignacio Carvajal Gómez) 103
- El debido proceso y su protección a través de la nulidad procesal (Jaime Carrasco Poblete) 163
- El recurso de protección en material ambiental: Ideas para terminar con su fragmentación y mejorar su procedimiento (Edesio Carrasco Quiroga) 187
- Algunas propuestas de reforma constitucional en relación con las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública (Sergio Cea Cienfuegos y Claudio Herrera Aguayo) 209
- La igualdad constitucional en la nueva Constitución (José Manuel Díaz de Valdés J.) 247
- Pueblos indígenas y Constitución: caminos para un nuevo pacto (Sebastián Donoso Rodríguez) 273
- Acerca de la conveniencia de regular a la Administración del Estado en la Constitución: Un examen comparado (Nicolás Enteiche Rosales y Paula Bagioli Coloma) 301
- Recurso de protección y el proceso constituyente: Propuestas de mejoras a la acción desde la perspectiva de la legitimación procesal (Gaspar Jenkins Peña y Lillo y Edgard Malebrán Guerra) 329
- ¡Fue obra de "El Trauco"!, Partidos políticos, mayorías y malas prácticas constitucionales en Chile y el mundo (Alejandro Lagos Torres) 359
- La protección constitucional del ambiente: Perspectivas y propuestas para el debate constitucional (Felipe Leiva Salazar) 393
- Desafíos futuros y perfeccionamiento de la Justicia Constitucional (Enrique Navarro Beltrán) 417
- Los principios constitucionales tributarios materiales, el estado del arte a nivel comparado (Matías Pascuali Tello) 461
- Descentralización política-administrativa en el derecho comparado (Maximiliano Ravest Ibarra y Oscar Guillen Domínguez) 477

- Un congreso bicameral: razones para mantener dos cámaras (José Riquelme González) 501
- Historia y características derecho parlamentario chileno (Fernando Saenger Gianoni).... 523
- Los derechos sociales y el debate constituyente chileno (Sergio Verdugo) 547

- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.° 17, Universidad del Desarrollo, octubre de 2020 575
- Índice revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, n.° 45 de 2020..... 577

PRESENTACIÓN

Qué duda cabe que una discusión constitucional acapara las miradas y el interés de todos. Se trata de una discusión sobre la dignidad humana como garantía constitucional fundante y límite último e insoslayable; sobre la estructura del poder, de su legitimidad y de sus límites. Contempla una Constitución todos aquellos mínimos acuerdos comunes que los habitantes de una misma nación tenemos. O, al menos, debe aspirar a ello. El establecimiento de las bases sólidas de un Estado de derecho, donde se delimite en forma clara la separación de los poderes del Estado, los bordes entre sí, la validez de sus actos siempre y cuando sean con apego irrestricto a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Luego de la suscripción del Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución en noviembre del año 2019, nuestro país comenzó a vivir aquello que la doctrina ha denominado como momento constitucional. Luego del plebiscito de octubre de 2020, ante una contundente mayoría que manifestó su intención de discutir una nueva Constitución, estudiada y redactada de forma íntegra por ciudadanos elegidos solo para tales efectos, la cuestión constituyente comenzó.

Este es el debate jurídico contingente y probablemente más relevante de las próximas décadas. Esta revista, *Actualidad Jurídica*, no podía ausentarse de esta contingencia, como no lo ha hecho desde hace ya veinte años, por cuanto busca aportar con una mirada técnica la discusión jurídica, para construir una sociedad libre y responsable. En esta mirada de futuro que ha caracterizado a la Universidad del Desarrollo, decidimos hacer de este un número especial que, a diferencia de otros años, innovara en una cuestión: el Tema Central sería, además, el único tema a desarrollar. Dejamos así, de lado nuestras tradicionales secciones de estudios y ensayos, como también de comentarios jurisprudenciales y recensiones.

Nuestro Tema Central debía tener un propósito único, específico y acorde con el contexto que vivimos: ofrecer a la comunidad jurídica y a quienes resulten electos como constituyentes, propuestas constitucionales que sirvan a Chile.

Nos alegra poder contar con diecinueve diferentes trabajos, con aportes de destacados profesionales, algunos de los cuales, hoy forman a los futuros abogados de nuestra Facultad en las cátedras que imparten. Algunos de quienes escriben, son exalumnos ya formados.

El profesor Julio Alvear, nos presenta un artículo que estudia los fundamentos iusnaturalistas del derecho de propiedad y su función social. Rele-

va la importancia de este derecho a través de un análisis de las concepciones liberales y socialistas del mismo.

Francisca Lyon y Juan Pablo Araya, abordan una materia que ha suscitado un debate que, si bien hoy parece incipiente, acometerlo en forma cabal es fundamental: la acusación constitucional y su aplicación para la remoción de autoridades de bancos centrales. Durante el año pasado, se discutió la primera reforma constitucional al estatuto del Banco Central desde 1990. Durante dicho debate, hubo voces que cuestionaron o, al menos, relativizaron la autonomía de este órgano técnico. Por lo mismo, el análisis del mecanismo de acusación y eventual remoción de las autoridades de estas instituciones y su pertinencia es tan oportuno.

La directora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la UDD, Camila Boettiger, nos invita a reflexionar respecto de tres materias fundamentales para la regulación del derecho de propiedad privada en un texto constitucional: su función económica, jurídica y su faceta social. En este trabajo se explican brevemente cada una de estas materias y examinan cuestiones clave que deben ser abordadas en la normativa fundamental, en el contexto de la discusión constitucional vigente.

A su vez, el profesor Raúl Campusano, siguiendo una encomiable tradición de aportar en cada número de nuestra revista, nos entrega un artículo, junto a Ignacio Carvajal, cuyo objetivo es explicar aquellas ideas sobre el derecho internacional y cómo este debe ser considerado en una eventual próxima Carta Fundamental, para así acometer ante los desafíos del siglo XXI, una época caracterizada por la globalización.

Por otra parte, Jaime Carrasco, profesor de nuestra Facultad, analiza la garantía del debido proceso de cara al proceso constituyente, abordando que la incorporación de nuevos derechos o garantías judiciales, no resolverá de forma necesaria los problemas que hoy se observan.

También en materia de recursos, pero esta vez en aquel relacionado en materia ambiental, Edesio Carrasco hace un escrutinio a la regulación de la acción constitucional para cautelar el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y señala cuáles son, según su parecer, los reparos que puede tener y la manera de solucionarlos.

En materia de Fuerzas Armadas, Sergio Cea y Claudio Herrera, proponen reformar lo existente en la Constitución actual, reemplazando la noción de seguridad nacional por la de seguridad humana, derogando al Consejo de Seguridad Nacional de la Carta y planteando en forma sucinta, el contenido del derecho a la defensa jurídica de quienes integran a las instituciones castrenses.

El director del Centro de Justicia Constitucional, José Manuel Díaz de Valdés, aporta a este número con un nuevo trabajo de su *expertise*: igualdad

constitucional y no discriminación. Hace sugerencias respecto de la regulación de garantía fundamental en la nueva Constitución, tales como complementar la noción tradicional y explicitar su vinculación con la dignidad. Aboga por mantener la igualdad entre los seres humanos y busca que la protección de esta sea considerada de forma autónoma, independiente a otro derecho. Propone, además, incorporar la multidiscriminación y la acomodación razonable; la discriminación positiva y la discriminación entre privados.

En materia de pueblos originarios, Sebastián Donoso sostiene que se trata de un desafío el reconocimiento de los pueblos indígenas en el marco del actual debate constituyente. Lo que propone, pueden ser tomadas como condiciones de límite para una reforma que apunte a un reconocimiento de los pueblos originarios, con el fin de que esta genere consenso en la comunidad nacional.

Paula Bagioli y Nicolás Enteiche, contribuyen a esta edición especial describiendo las normas que disponen el orden de la Administración del Estado chilena y británica. La primera, señalan los autores, refleja un alto nivel de formalización en las fuentes del derecho; la segunda, notas opuestas. Buscan así analizar esta regulación con el fin de evaluar la conveniencia de establecer las bases de la organización administrativa en la Constitución, sosteniendo que, el modo en que en la actualidad se organiza la Administración del Estado chilena es especialmente conveniente.

Gaspar Jenkins y Edgar Malebrán, revisan la legitimación respecto de toda acción jurisdiccional, revisando si quienes pueden intervenir en el desarrollo de estas acciones, en particular en el recurso de protección, están acordes con los estándares exigidos por la protección de derechos fundamentales en general, para luego plantear propuestas de mejoras.

Alejandro Lagos nos presenta un trabajo que propone un cuestionamiento contingente: si realmente estamos viviendo una grave crisis institucional o solo se trata de malas prácticas que dañan la institucionalidad. Para ello, analiza el comportamiento de los partidos políticos y la formación y expresión de las mayorías ciudadanas en Chile y el mundo.

Felipe Leiva, nos ofrece propuestas para mejorar y actualizar la protección constitucional del ambiente en el momento constituyente en que estamos inmersos. Sus ideas se construyen sobre la base del desarrollo jurisprudencial, doctrinario e institucional del ordenamiento jurídico ambiental del país. Prevé un debate más intenso que el existente a la hora de contemplar estos tópicos, pero con el optimismo que se resumen en su afirmación respecto a que Chile ha alcanzado un nivel de desarrollo jurídico ambiental que permite enfrentar el debate desde una posición muy distinta a aquella presente cincuenta años atrás.

El destacado profesor Enrique Navarro desarrolla una materia que, desde julio de 2020 ha cobrado una fuerza imposible de desconocer: la justicia constitucional. Así, analiza el mecanismo de integración del Tribunal Constitucional, su competencia y los efectos de sus sentencias, desde una perspectiva histórica, su aplicación práctica y proponiendo mejoras para el futuro. Para ello, sugiere revisar su mecanismo de integración, en particular las designaciones del Presidente de la República y el Congreso Nacional, promoviendo inhabilidades para llegar a ser ministro del Tribunal. Además, postula analizar la viabilidad del control preventivo de las leyes, entre otras ideas.

Matías Pascuali, con el fin de aportar a este momento constitucional, estudia los principios constitucionales tributarios materiales existentes en otras jurisdicciones, y aquellos desarrollados por la doctrina.

Maximiliano Ravest y Oscar Guillen, desarrollan un asunto común en la discusión nacional: la descentralización, tanto política como administrativa. Lo hacen mediante la comparación con otros países.

Fernando Saenger publica un trabajo que tiene por objetivo estudiar resumidamente la evolución que tuvo el derecho parlamentario en el mundo, y principalmente en nuestro país, para así tener un marco dentro del cual entender las características de las atribuciones y funciones del Congreso chileno actual. Qué duda cabe que las acciones legislativas que se desplieguen desde el Parlamento, está relacionado de forma estrecha con el devenir de nuestro país.

También respecto del Congreso, José Riquelme González, defiende la existencia de un Congreso compuesto por dos cámaras. Lo hace acotando su trabajo a la dimensión legislativa del Parlamento, comentando la tradición histórica de nuestro país de composición bicameral, y confrontando los argumentos que se han planteado para transitar a un Congreso unicameral, con los datos de la actividad legislativa del año recién pasado; concluyendo así, que no es la composición de dos cámaras lo que determina la velocidad con la que un proyecto se tramita.

Finalmente, el profesor Sergio Verdugo, expone sobre los derechos sociales y el debate constituyente chileno, por aquellas controversias respecto de estos, tales como su naturaleza, tratamiento y vínculo con garantías judiciales. Su trabajo tiene dos objetivos: sintetizar algunos modelos comparados que no han sido suficientemente considerados en el debate local, y sobre la base de estos, sugerir la posibilidad de diseñar un modelo que reduzca las debilidades de las posiciones que, hasta el momento, han sido predominantes en Chile.

Este esfuerzo que el lector puede encontrar en estas páginas, es parte del sentido de responsabilidad pública que fomenta y promueve la Universi-

dad del Desarrollo. Se abordan en esta revista contenidos relacionados a derechos fundamentales, a los tres poderes del Estado y a materias que forman parte del debate público actual.

Hemos querido contribuir con miradas fundadas al proceso constituyente que se desarrolla en nuestro país, con el fin de aportar propuestas constitucionales que sirvan a Chile.

EL DIRECTOR

TEMA CENTRAL

"Propuestas constitucionales que sirvan a Chile"

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU FUNCIÓN SOCIAL: MÁS ALLÁ DEL SOCIALISMO Y DEL LIBERALISMO

RIGHT TO PROPERTY AND SOCIAL FUNCTION: BEYOND SOCIALISM AND LIBERALISM

Julio Alvear Téllez[*]

Resumen: El presente artículo estudia los fundamentos iusnaturalistas del derecho de propiedad y de su función social.

Palabras claves: Propiedad, derecho natural, función social.

Abstract: This article studies the natural law foundations of property and its social function

Keywords: Property, natural law, social function .

I. Antecedentes

Cuando el Comité Militar Revolucionario del Sóviet proclama el derrocamiento del régimen de Aleksándr Fiódorovich Kérenski (25 de octubre de 1917), Vladímir Lenin hace publicar en el mismo comunicado:

> "[que] la abolición de la propiedad de la tierra por los terratenientes, el control obrero de la industria y la creación de un Gobierno de los sóviets ha quedado asegurada"[1].

Si iniciaba así la andadura política y jurídica del comunismo marxista, con sus ensayos nunca acabados (y nunca logrados del todo), de abolir la

[*] Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

[1] Wade (2000), p. 337.

propiedad privada. Desde los planes quinquenales soviéticos (Пятиле́тние пла́ны разви́тия наро́дного хозя́йства СССР) hasta el Gran Salto Adelante (大躍進) de Mao Tse Tung, desde el modelo fidel-castrista, la estrategia del "Hombre Nuevo" del Che Guevara, hasta la experiencia genocida del Khmer Rouge en Camboya. Históricamente, el punto de partida, la "primera fase", ya había sido expresada por Lenin en sus "tesis de abril": nacionalización de toda la tierra y absorción de la banca.

> "No se trata actualmente de la implantación del socialismo, considerada como nuestra tarea inmediata, sino del establecimiento inmediato del control de la producción y del reparto de los productos por el Soviet"[2].

La abolición de la propiedad sería gradual, comenzando con la dictadura por el estómago.

La vieja tesis de que la propiedad privada es defensa y custodia de la libertad humana dejaba de ser un discurso puramente filosófico para convertirse en vivencia y experiencia.

Pero esta tesis, al menos desde el siglo XIX, planteaba, a su vez, un conjunto de problemas. Podía referirse a la libertad *liberal* (liberarse de todas las ataduras). O, por el contrario, a la libertad de la *tradición clásica* (libertad como sustento y expresión del arraigo personal y asociativo).

La libertad *liberal* apunta al concepto napoléonico de propiedad, tal como quedó configurado en el *Código Civil* francés de 1804, del que bebieron las legislaciones de Europa continental e Hispanoamérica, y que aun hoy nos predetermina. La libertad de la *tradición clásica* nos remonta a las diversas formas de propiedad que conoció la Cristiandad.

Por eso existen tantos equívocos sobre el derecho de propiedad y su fundamento. Son tan amplios que, en la práctica, se nos hace imposible abordar las dificultades que contemporáneamente enfrenta este instituto, sin delimitar de forma previa el asunto. Vale decir, sin determinar qué se entiende por propiedad, por qué la tradición clásica la considera de *derecho natural*, y cuáles son los alcances contemporáneos de esta tesis. Supuesta la delimitación conceptual, hay que explicar de qué manera el liberalismo deforma la noción de propiedad, suscitando las reacciones taradas del socialismo.

De cara al proceso constituyente que vive Chile, es muy oportuno actualizar la doctrina clásica de la propiedad, a fin de vigorizar sus fundamentos a la luz de la ley natural. Un estatuto equilibrado de esta institución, tal como existe, en mayor o menor medida, en la Constitución de 1980, debe ser la línea que inspire sus eventuales mejoras.

[2] Lenin (1917).

II. La Propiedad: Delimitando los términos

Permítasenos en este acápite y en el siguiente, formular algunas consideraciones en lenguaje filosófico. Podrá parecer pesado a primera vista, pero es necesario para afianzar los términos con precisión.

Las diversas acepciones filosóficas del término 'propiedad' nos sirven para alcanzar su significado jurídico. Las correlaciones analógicas que se descubren en el orden del ser, nos permiten aproximarnos a lo que realmente es la propiedad jurídica y compenetrarnos de su importancia.

a) Llamamos "propiedad", en primer lugar, a los seres que están unidos a una sustancia, pero que se distinguen de ella. Son los "accidentes" (en lenguaje aristotélico) como, por ejemplo, el color blanco de una pared o los bigotes de un gato. Los accidentes constituyen un modo de ser que consiste en "estar" en otro. Son propios de un sujeto substancial.
b) También denominamos "propiedad" a un tipo especial de accidentes: aquellos que corresponden a una clase de sustancias, pues derivan o dependen de su naturaleza específica. Y así, es propiedad de los cuerpos su extensión; del ser humano, el entendimiento y la voluntad, etcétera.
c) Asimismo, es propiedad aquel accidente que es exclusivo de un individuo; lo que es propio o característico de él. La inteligencia analítica de Aristóteles, o la sonrisa de Lisa Gherardini, que Leonardo da Vinci retrató en su Mona Lisa.

En todas estas acepciones de "propiedad" hay algo en común: el vínculo ontológico, la adherencia de un ser accidental a un sujeto, como modificación, acción o dependencia de él[3].

Llegamos, así, a la idea –a la realidad– de lo "propio": cada sustancia, cada sujeto tiene cosas como "suyas". La persona humana, la más excelente de las sustancias naturales, también tiene cosas como "suyas" y de un modo más perfecto: los bienes integrantes de su ser (facultades espirituales, cuerpo, etc.) y los bienes externos, que pueden ser materiales o inmateriales.

La "propiedad" jurídica designa precisamente aquellos bienes externos que se nominan o atribuyen a una persona como "tuyo" o "mío". Materiales (una casa) o inmateriales (paternidad sobre una obra).

La "propiedad" jurídica expresa varias ideas:

a) Capacidad natural de posesión / apropiación por parte de una persona;

[3] Fernández (1887), pp. 96-97.

b) causa o título jurídico (justificado y racional, no arbitrario) por el que una persona adquiere en concreto una cosa;
c) vínculo peculiar de esa "cosa" con determinada persona (individuo o conjunto de individuos), en virtud del cual se reserva a ella su bondad o utilidad;
d) exclusión de la participación de terceros en una misma e idéntica cosa.

La propiedad jurídica es, en consecuencia, privativa de los seres personales: solo estos, existiendo para sí, pueden tener bienes destinados y reservados para sí mismos. Solo en ellos puede darse naturalmente una unión más o menos íntima entre sujeto y objeto[4].

Volveremos sobre el alcance de lo que queda dicho. Antes, entremos en otra materia complementaria.

III. Ley natural y derecho natural: Aclarando los malos entendidos

La doctrina filosófica sobre la ley natural es conocida. Y es sobremanera útil, ya que nos sirve para comprender y defender la existencia de un fundamento no cambiante detrás de las cosas. De un orden no variable, tras la voluntad humana. De un suelo consistente donde asentar lo jurídico.

Pues bien, muchos equívocos sobre el fundamento del derecho de propiedad provienen de la inadecuada captación, estudio o penetración de lo que sea la ley natural.

Dice santo Tomás de Aquino:

> "la criatura racional participa intelectual y racionalmente de la razón eterna; por eso la participación de la ley eterna en la criatura racional se llama con propiedad ley (natural), pues ley es algo propio de la razón"[5].

Es esta una definición "descendente" de la ley natural, puesto que permite situar la naturaleza humana en el orden de todos los seres, vinculándola inmediatamente a su primer principio y a su último fin. La definición posibilita, asimismo, visualizar hasta qué punto la criatura racional puede participar de modo libre de esa ordenación, formulando el primer principio de la razón práctica y los preceptos que expresan las exigencias de la naturaleza humana. Entre los preceptos, unos son más manifiestos que otros al intelecto; los hay que tienen razón de fin o razón de medio, necesario o

[4] Fernández (1887), pp. 96-97.
[5] Santo Tomás de Aquino, 1-2 q.91 a.2 ad.3.

contingente; los hay que nacen de modo directo de la naturaleza humana, mientras otros los dicta la razón ante situaciones creadas por el hombre, etc. De ahí las diversas clasificaciones de la ley natural que teólogos y juristas han sistematizado después de santo Tomás de Aquino.

En ocasiones, los calificativos con que se designan los contenidos de la ley natural –preceptos primarios, secundarios y terciarios; preceptos necesarios o contingentes, etc.– pueden confundirnos, o parecernos un ejercicio innecesario de academicismo o, incluso, de ritualismo manualístico. Pero en la medida en que se comprende que la ley natural es participación (en la que hay graduaciones) y que sus preceptos son *opus rationis*, las clasificaciones se vuelven importantes para precisar el lugar de estos.

Algo análogo sucede cuando se estudia el derecho de propiedad, en cuyo campo se acostumbra a utilizar la división entre derecho natural *primario* y *secundario*. Se afirma que frente al derecho natural *primario* (destino común de los bienes), la propiedad privada es de derecho natural *secundario*. 'Primario' y 'secundario' son términos que no usa santo Tomás de Aquino, pero algo significan –nos excusamos de la ironía–, pues la clasificación es recogida por el Magisterio Pontificio y por gran número de teólogos y juristas de indubitable competencia.

Evidentemente, el punto no es el nombre, sino lo significado por él. Porque santo Tomás también admite graduaciones en el derecho natural, solo que no les asigna una denominación específica. Podemos, por tanto, crear nuevas denominaciones y sustituir a la presente, más o menos consagrada por el uso en los dos últimos siglos. Pero si no comprendemos lo significado por el nombre, lo que se quiere designar con "primario" y "secundario", poco avanzamos.

También hay una cuestión a resolver en torno a la noción misma de derecho natural. Cuando hablamos de "derecho", los modernos nos han acostumbrado a pensar de forma inmediata en lo subjetivo, en el derecho-facultad, en el derecho-exigencia. Y lo cierto es que santo Tomás pensaba principalmente en el *ius*, en lo suyo –*suum cuique*–, en lo que es debido a otro según una cierta relación de igualdad.

De acuerdo con esta perspectiva, es la misma cosa, situación o posición jurídica la que queda sujeta a una relación, a una necesidad de ajuste según los casos. Se trata de una cualidad objetiva que afecta a las cosas y a los actos por estar adecuados (o no) a otros, por ejemplo, a quién pertenecen. El derecho subjetivo, en cambio, en su sentido recto (que no es necesariamente el sentido que admiten los modernos), es la facultad moral de hacer, omitir o exigir lo que es suyo. Santo Tomás no coloca esta facultad entre las acepciones principales del término derecho[6].

[6] Véase Santo Tomás de Aquino, 2-2 q.57 a.1 ad. 1.

La cuestión está sujeta a amplias interpretaciones y a una discusión infinita[7], cuyos términos son lo bastante conocidos entre los especialistas en la ciencia del derecho natural. Lo importante, para efectos del concepto de derecho natural, son tres cosas:

a. Primero, que, según doctrina indiscutida de santo Tomás, la noción de *derecho natural* no abarca todo el campo de la *ley natural*, sino que incluye solo aquellos aspectos de dicha ley que rigen las relaciones de justicia entre los hombres.
b. Segundo, conviene distinguir entre *lex* y *ius*, a fin de penetrar, luego, en sus relaciones complementarias. Cuando se afirma que el derecho natural es una "parte" de la ley natural, se hace referencia, tanto al derecho natural en su dimensión *normativa* (*lex*) como al derecho natural es su aspecto de *iustum naturale* (*ius*)[8].
c. Finalmente, no podemos dejar de lado el derecho subjetivo, al menos como técnica jurídica que permite designar las facultades morales que se detentan sobre lo *iustum naturale*, y medidas por él.

De este modo, cuando nos referimos al derecho de propiedad como derecho natural debiéramos fijarnos en estos tres aspectos, en su respectiva correlación analógica. En este cuadro, la propiedad privada se nos aparece como el instituto jurídico por el que, de un modo general y ordinario, el ser humano accede a los bienes temporales, haciéndolos suyos, de acuerdo con las exigencias de su propia naturaleza racional y libre.

Rafael Fernández Concha destaca que la propiedad privada comparte elementos iusnaturales y iuspositivos. A efectos, supone tres cosas:

[7] En la edición bilingüe de la *Suma Teológica* de la década de los años cincuenta y sesenta de la Biblioteca de Autores Cristianos se ve claro la disparidad de interpretaciones. Para Carlos Soria, el analogado principal del derecho es el *ius*, lo justo (Introducción al Tratado de la Ley en General, en Santo Tomás de Aquino (2013). *Suma Teológica*. reimp. Madrid: BAC, tomo vi, pp. 115; 123-124). Para Teófilo Urdánoz, es el derecho subjetivo (Introducción al Tratado de la Justicia. en Santo Tomás de Aquino (2014). *Suma Teológica*. reimp. Madrid: BAC, tomo viii, pp. 201-203; 249-250).

[8] Recuérdese que para santo Tomás, la ley "no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino una cierta razón del derecho", a modo como en la mente del artista se encuentra la idea ejemplar o regla de su obra. Santo Tomás de Aquino, 2-2 q.57 a.1 ad. 2. El derecho natural *normativo*, refiere, por tanto a la regla natural de derecho que regula las relaciones de justicia legal, distributiva y conmutativa. El *iustum naturale*, en cambio, es todo bien que es debido al hombre en virtud de la naturaleza humana, en lo que se incluyen no solo los bienes innatos, sino los derivados, necesarios para que esta alcance su fin a través de sus operaciones. Cada bien, a su vez, tiene su medida, de acuerdo con su naturaleza específica. Sobre este último punto, Juan Vallet de Goytisolo, "La naturaleza de las cosas y la tradición en la concreción del derecho", pp. 527-547.

i) la capacidad natural de apropiación, esto es, la facultad de apoderarse de las cosas de esta tierra y de reservarlas para sí con exclusión de los demás;
ii) el hecho y título de la apropiación, que determina los bienes cuyo exclusivo goce y disposición pertenece a tal o cual persona, natural o jurídica, individual o asociativa y
iii) los bienes externos, que carecen de fin propio y existen para el servicio del hombre.

Es indudable que la capacidad de apropiación no tiene su fundamento en una convención primitiva o en las leyes civiles, sino en el desenvolvimiento natural de la vida humana y el natural destino de las cosas del mundo a la conservación y perfección del ser humano. El hecho y título de la apropiación, en cambio, implica la determinación positiva de los hombres[9].

De ahí que, repetimos, el instituto de la propiedad privada tenga elementos iusnaturales y elementos iuspositivos.

Algunos se fijan solo en los primeros. En consecuencia, tratan a la propiedad como si fuese un derecho natural en todas sus dimensiones. Otros atienden de forma exclusiva a los aspectos de derecho positivo, y consideran a la propiedad un instituto puramente convencional y humano.

Sin embargo, ambos aspectos –el natural y positivo– fueron indicados por santo Tomás en distintos lugares. ¿Cómo se conjugan en el derecho de propiedad? ¿Qué de invariable y qué de cambiante tiene este instituto?

IV. El derecho natural de propiedad: Sus alcances

Muchos constitucionalistas chilenos caen en un error y un horror. Positivistas sin conciencia de sí, metodológicamente se autolimitan, se acostumbran a pensar en el derecho como creación exclusiva del Poder (*in recto*, del *Poder Constituyente*), de acuerdo con la mitología de los revolucionarios franceses.

Por eso se hace necesario precisar aquí qué significa que la propiedad privada sea un *derecho natural*. Es una tesis indiscutible para la filosofía jurídica clásica[10].

[9] Fernández (1888), pp. 56-57.

[10] También para la llamada doctrina social católica, sobre la que tanto se habla y poco se conoce. Un acopio de los textos pontificios sobre la propiedad privada como instituto de derecho natural, puede encontrarse en Riesle (1968), pp. 237-241. Para centrarnos solo en los pontífices previos al Vaticano II, de Pío IX citamos tres encíclicas y una alocución; de León XIII, catorce encíclicas, siete alocuciones, cinco cartas a autoridades y una carta apostólica; de san Pío X, cuatro encíclicas, tres alocuciones, y un *motu proprio*; de Benedicto XV, una

Una digresión. Durante los gobiernos de Jorge Alessandri y Eduardo Frei Montalva, la Democracia Cristiana invocó la doctrina de santo Tomás sobre la propiedad para justificar las reformas de estructuras, que implicaban su desconocimiento práctico, particularmente en el agro[11]. Cometían un grave error en la labor de seleccionar los textos del Aquinate. Citaban unos y olvidaban otros. Alegaban una parte y olvidaban el todo.

Un análisis serio de la doctrina de santo Tomás sobre la materia resulta relevante. En dos estudios[12], el jurista español Juan Vallet de Goytisolo integra las fuentes de la *Suma Teológica* y de la *Suma contra los Gentiles* para analizar los elementos iusnaturales y iuspositivos del derecho de propiedad, como instituto vinculado en lo esencial al orden de la justicia[13].

Para Juan Vallet, la propiedad privada es de derecho natural secundario o de segundo grado. Distingue a tales efectos, entre

> "derecho natural de primer grado, resultante de la consideración de la cosa en sí misma; de segundo grado, atendiendo a sus consecuencias de modo general; de tercer grado, atendiendo a las consecuencias concre

encíclica y dos cartas a autoridades; de Pío XI, diez encíclicas y dos alocuciones; de Pío XII, dos encíclicas, tres cartas a autoridades, y cuarenta y seis alocuciones.

[11] El "comunitarismo" democristiano fue derivando de manera paulatina en socialismo, particularmente en el caso de la Reforma Agraria. Para una exposición de esta doctrina, Silva, Chonchol (1965). He aquí el ensueño descrito cándidamente: "En el orden social comunitario el capital y el trabajo ya no están separados sino unidos en las mismas personas (los obreros o campesinos). El dinamismo de este sistema no arranca del afán de lucro o del poder de un puñado de capitalistas o aspirantes a capitalistas, sino de la voluntad colectiva del pueblo que se hace dueño de la economía y que organiza de forma planificada su ascenso como comunidad, sin diferencia de clases". *Op. cit.*, p. 35. En vez de propiedad privada hay "comunidades" formadas por agrupaciones de campesinos a quienes el Estado otorga bienes y capitales en "común" para el trabajo y el sustento colectivo. En términos jurídicos, la propuesta supone la sustitución de la propiedad por un derecho precario de uso por parte de los miembros del colectivo. Para evitar el surgimiento de desigualdades al interior de cada colectivo, o entre los distintos colectivos, se le asigna al Estado (o a sus comisarios) la dirección última en la planificación de la producción y en la distribución de lo producido. Un sistema que, en la práctica, funciona sin sueños, como pesadilla, pues se puede aproximar con fácilidad a las оллективное хозяйство *(kollektívnoye jozyaistvo)*, las granjas colectivas soviéticas.

[12] Vallet (1977), pp. 49-99 y (1980), pp. 1065-1122.

[13] Un estudio serio de la doctrina de santo Tomás sobre la propiedad privada no se limita a santo Tomás de Aquino, II-II q.66 art. 1 y 2 ("*Ultrum naturalis sit homini possessio exteriorum rerum*" y *"Ultrum liceat alicui rem aliquam quasi propiam possidere"*). Para analizar los presupuestos y la naturaleza de la propiedad como instituto de derecho natural, Juan Vallet estudia más de cuarenta y cuatro textos de la *Suma Teológica*, tres de la Suma contra los Gentiles y uno del Comentario a la Política de Aristóteles.

> tas en una determinada comunidad, y de cuarto grado, atendiendo a la equidad o epiqueya en un caso dado"[14].

Esta distinción escalonada del derecho natural

> "no significa, como algunos pretenden, una mayor categoría jurídica de lo primario respecto de lo secundario, y así sucesivamente. Al contrario, aquel requiere menor intervención de la razón; pues es mayor la que se tiene extendiendo la atención a las consecuencias dimanantes de la cosa que si se la considera sólo y absolutamente en sí misma"[15].

Existen otros sentidos conexos de lo "secundario". Así, es "secundario" el derecho natural en cuanto versa sobre los fines secundarios de nuestra naturaleza, que son, a su vez, medios intrínsecos y necesarios para alcanzar los fines primarios. De este modo, según veremos, autores como Luis Taparelli y Rafael Fernández Concha, consideran la propiedad. También se llama "secundario" a lo que deriva de los preceptos primarios de la ley natural a modo de conclusiones universales e inmediatas, que sirven, a su vez, de principios a conclusiones contingentes y mediatas. Así también considera Juan Vallet la propiedad, integrante de lo que santo Tomás denomina "derecho de gentes"[16].

---

[14] Los dos primeros grados del *ius naturale* son indicados deforma clara y explícita por SANTO TOMÁS DE AQUINO, II-II q.57 art. 3 resp.

[15] VALLET (1980), p. 1100. También analiza este punto en VALLET (1977), p. 61; VALLET (1976), tomo II, pp. 729-730 y 791-793; VALLET (1975), pp 660-664. Véase, asimismo, VALLET (1973), pp. 115-117.

Asimismo, puntualiza dos cosas que hay que retener. Primero, que "lo calificado de derecho natural primario es algo previo, metajurídico, pues, como Gayo *(Dig.*, 1-1,9), Santo Tomás en la misma respuesta, observa que es común a nosotros y a los otros animales. Corresponde, pues, a la naturaleza de las cosas que es prejurídica, pero que el derecho no puede desconocerla, sino que debe tenerlo siempre en cuenta en sus conclusiones. El verdadero derecho natural, en el ámbito social humano o sea el propiamente jurídico, es el secundario que determina lo justo en relación a las consecuencias que se derivan, apreciando cómo las cosas están ordenadas al bien común". VALLET (1977), p. 65. Segundo, que "Santo Tomás de Aquino no desconoce la existencia de razones de derecho natural primario justificantes de la propiedad privada, como es la tendencia natural del hombre a la propiedad, inmediatamente deducida del instinto de la propia conservación, de él mismo y de su familia, razón muy próxima a los primeros principios. Pero los argumentos que emplea, al tratar el tema del que aquí nos ocupamos así como en otro textos, se apoyan todos en el bien común, dadas las consecuencias dimanantes de la propiedad privada más favorables que las derivadas de la comunidad de los bienes". VALLET (1980), p. 1105.

[16] La "*conclusión*" para Juan Vallet, no refiere puramente a la lógica formal, sino, más bien, a la lógica de lo razonable conforme razones vitales, o de la vida social. Existe, de este modo, un *orden natural absoluto* que considera las cosas *en sí mismas* que engloba hombres y

Para el jurista español, el orden natural exige la propiedad privada por cinco razones:

a) de tipo económico (cada cual es más solícito en sus propias cosas);
b) sociológico (se logra una mejor organización y una más eficaz responsabilidad);
c) político (la paz social); de dinámica social (favorece los intercambios y la comunicación de bienes);
d) sirve al ejercicio de una serie de virtudes[17] en el rico y en el pobre[18]. Modernamente, y frente a la emergencia del Estado tecnocrático e invasor,
e) se adiciona el hecho de que la propiedad sea garante de la legítima libertad personal y asociativa[19].

Johannes Messner, por su parte, también refiere a los textos de santo Tomás, para demostrar que la propiedad privada es de derecho natural. Emplea fuentes en parte coincidentes, en parte diversas a las de Juan Vallet. El jurista germano sostiene que es la naturaleza de la persona individual, y la naturaleza y fin de la sociedad, las que exigen la propiedad privada. En cuanto a lo primero,

animales, previo a toda conclusión jurídica; un *orden humano general*, que considera las cosas *en relación con sus consecuencias* en las *relaciones humanas en general*, y que inspira soluciones de derecho de gentes como la propiedad privada, y, por último, un *orden civil de cada ciudad*, que atiende al bien común de esta, habida cuenta de sus circunstancias particulares. Vallet (1977), pp. 64-66.

[17] Vallet (1977), pp. 72-73 y (1980), pp. 1106-1108. El autor examina textos de la *Suma Teológica*, de la Suma contra Gentes y del Comentario a la Política de Aristóteles.

[18] Sobre la cuestión de lo superfluo y de los pobres (II-II, q. 66, art. 7 resp.), donde santo Tomás parece oponer la propiedad (le llama "derecho humano") al destino común de los bienes (de "derecho divino"), hay que saber situar el tema y el lenguaje. Primero, el Doctor Angélico trata del caso particular del estado de necesidad ("*ultrum liceat alicui furari propter necessitatem*"), no del fundamento de la propiedad privada. Segundo, el caso particular es analizado a propósito del hurto y la rapiña, lo que de suyo denota la relevancia que santo Tomás concede a la lesión de la propiedad privada. Dentro de esta *questio*, dedica seis artículos al injusto contra la propiedad: cuatro (II-II, q.66, arts. 3 a 6) anteceden al problema del estado de necesidad, y dos le suceden (II-II, q.66, art. 8 y 9). Finalmente, para aclarar dudas sobre el lenguaje, es bueno coordinar el tratamiento del estado de necesidad de la *Suma* con otros lugares donde el santo analiza análoga cuestión: Santo Tomás Aquino, II-II, q.32 a.7 ad. 3; Sent. 4 d.15; Quodl. 5 q.9 a.i ad 1. En este punto, Juan Vallet de Goytisolo precisa de manera bastante lúcida la doctrina tomasiana, detalles en los que obviamente no podemos entrar. Vallet (1977), pp. 77-80.

[19] Vallet (1980), p. 1107.

a) el hombre tiende por naturalidad a adquirir propiedad[20];
b) tiende, asimismo, a tener cosas como suyas para ayudar a amigos y extraños;
c) se vuelve responsable por el poder de disposición sobre los bienes;
d) expresa, con el uso del dominio, la tendencia a la configuración creadora de su propia vida;
e) toma con la propiedad las necesarias medidas preventivas sobre su propio futuro;
f) la familia, en cuanto comunidad de vivienda, economía y educación, presupone la propiedad[21].

La naturaleza y la finalidad de la sociedad también exigen la institución de la propiedad privada:

a) su primera función social es delimitar de forma clara lo "tuyo" y lo "mío";
b) con ella se consigue, además, un mejor aprovechamiento de los bienes disponibles de una comunidad en interés de todos;
c) el recto intercambio de la propiedad fomenta la unión social entre los hombres;
d) ella influye en la estructuración natural de la sociedad;
e) la difusión de la propiedad impide la acumulación de poder por parte del Estado moderno.

La propiedad privada tiene, por tanto, un fundamento natural. Sin perjuicio de lo anterior, en su desarrollo histórico y en su concreción existencial no hay que olvidar los elementos puestos por el hombre, los elementos "positivos": los factores jurídicos normativos (regulación legal), jurídico-privados (actos y contratos), los aspectos morales (las virtudes sociales) y culturales, que son determinantes para la ordenación de la propiedad privada en una sociedad concreta[22].

De ahí que tengamos que hablar de un derecho natural "derivado" (no "originario") o "complementario", pues la naturaleza indica que los bienes están destinados a servir a todos los hombres, pero no determina qué bienes deben ser atribuidos a qué hombres. Es la razón humana la que señala a la propiedad privada como la institución más conveniente para el orden social,

[20] El ser humano siente inclinación natural a la propiedad, lo que indica su pertenencia a la Ley Natural. "Todas aquellas cosas, dice Santo Tomás, hacia las cuales siente inclinación natural el hombre pertenecen a la ley natural, entre las cuales propia del hombre es su inclinación a obrar según dictamen de la razón". Santo Tomas de Aquino, I-II, q. 91 a.3 ad.3.

[21] Messner (1967), pp. 1239-1240. Los textos de santo Tomás utilizados son: S. Th. 1-2 q.94 a.5; 9 In Eth. lect. 4 a; 2 In Pol. lect. 4 d.; De regimine principium 1, 7.

[22] Messner (1967), pp. 1241-1243. Se exploran los siguientes textos de Santo Tomás: 2 In Pol. lect. 5 c; 2 In Pol. lect. 2 a; 7 In Pol. lect. 5 a; S.Th. I-II q.105 a.2; II-II q.66 a.2.

la previsión económica, la distribución equilibrada del poder y el bien general de la sociedad[23].

Que la propiedad sea un derecho natural "secundario" o "derivado", observa Paolo Grossi, no solo significa que es exigida por la naturaleza, sino, también, que su contenido se adapta a la variabilidad de los tiempos. De ahí que, en tiempos de la Cristiandad, el tejido unitario del dominio romano se haya recompuesto en diversos tipos de propiedad[24].

Podríamos revisar muchos otros juristas, aunque coinciden en lo fundamental, son variados los modos en que formulan el anclaje de la propiedad privada en el derecho natural. Pero en honor al espacio, completamos esta mirada con varios maestros del derecho del siglo XIX no exclusivamente tomasianos. No contaminados por el liberalismo económico o por el socialismo, sus aproximaciones resultan bastante coherentes.

Luis Taparelli D'Azeglio en su clásico "ensayo" sostiene que la propiedad es natural porque proviene del deber de conservar la vida y del derecho a la "independencia", por el cual el hombre se conduce a sí mismo en orden a su bien[25]. De aquí se origina el derecho a proveerse de los medios de conservación, y de un modo permanente y sucesivo, pues las necesidades humanas, de diversa clase, se renuevan de manera sostenida. Emerge, entonces, la propiedad con sus títulos originarios y derivados.

Para el sacerdote italiano, la propiedad privada nace del derecho natural por un hecho que es libre en el individuo (y como tal, no constituye para él un deber natural), pero que es necesario para el género humano. La propiedad no se determina dentro de ciertos límites sin algún hecho o título positivo (ocupación, tradición, etc.), pero es un error tomar esta institución como si fuera *in extenso* de derecho positivo, puesto que volvemos a encontrar siempre su fundamento en la naturaleza humana y en la mejor ordenación de los bienes de la tierra[26]

El chileno Rafael Fernández Concha, de orientación suareciana, y cuyas obras se difunden en la Península, sostiene en términos parecidos el carácter natural de la propiedad. Precisa que, desde el ángulo subjetivo, no es un derecho innato, sino adquirido, pero de fundamento inmediatamente

[23] Messner (1960), pp. 458-459.

[24] Grossi (2006), pp. 63-67.

[25] En sus términos propios, el derecho a la "independencia" es "el poder irrefragable de hacer lo que es bueno, tomando cada cual como regla el dictamen de su razón, sin poder ser racionalmente impedido"; "poder irrefragable conforme a la razón de labrar cada cual su bien propio". Taparelli (1866), pp. 187-188. Observa que "nadie puede ser privado de los medios que tiene para proveer a su bien". De ahí nace el derecho a *apreheder* y el derecho a *excluir*, inherente a la propiedad, *op. cit.*, p. 207.

[26] *Op. cit.*, pp. 206-216.

natural[27]. Y desde el ángulo objetivo, la naturaleza de la mayor parte de los bienes creados por Dios o establecidos por el hombre son de utilidad limitada y agotable.

Por eso la propiedad, en cuanto a la cantidad y valor, es indefinida: las necesidades materiales parecen tener límites para el individuo, pero no las necesidades morales. En cuanto a las facultades (*ius utendi*, *ius fruendi*, etc.), ellas no pueden desgajarse del bien común. Esta es la razón de las limitaciones particulares y generales al ejercicio del derecho de propiedad. Las limitaciones particulares se deducen de la especial naturaleza de los derechos sobrevinientes que pueden afectarle (uso, usufructo, etc.). Las limitaciones generales son determinables según el criterio del daño a bienes ajenos o a la sociedad; el uso inocente que terceros pueden realizar de ella y por la necesidad extrema del prójimo[28].

En la perspectiva de la teología del derecho (un acápite en el que no podemos detenernos), Zoilo Villalón –también un ilustre jurista chileno del siglo XIX– destaca el vínculo que la propiedad mantiene con el derecho divino, al preceptuar su respeto mediante dos mandamientos del Decálogo[29]. Pero eso no implica que el "dominio perfecto" que entrega la propiedad pueda ser usado de manera arbitraria, o sin la respectiva ordenación al bien común[30].

---

[27] El fundamento es claro: "Exigiendo el orden natural la conservación y desenvolvimiento de la existencia humana y al propio tiempo constituyendo ésta el fin y centro de los bienes mundanos, es claro que autoriza a valerse o apoderarse de las cosas con el objeto de subvenir a las necesidades. La facultad de excluir nace copulativamente de la limitación de utilidad de los bienes que se admite propiedad, y de la libertad de las personas, que fueron destinadas por la Providencia a procurar su propio bien.

La facultad de apropiarse de las cosas del mundo nace de la ley natural, y como contra ésta nada pueden ni la voluntad ni la autoridad de los hombres, esta teoría no deja a la propiedad en la incertidumbre. Para demostrar esto, es preciso distinguir las dos facultades de la propiedad: la de tener unos bienes materiales y la de excluir a los demás", etc. FERNÁNDEZ (1888), pp. 56-57.

[28] *Op. cit.*, tomo II, pp. 55-64.

[29] Es interesante repasar la idea: "El hombre puede tener dominio sobre las cosas externas creadas por Dios para sus necesidades o utilidad. Después de haber creado, bendijo Dios su obra y dispuso: "Benedixitque illis Deus et ait crescite et multiplicamini..." (Gen 1, 27-29). Por eso, desde los primeros tiempos, fue conocida la separación y el dominio privado de propiedad, como lo patentiza el Génesis cuando cuenta los sacrificios que de sus rebaños ofrecía Abel a Dios (Gen 4, 4). El Decálogo no hizo más que transmitirnos por escrito un precepto ya grabado por Dios en el corazón de todo hombre, sin establecer una cosa nueva, cuando ordenó un respeto inviolable a la propiedad ajena: non furtum, facies (Exod. 20, 15). Y esto so pena de eterna condenación, como afirma San Pablo: Neque fures (...), neque rapaces, regnum Dei possidebunt (1 Cor. 6, 10)". VILLALÓN (1871), pp. 11-12.

[30] Una vez más son útiles los términos del autor: "Aunque no peca contra la justicia conmutativa el que abusa de sus cosas, viola la justicia legal, pues como dice Justiniano "expedit enim

Todos estos autores precisan una de las tesis primordiales de santo Tomás: que, como consecuencia de la destinación *común* de los bienes a todos los hombres, los propietarios deben usar de sus cosas *como* si fueran *comunes*. Esta idea, sobre la que ha recaído ríos de tinta, hay que entenderla bien. Destino *común* no significa destino *colectivo*, sino *participable*. El medio jurídico ordinario por el que los hombres acceden y se benefician de los bienes naturales o producidos es a través de la propiedad. Lo *común* se participa a través de la propiedad *privada*, cuyo sujeto titular puede ser una persona individual, una familia, una asociación, etc. Esta propiedad, a su vez, nunca se desgaja del destino común, a su modo, y según su naturaleza, puede ser participable en distinto grado, por título gratuito u oneroso.

Algunos formulan esta idea –como san Agustín– sosteniendo que el propietario, ante Dios, es *administrador* de los bienes. La tesis se ha precisado desde antiguo, sosteniendo que en efecto Dios es el señor absoluto de todos los bienes, y que ante Él, el ser humano debe administrar moralmente lo que es suyo de acuerdo con su voluntad, contenida con preferencia en la Ley Divina y Natural. Pero eso no significa, de ninguna manera, que el propietario sea, desde el punto de vista jurídico, un mero administrador ante la colectividad; algo así como un delegado o gerente de esta en los bienes que, en definitiva, serían del colectivo en atención al destino común. El propietario no es un mero administrador de bienes que no le pertenecen, como en los consejos colectivos socialistas. Al contrario, siendo suyo lo que por un título jurídico le corresponde, ha de ordenar su uso al bien común, compartiendo, además, en lo posible, sus frutos con facilidad.

De este modo, de la propiedad nacen deberes perfectos (jurídico-positivos) e imperfectos (morales y jurídicos naturales no positivados), que modernamente las legislaciones reconocen, en muy diverso grado, como límites, cargas reales, deberes u otras fórmulas. Con mayor o menor acierto, dada la influencia del liberalismo o, en sentido inverso, la invasión regulatoria del socialismo estatal.

Para aclarar mejor este punto, podemos distinguir, con santo Tomás, entre potestas *procurandi* y potestas *dispensandi*. Por la primera, el propietario ejercita la *sollicitudo* (conservación, uso adecuado, administración, buen rendimiento, mejora) sobre sus bienes, procurando lo necesario para sí y los suyos. Por la segunda, hace participar de sus bienes, primero a los suyos,

reipublicae ne sua re quis male utatur" (Inst. lib. I, tit. 8, últ.) y contraviene la Voluntad de Dios, quien no nos concede el dominio de lo que ha creado sino para que satisfagamos (rectamente) nuestras necesidades, o procuremos nuestra propia utilidad o la de nuestros semejantes". Esto se aplica también al dominio del Estado, pues no puede usar a su arbitrio de sus facultades: solo le es permitido hacerlo cuando lo exige el bien común. Villalón (1871), pp. 8 y 21.

después al prójimo[31]. El propietario tiene derecho a efectuar él mismo la *dispensatio*, por título oneroso o gratuito, según los casos[32].

A la autoridad política le corresponde, por justicia distributiva, repartir de forma moderada los bienes comunes de la comunidad política, así como a la diversas autoridades particulares (de la familia, asociaciones, etc.), les compete distribuir lo que es común a sus asociaciones. Por liberalidad, las personas privadas distribuyen, además, sus bienes, aunque de su ordenación al bien común se ocupa la justicia general o legal[33].

En este cuadro, los juristas iusnaturalistas clasifican de diversa manera los deberes jurídicos de la propiedad. Sin posibilidad de entrar en detalles, podemos recordar los siguientes:

a. Un régimen de propiedad privada debe tender a la *difusión* de la propiedad. No puede convertirse en privativa, concentrarse de tal manera en unos pocos que un gran número quede excluido de ella. Su adquisición y ejercicio debe ser posible para todos aquellos que se dedican a una vida de trabajo y ahorro. La existencia de la propiedad, por todos los beneficios que socialmente trae, supone la posibilidad de acceder a ella por parte de todos los hombres. Esto no implica nivelación de posesiones, tan utópica como dañina, como pretende el socialismo. Pero tampoco es adecuada la acumulación de la propiedad en unos pocos, generadora de desigualdades patrimoniales irritantes (en cuanto excesivas, no graduales y no armónicas), ya que terminan afectando a diversos títulos el orden social, en particular cuando no conllevan el cumplimiento de oficios de bien común por parte de los titulares de la gran propiedad. La antigua imagen de grandes capitalistas surcando y viviendo de un mar de proletarios, tan explorada por el marxismo, es incompatible con la noción de difusión de la propiedad.

---

[31] Para santo Tomás la *dispensatio* "comporta una distribución o adaptación de algo común a los casos particulares en ella comprendidos, de igual modo que se habla de distribuir el alimento a la familia"; o también, "implica el reparto de algo común entre particulares; por eso se llama también dispensador al padre de familia, porque reparte con peso y medida, a cada miembro de la familia los quehaceres y las cosas necesarias para la vida". Santo Tomas de Aquino, II-II q.88 a.10 resp. y I-II q-97 a.4 resp.

[32] Es interesante cómo santo Tomás enfoca la *potestas dispensandi* en el ejercicio del comercio, cuando no se busca el lucro como fin último, sino la remuneración del propio trabajo o el sentido de bien común para proveer a las necesidades de la sociedad. Santo Tomas de Aquino, II-II q.77 a.4 resp.

[33] Juan Vallet glosa magníficamente a santo Tomás en estos puntos, a partir de II-II q.66 a. 2 ad. 2 y 3; II-II q.88 a.10 resp.; I-II q-97 a.4 resp; II-II q.61 a.2 ad.1, 3 y 4; II-II q.77 a.4 resp. Vallet (1977), pp. 73-77.

b. La propiedad privada no autoriza a su titular a *usar arbitrariamente* de sus bienes. Aunque exclusivos por la apropiación, están destinados, en última instancia, a ser participados, en distintos grados y formas, según las circunstancias. Es lo que se quiere decir cuando se afirma que la propiedad tiene un *destino común*. Por eso, en su administración y afectación exclusiva, el propietario es responsable de ese destino común. Así, los dueños de tierras cultivables no puede dejarlas sin explotación, por mero interés especulativo o dejación, habiendo penuria de productos alimenticios o escasez de tierras cultivables; los propietarios de varios inmuebles no pueden rehusar darlos en alquiler a familias numerosas, cuando estas tienen dificultades graves de acceso; los inversionistas en tiempos de crisis y de paro no pueden sustraer su haber de la circulación económica, sino que están obligados a aplicarlo al desarrollo económico. Por regla general, sin necesidad de llegar a la expropiación, la autoridad puede incentivar el cumplimiento de estos deberes a través de políticas fiscales, sociales o económicas.
c. Existe el deber de *aplicar* los bienes productivos al proceso económico-social. En este sentido, la gran propiedad está obligada a crear puestos de trabajo y posibilidades de ingreso, a fin de que, quienes no la tienen, puedan adquirir posesiones que den estabilidad a su vida. Las diversas formas de monopolio/oligopolio, de concentración empresarial o de colusión, atentan contra este principio, pues el criterio que los dirige no es la participación, sino la acumulación. Los grupos poseedores no pueden ni deben dominar de tal manera el sistema económico en una o más ramas de la actividad, que hagan imposible toda nueva configuración o distribución de la propiedad.
d. Se debe alcanzar una *proporcionada distribución entre trabajo y capital*, como también en el producto resultante. Por vía ordinaria, mediante el justo salario y el precio justo.
e. Hay que atender al cumplimiento de las *obligaciones sociales derivadas de la propiedad productiva*: legislación protectora de los trabajadores, seguros sociales, sin por ello caer en la excesiva estatización de las relaciones laborales.
f. No debe utilizarse la propiedad privada de manera *directamente contraria* al bien común. Por ejemplo, en el uso de un recurso que afecta de modo considerable los intereses de la comunidad (deforestación irracional; pesca excesiva, industria contaminante, etc.). Análogo criterio se aplica, esta vez por justicia conmutativa, al ejercicio de la propiedad con daño a terceros.

g. La propiedad da derecho a usar de los bienes para satisfacción de *necesidades* propias y de los suyos. También da derecho a que cada cual *viva según su condición*, puesto que las necesidades materiales y morales son elásticas y variables. Para un profesor, sus libros no son algo superfluo, ni para un pianista su teclado. Pero en la cuestión de los *bienes superfluos*, se debe sustentar a los pobres en sus necesidades comunes, dice santo Tomás. Obligación moral de objeto y sujeto indeterminado, que corresponde a cada propietario determinar, de acuerdo con la liberalidad y otras virtudes, y que para un cristiano resultan imperadas por la caridad. Sin embargo, en caso de extrema necesidad, es de *justicia* –no de caridad– dar lo superfluo, según conocida doctrina. Puede discutirse el caso de la necesidad grave, y no extrema, en determinadas circunstancias de bien común. Sin embargo, hay que notar que no puede considerarse de justicia –en su sentido jurídico– el principio de compartir los bienes, luego, entonces, no habría límite objetivo a la intromisión del poder político, a la vez que la propiedad quedaría en la práctica por completo desnaturalizada[34].

Es necesario, por tanto, armonizar dos elementos: el fundamento *natural* del derecho de propiedad, de donde procede su carácter inviolable; y su ejercicio *recto*, en orden al desarrollo personal, familiar y asociativo[35].

V. La concepción liberal de la propiedad: Sus problemas

La Revolución francesa tuvo una enorme influencia en la moderna legislación sobre la propiedad, de manera que los aspectos de derecho positivo que la determinaron históricamente se vieron inficionados por la influencia del *Code Civil* napoleónico, que se puede rastrear hasta nuestros días.

La Revolución liberal modificó los presupuestos antropológicos y jurídicos de la propiedad privada en tres aspectos relevantes:

a) subjetivizó el derecho;
b) redujo lo "privado" solo a lo "individual" y
c) despojó de forma gradual a la propiedad de sus atributos y referencias espirituales.

[34] No podemos detenernos en este punto tan importante. Para las clasificaciones de los deberes que derivan de la propiedad, Van Gestel (1959), pp. 210-217; Messner (1969), pp. 372-375; Messner (1967), pp. 1246-1249; Messner (1960), pp. 188 y 463.

[35] El derecho de propiedad como medio de civilización, puede verse en Corrêa de Oliveira (1974), pp. 12-21.

Por tanto, cuando nos referimos al "derecho natural de propiedad" de acuerdo con la doctrina clásica, a la filosofía católica o al Magisterio Pontificio, debemos tener cuidado de no incluir en el término 'propiedad', las modificaciones conceptuales que ha introducido el liberalismo en estos tres presupuestos.

Revisemos tales presupuestos con algo más de detención.

a) Hay que considerar, en primer lugar, que el liberalismo cristaliza la propiedad en un derecho puramente *subjetivo*, el cual es concebido de manera exclusiva desde la perspectiva de la utilidad que le presta a su titular. Por eso la civilistica francesa del siglo XIX y la pandectística alemana convirtieron la propiedad en mera *facultad*; en capacidad jurídica de servirse solo del bien; en el más amplio conjunto de poderes que una persona puede detentar sobre una cosa.

En esta concepción subjetivista de la propiedad, la entidad de la cosa-objeto importa menos que los poderes-facultades, dado que estos expresan el poder absoluto del individuo, esa libertad soberana de ser ley de sí mismo, que el liberalismo quería destacar. La "facultas" se superpone completamente al *ius*, hasta convertir al objeto del derecho, si el dueño así lo quiere, en algo informe, susceptible de cualquier explotación, sin que existan deberes objetivos (jurídicos o morales) que imponga la naturaleza misma de la cosa en su entidad relacional. Los bienes apropiables y apropiados se miran como una realidad neutra, amorfa, pues su carácter jurídico proviene solo de la proyección que sobre ella ejerce la voluntad del titular[36].

Emerge una nueva concepción del *ius abutendi*, que supera la noción romana mantenida en sus justos límites[37]. Ahora lo importante es el vínculo potestativo, en virtud del cual el propietario hace suya una cosa en un marco muy especial: el del absolutismo individual, de la autonomía económica y del atomismo social.

La concepción subjetivista de la propiedad conlleva la consideración abstracta del derecho, ya que es necesario entregar al individuo un poder absoluto sobre el objeto. Sobre cualquier objeto, mientras sea "lícito", luego a los bienes apropiables solo se les exige ser *res intra commercium* como puntualizan los códigos civiles decimonónicos.

Paolo Grossi observa, a propósito del art. 16 de la *Déclaration des Droits* de 1789, que la propiedad es concebida como un *"un droit inviolable et sacré"*. Pero hay que delimitar de forma acertada estos términos: la pro-

[36] Grossi (2013), p. 20.

[37] *Ius abutendi*, no en el sentido romano de consumir y gastar, con la fórmula restrictiva *quatenus iuris ratio patitur*, sino referido a la mayor libertad posible de dominio, al dominio más arbitrario y absoluto, solo restringido por el derecho dominical del Estado, y en ciertos casos, los derechos del "tercero-vecino".

piedad es "inviolable", porque el privilegio de la relación propietaria solo le cabe al individuo; "sagrado" porque el sujeto particular abstracto es lo único que existe ante el Estado[38].

En este horizonte, las entidades de los bienes apropiados pasan a un segundo plano, como si de suyo no estuvieran ordenados a satisfacer las necesidades humanas o a concurrir al perfeccionamiento social. De ahí la sobreexplotación de los recursos naturales para obtener utilidades, o la conspiración contra la belleza de la industria del siglo XIX, acopios de gigantismo, suciedad, contaminación y desechos. Lo que hoy se proyecta en el carácter puramente funcional de gran parte de la industria contemporánea, por regla general reñida con cualquier elevación espiritual o cultural.

De ahí que en el derecho moderno (constitucional o privado) la orientación de la propiedad al bien común se entienda como algo extrínseco a la facultad, pues las cosas, objeto de esta, no parecen tener otro lugar en el cosmos que el que le asigna su propietario. Es el legislador quien establece los límites dominicales "desde afuera", primero, en respeto de los derechos de terceros (*v.gr.*, figuras de abuso del derecho, lesión enorme), luego en razón de necesidades sociales (deberes, cargas, servidumbres, etc., para proteger el ambiente, el patrimonio histórico, la ordenación urbana, etc.), y, en medida no menor, por requerimientos fiscales que quedan al albur de la discrecionalidad del positivismo estatista.

Los "límites" del derecho ya no son los que de suyo impone la naturaleza específica del bien y su ordenación última al bien común, o los que establece el uso que de él hace el propietario en sus relaciones de justicia conmutativa, distributiva y legal, o en cumplimiento de los deberes de caridad, o en obras de misericordia. Los deberes vienen de "afuera", del Estado o del mutuo consentimiento, en sintonía (o no) con dichas relaciones. En dicho contexto, lo que se denomina como "función social" de la propiedad, es una noción auxiliar, una técnica-remedio que pretende hacer frente a una propiedad desbordada por el subjetivismo.

b) El segundo presupuesto de la concepción liberal de la propiedad es su reducción a la *sola titularidad individual*. Propiedad *privada* equivale a propiedad *individual*. De ahí la antipatía de la Revolución francesa respecto de la propiedad familiar y asociativa, expresada jurídicamente a partir de la Ley le Chapelier (14 de junio de 1791), que desmantela y prohíbe cualquier tipo de asociación gremial, y que, entre otros, se prolonga en el *Código* napoleónico y su golpe sibilino contra la propiedad familiar.

[38] Sobre la subjetivización de la propiedad, el autor tiene interesantes páginas. Véase GROSSI (2006), p. 83 y ss.

Sin embargo, dado que es absurdo prohibir a los seres humanos que se asocien, la legislación moderna fue aceptando gradualmente la propiedad al menos de ciertos cuerpos asociativos, como los gremiales (para seguir con el ejemplo francés, la Ley le Chapelier fue derogada por la Ley Ollivier el 25 de mayo de 1864). Pero la legislación reconoció la propiedad de estos cuerpos no a la manera de las antiguas "universitas", sino como un mero patrimonio, un conjunto abstracto de bienes, derechos o deudas, intercambiable en sus componentes, divisible en cuotas individuales, a fin de aplicar la lógica de la concepción individualista también a asociaciones y colectividades.

En este horizonte, la concepción liberal se preocupó en lo principal de garantizar la propiedad individual. Y el contrato, como el más eficaz instrumento de libre circulación de esta. Con ello garantizó –desde el ángulo histórico– la libertad de acción del burgués terrateniente y rentista[39]. En diversos países católicos, se favoreció al sector de la clase burguesa que había adherido a la Revolución, entregándole los bienes comunales y los bienes que se habían confiscado a la Iglesia en los procesos de desamortización.

Recordemos que hasta el siglo XVIII, la propiedad privada se constituía como propiedad no solo del individuo, sino de familias, asociaciones y comunidades (pensemos en los gremios, corporaciones, universidades, ayuntamientos, etc.). De ahí la enorme fuerza, vitalidad e independencia –frente al Estado y al poder económico individual– de lo que hoy llamamos cuerpos intermedios[40].

La concepción individualista, en cambio, sirve menos como ámbito de arraigo y más como aparejo de desvinculación. La legislación, acorde con esta visión, empuja a la propiedad a dejar de ser el soporte material de la tradición para transformarse en instrumento de especulación privada, de innovación financiera o de la disrupción productiva en la economía industrial, y, luego, en la economía de consumo. La propiedad deja de ser el escudo de la autonomía familiar y asociativa ante la invasión del Poder, y es un vehículo más para manifestar la libertad como liberación de vínculos.

A este propósito, Enrique Gil Robles destaca cómo la *Déclaration des Droits* de 1789 no consigna otros derechos dominicales que los de dos personas, las dos partes del supuesto pacto social: el individuo y el Estado. La propiedad de las familias y de las personas intermedias queda al arbitrio legislativo, según convenga, ora al individualismo, ora al socialismo[41].

---

[39] Grossi (2013), p. 19.

[40] Para un estudio reciente sobre los bienes comunales en Castilla, Navarra, Aragón, Provincias Vascongadas, Cataluña (S. XVI-S. XVIII) y México, donde se incluyen los efectos de la desamortización liberal, Dios, Infante, Robledo y Torijano (coords.) (2002), tomo II, pp. 13-429.

[41] Sobre el concepto liberal e individualista de la propiedad, Gil (1961), pp. 251-252. Observa el autor que el principio liberal supone un naturalismo materialista que despoja la

c) La concepción liberal ha *despojado* gradualmente a la propiedad de su *encuadramiento humano y espiritual*. Los ideales del liberalismo económico, del C*ódigo* napoleónico, de las leyes desvinculadoras, antigremiales y desamortizadoras, las normas hereditarias de división forzosa de patrimonios, han dado todos sus frutos. Sus resultados no terminan de ampliarse en los días que corren, en la medida en que las sociedades se descristianizan, la emancipación nihilista cobra todos sus fueros, y en el ámbito económico, la lógica crematística del neocapitalismo invade todos los ámbitos sociales.

Rafael Gambra ha destacado muy bien este punto, con un equilibrio poco frecuente:

> "Siempre he pensado que el llamado capitalismo no se puede definifir en términos positivos, porque es en sí mismo un carencia o una limitación. Es –diríamos– la misma propiedad privada, pero desprovista de los atributos y las referencias espirituales que poseyó antes de quedar reducida a mero capital y su manejo a actividad capitalista. No es lo mismo la posesión de bienes meramente dinerarios, fácilmente convertibles o poseídos en orden a su fácil realización, que aquellos otros que comportan lazos de arraigo, de estabilidad o de proyección del propio sujeto. La casa heredada como alma y legado de los padres, la propiedad estable que crea lazos de lealtad o patronato, la empresa o el taller que supone iniciativa y esfuerzo de toda una vida no están –como la propiedad dineraria y especulativa– al servicio de su poseedor, sino más bien a la inversa, se siénte éste servidor o transmisor de ella y del mundo espiritual que representa"[42].

La propiedad ha sido despojada

> "de sus vínculos hereditarios, patronales, personales, para convertirla en propiamente individual e, incluso, anónima, en algo intercambiable o enajenable no sólo en potencia remota sino en acto perfectivo como su propio fin".

En este cuadro, puntualiza el autor

> "no puede considerarse al capitalismo como un sistema o teoría socioeconómica al modo como se considera al marxismo, sino más bien como

propiedad de su sentido racional y cristiano, pues no tiene otro fin que el goce material y sensible del dueño, cuyo poder ilimitado usa de los bienes para el propio provecho y el privado interés. De ahí el abuso frecuente en la contratación entre el rico y el pobre, emancipados de toda moralidad y juridicidad natural. O*p. cit.*, pp. 251-267.

[42] Gambra (1979), pp. 76-77.

> "lo que resta" de la propiedad privada después de cortarle sus raíces más propiamente humanas o espirituales. No se puede, por lo mismo, criticar a lo que hoy llamamos capitalismo por ser propiedad privada, sino por ser (o haber sido) sólo eso, por carecer de un correlato de deberes, no impuestos jurídicamente, pero sí inherentes a su misma naturaleza"[43].

Para Rafael Gambra, lo precedente ha tenido un efecto tan amplio que hoy el modo normal de concebir la propiedad, en grandes y pequeños, es a manera "capitalista", en el solo interés utilitario.

El problema tiene importantes dimensiones morales. Para que el actual sistema económico funcione, para que alcance sus altas cotas de producción, de lucro y de consumo, se adopta un modelo humano que ya había sido adelantado por algunos ilustrados, como Bernard Mendeville (en la *Fábula de las abejas*, 1714) o Adam Smith (en la *Riqueza de las naciones*, 1776). La economía contemporánea supone un sujeto transformado, un particular tipo humano: el hombre desmesurado, ávido de ganancias, utilitario, alejado del ideal de hombre prudente o sapiencial. Se trata de un modelo donde se escarnecen las virtudes cristianas (las obras de caridad, la prudencia doméstica, la magnanimidad, el amor a la cruz, el desapego a los bienes de la tierra, etc.), donde los vicios se han transformado en virtudes (la codicia, la avaricia, la indiferencia hacia el desposeído, etc.), donde el materialismo más craso, la sexualidad más invasiva, la mezquindad más grosera, el despilfarro más despiadado, no son accidentalidades, sino piezas de la máquina.

La misma libertad que promete el liberalismo, sobre la base de la propiedad y la libre iniciativa, no opera en dimensiones relevantes de la vida económica, impedida por el desarrollo de la propia lógica acumulativa y codiciosa del sistema. Algo que ya había indicado Pío XI el año 1931, en *Quadragesimo anno*, cuando advertía la emergencia de un poder tiránico que concentra la riqueza y domina la sangre de toda la economía[44].

---

[43] Gambra (1979), p. 77.

[44] La advertencia de Pío XI es muy lúcida y en la mayor parte de sus aspectos sigue aplicándose a nuestros días: "Salta a los ojos de todos, en primer lugar, que en nuestros tiempos no sólo se acumulan riquezas, sino que también se acumula una descomunal y tiránica potencia económica en manos de unos pocos, que la mayor parte de las veces no son dueños, sino sólo custodios y administradores de una riqueza en depósito, que ellos manejan a su voluntad y arbitrio. Dominio ejercido de la manera más tiránica por aquellos que, teniendo en sus manos el dinero y dominando sobre él, se apoderan también de las finanzas y señorean sobre el crédito, y por esta razón administran, diríase, la sangre de que vive toda la economía y tienen en sus manos así como el alma de la misma, de tal modo que nadie puede ni aun respirar contra su voluntad. Esta acumulación de poder y de recursos, nota casi característica de la economía contemporánea, es el fruto natural de la limitada libertad de los competidores, de la que han sobrevivido sólo los más poderosos, lo que con frecuencia es tanto como decir los

Diríamos que el *homo faber*, que hace mucho tiempo abandonó la contemplación, se dirige al *homo consumericus*, objeto de seducción en sus pasiones del alma y del cuerpo. Sin la pérdida gradual de las cuatro virtudes cardinales –prudencia, justicia, fortaleza y templanza, cada cual a su modo y en distintos momentos– no podría funcionar la producción acelerada ni el ritmo vertiginoso y muchas veces irracional de la actual economía financiera.

VI. La concepción socialista y sus problemas

Tomando conciencia de estos problemas algunos cargan las tintas. Piensan que para alejarse por completo del influjo liberal, es necesario debilitar el derecho de propiedad de un modo incompatible con su naturaleza y finalidad. No aciertan a desligar liberalismo y propiedad, pues lo creen de manera inevitable compenetrados, por lo que utilizan la devaluación de la segunda como medio para rechazar el primero. En esta operación, desconocen completamente o no aprecian la terminología moral y jurídica de la filosofía clásica, que ha tratado, con precisión, de los problemas que acarrea el ejercicio de la propiedad. En la faceta propositiva son confusos y ambiguos, y no miden las consecuencias económicas, sociales y políticas que supone el debilitamiento de la propiedad. Inevitablemente caen en fórmulas aproximativas, más o menos utópicas, cercanas al socialismo. O como "término medio", sueñan con recetas similares al "comunitarismo" demócrata cristiano de la década de los sesenta (en realidad, colectivismo), que implicó la destrucción del orden familiar y asociativo de base agraria.

Pero el mal no está en la propiedad, sino en las concepciones que la han tergiversado.

Hay otras corrientes que no solo se aproximan al socialismo, sino que son directamente socialistas, en el rigor de lo que estas concepciones implicaron durante el siglo XIX y XX, tan marcado por el racionalismo y el materialismo filosófico.

Llegamos, en primer lugar, al "socialismo utópico", aquel socialismo romántico que durante el siglo XIX (y aun antes) soñó con un mundo absurdo donde no existiera la desigualdad entre los hombres. Y como la propiedad privada es la gran generadora de la desigualdad material, los teóricos

más violentos y los más desprovistos de conciencia. Tal acumulación de riquezas y de poder origina, a su vez, tres tipos de lucha: se lucha en primer lugar por la hegemonía económica; se entabla luego el rudo combate para adueñarse del poder público, para poder abusar de su influencia y autoridad en los conflictos económicos; finalmente, pugnan entre sí los diferentes Estados". Pío XI, n^{os} 105 a 108.

imaginaron diversas formas sociales en que esta no tuviera protagonismo. Podemos recordar algunos de los nombres más conocidos: Robert Owen, Henri de Saint-Simon, Charles Fourier, Étienne Cabet, Pierre-Joseph Proudhon y Félicité de Lamennais. Algunos otros, surcando el reformismo o la experimentación social, derivaron hacia el radicalismo: Graco Babeuf, Filippo Buonarroti y Auguste Blanqui[45].

En realidad, como también advierte Rafael Gambra, "los males de la propiedad, con más propiedad se curan". ¿En qué sentido? No, por cierto, repartiendo riquezas sin deberes ulteriores, sino difundiendo la propiedad y restituyendo a su ejercicio toda su profundidad e implicancias, así como el marco de significación y de vinculación de la que ha sido privada. De aquí se origina una correlación justa de deberes y derechos, pues a mayor propiedad, más derechos, y a mayores derechos, mayores deberes[46].

[45] Un análisis de estos autores, desde la "sensibilidad" socialista, en Cole (1975), pp. 19-30, 44-136, 162-180, 191-220, 288-300. Un interesante estudio de la experiencia del "socialismo utópico" organizada por emigrantes europeos en América, Abramson (1999). En pp. 201-357 se revisan diversos experimentos y su choque con la realidad: la "República de los Hombres Libres" (1799), en Guayana francesa; el "Campo de Asilo" (1817), en Texas, todavía español; la Unión Industrial o falansterios de Oliveira y Palmitar (1840), en Sahy, Brasil; la "Sociedad Comunista" (1850), en Tesechoacán, México; el "Falansterio El Esfuerzo" (1850), en Aguascalientes, México; la "Colonia Los Buenos Amigos" (1853), en Perú; la "Colonia San José" (1857), en Entre Ríos, Argentina; la "Escuela de la Razón y del Socialismo" (1865), en Chalco, México; el "Credit Foncier" (1879), en Sinaloa, México; la Jewish Colonization Association (1888), en distintos puntos de Argentina y Brasil; la "Colonia La Cecilia", en Palmeira, Brasil; la "Nueva Australia" y la "Colonia Cosme", en Villarrica, Paraguay.

[46] Rafael Gambra observa que incluso el problema de las desigualdades socio-económicas se vuelve mucho más fácil. "Las diferencias de fortuna se hacen tolerables y aún respetables, porque no son puramente diferencias económicas sino de estatus, que asocia el disfrute de los bienes a las implicaciones espirituales de lealtad y deberes". Por el contrario, observa el filósofo español: "eliminar la propiedad privada es cortar definitivamente las bases económicas de la familia y también de otras muchas instituciones que sirven de contrapoderes al Estado y hacen posible la libertad política". En frase de Hillaire Belloc "tal solución seria como pretender cortar los horrores de una religión falsa con el ateísmo, o los males de un matrimonio desdichado con el divorcio, o las tristeza de la vida con el suicidio (La Iglesia y la propiedad privada, VII). Entregar toda la riqueza posible a un solo administrador universal (como pretende el comunismo) supone el definitivo desarraigo del hombre". *Op cit.*, p. 78. Sobre Hillaire Belloc, es interesante observar que en otra obra de su autoría –*La restauración de la propiedad*. Buenos Aires: Poblet, 1949, p. 17–, opone lo que denomina "sociedad de propietarios" al comunismo y al capitalismo. En el comunismo los medios de producción son controlados por funcionarios del Estado, que se convierten en amos de los trabajadores. En el capitalismo, una minoría controla los medios de producción, y sostiene a la mayoría a través del salario, transformado pronto en instrumento de explotación. En la sociedad de propietarios la propiedad está bien distribuida, de tal modo que todas las familias poseen en propiedad, y en distinto grado, y se sirven de ella para dar el tono general de la vida social. Es claro que el capitalismo ha evolucionado desde los

Sin embargo, el ataque más efectivo contra la propiedad proviene de otra corriente: el marxismo. La teoría crítica marxista al sistema capitalista es de sobra conocida. En su desarrollo ideológico, Karl Marx inició su crítica proponiendo la abolición de la propiedad privada; luego proyectó sus dardos hacia la burguesía, concebida, por definición, como clase social explotadora; finalmente, hizo del capitalismo su enemigo, concibiéndolo como sistema mundial de producción, reproducción, explotación, enajenación y dominación.

La dialéctica marxista supera en mucho la mera reacción ante los abusos del liberalismo. Es algo mucho más profundo. Supone una filosofía gnóstica e igualitaria. La abolición de la propiedad privada es una de las armas de algo mucho más amplio, la Revolución, a través de la cual se pretende crear un "hombre nuevo" para una "sociedad nueva"[47].

De ahí las palabras con que Fiedrich Engels definió a su colega*:*

> "Marx era, ante todo, un revolucionario. Cooperar, de este o del otro modo, al derrocamiento de la sociedad capitalista y de las instituciones políticas creadas por ella (...) tal era la verdadera misión de su vida. La lucha era su elemento"[48].

Las diversas corrientes del marxismo que llegan hasta nuestros días han buscado de forma incesante nuevos sujetos revolucionarios ("adiós al proletariado", decía Andre Gorz), a fin de obtener la explosión de las "contradicciones" de la sociedad actual, con el mismo desprecio por la propiedad privada. Leninismo, trotskismo, comunismo consejista, stalinismo, maoísmo, guevarismo, han abierto el paso al anarcocomunismo, al marxismo libertario, al marxismo autónomo, al chavismo, a la revolución molecular, a nuevas formas de situacionismo.

En los últimos años, en particular en Hispanoamérica, ha renacido la devaluación de la propiedad privada por parte de renovadas formas de socialismo, de las más diversas tendencias. Algunas de ellas, cuentan con articulación política a través de diversas organizaciones transnacionales como el Grupo de Puebla[49] o la Progressive International[50], y se enquistan en la

tiempos de Hillaire Belloc, particularmente en el acceso masivo de los bienes. Pero no dejan de ser indicativas algunas de sus críticas.

[47] Sobre la creación del "Hombre Nuevo" como categoría revolucionaria, pocos lo han expresado de una manera tan nítida y bestial como el Che Guevara. Véase Guevara (1965) y los escritos publicados en Guevara (1979), en especial pp. 3-245.

[48] Engels (1883).

[49] Su sitio oficial en www.grupodepuebla.org/ [fecha de consulta: octubre 2020].

[50] Su sitio oficial en https://progressive.international/ [fecha de consulta: octubre 2020].

academia, los grandes medios de comunicación social, las organizaciones de derechos humanos y en diversas organizaciones del Estado.

Nos encontramos frente a movimientos diversos donde la ausencia de respeto a la propiedad hace parte integrante de sus propuestas sociales. La antipatía respecto de este instituto, en cuanto base de la desigualdad social, se integra, de un modo más o menos confuso, dentro de otros objetivos más universales. No hay que olvidar, sin embargo, que el mundo que les rodea es aquel que durante décadas despersonalizó la propiedad, exaltó su materialidad destruyendo los lazos espirituales, volvió equivalente "privado" y "privativo", y creó abusos difíciles de sobrellevar.

A diferencia del comunismo marxista clásico y sus derivados, estos movimientos no buscan, al menos inmediatamente, construir una sociedad de tipo socialista. Los aúna, por el momento, una voluntad solo destructora de la presente civilización, radicalizando la obra de demolición de la tradición que el espíritu liberal –no hay que olvidarlo– ha introducido en las mentalidades y costumbres. Son, en el fondo, los hijos nihilistas de la cultura liberal.

Si esta ha sido paulatina en la erosión del orden, los nuevos revolucionarios quieren la inmediatez, mediante el uso de la calle y campañas mediáticas de "sensibilización" revolucionaria, a la que se vienen plegando los grandes medios. Una nueva y más radical revolución cosmológica parecen querer, punto de emergencia de nuevos sujetos revolucionarios: las minorías anómalas o insurreccionales (movimientos anarquistas, colectivos transexuales o de género, feministas de cuarta ola, animalistas y ecologistas radicales, ACAB, coordinadoras indigenistas, etcétera).

Es temprano todavía para estudiar hacia dónde desembocará todo esto. Lo que está claro es que fenómenos como el daño a la propiedad como método de lucha política, la reversión en favor de sectores "históricamente discriminados", o el despojo a cara descubierta se vuelven escenarios bastante factibles.

VII. A modo de conclusión

La propiedad privada es un derecho natural "secundario", "derivado", de "segundo grado". La doctrina es conocida, no así su adecuada interpretación y sus debidos alcances, que aquí hemos pretendido exponer en sus líneas generales.

Sin embargo, la doctrina se vuelve problemática cuando se connota que en la noción moderna de propiedad, particularmente desde la Declaración Francesa de 1789 y el *Código* napoleónico, ha influido de un modo determinante la concepción subjetivista, individualista y desvinculadora del

liberalismo. En la mirada del derecho natural, por tanto, hay que "purificar" la institución de la propiedad de los errores liberales, a fin de comprender el justo papel que le cabe en el desarrollo de toda civilización y como custodia de la libertad.

De cara al siglo XXI, otros problemas se adicionan. El marxismo que se creía muerto vuelve a surgir en nuevas figuras. Teorías, movimientos y propuestas colectivistas niegan el carácter natural del derecho de propiedad o practican su desconocimiento como método de acción política, integrando ambas actitudes dentro de objetivos más universales, de carácter nihilista.

Bibliografía

Abramson, Pierre-Luc (1999). *Las utopías sociales en América Latina en el siglo XIX*. México: FCE.

Cole, George Douglas (1975). *Historia del pensamiento socialista: los precursores (1789-1850)*. México: FCE.

Corrêa de Oliveira, Plinio (1974). *Acordo com o regime comunista: para a Igreja, esperança ou autodemolição?* São Paulo: Editorial Veracruz (edición electrónica).

Dios, Salustiano de, Javier Infante, Ricardo Robledo y Eugenia Torijano (coords.) (2002). *Historia de la Propiedad en España: Bienes comunales, pasado y presente.* Madrid: Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, tomo II.

Engels, Fiedrich (1883). "Discurso en el cementerio de Highgate", Londres, 17 de marzo de 1883, en la tumba de Marx. Publicado en el *Sozialdemokrat*, del 22 de marzo. Disponible en www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/83-tumba.htm

Fernández Concha, Rafael (1887). *Filosofía del derecho o derecho natural, dispuesto para servir de introducción a las ciencias legales*. Barcelona: Tipografía Católica, tomo I.

Fernández Concha, Rafael (1888). *Filosofía del derecho o derecho natural, dispuesto para servir de introducción a las ciencias legales*. Barcelona: Tipografía Católica, tomo II.

Gambra, Rafael (1979). "La propiedad: sus bases antropológicas". *Verbo*, n.º 466. Madrid.

Gil Robles, Enrique (1961). *Tratado de derecho político según los principios de la filosofía y el derecho cristianos.* 3ª ed. Madrid: Afrodisio Aguado editores libreros.

Grossi, Paolo (2006). *La propietà e le propietà nell´officina dello storico.* 2ª ed. Napoli: Editoriale Scientifica.

Grossi, Paolo (2013). "Los bienes: itinerarios entre la 'Modernidad' y la 'Posmodernidad'", en Paolo Grossi y Ángel López y López. *Propiedad: otras perspectivas.* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Guevara, Ernesto "Che" (1965). *El socialismo y el hombre en Cuba*, Marcha, 12 de marzo. Disponible en www.marxists.org/espanol/guevara/65-socyh.htm

Guevara, Ernesto "Che" (1979). *El socialismo y el hombre nuevo.* Edición preparada por José Aricó. Editorial Siglo XXI.

Lenin Vladímir Ilich Uliánov (1917). "Las tareas del proletariado en la presente revolución", en *Pravda*, 7 de abril. Disponible en www.marxists.org/espanol/lenin/obras/1910s/abril.htm

Messner, Johannes (1960). *La cuestión social*. Madrid: Rialp.

Messner, Johannes (1967). *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*. Madrid: Rialp.

Messner, Johannes (1969). *Ética general y aplicada*. Madrid: Rialp.

Pío XI . *Quadragesimo anno*, versión en línea de la Librería Editrice Vaticana.

Riesle, Héctor (1968). *La inviolabilidad del derecho de propiedad privada ante la doctrina pontificia: algunos aspectos controvertidos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Santo Tomás de Aquino. *Suma teológica*.

Silva Solar, Julio y Jacques Chonchol (1965). *El desarrollo de una nueva sociedad en América Latina*. Santiago, Editorial Universitaria.

Taparelli, Luis (1866). *Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos*. Madrid: Imp. de Tejado.

Vallet de Goytisolo, Juan (1973). "Fundamento, función social y limitaciones de la propiedad privada", en Juan Vallet de Goytisolo. *Estudios sobre derecho de cosas*. Madrid: Montecorvo.

Vallet de Goytisolo, Juan (1975). "La ley natural según Santo Tomás de Aquino". *Verbo*, n.° 135-136. Madrid.

Vallet de Goytisolo, Juan (1976). "Perfiles jurídicos del Derecho natural en Santo Tomás de Aquino", en Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*. Madrid: Editorial Tecnos, tomo II.

Vallet de Goytisolo, Juan (1977). "La propiedad en Santo Tomás". *Verbo*, n.° 153-254. Madrid.

Vallet de Goytisolo, Juan (1980). "Propiedad y justicia a la luz de Santo Tomás de Aquino". *Verbo,* n.° 188. Madrid.

Vallet de Goytisolo, Juan (1993). "La naturaleza de las cosas y la tradición en la concreción del derecho". *Verbo,* n.° 315-316. Madrid.

Van Gestel, C. (1959). *La doctrina social de la Iglesia*. Barcelona: Herder.

VILLALÓN, Zoilo (1871). *Tratado teolójico-legal de la justicia, o concordancia del derecho chileno con la teología moral en materia de justicia*. Santiago: Imprenta del Correo.

WADE, Rex (2000). *The Russian Revolution*. Cambridge: Cambridge University Press.

ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN PARA LA REMOCIÓN DE AUTORIDADES DE BANCOS CENTRALES: ANÁLISIS NACIONAL Y COMPARADO

POWER OF IMPEACHEMENT AND ITS APLICATION AGAINST CENTRAL BANK AUTHORITIES: NATIONAL AND COMPARATIVE ANALYSIS

Juan Pablo Araya Marco[*]
Francisca Lyon Portales[**]

RESUMEN: El presente artículo contiene un análisis del mecanismo de acusación constitucional y su pertinencia o idoneidad como sistema de remoción de autoridades de bancos centrales. Para estos efectos, se presenta una revisión de la evolución histórica y de la normativa vigente sobre acusación constitucional en el sistema jurídico chileno, para, luego, estudiar los mecanismos de remoción de los consejeros del Banco Central de Chile establecidos en la Ley n.° 18840. En forma complementaria, se analiza la legislación comparada sobre mecanismos de remoción de autoridades de bancos centrales, estudio que incluyó la revisión de veintiséis jurisdicciones, considerando países de distintas tradiciones jurídicas y de los cinco continentes, y a partir del cual se aprecia la existencia de un solo caso (México) en que las autoridades del Banco Central son susceptibles de ser acusadas constitucionalmente, aunque bajo causales y quórum de aprobación muy exigentes.

A partir de este análisis se concluye que el ordenamiento vigente contempla mecanismos de control que permiten hacer efectiva la responsabilidad de los consejeros del Banco Central. Tanto la derivada de faltas a la probidad como aquella que sea consecuencia de la adopción de acuerdos que

[*] Abogado Universidad de Chile, LLM UC Berkeley y Magíster en Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: jaraya@bcentral.cl

[**] Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile, LLM Banking Law and Financial Regulation, London School of Economics and Political Science. Correo electrónico: flyon@bcentral.cl

impliquen infringir de manera grave y notoria el mandato legal del Banco, en la medida que tales decisiones hayan generado un perjuicio importante a la economía nacional. Por lo tanto, el hecho de que las autoridades del Banco Central no estén sujetas a acusación constitucional, no implica que sean irresponsables o que no rindan cuentas a nadie, ya que la propia legislación que rige a la institución provee las reglas y procedimientos para asegurar el correcto y responsable desempeño de los miembros del Consejo, disponiendo para ello la intervención del Poder Judicial, el Presidente de la República y el Senado, lo que configura un legítimo y eficiente sistema de controles y contrapesos propio de un Estado de derecho democrático.

Palabras claves: Acusación constitucional, Banco Central, consejeros, mecanismos de remoción.

Abstract: This article studies the impeachment procedures and its relevance or suitability as a mechanism for the removal of Central Bank authorities. In this context, it reviews the Chilean constitutional provisions on impeachment and its evolution through time, as well as an analysis of the current mechanisms established by the law for the removal of Central Bank of Chile (CBC) Board Members. Additionally, it provides the main conclusions of a comparative law research on the subject matter, which considered the revision of twenty six jurisdictions, including countries of different legal traditions, across the five continents. This comparative research reveals the existence of only one case (Mexico) where the central bank authorities are susceptible to being impeached, although under very demanding grounds and a high approval quorum.

This analysis concludes that the current Chilean legislation establishes control mechanisms to make Board Members of the CBC accountable for their acts. Both from breaches of probity, as well as a consequence of the adoption of Agreements that imply a serious and notorious infringement of the Bank's legal mandate, insofar as such decisions had caused significant harm to the national economy. Therefore, the fact that the Central Bank authorities are not subject to impeachment does not imply that they are irresponsible or that they are not accountable to anyone. This since the legislation that governs the institution provides the rules and procedures to ensure the correct and responsible performance of the members of the Board, considering for this the intervention of the Judicial Power, the President of the Republic and the Senate. Thereby configuring a legitimate and efficient system of checks and balances proper of a democracy and the rule of law.

Keywrods: Impeachment, Central Bank, Governors, Dismissal.

I. Introducción

En términos generales, los procedimientos de acusación constitucional o *impeachment* son mecanismos de control de carácter jurídico-político que el Poder Legislativo puede ejercer respecto de las autoridades de otros órganos del Estado. A través de esta herramienta se faculta al Congreso para desarrollar un juicio político en contra de determinadas autoridades, con el objetivo de hacer efectiva su responsabilidad por actos u omisiones incurridas en el ejercicio de sus cargos, mediante su destitución y los demás efectos que cada jurisdicción contempla.

Como se explicará, este mecanismo de control ejercido por el Parlamento es ampliamente utilizado en el ámbito comparado para establecer la responsabilidad de autoridades de los poderes Ejecutivo y Judicial, toda vez que se erige como expresión de los frenos y contrapesos que deben existir entre los poderes del Estado en un país democrático. Sin embargo, menos evidente es su pertinencia o idoneidad respecto de las autoridades de organismos autónomos de carácter técnico como son los bancos centrales, toda vez que, como se verá, en este caso suelen existir otros mecanismos legales para hacer efectiva su responsabilidad, ya sea por un incumplimiento grave y manifiesto del mandato institucional o por conductas que configuren faltas de probidad.

Lo anterior, como se expondrá, se refleja de manera prácticamente unánime en la experiencia comparada revisada para efectos de este estudio, que comprende a veintiséis jurisdicciones distribuidas en los cinco continentes, entre las que se encuentran países con distintos regímenes democráticos y de todas las tradiciones jurídicas[1], con la única excepción de México. Si bien la Constitución de este último país admite la posibilidad de acusar constitucionalmente a los integrantes del Banco Central, junto con una amplia gama de otras autoridades –incluidos hasta los propios parlamentarios–, la sujeta a causales bien graves y estrictas ("*violaciones graves a esta Constitución y las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales*") y un alto quórum de aprobación (mayoría absoluta de los diputados y dos tercios de los senadores).

Con todo, lo analizado no implica que las autoridades que encabezan los bancos centrales deban estar exentas de controles, sino muy por el contrario. Como se expondrá en este trabajo, dichas autoridades deben estar sujetas a responsabilidad bajo causales y procedimientos de remoción claros y

[1] Reino Unido, Estados Unidos, Unión Europea, Canadá, Brasil, México, Colombia, Australia, Nueva Zelanda, Alemania, Francia, Suecia, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Islandia, Suiza, República Checa, Sudáfrica, Perú, Tailandia, Corea del Sur, Filipinas, Singapur, España y Portugal.

objetivos fijados en la legislación, que permitan efectuar controles efectivos acerca del adecuado ejercicio de sus funciones, en el marco de un debido proceso en el que se evalúen sus actuaciones conforme a derecho, para efectos de no comprometer su autonomía, acompañado de un sólido marco de transparencia y *accountability*.

II. El mecanismo de acusación constitucional, juicio político o *impeachment*

1. Reseña conceptual

La acusación constitucional en los sistemas políticos de carácter presidencial[2] ha sido concebida y aplicada como un mecanismo de control jurídico-político que el Poder Legislativo ejerce respecto de las autoridades principalmente de gobierno, asegurando así la separación y el equilibrio entre los poderes del Estado. Mediante ella, se faculta al Congreso para desarrollar un juicio en contra de determinadas autoridades, con el objetivo de hacer efectiva su responsabilidad política por actos u omisiones en el ejercicio de sus cargos[3].

Los países latinoamericanos de tradición presidencialista han adoptado este mecanismo principalmente a partir de la experiencia estadounidense, que instauró un mecanismo de control por parte del Parlamento sobre el Presidente y otras autoridades, en caso que estas hubieren infringido la Constitución y las leyes. Ha sido un mecanismo muy utilizado en la región, y dada la amplitud con que ha sido concebida en algunas jurisdicciones, en ciertos casos ha sido fuente de inestabilidad política y social, llevando, incluso, a la destitución de Presidentes en ejercicio[4]. En Chile, por el contrario,

[2] Al respecto cabe tener presente la definición de Humberto Nogueira: "El presidencialismo latinoamericano podemos conceptualizarlo, genéricamente, como un tipo de gobierno democrático representativo de separación de poderes, dotado de un ejecutivo monista cuyo órgano central es un Presidente de la República, elegido por sufragio universal, por un período fijo de tiempo, responsable políticamente solo ante la ciudadanía, quien desempeña las funciones simultáneamente de Jefe de Estado, de Jefe de Gobierno y de la Administración, siendo los Ministros colaboradores de la función de gobierno mientras cuenten con su confianza política. El Presidente de la República desempeña importantes funciones colegisladoras junto al Congreso, el cual dispone además de facultades fiscalizadoras del Gobierno y puede hacer efectiva la acusación constitucional del Presidente, los Ministros, y otras autoridades", Nogueira (2013), p. 2.

[3] Vargas (2018), p. 1.

[4] A modo de ejemplo, Dilma Rousseff, presidenta de Brasil, fue removida en 2016 por violación de normas presupuestarias. Fernando Lugo, presidente de Paraguay, removido en

si bien dicho mecanismo ha sido utilizado en variadas ocasiones, jamás ha prosperado su tramitación respecto de un Jefe de Estado en ejercicio[5], ya que, en general, las acusaciones constitucionales han sido dirigidas en contra de ministros de Estado, gobernadores o magistrados.

Por su parte, en los sistemas parlamentarios, donde la separación entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo es más tenue, la elección de un Primer Ministro y de su gabinete por el Parlamento permite prever que contará con el respaldo, al menos inicial, del Congreso, lo que facilitaría conducir e implementar el programa del gobierno con apoyo parlamentario. Así, en aquellas democracias parlamentarias, el Primer Ministro conformará su gabinete y el Parlamento lo ratificará o le otorgará su voto de confianza. Como consecuencia de este sistema de control, los ministros deberán contar con la confianza del Parlamento, no del Jefe de Gobierno, de lo que se sigue que el Parlamento cuente con la facultad inalienable de pronunciarse acerca de la conducción del gobierno a través del sistema de "votos de confianza" respecto de los miembros del gabinete (incluido el Primer Ministro), pudiendo decidir, incluso, su completa remoción. Hemos observado que bajo estos modelos democráticos, donde el Congreso tiene la potestad de remover al gabinete completo y, por ende, la potestad y el peso político para exigir la renuncia de sus miembros, los mecanismos de acusación constitucional o *impeachment* han caído prácticamente en desuso[6].

En la doctrina nacional, la acusación constitucional ha sido caracterizada como un instituto de garantía de la Constitución, que permite hacer efectivo el principio de responsabilidad constitucional de funcionarios y magistrados singularizados, cuyo objetivo no es el castigo del funcionario, sino, según la doctrina estadounidense, la protección de los intereses públicos contra el peligro u ofensa por el abuso del poder oficial, descuido del deber o conducta incompatible con la dignidad del cargo[7].

Cabe hacer presente que, sin perjuicio de que la acusación constitucional ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de la patria independiente, para efectos del presente trabajo, centraremos el análisis de la acusación constitucional en Chile a partir de 1925 por dos razones:

2012 por nepotismo, entre otros delitos. Fuera de los casos latinoamericanos, el año 2016, Park Geun-hye, presidente de Corea del Sur, fue removido por abuso de poder.

[5] Cabe destacar que la acusación presentada en contra de Sebastián Piñera no alcanzó a ser votada en la Cámara de Diputados, ya que se acogió la cuestión previa presentada por la defensa del Presidente conforme al procedimiento vigente. Cfr. art. 43 de la Ley Orgánica del Congreso. Bajo la Constitución de 1925, se acusó constitucionalmente al presidente Carlos Ibáñez del Campo, pero luego de terminar su mandato.

[6] Sasso (2014,) p. 9.

[7] Zúñiga (2003), p. 200.

la primera, basada en que en dicho año se promulgó un texto constitucional mediante el cual se establece en nuestro país un régimen presidencialista tal como lo conocemos hoy [8] y la segunda, en atención a que dicho año coincide con la creación del Banco Central de Chile (BCCh) bajo las recomendaciones de la Misión Kemmerer, la que fue contratada por el gobierno de la época para reestructurar el sistema monetario y financiero chileno[9].

2. Evolución histórica de la acusación constitucional en Chile

El mecanismo de la acusación constitucional ha estado presente en toda la historia constitucional del país[10], con algunos matices atendidos los distintos regímenes políticos a lo largo del tiempo. De esta forma, queda en evidencia la estrecha relación entre acusación constitucional y sistema de gobierno, pues durante todo el periodo parlamentario no hubo acusaciones aprobadas contra ministros de Estado, con la sola excepción de las entabladas bajo la administración del presidente José Manuel Balmaceda. Lo anterior se explica considerando que en dicho sistema de gobierno resultan más eficaces otros medios de control político, propios del régimen parlamentario, como ya explicamos. Ello cambia al establecerse el régimen propiamente presidencial con la Constitución de 1925, ya que aumenta de modo significativo el número de las acusaciones constitucionales, y se amplía su aplicación a diversas autoridades[11].

2.1 Consagración de la acusación constitucional en la Carta Fundamental de 1925

Como se desarrollará en los párrafos siguientes, el diseño de esta herramienta en la Constitución de 1925 resulta prácticamente idéntico al dispuesto en

[8] Sin perjuicio de que en Chile ha prevalecido a lo largo de su historia un régimen presidencialista, este ha tenido distintos matices: entre los años 1830 a 1891 existió un presidencialismo de corte autocrático, mientras que entre los años 1891 a 1925, si bien el régimen era presidencialista, las fuertes atribuciones otorgadas al Congreso le dieron un carácter de pseudoparlamentarismo. En este sentido, Zúñiga y Vega (2005), p. 281.

[9] Al respecto, véase Carrasco (2009).

[10] Si bien la acusación constitucional estuvo presente desde las primeras Constituciones chilenas, a partir de la de 1822, en que se establece un parlamento bicameral, comienza a forjarse con un carácter similar al que se ve hoy. El Texto de 1823 determina al Senado como órgano acusador y a la Corte Suprema como juzgador, mientras que en la de 1833 se da la forma definitiva a la acusación constitucional vigente, en la que es atribución del Senado juzgar a los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados, y se fija el quórum de $^{2}/_{3}$ para acusar al Presidente de la República. En este sentido, Nogueira (2013), p. 560.

[11] Sasso (2014), p. 100.

la Constitución de 1980, con diferencias puntuales que se detallan a continuación.

i) Acusación ante la Cámara de Diputados
bajo la Constitución de 1925

La Constitución de 1925 establecía la atribución exclusiva de la Cámara de Diputados de declarar si han o no a lugar las acusaciones que diez, a lo menos, de sus miembros formularen en contra de una lista de funcionarios por causales determinadas, en términos prácticamente idénticos a la regulación existente bajo la actual Carta Fundamental, tanto en lo referido a las autoridades respecto de quienes puede interponerse la acusación como en cuanto a las causales, plazos y quórums de aprobación[12].

Las únicas distinciones están radicadas en que, a diferencia de la Constitución vigente, en la de 1925 no se consideraba un número máximo de diputados para formular la acusación; y en que se establecían algunas reglas procedimentales para su tramitación, ya que no existía la delegación a una LOC para estos efectos. Con todo, dichas reglas son consistentes con aquellas contenidas en la LOC del Congreso Nacional en la actualidad.

ii) Juicio político en el Senado
bajo la Constitución de 1925

Del mismo modo, el texto de 1925 contemplaba[13], en términos muy similares a la actual Constitución, que el Senado conocería como jurado de las acusaciones entabladas por la Cámara, y que se limitaría a declarar si el acusado era culpable o no de la infracción, del delito o del abuso de poder que se le imputara. Asimismo, se contemplaban idénticos quórum que los hoy vigentes para la aprobación de las acusaciones contra el Presidente (2/3) y los demás funcionarios (quórum calificado).

2.2 Discusión sobre el mecanismo de acusación constitucional
durante la elaboración de la Constitución de 1980

La acusación constitucional fue muy debatida en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República (Comisión Ortúzar)[14] y luego en el Consejo de Estado. En concreto, preocupó a la Comisión Ortúzar el carácter de "responsabilidad política" de la acusación

[12] Art. 39 n.° 1 de la Constitución de 1925.

[13] Art. 42 n.° 1 de la Constitución de 1925.

[14] Los debates tuvieron lugar en las sesiones 340-341, 346-347, 353-354, 403, 409 y 417, entre el 15 de marzo de 1978 y el 5 de octubre de 1978.

constitucional, versus la "responsabilidad jurídica" que a su juicio estaban confundidas en la Constitución de 1925. En este punto, se indicó :

> que no puede asimilarse la función de fiscalización con la acusación constitucional. Es evidente que la acusación constitucional tiene otra finalidad que la función fiscalizadora del Parlamento, que muchas veces no se traduce en responsabilidad de tipo político"[15].

Del mismo modo, quedó constancia de la discusión que el *impeachement* estadounidense era el modelo seguido para la acusación constitucional chilena[16].

De esta forma, se asentó en la Comisión Ortúzar que, mediante la acusación constitucional, lo que se pretende es hacer efectivas las responsabilidades jurídicas de los acusados, mientras que las responsabilidades políticas debían concretarse a través de las facultades fiscalizadoras de la Cámara, revelando los hechos ante la opinión pública. En este sentido, el comisionado Raúl Bertelsen expresó:

> "la fiscalización política apunta a determinar o a criticar la conveniencia, la oportunidad, las ventajas o desventajas que una determinada medida gubernativa, una actuación o bien una abstención traen consigo, pero sin poner en tela de juicio la competencia y la corrección jurídica del proceder de la respectiva autoridad u órgano gubernativo; en cambio, la fiscalización jurídica apunta precisamente a esto último, es decir, lo que se pone en duda, lo que se crítica es la corrección jurídica de una actuación, bien sea que el órgano es incompetente, bien sea que no se han cumplido los procedimientos establecidos; en otros términos, la fiscalización de tipo jurídico apunta a un desconocimiento de las exigencias propias del Estado de Derecho"[17].

Bajo estas ideas, se discutió acerca de introducir una potencial división en la decisión de las acusaciones constitucionales formuladas por la Cámara de Diputados, en virtud de la cual aquellas de índole jurídica[18] pudieran corresponder al Tribunal Constitucional, mientras que las de carácter político correspondieran al Senado. Dicha propuesta no prosperó en el texto final,

[15] Comisionada Luz Bulnes, sesión n.° 340.

[16] Comisionada Luz Bulnes, sesión n.° 341.

[17] Las actas de las sesiones han sido recogidas en el *Boletín de Historia de la Ley*, publicado por la Biblioteca del Congreso Nacional, art. 52; comisionado Raúl Bertelsen, sesión n.° 340-341

[18] Comisionado Sergio Diez, en la sesión n.° 346, propuso considerar como causales políticas: comprometer el honor o la seguridad de la nación, dejar sin ejecución las leyes e incurrir en notable abandono de deberes.

como tampoco quedó señalada de forma expresa la naturaleza jurídica de la acusación, esto es, si tiene el carácter de política o jurídica. Así, se indicó:

> "En este contexto, siendo difícil diferenciar lo que es censura jurídica de que lo que es censura netamente política, juzga que la división antedicha resulta peligrosísima para la mantención de un régimen presidencial como el que se ha diseñado. Es la razón que lo lleva a pronunciarse por que sea uno solo el organismo encargado de resolver sobre el particular"[19].

De esta forma, y pese a que se discutió la necesidad de distinguir la naturaleza jurídica de la acusación constitucional, lo cierto es que en el texto propuesto se mantuvo la ambigüedad acerca de la naturaleza jurídica de la acusación, en el mismo sentido que la Constitución de 1925. Cabe resaltar que la Comisión reconoció que existen algunas infracciones que tienen el carácter penal, y otras que son de naturaleza administrativa. En este sentido, el comisionado Jaime Guzmán manifestó que, "ésta, a su modo de ver, persigue la sanción de infracciones de naturaleza jurídica, pero no necesariamente de índole penal"[20]. De los debates de la Comisión puede extraerse que el ejercicio de la labor fiscalizadora de la Cámara no es requisito necesario para el ejercicio de la facultad de acusación constitucional, ya que son facultades separadas e independientes.

Asimismo, la Comisión Ortúzar acordó la necesidad de extender el efecto de la destitución del acusado mediante una inhabilidad para ejercer cualquier otro cargo público, a fin de evitar los "enroques" que se realizaban entre autoridades destituidas bajo el alero de la Constitución de 1925. También se estimó razonable mantener la regla de que los antecedentes pasen luego a la justicia ordinaria, para efectos de perseguir eventuales responsabilidades penales o civiles.

Por su parte, en la sesión 409, la Comisión realizó una revisión detallada del anteproyecto de nueva Constitución que sería remitido al Presidente de la República. En dicha sesión, el comisionado Jaime Guzmán propuso:

> "...[que] el juicio político se haga extensivo, además de los miembros del Consejo del Banco Central, por notable abandono de sus deberes, a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y al Director General de Carabineros".

A su vez, en la última sesión de la Comisión (sesión 417) se consideró la opción de incluir a los miembros del Consejo del BCCh en el literal c),

[19] Comisionado Raúl Bertelsen, sesión n.º 353.
[20] *Ibid*.

junto con el Contralor General de la República. Sobre el punto, en particular respecto al alcance de la expresión "notable abandono de deberes" se suscitó en la Comisión una profunda discusión, existiendo la preocupación que mediante esta herramienta se realizaran análisis del mérito y del contenido de decisiones de autoridades como el Contralor, los consejeros del BCCh, y los miembros del Poder Judicial.

En definitiva, el texto propuesto por la Comisión Ortúzar incluiría a las autoridades del Banco Central dentro de aquellas susceptibles a ser acusadas constitucionalmente en el mismo literal c), junto a los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, el Contralor General de la República, los Comandantes en Jefe de las distintas ramas de las Fuerzas Armadas y del General Director de Carabineros, por "notable abandono de sus deberes". Sin embargo, es interesante observar que, a propósito de la discusión acerca de la autonomía del Banco respecto del Ejecutivo, uno de los integrantes de la Comisión, el abogado Sergio Diez, solicitó dejar expresa constancia en actas de la sesión 409 que el:

> "notable abandono de deberes jamás puede dejarse a la interpretación, al sentido o a la resolución de los organismos, ya que es como una cosa material: no ir a las sesiones, no tomar las resoluciones, dejar que se acumulen los problemas. Afirma que en ningún caso puede interpretarse como notable abandono de deberes el tomar una resolución distinta de la que piensa el Ejecutivo, porque entonces se termina con todo el sistema"[21].

Luego de concluido el debate en la Comisión Ortúzar, el anteproyecto constitucional pasó al estudio del Consejo de Estado, el que analizó el tema en sus sesiones 78, de 26 de junio de 1979, y 103, de 29 de enero de 1980, en las cuales se definió en forma más precisa el procedimiento que debían seguir las acusaciones constitucionales. A estos efectos, se decidió eliminar de la propuesta de la Comisión Ortúzar las normas procedimentales, dejando completamente entregada la regulación de su tramitación a una LOC.

Cabe hacer presente que, en la propuesta del Consejo de Estado a la Junta de Gobierno, los consejeros del Banco Central aparecían todavía

[21] Cabe notar que en línea con este razonamiento, en el caso del Poder Judicial, la Comisión Ortúzar incorporó al texto constitucional una norma que declara expresamente que ni el Presidente de la República ni el Congreso Nacional pueden, en caso alguno, revisar el fundamento o contenido de las resoluciones judiciales. Esta regla refuerza la independencia judicial, pues en la práctica ha sido uno de los principales argumentos para rechazar acusaciones constitucionales presentadas contra magistrados por supuesto notable abandono de deberes incurrido con motivo de la dictación de sentencias judiciales en un determinado sentido.

incluidos dentro de la lista de autoridades susceptibles de ser acusadas constitucionalmente, siendo, al final, suprimida su mención por la Junta de Gobierno en el texto final de la Constitución sometida a plebiscito en 1980. Asimismo, la Junta decidió eliminar también al General Director de Carabineros.

No existen actas ni registros públicos sobre las discusiones en la Junta de Gobierno que determinaron que los consejeros del BCCh quedaran, por último, excluidos de la acusación constitucional. Sin embargo, es presumible que dicho cambio haya ocurrido en el contexto de que toda la regulación referida al gobierno corporativo del Banco Central fue en último término extraída de la Carta Fundamental, quedando encomendada a una LOC. En este sentido, cabe recordar que la designación, plazo, inhabilidades e incompatibilidades de los consejeros son materias que se encuentran directamente normadas en dicha legislación, por lo que parece lógico que también se haya resuelto confiar a la misma LOC la fijación de las causales y el procedimiento para la remoción de tales autoridades.

3. La acusación constitucional en el texto constitucional vigente

La acusación constitucional se encuentra consagrada en los arts. 52 n.° 2 y 53 n.° 1 de la Constitución Política de la República (en adelante, la Constitución o la Carta Fundamental). De acuerdo con lo dispuesto en la propia Carta Fundamental, la sustanciación de estos procedimientos se regula en el título IV de la Ley n.° 18918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

El art. 52 n.° 2 precitado, que establece las autoridades sometidas al proceso de acusación constitucional, así como las causales en virtud de las cuales estas podrán ser acusadas o juzgadas, ha sido modificado en dos oportunidades. La primera, el año 2009, mediante la aprobación de la Ley n.° 20390, que incorporó a las autoridades que ejerzan el gobierno en los territorios especiales a los que se refiere el art. 126 bis, esto es, la Isla de Pascua y el archipiélago Juan Fernández.

La segunda reforma al referido precepto constitucional se aprobó el año 2017[22], en virtud de la cual los gobernadores regionales se transformaron en autoridades de elección popular. En este contexto, se reformó el literal e) del art. 52, reemplazando a los intendentes y gobernadores, por delegados presidenciales regionales y delegados presidenciales provinciales, que serán los cargos representantes del Poder Ejecutivo en las regiones.

[22] Ley n.° 20990, que Dispone la Elección Popular del Órgano Ejecutivo del Gobierno Central.

El proceso descrito en la Constitución, en términos generales, se inicia mediante una acusación formulada y aprobada por la Cámara de Diputados, la que deberá luego ser resuelta por el Senado actuando como jurado.

1 Acusación ante la Cámara de Diputados

El mecanismo dispuesto por el art. 52 n.° 2 de la Constitución contempla que la Cámara deberá resolver las acusaciones presentadas por no menos de diez ni más de veinte de sus miembros en contra de las personas y por las causales que se transcriben en el cuadro siguiente.

Autoridad	Causal	Plazo	Quórum de aprobación en la Cámara
Presidente de la República	Actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes	Mientras esté en funciones o en los seis meses siguientes a su expiración en el cargo	Mayoría de los diputados en ejercicio
Ministros de Estado	Haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno	Mientras el afectado esté en funciones o en los tres meses siguientes a la expiración en su cargo	Mayoría de los diputados presentes. Además, el acusado quedará suspendido hasta la decisión del Senado
Magistrados de Tribunales Superiores de Justicia	Por notable abandono de sus deberes	Mientras el afectado esté en funciones o en los tres meses siguientes a la expiración en su cargo	Mayoría de los diputados presentes. Además, el acusado quedará suspendido hasta la decisión del Senado
Contralor General de la República	Por notable abandono de sus deberes	Mientras el afectado esté en funciones o en los tres meses siguientes a la expiración en su cargo	Mayoría de los diputados presentes. Además, el acusado quedará suspendido hasta la decisión del Senado

Autoridad	Causal	Plazo	Quórum de aprobación en la Cámara
Generales o Almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional	por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación	Mientras el afectado esté en funciones o en los tres meses siguientes a la expiración en su cargo	Mayoría de los diputados presentes. Además, el acusado quedará suspendido hasta la decisión del Senado
Delegados presidenciales regionales, Delegados presidenciales provinciales y de la autoridad que ejerza el Gobierno en los territorios especiales[23]	Por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión.	Mientras el afectado esté en funciones o en los tres meses siguientes a la expiración en su cargo	Mayoría de los diputados presentes. Además, el acusado quedará suspendido hasta la decisión del Senado

2 Conocimiento y decisión del Senado

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 53 n.° 1 de la Constitución, al Senado le corresponde conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable. Asimismo, la Constitución dispone que el Senado deberá resolver como jurado, lo que significa que deberá votar en conciencia, basando su voto no puramente en argumentos de derecho. Así, deberá limitarse a declarar si él o la acusada es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa. En este sentido, el Senado no es un tribunal de justicia ordinario ni le son aplicables las normas procesales civiles ni penales. De esta forma, el Senado no es un *tribunal*, en la medida que no está constituido de letrados ni resuelve conforme a derecho, sino que reconoce y resuelve como *"jurado"* adquiriendo cada senador la convicción interna de actuar de manera correcta y justa, respetando las reglas del debido proceso al acusado[24].

Respecto al quórum de aprobación, la Constitución dispone que la declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los 2/3 de Senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra del Presidente de la República, y por la mayoría de los senadores en ejercicio (quórum calificado) en los demás casos.

En cuanto a los efectos de la decisión del Senado, se establece que mediante la declaración de culpabilidad el acusado será destituido de su cargo,

[23] Territorios especiales correspondientes a Isla de Pascua y al archipiélago Juan Fernández, cuyo gobierno y administración se rigen por estatutos especiales de sus leyes orgánicas constitucionales respectivas.

[24] Nogueira (2013), p. 582.

y quedará inhabilitado para desempeñar ninguna función pública, sea o no de elección popular, por el término de cinco años.

En todo caso, cabe destacar que el constituyente fue explícito en el párrafo final de la norma en comento al disponer que el funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo con las leyes –es decir, conforme a derecho y no en conciencia– ante el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al eventual delito penal como para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares.

De igual forma, cabe hacer presente que este último párrafo refuerza el carácter de juicio político que realiza el Senado, ya que a este no le corresponde más que declarar o no la culpabilidad para así determinar su responsabilidad política, así como la inhabilitación para ejercer cargos públicos; mas no le corresponde sustentar ni explicitar su decisión en argumentos jurídicos, sino en conciencia. Es por ello que la Constitución refuerza que la posterior calificación de los hechos para determinar tanto la eventual responsabilidad civil como penal del acusado deberá realizarse conforme a derecho por el tribunal competente para ello, reconociéndose así sus garantías de derecho a defensa, apreciación de la prueba, juez natural, entre otras, que se ven limitadas en los procesos ante el Congreso[25].

III. Mecanismos de remoción de los consejeros del Banco Central de Chile bajo el régimen jurídico vigente

A continuación, se presenta una síntesis del estatuto de remoción de los consejeros del BCCh bajo la normativa chilena vigente. Cabe tener presente que en el caso del BCCh, a pesar de que tiene consagración constitucional, sus autoridades no son susceptibles de ser acusadas constitucionalmente, lo cual es consistente con que la Carta Fundamental no establece el gobierno corporativo del Banco, sino que encomienda su regulación a una ley orgánica constitucional. Conforme a ello, tanto la composición como la designación, plazo de duración, inhabilidades, incompatibilidades y remoción de las autoridades del Banco se encuentran normados en la Ley n.° 18840, Orgánica Constitucional del Banco Central (LOC BCCh). Cabe hacer presente que

[25] Sin perjuicio que gran parte de la doctrina nacional suscribe esta tesis, existen autores que argumentan que se trata de un "juicio de responsabilidad constitucional" en donde el elemento jurídico cobra un rol preponderante. Véase Sasso (2014), p. 11.

en todos los procedimientos de remoción participa además del Presidente de la República, algún otro poder del Estado, como se detalla a continuación.

1. Destitución de consejeros debido a la vulneración de normas de probidad señaladas en los arts. 13 y 14 de la LOC BCCh

El art. 15 de la LOC BCCh contempla un procedimiento de remoción para el caso en que un consejero infrinja las normas contenidas en el art. 13 relativas a la prevención de conflictos de interés, incumplimiento o infracción del deber de declaración de patrimonio o, bien, en caso que el consejero "realice conductas que impliquen un abuso de su calidad de tal, con el objeto de obtener para sí o para terceros, beneficios directos o indirectos".

En estos casos, el Presidente de la República, el presidente del Banco o, a lo menos, dos consejeros, podrán presentar una acusación fundada ante la Corte de Apelaciones de Santiago, quien por intermedio de una de sus salas deberá dictar sentencia dentro del término de treinta días hábiles contado desde la vista de la causa, que goza de preferencia para su vista y fallo. Mientras se encuentre pendiente la decisión de la Corte, esta podrá decretar la suspensión temporal del afectado en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, en caso de resolver la destitución del consejero, se contempla la remisión de los antecedentes respectivos a los tribunales civiles o penales correspondientes para el ejercicio de las responsabilidades civiles y penales que fueren procedentes. De manera complementaria, se asigna como sanción que el consejero que cese en sus funciones por aplicación de este artículo no podrá ser designado de nuevo en el cargo.

2. Remoción del presidente del Banco por incumplimiento de políticas o normas impartidas por el Consejo

El art. 16 de la LOC BCCh contempla la posibilidad que el Presidente de la República, con aprobación del Senado, destituya al presidente del Consejo del Banco en caso de que este incumpla las políticas adoptadas o las normas impartidas por el Consejo, a petición fundada de, a lo menos, tres de sus miembros. Para estos efectos, la LOC BCCh establece que el Presidente de la República deberá requerir el consentimiento del Senado dentro del plazo de treinta días contado desde la petición antedicha, y en caso de aprobarse la remoción se deberá efectuar un nuevo nombramiento por el plazo que restaba en su cargo al consejero destituido.

Como sanción adicional a la destitución, se fija la prohibición de designar a la misma persona en el cargo de Consejero durante los próximos diez años.

3. Remoción de consejeros por aprobar acuerdos que impliquen un grave y manifiesto incumplimiento del mandato institucional, y que sea la causa principal y directa de un daño significativo a la economía

Por último, el art. 17 de la LOC BCCh faculta al Presidente de la República para remover, previa aprobación del Senado, a alguno o la totalidad de los miembros del Consejo, fundado en que el consejero afectado hubiere votado favorablemente acuerdos del Banco que impliquen un grave y manifiesto incumplimiento de su objetivo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3° de la LOC BCCh, siempre que dicho acuerdo haya sido la causa principal y directa de un daño significativo a la economía del país.

En este caso, el o los consejeros afectados podrán solicitar ser oídos por el Senado. Por su parte, la persona que haya sido removida en virtud de este artículo, no podrá ser designada de nuevo en el cargo durante los próximos diez años.

4. Corolario en materia de sistema de remoción de consejeros del BCCh

A partir de lo expuesto, se puede apreciar de forma clara que la LOC BCCh vigente contempla mecanismos de control que permiten hacer efectiva la responsabilidad de sus consejeros. Tanto la derivada de faltas a la probidad como aquella que sea consecuencia de la adopción de acuerdos que impliquen infringir de manera grave y notoria el mandato legal del Banco, consistente en velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos, en la medida que tales decisiones hayan generado un perjuicio importante a la economía nacional.

Por lo tanto, el hecho de que las autoridades del Banco Central no estén sujetas a acusación constitucional, no implica que sean irresponsables o que no rindan cuentas a nadie, ya que la propia legislación que rige a la institución provee las reglas y procedimientos para asegurar el correcto y responsable desempeño de los miembros del Consejo, estableciendo para ello la intervención del Poder Judicial, el Presidente de la República y el Senado, lo que configura un legítimo y eficiente sistema de controles y contrapesos propio de un Estado de derecho democrático[26].

[26] En relación con este punto, cabe tener presente que los arts. 4°, 22 n.° 5, 79 y 80 de la LOC BCCh disponen una serie de mecanismos de *accountability*, cuya descripción detallada aparece en la sección 5 de este documento.

IV. Estudio de experiencia comparada de la acusación constitucional como mecanismo de remoción de autoridades de bancos centrales

1. Aspectos generales del estudio comparado

El análisis comparado contempló el estudio de la legislación de veintiséis ordenamientos jurídicos de los cinco continentes (veinticinco países más la Unión Europea)[27]. Para estos efectos, se consideró tanto a países de tradición jurídica anglosajona como aquellos de tradición romano-continental. También, se distinguieron los casos en que el Banco Central (o autoridad monetaria) tiene reconocimiento constitucional.

En línea con lo anterior, se buscó si existían ordenamientos jurídicos en que las autoridades de la banca central pueden ser removidas por decisión del Congreso a través del mecanismo de acusación constitucional o juicio político, encontrándose un solo caso (mexicano). Mientras que, en todo el resto de las jurisdicciones estudiadas, se halló la existencia de otros mecanismos especiales de remoción, cuyas causales y procedimientos se encuentran regulados por las respectivas legislaciones orgánicas que rigen a estas instituciones.

2. Principales conclusiones del estudio comparado

De los veintiséis ordenamientos estudiados, quince de ellos consagran al Banco Central en sus respectivas Constituciones[28]. Asimismo, se destaca que en casi todos ellos, las causales de remoción se encuentran contempladas en la legislación orgánica correspondiente[29]. Con todo, la tipificación de las causales varía entre los países, existiendo casos en que hay causales específicas de remoción como Canadá y Nueva Zelanda, donde la ley contempla una lista determinada de prohibiciones e incompatibilidades cuya infracción es causal de remoción del cargo, mientras que hay otros países en que la causal para destituir es más amplia y abierta a interpretaciones, como es el caso de Estados Unidos. En este caso, la ley de la *Federal Reserve*, autoridad que actúa

[27] Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Brasil, México, Colombia, Australia, Nueva Zelanda, Alemania, Francia, Suecia, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Islandia, Suiza, República Checa, Sudáfrica, Perú, Tailandia, Corea del Sur, Filipinas, Singapur, España, Portugal y la Unión Europea, donde se revisaron los Tratados Constitutivos.

[28] Unión Europea, Brasil, México, Colombia, Alemania, Suecia, Noruega, Finlandia, Suiza, República Checa, Sudáfrica, Perú, Filipinas, Singapur y Portugal.

[29] Con excepción de los casos de Noruega e Islandia, donde estarían sujetos a un régimen de remoción aplicable a los funcionarios del sector público.

como Banco Central de la nación norteamericana, establece que el presidente de Estados Unidos podrá remover a los miembros del directorio del Banco "por causa"[30]. El alcance de este concepto, así como los requisitos para que el Presidente pueda de manera válida destituir a las autoridades del Banco han sido interpretados por la jurisprudencia[31].

Cabe destacar que de los países de la muestra, solo dos contemplan la posibilidad de que el Congreso efectúe un proceso para remover a los miembros del Consejo del Banco Central, a saber: México y Suecia, aunque solo el primero de ellos corresponde propiamente a un mecanismo de acusación constitucional o *impeachment*. En ambos casos, la eventual destitución por parte del Congreso coincide con la consagración constitucional del Banco, pero mantienen diferencias sustanciales, según se explica a continuación.

3. Casos en que la constitución contempla mecanismos de remoción: México y Suecia

3.1. Banco de México

El Banco Central se encuentra consagrado en la Constitución mexicana[32], la que describe aspectos generales de su organización y mandato, dejando encomendada a una ley orgánica la especificación de la mayoría de las definiciones relativas a su funcionamiento y poderes, en términos bastante similares a otras jurisdicciones, entre ellas Chile.

El caso mexicano resulta particular, toda vez que reconoce en términos específicos que las personas encargadas de la conducción del Banco Central podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el art. 110 de la Constitución. Por su parte, el mencionado precepto dispone que serán objeto de juicio político, entre otras autoridades y cargos, "los integrantes de órganos constitucionales autónomos". A diferencia de Chile, la lista de autoridades acusables es amplísima, ya que, incluso, comprende a los diputados y senadores. Además, en cuanto a la causal de destitución –tanto

[30] La sección 10 de la Federal Reserve Act utiliza la expresión "for cause".

[31] Tradicionalmente, la jurisprudencia estadounidense ha entendido que la remoción por causa requeriría incurrir en ineficiencia, negligencia en cumplimiento del deber o malicia en el ejercicio del cargo (inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office), y que eventuales diferencias en materia de políticas aplicadas por una autoridad dotada de independencia en su actuar no serían suficiente justificación para su remoción. Al respecto, véase criterio sentado por la Corte Suprema en Humphrey's Ex'r v. United States. Rathbun v. Same, Supreme Court, 1935, caso en que se decidió sobre la remoción de un comisionado de la FTC, como miembro de una agencia *quasi* legislativa o judicial, a la que se requiere actuar en forma independiente, diverso de una autoridad puramente ejecutiva dependiente del gobierno.

[32] Art. 28 de la Constitución mexicana.

para los ejecutivos de las entidades federativas como locales–, es bastante exigente, pues debe fundarse en violaciones graves a la Constitución y a las leyes federales que de ella emanen o, bien, en el manejo indebido de fondos y recursos federales.

Respecto al procedimiento, se contempla que la acusación sea vista en primera instancia por la Cámara de Diputados, que deberá aprobarla por mayoría absoluta, y luego por el Senado, quien actuará como jurado y deberá aprobar la acusación por un quórum de $^{2}/_{3}$. Las sanciones que podrán ser impuestas consisten en la destitución y en la inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público. De igual forma, se asienta que las resoluciones del Congreso no podrán ser revisadas por ninguna otra instancia o autoridad. Según los antecedentes recopilados, no se encontraron casos de autoridades del Banco de México que hayan sido removidas mediante este mecanismo.

3.2 Banco de Suecia

El Banco de Suecia (*Riksbank*) se encuentra descrito en la Constitución con más detalle que el caso anterior, fijándose respecto de él un mecanismo especial de remoción de sus miembros por el Parlamento[33]. Cabe tener presente que el Parlamento sueco (*Riksdag*) es unicameral, por lo tanto, decide en única instancia. Al respecto, la Constitución establece que corresponde al *Riksdag* examinar si es que corresponde "eximir de responsabilidad" a los miembros del Consejo General del Banco por sus actos.

Si es que el Parlamento se rehúsa a eximirlos de responsabilidad, el Consejero involucrado es destituido del cargo. En caso contrario, el Parlamento entrega inmunidad al consejero por su eventual responsabilidad ocasionada en el ejercicio de sus funciones, y la autoridad se mantiene en ejercicio.

Asimismo, se contempla en la Constitución una referencia a la facultad del Consejo General del Banco para despedir a los miembros del Directorio Ejecutivo en caso de que él o ella dejen de cumplir con los requerimientos del cargo, o fueren culpables de negligencia grave, e instaura que las demás provisiones relativas a la composición del Consejo, administración y actividades del Banco serán fijadas en la ley, en términos similares a lo descrito en las constituciones de varios países materia de estudio, así como en el caso chileno conforme a lo que se detalla en la sección siguiente.

[33] Instrument of Government (Constitution) of Sweden, Chapter 9, Artícle 13.

V. Relación entre autonomía, transparencia, objetivos y mecanismos de remoción

En la literatura económica se ha investigado y documentado la existencia de una vinculación entre la autonomía y transparencia de los bancos centrales y el cumplimiento de su objetivo primordial de mantener controlada la inflación[34]. En este sentido, diversos organismos internacionales han destacado la importancia de evitar influencias políticas o de grupos de interés, en la toma de decisiones de autoridades de los bancos centrales, toda vez que ello puede poner en peligro la autonomía con que se les ha dotado para asegurar su carácter técnico y, por ende, el logro de los fines de bien común asignados a los mismos.

Sin ir más lejos, el caso chileno es un buen ejemplo del desempeño inflacionario bajo la conducción monetaria de un banco central no autónomo *vis a vis* uno que sí goza de autonomía efectiva. En efecto, el promedio de la inflación anual en Chile entre 1925 y 1989 fue de 44,7%; mientras que entre 1990 (año en que el BCCh adquiere autonomía plena en virtud de le entrada en vigencia de la Ley n.° 18840) y 2019 fue de 6,1%, y en los últimos veinte años se ha mantenido la mayor parte del tiempo en torno a la meta del 3% definida por el Consejo del Banco)[35].

Estas consideraciones resultan en lo particular relevantes en contextos de crisis, ya que ante el descontento de la población producido por la inflación, la pérdida de empleos y demás factores presentes en dichos escenarios, las autoridades políticas se pueden ven tentadas a remover autoridades para calmar el clamor popular en búsqueda de responsables[36]. Sin embargo, es en estas complejas situaciones en que los directivos de los bancos centrales requieren mayor independencia para la toma de sus decisiones, con el objetivo de adoptar medidas orientadas al cumplimiento de su mandato, incluyendo mantener el valor de la moneda, así como preservar la estabilidad financiera o ejercer el papel de prestamista de última instancia, las que pueden resultar impopulares en el corto plazo.

Asimismo, estas reflexiones cobran especial importancia en atención al proceso constitucional en ciernes, donde algunas voces han propuesto incorporar a los consejeros del Banco Central dentro de aquellas autoridades susceptibles de ser acusadas constitucionalmente. En este sentido, José Luis Cea ha sostenido que, de prosperar una idea como esta, ello repercutirá de forma negativa en la autonomía y el carácter técnico con que ha de obrar el Banco, in-

[34] Dincer & Eichengreen (2014).

[35] Los cálculos presentados en este párrafo son de elaboración propia basada en datos del Banco Central de Chile.

[36] Sutrisna & De Haan (2015).

troduciendo nocivos factores políticos contingentes de comprobado fracaso[37].

En tal sentido, diversos estudios publicados por organismos internacionales han señalado como factores clave para la autonomía de los Bancos centrales el que los gobernadores o consejeros tengan periodos fijos de duración en funciones (desvinculados del ciclo político) y que no puedan ser destituidos de manera discrecional de sus cargos, sino solo por causales específicas y objetivas bajo procedimientos regulados en sus respectivos textos legales[38].

Ello resulta consistente con la evidencia hallada en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de las jurisdicciones revisadas en el contexto comparado. Es necesario destacar que ello no implica que las mencionadas autoridades se encuentren exentas de controles. En todos los casos estudiados, los directivos de los bancos centrales se encuentran sometidos a mecanismos especiales de remoción. Estos mecanismos usualmente contemplan un estatuto de inhabilidades e incompatibilidades, las que en caso de ser infringidas, acarrean la remoción de la autoridad en cuestión.

Como ya se comentó, en la misma línea, la LOC del BCCh fijaen sus arts. 13, 14 y 14 bis las prohibiciones e incompatibilidades con el cargo de consejero, cuya infracción podrá ocasionar la remoción de conformidad a lo dispuesto en el art. 15 y siguientes de la misma ley.

A lo anterior, se agregan los procedimientos en que interviene el Presidente de la República, con aprobación del Senado, para:

i) destituir al presidente del BCCh con motivo de la infracción de las políticas adoptadas o de las normas impartidas por el Consejo (art. 16) y
ii) para remover a uno o más consejeros en razón de haber adoptado un acuerdo que implique un grave y manifiesto incumplimiento a los objetivos del Banco, y siempre que dicho acuerdo haya sido la causa principal y directa de un daño significativo a la economía del país (art. 17).

Este último constituye probablemente el mecanismo de control y contrapeso institucional más relevante para resguardar que se cumpla el mandato del Banco en aras del bien común.

De igual modo, se debe tener presente que los mecanismos de control no se agotan con la remoción de las autoridades directivas. En este sentido, los estándares internacionales son claros en requerir a los bancos centrales que implementen mecanismos de transparencia sobre su toma de sus decisiones y fundamentos, así como que den cuenta de su quehacer ante la autoridad política y el público, y que queden sujetos a un marco robusto de control interno y auditoría externa.

[37] Cea (2016), p. 146.

[38] En este sentido, véase Ortiz (2009).

En el caso chileno, la LOC BCCh establece la obligación del Consejo de comparecer ante el Senado para informar sobre las políticas que adopte en el ejercicio de sus atribuciones, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 4° y 22 n.° 4. También se contempla en el art. 80 de dicho cuerpo legal la obligación del Consejo de presentar al ministro de Hacienda y al Senado, antes del 30 de septiembre de cada año, una evaluación del avance de las políticas y programas del año en curso, como, asimismo, un informe de aquellos propuestos para el año calendario siguiente, en el cual se indicarán las proyecciones económicas generales sobre las que se basan dichos antecedentes y los efectos que se pudieren producir en las principales partidas de los estados financieros del Banco proyectados para ese periodo.

Estas exigencias legales han sido complementadas y reforzadas por la política de comunicaciones y transparencia institucional adoptada por el Consejo, la que, entre otras medidas, incluye la elaboración de los Informes de Política Monetaria y de Estabilidad Financiera, que son presentados cuatro y dos veces en el año, respectivamente, a través de audiencias públicas en el Senado[39]. A ello se agrega la decisión del Consejo de instaurar un comité de auditoría y cumplimiento, conformado por profesionales externos e independientes de reconocido prestigio, que revisan y apoyan la labor de control ejercida por la auditoría interna y externa del Banco. Como, también, las evaluaciones periódicas a que se somete la Institución mediante la visita de paneles de expertos[40] y de organismos internacionales, que efectúan revisiones y recomendaciones que comprenden especialmente los elementos de *accountability* y transparencia.

De manera adicional, la misma ley instaura en su art. 78 que el Banco deberá confeccionar una memoria anual, en la que se informará acerca de la ejecución de las políticas y programas desarrollados en dicho periodo e incluirá los estados financieros con sus respectivas notas y la opinión de los auditores externos respecto de los mismos.

En forma complementaria, el Banco Central de Chile está sujeto a las disposiciones de la Ley n.° 20 285, sobre Acceso a la Información Pública, de conformidad a lo dispuesto en el art. 65 bis de la LOC. De igual modo, se encuentra sometido a la Ley n.° 20 730, que regula la publicidad en la actividad de lobby y demás gestiones que representen intereses particulares, con

[39] Véase www.bcentral.cl/documents/33528/133521/Politica_comunicaciones_28112018.pdf/79bff5ce-5c0a-7d92-9b52-7949d086dbe4?t=1569442726970#:~:text=El%20Banco%20cuenta%20con%20una,de%20esta%20Pol%C3%ADtica%20de%20Comunicaciones [fecha de consulta: 17 de febrero de 2021].

[40] Al respecto, véase la evaluación más reciente efectuada por Panel de Evaluación Independiente en 2019, cuyo informe y recomendaciones se encuentran publicados en www.bcentral.cl/web/banco-central/evaluacion-externa [fecha de consulta: 17 de febrero de 2021].

la finalidad de fortalecer la transparencia y probidad en las relaciones con los órganos del Estado. Asimismo, los consejeros del Banco están obligados a declarar su situación patrimonial e intereses, de conformidad a lo dispuesto en el art. 14 de la LOC BCCh en relación con la Ley n.° 20 880, sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses.

VI. Conclusiones

La acusación constitucional es una herramienta de control jurídico-político, orientada a remover de sus cargos a determinadas autoridades por las causales que en cada caso señala la Carta Fundamental. En este sentido, y sin perjuicio del análisis de tipo jurídico que puedan realizar los parlamentarios de una y otra Cámara, al presentar y resolver las acusaciones constitucionales, respectivamente, queda de manifiesto que este instrumento tiene en lo principal un carácter político, habida consideración de que sus efectos se traducen en la destitución del acusado y su inhabilitación temporal para ejercer funciones públicas, pero sin extenderse a hacer efectivas otras responsabilidades (civiles o penales) las que solo pueden ser juzgadas por los tribunales competentes.

Este mecanismo de control ejercido por el Parlamento resulta justificado y necesario para las autoridades de gobierno, ya que se erige como expresión de los frenos y contrapesos que deben existir entre los poderes de un Estado democrático, con el objetivo de impedir que dichas autoridades se extralimiten en el ejercicio del poder político que les ha sido encomendado.

No obstante, menos clara es la pertinencia o idoneidad del uso de esta herramienta para destituir a las autoridades de organismos autónomos de carácter técnico, como son los bancos centrales. Ello, toda vez que se compromete la autonomía con que han sido investidos para asegurar el desempeño técnico en su cometido –esto es, para el logro de determinados objetivos de bien común (inflación controlada[41] y estabilidad financiera[42]) que requieren

[41] La *inflación* disminuye el bienestar de la población, por su efecto adverso en el crecimiento y, por ende, en el ingreso de los hogares como por la manera en que puede afectar el valor de esos ingresos, sobre todo de las personas más vulnerables. Especialmente, cuando la inflación es alta y volátil, ella puede generar múltiples costos, en eficiencia y en equidad. Por una parte, perjudica el crecimiento, al reducir la productividad (menos eficiencia en la asignación de recursos) e introducir incertidumbre (lo que afecta la inversión y el desarrollo de los mercados financieros). Y, además, es regresiva, ya que afecta más a las personas de menores ingresos, que consumen un mayor porcentaje de su ingreso y tienen menor acceso al mercado financiero. Al respecto, véase De Gregorio (2012); Albanesi (2007; Easterly & Fischer (2001).

[42] El resguardo de la *estabilidad financiera* es fundamental para reducir el impacto real en la economía, recuperar el crecimiento económico y evitar caer en prolongadas recesiones que

el uso de conocimientos e instrumentos muy especializados y sofisticados, cuya relevancia y beneficio son innegables, sobre todo en el mediano y largo plazo–, al someterlos a un juicio de carácter eminentemente político y que suele ponderar consideraciones de más corto plazo.

En línea con lo anterior, la legislación comparada que se revisó para este trabajo, excluye, en la práctica, en forma unánime, a las autoridades de bancos centrales de las acusaciones constitucionales, con la sola salvedad del caso mexicano.

En este sentido, como señala Humberto Nogueira, la exigencia de autonomía para los bancos centrales encuentra justificación en la experiencia comparada en el ámbito mundial, donde se ha podido evidenciar que el grado de independencia de los bancos centrales incide de manera decisiva en su capacidad para el logro de sus objetivos, evitando que los esfuerzos del Banco Central se vean entorpecidos o anulados por el gobierno, en detrimento de la estabilidad de los precios y del valor de la moneda[43].

Con todo, cabe hacer presente que lo anterior no debe significar, en caso alguno, que los directivos de los bancos centrales queden exentos de control o responsabilidad, sino muy por el contrario. Sin perjuicio de contar con un régimen especial de remoción en caso de cometer actos u omisiones contrarios a la ley, los bancos centrales deben estar sujetos, además, a exigencias de transparencia, información, control y auditoría externa que entreguen al público y la ciudadanía información suficiente acerca del cumplimiento de sus funciones.

En el caso chileno se puede sostener que las condiciones descritas en el párrafo precedente se cumplen nítidamente en virtud de los procedimientos de destitución regulados en los arts. 14 a 17 de la LOC BCCh y de los mecanismos de *accountability* previstos en los arts. 4°, 22 n.° 4, 79 y 80 del mismo cuerpo legal, sumado a todas las demás políticas y medidas de transparencia y control implementadas por el Consejo del Banco.

Por consiguiente, el que los consejeros del Banco Central de Chile no puedan ser acusados constitucionalmente, no implica que sean irresponsa-

provocan desempleo y empobrecen al país afectando en especial a las personas más vulnerables. La experiencia histórica demuestra que las crisis financieras son las que más daño producen, debido a que hacen más lenta y difícil la recuperación de la inversión, el empleo y la confianza de los agentes económicos. Según algunos estudios –*e. g.*: Sanhueza (1999)– los costos que han debido pagar los países para solucionar sus crisis financieras han sido cuantiosos, fluctuando entre 10% y 55% del PIB. En el caso concreto de Chile, la crisis financiera gatillada en 1982 tuvo un profundo impacto, con una caída en el PIB ese solo año del 11%; estimándose que el costo total de sanear el sistema financiero habría sido el equivalente al 35,2% del PIB, op. cit.; mientras que la tasa de desempleo se habría elevado muy por sobre el 20%, Meller (1990).

[43] Nogueira (2014), p. 442.

bles o que no rindan cuentas a nadie, pues la propia LOC que rige al Banco provee las reglas y procedimientos para asegurar el correcto y responsable desempeño de los miembros del Consejo, contemplando para ello la intervención del Poder Judicial, el Presidente de la República y el Senado. De esta manera el ordenamiento jurídico consagra, respecto de las autoridades del instituto emisor, un legítimo y eficiente sistema de controles y contrapesos propio de un Estado de derecho democrático.

Bibliografía

Albanesi, Stefania (2007). "Inflation and Inequality". *Journal of Monetary Economics*. vol. 54, issue 4. Rochester, New York.

Carrasco, Camilo (2009). *Banco Central de Chile 1925-1964: una historia institucional*. Santiago: Serie Banca Central análisis y políticas económicas n.° 14.

Cea Egaña, José Luis (2016). *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Ediciones UC, tomo iv.

Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, sesiones 340-341, 346-347, 353-354, 403, 409 y 417, entre el 15 de marzo de 1978 y el 5 de octubre de 1978.

De Gregorio, José (2012). *Macroeconomía. Teoría y política*.Santiago, Pearson-Educación.

Dincer, N. Nergiz & Barry Eichengreen (2014). "Central Bank Transparency and Independence: Updates and New Measures". *International Journal of Central Banking*, issue 10. Frankfurt am Main.

Easterly, William & Stanley Fischer (2001) "Inflation and the Poor". *Journal of Money Credit and Banking*, vol. 33, No. 2. Ohio.

Ennser-Jedenastik, Laurenz (2013). *Party Politics and the Survival of Central Bank Governors*. Vienna: University of Vienna, Department of Government.

Escudero, María Cristina y Ricardo Gamboa (2017). "Análisis institucional comparado de las relaciones Ejecutivo-Legislativo: Estudio en el marco del proceso constituyente chileno". Disponible en http://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/441 [fecha de consulta: 17 de febrero de 2021].

Loveman, Brian y Elizabeth Lira (2000). *Las acusaciones constitucionales en Chile: Una perspectiva histórica*. Santiago: Flacso, Serie Historia.

Marcel, Mario (2017). "Constitucionalismo económico y la autonomía institucional del Banco Central de Chile". *Documentos de Política Económica*, n.° 62. Santiago.

Meller, Patricio (1990). "Revisión del proceso de ajuste chileno de la década del 80". *Colección Estudio Cieplan*, n.° 30. Santiago.

Molina Guaita, Hernán (2010). *Derecho constitucional*. 10ª ed. Santiago: Legal Publishing.

Nogueira Alcalá, Humberto (2013). *Derecho constitucional chileno.* Santiago: Legal Publishing, tomo II.

Nogueira Alcalá, Humberto (2014). *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Legal Publishing, tomo III.

Ortiz, Guillermo (2009). *Issues in the Governance of Central Banks*. Basel: Bank for International Settlements.

Sanhueza, Gonzalo (1999). "La crisis financiera de los años ochenta en Chile. Análisis de sus soluciones y su costo". *Revista Economía Chilena*, vol. 2. Santiago.

Sasso, Marcello (2014). *La acusación constitucional, su naturaleza jurídica y los derechos fundamentales en Chile*, tesis para optar al grado de Doctor en Derecho. Santiago: Universidad de Chile.

Sutrisna Artha, Kadek Dian Jakob De Haan (2015) "Financial Crises and the Dismissal of Central Bank Governors: New Evidence". *International Journal of Finance* & *Economics*, vol. 20, No. 1. St Louis / Santa Cruz, USA.

Vargas, Andrea (2018). *La acusación constitucional en el sistema político*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Zúñiga, Francisco (2003). "*Responsabilidad constitucional de intendentes y gobernadores en la acusación en juicio político*". *Revista de Derecho Público*, vol. 65. Santiago.

Zúñiga, Francisco y Francisco Vega (2005). *El control político de la Cámara de Diputados en la reforma constitucional, artículo contenido en el libro La Constitución Reformada de 2005*. Santiago: Librotecnia.

Fuentes constitucionales comparadas

Basic Law for the Federal Republic of Germany, artícle 88, Bundesbank.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Tratado de la Unión Europea (TUE).

Constitución de Filipinas, artículo XII, sección 20.

Constitución de la República de Singapur, Arts. 22B, sección (5) y 142, sección (4).

Constitución de la República portuguesa, artículo 102.

Constitución Política de Colombia, título XII del Régimen Económico y de la Hacienda Pública, capítulo 6 de la Banca Central.

Constitución Política de la República Federativa de Brasil, capítulo II, seção 1, artigo 164.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 28.

Constitución Política del Perú, arts. 83 a 87.

Constitution of Finland, sec. 91.

Constitution of the Republic of South Africa, Article 223.

Constitution of the Kingdom of Norway, art. 120 a.

Czech Republic's Constitution of 1993, art 98.

Federal Constitution of the Swiss Confederation, art. 99.

Instrument of Government (Cosntitution) of Sweden.

Fuentes legales comparadas

Act No. 6/1993 Coll., on the Czech National Bank. Czech Republic.

Act on the Central Bank of Iceland, 2019. Iceland.

Bangko Sentral ng Pilipinas (BSP) Charter. Pilipinas.

Bank of Canada Act. Canada.

Bank of England Act, 1998I. England.

Bank of Korea (BoK) Act of 2018. South Korea.

Bank of Thailand Act. Thailand.

Bundesbank Act, 1992. Germany.

Estatuto del Sistema Europeo de Bancos Centrales y Banco Central Europeo. Unión Europea.

Estatutos del Banco de Francia. Francia.

Federal Act on the Swiss National Bank. Swiss.

Federal Reserve Act. United State.

Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España. España.

Ley del Banco de México, de 1993. México.

Ley Nº 4,595, Sistema Financiero Nacional de Brasil. Brasil.

Ley n.° 31 del 29 de diciembre de 1991, Banco Central de Colombia. Colombia.

Ley No. 214/1998 Act On The Bank Of Finland and Act No. 252/2000, About Rules of Procedure of the Parliamentary Supervisory Council (Psc) Finland.

Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú. Perú.

Ley Orgánica del Banco de Portugal. Portugal.

Monetary Authority of Singapore (MAS) Act. Singapur.

National Bank of Denmark Act, 1936 Denmark.

Norges Bank. Central Bank Act Norges.

Reserve Bank of Australia Act 1959. Australia.

Reserve Bank of New Zealand Act 1989. New Zeland.

The Riksbank Act (Sweden). Sweden.
South African Reserve Bank Act of 1989. South African.

FUNCIONES ECONÓMICA, JURÍDICA Y SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA: TRES CUESTIONES CLAVE PARA SU DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL

ECONOMIC, LEGAL AND SOCIAL FUNCTIONS OF PRIVATE PROPERTY: THREE KEY ISSUES FOR ITS CONSTITUTIONAL DISCUSSION

*Camila Boettiger Philipps**

Resumen: Este artículo tiene por objetivo reflexionar sobre ciertas materias fundamentales para la regulación del derecho de propiedad privada en un texto constitucional. Asumiéndolo como uno de los derechos fundamentales de las personas, más allá de su reconocimiento, nuestro interés es exponer tres discusiones relevantes en relación con la propiedad. Primero, en su función económica, el ámbito de este derecho, o sobre qué tipo de bienes o cosas puede ejercerse la propiedad; el segundo aspecto, su función jurídica, se refiere a su extensión, esto es, cuál es el objeto y hasta dónde alcanza la protección que da este derecho, en especial sobre otras titularidades y, en tercer lugar, en su faceta social, la problemática de los límites al ejercicio de sus facultades. Se exponen brevemente cada uno de estos tópicos, para luego examinar cuestiones clave que deben ser abordadas en la normativa fundamental, en el contexto de una discusión de las normas constitucionales vigentes en la materia.

Palabras clave: Propiedad, propiedad privada, funciones de la propiedad, limitaciones, función social.

* Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Ambiental, Recursos Naturales y directora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: cboettiger@udd.cl

Abstract: The purpose of this article is to reflect on certain and fundamental matters for the regulation of private property rights in a constitutional text. Assuming it as one of people's fundamental rights, beyond its recognition, our interest is to expose three relevant discussions related to property. First, in its economic role, the scope of this right, or over what kind of goods or things it can be exercised; the second aspect, its legal function, refers to its extension, that is, what is the object and how far goes the protection this right gives, especially over other entitlements; and third, in its social facet, the problem of the limits to the exercise of its powers. Each of these topics is briefly explained, and then key issues that must be addressed in the fundamental regulations are examined in the context of a discussion of the constitutional norms in force in this matter.

Keywords: Property, private property, limitations, social function.

Introducción

El derecho de propiedad privada es, al mismo tiempo, uno de los tópicos más fascinantes y desafiantes del análisis jurídico. Fascinante, por la cantidad de teorías y justificaciones, filosóficas, económicas, jurídicas y de otros tipos que se han referido a ella. Y desafiante, ya que en esa teorización que en abstracto pueden aparecer conceptos, clasificaciones y límites muy claros, choca con la realidad del ejercicio de sus facultades en la vida en sociedad, donde el derecho que se entiende universalmente como el más absoluto que se puede tener sobre una cosa[1], se ve tensionado de forma permanente con los límites que otros individuos o el interés común le imponen.

Las reglas de la propiedad privada entregan el marco regulatorio para la asignación de bienes, recursos y distribución de la riqueza en una sociedad[2]; a lo largo del tiempo, su mayor o menor amplitud, protección jurídica e intervención por parte del poder público ha sido parte fundamental de diferentes visiones políticas y económicas, de manera que podríamos aventurar que la discusión a su respecto ha estado presente en cada etapa de la historia humana. Por eso no es de extrañar que dentro del momento de revisión constitucional que Chile enfrenta hoy, la propiedad privada aparezca como una materia que, podemos anticipar, estará en el debate público.

[1] Topasio (1981), p. 36, dice que en la época moderna se define la propiedad en términos genéricos como "un poder o facultad jurídica plena, efectiva, (en acto) o potencial sobre una cosa". En el mismo sentido, Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998), tomo. i, p. 35.

[2] Cooter & Ulen (2008), p. 74.

Tenemos por objetivo en este trabajo aportar a la discusión sobre las normas constitucionales que deben referirse a la propiedad privada, tanto en su configuración actual como en un eventual cambio constitucional. Para delimitar de manera adecuada el ámbito de este artículo, debemos aclarar que este se refiere al derecho de propiedad privada, dejando fuera la discusión previa en algunas latitudes o legislaciones sobre la diferencia entre el dominio y la propiedad[3], o si existen diversos tipos de propiedad como la privada (individual o comunitaria), la colectiva o social y la pública, estatal o eminente. Estas distinciones, si bien están relacionadas y pueden ser anteriores al análisis de la propiedad privada, no son parte de las materias analizadas.

Para lo anterior, estas reflexiones se focalizan en tres materias fundamentales de la regulación del derecho de propiedad privada en un texto constitucional, vinculándolos con diferentes aspectos o funciones que esta institución cumple en un ordenamiento jurídico. Primero, en su aspecto económico, el ámbito de este derecho, lo que se refiere a decidir sobre qué tipo de bienes o cosas puede asignarse o ejercerse la propiedad privada. El segundo, el jurídico propiamente tal, se refiere a su extensión, esto es, cuál es el objeto y hasta dónde alcanza la protección que da este derecho, en especial sobre otras titularidades. Y en tercer lugar, en su faceta social, está la problemática de la definición de los límites al ejercicio de sus facultades. Después de explicar brevemente cada uno de estos tópicos, pretendo prospectar cuestiones clave que deben ser abordadas en la normativa fundamental, en el contexto de un análisis de las normas constitucionales vigentes en la materia.

Consecuentemente, y también importante de aclarar, es que esta exposición y análisis parte de la base de ciertos presupuestos. Primero, la nece-

[3] Hacemos esta precisión porque, si bien nuestro *Código Civil* (legislación inserta en la tradición del derecho continental occidental), entiende dichos términos como sinónimos jurídicos en el art. 582, al analizar otra literatura el dominio es la asignación de una determinada titularidad sobre un bien, y la propiedad como el derecho que el titular ejerce sobre el objeto. Puede haber dominio público o estatal, pero no propiamente propiedad pública o estatal, ya que esta titularidad es, por regla general, entregada al Estado con potestades de intervención para su protección y regulación, pero no como propietario (los fines del Estado son satisfacer necesidades públicas, de las personas, no propias). Al respecto véase, por ejemplo, Sánchez (1997), p. 20; Montt (2002), pp. 6-7, entre otros en nuestra tradición continental. En este sentido, en el derecho anglosajón se ha hecho presente que la propiedad pública no presenta los mismos elementos o atributos como si fuera una propiedad privada asignada a un ente público. La diferencia con la propiedad privada es que en la titularidad pública sobre los bienes las facultades deben ejercerse en pos del interés común, del cumplimiento de objetivos de la sociedad; el órgano público que detenta la titularidad debe establecer reglas de acceso y uso que aseguren que ésta se usará para ese fin. Merrill (1998), p. 750 y Barnes (2009), p. 155.

saria inclusión de la propiedad privada como un derecho fundamental de las personas, como lo reconocen tratados internacionales y casi todas las Constituciones[4]. Segundo, que la ordenación de este derecho en una ley fundamental implica reconocer, regular y proteger su ejercicio en una sociedad, como esencial a la persona humana que es prexistente al Estado, lo que implica que existe cierto contenido básico del mismo que debe ser respetado por ella. Y, en tercer lugar, que en el establecimiento del estatuto constitucional de este derecho es deseable que este fije las bases, límites y requisitos de su ejercicio, limitación y privación, sin asignarle una función específica dentro de una visión económica o política, de manera que pueda ser la legislación, y también la política pública, las que vayan ajustando las diversas funciones que la propiedad privada ha servido, y puede servir dentro de la sociedad en el futuro.

I. Función económica o ámbito de la propiedad privada: Cosas o bienes que pueden ser objeto de ella

¿Por qué la propiedad privada es tan importante como derecho, que todos los ordenamientos jurídicos del mundo, de una forma de otra, se refieren a ella? ¿Cuál es la razón, o razones, para explicar que una de las primeras preguntas que la regulación de la vida en sociedad debe responder, es qué puede ser apropiado y cómo se determina esta titularidad? Las respuestas a estas preguntas se han dado más por disciplinas como la filosofía[5] o la economía[6], de las cuales el derecho ha recibido conceptos, características, justificaciones y elementos para, a través de normas, resolver los conflictos que se dan en torno a estas cuestiones. Los fundamentos para justificar el derecho de propiedad

[4] Peñailillo (2014), pp. 9 y 20.

[5] Las visiones filosóficas más analizadas son la libertaria, la utilitarista, la de justicia distributiva, y la conservadora, entre otras.

[6] Una de las bases de cualquier modelo económico pasa por determinar quién puede disponer de los recursos, entendidos como bienes útiles a las personas, que son escasos para hacer frente a necesidades ilimitadas. En términos muy generales, hay dos sistemas posibles de organización económica y social: la economía liberal, basada en la propiedad privada de los medios de producción y el libre intercambio de bienes a través de precios de mercado; mientras que la economía centralizada por regla general prohíbe o limita la propiedad privada sobre los bienes y las utilidades que estos generan, dando un mayor papel al Estado en la titularidad, administración y disposición de los recursos económicos, a través de fijación de precios, tasación de remuneraciones, y altos impuestos. Como modelos intermedios se suele hablar de los sistemas de economía mixta y economía social de mercado, en lo que se combinan los sistemas de decisión individual y estatal, y de propiedad privada y pública. Ariño (2004), pp. 171-172.

privada van desde ser un derecho natural, una garantía de libertad frente al Estado, la utilidad que pueda prestar el derecho para lograr la felicidad y riqueza de sus titulares, hasta la importancia de este derecho para la seguridad e identidad de las personas[7].

La primera pregunta que surge en relación con la propiedad privada es, ¿sobre cuáles bienes puede recaer?. La faceta de la propiedad privada que resalta en este punto es su importancia económica y también política. La propiedad privada es presupuesto de la libertad económica y ulteriormente, también de la libertad política; por lo que la existencia de un marco jurídico que imponga reglas para su respeto[8], es esencial en un sociedad democrática y libre, así como factor de prosperidad y seguridad de las personas[9]. Cumple una función económica vital en la creación de incentivos de trabajo, uso eficiente y cuidado de los recursos[10].

La función económica de la propiedad privada ha postulado que la apropiabilidad de los bienes sea la regla general; esto significa que, en principio, cualquier cosa que preste una utilidad a las personas sea susceptible de ella. Esta titularidad, que envuelve facultades de decidir el uso, aprovechamiento y disposición de la cosa objeto del derecho, es la forma más eficiente de obtener y mantener los beneficios de la mayoría de los bienes, que presentan las siguientes características desde un punto de vista económico:

i) ser posible la exclusión de su uso o aprovechamiento por otras personas distintas del titular;
ii) rivalidad en el beneficio que presta la cosa, esto es, el aprovechamiento o uso por una persona implica otra no puede hacer o recibir lo mismo respecto de ella; y además,
iii) existencia de otras cosas que puedan prestar un beneficio o utilidad similar[11].

A estas características económicas pueden vincularse particularidades de orden jurídico; en efecto, se recomienda que un sistema de propiedad privada, como parte de un régimen económico eficiente contemple respecto de ella los caracteres jurídicos de universalidad, exclusividad y transferibili-

[7] Frazier (1995), pp. 307 y 310-317; Coulson (2009), pp. 50-51; Barnes (2009), pp. 29-49; Hamilton & Bankes (2010), pp. 46-52; Taylor & Grinlinton (2011), p. 5; Bosselman (2011), pp. 29-31; Freyfogle (2011), p. 52.

[8] El Estado de derecho, o the Rule of Law, según Waldron (2012), p. 6, implica que el derecho debiera estar por encima de cualquier persona o agencia.

[9] Ariño (2004) pp. 207-208.

[10] Cooter & Ulen (2008) p. 112-113.

[11] *Op. cit.*, p. 108; las dos primeras, exclusión y rivalidad, son propias de los "bienes privados", en sentido económico. La tercera la he agregado como un factor relevante para justificar restar ciertos bienes de la apropiación privada, por su carácter de esenciales y difícilmente sustituibles.

dad[12]. La universalidad se refiere a que la mayor cantidad de bienes deberían ser susceptibles de propiedad, como recursos económicos para satisfacer necesidades de las personas. La exclusividad apunta justamente a que en el disfrute y aprovechamiento de la cosa pueden ser excluidos los demás. Y, por último, la transferibilidad de este derecho se funda en el efecto económico de esta característica en la asignación eficiente de recursos; la posibilidad de disponer de manera libre del objeto de la propiedad representa de nuevo un incentivo para su aprovechamiento o circulación entre personas que puedan requerir de las utilidades de ciertos bienes.

En este punto, al llevar al orden jurídico las características es importante diferenciar el género, cosas, de la especie, bienes. No hay definición legal; dentro de la materia de los bienes y los derechos reales, se entiende por bien "una cosa que presta utilidad económica al hombre"[13]. Las cosas serían el objeto sobre el que se pueden ejercer derechos y los bienes el interés que constituye el contenido del derecho, la utilidad al sujeto[14]. En suma, puede decirse que los bienes son aquellas cosas que prestan utilidad al hombre y sobre las cuales pueden tenerse derechos. Y en un enfoque clásico, se entendió la propiedad privada como el derecho de exclusividad sobre un bien, una relación jurídica entre una persona y una cosa que implica dar poder a ese titular sobre el objeto de la propiedad[15].

Entonces, ¿qué cosas pueden ser objeto de propiedad privada? El sistema chileno sigue la regla de la apropiabilidad[16], dando libertad para adquirir la propiedad sobre toda clase de bienes, pero con importantes excepciones. Existen ciertos tipos de bienes que quedan fuera del ámbito de la propiedad privada, a los que por sus características y función dentro de la sociedad este tipo de titularidad no permite su protección y administración más eficiente, o genera serios problemas a su respecto.

En nuestro derecho, su base se encuentra en el art. 19 n.° 23 de la Constitución Política de la República (CPR), que luego de garantizar la "libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes", exceptúa de ella los "bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres" y los bienes que "deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así". A partir de esta norma y otras de la legislación común[17], se postula una divi-

[12] Ariño (2004), pp. 209-211.

[13] Peñailillo (2010), p. 18.

[14] Rozas (1998), p. 5.

[15] Cooter y Acciari (2012), p. 13; Smith (2012), p. 1691 se refiere a esta concepción como "property in rem".

[16] Ariño (2004), p. 211 la resalta como el "derecho a la apropiación".

[17] Primordialmente los arts. 582, que se refiere al dominio privado; 585, que se refiere a las cosas comunes a todos los hombres y 589 del CC, que se refiere a los bienes nacionales.

sión fundamental de los bienes entre: bienes comunes, bienes nacionales o públicos y bienes privados[18].

Distinguimos así, primero, los bienes comunes, los cuales no son susceptibles de dominio[19]. Los bienes nacionales o públicos, son aquellos que pertenecen a la nación, no siendo susceptibles de apropiación privada[20]. Finalmente, los bienes privados, son aquellos que son aptos para la apropiación particular. Nuestra Constitución Política distingue entre los bienes privados, o que son susceptibles de apropiación de conformidad con las normas de derecho privado, de aquellos bienes que no los son, sean comunes o públicos[21].

Las razones por las cuales estos bienes quedan sujetos a reglas distintas, excluyendo la propiedad privada sobre ellos, son tanto de orden económico como jurídico. Los bienes públicos, de acuerdo con el análisis económico, son aquellos que presentan características opuestas a los bienes privados[22]:

i) no hay rivalidad en su utilidad o consumo; esto es, su uso o beneficio por una persona no disminuye el que puede realizar otra persona respecto del mismo bien;
ii) dificultad de exclusión o acceso abierto: es virtualmente imposible o muy costoso excluir a otros de aprovechar su utilidad o beneficio; y, agregaría una más:
iii) por su utilidad, función o esencialidad requieren que estén disponibles para muchas personas.

De acuerdo con un criterio de eficiencia, los bienes rivales y exclusivos, los bienes privados, puedan ser controlados por individuos o pequeños grupos, mientras que aquellos que no presentan la posibilidad de exclusión y falta de rivalidad, requieren ser controlados por grandes grupos de personas, como el Estado. Hay otro factor además, y muy relevante para que este tipo de bienes deban estar bajo titularidad pública: su necesidad y uso es colectivo, común, pero la dificultad en su exclusión de uso, así como en su asignación de cobro de los costos asociados a ellos, implica que su provisión

[18] Esta clasificación es utilizada por autores de derecho civil como Rozas (1998), p. 64; Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998), tomo ii, p. 102; Peñailillo (2010), p. 64 y en el ámbito del derecho público, Jara (1943), pp. 174-175 y Vergara (2004), p. 106.

[19] Rozas (1998), p. 62; Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998), tomo ii, p. 96.

[20] A estas dos categorías habría que agregar los bienes de reserva estatal, como las minas, que tampoco son susceptibles de apropiación privada por declaración explícita del art. 19 n.° 24 que se refiere a su régimen en sus incisos 6° a 10°. Vergara (2004), pp. 111-112; Celume (2013), pp. 95-96.

[21] Tribunal Constitucional (1997), rol 260, c. 14.

[22] Cooter & Ulen (2008), pp. 45 and 108.

o administración no funcione bien en manos de privados[23]. Y no son solo los bienes mismos los que pueden presentar esta particularidad, sino, también, ciertas utilidades de un bien. Por ejemplo, en usos de suelo: los usos rivales de vivienda o agricultura, típicamente privados, pueden fácilmente excluir a sus beneficiarios; pero el uso del espacio aéreo para vuelos o del alta mar para la navegación son no rivales y muy costosos de excluir, por lo tanto, se mantienen bajo tutela pública y abiertos.

Estas son consideraciones de orden económico, que son tan reconocibles en la realidad que han llevado a que ciertos bienes físicos, tales como las aguas y las playas, sean considerados desde tiempos antiguos como bienes públicos o comunes (*res publicae* o *res comunne* en el derecho romano); y ciertos espacios o usos de ellos, como el tránsito en calles y plazas, o el beneficio de ciertas propiedades de recursos naturales, estén abiertos a todas las personas. Las razones no son solo económicas, las hay también históricas, sociales y culturales, claro está; pero la caracterización de los bienes de acuerdo con este criterio sirve para entender porque algunos bienes o, incluso, usos o utilidades de los mismos, no puedan quedar dentro de la apropiabilidad privada y requieren de reglas distintas como bienes comunes o públicos como, por ejemplo, las aguas, la luz solar, la alta mar, el aire.

Las implicancias de esta distinción en una ley fundamental son varias. En primer lugar, permite tener un criterio más objetivo que la sola declaración de la ley o la resolución de la Administración para excluir bienes de la posibilidad de la propiedad privada. Atendidas las características de cada uno de estos tipos de bienes o, más bien, de la administración que permiten un uso o provisión más eficiente de ellos para la mayor cantidad de personas, cada vez que se presenten estas condiciones objetivas, el derecho tiene la categoría jurídica más apropiada para su regulación; sean las reglas de exclusividad e intercambio, propias de los bienes privados, o las excepciones de bienes que presenten características especiales que justifiquen una reserva, libre acceso o un sistema de asignación distinta de facultades sobre ellos, en los que la propiedad privada no funciona como un buen sistema de asignación y administración, y que, por lo tanto, se dejan bajo la tutela pública o común.

En segundo lugar, al considerar la apropiabilidad como la regla general en materia de bienes, se aclaran los incentivos tanto jurídicos como económicos para el uso, administración y disposición de estos por parte de las personas. En una era en que la tecnología avanza vertiginosamente más

[23] Cooter & Ulen (2008), p. 45 señalan que por la dificultad de no poder excluir a beneficiarios que pagan o no el costo de tales bienes, ningún particular con el fin de maximizar utilidades está dispuesto a suministrar el bien en la forma necesaria.

rápido que la regulación, nuevas necesidades, nuevos beneficios y utilidades dados por nuevos bienes quedan, sin duda, dentro de las reglas de los bienes privados, a menos que presenten los caracteres necesarios para considerar un régimen especial, lo que requiere hacerse expresamente por ley.

Por último, esta clasificación especifica lo más relevante para las personas que requieran usar o aprovechar las diversas clases de bienes: su régimen jurídico de uso y aprovechamiento[24]. La propiedad privada permite la explotación económica de bienes por iniciativa particular, y su utilización se sujeta al régimen general de los bienes; mientras que en la categoría del dominio público quedan por lo general ciertos bienes o recursos naturales que la colectividad retiene para sí y que se explotan en virtud de relaciones jurídicas de concesión administrativa[25].

La inclusión de determinados bienes en una u otra categoría implica que su regulación será diferente. En el caso de los bienes comunes, aunque siempre se consideraba que su régimen jurídico consiste en no regularlos, salvo casos muy excepcionales[26], es posible encontrar casos de regulación nacional o internacional de recursos naturales de este tipo (como el aire, la alta mar, la luz solar), para su uso o aprovechamiento[27]. Por otra parte, los bienes particulares se sujetan a las normas del ámbito privado o común[28].

La Constitución chilena exhibe un marcado objetivo de protección a la propiedad privada, primero con la declaración de la libertad de adquirir toda clase de bienes, fijando una opción económica...

> "se adopta el régimen de economía liberal, que admite la propiedad privada de los medios de producción, separándose de la otra gran alternativa que implica la economía socializada, que impide la propiedad privada de esos medios"[29].

Luego de realizada esta distinción básica, la Constitución se ocupa de regular las bases de la propiedad privada, como elemento nuclear de un sistema económico basado en la libre iniciativa privada, mientras que, por otro lado, se

[24] Cordero (2007), p. 83 "En efecto, la Constitución establece las bases del régimen de aprovechamiento de los bienes determinando cuáles de ellos estarán sujetos al instituto de la propiedad y cuáles fuera del tráfico privado, lo que en nuestra opinión constituye una suerte de *Estatuto constitucional de los bienes o Bases constitucionales de aprovechamiento de los bienes*".

[25] Diez-Picazo (2007), p. 54.

[26] Vergara (2004), p. 110. Ejemplos de estos bienes serían la alta mar, el espacio aéreo, la luz solar, y el espacio ultraterrestre: Montt (2002), p. 210.

[27] Hervé (2015), p. 287 y ss. Celume (2013), p. 94 resalta que estos bienes pueden variar en su regulación por circunstancias técnicas y jurídicas.

[28] Art. 582 del CC.

[29] Peñailillo (2014), p. 21.

consagra un régimen de excepción (bienes que deben pertenecer a la nación toda) con el objetivo de dar resguardo determinadas prestaciones públicas que bajo un régimen de tráfico jurídico ordinario no sería posible de cumplir"[30].

En cuanto a los bienes nacionales, tradicionalmente en derecho administrativo se distingue entre los bienes patrimoniales o privados del Estado (bienes fiscales), y los bienes de dominio público (bienes públicos)[31]. El criterio diferenciador entre ellos es si el uso de los bienes corresponde o no a la generalidad de los habitantes. En nuestra legislación los primeros son denominados bienes nacionales de uso público; los segundos, bienes del Estado o fiscales[32].

Los bienes de uso público, por ser susceptibles de ser usados por todos los habitantes, están sujetos a un régimen especial, de excepción, que busca asegurar dicha utilización y su protección[33]: Estos configuran el dominio público. Los bienes del Estado, que se encuentran adscritos al funcionamiento de órganos del Estado, en lo que no establezcan estatutos legales especiales, están sujetos al régimen de propiedad privada[34]. Es por esto que varios autores consideran dentro de los bienes privados, no solo los de propiedad particular, sino, también, los bienes fiscales o del Estado, como los que están destinados por el Estado a uno de sus organismos, personas jurídicas de derecho público[35]. Esta inclusión, en realidad, se refiere a su régimen, dado que como no son de uso público general, se rigen por el derecho común de propiedad privada, con las excepciones o reglas especiales que establezca la ley[36].

En suma, creemos que la garantía de la libre apropiabilidad de los bienes es un gran aporte a nuestra tradición constitucional, que debería mantenerse. Permite diferenciar en el ámbito constitucional, y ya no solo legal (como el C*ódigo Civil*) entre categorías jurídicas de cosas que pueden o no ser susceptibles de propiedad privada. Con la distinción entre ellas, es más simple identificar las facultades y obligaciones que la regulación legal puede establecer respecto de cada tipo de bienes.

---

[30] Cordero (2007) p. 83.

[31] Silva (1995), p. 271; Bermúdez (2011), p. 555; Esteve (2011), pp. 490-491.

[32] Art. 589 del CC.

[33] Esteve (2011), pp. 492-493.

[34] Cordero (2001), p. 40; Vergara (2004), pp. 114-115.

[35] Vergara (2004), pp. 113-116, incluye en esta clase a los bienes fiscales, los bienes de los gobiernos regionales y de las municipalidades. También Bermúdez (2011), p. 555 incluye los bienes municipales y fiscales. En una opinión distinta, Montt (2002), p. 254 y ss., postula que el dominio público debe alcanzar no solo los bienes afectos al uso público, sino, también, los bienes fiscales afectos a los servicios públicos.

[36] Bermúdez (2011), pp. 553-555. En este caso, según Montt (2002) p. 16, debe tenerse presente que "la utilización del Derecho Privado será siempre instrumental", ya que él considera que todos los bienes del Estado quedan bajo la órbita del derecho administrativo.

Una aclaración que podría ser recomendable agregar en el ámbito constitucional, sería establecer de forma expresa los criterios o condiciones que deban darse para la inclusión de bienes en el dominio público o las razones para regular las cosas comunes. Dados los cambios que pueden darse en su uso y necesidad de aprovechamiento de alguna de sus propiedades, sería útil establecer los fundamentos por los que la legislación deba avanzar en regular su uso o adscribirlos a la categoría de bienes públicos, la cual está justificada en la necesidad de intervención del poder público para la protección y mejor utilización de ellos.

II. Función jurídica de la propiedad privada: Extensión de protección del derecho mismo o de la cosa sobre la que recae

Con la extensión de la propiedad privada nos referimos a la función jurídica que esta cumple en el derecho; que implica incluir un bien o derecho dentro de su ámbito de protección. Si, como explicamos anterioremente, las cosas u objetos jurídicos son aquellas que por su naturaleza prestan alguna utilidad a las personas, que son los sujetos de derecho que pueden ejercer determinadas acciones o facultades sobre ellas, para que la protección de la propiedad privada sea eficaz, debe alcanzar a resguardar justamente lo que puede ser objeto de sus facultades esenciales, como es claro en las cosas corporales[37]. ¿Y las incorporales, las que se perciben con el intelecto? Si sobre ellas hay una especie de propiedad según el CC, debe reconocerse que más bien son derechos patrimoniales, titularidades jurídicas que pueden ejercerse sobre una cosa (derechos reales) o exigirse a una persona (derechos personales).

¿Solo bienes físicos, o también cosas incorporales? Aquí debemos recordar otra vinculación entre conceptos económicos y jurídicos: la estrecha relación entre el derecho de propiedad privada con el de patrimonio, entendido este como un "conjunto de bienes de una persona considerados en su valor económico"[38]. Si los bienes son cosas útiles, dicha utilidad, beneficio o ventaja, económicamente se expresa o mide de acuerdo con una avaluación que se expresa en un valor común, y que permite su intercambio: el dinero[39].

[37] Según Ibáñez (2010), p. 129, el interés de los bienes para el mundo jurídico es justamente cuando además de ser necesarios para las personas, se vuelven escasos.

[38] Peñaillio (2014), p. 22.

[39] Posner (2010), p. 39.

Esto no es aplicable, por supuesto, respecto de aquellos derechos o facultades inalienables que no pueden venderse, o pretensiones de tipo social en que el criterio es más bien de justicia distributiva que individual; pero el ámbito de la propiedad privada, como derecho, está justamente en la idea de atribuir a ciertos individuos cosas determinadas, excluyendo a otros[40].

La importancia del patrimonio, como base de la vida económica de una persona, es que está conformado por todas aquellas titularidades, posiciones jurídicas o facultades de acción que tengan la aptitud de satisfacer alguna necesidad u otorgar un beneficio que pueda ser transferido, transmitido, cedido o donado a otra persona, por lo cual tiene un valor o es al menos susceptible de valoración por las demás personas o sujetos de derecho con los que interactúa. Si es personalísimo, intransferible, irrenunciable o propio de la persona en el sentido de inherente a su existencia, no puede ser valorado patrimonialmente por cuanto no puede existir sin su titular y, por lo tanto, no puede separarse de él. Quedan fuera del patrimonio y, por lo tanto, del derecho de propiedad privada, aquellas titularidades o facultades que son esenciales a la persona humana, inalienables y personalísimas.

Los derechos o titularidades jurídicas sobre cosas incorporales, por otra parte, si bien pueden compartir las características de universalidad, exclusividad y transferibilidad con los derechos en cosas corporales, tienen una identidad y naturaleza distinta. Las denominadas "facultades dominicales" (usar, gozar y disponer) tienen un ejercicio más limitado y propio según el derecho incorporal que se trate, en especial cuando se avanza de los clásicos "créditos" a otro tipo de derechos que siendo igualmente patrimoniales, esto es, teniendo significancia económica, también son objeto de protección jurídica en su ejercicio. Nos referimos en especial a aquellos derechos que entregan facultades sobre bienes que no son privados, sino públicos, como es el caso de concesiones, permisos, autorizaciones u otros similares. ¿Es en realidad el alcance de la propiedad privada la de proteger derechos sobre derechos?

La Constitución declara proteger "tanto el derecho como a la cosa sobre la que el derecho recae…"; y la aplicación de la propiedad a toda clase de bienes, corporales e incorporales. Según Daniel Peñailillo, esto empalma con el CC que ya tiene "esa genérica dualidad, y

> "…parece natural entender por bienes incorporales lo que el Código Civil entiende por tales: los derechos; y que como ya se ha dicho, para el Código son los patrimoniales (que se dividen en reales y personales)".

[40] Posner (2010), p. 54.

El problema ha sido que la jurisprudencia, sobre todo en el recurso de protección, después de remitirse al *Código* para comprender el significado de la cosa incorporal, prescinden de la restricción de los derechos patrimoniales y

> "la ha extendido a todo derecho, a toda entidad que pueda tener el calificativo de derecho; en la práctica estima que todo derecho, cualquiera sea su naturaleza (patrimonial o extrapatrimonial) es cosa incorporal y por tanto, objeto de propiedad..."[41].

Cuando hablamos del fenómeno de la propietarización de los derechos nos referimos a aquella técnica jurídica para aplicar el estatuto de la propiedad a otras titularidades, que pueden ser o no derechos reales, de manera de hacer oponibles ante otros una serie de facultades o evitar su privación. El problema de no considerar derechos como los reales administrativos directamente por el ordenamiento jurídico, al solo reconocerles validez y protección a través del derecho de propiedad, es una desnaturalización: el camino de cosificar los derechos[42].

Si puede haber propiedad sobre cosas inmateriales, como una marca comercial, una canción u otra creación intelectual. Los derechos reales y personales ingresan efectivamente al patrimonio de las personas. Pero eso no lleva, de manera ineludible, a entender que se tiene un derecho de propiedad privada sobre cualquier facultad jurídica. Entenderlo así llevaría a postular que una el arrendatario es dueño de su derecho a usar la casa arrendada, transformando un derecho personal, que solo puede exigirse al arrendador, a un derecho real. Puede el arrendatario disponer su derechos en el contrato de arrendamiento? Eso está permitido en nuestro derecho; es una cesión de derechos, como una compraventa.

Pero llevado a otro ejemplo, ¿puede en realidad el funcionario público disponer de su cargo? Puede renunciar a él, pero no puede cederlo a quien quiera; y más que gozar de sus frutos, el dinero que recibe es una remuneración por el trabajo o función que realiza. No es dueño de su cargo, simplemente es titular del mismo, con los beneficios, cargas y responsabilidades que este conlleva. Si lo destituyen de manera ilegal, debe tener la posibilidad de recurrir a la justicia para que revise el procedimiento y determine si dicho acto es contrario o no al ordenamiento jurídico.

¿Por qué no basta la titularidad de facultades o derechos distintos del dominio privado? Nos atrevemos a aventurar tres razones.

---

[41] Peñailillo (2014), pp. 22-23.

[42] Vergara (1992), p. 281.

La primera, la utilización del recurso o acción de protección como una vía rápida y efectiva para resolver conflictos jurídicos sobre infinidad de materias mediante la reconducción de titularidades bajo el derecho de propiedad, como si el hecho de ser titular de un cargo, contrato, pertenecer a una entidad educacional o tener la posibilidad de estudiar una carrera estuviera dentro del patrimonio de una persona[43].

La segunda, es la fuerte y clara protección del derecho de propiedad privada en el derecho chileno. Dentro del catálogo de derechos sobre cosas o bienes, el más completo, en facultades y protección, es el derecho de propiedad. En cuanto a sus facultades, el estatuto de este derecho, a diferencia de otros, es el más claro y de universal entendimiento por las personas; sobre todo en la falta de justificación ante otros en las decisiones de su uso, no uso, disposición o, incluso, abandono que se permite en la mayoría de los bienes. Y en cuánto a su protección, es también de aceptación general en nuestra tradición jurídica que nadie puede ser privado de su propiedad por razones de interés público sin al menos una debida indemnización y procedimiento legal. Sin esa compensación, la privación no constituye expropiación, sino despojo, o usurpación; deviene en ilegal e injusta.

En tercer lugar, existen antecedentes histórico-políticos que llevaron a incluir dentro del paraguas de la propiedad la titularidad de derechos que en la historia reciente de nuestro país habían sufrido una fragilización importante en los procesos de reforma agraria, nacionalización o expropiación[44].

¿Qué dificultades que conlleva la propietarización de los derechos? desnaturaliza la efectiva protección que el sistema jurídico debería otorgar a dichas titularidades[45]:

> "La propiedad, así, tiende a cubrir todo el derecho, todas las titularidades, todas las posiciones jurídicas, todos los ámbitos jurídicos, sea respecto a cosas o personas (incluso a realidades, como las técnicas, los actos, u otras). Parecería más adecuado, lisa y llanamente, una protección dirigida directamente sobre los derechos, como tales derechos, como titularidades jurídicas, como posiciones jurídicas, con ámbito propio"[46].

Por otro lado, puede conducir a rigidizar excesivamente derechos que sin ser de propiedad, sí configuran derechos reales sobre bienes o propiedades de ciertas cosas, como sucede con los derechos de concesiones sobre bienes públicos. Al identificar estas concesiones o lo que permiten realizar

[43] Vergara (1992), p. 289.
[44] Cordero (2006).
[45] Vergara (1992), p. 281.
[46] *Op. cit.*, p. 291.

con las facultades de la propiedad privada, se petrifica su régimen jurídico, ya que cualquiera modificación de las condiciones de ejercicio de las facultades del derecho podrían ser consideradas como alteración de atributos esenciales de la propiedad sobre ese derecho. El proceso de

> "propietarización de los derechos" "...si bien otorga protección a todo tipo de derechos patrimoniales ha producido una serie de consecuencias colaterales...",

ya que

> "...no se distinguen los distintos planos que puede tener la propiedad, ya sea como régimen jurídico (plano objetivo) o como derecho (plano subjetivo)"[47].

¿Cuál sería la solución? Proteger los derechos o titularidades, patrimoniales, pero diferentes de la propiedad privada, sobre ciertos bienes, actividades o cosas, por sí mismos, por su existencia jurídica propia;

> "reconducir las titularidades jurídicas, las posiciones jurídicas, los ámbitos jurídicos protegibles a lo que son, y reconocerlos, definirlos y protegerlos por lo que son, y no por medio del expediente vicioso de la propiedad"[48].

La recomendación en este punto sería la siguiente:: otorgar protección a la propiedad privada en sus diversas especies, reconociendo que existen ciertos derechos o titularidades de igual carácter patrimonial y exigibles jurídicamente que requieren garantías para evitar su desconocimiento, pérdida injustificada o imposibilidad de ejercicio por parte de sus titulares.

III. Función social de la propiedad privada: Limitaciones al ejercicio del derecho

1. Límites, limitaciones y restricciones a la propiedad privada en la CPR

Recordábamos anteriormente que en el derecho continental, la propiedad se concibe como uno real, que crea una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona a la que esta se encuentra sometida, susceptible de ser ejercida ante todos[49]. Considerado como necesario para la satisfacción de las necesidades humanas de carácter económico, instrumento indispensable para

[47] Cordero (2006), p. 128.
[48] Vergara (1992), p. 291.
[49] Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998), tomo ii, pp. 53-54.

el aumento de la riqueza, y también un presupuesto para la libertad de las personas[50], el concepto liberal del dominio o propiedad estaba basado en el poder total de un individuo sobre cosas corporales[51], presentando las características de ser un derecho real (se ejerce sin respecto a determinada persona), absoluto (el titular ejerce sus facultades de manera soberana e independiente), exclusivo (se radica en un solo titular que puede excluir a otros del uso o goce de la cosa) y perpetuo (el derecho existe mientras existe la cosa, independiente del ejercicio que se pueda hacer de él)[52], teniendo por facultades esenciales las de usar, gozar y disponer de la cosa objeto del dominio[53].

Más modernamente, se reconocieron límites al ejercicio del derecho de propiedad, para incluir limitaciones basadas en el interés social o de la comunidad, como la utilidad pública, y la más nombrada de todas, la función social, por la cual se imponen restricciones y obligaciones que buscan orientar el ejercicio del derecho a servir no solo al interés individual del titular, sino, también, al interés de la comunidad o sociedad[54]. En todo caso, el derecho de propiedad sigue protegido en el ejercicio de sus facultades esenciales, siendo una garantía bastante extendida el que no puede privarse de ella sin la debida indemnización a su titular (garantía expropiatoria)[55]. Sin abandonarse del todo el concepto unitario de propiedad privada, en cuanto representa el poder más amplio que se puede ejercer sobre las cosas, el punto estaría dado hoy por la posibilidad de ejercer las facultades propias de este derecho dentro de los límites que, por razones de utilidad social, se le pueden imponer.

"El derecho de propiedad si bien es de contenido amplio, no se quiere decir con ello que sea ilimitado". Este derecho puede ser sometido a limitaciones para la tutela de un interés privado, como cuando se prohíbe realizar

[50] Diez-Picazo (2007), p. 14.

[51] Cordero (2008), pp. 495-503, resalta la visión subjetiva del derecho de propiedad en la dogmática clásica del siglo xix, enfocada en las facultades que tiene el sujeto sobre la cosa más que en el objeto mismo.

[52] Alessandri, Somariva y Vodanovic (2001), tomo i, pp. 37-39; Peñailillo (2010), pp. 128-131.

[53] El art. 582 inciso 1° del CC define dominio (que se llama también propiedad) como "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno". Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2001), tomo i, pp. 51-57, distinguen las facultades materiales de uso (aplicar la cosa a los servicios que puede proporcionar) y goce (apropiarse de los frutos y productos de la cosa), de la facultad jurídica de disposición o enajenación (desprenderse del derecho que se tiene sobre la cosa).

[54] Cordero (2008), p. 506. En palabras de la Constitución de Weimar de 1919, en su art. 153: "...La propiedad obliga. Su uso también debe servir al bien de la comunidad." Brahm (1999), p. 30.

[55] En la Constitución española, véase el art. 33; Diez-Picazo (2007), p. 22; en la Constitución chilena, el art. 19 n.° 24 incisos 3°, 4° y 5°; Cea (1988), p. 61.

edificaciones sin dejar una distancia con el límite del terreno; y para tutelar el interés público, como cuando un propietario riberano debe permitir el acceso al río para las actividades que se realicen en este[56].

Los derechos fundamentales no son absolutos; están sujetos a límites[57]. El primer y obvio límite de los derechos es su ejercicio legítimo, "más allá de los cuales la respectiva condición o facultad no se encuentra amparada por el derecho"[58]. Pero, incluso su ejercicio legítimo se encuentra restringido por exigencias propias de la vida en sociedad, en aras del bien común[59]. Y se requiere entender primero su construcción teórica, para entender cómo los derechos son limitados, primero por el respeto por los derechos de los demás, a luego reconocer el ámbito de acción propio de cada derecho (su contenido, sus facultades inherentes, aquello que lo define, que le es esencial), y , por último,aceptar restricciones al ejercicio normal de ellos.

En cuanto a la oportunidad en que pueden ser impuestas, una primera clasificación es que estas limitaciones pueden ser habituales u ordinarias, "inherentes al ejercicio común del derecho, aplicables durante la vida normal o corriente del Estado Nación", o excepcionales o extraordinarias, las que son "impuestas únicamente en ocasiones graves, en tiempos de crisis o situaciones de emergencia"[60]. En una distinción similar, hemos señalado como una característica de los derechos fundamentales que estos tengan o puedan tener limitaciones que afecten su ejercicio, y se distingue entre aquellas limitaciones que son específicas de cada garantía, autorizadas expresamente por la Constitución, de las limitaciones propias de los estados de excepción constitucional (extraordinarias)[61].

En segundo lugar, se suele exponer la distinción entre límites internos y externos a los derechos fundamentales. Esta distinción se refiere al fundamento de los límites, a la justificación de la intervención del legislador en la limitación de los derechos fundamentales; si se admite que esta viene desde el derecho mismo, desde sus propios límites y contenido constitucional

[56] Topasio (1981), p. 37.

[57] Cea (2004), p. 60: "...el ejercicio de los derechos humanos jamás es absoluto respecto de nada ni de nadie. Imaginar lo contrario sería inconciliable con el concepto mismo de Derecho". En el mismo sentido, De Otto y Pardo y Martín-Retortillo (1988) p. 151 dice que "un derecho ilimitado es un no derecho".

[58] Cea (2004), p. 615; Aldunate (2008), p. 232.

[59] Brage (2004), p. 36, resalta que todos los derechos están sujetos a limitaciones "por cuanto el titular no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que necesariamente ha de vivir, convivir y relacionarse en sociedad...".

[60] Cea (2004), pp. 58-59. Las restricciones extraordinarias, según este autor, se imponen en los estados de asamblea o de guerra, de sitio, de emergencia y de catástrofe.

[61] Evans (1999), tomo i, pp. 27-28; Cea (1999), pp. 154-156.

(teoría interna) o si se admite que los derechos fundamentales puedan ser regulados de acuerdo con justificaciones extrínsecas al derecho que se trate (teoría externa).

Los límites internos o intrínsecos de los derechos fundamentales son aquellos que permiten determinar el contenido o extensión del derecho[62], lo que este es o no es. Para esta postura los límites de los derechos fundamentales emanan de su propia naturaleza, pueden extraerse con sentido común mediante la interpretación del contenido de cada derecho o libertad[63]. El límite de cada derecho define lo que este es y no es, es parte de su estructura[64]. Así las limitaciones y obligaciones pueden ser consideradas como congénitas a los derechos, y configuran su contenido objetivo normal, sin modificarlos, ya que nacen con ellos[65]. Aunque algunos consideran que son proporcionados por su contenido esencial[66], la mayoría considera estos límites como la delimitación del contenido protegido del derecho.

Los límites externos son trazados por el mismo constituyente o el legislador, dentro de su competencia para regular y restringir los derechos fundamentales, y vienen de la necesidad de armonizar un derecho con otros derechos, o bienes constitucionales, aspectos o manifestaciones del bien común que habitualmente se concretan en conceptos indeterminados como, por ejemplo, el interés público. Pueden ser directos o indirectos, siendo los primeros los establecidos por el propio constituyente, y los segundos los creados por el legislador, no habiendo mayor diferencia entre regular y limitar un derecho fundamental si esto es necesario para armonizarlos con o resguardar otros derechos o bienes públicos constitucionalmente reconocidos[67].

Por último, una variante de la teoría interna admite contemplar limitaciones que provengan más allá de los límites expresos de la Constitución que entregan la delimitación de un derecho, de su contenido normal u ordinario, por su ejercicio en sociedad[68]. Vistas así las restricciones o limitaciones

---

[62] Núñez (1997), p. 305.

[63] Martínez (1997), p. 370.

[64] Nogueira (2010), tomo 1, pp. 97-98. Este autor considera que "la Constitución establece derechos con un alcance previsto y precisado de manera definitiva por ella, determinando sus contenidos y sus contornos o fronteras...", o habilita al legislador para regularlos estableciendo limitaciones a los atributos o facultades aseguradas por las normas constitucionales, de manera que las limitaciones a los derechos forman parte del componente dogmático de normas constitucionales: *op. cit.*, pp. 101-102.

[65] Cea (1993), p. 396.

[66] Bertelsen (2010), pp. 52-53.

[67] Covarrubias (2013), pp. 324-328 resume la teoría externa, citando sentencias y autores españoles.

[68] *Op. cit.*, pp. 330-332.

> "se refieren a las diversas reducciones del poder del titular de un derecho, comprimiendo ese poder que de manera normal tiene el titular del derecho determinado...";

son intromisiones legítimas de las leyes a los derechos fundamentales que se hacen desde una esfera externa, cuya frontera viene dada por lo que se denomina la esencia del derecho[69]. Así, se acepta la posibilidad de limitaciones como restricciones al ejercicio normal de los derechos, desde fuera del derecho o sobre su contenido ya delimitado, pero no sobre su contenido esencial. En esta línea se ha propuesto distinguir el contenido esencial del derecho, que no puede ser afectado, de una zona marginal o periférica susceptible de ser afectada por las limitaciones o restricciones que establezca la ley[70].

En este orden de ideas y en una propuesta de sistematización de las disposiciones constitucionales sobre límites, delimitaciones y regulación de derechos, se ha sugerido distinguir entre: los límites constitucionales, contenidos en un grupo de disposiciones que demarcan el respectivo tipo *iusfundamental*; las limitaciones, que en un segundo grupo de disposiciones habilitan al legislador para fijar la extensión de las libertades o derechos; de un tercer grupo de específicas habilitaciones regulatorias que permiten al legislador no limitar el ámbito de actuación del titular, sino indicar modalidades a su ejercicio[71]. El contenido esencial del derecho sería el contenido protectivo indisponible para el legislador, el contorno mínimo de su protección, donde debe detenerse la intervención de la autoridad[72].

En este punto consideramos que los derechos tengan su contenido propio contribuye a su delimitación, y también a su protección cuando las restricciones por circunstancias externas al derecho pudieren afectar su esencia. Reconocer que los derechos y libertades tengan un contenido delimitado, o sus límites internos y propios, no excluye la posibilidad que puedan ser afectados por restricciones que provengan de razones externas[73].

No debe identificarse la delimitación de este con la esencia del derecho, situación a la que podría llegarse si se considera el límite interno del derecho como el contenido mínimo del mismo (lo que este es o no es).

---

[69] Ambas citas en Bordalí (1998), p. 51.

[70] Varas y Mohor (1997), p. 165.

[71] Véase Aldunate (2008), pp. 246-249. Termina esta sistematización agrupando disposiciones de "función miscelánea", que parecieran ser preceptos sobre límites pero en realidad cumplen funciones diferentes.

[72] *Op. cit.*, p. 250.

[73] Covarrubias (2013), pp. 336-337 sostiene que los límites externos a los derechos fundamentales serían otros derechos fundamentales, así como el orden público, el interés público y otros aspectos del bien común al que el ejercicio de los derechos debe adecuarse.

Esta visión deja muy poco espacio, sino ninguno, para admitir limitaciones ordinarias por razones externas al contenido propio del derecho, como justamente sería el caso de las restricciones por aspectos del bien común o del interés colectivo como son las causales de la función social de la propiedad. Descartando que puedan limitarse los derechos fundamentales al margen de la habilitación constitucional invocando intereses sociales o la ponderación de derechos en supuesto conflicto (el extremo de la teoría externa), pueden usarse los límites internos junto con admitir ciertas limitaciones externas.

De esta manera, el contenido propio del derecho es su delimitación; dentro de este hay un contenido esencial, que es lo que debe respetarse cuando el derecho se ve restringido o limitado externamente, no como parte de su ámbito normal de acción, sino cuando este se ve reducido en su ejercicio por razones diferentes, como es el caso de la función social en la propiedad. Es un límite interno en el sentido que es connatural al derecho, pero es externo en el sentido que es una limitación que puede imponerse al contenido propio del derecho por razones o causales diversas, que en un caso puede ser más necesario que en otro atendido el objeto sobre el que recae la propiedad o las circunstancias en que éste se ejerce.

A falta de definición de la propiedad en la Constitución se recurre al *Código Civil* que más bien describe el contenido o designa atributos esenciales o, al menos, a conferir un concepto en base a ellos.

> "Estimamos que tratándose de la propiedad privada, el enunciado de su contenido podría formularse por su núcleo: la plenitud del poder sobre la cosa, más la exclusividad (sin exclusividad no hay propiedad privada)".

Parece preferible evitar la definición de la propiedad privada en la Constitución, pero si describir un contenido esencial, para

> "mantener la unidad de la noción de la propiedad, conjurando la constante amenaza de su atomización, proveniente de múltiples diferenciados estatutos propietarios que se van conformando en torno a los distintos roles (generalmente económicos) que desempeñan las cosas sobre las que el derecho recae"[74].

En una propuesta más sistemática, Eduardo Cordero postula que a partir de los preceptos de la Constitución se construye la disciplina constitucional de la propiedad,

> "en que la propiedad constitucional aparece integrada de una serie de elementos y garantías que la alejan de su construcción elemental ela-

[74] Peñailillo (2014), pp. 11-14.

> borada bajo los cánones individualistas de fines del S. XVIII y permiten configurarla en torno a una serie de elementos: la idea de función social como elemento estructurante de su definición; la superación del concepto unitario de propiedad, lo cual permite hablar de una pluralidad de propiedades; la garantía normativa de la reserva de ley; y por último, el respeto de la integridad patrimonial de las personas, no limitado a la propiedad en sentido civil estricto".

Propone enfrentar su estudio desde una dimensión objetiva de la propiedad, a partir de la existencia del instituto no vinculada a derechos patrimoniales específicos, sino a un complejo que debe existir a fin de garantizar un determinado sistema económico basado en la libre iniciativa privada y el régimen de mercado[75].

Se distinguen las limitaciones de las restricciones, definiendo la limitación como la acción de fijar contenidos máximos o la mayor extensión de un derecho, por lo que la palabra 'restricción' sería más adecuada para la acción de circunscribir, constreñir o reducir a menores límites, efecto que tiene la función social en la propiedad. Más específicamente, preferimos la denominación de carga para referirse a la imposición al titular del dominio de hacer o abstenerse de hacer una cosa[76]. Otra distinción específica, y que se aplica más al derecho de propiedad, es la de diferenciar dentro de las limitaciones propiamente tales, las meras restricciones al dominio de las servidumbres administrativas. Las restricciones al dominio serían modalidades impuestas al ejercicio del dominio que coartan su libertad, pero sin afectarlo de manera substancial, exigidas por su función social y que son de carácter general; mientras que las servidumbres administrativas son "desmembraciones del dominio del particular a favor de la Administración...", aplicándose solo a determinados bienes, fundadas en las situaciones particulares en las que estos se encuentran, y en virtud de las cuales se beneficia la Administración de aquellos bienes para determinados efectos[77].

Por último, existen posturas que optan por no distinguir entre los términos utilizados en la CPR, haciendo equivalente los términos regulación,

[75] CORDERO (2007), pp. 83-84.

[76] RÍOS (1987), p. 69.

[77] UGARTE (2001), pp. 426-428. Dice este autor que por regla general las servidumbres deben indemnizarse, por el beneficio que traen a la Administración, a diferencia de las restricciones, las que no pueden importar una desmembración del dominio y que por ser "una condición legal del ejercicio del derecho" no requieren, por lo tanto, de una reparación indemnizatoria. En cambio, las meras restricciones al dominio, en principio, no dan lugar a indemnización, ya que se imponen por la función social del dominio, a menos que afecten de manera grave el derecho de propiedad e impongan un sacrificio especial que quebrante la igualdad de las cargas públicas.

delimitación y limitación al dominio, en la medida que todos son el resultado de la actividad legislativa que define el régimen del derecho[78]. De hecho, un autor equipara las limitaciones a cargas públicas, entendidas genéricamente como

> "exigencias impuestas unilateralmente por el Estado con miras a satisfacer necesidades superiores de bien público y que necesariamente inciden en el plano de los derechos subjetivos de las personas afectándolas en mayor o menor medida..."[79].

Dado que nuestra Constitución utiliza diversos términos para referirse esta situación ('afectación', 'amenaza', 'perturbación', 'regulación', 'restricción', 'complementación', etc.), parece más aconsejable usar el término 'afectación' como genérico, que alude a toda "situación jurídica o material de detrimento en la posición jurídica o fáctica amparada por el contenido protectivo del respectivo derecho". Se comprenden en esta expresión, incluso, aquellas afectaciones no amparadas por el ordenamiento jurídico, las que podrían configurar una lesión al derecho fundamental respectivo.

En cualquier caso, el factor común en estas situaciones es que hay una intervención por parte de la autoridad (constituyente, legislativa o administrativa), un acto que imperativamente afecta un derecho o libertad, y que tienen como efecto la disminución del ejercicio de las facultades propias del mismo[80]. La limitación por causas externas es una afectación legítima al derecho que reduce su ámbito de acción normal, justificada en razones que van más allá de la delimitación propia del contenido del derecho respectivo.

Sabido es que la propiedad se encuentra garantizada en nuestra Constitución en el art. 19 n.° 24; este derecho está en especial protegido por nuestra Ley Fundamental. Parte de esta protección se encuentra en la reserva legal establecida de manera perentoria para la posibilidad de regular este derecho, sea en los modos de adquirir, sus facultades esenciales y aún más importante, en las limitaciones y obligaciones que pueden imponérsele en virtud de su función social. Reserva legal acorde, además, con la regla general de que los derechos fundamentales solo pueden ser regulados por preceptos legales, contenida en n.° 26 del mismo art. 19[81]. Otra protección se encuentra en la prohibición de privar de la propiedad, del bien sobre el cual recae, o

[78] Peces-Barba (2004), p. 321; Aldunate (2006), p. 293.

[79] Mohor (1989), p. 284.

[80] Ambas citas en Aldunate (2008), pp. 226-227.

[81] La reserva legal a favor del domino es más estricta que la regla del art. 19 n.° 26 de la CPR. El art. 19 n.° 24 dice: "Sólo la ley..." puede regular este derecho.

de alguno de sus atributos o facultades esenciales sin la correspondiente expropiación, autorizada por ley, fundada en las causales que la CPR establece y previo pago de una indemnización por el daño efectivamente causado.

2. La función social como fundamento de las limitaciones y obligaciones a la propiedad

La doctrina en general concuerda que la función social es inherente al dominio, que opera como un límite externo u objetivo a él[82], encontrándose la propiedad limitada por ella, la que "...supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos"[83]. Las limitaciones impuestas por la función social a la propiedad van más allá de las simples restricciones por la existencia de otros titulares de derechos; el fundamento último de la función social es el bien común, el que obliga a que en ciertas circunstancias deba limitarse el interés particular o privado del propietario por este interés común. Según Lautaro Ríos,

> "...la función social no se opone –necesariamente- a la función individual de la propiedad. Se trata más bien, de una coordinación de intereses; pero si ellos entran en conflicto, se concede primacía a la función social"[84].

Al respecto, debe tenerse presente que la propiedad tiene una función social, pero no es, ella misma, una función social[85]. Esta permite establecer limitaciones y obligaciones al ejercicio de los atributos y facultades del dominio, las que se imponen al propietario por el bien común y la vida en sociedad, pero en ningún caso faculta para privar de la propiedad a su titular o afectarla de forma esencial. El Estado debe respetar siempre este derecho fundamental, reconocido y protegido por nuestro ordenamiento jurídico. En virtud de la función social se puede limitar a la propiedad o imponérsele obligaciones, pero esto tiene, a su vez, restricciones: no puede afectar la esencia del derecho, sus facultades o atributos esenciales y debe fundarse en alguna de las causales descritas en la CPR.

Las causales que comprende la función social se encuentran descritas en la CPR:

---

[82] Cea (2004), p. 534.

[83] Informe de la Subcomisión de Reforma Constitucional relativa al Derecho de Propiedad (27 de junio de 1975), reproducido en *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio,* Anexo de la Sesión n.° 148, publicadas en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8, n° 1-6. Santiago. 1981, p. 214.

[84] Ríos (1987), p. 66.

[85] Cea (2004), p. 535.

> "(la función social) ...comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio medioambiental"[86].

Dos temas es preciso tratar respecto de ellas: primero, su alcance o significado y segundo, su taxatividad.

Ya en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se dio la discusión respecto de la necesidad de enumerar los factores que comprendía la función social, con posiciones que iban desde considerar suficiente su ligazón al bien común[87] hasta que se adoptó la estructura de redacción que rige hoy, la que venía de la Constitución de 1925, enumerando las causales que ella comprende[88]. El análisis de estas causales intentando especificar el significado de ellas, yendo más allá de la generalidad de decir que son conceptos jurídicos indeterminados que deberán analizarse en cada caso. También aporta a la conceptualización de estas causales en los siguientes términos: primero hace sinónimos los conceptos de 'interés' y 'utilidad', como provecho, distinguiendo su adjetivación de 'general' y 'público', referido el primero, interés o utilidad general como el que concierne a unos y otros, como aquello común y esencial a todos los individuos que componen un todo; en cuanto al interés público, este sería aquel común del pueblo o la ciudad, traduciéndose la utilidad o interés público en una ventaja apreciable para toda la colectividad, sirviendo al interés del Estado o de todos sus habitantes. Según este autor, algunas de las causales dadas en la CPR están subsumidas en otras, como la utilidad pública que quedaría, según los conceptos vistos, dentro de los intereses generales de la nación, los que, a su vez, comprenden la seguridad nacional, la salubridad pública y la conservación del patrimonio medioambiental[89].

En otro análisis, hemos visto el interés público tanto como un límite a los derechos fundamentales, como una cláusula de habilitación para el ejercicio de determinadas potestades públicas, y como un criterio para resolver conflictos o colisiones de derechos. En este sentido, se plantea al interés público como

---

[86] CPR, inciso 2° del art. 19 n.° 24.

[87] Opinión de Jaime Guzmán Errázuriz en *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 162, 30 de octubre de 1975, p. 9 y ss. Sin embargo, la opinión mayoritaria de la Comisión fue la de enumerar las causales que comprendía la función social. Véase las opiniones de los señores Enrique Ortúzar Escobar y Pedro Jesús Rodríguez González en la misma sesión, p. 12 y ss.

[88] Propuesta de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, resumida en Rajevic (1996) p. 91.

[89] Ríos (1987), pp. 69-72.

> "aquel valor, beneficio o bien jurídico que satisface el conjunto de los derechos fundamentales así como los intereses individuales y colectivos de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad civil",

no identificándose el interés general, común o estatal ni con los intereses particulares (individuales), ni con los intereses de la sociedad toda con prescindencia de los intereses particulares (colectivos)[90].

Como sabemos, las normas constitucionales deben interpretarse de forma que tengan efecto, por lo que creemos que las causales deben ser consideradas como distintas, especificaciones o manifestaciones del concepto general de función social, y cada una tendrá su ámbito de aplicación según sea el caso. Con todo, si nos parece que los intereses generales de la nación y la utilidad pública (que pueden ser los más invocados) son conceptos bastante equivalentes y en esto estamos de acuerdo con Lautaro Ríos.

Este autor hace la prevención eso sí, en lo que también concordamos, en que es diferente el interés social de los intereses generales de la nación. Se refiere el interés social como aquel "perteneciente o relativo a la sociedad", adscribiéndolo a la función distributiva del Estado:

> "El interés social no implica el beneficio de todos los habitantes del Estado... Favorece directamente a aquel grupo o categoría de personas cuya indigencia, elevada a rango de necesidad social por el legislador, el Estado decide favorecer en interés y a cargo de la comunidad entera... utilidad social... [que] no se traslada al patrimonio público sino que se incorpora en el de sus beneficiados"[91].

Destacamos, entonces que el interés social no sería, por lo tanto, una de las causales de la función social.

En segundo lugar, en cuanto a si las causales descritas en la CPR que comprende la función social son taxativas, es decir, si solo sobre la base de ellas puede justificarse legítimamente una limitación al dominio, o si el legislador podría invocar otras causales o razones para establecerlas, la mayoría de la doctrina afirma que las causales anotadas son taxativas[92]:

---

[90] Peña y Rosales (2001), p. 501. Es importante señalar que las autoras destacan que la noción de interés público debe entenderse "en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho cuya finalidad esencial ha de ser la persona, su dignidad y los derechos fundamentales que le son inherentes".

[91] Ríos (1987), p. 70.

[92] En este sentido véase: Cea (2004), p. 538; Evans (1999), tomo III, p. 234; Ríos (1987), p. 71; Banda (1998), p. 67. Por otro lado, Mohor (1989), aduce que las causales son taxativas para invocar la función social como fundamento de limitaciones, pero cree que el legislador podría fundarse en otras justificaciones para limitar la propiedad o imponerle cargas u obligaciones,

> "Ninguna otra razón puede justificar la imposición de una limitación u obligación a la propiedad raíz urbana, y encuadrarla en alguna de las causales justificadas debe ser resultado de una razón lógica, indiscutible, fácilmente deducible, racional y prudente"[93].

Esta posición se afirma, además, en el principio *pro libertatis*, en virtud del cual ante dos interpretaciones posibles debe preferirse aquella que de mayor eficacia y protección al derecho en cuestión, y en el principio en virtud del cual las limitaciones, en cuanto son excepciones, deben interpretarse de manera restrictiva.

Asimismo, varios autores han observado que, si bien las limitaciones a la propiedad privada no son en principio indemnizables y deben ser soportadas como cargas por el titular, ciertas regulaciones que impongan limitaciones al derecho de propiedad en virtud de la función social podrían ser indemnizables, "como una reparación de una desigual repartición de cargas públicas"[94].

> "El principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas es crucial para determinar el carácter excesivo o desproporcionado de las limitaciones / cargas impuestas a la propiedad, aunque ellas se encuentren fundadas en la función social del referido derecho fundamental"[95].

Bibliografía

Aldunate Lizana, Eduardo (2006). "Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad". *Revista Chilena de Derecho*. vol. 33, n.° 2. Santiago.

Aldunate Lizana, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: LegalPublishing.

Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic (1998). *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomos I y II.

Ariño, Gaspar (2004). *Principios de derecho público económico*. Madrid: ARA Editores.

Banda, Alfonso (1998). "Medio ambiente y función social del dominio". *Revista de Derecho.* n.° especial. Valdivia.

además de la función social, por ejemplo, con cargo al "poder residual de autodefensa de la sociedad", p. 306; Rajevic (1996) p. 89, no cree que pueda afirmarse concluyentemente que el legislador no pueda crear nuevos elementos comprendidos en la función social de la propiedad.

[93] Bruna (1996), p. 63.

[94] Ugarte (2001), p. 428, Bronfmann, Martínez y Núñez (2012), p. 437.

[95] Covarrubias (2017), p. 96.

Barnes, Richard (2009). *Property rights and natural resources*. Oxford: Hart Publishing.

Bermúdez, Jorge (2011). *Derecho administrativo general*. 2ª ed. Santiago: LegalPublishing.

Bertelsen Simonetti, Soledad (2010). "Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales", en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*. n.° 42. Santiago.

Bordalí, Andrés (1998). "Constitución económica y protección del medio ambiente". *Revista de Derecho*. n.° especial. Valdivia.

Bosselmann, Klaus (2011). "Property rights and sustainability: can they be reconciled?", in Prue Taylor & David Grinlinton (eds.), *Property rights and sustainability. The evolution of property rights to meet ecological challenges*. Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers.

Brage, Joaquín (2004). *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

Brahm, Enrique (1999). *Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973*. Santiago: Universidad de los Andes.

Bronfmann, Alan, José Ignacio Martínez y Manuel Núñez (2012). *Constitución Política comentada*. Santiago: Abeledo Perrot.

Bruna, Guillermo (1996). "Uso y goce de la propiedad urbana". *Revista de Derecho Público*. n.° 60. Santiago.

Cea, José Luis (1988). "Delimitación y privación del dominio en la Constitución de 1980", en *XVII Jornadas chilenas de Derecho Público*. Concepción: Universidad de Concepción.

Cea, José Luis (1993). "Misión cautelar de la justicia constitucional". *Revista Chilena de Derecho*. vol. 20. Santiago.

Cea, José Luis (1999). *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*. Santiago: Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Cea, José Luis (2004). *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo II.

Celume, Tatiana (2013). *Régimen público de las aguas*. Santiago: Abeledo Perrot-Thomson Reuters.

Cooter, Robert & Thomas Ulen (2008). *Law and Economics*. 5ª ed. Boston: Pearson-Addison Wesley.

Cooter, Robert y Hugo Acciari (2012). *Introducción al análisis económico del derecho*. Santiago: Thomson Reuters-Civitas.

Cordero Quinzacara, Eduardo (2001). "El estatuto jurídico de los bienes y su construcción desde la perspectiva constitucional". *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, s/n. Antofagasta.

Cordero Quinzacara, Eduardo (2006). "La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno". *Revista de Derecho*. vol. XIX, n.° 1. Valdivia.

Cordero Quinzacara, Eduardo (2007). "Las garantías institucionales en el derecho alemán y su proyección en el derecho de propiedad". *Revista de Derecho*. Año 14, n.° 2. Coquimbo.

Cordero Quinzacara, Eduardo (2008). "De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad". *Revista de Derecho*. vol. xxxi. Valparaíso.

Coulson, Shea (2009). "Liberty, property and the environment: rethinking Environmental Law in Canada". *Windsor Review of Legal and Social Issues*. vol. 26.

Covarrubias, Ignacio. "Bases para una discusión sobre el estatuto constitucional del derecho de propiedad: confrontación a partir de sus críticos", en Julio Alvear e Ignacio Covarrubias (coords.), *Desafíos constitucionales*. Valencia: Tirant LoBlanch.

De Otto y Pardo, Ignacio y Lorenzo Martín-Retortillo (1988). *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas.

Diez-Picazo, Luis (2007). *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. 6ª ed. Madrid: Civitas.

Esteve, José (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons.

Evans, Enrique (1999). *Los derechos constitucionales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomos i, ii y iii.

Figueroa, Gonzalo (1997): *El patrimonio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Frazier, Terry (1995). "The green alternative to classical liberal property theory". *Vermont Law Review*. vol. 20.

Freyfogle, Eric T. (2011). "Taking property seriously", in Prue Taylor & David Grinlinton (eds.). *Property rights and sustainability. The evolution of property rights to meet ecological challenges*. Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers.

García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. 13ª ed. Madrid: Thomson Civitas, tomos i y ii.

Hamilton, Jonnette & Nigel Bankes (2010). "Different views of the cathedral: the literature on property law theory", in Aileen McHarg, Barry Barton, Adrian Bradbrook & Lee Godden (eds.). *Property and the law in energy and natural resources*. Oxford University Press.

Hervé, Dominique (2015). *Justicia ambiental y recursos naturales*. Valparaíso: Ediciones Universitarias Valparaíso.

Jara, Manuel (1943). *Derecho administrativo*. Santiago: Artes y Letras Impresores.

Martínez, José Ignacio (1997). "Carácter absoluto y límites de los derechos y libertades", en autor responsable. *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso: Edeval.

Merrill, Thomas (1998). "Property and the right to exclude". *Nebraska Law Review*. vol. 77.

Mohor, Salvador (1989). "Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización". *Revista Chilena de Derecho*. vol. 16. n.° 2. Santiago.

Montt, Santiago (2002). *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*. Santiago: LexisNexis.

Nogueira Alcalá, Humberto (2010). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. 3ª ed. Santiago: Librotecnia, tomo I.

Núñez, Manuel (1997). "Las limitaciones reconocidas a todo derecho en circunstancias de normalidad y de excepción constitucional", en Joaquín García-Huidobro, José Ignacio Marínez, Manuel Núñez (eds.). *Lecciones de derechos humanos*. Valparaíso: Edeval.

Peces-Barba, Gregorio (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

Peña Torres, Marisol y Cecilia Rosales Rigol(2001). "El interés público en el Constitucionalismo Postmoderno". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXII. Valparaíso.

Peñailillo, Daniel (2010). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Peñailillo, Daniel (2014): "La regulación constitucional de la propiedad en el Derecho Comparado". *Revista de Derecho*, n.º 235-236, Concepción.

Posner, Richard (2010). "Wealth maximization revisited", in *Law and Economics* (ed. Jain, S., Oxford University Press).

Rajevic, Enrique (1996). "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada". *Revista Chilena de Derecho.* vol. 23, n.° 1. Santiago.

Ríos, Lautaro (1987). "El principio constitucional de la función social de la propiedad". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIV, n.° 2. Santiago.

Rozas, Fernando (1998). *Los bienes.* Santiago: Editorial Jurídica Conosur.

Sánchez, Miguel (1997). "Los bienes públicos en general", en Miguel Sánchez (dir.). *Los bienes públicos (régimen jurídico)*. Madrid: Tecnos.

Silva Cimma, Enrique (1995). *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, vol. 5.

Smith, Henry (2012). "Property as the law of things". *Harvard Law Review*. vol. 125.

Taylor, Prue & David Grinlinton (2011). "Property rights and sustainability: toward a new vision of property", in David Grinlinton & Prue Taylor (eds.). *Property rights and sustainability. The evolution of property rights to meet ecological challenges*. Leiden, Boston, Martinus Nijhoff publishers.

Topasio, Aldo (1981). *Los bienes en el derecho romano.* Valparaíso: Universidad de Valparaíso.

Tribunal Constitucional (1997). Rol 26and, c. 14.

Ugarte, José Joaquín (2001). "Limitaciones al dominio. De las meras restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización". *Revista Chilena de Derecho*. vol. 28, n.° 2. Santiago.

Varas, Paulino y Salvador Mohor (1997). "Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y de su libre ejercicio que consagra el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política". *Revista de Derecho*, vol. xviii. Valparaíso.

Vergara Blanco, Alejandro (1992) "La propietarización de los derechos". *Revista de Derecho*. n.°. 14. Valparaíso.

Vergara Blanco, Alejandro (1999). "Naturaleza jurídica de los "bienes nacionales de uso público". *Ius Publicum*. n.° 3. Santiago.

Vergara Blanco, Alejandro (2004). "La summa divisio de bienes y recursos naturales en la constitución de 1980". *Ius Publicum*. n.° 12. Santiago.

Waldron, Jeremy (2012). *The rule of law and the measure of property.* Cambridge: Cambridge University Press.

DERECHO INTERNACIONAL Y CONSTITUCIÓN

INTERNATIONAL LAW AND CONSTITUCTION

Raul F. Campusano Droguett[*]
Ignacio Carvajal Gómez[**]

Resumen: El objetivo de estos apuntes es presentar algunas reflexiones sobre el derecho internacional y la forma en que debiera ser considerado en un futuro texto constitucional de Chile. El país se encuentra en un proceso de debate sobre la Constitución y estas reflexiones pueden servir de base tanto en el evento de una reforma constitucional como en el de una nueva Constitución. El escrito se construye sobre la idea de la conveniencia y necesidad de integrar temas de derecho internacional en el texto constitucional y también resolver y clarificar diversos temas de derecho internacional que la Constitución vigente no hace o que lo hace de una forma que consideramos que puede ser mejorada. El trabajo tiene dos partes. En primer lugar, presenta temas relevantes de derecho internacional abordados en la Constitución. En segundo lugar, aborda temas de derecho internacional cuya consideración en la CPR proponemos evaluar. La idea central del texto es que, desde la perspectiva del derecho internacional, la Constitución debiera abordar y hacerse cargo de los desafíos del siglo xxi en un contexto de creciente globalización e interacción entre Estados y otros sujetos de derecho internacional, generando el marco jurídico *óptimo* para los intereses del país y sus ciudadanos.

Palabras Clave: Derecho internacional, constitución, tratados, principios generales del derecho.

[*] Profesor titular de la Universidad del Desarrollo. Abogado de la Universidad de Chile. Master en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts en Estudios sobre la Paz Internacional, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Director de posgrados Derecho UDD, Director académico Programa de Magister en Derecho Ambiental UDD. rcampusano@udd.cl

[**] Abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez, Master in Business Law UAI, Magister en Derecho Ambiental © Universidad del Desarrollo. icarvajalg@udd.cl

Abstract: The objective of these notes is to present some ideas on international law and the way it should be considered in a future Chilean constitutional text. The country is in a process of debate on the Constitution and these ideas and proposals can serve as a basis both in the event of a constitutional reform and in the event of a new constitution. The text is built on the idea of the convenience and need to integrate international law issues into the constitutional text and also resolve and clarify various pending issues of international law that the current constitution does not solve or that does so in a way that we believe may be improved. The text has two parts. In the first section, it presents relevant issues of international law already considered in the Constitution. Second, it addresses issues of International Law whose consideration in the CPR we propose to evaluate. The central idea of the text is that, from the perspective of international law, the Constitution should address and take charge of the challenges of the 21st century in a context of increasing globalization and interaction between states and other subjects of international law, generating the optimal legal framework for the interests of the country and its citizens.

Keywords: International Law, Constitution, treaties, general principles of law.

I. Introducción

Estos apuntes presentan algunas reflexiones sobre derecho internacional y la Constitución a la luz de los desafíos actuales y futuros de Chile en el siglo xxi.

En una primera parte, se hace una introducción al trabajo, entregando al lector un contexto general de la situación del país y el histórico momento que este vive. En una segunda parte, se presentan temas de derecho internacional abordados en la Constitución Política de la República (en adelante también CPR), considerando normas relevantes, derecho comparado, doctrina, jurisprudencia y propuestas. En esta sección, se hace una reflexión preliminar para luego analizar la incorporación y valor jerárquico de los tratados internacionales (desde ahora también TI) en el derecho nacional. Así, se consideran cinco aspectos: la forma de incorporación de los TI en el ordenamiento jurídico chileno, la jerarquía de los TI dentro del ordenamiento jurídico del país, el control de constitucionalidad de los TI, la potestad reglamentaria del Presidente de la República en materia de TI y las reservas en los TI. Finalmente, se presentan críticas y propuestas al actual tratamiento del derecho internacional público en la CPR y la relación entre este derecho y el derecho nacional. En una tercera parte, se dan a conocer temas de de-

recho internacional cuya consideración en la CPR se propone evaluar. Así, se comienza con reflexiones previas, ante una nueva etapa constitucional de Chile, para luego analizar normas y principios que podrían incluirse en relación con varios temas relevantes. La sección, se divide en cinco partes: Incorporación real y sistemática del derecho internacional público a la CPR, relaciones internacionales bilaterales y multilaterales del Estado de Chile, globalización e integración de nuestro país, sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos y, por último, ambiente, energía, recursos naturales, desarrollo sostenible, diversidad biológica, pueblos originarios, cambio climático y otros temas relevantes para Chile. Por último, el texto termina con una cuarta parte de reflexiones finales, a modo de conclusión y referencias.

La comunidad internacional se encuentra en una época de grandes desafíos globales, regionales y locales, en la mayoría de los casos relacionados entre sí, como la contención de conflictos armados y su escalamiento, el peligro de las armas nucleares, pandemias, superación de la pobreza, el hambre y los problemas de salud de la población, la contaminación ambiental, la pérdida de diversidad biológica, el cambio climático y situaciones sistémicas de injusticia. Son tiempos de incertezas, transformaciones y ajustes en el ámbito planetario, que han ido de la mano con diversos movimientos ciudadanos de demandas de libertad, justicia, equidad, sociales, culturales, ambientales y económicas.

Chile forma parte de la comunidad internacional y como tal participa de las pulsiones globales y, consencuentemente, estamos experimentando un periodo de reflexión y debate nacional respecto de diversos aspectos de la forma en que se desea organizar la sociedad. Además, lo anterior se ha visto agudizado por la actual pandemia de Coronavirus (Covid - 19)[1] y sus efectos en la economía, el empleo y la percepción ciudadana.

En este escenario, Chile se encuentra en un proceso clave respecto a las reglas fundamentales de organización nacional y que se expresan en la CPR. La Constitución vigente fue promulgada el año 1980, ha sido modifi-

[1] Los coronavirus (CoV) son una amplia familia de virus que pueden causar diversas afecciones, desde el resfriado común hasta enfermedades más graves, como ocurre con el coronavirus causante del síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS-CoV) y el que ocasiona el síndrome respiratorio agudo severo (SARS-CoV). La actual pandemia por CoVid-19, responde a una nueva cepa de estos virus que no se había encontrado antes en el ser humano. Su contagio se produce de ciertos animales a las personas (transmisión zoonótica), a través de la alimentación u otros contactos directos o indirectos con el ser vivo portador del mismo. Desde fines del año 2019 y hasta la fecha, varios países del mundo, incluyendo a Chile, se han visto afectados por lo que, actualmente, constituye una pandemia de enfermedad producida por Coronavirus (CoVid-19), con miles de contagiados y muertos en todo el planeta.

cada en varias ocasiones[2], siendo la reforma del año 2005 la más significativa. En la actualidad se discute si las nuevas reglas debieran provenir de un proceso de reformas o a través de un nuevo texto constitucional.

De esta forma, como se ha señalado, el presente trabajo, tiene por objetivo reflexionar acerca de algunos temas, instituciones y normativas que, refiriéndose al ámbito del derecho internacional público[3] y siendo de relevancia para los intereses de la nación y el desarrollo de la vida de sus habitantes, se estima importante considerar en el diseño y redacción de las futuras reformas a la CPR o nuevo texto constitucional.

II. Algunos temas relevantes de derecho internacional público abordados en la CPR

1. Reflexiones preliminares

En el mundo contemporáneo, la sociedad internacional está organizada a través de Estados (antes habían existido otras formas de organización de esta, como los imperios, los reinos y las polis). Una de las características centrales del Estado moderno, es que goza de soberanía; esto es, no reconoce autoridad alguna fuera de sí mismo, siendo independiente y autónomo de la toma de sus decisiones.

Cabe preguntarse, entonces: ¿De qué forma los Estados, como entes soberanos que son, pueden hacer frente a los desafíos y necesidades de la vida contemporánea? ¿Cómo pueden abordar, adecuadamente, tareas que son globales por naturaleza, temas que van más allá de las fronteras nacionales y que requieren de la cooperación de varios o de todos los Estados del planeta?

Hay ciertos temas centrales y que forman parte de la política exterior permanente de Chile que debieran estar presente en el texto constitucional, de una u otra forma. Entre estos temas cabe destacar la paz y la seguridad internacional, la firme adscripción al derecho internacional, la renuncia al uso de la fuerza como método de solución de conflictos internacionales, el respeto a los compromisos y obligaciones adquiridos, la solución de disputas internacionales solo a través de métodos pacíficos, la convicción y vocación

[2] La Constitución Política de la República de Chile, promulgada en 1980, ha sido reformada parcialmente en 1989, 1991, 1994, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2003, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2017, 2018 y 2019.

[3] Por ende, a las relaciones bilaterales o multilaterales entre el Estado de Chile con otros Estados soberanos y con otros sujetos de derecho internacional.

de colaboración y cooperación internacional y el apoyo a la búsqueda de la libertad y justicia en todos los pueblos, el respeto y promoción de los derechos humanos, la autodeterminación de los pueblos, y el rechazo a toda forma de totalitarismo, racismo e imperialismo. A estos temas y valores habría que sumar la protección y promoción del ambiente y los valores asociados a una sociedad ecológica, sensible a la naturaleza y al desafío del cambio climático y la pérdida de diversidad biológica entre otros.

La forma en que los Estados toman acuerdos bilaterales o multilaterales es a través de TI[4]. Como todo acuerdo, requieren de la voluntad de las partes para nacer a la vida del derecho y producir sus efectos (derechos y obligaciones). Por ello, ningún Estado puede ser obligado a firmar un TI en contra de su voluntad.

A partir de la década de 1990, Chile inició una notoria profundización de sus vínculos internacionales, lo que lo ha llevado a celebrar varios TI en diversas materias, entre ellas: comerciales, tributarias, políticas, seguridad social, derechos humanos, ambiente y cambio climático. Lo anterior, significa que, año a año, diversos acuerdos internacionales son integrados a nuestro ordenamiento jurídico y que son vinculantes para Chile. Junto con ello, existen ciertos acuerdos o medidas internacionales adoptadas por el Poder Ejecutivo que son incorporados al derecho chileno sin necesitar de la aprobación del Congreso Nacional para ello, así como también otras fuentes del derecho internacional general que Chile ha ido incorporando por la vía jurisprudencial[5]. De tal manera, estamos en presencia de un importante y constante vínculo entre el derecho chileno y el derecho internacional, a través de distintas fuentes formales, produciendo un fenómeno que podría describirse como la internacionalización del derecho interno y la constitucionalización del derecho internacional público.

Frente al panorama descrito, la CPR es sucinta al momento de referirse al derecho internacional, en general, y a los TI, en particular. Por cierto, hay ciertas normas centrales como que la política exterior está a cargo del Presidente de la República y que los tratados que le presente el Presidente son aprobados o rechazados por el Congreso Nacional. Sin embargo, aun en

[4] Según el art. 2 inciso primero letra a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un TI es: "Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Algunos de estos tratados tienen por objetivo establecer organizaciones internacionales de carácter intergubernamentales enfocadas en asuntos globales o regionales, como ocurre con la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA), respectivamente.

[5] Nos referiremos de manera breve a ellas, en los puntos II.2.4 y III.2.1. de este trabajo, respectivamente.

el evento de considerar este sistema como adecuado, se levantan diversas preguntas y escenarios que la Constitución debiera abordar y su actual texto no lo hace, o lo hace en forma solo parcial.

Así, si bien reformas constitucionales posteriores abordaron algunos asuntos de derecho internacional, modernizando ciertas materias, según veremos, no se pronunciaron en su texto –o, bien, no lo hizo con la suficiente claridad– sobre varios de los temas más relevantes y controvertidos en la materia, los que aún no cuentan con una regulación adecuada en la CPR hasta nuestros días. A saber, la forma en que el derecho internacional, en general, se incorpora al ordenamiento jurídico nacional y es aplicado por los tribunales de justicia chilenos; la jerarquía de los TI y de otras fuentes del derecho internacional en Chile, y la forma de resolver los conflictos entre normas del ordenamiento jurídico chileno y las normas de derecho internacional; y, asimismo, la vinculación entre derecho internacional y derecho nacional (esto es, de qué manera la CPR expresa las opciones del ordenamiento jurídico nacional para relacionarse con el derecho internacional)[6].

Un aspecto general que podría considerarse, sería incorporar un preámbulo a la Constitución que indique los valores y principios generales que la animan. Dentro del mismo, podría haber una sección dedicada al derecho internacional, explicitando aquellos valores y principios que forman la política permanente de Chile en la materia, como su adscripción irrestricta al derecho internacional y al cumplimiento de las obligaciones internacionales válidamente contraídas.

También podría haber una mención a los valores ambientales y ecológicos[7]. El preámbulo podría servir de base interpretativa de la Constitución. Una ventaja adicional es que haría innecesario agregar numerosas materias al texto constitucional, las que podrían regularse en el ámbito legal y que el valor y principio estaría en el preámbulo, incorporando en el cuerpo cons-

[6] En este punto II, solo nos referiremos a los TI; sin embargo, en el punto III.2.1 de este trabajo efectuaremos algunas reflexiones breves sobre otras fuentes de derecho internacional público con incidencia en nuestro derecho interno.

[7] Se discute entre nosotros la viabilidad y conveniencia de una Constitución Ecológica. Si bien es cierto, la idea tiene mérito y recoge una aspiración generalizada de la ciudadanía y de la comunidad científica, siendo, también, parte del espíritu del derecho internacional del medio ambiente, también lo es que son tantos los temas ambientales que se requerirían numerosos artículos para contemplar cada una de las aspiraciones señaladas (sin siquiera entrar a su debate vis a vis otros intereses y valores legítimos y al debate sobre la forma en que estas propuestas debieran ser acogidas y reguladas). Una alternativa sería llevar el tema al ámbito de los valores y principios que podrían incorporarse en el preámbulo. Por cierto, esta propuesta es compatible con la incorporación de algunos aspectos centrales ambientales en el cuerpo de la Constitución.

titucional solo aquellas materias centrales relacionadas con el ambiente. Se lograría una Constitución armoniosa, consistente y breve.

2. Incorporación y valor jerárquico de los TI en el derecho nacional

En el contexto expuesto, de acuerdo con la CPR, corresponde al Presidente de la República llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los TI que estime pertinentes para los intereses del país. Esta atribución se enmarca dentro de una más amplia, por medio de la cual la Carta Fundamental lo faculta para conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales (art. 32 n.° 15)[8]. Como analizaremos, del actual texto constitucional se sigue que estos proyectos de tratados deben ser sometidos a la aprobación del Congreso Nacional, luego de lo cual puede procederse a su ratificación a través de su promulgación y publicación en el *Diario Oficial*[9]. A partir de ese momento, el TI formaría parte del ordenamiento jurídico chileno, surgiendo entonces la siguiente pregunta: ¿Qué valor o jerarquía tiene ese tratado dentro del ordenamiento jurídico nacional? La respuesta a esta pregunta ha sido elusiva entre nosotros, no existiendo consenso sobre la forma en que debiera resolverse este asunto en Chile. En el plano internacional, la solución es muy simple, "pacta sunt servanda" (lo pactado obliga), ya que, si bien los Estados son libres para pactar TI, una vez que estos han sido debidamente celebrados y ratificados deben ser respetados por las partes. Sin embargo, en el plano nacional la solución resulta más compleja, ya que el tratado recién celebrado debe ser incorporado en el ordenamiento jurídico interno y si contiene disposiciones distintas o contrarias a las normas chilenas, debe decidirse qué regulación tiene rango superior y, por ende, qué normativa debiera aplicarse.

Frente a lo planteado, debe tenerse presente que la CPR no regula de manera expresa ni clara, como sí lo hacen otras Cartas Fundamentales del

[8] Art. 32 n.° 15 de la CPR: "Son atribuciones especiales del Presidente de la República: Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 Nº 1°. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere".

[9] Art. 54 n.° 1, inciso primero de la CPR: "Son atribuciones del Congreso: N° 1: Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórums que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley".

mundo[10], la forma de dar fuerza normativa al texto de un TI en el ámbito nacional (su incorporación) ni la función normativa que ha de cumplir este una vez que adquiere dicha fuerza en Chile (su jerarquía o posición).

2.1. Forma de incorporación de los TI en el ordenamiento jurídico chileno

De la revisión de la CPR (1980) y de sus antecesoras, las Cartas Fundamentales de 1833 y 1925, es posible apreciar que, en principio, estas solo se han limitado a regular las respectivas facultades del Presidente de la República y la intervención del Congreso Nacional en la aprobación de los TI[11]. Por esta razón, lo referente a la incorporación de estos acuerdos, en el ordenamiento jurídico chileno, quedó, primeramente, entregado a la regulación mediante normas de menor jerarquía y a la práctica institucional del país.

Al respecto, Hugo Llanos Mansilla[12] menciona, como primera fuente jurídica en la materia, el decreto supremo n.° 132, de 21 de junio de 1926, que establece que la forma de promulgación de los TI aprobados por el Congreso Nacional es a través de un decreto promulgatorio, siguiendo en este punto la misma fórmula prevista para el texto de los proyectos de ley aprobados por el Congreso Nacional, ordenando cumplirlos como ley de la república[13].

---

[10] La Constitución de España, en su art. 96 inciso primero, establece: "Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico interno". Constitución española de 1978. Disponible en: www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf [fecha de consulta: 21 de agosto de 2020]. Por su parte, la Constitución de Francia, en su art. 55 inciso primero, prescribe: "Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados, tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior que las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte". Constitución de Francia de 1958. Disponible en www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf [fecha de consulta: 21 de agosto de 2020].

[11] En este sentido, hoy encontramos una serie de preceptos constitucionales dispersos en su texto, que son relevantes en la materia y que, en gran parte, iremos revisando a lo largo de este trabajo. Nos referimos a: los arts. 5 inciso segundo; 32 n.° 15; 54 n.° 1; 93 inciso primero n.° 1, 3, 6 y 7, inciso segundo, cuarto, sexto, undécimo, décimo segundo y 94 inciso segundo de la CPR.

[12] Querido académico y profesor de tantos.

[13] Según Eduardo Aldunate Lizana, la fórmula que consigna Llanos (2003), p. 226, aparece como acertada: "dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto como ley de la República, publicándose copia autorizada de su texto en el Diario Oficial". Fórmulas recientes que se limitan a señalar "promúlgase" el respectivo tratado, o "cúmplase", sin indicar la forma de su cumplimiento, parecen altamente deficientes desde este punto de vista. Como veremos más adelante, siendo la única fuente positiva de la fuerza normativa del TI en el ordenamiento jurídico interno, la fórmula promulgatorio es relevante: Aldunate (2010), pp. 185-210 (186 y 187). También disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v16n2/art07.pdf [fecha de Consult: 24 de agosto de 2020].

En cuanto a nuestros tribunales de justicia, es posible observar que su jurisprudencia ha asimilado el texto del TI al de un proyecto de ley a efectos de exigir, para su vigencia en el ordenamiento jurídico nacional, la publicación del tratado, ya sea según la regla establecida por el *Código Civil* o, bien, conforme a lo prescrito por la Ley n.° 18158 de 9 de septiembre de 1982, que autoriza una forma especial de publicación para tratados de larga extensión mediante el depósito de ejemplares autenticados en el Ministerio de Relaciones Exteriores y en la Contraloría General de la República, debiendo esta última mantener un ejemplar en cada una de sus oficinas regionales[14].

En la actualidad, aun considerando los cambios introducidos por la Reforma Constitucional del año 2005, si bien la CPR logró algunos avances en la materia solo se refiere someramente a la incorporación de los TI en los arts. 32 n.° 15 y 54 n.° 1 de la Carta Fundamental[15]. De la lectura de esas

[14] Aldunate (2010)., p.186.

[15] Art. 32 de la CPR*:* "Son atribuciones especiales del Presidente de la República: N° 15*:* Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar. tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 Nº 1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere".

Art, 54 de la CPR*:* "Son atribuciones del Congreso*: N° 1) (inciso primero):* Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórums que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley. *(inciso segundo*) El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle. *(inciso tercero)* El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional. *(inciso cuarto)* Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria. *(inciso quinto)* Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional. Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno. *(inciso 6)* En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro. *(inciso séptimo)* El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento

disposiciones, es posible concluir que los tratados se entienden válidamente celebrados e incorporados al ordenamiento jurídico nacional una vez que han sido:

1) Negociados y firmados por el Presidente de la República (art. 32 n.° 15);
2) Aprobados por el Congreso Nacional, según el quórum que corresponda en cada Cámara, conforme al art. 66, sometiéndolo para ello "en lo pertinente" al trámite formal de las leyes (art. 54 n.° 1)[16] y
3) Ratificados por el Presidente de la República (art. 32 n.° 15) y publicados en el *Diario Oficial*, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[17].

A su vez, el mecanismo de control que establece la Constitución para los tratados y su incorporación al orden jurídico interno, es el control de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional de conformidad al art. 93 de la CPR, aspecto sobre el cual volveremos en el punto II.2.3 de este trabajo.

Pues bien, si se cumplen de forma exitosa todas las etapas o fases del proceso de incorporación del tratado en los términos antes vistos, por los órganos y los procedimientos previstos en el ordenamiento constitucional

de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva. *(inciso octavo)* De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo. *(inciso noveno)* En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64".

[16] La incorporación de la frase "y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley", debe ser interpretada como la decisión del constituyente de terminar con un error de interpretación insistente en nuestro medio y que se afirmaba en el texto antiguo de la norma referida al tema ("La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley"). Con ello, podía entenderse un TI era una ley y, por tanto, tenía esa jerarquía dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, aplicándose a su respecto las reglas propias de las leyes (Ej: que una ley posterior deroga a la ley anterior). Sin embargo, un TI no es una ley, y ni siquiera puede atribuírsele características propias de una ley, sino una figura jurídica autónoma cuyo tratamiento se acerca al de la ley solo porque el constituyente así lo dice y estrictamente para que se someta "en lo pertinente" a los trámites de una ley. En efecto, existen formalidades aplicables al proceso de formación de la ley que no caben respecto de los TI (por ejemplo: comisiones mixtas, régimen de insistencias y los vetos, etcétera).

[17] Nogueira (1996), p. 11.

para ello, estamos en presencia de un tratado válidamente celebrado e incorporado al derecho interno y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en el propio tratado, o por el derecho internacional; esto es, el art. 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Humberto Nogueira sostiene que, la Convención citada, al haber sido ratificada por el Estado de Chile y publicada en el *Diario Oficial*, sin dejar de ser una norma jurídica internacional es también norma vinculante del ordenamiento jurídico interno y de aplicación preferente ante cualquier norma de carácter nacional en la materia. Según explica dicho autor, lo que ocurre es que la CPR no fundamenta la validez del TI sino solo su aplicabilidad. Por ende, una vez incorporada al derecho interno, la CPR hace suya la norma internacional, como las normas que de ella puedan derivarse, en los términos y condiciones establecidas en el tratado, por lo que respecto de ellas tampoco la Carta Fundamental actúa como condición de validez. La CPR solo es norma superior de las normas internacionales, en la medida que estas últimas reciben de la Carta Fundamental su condición de normas aplicables. Así, las normas del derecho internacional integradas en el ordenamiento jurídico interno, forman parte del derecho chileno con el mismo título que cualquiera de las normas elaboradas a través de los cauces de producción normativa directamente regulados y establecidos en la Carta Fundamental[18].

[18] Al respecto, Humberto Nogueira señala: "Si partimos de la base de que, en el ordenamiento jurídico nacional, la Constitución es la única habilitada para determinar la existencia de otras normas jurídicas internas, las normas de Derecho Internacional tendrían validez dentro del país en la medida que la Constitución así lo establezca. Pero también la Carta Fundamental, como norma suprema de Chile, puede remitirse a normas internacionales que le son indisponibles en su propia validez, que resultarán aplicables junto con las producidas a través de los procedimientos internos previstos y regulados por la Constitución. La soberanía no es sólo el principio fundamentador de la validez de las normas que integran un ordenamiento sino también su condición de norma fundamentadora de la aplicabilidad de normas jurídicas distintas de aquellas previstas directamente por el ordenamiento soberano para la producción de nuevas normas". Y, en este mismo sentido, agrega: "Por regla general, se concibe la soberanía como categoría fundamentadora de la validez de las normas, por lo que la Constitución aparece como la única norma habilitada para decidir acerca de otras normas, por ello las normas procedentes del Derecho Internacional sólo disfrutarán de validez en la medida que la Constitución lo decidiera y siempre que las primeras no contradijeran los contenidos normativos de la Carta Fundamental. Esta posición, en principio correcta, no permite explicar otras vías de juridificación, ya que la Constitución como norma superior, puede remitirse a normas que le son indisponibles en su propia validez, como son las normas internacionales, siendo el Derecho Internacional el que determina su creación y validez, las cuales ya dotadas de validez, serán aplicables junto con las producidas a través de los procedimientos internos previstos y regulados por la propia Constitución: Nogueira (1997), pp. 6, 9-11.

Creemos que, sin perjuicio de la forma en la que se ha resuelto este tema en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, y sin desmerecer los avances logrados con la Reforma de 2005, podría aprovecharse la instancia de una nueva reforma constitucional o texto de Carta Fundamental, para regular este procedimiento en forma cierta e indubitada, reduciendo espacios a discusiones e interpretaciones en la materia, tal como, según hemos visto, es posible apreciar en derecho comparado. Una norma constitucional que definiera y decidiera el tema de la jerarquía, clarificaría el tema y produciría certeza jurídica en la materia.

2.2. La Jerarquía o posición de los TI dentro del ordenamiento jurídico chileno

Dentro de los principales problemas derivados de la redacción de las normas originales de la CPR, en materia de TI, se encuentran también las dudas en torno al rango jerárquico de los mismos al incorporarse al ordenamiento jurídico nacional[19].

El asunto toma mayor fuerza, a partir de la reforma constitucional del 17 de agosto de 1989[20], materializada a través de la Ley n.° 18825, y específicamente con la modificación al art. 5 de la CPR (referido a la soberanía), que agregó a esta norma un inciso segundo, estableciendo, como límite al ejercicio de la soberanía, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la CPR y los TI ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, debiendo ser respetados y promovidos por los órganos del Estado[21].

En términos generales, de ello, surgieron, a lo menos, tres interpretaciones doctrinarias distintas en la materia:

[19] Si bien, existen ciertas referencias en las discusiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (también conocida como Comisión Ortuzar, CENC), sobre la jerarquía o posición de los TI en nuestro derecho interno, ello no quedaría plasmado en el texto aprobado de la Carta Fundamental de 1980.

[20] Se trata, históricamente, de una de las más importantes reformas constitucionales realizadas a las CPR, y que, debido a su contexto histórico político ha sido referida, por algunos autores, como la Reforma de la Transición, aun cuando no todos comparten esa denominación.

[21] El art. 5, inciso primero de la CPR, prescribe: "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio". Y su inciso segundo, dispone: "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".

a) Aquellos que sostenían que esa reforma a la CPR consagró el rango constitucional de los TI sobre derechos humanos[22];
b) Quienes planteaban que estos tratados tenían un rango intermedio entre la ley común y la CPR, encontrándose siempre sometidos a esta última[23] y
c) Los que creían que tales tratados tenían un rango simplemente legal, aunque distinguiendo los derechos contenidos y consagrados en ellos que sí tenían rango constitucional[24].

La discusión mencionada, fue objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la causa rol n.° 346, de 8 de abril de 2002[25], relativa a la aprobación del Estatuto de Roma, TI en virtud del cual se creó la Corte Penal Internacional. En esa ocasión, el tribunal se manifestó sobre la jerarquía de los TI, y, si bien no logró zanjar las discrepancias interpretativas sobre la materia, parece adoptar en su texto la tesis mencionada en la letra b) anterior, en cuanto a que se encontrarían en una posición intermedia, sobre la ley y bajo la CPR[26]. Además, existen fallos en los que, en reiteradas oportunidades, este tribunal sostiene que el TI y la ley son fuentes de derecho diferentes entre sí[27].

---

[22] Nogueira (2003) y Jordán (2007); Medina (1994) y Nogueira (2003) proponen modificar el art. 5 de la CPR para evitar dudas en la interpretación de esta norma. Véase Perez (2018), p. 22 y ss..

[23] Beltersen (1996), pp. 211-222. Véase también Perez (2018).

[24] Troncoso y Vial (1993), pp. 695-704, Fernández (1989), pp. 809-825 y Aldunate (2010). Véase también Pérez (2018).

[25] Tribunal Constitucional (2002).

[26] Según Marisol Peña , en esta sentencia el tribunal habría hecho suya la opinión de Alejandro Silva Bascuñán, según la cual los TI prevalecerían sobre la ley cuando se refieren a los derechos de los gobernados o al "estatuto de la libertad", pero, en todo caso, "constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución": Peña Torres (2005), p. 7.

[27] Al respecto, por ejemplo, recomendamos revisar la sentencia del Tribunal Constitucional en causa rol n.º 288 de 1999, que, específicamente en sus considerandos 6 y 7, con referencia a artículos de la CPR vigentes en esa época, señala: Considerando 6°: "Que, cabe puntualizar, en primer término, que el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes. En tal sentido, y sin entrar a profundizar el tema, puede mencionarse algunos preceptos que decantan la distinción anotada: el artículo 5° alude a Constitución y tratados internacionales; el artículo 50 habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley y el artículo 82, N° 2, en estudio, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso". Considerando 7: "Que, por otra parte, la promulgación y publicación de los tratados no está descrita en texto expreso de la Constitución, sino que obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurre con la ley según lo prevé expresamente el artículo 72 de la Carta Fundamental": Tribunal Constitucional (1999).

Esta controversia ha seguido adelante y, en especial, Humberto Nogueira continuó defendiendo la postura de que aquellos TI relativos a derechos humanos tendrían una jerarquía mayor a la ley. Esto, principalmente, sobre la base del inciso 2 del art. 5, que al incluirlos de forma expresa en esa disposición los habría elevado a un rango constitucional; y, además, a ciertas disposiciones constitucionales vigentes antes del año 2005, relativas al control de constitucionalidad de las leyes y de los TI, que, en su opinión, permitirían argumentar un tratamiento distinto de unos y otros[28]. Parte de la doctrina, incluso ha sostenido que, tratándose de acuerdos internacionales sobre derechos humanos que recogen derecho internacional imperativo del tipo *ius cogens*[29], se encontrarían por sobre el ordenamiento constitucional nacional, siguiendo en este punto una teoría monista más extrema según la cual la Carta Fundamental de un país deriva su validez de la conformidad con el derecho internacional[30].

Todo lo anterior, generó un debate sobre la posición que ocupan, en Chile, los TI en general, y que tiene especial relevancia para determinar qué fuente del derecho se aplica a un caso concreto (por ejemplo: el TI o la ley común interna) cuando contienen normas jurídicas distintas u opuestas en una materia. Algunos autores postulan que las normas nacionales deben primar, al menos aquellas de rango constitucional, ya que la Constitución Política es la base del acuerdo jurídico y político de un Estado con su pueblo; y, de otra forma, se podría modificar la Carta Fundamental a través de la incorporación de TI. Otros autores sostienen que lo que prima es el tratado, ya que existe una obligación internacional de cumplirlo, que fue adquirida

[28] Nogueira (2003), pp. 403-466. También en Aldunate (2010), p. 189.

[29] En la doctrina internacional, los autores asimilan al *ius cogens* con el derecho natural, el orden público internacional, o el "derecho constitucional" del derecho internacional. Mientras que la jurisprudencia internacional ha reconocido de forma expresa que en la actualidad el *ius cogens* ha alcanzado el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional, lo cual revela el gradual emerger de un derecho internacional universal que asegura los intereses y valores más fundamentales de la comunidad internacional como un todo. Además, se desarrolla y aplica especialmente en ciertos sectores del Derecho Internacional, tales como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional penal. También destaca la manifestación que ha tenido en el ámbito de la responsabilidad de los Estados, pues en esta área se revela su real, amplia y profunda dimensión: el *ius cogens* no depende del consentimiento de los Estados, por tanto no se puede acudir a artificios para violar este tipo de normas y su transgresión acarrea como consecuencia una responsabilidad internacional agravada: Díaz Tolosa (2014), pp. 555-587 (556). Véase también Perez (2018), pp. 33-35.

[30] A esta última tesis, defendida por diversos autores, se opondría la posición crítica de Fernando Saenger y Lautaro Ríos, véase Aldunate (2010), p. 188. Al respecto, recomendamos revisar también: Saenger (1993), pp. 647-667 y Ríos (1998), p. 7-14.

de forma libre y soberana por quien tiene a su cargo la política exterior del país, que fue revisada y aprobada por el órgano legislativo del Estado, y que puede acarrear la responsabilidad internacional de este ante su inobservancia[31].

Con la reforma del año 2005, se agrega un párrafo quinto al art. 54 n.° 1 de la CPR, el que dispone:

> "Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional"[32].

Opinamos que esta norma tiene una gran relevancia frente a esta discusión, debiendo interpretarse junto con lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ambas disposiciones obligatorias para el Estado de Chile.

Si bien, estimamos que con esta disposición constitucional quedaría resuelto el tema de la desafortunada y confusa discusión sobre la jerarquía de los tratados, y si, además, una ley posterior podía derogar un TI, creemos que podría establecerse una norma constitucional que resolviera con toda claridad este asunto, siguiendo así cierta tendencia existente en derecho comparado[33].

---

[31] Entre los argumentos esgrimidos en favor de esta posición, cabe considerar lo prescrito por el ya citado art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que prohíbe invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, lo que fortalecería la posición de primacía del TI en el ordenamiento jurídico interno del Estado, como una de las partes del mismo. Sobre el particular, Eduardo Aldunate opina que dicha norma solo tiene por finalidad excluir una argumentación de esta naturaleza sobre la base del ordenamiento jurídico interno para desconocer sus acuerdos vigentes en el orden internacional, aplicando de esta forma el principio según el cual nadie puede alegar su propio dolo o culpa para liberarse del cumplimiento de una obligación (el TI), pero no es razón suficiente para establecer que existe una primacía de los TI sobre otras normas jurídicas del ordenamiento jurídico interno.

[32] CPR. Texto actual del art. 54 n.° 1, inciso quinto. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302 [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2020].

[33] En Sudamérica, por ejemplo, la Constitución de Bolivia, en su art. 407, dispone que la jerarquía de los tratados y las leyes es la misma y ambos se encuentran por debajo de la Constitución. Ahora bien, la Constitución establece una regla especial en relación con los tratados internacionales de derechos humanos; a saber, si estos tratados contienen normas más favorables que aquellas establecidas en la Constitución, se aplicarán de manera preferente a la disposición constitucional correspondiente. Nos parece una regla interesante y, cualquiera sea nuestra postura frente a ella, resuelve de una forma determinada un tema que siempre ha generado dudas en Chile: Campusano (2012), p. 15.

2.3. Control de constitucionalidad de los TI

Tal como hemos señalado en anteriores secciones, discusiones sobre temas vinculados a los TI existían antes de la Reforma Constitucional del año 2005; sin embargo, con esta última terminaron por agudizarse y lo cierto es que el debate parece estar lejano de llegar a su fin.

Antes de la reforma del año 2005, el art. 82 de la Constitución Política establecía:

> "Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 2º resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".

Por ello, se señalaba que nuestra CPR no imponía como trámite obligatorio de la aprobación de los TI el dictamen preventivo del Tribunal Constitucional, debiendo pronunciarse sobre la materia solo si se le formulaba dicha cuestión de constitucionalidad y siempre que el Presidente hubiera pedido la aprobación del Congreso[34]. Por otro lado, tal como señala Karl Muller[35], se discutió en su momento si un TI que no hubiera sido objeto de un control preventivo de constitucionalidad, podía, mediante un control *a posteriori*, ser declarado inaplicable por inconstitucional de conformidad al antiguo art. 80 de la Constitución Política[36], lo fue defendido por algunos autores y repudiado por otros[37].

No obstante existir conciencia respecto de los problemas que existían y se discutían en relación con el control de constitucionalidad de los TI, así como sus posibles consecuencias en el ámbito internacional, la Reforma de 2005 mantuvo el control preventivo de carácter facultativo, tratándose de TI sometidos a la aprobación del Congreso (actual art. 93 n.° 3 CPR[38]), pero

[34] Silva (2000), p. 313.

[35] Muller (2009), pp. 123-124.

[36] "La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento".

[37] En contra de esta postura, destacamos a Humberto Nogueira, quien, entre otras argumentaciones, estimaba que lo propuesto era incompatible con lo establecido en el art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y podía generar eventualmente responsabilidad internacional del Estado. En la posición contraria, mencionamos a Emilio Pfeffer, quien estimaba que la Corte Suprema sí podía ejercer tal control, por diversas razones desarrolladas en la obra: Muller (2009), pp. 121-135 (125-126).

[38] El actual art. 93 n.° 3 de la CPR, establece: "Son atribuciones del Tribunal Constitucional: N° 3 Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".

incorporó un control preventivo obligatorio de la constitucionalidad de los TI cuyas normas versen sobre materias de ley orgánica constitucional (actual art. 93 n.° 1)[39]. A su vez, entregó el control de constitucionalidad represivo o *a posteriori* al Tribunal Constitucional, privando de esa facultad a la Corte Suprema (art. 93 n.° 6 de la CPR, disposición que sigue hablando de "precepto legal"[40]).

Conociendo el contexto anterior, cabe preguntarse: ¿Es conveniente realizar reformas constitucionales en materia de Control de Constitucionalidad de TI dentro de la CPR? ¿Qué propuestas existen al respecto?

Una parte importante de la doctrina[41] ha propuesto eliminar de la CPR el control represivo sobre los TI y, en su reemplazo, establecer un control preventivo (*a priori*) obligatorio (forzoso) respecto de todos los tratados ante el Tribunal Constitucional, sin importar si la materia que regulan es o no propia de ley orgánica constitucional. Con ello, se buscaría extender el

Así, se deja a salvo la posibilidad de que tratándose de TI que no versen sobre materias de ley orgánica constitucional pueda deducirse una "cuestión de constitucionalidad" a la que se refería el art. 82 n.º 2 (que sería n.º 3 con la reforma de 2005 y 93 n.° 3 en su actual texto), mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso, como lo ha precisado el Tribunal Constitucional.

[39] El actual art. 93 n.° 1 de la CPR, prescribe: "Son atribuciones del Tribunal Constitucional: N° 1 Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación": antiguo art. 82 n.º 1 de la CPR. Esta modificación tiene coherencia con la realizada en el antiguo art. 50 n.º 1 –actual 54 n.° 1–, en relación con el quórum de aprobación necesario de conformidad a lo dispuesto por el art. 66 de la CPR.

[40] Art. 93 n.° 6 de la CPR: "Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un *precepto legal* cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución".

Según Marisol Peña, considerando el art. 93 n.º 6 en relación con el actual art. 54 n.° 1 inciso quinto de la CPR, sostiene "...no podrían admitirse requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un tratado vigente y que ya ha implicado que Chile se obligue en el plano internacional": Peña Torres (2009), p. 3. Por su parte, Francisco Vega y Francisco Zúñiga señalan: "no cabe el control represivo y facultativo de los tratados internacionales, ya que estos no se encuadran en el concepto de ley, sino que son una fuente de derecho internacional incorporada al derecho interno, cuya validez arranca de dicho orden internacional, y en la que solo la aprobación parlamentaria de los mismos se somete a 'los trámites de una ley', conforme con el artículo 54 N° 1 de la Constitución, sin perjuicio del control abstracto y preventivo encomendado al Tribunal Constitucional sobre normas de un 'tratado que versen sobre materias propias' de leyes orgánicas constitucionales (artículo 93 N° 1 C.P.R)": Vega y Zúñiga (2006), p. 152.

[41] Debemos tener presente, que no se ha profundizado demasiado en los argumentos de esta posición, aunque ella sí se menciona en varios trabajos de prestigiosos autores y profesores. Esta idea, incluso, fue discutida a propósito de la reforma constitucional del año 2005, pero no prosperó. Entre los autores más destacados, que sostienen, con ciertos matices, esta posición doctrinaria, se encuentran: Humberto Nogueira, Miriam Henríquez, Miguel Ángel Fernández, Aldo Monsálvez, Arturo Fermandois, Fernando Gamboa y Emilio Pfeffer.

control del art. 93 n.° 1 de la Carta Fundamental a todos los TI, para que se verifique la sujeción de dichos tratados a la CPR, evitando, de esta forma, la generación de una eventual responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento del TI, originada con ocasión de una eventual declaración de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad del mismo[42].

En esta línea, se ha manifestado Humberto Nogueira, señalando que no existiría una razón de peso para señalar que solo los TI referidos a materia de ley orgánica constitucional deban ser objeto de control preventivo obligatorio de constitucionalidad, ya que eventualmente aquellos que versan sobre materias de ley de quórum calificado o de ley simple también pueden conllevar una infracción de la CPR. Por ello, al no realizar dicha diferenciación se impediría la infiltración en el ordenamiento jurídico nacional de TI que pudieran entrar en conflicto con la Carta Fundamental, sobre todo al no poder realizar un control represivo de constitucionalidad[43].

En este mismo sentido, Miriam Henríquez, señala, en sus obras relacionadas al tema, que, atendida la gravedad de la eventual infracción a los compromisos internacionales, lo adecuado sería adoptar el control constitucional preventivo obligatorio, el que reemplazaría al control represivo, siendo este último innecesario ("improcedente, inconveniente e inoficioso")[44].

Por otro lado, para la doctrina alternativa, en la que destaca Sergio Verdugo, la propuesta mayoritaria (planteada con el fin de equilibrar la supremacía de la Constitución con la estabilidad de las relaciones internacionales),

[42] Antes de la reforma constitucional de 2005, existía un contexto en que el recurso de inaplicabilidad estaba entregado a la Corte Suprema, en que se debatía fuertemente acerca de los alcances de la Reforma Constitucional de 1989 al art. 5 de la CPR, y si era o no conforme a la Carta Fundamental el Estatuto de Roma. Dicho TI, que crea la Corte Penal Internacional, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en ejercicio de su control preventivo el año 2002, lo que derivó en la realización de una reforma constitucional en 2009, la que permitió su posterior aprobación parlamentaria y constitucional. En lo relativo a la posibilidad de que se ejerza control constitucional sobre TI, algunos autores se manifestaron a favor y otros en contra.

Con la Reforma Constitucional del año 2005, cambió el contexto del debate, agregando elementos nuevos a la discusión. La reforma fortalece la discusión, manteniendo los argumentos primitivos y añadiendo otros que los complementan.

Sin embargo, en la actualidad el Tribunal Constitucional ha cambiado su postura en cuanto a la relación tratado-ley, asimilando al tratado como parte de la expresión "preceptos legales" respecto de los cuales procede el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Tribunal Constitucional (2009), que se pronuncia sobre el proyecto que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

[43] Humberto Nogueira es el autor nacional que más ha escrito sobre este tema, contando con obras escritas antes y después de la Reforma Constitucional del año 2005. En ambos periodos de su obra, ha estimado que no procede el control represivo de constitucionalidad, postulando la idea de establecer el control preventivo obligatorio para todos los TI.

[44] Henríquez (2007), pp. 119-126 (41-50).

aunque interesante, no parece recomendable para ser considerada por el constituyente derivado. Según este académico, si bien esta postura ha sido apoyada por destacados académicos, está expuesta en forma breve, sin mayor desarrollo de fondo, siendo poco factible y conveniente de implementar por tres tipos de argumentos contrarios a la misma. En un primer grupo de argumentos, se encuentran los que tienen relación con las condiciones de factibilidad que son necesarias para que su procedencia sea posible, las que hacen muy poco probable su adopción o, bien, significan una disminución en la protección de alguno de los fines que dicha propuesta busca proteger. Un segundo grupo de argumentos se opone a la propuesta en razón de las debilidades del control preventivo obligatorio, entre las que destaca que este, en realidad, no reemplazaría en los hechos al control represivo, debido a lo cual el costo constitucional producido podría ser muy alto. Y, por último, un tercer grupo de argumentos que rechazan la conveniencia de la propuesta, en atención a las características propias de los TI, las que terminan por agravar los problemas antes descritos[45].

Cualquiera sea la postura que se defienda, nos parece relevante que, ante eventuales futuras reformas constitucionales o un nuevo texto de Carta Fundamental, se busque aclarar y resolver este tema, el que sigue siendo discutido y conflictivo en Chile.

2.4. Potestad reglamentaria del Presidente de la República en materia de TI

En esta materia, la Reforma Constitucional de 2005 mantuvo la frase conforme a la cual

> "las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor, no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley"

(incluidas en el anterior texto de la CPR), pero agregó lo siguiente: "No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria" (antiguo art. 50 n.º 1 inciso cuarto y actual 54 n.° 1 inciso cuarto de la CPR[46]). Por tanto, es posible distinguir dos hipótesis distintas en la norma:

a) Aquellos TI celebrados en ejecución de una ley o de un tratado anterior y
b) Aquellos TI que no tengan por referencia una ley o un tratado anterior.

[45] Recomendamos revisar el desarrollo en detalle de estos argumentos en la siguiente obra: Verdugo (2010), pp. 449-477.

[46] Art. 54 n.° 1 inciso cuarto de la CPR: "Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria".

Al respecto, ha existido discrepancia de opiniones entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Contraloría General de la República. Esta última, a diferencia del primero, ha sostenido que en este caso el TI requiere aprobación del Congreso, aun cuando se trate de materias de orden administrativo que permiten una administración más eficiente y expedita (por ejemplo: tributarias o aduaneras). En la actualidad, se mantiene la incógnita sobre cuáles son las materias internacionales que sólo deben ser reguladas a través de la potestad reglamentaria del Presidente sin pasar por la aprobación del Congreso. La relevancia de la cuestión radica en la necesidad de resguardar el principio de supremacía constitucional, sobre todo cuando se ejerce la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, la que históricamente ha generado controversias frente a la ley (como fuente formal del derecho), haciendo recomendable un mayor cuidado al aplicarse la nueva disposición[47].

Teniendo en cuenta lo revisado, creemos que esta también es una situación que podría superarse en el articulado de futuras reformas constitucionales o nuevo texto constitucional.

2.5. Reservas en los TI

Alcanzar la formación de una comunidad internacional coherente, armónica y eficaz constituye, actualmente, una reconocida necesidad de los países del mundo para poder enfrentar sus desafíos y alcanzar sus metas. Al hablar de las reservas, nos referimos a una antigua institución del derecho de los tratados codificada en la Convención de Viena de 1969, establecida a partir de un sistema y procedimiento que resulta algo engorroso, y concebida para lograr que la mayor cantidad posible de Estados decidan firmar un determinado TI, constituyendo, sin duda alguna, un instrumento jurídico fundamental para la expansión de la comunidad internacional[48].

En nuestra opinión, sin ánimo de desmerecer sus logros, su debilidad como institución radica precisamente en su naturaleza, ya que excluye a ciertos Estados de los efectos de las normas a cuyo respecto se hicieron y se aceptaron las

[47] Peña Torres (2005), p. 51.

[48] No obstante existir variadas definiciones en la literatura, existe consenso en que la definición adoptada en el art. 2 letra d) de la Convención, posee los elementos indispensables, al indicar que se entiende por reserva: "una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado". Su naturaleza jurídica, es la de un acto unilateral sobre la base de su carácter revocable (el art. 22 de la Convención se refiere a la revocación de las reservas). Lo medular de una reserva es su carácter de condición, esto es que el Estado está dispuesto a obligarse por el TI a condición del respeto de sus exigencias. Así, sin perjuicio que los Estados reconocen como primordial el desarrollo y fortalecimiento de la comunidad internacional, se presenta difícil una postergación de los intereses nacionales. La posibilidad de vincularse a un tratado permitiendo la alteración de algunas de sus normas, se presenta como una forma efectiva de ampliar esta comunidad.

mismas reservas. En otras palabras, lo que se logra con un número mayor de Estados firmantes, se pierde con un TI que genera derechos y obligaciones distintos para las diferentes partes de acuerdo con las reservas que se hayan aceptado[49].

No obstante, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en opinión de ciertos autores, constituiría un obstáculo para la adecuada protección de los derechos reconocidos en los tratados sobre la materia, conduciendo bajo ciertas circunstancias, a una violación del importante objeto y fin de estos[50].

Durante los últimos años, además, se ha apreciado una fuerte tendencia, en la comunidad internacional, en el sentido de no admitir más las reservas. Así, la mayoría de los tratados más recientes, por ejemplo, en temas vinculados al ambiente, contienen una cláusula que expresamente prohíbe la posibilidad de que procedan reservas sobre su texto.

Nos parece que, colocada sobre una balanza, la solución antes planteada, presenta más virtudes que defectos, pareciendo recomendable desincentivar el uso de esta institución hacia el futuro. Esto es exactamente lo contrario a lo realizado por nuestro país, a propósito de la Reforma Constitucional del año 2005, con la excusa de entregar mayores atribuciones especiales al Congreso Nacional, y limitando, a su vez, las facultades del Presidente de la República en la materia[51].

---

[49] Campusano (2006), p. 27.

[50] Según María Angélica Benavides Casals, la mayoría de los tratados internacionales responden a una estructura sinalagmática, con un equilibrio entre ventajas y desventajas, esquema al cual se adecúan las reservas. Distinto sería en tratados que no obedecen a esta estructura, como los tratados sobre derechos humanos. La aplicación del régimen de las reservas, establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al área de los derechos humanos se presenta para algunos como poco adecuado. Una fragmentación del sistema de protección de estos derechos mediante reservas afectaría gravemente el mismo. Además, agrega, se presenta el problema de los efectos de una reserva inadmisible, situación a la cual la Convención de Viena no da respuesta. Frente a ello, en los hechos, órganos convencionales de derechos humanos han desarrollado una práctica que muchas veces ha provocado rechazo, declarando a los Estados en cuestión vinculados completamente al tratado, como si la reserva no hubiese sido formulada, contraviniendo el principio del consenso: Benavides (2007), pp. 167-204.

[51] Como consecuencia de la reforma del año 2005, el art. 54 párrafo segundo de la CPR prescribe: "el Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle". Como respuesta a la información proporcionada por el Presidente, de conformidad al párrafo tercero de la misma disposición: "el Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional". Por su parte, el párrafo 8 de igual norma, "el retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva".

Con ello, una figura que estimamos debería ser regulada reglamentariamente, queda, en cambio, reconocida constitucionalmente, siendo, además, incentivada en su uso, en vez de desalentarlo.

3. Críticas y propuestas al actual tratamiento del derecho internacional público en la CPR: Relación entre derecho internacional y nacional en la Carta Fundamental

Como ya hemos señalado, la Reforma Constitucional del año 2005 significó un avance en ciertos asuntos vinculados al procedimiento y vigencia de los TI. Sin embargo, resultó insuficiente existiendo aún materias relevantes que quedaron pendientes y que estimamos conveniente regular. Así, entre otras, nos parece recomendable que nuestra CPR se refiera, en forma clara y precisa, para resolver discusiones que se han desarrollado por años, sobre la relación que debe existir entre el derecho internacional y nuestro derecho nacional, la forma de incorporación y jerarquía de los TI al ordenamiento jurídico interno, el sentido y alcance de la reforma del año 1989 al art. 5 de la CPR[52], la participación de Chile en instancias internacionales como, por ejemplo, la Corte Penal Internacional[53, 54], la

[52] Entre las Constituciones de última generación que han zanjado el tema del rango normativo de los TI sobre derechos humanos, podemos mencionar la argentina (art. 75 n.° 22), colombiana (art. 93), ecuatoriana (art. 163) y guatemalteca (art. 46).

[53] A propósito de su artículo sobre el fallo del tribunal constitucional sobre la inconstitucionalidad del TI que crea una corte penal internacional, Humberto Nogueira aprovecha la ocasión para expresar las reformas a la Constitución que se necesitan para recoger de forma adecuada el derecho internacional en nuestro ordenamiento jurídico. Dice este autor: "Es necesario por seguridad jurídica constitucional precisar el trámite de aprobación de los tratados internacionales en el Congreso Nacional; *el procedimiento de entrega de jurisdicción o competencia a organismos jurisdiccionales inter o supranacionales*; precisar los quórum de aprobación de los distintos tipos de tratados según las materias que aborden; asumir que las normas de derecho interno, incluida la Constitución, no pueden generar obstáculos al cumplimiento de las obligaciones internacionales libre y voluntariamente contraídas por el Estado (cumplimiento de buena fe y sin oponer obstáculos internos, como lo exige la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados); *determinar la manera de ejecución de los fallos de los Tribunales Internacionales o supranacionales de derechos humanos a los que se les ha otorgado jurisdicción vinculante y el Estado se ha comprometido a ejecutar sus decisiones (obligaciones de resultado respecto de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*); la aplicación de una interpretación de los órganos jurisdiccionales internos conforme con los Tratados Internacionales de derechos humanos; constitucionalizar el principio hermenéutico de aplicación de la norma interna o internacional que mejor favorezca el ejercicio de los derechos esenciales, entre otras materias": Nogueira (2002). Véase también Campusano (2006), pp. 31-32.

[54] En la actualidad, existen en derecho comparado Cartas Fundamentales en las que se reconoce explícitamente la posibilidad de cesión de competencias institucionales a organismos

incorporación de otras fuentes de derecho internacional a nuestro sistema jurídico chileno, etcétera.

Podría estudiarse la conveniencia de que la regulación de estos asuntos se realice en un capítulo o sección especial de la CPR, que reúna aquellos asuntos de derecho internacional público que se consideren más importantes para Chile, dándoles una sistemática adecuada. Hoy, en cambio, solo existen algunas normas dispersas, que no permiten una fácil comprensión e interpretación de diversos temas, algo que ha generado y sigue generando interrogantes y controversias sobre la real voluntad del constituyente en relación con el derecho internacional, en general, y los TI, en particular, en contraste con lo que ocurre en otros países[55]. Al efecto, podría contemplarse una referencia a principios y normas de carácter constitucional que orienten las relaciones internacionales del Estado de Chile, como ocurre en otras Constituciones del mundo[56].

Creemos que, para lograr el reconocimiento y aplicación efectiva de lo ya comentado, es preciso partir de la base de la convicción y respeto de los principios de *bonna fide* y *pacta sunt servanda*, contenidos en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, respectivamente, a los que nos hemos venido refiriendo[57]. Tales normas son muy

internacionales o supranacionales, algo que en Chile se ha discutido en el pasado, pero que aún no se ha expresado en nuestra CPR. En Latinoamérica, tenemos Constituciones que, como la de Bolivia, en su art. 256, se hace cargo del tema. Esta última norma, exige, para ese caso y otros establecidos por la Constitución boliviana, una aprobación mediante referendo popular previa a la ratificación del TI: Campusano (2012), p. 8. Creemos que la idea de regular este asunto resulta interesante de considerar, quizá sin seguir la tramitación elegida por Bolivia, pero sí en la forma que mejor convenga a los intereses del país, dado que es un tema relevante en atención a los avances de los procesos de integración en el ámbito regional y global de los cuales somos parte.

[55] En derecho comparado, otras Constituciones Políticas del Estado sí abordan el tema de la relación entre derecho interno y derecho internacional en forma clara y directa. Por ejemplo, la Constitución del Reino de los Países Bajos establece: "Las leyes en vigor, en el territorio del reino, no serán aplicables si fueran incompatibles con las disposiciones de tratados que tengan fuerza obligatoria para toda persona y hayan sido concertados antes o después de la promulgación de estas leyes". Por otro lado, la Constitución de la República Federal Alemana tiene una norma que va aún más allá al disponer: "Las reglas generales del Derecho Internacional forman parte integrante del Derecho Federal. Ellas priman por sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal". Finalmente, la Constitución de Colombia establece: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno".

[56] Por ejemplo, en las Constituciones de Argentina (art. 27), Brasil (art. 4), Colombia (arts. 226 y 227), Ecuador (art. 4) y El Salvador (art. 89).

[57] Por un lado, el art. 26, es fundamental y necesario para que exista certeza jurídica y predomine el imperio del derecho, que los Estados cumplan de buena fe sus obligaciones internacionales.

claras, sencillas y precisas. Todavía más, se trata de normas que, aunque no existieran de manera explícita, se podrían deducir de los principios generales del derecho internacional, de la costumbre jurídica internacional y de la jurisprudencia internacional; fuentes que, como veremos en el punto III.2, han sido citadas por nuestra doctrina y aplicadas también por nuestros tribunales de justicia para orientar sus opiniones y decisiones en casos concretos sometidos a su conocimiento, según sea el caso. Estas, debieran ser cumplidas por todos los Estados miembros de la Convención de Viena y, en realidad, por todos los Estados del mundo que, aunque puedan no ser miembros de la Convención, sí se ven afectados por estas a través de otras fuentes del derecho internacional[58].

De esta forma, ningún Estado está obligado a celebrar TI, pero si libre y soberanamente decide firmarlos, no podría después intentar justificar su incumplimiento amparándose en que una norma de su derecho interno (por relevante que esta sea) no le permite dar cumplimiento a ese tratado. En otras palabras, si un TI es incompatible con disposiciones del ordenamiento jurídico interno consideradas importantes y que este desea mantener, lo lógico y procedente, en la situación, es que el Estado no celebre el tratado en cuestión. Por el contrario, lo que no podría ocurrir (aunque lamentablemente ha ocurrido en la práctica) es que el Presidente de la República negocie un tratado internacional, lo firme, que al ser enviado al Congreso Nacional para su estudio sea aprobado; y que, remitido al Presidente, y analizado de nuevo por este, proceda a ratificarlo a través de la promulgación y publicación del mismo por medio de un decreto supremo, para con posterioridad, notificar a la comunidad nacional e internacional que el tratado no se cumplirá, ya que hay normas del derecho nacional que son incompatibles con él[59]. Lo anterior, además de evidenciar una preocu-

Por otro lado, el art. 27, titulado "El derecho interno y la observancia de los tratados", se consagra, de manera clara y predominante en el derecho internacional, que: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

[58] Campusano (2006), pp. 29-33.

[59] Humberto Nogueira se hace cargo de este tema, y de hecho lo ha venido expresando desde hace varios años por distintos medios. Al respecto, señala: "en el caso de conflicto de dos normas, una de carácter interno cuya validez depende del ordenamiento jurídico nacional, y otra cuya validez depende del ordenamiento jurídico internacional, prima esta última sobre la interna, porque así lo determina el derecho internacional, el que se aplica porque así lo han determinado los órganos constitucionales pertinentes en el ejercicio de la potestad pública o soberanía a través de una decisión libre y responsable, que debe respetar y aplicar los principios imperativos de derecho internacional *Pacta Sunt Servanda*, *Bonna Fide* y la doctrina de los actos propios, esta última invalida toda actuación del propio Estado que viole las obligaciones y compromisos adquiridos libre y responsablemente; todo lo cual exige cumplir de buena fe las obligaciones asumidas por el Estado, así lo exige el honor, la responsabilidad y

pante falta de coherencia y consecuencia en la forma de actuar del Estado de Chile (en el ámbito nacional e internacional), generaría responsabilidad internacional y sus efectos correspondientes, dañando gravemente la imagen del país en el exterior, y restándole seriedad y credibilidad ante la comunidad internacional.

Al respecto, Humberto Nogueira opina –y estamos de acuerdo en este asunto con él–:

> "La Constitución debe precisar y la nuestra lo hace en forma muy precaria, la posibilidad y el alcance de la potestad de los órganos para comprometer al Estado de Chile en el ámbito del derecho internacional, nos parece necesario, más aún imprescindible y urgente, remozar y poner a la altura de la realidad del siglo XXI el texto constitucional en materia de derecho internacional y su incorporación al derecho interno. La Carta Fundamental debe determinar el proceso de validación e incorporación de las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional, lo que, concretado de acuerdo al procedimiento constitucional, convierte a la norma internacional válida en norma internamente aplicable, siendo ya no sólo norma internacional válidamente aplicable en Chile, sino también norma integrante del ordenamiento jurídico chileno, vinculante y obligatoria para todos los órganos y todas las personas del Estado chileno"[60].

Además, agrega:

> "La incorporación de las normas internacionales por la autorización de la Constitución produce, desde el momento mismo de su vigencia interna, la inaplicación de las normas internas que contravengan las normas del tratado incorporado válidamente al ordenamiento jurídico interno"[61].

---

la honestidad con que el Estado de Chile debe participar en el orden internacional": NOGUERIA (2002), pp. 563-581.

[60] De esta forma, Humberto Nogueira postula: "una vez incorporado el tratado válidamente al ordenamiento jurídico nacional por su ratificación, deben tenerse presente los principios de ius cogens 'pacta sunt servanda' y 'bonna fide', codificados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los cuales como normas imperativas de derecho internacional deben ser respetadas por Chile, además de establecer dicho Tratado que el derecho convencional internacional válidamente ratificado tiene primacía sobre el derecho interno, no pudiendo un Estado invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas según dispone el artículo 26; a su vez, el artículo 27 de la misma Convención determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado": NOGUEIRA (2002), pp. 563-581.

[61] NOGUEIRA (1996). Véase también BRUNA (2003).

Y, por último, sostiene:

> "Los tratados tienen su fundamento de validez en el derecho internacional y no en el derecho interno. Es un principio jurídico básico que no existe obligación si ella depende de la libre voluntad y actividad del obligado"[62].

En este mismo sentido, Guillermo Bruna señala :

> "Todo tratado, que es expresión de la soberanía de un Estado, a su vez es una limitación de ella, pues implica un compromiso con otro u otros Estados u organismos internacionales, de los cuales no puede prescindir, ignorar, o contrariar, como tampoco puede modificar o dejar sin efecto, salvo en la forma y con el procedimiento y oportunidad previstos en el mismo tratado"[63].

Por último, debe tenerse presente también que, de acuerdo con las normas del art. 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la fuerza vinculante de los enunciados normativos de un tratado solamente pierden eficacia para el Estado parte, conforme a las propias disposiciones del tratado o por concurrir las causales reconocidas por el derecho internacional, lo que en la situación de inobservancia antes planteada no ocurre[64]. Más aún, el Estado no podría desconocer la validez de la obligación contraída en el ámbito internacional amparándose en una norma interna, ya que ello equivaldría casi a una acción dolosa por parte del Estado que ha firmado y ratificado un tratado a sabiendas (o debiendo saber) que no lo cumpliría ya que esgrimiría una norma interna incompatible para dejar de cumplir su obligación internacional [65].

---

[62] Nogueira (2002), pp. 563-581.

[63] Bruna (2003).

[64] La Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en el art. 46, establece una sola excepción en materia de aplicabilidad de un tratado, cuando se invoca por un Estado parte para anular su vinculación a la convención respectiva, el hecho de ser concluido por personeros del Estado u órgano de este sin capacidad para comprometerlo, encontrándose viciado el consentimiento.

[65] En este tema, Humberto Nogueira argumenta: "todo tratado internacional ratificado por un Estado, espontánea y libremente aceptado por éste, constituye un límite externo en el ejercicio de la soberanía del Estado que se asume voluntaria y conscientemente, el que tiene como efecto impedir que en dicho ordenamiento jurídico se dicten normas violatorias de las disposiciones del tratado, teniendo así el tratado una fuerza pasiva que actúa como un límite al ejercicio de la potestad del Estado, el que no puede aplicar en el ordenamiento jurídico, a ningún nivel, normas que contradigan las obligaciones internacionales contraídas; salvo denuncia, término o pérdida de vigencia y aplicabilidad del tratado respecto del Estado, de acuerdo a las normas del Derecho Internacional": Nogueira (2002).

III. Temas de derecho internacional cuya consideración en la CPR proponemos evaluar

1 Reflexiones previas ante una nueva etapa constitucional de Chile

Más allá de las distintas opiniones que puedan existir, a favor o en contra, sobre la idea de reformar la actual CPR o redactar un nuevo cuerpo constitucional, lo cierto es que existen diversas ideas y propuestas en torno al tema, que creemos interesante comentar, entregando, además, nuestra postura sobre ciertos tópicos y aspectos que nos parece relevante evaluar en este contexto.

Cabe preguntarse entonces: ¿Qué es lo que esperamos como resultado de este proceso? ¿Qué han hecho otros países del mundo al verse enfrentados a una situación similar? ¿Cómo queremos diseñar y plasmar los cambios y actualizaciones que estimamos necesarios en la Carta Fundamental?

Una primera consideración, es que no necesariamente todo lo que se discute en el ámbito político, académico y de la sociedad civil, antes y durante el proceso de formación de la norma, quedará plasmado en el texto final. Estadísticamente, en procesos de reforma o redacción de nueva Constitución, en el ámbito mundial, casi dos tercios del texto antiguo se mantiene en términos similares al que existía, por lo que solo un tercio de la Carta Fundamental considera variantes o novedades relevantes. Estos cambios, a su vez, pueden expresarse en un nuevo capítulo o sección constitucional o, bien, en la adición, modificación o derogación de uno o más artículos, incisos, numerales o letras de la Constitución.

Una segunda cuestión a tener en cuenta, es que, en general, las Constituciones Políticas modernas son más bien cortas (más aún al tratar temas tan especiales como los analizados en este trabajo), con la excepción de algunas como la de Bolivia y la de México, que resultan bastante más extensas.

Teniendo presente la actual CPR, así como las críticas y propuestas a su texto, es preciso buscar un diseño constitucional que regule, de manera armónica y conveniente, los acuerdos requeridos para nuestra vida en sociedad, considerando los intereses de la nación toda y de las personas que la habitan, determinando, según ello, qué contenidos es conveniente conservar o no, y cuáles de ellos resulta mejor desarrollar en el ámbito constitucional, legal (por ejemplo: en leyes orgánicas constitucionales o leyes comunes), o reglamentario. Estas reflexiones, son precisamente las que se llevarán a cabo los próximos meses o años que se extienda esta nueva etapa de nuestra historia constitucional.

A continuación, nos referiremos de manera breve a ciertas materias que, vinculándose, de forma directa o indirecta con las áreas sobre las que

versa este trabajo, específicamente el derecho constitucional y el derecho internacional público, estimamos de gran interés para el futuro de Chile.

2. Normas y principios que podrían incluirse en relación con varios temas relevantes

2.1. Incorporación real y sistemática del derecho internacional público a la CPR

Si bien, como hemos visto, nuestra CPR solo se refiere, en algunas disposiciones, a los TI, como la única fuente de derecho internacional público regulada específicamente en su texto, siendo incorporados al ordenamiento jurídico interno en la forma revisada en el punto II.2.1 y produciendo importantes efectos con respecto a Chile; lo cierto es que, en los hechos, existen otras fuentes de derecho internacional que pueden ser recogidas y aplicadas en nuestro país. Así, por ejemplo, por vía jurisprudencial, a través de la labor de los tribunales superiores de justicia se ha incluido, a la costumbre, doctrina, jurisprudencia y los principios generales del derecho internacional como parte de los considerandos de sus sentencias para resolver causas nacionales[66]. Existe, pues, un importante vínculo entre el derecho nacional chileno y el derecho internacional público, sobre todo teniendo en cuenta que el Estado de Chile ha ratificado numerosos TI, en diversas materias y que se encuentran vigentes.

Las fuentes del derecho internacional público, desde el punto de vista teórico, y potencialmente hablando, podrían ser aplicables en el derecho

[66] El examen de las sentencias de la Corte Suprema, a lo largo de los años, permite descubrir el abundante acervo jurídico internacional que ha ido desarrollando nuestro tribunal supremo. Ninguna de las fuentes más importantes del derecho internacional ha escapado a la aplicación e interpretación de la Corte Suprema. Esta interpretación y aplicación demuestran que una de las características de la tradición jurídica chilena es el fiel respeto y cumplimiento de esta rama del derecho. Esta aplicación e interpretación de las normas y principios del derecho internacional ha ido evolucionando con el tiempo, conforme ha ido evolucionando y desarrollándose el propio derecho internacional. Así, la Corte Suprema se ha ido abriendo cada vez más, entre otros, en materia de derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. De esta forma, ha ido reconociendo los conceptos de normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*, con todo su valor y trascendencia. Tratándose de principios generales, destacan el de supremacía del derecho internacional por sobre el derecho interno, el principio de incorporación automática de las normas internacionales consuetudinarias y de los principios generales del derecho internacional y, finalmente, el principio de la adecuación absoluta del orden jurídico interno –afectando a las tres funciones del Estado–, al derecho internacional. Tal abundante recepción e incorporación de las normas, principios y estándares del derecho internacional, por parte de la Corte Suprema, abre horizontes desafiantes para disciplinas en las que el derecho internacional está teniendo un creciente papel regulador y relevancia jurídicas, tales como el derecho del medio ambiente y el derecho comercial en el ámbito internacional: Aguilar (2009), pp. 91-136 (133).

nacional. Lo fundamental, en cada caso, será, por un lado, la forma en que son recepcionadas y, por otro, su interpretación y aplicación jurídica a la realidad nacional[67]. Sin embargo, la pregunta que se debe formular en concreto, es si, ¿de acuerdo a la naturaleza de las normas jurídicas internacionales expresadas en las fuentes antes indicadas, son aplicables o no siempre en el derecho nacional? Así, en el caso de los TI, salvo que se refieran en exclusivo a derechos y obligaciones entre Estados, tienen aplicación interna a través de la generación de derechos, y sus obligaciones correlativas, para los sujetos de derecho nacional en su relación con el Estado, respecto del cual son sujetos administrados o gobernados. Por otro lado, tratándose de la costumbre internacional de carácter público, cuando es la creación de una norma jurídica internacional estrictamente interestatal, la posibilidad de su aplicación resulta poco probable en el plano nacional. Con respecto a los principios generales de derecho internacional público, estos pueden ser aplicables en el ámbito nacional, siempre que generen derechos y obligaciones en un caso específico. Por su parte, en cuanto a la doctrina de connotados autores internacionalistas, ello sería factible cuando sus opiniones sean incluidas en un fallo determinado. Por último, en relación con la jurisprudencia internacional, los fallos de tribunales internacionales podrán incorporarse a la legislación chilena cuando el Estado de Chile deba cumplirlos de manera directa, pagando alguna indemnización de perjuicios o cuando provoquen la modificación de normas jurídicas que tengan como fuente el derecho nacional[68].

Desde el punto de vista de su aplicación práctica, debe tenerse cuidado cuando estas fuentes pretendan aplicarse en el ámbito nacional, buscando evitar con ello una interpretación equivocada.

En este sentido, y para buscar una aplicación adecuada, hay autores en Latinoamérica que han insinuado un orden jurídico internacional, que es o puede ser un Estado de derecho internacional, basando en el derecho, el orden jurídico y las normas jurídicas las relaciones entre tales Estados. Así, las fuentes del derecho internacional público se crean, interpretan, aplican y ejecutan de forma integrada y sistemática cuando se entiende que el sistema internacional (comunidad o sociedad internacional) se rige bajo una noción jurídica de Estado de derecho internacional público[69].

---

[67] Desde el punto de vista teórico, no hay razón para pensar que no se puedan aplicar las fuentes del derecho internacional público en el derecho nacional. Si miramos al orden normativo jurídico internacional como un todo, observamos que el mismo es, sin duda, depositario de las normas jurídicas internacionales que tienen su fuente y su expresión en las denominadas "fuentes del Derecho Internacional Público".

[68] Peña Neira (2012), pp. 425-439 (435-436).

[69] Según Sergio Peña Neira: "El Estado de Derecho Internacional Público" es un nuevo concepto que puede o no tener una fuente en normativas externas a las fuentes del derecho

Ahora bien, independiente de que compartamos o no la anterior postura, creemos importante evaluar la conveniencia de establecer un tratamiento real y sistemático de todas las normas jurídicas relacionadas al derecho internacional público, incluyendo sus fuentes, y entre ellas los TI, en un mismo capítulo o sección especial de la Constitución; es decir, algo muy distinto al panorama que, tal como vimos en el punto II.3, existe hoy en nuestra CPR (con pocas normas sobre el tema, diseminadas en su texto, sin integración entre sí y que generan dudas sobre la real intención del constituyente frente al derecho internacional).

2.2. Relaciones internacionales bilaterales y multilaterales del Estado de Chile

Sobre el particular, y teniendo presente lo ya expresado, nos parece fundamental que nuestro país fortalezca su trabajo en el ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores –junto con otros Ministerios y organismos competentes del área respectiva (por ejemplo: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Medio Ambiente, Ministerio de Economía, etc.)–, para que, de esta forma, se promueva la celebración de TI bilaterales y multilaterales, en aquellas materias en que sea necesario y conveniente priorizar en favor de los intereses de la nación y de sus habitantes.

internacional público, asimilables a principios generales del derecho, costumbre internacional o doctrina internacional. Siendo un nuevo concepto es considerado aquí en una perspectiva jurídica y dogmática a fin de que sistemáticamente se pueda incorporar a dicho concepto elementos del derecho internacional público. En este sentido, la disciplina es una, el derecho internacional público, otro es este nuevo concepto que permea y establece una interpretación del sistema internacional como orden normativo jurídico internacional. El "Estado de Derecho Internacional Público" cambia de un concepto de corte político a uno jurídico. El concepto jurídico de "Estado de Derecho Internacional Público" supondría estudiar lo que es un Estado de derecho, sus características, elementos para luego incorporarlos a la caracterización de un Estado de derecho internacional. Esto bajo el supuesto que un "Estado de derecho internacional público" será, sin duda, un orden normativo jurídico internacional. Este orden normativo jurídico internacional que abarca al orden jurídico nacional tiene una unidad, la norma jurídica internacional cuya estructura (no abordada en este texto por latitud) posee características especiales desde el punto de vista lógico, pero que al igual que cualquier otra norma jurídica establece derechos y obligaciones. Existe una fuerte confusión de "fuentes" en el derecho internacional público, así no se distingue entre fuentes materiales y formales considerando al "Estado de derecho internacional público" y las resoluciones que lo han establecido en la Asamblea General de Naciones Unidas, un concepto propio de las fuentes materiales, aunque la configuración final de las misma sea la de un orden jurídico. Es posible que las "fuentes" del derecho internacional público de carácter formal se puedan aplicar al Orden Jurídico Nacional, no cabe duda que las convenciones y los principios pueden aplicarse, pero no así el resto de las fuentes: Peña Neira (2012), pp. 438.439.

Hoy, más que antes, frente a los grandes desafíos de Chile y del mundo en este complejo siglo XXI, y ante el desarrollo de lo que consideramos una muy negativa tendencia global al aislamiento internacional, estamos convencidos de la gran trascendencia de la labor desarrollada por las embajadas y consulados, así como de nuestros agentes diplomáticos alrededor del mundo, manteniendo, aumentando y enriqueciendo nuestras relaciones e intercambios con otros Estados.

Lo anterior, nos lleva a proponer la evaluación de un capítulo, sección o disposiciones constitucionales, con principios claros sobre la materia, que se refieran específicamente a estos, dentro de los temas de derecho internacional público más relevantes para Chile, promoviendo, en lo posible, su trabajo, proliferación o reapertura (en los casos donde se han debido cerrar por conflictos históricos o puntuales con otros Estados), refiriéndose de manera breve a sus atribuciones y funciones para resaltarlas ante la población, y consagrando su papel clave dentro de nuestras relaciones exteriores en materia de comercio, derechos humanos, ambiente, etcétera.

2.3. Globalización e integración de nuestro país

Desde el retorno a la democracia, como sistema político y forma de organización social[70], Chile ha decidido ser protagonista de los procesos de globalización e integración que vive el mundo[71], de la mano del desarrollo de las tecnologías, las comunicaciones e intercambios comerciales internacionales, desarrollando su economía, principalmente, sobre la base de la exportación de sus materias primas y recursos naturales, aprovechando sus ventajas comparativas. Dicha estrategia, ha llevado al país a ser parte activa de la comunidad internacional, considerando la propiedad privada y la libertad individual entre los pilares fundamentales del sistema, vinculándonos con los más relevantes actores comerciales del planeta y significando el crecimiento económico nacional, lo que, en general, conlleva en un mayor bienestar para

[70] Sistema que fue consagrado en el art. 4 de la CPR: "Chile es una República Democrática".

[71] Pablo Rodríguez ha señalado en este contexto que "es indudable que en el mundo actual parece estar surgiendo un derecho supranacional, fruto del llamado proceso de globalización... El portentoso desarrollo tecnológico ha provocado un acercamiento entre los diversos estados, tanto en el plano económico como político, haciendo surgir nuevas concepciones que deberán plasmarse en un futuro no lejano en renovadas normas jurídicas capaces de expresar aquellas tendencias... Nadie, creemos nosotros, puede desconocer esta realidad ni las positivas expectativas que se abren". Más adelante, en el mismo artículo, agrega: "todo revela que el mundo marcha hacia la construcción de un derecho supranacional... un derecho universal, unido a una jurisdicción internacional, al menos en los campos más sensibles del progreso humano, constituye una conquista de inestimable valor para el destino de la humanidad". RODRÍGUEZ (2000).

sus habitantes, sin perjuicio de la importante brecha social y económica que aún existe entre ellos y que hoy nos hace buscar una mayor justicia social y económica como pueblo.

En el contexto señalado, Chile ha firmado un número significativo de TI, entre los cuales destacamos los de carácter comercial, esto es los Tratados de Libre Comercio (TLC) y los Acuerdos de Complementación Económica (ACE). Junto con ello, también resulta importante nuestra participación activa en diversos importantes foros multilaterales, como la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Foro de Cooperación Económica del Asia Pacífico (APEC), etc. Lo expresado, ha involucrado, en el tiempo, una opción libre y soberana de entrega parcial de soberanía en materias económicas y comerciales del Estado de Chile y la configuración de un ordenamiento jurídico novedoso e inédito, que forma parte del ordenamiento jurídico nacional, pero que no proviene de los sistemas tradicionales de creación de normas en el país (por ejemplo: Constitución y leyes), sino que de TI que Chile ha negociado, firmado, ratificado y que se encuentran vigentes.

También, cabe considerar que estos TI regulan materias muy relevantes y que, en general, van más allá del tema netamente comercial y la desgravación arancelaria que se desea lograr entre los Estados partes que los celebran. De hecho, los TLC que ha firmado nuestro país contienen normas sobre temas tales como: ambiente, derecho laboral, propiedad intelectual, inversiones, normas sobre compras públicas, etc. Además, no debe perderse de vista que estos tratados establecen tribunales o paneles en los que se conocerán y resolverán las controversias que se susciten entre las partes, con motivo de su ejecución e interpretación, así como también procedimientos que deben ser respetados, fijando el derecho aplicable a estos casos y efectos. Además, algunos de estos acuerdos internacionales incluyen normas obligatorias de carácter político (no vinculadas al comercio) y que, tradicionalmente, se asocian a las Constituciones Nacionales (por ejemplo: la Cláusula Democrática del Acuerdo de Asociación Económica con la Unión Europea)[72].

Frente a cuestionamientos del pasado en relación con la obligatoriedad de estas nuevas normas, sustantivas y procesales, derivadas de fuentes de derecho internacional público, la solución seguramente habría sido dudosa; sin embargo, las respuestas que ayer pudieron haber sido válidas y legítimas, hoy ya no lo son, debiendo ser capaces de actualizarnos y prepararnos para este nuevo mundo en el que vivimos y en el que nos proyectamos como humanidad en este siglo XXI. Por ello, creemos que, sostener, por ejemplo, que

[72] Campusano (2006), pp. 34-35.

Chile no está obligado a cumplir con las normas ambientales de un TLC o que no debe observar lo ordenado por un fallo de un tribunal internacional creado por un TI determinado[73], argumentando la defensa de la soberanía nacional, resulta equivocado, implica no entender bien los fenómenos sociales, económicos y políticos de las últimas décadas, ni que fue el propio Estado chileno el que de manera libre e informada decidió limitarla en miras a obtener un beneficio de esa relación con otros Estados para sus habitantes. Esto último, además de generar una responsabilidad internacional para Chile, desde el punto de vista jurídico, podría debilitar nuestra imagen en política internacional, afectar nuestra credibilidad y aislarnos, en la práctica, de la comunidad internacional de la cual hoy nuestras vidas dependen tanto, especialmente en materia económica (comercio internacional)[74].

Hoy, no solo existe abundante argumentación doctrinaria y apoyo de derecho comparado, sino que la jurisprudencia chilena ha reconocido la primacía del derecho internacional por sobre el nacional. Así, la Corte Suprema ha fallado:

> "que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional, como se destaca en la sentencia recurrida, si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente de producirse debilitaría el Estado de Derecho"[75].

[73] Recomendamos revisar el ya citado fallo del Tribunal Constitucional, en el que se pronuncia sobre el requerimiento de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, situación que, si bien hoy se entiende superada, consta en nuestra historia como un intento de resolver el tema de la relación entre TI y derecho interno en una forma completamente distinta a la que proponemos en este trabajo. Es de esperar que las lecciones sacadas de los errores y decisiones inadecuadas del gobierno y, en particular, del Ministerio de Relaciones Exteriores en la tramitación de este TI ante el Congreso, hayan sido aprendidas y no vuelvan a repetirse.

[74] Un caso histórico de aislamiento es Albania, país que se vio afectado con esta consecuencia al postular su tesis de la autosuficiencia en el plano internacional.

[75] Sentencia del 26 de octubre de 1995 en recurso de queja n.º 5566, considerando 14. En este contexto, Humberto Nogueira nos recuerda que diversas sentencias de la Corte Suprema han determinado que, en el caso de pactos o convenciones internacionales que persiguen garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ellos tienen aplicación preeminente, puesto que: "esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma Constitucional contenida en el artículo 5 de la Carta Fundamental se deduce que los derechos esenciales limitan la soberanía y son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el

Por todo lo antes expresado, estimamos interesante evaluar la consideración de normas que consagren constitucionalmente la importancia de mantener y promover la apertura de Chile al actual mundo globalizado en el que estamos, en búsqueda de mayores oportunidades para su población en materia económica, social, cultural, ambiental, etc., que permitan garantizar una mejor calidad de vida para ella. También podría incluirse, en la misma disposición u otra vinculada, una norma que reconozca la relevancia de la integración para Chile, en especial con ciertos bloques de países y regiones del mundo cuya relación sea estratégica para la nación (por ejemplo: desde el punto de vista económico, político, étnico, socio-cultural, etcétera)[76].

Así, recordemos que, en el ámbito regional, Chile ha celebrado TI y es parte de foros e instancias internacionales como, por ejemplo, el Mercado Común del Sur (mediante el Acuerdo de Complementación Económica entre Chile y el Mercosur del año 1996) y la Asociación Latinoamericana de Integración (Aladi). Sin embargo, es evidente que aún nos queda mucho camino por recorrer en el ámbito de integración latinoamericana.

propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos": *Fallos del Mes* n.° 446, p. 2066, considerando 4°. Asimismo, la Corte Suprema en fallo rol 459-98 de septiembre de 1998, en recurso de casación penal, en su considerando décimo determina, "en tales circunstancias, omitir aplicar dichas disposiciones (tratado internacional) importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del derecho internacional los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los convenios respectivos".

[76] Las Constituciones de Bolivia y Ecuador cuentan con capítulos y normas destinados a estos relevantes tópicos.

En efecto, el art. 264 de la Constitución de Bolivia, ubicado en el capítulo III (titulado "Integración"), dispone que el Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás Estados, naciones y pueblos del mundo; y, en particular, la integración latinoamericana. En igual línea, el Estado fortalecerá la integración de los pueblos y naciones indígenas originarias del mundo. Más aún, el art. 265 establece que las representantes y los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supraestatales emergentes de los procesos de integración, se elegirán mediante sufragio universal.

Por su parte, la Constitución de Ecuador en su art. 423, de su capítulo III (titulado "Integración Económica"), prescribe que la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

2.4. Sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos.

Para la doctrina mayoritaria, como es sabido, las normas de derecho interno y de derecho internacional relativas a derechos humanos solo "reconocen" y "aseguran" derechos, sin "constituirlos" ni "crearlos" (al ser estos anteriores y emanar de la naturaleza de la persona humana), como lo dispone expresamente la CPR, en su art. 5 inciso segundo y también en el encabezado de su art. 19.

La interpretación de las normas referentes a estos derechos, que conforman un orden jurídico aplicable en la materia, es llevada a cabo por los operadores jurídicos, en especial los jueces, quienes, mediante un conjunto de valores y principios aplicables, pueden llenar los silencios o las carencias normativas para darle plenitud de contenido y aplicación a tales derechos. A su vez, estos deberán optar por la norma y la solución que mejor satisfaga la protección de esos derechos y, con ello, de la dignidad del ser humano[77].

Este principio hermenéutico, es perfectamente válido para ser aplicable en el caso de normas de derecho interno y de derecho internacional de derechos humanos, debiendo preferirse la que mejor proteja los derechos en cuestión. De esta fuerza vinculante de los derechos esenciales de la persona, se desprende la invalidez de los actos o poderes públicos que los desconozcan o sean resultado de un procedimiento en el curso del cual ellos hayan sido ignorados. Así, al reconocerse a los derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía del Estado, sea que estos estén garantizados en la CPR o TI ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, la Carta Fundamental se inserta en materia de derecho humanitario internacional y derecho internacional de los derechos humanos, en un contexto internacional que exige a Chile cumplir sus obligaciones contraídas de forma libre con otros Estados[78].

Con ello, los órganos constituidos y el poder constituyente derivado carecen constitucionalmente de competencia para modificar o derogar los tratados de derecho humanitario internacional, como los tratados de derechos humanos, en virtud del Principio de Intangibilidad de los TI en esta materia, reconocido por el constituyente a través de la historia fidedigna del establecimiento de la CPR[79]. Por ende, al estar nuestra Carta Fundamental

[77] Este principio, es aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC 7/85), al establecer que, si a una situación determinada le son aplicables dos normas diferentes provenientes de distintos TI, debe prevalecer la que sea más favorable a la dignidad y protección de los derechos esenciales de la persona.

[78] Nogueira (1997), pp. 41-42.

[79] Al respecto, Humberto Nogueira señala: "Hemos sostenido y concuerdan con nosotros Fiamma y Mohor, que el poder normativo interno, sea en su expresión constituyente y le-

vinculada con los pactos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y existiendo el deber constitucional para los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos (art. 5 inciso segundo de la CPR), no podrán dejar de observar esta obligación sin incurrir en un notable abandono de sus deberes, exponiendo a nuestro Estado a responsabilidad internacional y las consecuencias derivadas de ello.

Dicho lo anterior, y reconociendo la fuerte interrelación que existe entre el derecho constitucional chileno y el derecho internacional público en la materia, es preciso resaltar la existencia de un verdadero sistema internacional de protección de los derechos humanos, que tiene un carácter subsidiario y complementario al interno entregado a las autoridades competentes chilenas (por ejemplo: puede ocurrir que una sentencia de los tribunales de justicia nacionales comprometa la responsabilidad internacional del Estado, sin perjuicio de lo que ocurra en el ámbito interno, al fallar un asunto ignorando el derecho internacional de los derechos humanos o realizando una interpretación violatoria de un tratado ratificado en la materia). En ese caso, los organismos y tribunales internacionales o supranacionales competentes, constituyen los intérpretes últimos en relación con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos: el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Comisión de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, etcétera[80].

gislativa, no pueden modificar, ni derogar los tratados. De tal forma, que la reforma de la Constitución por el poder constituyente derivado, que modificara un tratado internacional o lo derogara sería inconstitucional, quedando expuesto, previo requerimiento, a la declaración de inconstitucionalidad de parte del Tribunal Constitucional": Nogueira (1997), p. 42. "Un argumento para sostener esto son las expresiones del Presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, señor Ortúzar, quien encontrando razón al señor Guzmán respecto de la intangibilidad de los tratados internacionales, señala que le preocupa que en el futuro se interprete la expresión 'fuerza de ley' como que el sistema institucional acepta que una norma legal pueda modificar los acuerdos con otros países, porque se destruiría la firmeza de la defensa chilena respecto a su intangibilidad y serían susceptibles de revisión los límites nacionales fijados por tratados (sesión 317, página 2587)". Y agregan: "Los tratados internacionales son intangibles, en el plano interno, en cuanto su contenido no se oponga a la Constitución, como bien lo señala Alejandro Silva Bascuñán, en la sesión 364 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (página 2.453)": Fiamma y Mohor (1994), p. 25.

[80] Por ejemplo, la determinación de si un precepto de la Convención Americana de Derechos Humanos es o no de ejecución inmediata o *self executing*, está determinado por el derecho internacional y su órgano de aplicación que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus opiniones consultivas y de sus sentencias. Los tribunales nacionales deben seguir esa interpretación, ya que si no lo hacen comprometen la responsabilidad internacional del Estado de Chile, además de su responsabilidad interna según el ordenamiento jurídico del Estado respectivo. De todas maneras, en caso de proceder la intervención de los organismos internacionales, estos deberán verificar la conformidad de todo el derecho interno

En el ámbito global, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, adoptada en 1948, promueve el respeto a tales derechos, asegurando su reconocimiento y protección en el entorno nivel nacional e internacional. Es así como se crea el Sistema Universal de Derechos Humanos, el cual consiste en un conjunto de mecanismos, convencionales[81] y extraconvencionales[82], orientados a proteger los derechos humanos de todas las personas.

Además, en el contexto de la Organización de Estados Americanos (OEA), existe un sistema regional de protección de los derechos humanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa

(esto es, la CPR, las leyes y actos administrativos involucrados, hasta llegar a las sentencias de los tribunales internos) con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado en la materia en cuestión.

[81] Entre ellos, es posible mencionar: 1) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, ratificada por el Estado de Chile el 20 de octubre de 1971, cuyo órgano principal es el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; 2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972 y sus protocolos facultativos de 1992 y 2008, cuyos órgano más relevante es el Comité de Derechos Humanos; 3) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972, con su órgano central el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, ratificada por el Estado de Chile el 7 de diciembre de 1989, con su comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer; 5) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, ratificada por el Estado de Chile el 30 de septiembre de 1988 y su protocolo facultativo de 2008, con su órgano principal el Comité contra la Tortura; 6) la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (ratificada por el Estado de Chile el 13 de agosto de 1990) y sus protocolos facultativos de 2013 y 2015, y su Comité de los Derechos del Niño; 7) La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990, ratificada por el Estado de Chile el 21 de marzo de 2005, y su órgano más importante el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; 8) .Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006, ratificada por el Estado de Chile el 8 de diciembre de 2009, y su Comité contra las Desapariciones Forzadas y 9) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, ratificada por el Estado de Chile el 29 de julio de 2008 y su protocolo facultativo del año 2008 y su Comité de las naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Véase www.derechoshumanos.gob.cl/ddhh/sistema-universal-de-ddhh/tratados-internacionales-y-convenciones/tratados-internacionales [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020].

[82] Son aquellos que tienen su origen en fuentes distintas de los TI. Por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos, que es un organismo intergubernamental dentro del sistema de la ONU, compuesto por cuarenta y siete Estados responsables de la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo. Parte de este Consejo de Derechos Humanos, está compuesto por: un Grupo de Trabajo del Examen Periódico Universal (EPU); un comité asesor; y procedimientos especiales. Véase www.derechoshumanos.gob.cl/ddhh/organos-de-tratados-internacionales-y-mecanismos-extra-convencionales [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020].

Rica, que, en su art. 33, establece como organismos competentes para conocer de asuntos relacionados al cumplimiento de los compromisos de los Estados partes: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos[83].

Nos parece interesante evaluar la conveniencia de que la CPR consagre el referido sistema de protección de los derechos humanos, destacar la importancia que tiene en la materia y visibilizarlo para todos, haciendo presente la eventual responsabilidad internacional del Estado ante los correspondientes incumplimientos que pudieran producirse.

2.5. Otras materias

Por último, nos parece interesante reflexionar sobre: ¿Qué otras materias pueden ser relevantes para evaluar la consagración de principios y normas básicas en relación a ellas, en la CPR, y que por su naturaleza e importancia puedan tener incidencia en materia Constitucional e Internacional?

Para determinarlo, haremos una revisión de nuestra CPR, Derecho comparado y algunos compromisos internacionales en estas materias.

2.5.1. Ambiente y energía

Al revisar el derecho comparado, en específico las Cartas Fundamentales de otros países, es posible apreciar algunas que cuentan con una sección especial sobre el ambiente[84]; otras que no tienen capítulos o apartados especiales, pero que sí establecen garantías constitucionales sobre la materia (estando Chile en este segundo grupo, refiriéndose someramente al tema en el capítulo III: "De los derechos y deberes constitucionales"[85]) y, por últi-

[83] Art. 33 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): "Parte II - Medios de la Protección CAPITULO VI - DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES. Art. 33: "Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte". Véase www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16022 [fecha de consulta: 23 de septiembre de 2020].

[84] Las Constituciones de Suiza (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009), Kenia (2010), etc. WORLD WIDE FUND CHILE (2020), pp. 2-29.

[85] Concretamente, en el art. 19 n.° 8 de la CPR, en su inciso primero, establece: "La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza". Y, el inciso segundo, agrega: "La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos y libertades para proteger la naturaleza". WORLD WIDE FUND CHILE (2020), pp. 2-29.

mo, otros que no cuentan con capítulos o apartados especiales, no hacen referencia a derechos de las personas o deberes del Estado en la materia[86]. Por otro lado, existen Constituciones que consideran como deber del Estado el proteger el medio[87], mientras que otras garantizan la protección mediante la consagración del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación o similar consagración[88]; este último, es el caso de la CPR, en el art. 19 n.° 8[89]. Otros asuntos relevantes, cuya consagración se reitera en algunas Cartas Fundamentales, son:

a) La obligación de reparación o compensación de daños ambientales a través de procesos judiciales[90];

[86] Las Constituciones de Estados Unidos (1789), Japón (1947), Australia (1900), Kuwait (1962), Suecia (1974) e Islandia (1944) no cuentan con un apartado que haga referencia específica al derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, la protección de la biodiversidad, el manejo de los recursos naturales y el desarrollo sostenible, así como tampoco la regulación respecto a los deberes del Estado como mandato para su protección y conservación

[87] Las Constituciones de Brasil (1988) y Bolivia (2009), World Wide Fund Chile (2020), pp. 2-29.

[88] Constitución Política de la República de Chile (CPR 1980) consagra el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Las Constituciones de Costa Rica (1949) y Ecuador (2008) establecen el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La Constitución de México (1917) garantiza a toda persona un derecho a un ambiente sano para su desarrollo y bienestar. La Constitución de Noruega (1814) garantiza un derecho a un ambiente que asegure la salud y de una Naturaleza cuya capacidad productiva y diversidad sean preservadas. La Constitución de Sudáfrica establece el derecho a un ambiente que no es perjudicial para su salud o bienestar y a tener un ambiente protegido, para el beneficio de las generaciones presentes y futuras. Por último, la de Venezuela consagra el derecho individual y colectivo a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. World Wide Fund Chile (2020), pp. 2-29.

[89] Al respecto, se ha discutido sobre la redacción de esta disposición, que regula la garantía a un ambiente libre de contaminación, por el carácter restrictivo del concepto de "medio ambiente libre de contaminación" que excluye bajo esta formulación otras hipótesis de alteración del ambiente y que lo definen de manera negativa, como "lo que no es" o lo que "no debe ser", en lugar de definir cómo debe ser el ambiente adecuado para la vida. Por otra parte, bajo la actual garantía del art. 19 de la Constitución y del derecho a "vivir" en un medio libre de contaminación se concibe un derecho de carácter individual "de la persona", excluyendo la posibilidad de entender este derecho como perteneciente a la colectividad toda e, incluso, a las futuras generaciones. Además, se plantea la discusión sobre la posibilidad de proteger en este derecho a la "naturaleza como un sujeto en sí mismo", como lo ha reconocido por otras Constituciones del mundo: Fiscalía del Medio Ambiente y Fundación Heinrich Boll (2018), pp. 5-6.

[90] El recurso de protección, es aquella acción que la CPR concede a todas las personas que, como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufren privación, perturbación o amenaza a sus derechos y garantías constitucionales contemplados en el art. 20 de la CPR, el cual indica cuáles son los numerales del art. 19 de la Carta Fundamental que quedan protegidos por dicha acción. El inciso segundo de esa misma disposición, establece un recurso de protección especial vinculado a la garantía constitucional del art. 19 n.° 8 de la CPR, en los siguientes

b) La ordenación del territorio, ciudades, derecho al agua y protección de bosques[91] y
c) El concepto de desarrollo sustentable o sostenible[92].

En Chile, en el ámbito constitucional, solo se contempla un recurso de protección especial en materia ambiental, consagrándose otras acciones y procedimientos administrativos y judiciales, en el entorno de leyes ambientales (por ejemplo: Demandas para obtener reparación de daño ambiental; reclamaciones contra decretos supremos que establezcan normas de calidad, normas de emisión, planes de prevención y planes de descontaminación; reclamaciones contra sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente; reclamaciones contra el rechazo o modificaciones de proyectos en el Sistema de Evaluación Ambiental – SEIA, etc.), pudiendo evaluarse la conveniencia de cambios a este respecto.

Por otro lado, podría ser interesante evaluar la inclusión de ciertas normas o principios fundamentales que inspiraran bases generales de la política pública en materia ambiental y energética, en armonía con lo que ya se ha regulado en el ámbito de leyes en Chile y los compromisos internacionales en estas materias.

Así, sumado a los avances que debe seguir realizando Chile, principalmente en el ámbito regulatorio y de política ambiental y energética nacional (donde aún hay varios temas pendientes)[93], es fundamental que el Estado realice esfuerzos por cumplir y mejorar, entre otros, algunos estándares de protección, ciertas medidas ambientales específicas y su nivel de colaboración con otros sujetos de derecho internacional en las materias aquí

términos: "Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada". Es posible identificar algunos obstáculos en la formulación de la acción cautelar que ampara este derecho, esto es, en cuanto a los requisitos más restringidos que presenta el recurso de protección en materia ambiental, en comparación con otros derechos lo que dificulta el acceso a la justicia, lo que puede contribuir a agravar los conflictos ambientales existentes en nuestro país.

[91] Especialmente llamativa es la regulación que hace la Constitución de Suiza sobre estos temas, estableciendo normas sobre ordenación del territorio, agua, bosques, pesca y caza, protección del ambiente, la naturaleza, del patrimonio paisajístico y de los animales. World Wide Fund Chile (2020), pp. 2-29.

[92] La forma y extensión con que se trata cada uno de estos temas, en las Constituciones en que ello ocurre, puede variar bastante según el país de que se trate (por ejemplo: Bolivia dedica varias páginas a estos asuntos, Uruguay dedica gran parte de la sección ambiental a la temática del agua y Suecia no hace ninguna mención al tema en su Constitución). En relación con el desarrollo sustentable o sostenible, nos referiremos más adelante, en el punto B.5.3 de esta sección del trabajo.

[93] Ley de Cambio Climático, Reformas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental SEIA), Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas (SBASP), reglamentos pendientes, etcétera.

indicadas[94]. Para ello, es preciso que las autoridades competentes, en materia internacional, busquen celebrar TI bilaterales y multilaterales que tengan por objeto estas, así como velar por el real y estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por Chile. A esos efectos, será fundamental la correcta planificación, coordinación y funcionamiento del Ministerio del ramo, embajadas, consulados y demás representantes del país en el exterior, pero también la colaboración de los organismos y los demás poderes del Estado dentro de Chile.

Finalmente, no existiendo una regulación constitucional específica sobre ordenamiento territorial, ciudades o protección de los bosques, podría considerarse la inclusión de ciertas normas y principios básicos vinculados a estos temas en la CPR. De hecho, existen algunas propuestas que apuntan a la reorganización administrativa del país (por ejemplo: Quizá pasando a un sistema federal o manteniéndose como Estado unitario, pero enfocándose en el desarrollo efectivo de la regionalización –en la práctica– debido a que Chile sigue siendo muy centralista y requiere incentivar el crecimiento económico y conectividad de regiones y zonas extremas de su larga y compleja geografía) y, también, a lograr una mejor gobernanza y mayores avances en materia forestal, de la gestión del suelo y de nuestras ciudades, sobre todo pensando en los nuevos desafíos existentes, como la economía circular, la descarbonización de nuestra matriz energética, un cada vez mayor incentivo de las Energías Renovables no Convencionales (ERNC), una aspiración de autonomía energética en los hogares, centros cívicos y medios de transporte (por ejemplo: Electromovilidad, eficiencia energética, almacenamiento de electricidad en baterías y generación *off-grid*), el concepto de ciudades inteligentes (*smart cities*), etcétera.

La pregunta central es determinar la forma en que la Constitución abordará el tema ambiental en el contexto de los tratados internacionales ambientales vigentes en Chile, los valores y principios que el país exhibe y desea destacar y fortalecer, y las necesidades y requerimientos del siglo XXI.

2.5.2. Recursos naturales (agua y suelo)

En relación con este tópico, el *Agua* es uno de los que más interés y controversia ha generado en el último tiempo, principalmente debido a la preocupante situación de escasez hídrica que vive Chile en el último tiempo. Sobre este tema, la CPR prescribe, en el inciso final del art. 19 n.° 24: "Los derechos de

[94] Estimamos que el conocimiento del derecho comparado sobre estos relevantes asuntos, no solo dará una mayor comprensión sobre las diversas alternativas y experiencias que existen para regularlas, sino que nos permitirá conocer con qué países existe más o menos afinidad al respecto para proyectar la celebración de TI con ellos en el futuro.

los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos"[95]. Así, una de las grandes críticas a esta disposición, es que la CPR no reconoce, directa o adecuadamente, la calidad de bien nacional de uso público de las aguas, concentrándose, en cambio, en el dominio de los privados sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, y dejando esa tarea a normas legales (de menor jerarquía), como ocurre con el art. 595 del *Código Civil*[96] y el art. 5 del *Código de Aguas*[97]. Por ende, hay quienes están a favor de hacer una modificación o derogación de esta norma constitucional[98] y, por el contrario, otros estiman que no es necesario realizar reformas en el ámbito constitucional bastando algunas en el entorno legal[99]. Cualquiera sea la decisión que se adopte, sin duda alguna será uno de los aspectos más sensibles a tratar, debido a su valor estratégico e implicancias en la vida de la población, las actividades económicas al interior del país y de nuestro comercio internacional.

[95] Con ello, se consagra, constitucionalmente, un derecho de propiedad de privados sobre su correspondiente derecho de aprovechamiento de aguas, otorgado por el Estado, y que se concretará por medio de la concesión en el área respectiva, según corresponda (por ejemplo: de acuicultura, piscicultura, etcétera).

[96] Art. 595 del *Código Civil* chileno: "Todas las aguas son bienes nacionales de uso público".

[97] Art. 5 del *Código de Aguas* chileno, vigente desde el año 1981, que abre el título II sobre el dominio y aprovechamiento de las aguas, dispone: "Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones de este Código".

[98] Hay quienes sostiene que lo establecido por estas últimas normativas resulta meramente retórico al analizar las características que, a través de su articulado se asignan al derecho de aprovechamiento de las aguas y, sobre todo, a la luz de lo que señala la CPR.

[99] En este sentido, opina Laura Novoa Vásquez, quien razona de la siguiente manera: "Recordemos que son bienes nacionales de uso público aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda si, además, su uso pertenece a todos los habitantes de la nación. Dichos bienes se caracterizan por estar fuera del comercio y por lo mismo son imprescriptibles e inalienables. Pese a lo anterior, bajo el marco creado por el Código de Aguas actual, los derechos de aprovechamiento sí están en el comercio, y sí son alienables y prescriptibles, lo que resulta incompatible con su condición de bienes nacionales de uso público". Y agrega: "Al mismo tiempo, la Dirección General de Aguas (DGA) está obligada a constituir los derechos una vez cumplidos los requisitos formales establecidos para tales efectos por el Código de Aguas, sin reservar ninguna facultad a la autoridad para establecer prioridades que favorezcan el interés común. La legislación sobre aguas anterior a 1981, sin embargo, había consagrado el derecho de la autoridad para conceder derechos de agua sujetando su otorgamiento a las preferencias establecidas en la ley. El Código de Aguas de 1951 disponía, entre otros, que el derecho se concedía por una merced concedida por el Presidente de la República y explícitamente vinculado a un determinado uso establecido conforme a un orden de prioridad. Éste partía por la bebida, para seguir con las necesidades de uso doméstico y saneamiento (agua potable) de la población, y terminaba con los usos de naturaleza comercial e industrial": Novoa (2014).

Otro recurso natural fundamental para Chile es el *Suelo* y, en especial, todo lo que tiene relación con la minería, actividad económica que, históricamente, ha sido clave para nuestro país (además de otras como la agricultura y la pesca) –y que tal vez seguirá siéndolo durante una parte importante del siglo XXI–. En esta materia, a diferencia de lo que ya vimos con respecto a las aguas, en general, y no obstante la tendencia mundial parece ser la contraria, creemos que, salvo excepciones puntuales, se mantendrá gran parte de su actual tratamiento en la CPR, sobre la base de los principios constitucionales fundamentales que hoy la rigen (por ejemplo: principios de dominio público de las minas y de sistema concesional para su aprovechamiento, de reserva legal en materia minera, de reserva judicial en materia de declaración de extinción de los derechos mineros y de protección propietaria de los derechos emanados de la concesión minera)[100]. Lo anterior, ya que se trata de uno de los sectores que mayores ingresos aporta al producto interno bruto (PIB) de Chile, recursos que serán necesarios para ayudar a sacar al país de la actual difícil situación económica en la que nos encontramos, reactivarlo e impulsar su crecimiento en este siglo XXI; y, además, porque reconocemos un sentimiento popular de que, en principio, lo que necesita el país, en estos momentos, es un Estado con atribuciones suficientes que logre promover de mejor forma la actividad económica, fiscalizar, recaudar y administrar e manera adecuada los fondos públicos, y garantizar el respeto de los derechos fundamentales de todos los habitantes del territorio nacional, en plena armonía con los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile.

2.5.3. Desarrollo sostenible, diversidad biológica, pueblos originarios, cambio climático y constitución ecológica

La CPR no se pronuncia sobre el concepto ni consagra el principio de *desarrollo sostenible*[101], como tampoco se refiere a otros temas relevantes, directa

[100] Sin perjuicio de aquello, según han opinado algunos expertos, podrían generarse algunos cambios específicos, como la consagración del litio como sustancia inconcesible (debido a valor estratégico y proyecciones del mismo para el país, junto con el cobre, en especial pensando en la elaboración las baterías para el almacenamiento de electricidad), la imposición de limitaciones constitucionales a las servidumbres mineras en favor de la propiedad indígena, el establecimiento de restricciones al ejercicio de la concesión minera por temas ambientales y comunitarios, y una eventual limitación temporal de la duración y regalías vinculadas a estas, reguladas por la CPR.

[101] También denominado Principio de Desarrollo Sostenible, se refiere a la posibilidad de satisfacer las necesidades actuales de la población sin mermar o comprometer los recursos para las siguientes generaciones, de modo que estas últimas también puedan satisfacer sus necesidades. Gracias al trabajo de la Comisión Brundtland (1983), se logró instalar en el foro mundial

o indirectamente relacionados, como lo son la importancia de la *diversidad biológica*[102], los *pueblos originarios*[103], todas temáticas de la mayor importancia

el concepto de desarrollo sostenible, entendiéndolo como "el desarrollo que satisface las necesidades actuales de las personas sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas: Organización de Naciones Unidas (1987). Hoy, entendemos por desarrollo sostenible aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones, garantizando el equilibrio entre el crecimiento económico, el cuidado del ambiente y el bienestar social. En materia de jurisprudencia internacional, y en consideración de fallos como el del caso Gabcikovo-Nagymaros, dictado por la Corte Internacional de Justicia, y específicamente la opinión separada del juez Christopher Weeramantry, este no es solo un principio del derecho internacional moderno, sino una de las ideas más antiguas en el legado de la humanidad; es decir, se trata de un concepto que se fortalece con los variados aportes derivados de milenios de experiencia humana (por ejemplo: pueblos originarios, cultura occidental, etc.) y que tiene un papel preponderante que representar al servicio del derecho internacional público, pero también del derecho constitucional de los países: Campusano, (2002), pp. 407-417.

[102] La diversidad biológica, es la base del funcionamiento de los ecosistemas y proporciona servicios ecosistémicos esenciales para el bienestar humano. Ella asegura la seguridad alimentaria, la salud humana, el suministro de aire limpio, agua potable, energía, medicamentos y mucho más. A pesar de su gran importancia, ella se está perdiendo a una tasa cada vez mayor, lo que en parte se explica por la acción del ser humano y los efectos de la actual crisis climática. Actualmente, la comunidad científica mundial monitorea esta compleja situación con gran preocupación, estimándose que la biodiversidad del planeta se encuentra en serio peligro, con importantes mermas diarias de especies animales y vegetales en el mundo. Estamos entrando en la denominada Sexta Oleada de Extinción Biológica en Masa del Planeta, lo que pone en peligro la capacidad de la naturaleza de proveer los elementos que los seres humanos requerimos para vivir: Kolbert (2014), pp. 166-168. También recomendamos revisar el "Informe Planeta Vivo (2018): Apuntando más alto" de WWF Internacional e Instituto de Zoología (2018), el artículo "La Tierra está a las puertas de la sexta extinción masiva de vertebrados" de National Geographic (2017), y la publicación "La Tierra vive la sexta extinción masiva de especies animales" de Sarah Romero en revista *Muy Interesante*.

El art. 2, letra a) de la Ley n.º 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), define biodiversidad o diversidad biológica como: "la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas": LBGMA (1994). Disponible en www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667 [fecha de consulta 19 de mayo de 2020]. Por su parte, el art. 2 del tratado internacional conocido como "Convenio sobre Diversidad Biológica" (CDB), ratificado por Chile y que se encuentra vigente, define este concepto en los mismos términos: Organización de Naciones Unidas (1992). En la actualidad, sabemos que el cambio climático (al que ya nos referiremos) es uno de los principales factores que impulsan la pérdida de la biodiversidad en el mundo (junto con otros como la contaminación, la sobreexplotación, la pérdida de hábitat y las especies exóticas invasoras). Una regulación y gestión que potencie la biodiversidad de los ecosistemas y su buena conservación, no solo es muy necesaria, sino que contribuye a reducir los gases de efecto invernadero en la atmósfera y, consecuencialmente, la crisis climática que vivimos.

[103] Chile ha ido desarrollando una rama del derecho nacional denominada derecho indígena y está obligado a cumplir acuerdos internacionales vinculados a la materia (por ejemplo: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, sobre Pueblos Indígenas

e impacto para Chile, tanto en relación con las generaciones presentes como a las generaciones futuras de habitantes del territorio nacional. Además, muy vinculado con todo lo anterior, y específicamente con el elemento agua, la alimentación y el comercio internacional, como país ribereño y con una extensa costa de norte a sur, con abundantes y variados recursos naturales y ecosistemas formados por especies animales y vegetales únicas, no debemos perder de vista la gran trascendencia de la conservación del mar y los océanos[104], la pesca responsable y nuestra presencia estratégica en el continente Antártico[105].

Considerando los actuales compromisos internacionales, uno de los más grandes desafíos que tenemos por delante es el *cambio climático*, en especial porque Chile es un país muy expuesto y sensible a sus efectos. Nuestro Estado, es parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático[106],

y Tribales en países independientes –TI adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989, ratificado por Chile en septiembre de 2008 y vigente desde el 15 de septiembre de 2009-, en virtud del cual se reconocen sus derechos y establecen responsabilidades de los gobiernos en relación a ellos, superando prácticas discriminatorias y haciendo posible que participen en la adopción de decisiones que afectan sus vidas, en base a los principios de consulta previa y participación). Sin embargo, durante los últimos años, se ha demandado en forma relevante y constante el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios de Chile, considerando sus costumbres, lenguajes, culturas y cosmovisiones, promoviendo su participación en las actividades de Chile, y su integración en el país y con otros pueblos indígenas del planeta. Si se decide lo anterior, existen varias preguntas por responder, como: ¿Debe integrarse la cosmovisión de los pueblos indígenas en la Constitución? ¿Cómo se haría? ¿Qué sucede en términos de la resolución de conflictos con ellos? ¿El concepto de "territorio" a la luz de la cosmovisión indígena, incluye sus recursos?: Ministerio del Medio Ambiente (1989).Se aclara que la fuente de la información es: https://consultaindigena.mma.gob.cl/que-es-el-convenio-n-%20169-de-la-oit/ [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2020]. 1989, es el año en que se adoptó el Convenio 169 de la OIT. Varios países del mundo han debido enfrentar y hacerse cargo de este tema, y así en Latinoamérica, Bolivia es un caso relevante en materia de Integración en temas indígenas.

[104] Tal como, sabiamente, ha predicho la célebre científica Sylvia Earle, quien tiene una cercana relación con Chile, a través de su organización Mission Blue: "Los océanos han sido hasta ahora un pie de página, pero son en realidad la clave del cambio climático": Fresneda (2019).

[105] Desde hace décadas que, al igual que Chile, varios países del mundo han logrado visualizar la enorme importancia estratégica del continente Antártico, considerando tanto intereses nacionales como internacionales, marcando presencia en el territorio y buscando hacer respetar el Tratado Antártico. Este territorio resulta cada vez más relevante considerando los nuevos conocimientos científicos revelados en relación con su formación, ecosistemas y riquezas naturales, así como por las pretensiones geopolíticas y económicas de ciertas naciones en él, los efectos del cambio climático visibles en la región y su relevancia para la humanidad.

[106] Organización de Naciones Unidas (1992). La CMNUCC, destaca la necesidad de establecer vías de control de las emisiones por acción humana de gases efecto invernadero (GEI). Con ello se busca retrasar el avance del cambio climático ofreciendo a los ecosistemas la capacidad de adaptarse, de forma natural a este fenómeno.

del Protocolo de Kioto[107] y del Acuerdo de París[108], por lo que debemos continuar cumpliendo con sus contenidos, por ejemplo, con las contribuciones determinadas nacionales[109] a las que nos hemos obligado, buscando aumentar cada vez más nuestra ambición con respecto a las metas que nos pongamos en ellas como país. Además, en el mismo contexto, nos parece importante avanzar hacia un mayor uso y aprovechamiento los demás mecanismos de acción contemplados, en esos y otros acuerdos internacionales, y que existen a nuestra disposición para disminuir al máximo posible nuestras emisiones de gases de efecto invernadero (GEI)[110], entre ellos, los impuestos verdes o ambientales y la dictación de la Ley Nacional de Cambio Climático.

Otros importantes compromisos internacionales de Chile, vinculados con el anterior, son los que tienen relación con temas como *conservación*, *humedales* y, específicamente, a la *diversidad biológica*.

En esta materia, Chile debe cumplir con compromisos ambientales específicos, que se expresan en principios y normas importantes, como ocurre

[107] Organización de Naciones Unidas (1998). Junto con tener como objetivo último el indicado en el art. 2 de la CMNUCC, esto es disminuir el cambio climático antropogénico (al tratarse de un instrumento jurídico conexo que busca implementarla en forma concreta), la finalidad específica de este protocolo es reducir las emisiones de seis principales GEI que contribuyen al calentamiento global: 1) Dióxido de Carbono (CO2); 2) Metano (CH4); 3) Óxido Nitroso (N2O); 4) Hidrofluorocarbonos (PFC); 5) Perfluorocarbonos (PFC) y 6) Hexafluoruro de Azufre (SF6).

[108] Organización de Naciones Unidas (2015). Su objetivo es mejorar la aplicación de la CMNUCC, reforzando la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza", estableciendo tres acciones concretas para ello. Una de ellas, es mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C (con un ideal de 1,5 ° C), con respecto a los niveles preindustriales, ya que de no ser así las consecuencias para la biodiversidad y los ecosistemas serán alarmante. Esto solo podrá lograrse preservando lo máximo posible la capacidad de los ecosistemas globales para seguir desarrollando sus funciones naturales como sumideros y evitando al máximo los daños sobre ellos.

[109] Las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional o Contribuciones Determinadas Nacionales (CDNN / CDN, o Nationally Determined Contributions, NDC, en inglés) son una declaración de compromiso voluntario y autónomo que asume cada país, como parte de la CMNUCC, en relación con la mitigación del cambio climático, en el que se fijan metas nacionales de reducción de emisiones de GEI mediante actividades implementadas al efecto. Los CDN, son el núcleo del Acuerdo de París y de la consecución de sus objetivos a largo plazo (art. 2 del Acuerdo), representando los esfuerzos de cada país, ante el desafío global de la comunidad internacional frente al cambio climático, para reducir las emisiones nacionales y adaptarse a los efectos adversos de dicho fenómeno.

[110] Los gases de efecto invernadero (GEI), están definidos en el art. 1, numeral 5, de la Convención como: "aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y reemiten radiación infrarroja": Organización de Naciones Unidas (1992), p. 4.

con la Convención sobre Humedales de Importancia Internacional (Ramsar), la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Cites), y el Convenio sobre Diversidad Biológica y las Metas de Aichi[111]. En nuestra opinión, en materia de conservación y diversidad biológica el país aún tiene mucho que avanzar para cumplir con sus objetivos internos y compromisos internacionales, algo que esperamos pueda concretarse pronto de la mano, entre otros, de la publicación de la tan esperada ley que crea el Sbasp.

Pareciera ser que ninguno de estos elementos tiene, en la actualidad, ni el reconocimiento ni el espacio que se merecen en la CPR, pudiendo evaluarse la conveniencia de cierta regulación o principios constitucionales sobre ellos. La enorme importancia e interrelación de estos temas, ha quedado en evidencia en los objetivos de desarrollo sostenible y la agenda 2030 de la Organización de Naciones Unidas, acuerdos adoptados en el ámbito internacional y que Chile está obligado a observar[112]. En ese sentido, se propone evaluar una consagración constitucional que destaque, a lo menos, la relevancia del cambio climático, la diversidad biológica y el desarrollo sostenible o sustentable, con especial énfasis en el concepto de nuevas generaciones, permitiendo enmarcar y alinear las actividades del país, a todo nivel, a las políticas ambientales, organizacionales y objetivos planteados para estas áreas. Sin duda alguna, se trata de materias trascendentes que afectarán la vida de los chilenos y los extranjeros que habiten el territorio nacional durante el presente siglo. Un ejemplo claro, sobre la relevancia no solo teórica, sino, también, práctica de estas materias, es lo ocurrido, más allá de sus resultados, con los casos Urgenda v/s Países Bajos[113] y Juliana v/s Estados Unidos[114].

Finalmente, también debemos tener presente una propuesta que ha ido tomando bastante fuerza en el último tiempo, especialmente en el ámbito de

[111] Organización de Naciones Unidas (2010). Sitios Convenio RAMSAR.Disponible en https://humedaleschile.mma.gob.cl/ramsar/ [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020.]. Convención CITES. Disponible en www.cites.org/esp [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020].

[112] En el año 2015, la Asamblea General de la ONU adoptó la denominada Agenda 2030 y con ella, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), cuyo cumplimiento se proyecta a ese año, con los que busca mejorar los esfuerzos realizados en los Objetivos del Milenio. Estos diecisiete ambiciosos objetivos, están integrados entre sí, reconociendo que las intervenciones en un área afectarán los resultados de otras y que el desarrollo debe equilibrar la sostenibilidad medioambiental, económica y social del mundo. El ODS 13, "Acción por el Clima", se refiere específicamente a los desafíos, metas y medidas necesarias en relación con la lucha contra el cambio climático: Organización de Naciones Unidas (2015).

[113] Wood & Blumm (2020).

[114] Castro (2019).

la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales, y que postula realizar un cambio bastante más radical a lo que existe hoy en el país, buscando pasar de un enfoque antropocentrista a uno más biocentrista o ecocentrista de la vida y, por ende, de las normas que regulan el funcionamiento en sociedad y relación con el entorno natural. Sobre la base de ello, se ha comenzado a hablar de la necesidad de una C*onstitución ecológica*[115]. Algunos, incluso, han querido ir más allá, señalando que deberían reconocerse derechos de la naturaleza o, al menos, a algunos de sus elementos, como un sujeto de derecho (una idea impensada hasta hace unos años, pero que ya ha sido recogida en Constituciones, leyes y fallos de tribunales de justicia alrededor del mundo, como en el caso de Bolivia, Ecuador y Nueva Zelanda) y derechos de los

[115] Pero ¿qué significaría una Constitución ecológica en la práctica? Según Ignacio Martínez, abogado de Fundación Terram: "Uno podría aproximarse a una constitución ecológica como aquella en la que la protección ambiental y el reconocimiento de la relación intrínseca entre sociedad y naturaleza permean todo el contenido una carta fundamental. Esto se podría ver reflejado, por ejemplo, en la incorporación constitucional del principio de justicia ambiental y la noción de equidad intergeneracional". Y agrega también: "Reconocer y resguardar ciertos bienes comunes como el agua y las costas, consagrar el derecho humano al agua y saneamiento, como también avanzar en un efectivo y ampliado deber del Estado de protección de la naturaleza, pensando no solo en los servicios que nos brinda, sino por su valor propio". Para Ezio Costa, director ejecutivo de la ONG Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA): "Una constitución ecológica debiera ser una que tenga en su centro, y como una de sus prioridades, la protección del medio ambiente y la armonización de la relación entre la sociedad y este". Sosteniendo, además,: "Hay principios constitucionales que tienen que ver con una constitución ecológica. Por ejemplo, el principio de justicia ambiental, el principio intergeneracional de protección del medio ambiente y del buen vivir. Hay cosas que tienen que ver con la organización del Estado, como son la creación de agencias independientes, el hecho de que la organización territorial esté basada en los ecosistemas y una distribución de poder en materia regulatoria ambiental que le permita a las regiones y a las comunas, efectivamente, hacer valer sus opciones de desarrollo". Junto con ello: "Actualmente tenemos el derecho de vivir en un ambiente libre de contaminación. Creemos que tiene que mejorar su redacción, convertirse en un derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado". Dentro de las necesidades para enfrentar los conflictos ambientales cree importante: "…consagrar y garantizar un adecuado y efectivo acceso de los bienes comunes en general –como el agua–, el acceso a la información, la participación ciudadana y a la justicia en materia ambiental", considerando "una clausura de limitación a la propiedad que permita que se hagan modificaciones en favor de la protección ambiental y que eso no signifique violar ni la propiedad, ni el emprendimiento o libertades económicas". Finalmente, señala: "Las maneras en que el derecho ha protegido al medio ambiente hasta ahora no han sido suficientemente fuertes. Ahí hay una carencia que ha traído complejidades y complicaciones para todos y todas, entonces trazar como esta idea y concepto más profundo de lo que sería una constitución ecológica creemos que podría ser útil. Y lo vemos necesario para hacerle frente a la crisis, entonces queremos que la constitución tenga futuro, sino vamos a estar en 10 o 20 años más con nuevas crisis sociales producidas o agravadas por el tema ambiental": Sofía Roblero Valenzuela (2020).

animales (tradicionalmente considerados cosas que, salvo en estado libre y ciertas excepciones, son de responsabilidad de las personas, al ser entendidos como objetos sin capacidad de adquirir y gozar derechos similares a los de los seres humanos).

2.5.4. Otros temas relevantes.

Por último, mencionamos otros asuntos de gran relevancia y proyección, que hace algunos años parecían muy ajenos y lejanos a la realidad de Chile y del mundo, pero que, con los enormes y rápidos avances de la ciencia y la tecnología, comienzan a ser considerados por las normas de mayor jerarquía de los ordenamientos jurídicos; nos referimos a la biotecnología, bioingeniería e inteligencia artificial, que necesitarán de ciertos lineamientos normativos esenciales que guíen su exponencial y seguro desarrollo en el territorio nacional, que logre equilibrar los requerimientos del país en el siglo XXI, pero con base en una nueva ética que sea capaz de interpretarlos de forma adecuada (por ejemplo: la bioética propuesta por autores como Hans Jonas).

Si bien la fórmula regulatoria ocupada por la CPR, en algunas de estas materias, puede haber resultado innovadora en la época de su redacción (1980), teniendo en cuenta, entre otros, los años que han pasado desde entonces y el contexto de su dictación, las diversas modificaciones que se han llevado a cabo –y seguramente se seguirán llevando a cabo– en la institucionalidad chilena, sus instrumentos de gestión y procedimientos, y los diversos tratados internacionales que Chile ha ratificado en dichas áreas puede ser recomendable hacer una revisión que, además, considere las nuevas tendencias mundiales y las necesidades de este nuevo Chile, así como del actual planeta en el que vivimos.

Puede parecer curioso hacer reflexiones de futuro científico y tecnológico en textos de esta naturaleza. Sin embargo, los rápidos y acelerados avances en ciencia y tecnología que se están produciendo en este siglo XXI, parecen indicar que durante las próximas décadas habrán situaciones, escenarios y dilemas inéditos que afectarán, de una u de otra forma, la vida de las personas y el quehacer de los Estados. ¿Debiera el texto constitucional abordar estos temas entregando algunos valores y principios orientadores? O, ¿debiera guardar silencio? Estas son preguntas importantes y las respuestas que se decidan tendrán efectos significativos.

IV. Reflexiones finales

Siempre se ha concebido a las Constituciones Políticas como textos perennes en consideración de la relevancia de los acuerdos, principios y normas alcanzados y contenidos en ellas. Más allá de la historia, sensibilidad e importancia

detrás de cada una de sus disposiciones, es importante entender que estos pactos político-jurídicos fundamentales, tienen vocación de cambio, ya que son un medio y no un fin en sí mismos, siendo precisamente los objetivos que persiguen los que justifican y motivan su evolución y reforma durante su vigencia normativa.

Sobre el particular, no debemos perder de vista lo que señala Karl Loewenstein, en su obra *Teoría de la Constitución*:

> "Cada Constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas"[116].

Ser capaces y tener la sabiduría de detectar e interpretar de manera correcta y oportuna esas necesidades, así como adaptarse a ellos implementando, cuando sea conveniente, las reformas constitucionales correspondientes, resulta de enorme importancia para un Estado. Además, como bien observan autores como Georg Jelinek y Sergio Díaz[117], los cambios que son requeridos se producen de todas maneras, tarde o temprano, a través de mecanismos informales de acción, tales como: la mutación constitucional, la interpretación de organismos estatales (por ejemplo: tribunales constitucionales y ordinarios de justicia, y Contraloría General de la República), las convenciones o costumbres o, incluso, la simple desobediencia, desuso o, bien, vías pacíficas o violentas de manifestación popular (como las que estamos viendo en la actualidad en Chile y varios países del mundo), ya que el vínculo entre el Estado y su pueblo se encuentra debilitado, perdido o desconectado.

En este contexto, no parece haber razones poderosas para aprehensiones respecto a modificar la CPR para enfrentar el actual proceso de la mejor forma posible y aprovechar esta oportunidad de perfeccionar el actual texto constitucional. En la historia universal, célebres autores han iluminado con su pensamiento sobre el cambio: *e.g.*, Arthur Schopenhauer dijo que "El cambio es la única cosa inmutable"; George Bernard Shaw señaló "El progreso es imposible sin el cambio..."; Antoine de Saint Éxupéry, agregó: "En cuanto al futuro, no se trata de predecirlo, sino de hacerlo posible"; y Miguel de Unamuno, aconsejó: "Procuremos ser más padres de nuestro porvenir, que hijos de nuestro pasado". Estimamos, eso sí, que la clave para una adecuada reforma a la Carta Fundamental, que luego pueda ser calificada de positiva y útil, está en el punto medio entre ser capaces de recoger y resguardar ciertos principios y lineamientos esenciales básicos sobre los cuales

[116] Loewenstein (1983), p. 619.
[117] Jellinek (1991), 91 pp. y Díaz (2004), p. 800.

se construye nuestra sociedad, buscando darles estabilidad en el tiempo y, a su vez, buscar avanzar en materias y aspectos específicos que, por diversos motivos, requieren ser eliminados, modificados, complementados o, bien, actualizados, para el beneficio común de la sociedad como de los individuos que la componen. Por tanto, a diferencia de otras reformas del pasado, será importante evitar incurrir en cambios meramente simbólicos o cosméticos, que no se hagan cargo del fondo de los problemas, sin considerar un proceso previo de discusión, socialización y consenso de los mismos, para intentar incorporar soluciones claras a demandas y controversias que han sido denunciadas tanto por doctrina como por jurisprudencia. De la misma forma, nos parece que los cambios deben interpretar a amplias mayorías que aseguren así el principio de estabilidad.

Considerando lo aquí expuesto, esperamos haber aportado con este trabajo algunas ideas que creemos interesante evaluar durante el momento histórico que vive el país. Estimamos que estas podrían ayudar a orientar los próximos cambios que se realicen a la CPR, ya sea por la vía de reformas constitucionales específicas o, bien, de un nuevo texto de la Carta Fundamental, en diversas materias del quehacer nacional e internacional, que involucren o incidan de una u otra manera en el derecho constitucional chileno y el derecho internacional público.

Para apoyar un análisis adecuado, en miras a la compleja e importante labor del constituyente derivado, hemos sintetizado las que, para nosotros, son las áreas o temas más relevantes a considerar a estos efectos, pudiendo agruparlas según se expresa a continuación.

En *primer lugar*, nos parece importante que se reconozca de modo explícito la existencia, validez y aplicación del derecho internacional en el texto constitucional, sin dejar duda sobre la obligación del Estado de Chile de cumplir con sus obligaciones internacionales, así como de la imposibilidad que este tiene de excusarse de su observancia con el pretexto de existir una norma nacional incompatible con lo prescrito por un TI que ha sido celebrado y ratificado libre y soberanamente. En este sentido, podría estudiarse la conveniencia de redactar una norma, capítulo o sección de la CPR que se refiera, en forma sistemática y clara, a la regulación de los temas de derecho internacional más relevantes para el país, algunos de los cuales hemos revisado en este artículo, y que incluyen la jerarquía y un procedimiento de incorporación de las fuentes del derecho internacional ante el derecho nacional (entre ellos los TI), además de una norma referida a la delegación de competencias en entidades supranacionales en casos específicos, indicando la forma en que las decisiones de dichos organismos internacionales tendrían efecto en Chile.

En *segundo lugar*, sería conveniente brindar un especial reconocimiento a los TI que se refieran a las libertades de la persona humana y a sus

derechos fundamentales, estableciendo con claridad su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico chileno, y reconociendo los sistemas de protección de derechos humanos existentes en el ámbito universal y regional. Además, podría explicitarse el marco normativo aplicable a Chile en relación con los TI comerciales firmados por Chile y que se encuentren vigentes, considerando tanto los TLC como los ACE, que resultan fundamentales para nuestra economía. Junto con lo anterior, sería recomendable considerar la eliminación de la consagración constitucional de reservas, materia que de mantenerse debería ser regulada en el ámbito reglamentario.

Y, en *tercer lugar*, establecer normas o principios constitucionales que consagren, dentro de las bases jurídicas esenciales que determinan la dirección política, económica y social de Chile, por ejemplo, consideraciones y lineamientos fundamentales en relación con la globalización, la integración mundial y regional del país, el reconocimiento de los pueblos originarios, el cuidado del ambiente, los recursos naturales, el desarrollo energético basado en energías limpias (ERNC), la diversidad biológica, el cambio climático, etc., y que sirvan de marco constitucional para las dictación de otras normas jurídicas de menor rango, su interpretación y la planificación y adopción de políticas públicas y programas que permitan la ejecución de sus fines.

Para lograr ese objetivo, somos de la opinión que ello debe realizarse a través de un texto relativamente corto, preciso y claro, coherente con el ordenamiento jurídico interno y compromisos internacionales, y que resuelva de manera definitiva las dudas y controversias del pasado.

La conducta de proteccionismo y aislamiento internacional adoptada por algunos Estados en ciertos temas, no parece ser el camino adecuado a seguir como país ni como humanidad para enfrentar de manera adecuada los difíciles y numerosos retos que tenemos por delante, y de los cuales dependerá la forma en que subsistamos en el planeta Tierra. Por el contrario, creemos que la mejor solución a cada uno de ellos solo será posible si trabajamos juntos, como comunidad internacional, y sobre la base de acuerdos adquiridos de buena fe y con el ánimo de cumplirlos (*bona fide* y *pacta sunt servanda*), como fundamento de la convivencia internacional civilizada. Además, en el orden interno, nos parece preciso que, por un lado, nos enfoquemos en participar con mayor frecuencia del debate e instancias públicas, aprendiendo a escucharnos más y mejor y, por otro lado, promover, potenciar y fiscalizar la labor de las propias autoridades. Para todo lo anterior, tienen especial importancia los órganos competentes en materia de relaciones internacionales, embajadas, consulados y agentes diplomáticos alrededor del mundo, pero también aquellos que, en el entorno nacional, deberán crear normas adecuadas y coherentes que permitan garantizar el cumplimiento de nuestros compromisos internacionales con otros Estados, incorporarlos, ejecutarlos e interpretarlos

sin problemas a un caso concreto, según corresponda. En otras palabras, es esencial que la CPR tenga el diseño, principios y contenidos que entreguen las herramientas básicas que hagan posible todo lo anterior.

Hoy, más que nunca, parece existir la necesidad de creación de un derecho internacional global, derivado del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico internacional (derecho internacional público) y la internacionalización del ordenamiento jurídico nacional (derecho constitucional), enriqueciéndose mutuamente, lo que, salvo excepciones, parecería estar configurándose poco a poco en el seno de los países que conforman la comunidad internacional en la que nos desarrollamos. Muestra de aquello, son los valorables (aunque aún insuficientes) avances que se han ido alcanzando, por ejemplo, en materia de derechos humanos y del ambiente en las últimas décadas, así como también los actuales esfuerzos en relación con el cumplimiento del Acuerdo de París sobre Cambio Climático, la creación de un pacto mundial por el ambiente de la ONU y la iniciativa de una Constitución para la Tierra de Luigi Ferrajoli. Todo cambio en esa dirección requiere necesariamente importantes acuerdos políticos y ajustes tanto en el ámbito internacional como nacional, y es en esa línea que lo aquí expuesto tiene mayor sentido. Esperamos que, por el bien de todos, este nuevo proceso de reforma o diseño constitucional tenga la madurez, sabiduría y visión necesarias, esté a la altura de las circunstancias y requerimientos de los tiempos, y termine rindiendo los frutos esperados para que el país pueda avanzar, tanto en sus desafíos nacionales como internacionales, en este incierto y nada simple siglo XXI.

A lo largo del aprendizaje que deja la historia de la humanidad, la comunidad internacional ha ido acordando ciertos valores, principios, prácticas y normas que se plasman en los diversos tratados multilaterales vigentes. Allí se expresan convicciones y esperanzas compartidas. Chile es y ha sido parte de estos acuerdos, por lo que no es un Estado aislado y ajeno al concierto de naciones, sino que, por el contrario, se destaca como un actor entusiasta en los TI, los que van desde una red de acuerdos comerciales (que explican parte del avance económico del país) hasta un firme compromiso con los derechos humanos y la dignidad de las personas. Es posible imaginar a Chile prosperando y avanzando en su agenda social, ambiental y cultural, en armonía con sus Estados vecinos[118]y fuertemente vinculado con la comunidad

[118] Este es un periodo interesante y novedoso de las relaciones vecinales y en especial de los temas de límites y fronteras. Con la sentencia de la CIJ en el caso con Bolivia, queda meridianamente establecido que las fronteras y límites entre Chile y Bolivia son las establecidas en el Tratado de 1904 y no hay temas pendientes que obliguen a Chile. En relación con Perú, la sentencia de la CIJ en el caso de la delimitación marítima, también ordenó, fijó y confirmó los actuales límites y

internacional, y la Constitución debiera ser el texto líder en expresar, promover y fortalecer estas convicciones.

V. Bibliografía

Aguilar Carvallo, Gonzalo (2009). "La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador". *Estudios Constitucionales*. Año 7, n.° 1. Talca. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n1/art04.pdf [fecha de consulta: 25 de setiembre de 2020].

Aldunate Lizana, Eduardo (2010). "La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho Positivo". *Ius et Praxis*. Año 16, n.° 2. Talca.

Beltersen Repetto, Raúl (1996). "Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 23, n.° 2 y 3. Santiago.

Benavides Casals, María Angélica (2007). "Reservas en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos". *Ius et Praxis*. vol. 13, n.° 1, Talca. También disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100007#nota2 [fecha de consulta: 14 de septiembre de 2020].

Bruna, Guillermo (2003). "Los tratados internacionales en la Constitución de 1980: Jurisprudencia en la década 1981-1989". *Ius Et Praxis*. vol. 9, n.° 1. Talca.

Campusano Droguett, Raúl F (2000). "Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile". *Actualidad Jurídica*. N.° 2. Santiago.

Campusano Droguett, Raúl (2002). "El concepto de desarrollo sustentable en la jurisprudencia y en otras fuentes de derecho internacional". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. vol. xxiii. Valparaíso.

Campusano Droguett, Raúl F. (2003). "Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis". *Actualidad Jurídica*. N.° 8, Santiago.

fronteras entre ambos países. El límite terrestre, establecido en el Tratado de 1929, no fue tocado por la Corte y, por lo tanto, además de establecer el límite marítimo entre Chile y Perú, refuerza por extensión el límite terrestre, dándole una fuerza y estabilidad a esa frontera como no la había tenido en ninguna oportunidad anterior. En relación con Argentina, las fronteras y límites se han fortalecido y consolidado luego de largos procesos ajustados al derecho internacional y que se fundan y lo dispuesto por el Tratado de 1881 y el Tratado de 1985. El sistema de tratados dejó dos temas pendientes: Laguna del Desierto y Campo de Hielos Sur. En el caso de Laguna del Desierto, quedó resuelto y terminado a través de arbitraje (con un resultado adverso a Chile). En el de Campo de Hielos Sur, no ha sido resuelto y sigue pendiente. Una propuesta de tratado que establecía una poligonal fue rechazada por ambos Congresos y el caso sigue abierto. Sería un error retirarse del Pacto de Bogotá. La política exterior permanente de Chile se ha diseñado y se diseña sobre los pilares de la adscripción al derecho internacional a las instituciones multilaterales, al *pacta sunt servanda* y a la solución de conflictos a través de métodos pacíficos.

Campusano Droguett, Raúl (2006). "Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005". *Actualidad Jurídica*. Año vii, n.º 13. Santiago.

Campusano Droguett, Raúl F. (2011a). "La regulación ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudamericanos". *Actualidad Jurídica*. N.° 23. Santiago.

Campusano Droguett, Raúl F. (2011b). "Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur". *Actualidad Jurídica*. N.° 24. Santiago.

Campusano Droguett, Raúl F. (2012). "El derecho internacional en la Nueva Constitución de Bolivia". XLII Jornadas de Derecho Público. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso.

Campusano Droguett, Raúl F. (2014). "Cambio climático y migraciones: Desafíos para el derecho y las políticas públicas". *Actualidad Jurídica*. N.° 29. Santiago.

Campusano Droguett, Raúl F. (2018). "Derechos de los seres vivos no humanos". *Actualidad Jurídica*. N.° 38. Santiago.

Campusano Droguett, Raúl F. (2019). "Corte Internacional de Justicia, Demanda boliviana sobre obligación de negociar acceso soberano al océano Pacífico". *Actualidad Jurídica*. N.º 39. Santiago.

Campusano Droguett, Raúl F. y Tomás Rodríguez Monreal (2014). "Régimen jurídico de la naturaleza en la Constitución de Ecuador". *Actualidad Jurídica*. N.º 30. Santiago.

Campusano Droguett, Raúl F. y Francisco Contreras Arce (2015). "El concepto de desarrollo sustentable en la doctrina y en la práctica de tribunales nacionales". *Actualidad Jurídica*. N.° 31. Santiago.

Campusano Droguett, Raúl F. y Cristián Romero Cocuy (2017). "Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible: desafíos para Chile". *Actualidad Jurídica*. N.º 35. Santiago.

Campusano Droguett, Raúl F. y Nicolás Vasallo F. (2019). "Ley de cambio climático para Chile: algunas reflexiones". *Actualidad Jurídica*. Año xix, n.º 40. Santiago.

Campusano Droguett, Raúl F. y Tatiana Andrea Torres Pinto (2020). "El pacto mundial por el ambiente y la idea de unificación del Derecho Internacional del Medio Ambiente". *Actualidad Jurídica*. N.º 42. Santiago.

Castro Niño, Natalia (2019). Urgenda contra Países Bajos, un hito en la lucha judicial contra el cambio climático". Disponible en www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/educacion-y-cultura/urgenda-contra-paises-bajos-un-hito-en-la-lucha-judicial [fecha de consulta: 9 de mayo de 2020].

Díaz Ricci, Sergio Miguel (2004). *Teoría de la Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2014). "El reconocimiento del Ius Cogens en el ordenamiento jurídico chileno". *Revista Chilena de Derecho*. vol. 41, n.º 2. Santiago. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v41n2/art07.pdf [fecha de consulta: 13 de setiembre de 2020].

Roblero Valenzuela, Sofía (2020). "Ezio Costa y Constitución Ecológica". *El Mostrador*, sección de Sustentabilidad. Disponible en www.elmostrador.cl/agenda-pais/2020/08/30/ezio-costa-y-constitucion-ecologica-las-maneras-en-que-el-derecho-ha-protegido-al-medio-ambiente-hasta-ahora-no-han-sido-suficientemente-fuertes/ [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2020].

Fernández González, Miguel Ángel (1989). "La reforma al artículo 5 de la Constitución". *Revista Chilena de Derecho*. vol. 16, n.° 3. Santiago.

Fiamma, Gustavo y Salvador Mohor (1994). "La jerarquía normativa de los tratados internacionales". *El Mercurio*, cuerpo D, Santiago, domingo 4 de noviembre de 1994.

Fiscalía del Medio Ambiente y Fundación Heinrich Boll (2018). "Discusión sobre medio ambiente en el marco de una nueva Constitución", Santiago, Chile. Disponible en https://fima.cl/wordpress/wp-content/uploads/2018/07/Medio-Ambiente-y-Nueva-Constitucio%CC%81n-ONG-FIMA.pdf [fecha de consulta: 10 de septiembre de 2020].

Fresneda, Carlos (2019). "Sylvia Earle: Los océanos son la clave del cambio climático". Disponible en www.elmundo.es/ciencia-y-salud/ciencia/2019/03/09/5c828999fdddff66bb8b4695.html [fecha de consulta: 24 de septiembre de 2020].

Henríquez Viñas, Miriam (2007). "Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales". *Estudios Constitucionales*. Año 5, n.° 1. Talca.

Henríquez Viñas, Miriam Lorena (2008). "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos". *Estudios Constitucionales*. Año 6, n.° 2. Talca.

Loewenstein, Karl (1983). *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Editorial Ariel.

Jellinek, Georg (1991). *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Kolbert, Elizabeth (2014). "The Sixth Extinction: An Unnatural History". *New York Time*s, February 11, 2014, New York.

Llanos Mansilla, Hugo (2003). "Los tratados internacionales en la Constitución de 1925 y en la jurisprudencia". *Ius et Praxis*. Año 9, n.° 1. Talca.

Medina Quiroga, Cecilia (1993). *Constitución, tratados y derechos esenciales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

Ministerio del Medio Ambiente (1989). "¿Qué es el Convenio N° 169 de la OIT?". Disponible en https://consultaindigena.mma.gob.cl/que-es-el-convenio-n-169-de-la-oit/ [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2020].

Muller Guzmán, Karl (2009). "Control d e constitucionalidad de los tratados internacionales conforme a la Constitución Política de Chile". *Nomos*. n.° 3. Viña del Mar.

Nogueira Alcalá, Humberto (1996). "Los tratados internacionales". *Revista Chilena de Derecho*. vol. 23 n.° 2 y 3, tomo i.

Nogueira Alcalá, Humberto (1996). "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno". *Revista Chilena de Derecho*. vol. 23 n.° 2 y 3, tomo I. Santiago.

Nogueira Alcalá, Humberto (2002). "Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional". *Ius Et Praxis*. vol. 8, n.° 1. Talca.

Nogueira Alcalá, Humberto (2003). "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia". *lus et Praxis*. Año 9, n.° 1, Talca. Disponible tabién en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso&tlng=es [fecha de consulta: 20 de agosto de 2020].

Novoa Vásquez, Laura (2014). *Agua: ¿Bien público o privado?* Santiago: Centro de Investigación Periodísticae. Disponible también en www.ciperchile.cl/2014/10/10/agua-%C2%BFbien-publico-o-privado/ [fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Organización de Naciones Unidas (2015). "Objetivos de Desarrollo Sostenible". Disponible en www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html [fecha de consulta: 28 de abril de 2020].

Organización de Naciones Unidas (1987). Informe de la Comisión Brundtland "Nuestro Futuro Común". Disponible en www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf [fecha de consulta: 28 de agosto de 2020].

Peña Neira, Sergio (2012). "Las fuentes de derecho internacional público, diversidad de tribunales internacionales y generación del estado de derecho internacional público". *Revista de Derecho Público*. n.° 77. Santiago. Disponible en: https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/30936 [fecha consulta: 15 de septiembre de 2020].

Peña Torres, Marisol (2005). "La reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales. *Revista de Estudios Internacionales*. vol. 38, n.° 151. Santiago. También Disponible en https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/14390 [fecha de consulta: 29 de agosto de 2020].

Peña Torres, Marisol (2009). "Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: La experiencia chilena un año después de la reforma de 2005". Disponible en www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Marisol%20Pena%20Torres.pdf [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020].

Perez Herrera, Elisa (2018). *Valor jurídico y jerarquía en el derecho chileno de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales*. Tesis de grado, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

National Geographic (2017). "La Tierra está a las puertas de la sexta extinción masiva de vertebrados". *Revista National Geographic*. Barcelona. Disponible en www.nationalgeographic.com.es/naturaleza/actualidad/tierra-esta-las-puertas-sexta-extincion-masiva-vertebrados_11723 [fecha de consulta: 29 de mayo de 2020].

Romero, Sarah. (2017). "La Tierra vive la sexta extinción masiva de especies animales". *Revista Muy Interesante*, Madrid. Disponible en www.muyinteresante.es/naturaleza/articulo/la-tierra-vive-la-sexta-extincion-masiva-de-especies-animales-461406278167#:~:text=Esta%20vez%20no%20se%20trata,sexta%20oleada%20de%20extinci%C3%B3n%20masiva [fecha de consulta: 29 de mayo de 2020].

Ríos Álvarez, Lautaro (1998). "Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos". *Gaceta Jurídica*. n.° 215. Santiago.

Rodríguez, Pablo (2000). "El tratado internacional frente a la constitución y la ley". *Actualidad Jurídica*. n.° 1. Santiago.

Saenger Gianoni, Fernando (1993). "Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución". *Revista Chilena de Derecho*. n.° 20, vol. 2-3. Concepción.

Silva Bascuñán, Alejandro (2000). *Tratado de derecho constitucional*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo VII: Congreso Nacional. La función legislativa.

Troncoso Repetto, Claudio y Tomás Vial Solar (1993). "Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución". *Revista Chilena de Derecho.* vol. 20, n.° 2 y 3, tomo II. Santiago.

Vega, Francisco y Francisco Zuñiga (2006). "El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.Teoría y práctica". *Estudios Constitucionales*. Año 4, n.° 2. Santiago. También disponible en www.cecoch.cl/htm/revista/docs/ estudiosconst/4n_2_2006/6.pdf [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020].

Verdugo, Sergio (2010). "¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales? Crítica a una propuesta inconveniente". *Anuario de Derecho Público*. Santiago.

Wood, Mary & Michael C. Blumm (2020). "The dramatic dismissal of a landmark youth climate lawsuit might not close the book on that case". *The Conversation*. Disponible en https://theconversation.com/the-dramatic-dismissal-of-a-landmark-youth-climate-lawsuit-might-not-close-the-book-on-that-case-130162. [fecha de consulta: 9 de mayo de 2020].

World Wide Fund International e Instituto de Zoología (2018). Informe Planeta Vivo. Londres: Sociedad Zoologica de Londres.

World Wide Fund Chile (2020). Análisis "Medio Ambiente y protección de la biodiversidad en las Constituciones del Mundo". Disponible en www.wwf.cl/sala_redaccion/comunicados_de_prensa/?uNewsID= [fecha de consulta: octubre de 2020].

Textos positivos

Congreso Nacional (1980). Constitución Política de la República de Chile. Chile.

Congreso Nacional (1994). Ley General de Bases del medio Ambiente, Ley 19.300, Chile.

Organización de Estados Americanos (1969). Convención Americana de los Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

Organización de Naciones Unidas (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, Austria.

Organización de Naciones Unidas (1971). Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Ramsar, Irán.

Organización de Naciones Unidas (1973). Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Washington, Estados Unidos.

Organización de Naciones Unidas (1992). Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB). Rio de Janeiro. Disponible en www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf [fecha de consulta: 19 de mayo de 2020].

Organización de Naciones Unidas (1992). "Convención Marco de Cambio Climático (CMNUCC). New York. Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6907.pdf [fecha de consulta: 19 de mayo de 2020].

Organización de Naciones Unidas (1998). Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Japón. Disponible en https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf [fecha de consulta: 27 de abril de 2020].

Organización de Naciones Unidas (2010). Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y las Metas de Aichi, Japón. Disponible en www.cbd.int/doc/strategic-plan/2011-2020/Aichi-Targets-ES.pdf [fecha de consulta: 26 de mayo de 2020].

Organización de Naciones Unidas (2015). Acuerdo de París (de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático). París. Disponible en https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf [fecha de consulta: 27 de abril de 2020].

2. Jurisprudencia citada

Corte Suprema. *Revista Fallos del Mes*. N.º 446, Santiago, sección criminal, fallo 1, considerando cuarto enero de 1996, página 2066.

Tribunal Constitucional, sentencia rol n.° 346, de 8 de abril de 2002. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=274 [fecha de consulta: 25 de agosto de 2020].

Tribunal Constitucional, sentencia rol n.° 288, de 24 de junio de 1999. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/expediente [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020].

Tribunal Constitucional, sentencia rol n.° 1288 de 25 de agosto de 2009. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/expediente [fecha de consulta:23 de septiembre de 2020].

EL DEBIDO PROCESO Y SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DE LA NULIDAD PROCESAL

DUE PROCESS AND ITS PROTECTION THROUGH PROCEDURAL NULLITY

Jaime Carrasco Poblete[*]

Resumen: El presente texto tiene por objetivo analizar la garantía del debido proceso de cara al proceso constituyente que puede tener lugar después del plebiscito del 25 de octubre de 2020. Si bien existe un listado de derechos o garantías judiciales que la Constitución asegura a todas las personas, ese listado podría completarse integrando algunos otros que también se consideren esenciales. Esta posible incorporación de derechos y garantías puede considerarse bien intencionada, pero no solucionará los problemas que enfrenta el sistema de administración de justicia. En otras palabras, consideramos que antes de la incorporación de ciertos derechos a la noción o contenido del debido proceso los operadores jurídicos y también el legislador deben hacer una reflexión con respecto a cuáles son las causas que producen problemas y una posible conculcación de ciertos derechos o garantías judiciales.

A continuación, aludiremos al reconocimiento constitucional de dicho principio legal, a los derechos que componen este concepto jurídico indeterminado y a algunos de los mecanismos judiciales que tienen por objetivo la protección de este derecho.

Palabras claves: derechos fundamentales, debido proceso, garantías judiciales, nulidad procesal

Abstract : The purpose of this text is to analyze the guarantee of due process in the face of the constituent process that may take place after the plebiscite

[*] Doctor en Derecho, Máster en Derecho Público, Máster en Derecho de la Empresa y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de los Andes, Chile. Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Dirección postal: Avenida La Plaza 680, piso 2. Las Condes, Chile. Correo electrónica: jaimecarrascop@udd.cl; jcarrasco@ccycia.cl

of October 25, 2020. Although there is a list of rights or judicial guarantees that the Constitution ensures to all people, This list could be completed by integrating some others that are also considered essential. This possible incorporation of rights and guarantees may be considered well-intentioned, but it will not solve the problems facing the justice administration system. In other words, we consider that before the incorporation of certain rights to the notion or content of due process, legal operators and also the legislator should reflect on what are the causes that produce problems and a possible infringement of certain rights or judicial guarantees.

Next, we will refer to the constitutional recognition of said legal principle, to the rights that make up this indeterminate legal concept and to some of the judicial mechanisms that aim to protect this right.

Keywords: fundamental rights, due process, judicial guarantees, procedural nullity.

I. El reconocimiento del debido proceso en la Constitución Política de la República

Más allá de las discusiones sobre la naturaleza jurídica del debido proceso o sobre qué debemos entender por ello, no puede cuestionarse que es uno de los principales derechos fundamentales que la Constitución Política de la República garantiza a todas las personas.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado que, en su concepción más elemental, está compuesto de un conjunto de garantías básicas de juzgamiento que deben aplicarse o verificarse en todo procedimiento judicial, con la finalidad que el órgano jurisdiccional resuelva una controversia jurídica[1].

[1] En relación con el debido proceso, concordamos con las opiniones de algunos autores que lo explican como un principio constitucional orientador de la actividad del legislador y de los tribunales de justicia y, además, como un concepto jurídico indeterminado, el cual permite un amplio reconocimiento de derechos y garantías procesales que, incluso, no están reconocidas expresamente en nuestra Carta Fundamental, pero que, no obstante, están insertos dentro del concepto de debido proceso. Al respecto véase: Vargas y Fuentes (2018), pp. 139-185; Zapata (2008), p. 568; Bordalí (2009), p. 80 y ss.; Duce, Marín y Riego (2008), p. 17 y ss.; López (2006), p. 189 y ss.; Fermandois (2009), p. 1025; Carocca (1997), pp. 145-226; Agudelo (2006), pp. 395-413; García Ramírez (2010), pp. 1-72. El Tribunal Constitucional en la sentencia rol n.° 3909-09, de 15 de septiembre de 2009, (considerando 9°) afirmó: "Que, al respecto, como cuestión previa principal, es necesario precisar que el debido proceso, tal como ya ha tenido oportunidad de señalar este máximo tribunal en los ingresos N°s. 4954-08; 1414-09 y 4164-09, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, en cuya virtud

Su reconocimiento tiene una larga data. En efecto, ya en 1215 la Carta Magna inglesa del rey Juan Sin Tierra dispuso, en su cláusula 48:

> "ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus partes, según la ley del país".

En la época contemporánea, diversos ordenamientos jurídicos han reconocido el debido proceso o el derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso chileno, la Constitución de 1980 lo reconoce en el art. 19 n.° 3 inciso 6°, bajo la siguiente fórmula:

> "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

Desde el punto de vista constitucional normativo, puede entenderse que es una garantía porque la Constitución asegura a todas las personas que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción deberá fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Desde esta perspectiva, la Constitución lo reconoce otorgando certeza respecto a su existencia.

---

toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental, en el artículo 19, N° 3, inciso 5°, le confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. Es así, que en torno a los aspectos que contempla el derecho a un debido proceso, no hay pareceres discrepantes en cuanto lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y las leyes, entregan a las partes de la relación procesal, asegurándose que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes con la decisión, que se respeten los procedimientos establecidos en la ley, se dicten resoluciones motivadas o fundadas, etc.; en tanto que, por la imparcialidad del tribunal, se comprenden garantías individuales de que gozan las personas en relación a la organización judicial del Estado, como lo son el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referida también a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales instituidos por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse esa función, y finalmente, a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de manera tal que no exista compromiso con las partes, porque en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los responsables de los delitos, como también la absolución del inocente, ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano establecido por el Estado precisamente con ese objetivo, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del imputado, debiendo al mismo tiempo el tribunal actuar con imparcialidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes, independiente y desinteresada sobre el objeto y fin del proceso".

Ahora bien, desde el punto de vista de las personas, tanto quien ejerce una pretensión de tutela como contra quien se dirige esa pretensión –por supuesto ante un órgano jurisdiccional–, el debido proceso se manifiesta como un derecho. En efecto, actualmente las personas utilizan un lenguaje de derechos y no de deberes. Así se explica que tienen derecho a un debido proceso, a uno justo, a tutela judicial efectiva, o como quiera denominársele. Lo relevante, desde el punto de vista de los sujetos de derecho que participan en una relación procesal, es que ellos tienen derecho a ser juzgados bajo ciertos estándares que deben aplicarse en todo procedimiento judicial.

Desde otra perspectiva, puede considerarse que es un principio general del derecho. Esta concepción del debido proceso es relevante porque al considerarlo un principio general del derecho, no requiere que una ley o norma fundamental lo reconozca para que tenga existencia, lo cual es indispensable si se le califica como una garantía o derecho.

Hoy no cabe duda que es aplicable a todo procedimiento judicial, independiente de la naturaleza jurídica de la controversia. Como sabemos, el reconocimiento de ciertas garantías mínimas de juzgamiento se produjo, inicialmente, en el ámbito del derecho público, en particular, en los procedimientos penales. Sin embargo, en la actualidad es insostenible aceptar que en un determinado procedimiento no se verifiquen ciertas garantías mínimas de juzgamiento. El cumplimiento del debido proceso es predicable en cualquier procedimiento judicial, independiente que este sea un procedimiento para resolver controversias civiles, penales, laborales, de familia, contenciosas administrativas, etc. Afirmar lo contrario constituye, a nuestro juicio, una errónea interpretación del texto constitucional, toda vez que la Carta Fundamental asegura que "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado". Una discusión distinta es si en todos los procedimientos judiciales deben aplicarse los mismos grados de debido proceso, es decir, si el estándar que debe cumplir un procedimiento civil es el mismo que debe tener un procedimiento penal, laboral o de otra índole. Esto dependerá, en cada caso, del procedimiento que establezca el legislador para solucionar controversias de distinta naturaleza jurídica, lo cual otorga flexibilidad al legislador[2].

La segunda parte del referido art. 19 n.° 3 inciso 6°, hace una remisión señalando: "corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"[3]. Esta remisión, a veces

[2] Navarro (2011), p. 29; García y Contreras (2013), p. 243.

[3] Según explica Navarro (2011), pp. 23-24, el Tribunal Constitucional ha expresado en sus sentencias: "se estimó conveniente otorgar un mandato amplio al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el

criticada por algunos, no hace más que ordenar al legislador que, al momento de crear o modificar los procedimientos judiciales, tenga en consideración las garantías mínimas de juzgamiento[4]. Y la referencia a la investigación racional y justa, que, en principio, se podría predicar solo respecto del procedimiento penal, ciertamente es aplicable a todo procedimiento, en especial cuando la ley crea ciertos organismos que tienen una función investigadora, como ocurre con el Ministerio Público y la Fiscalía Nacional Económica.

---

propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador".

[4] Siguiendo a Evans (1986), p. 29 señala: "...los elementos que constituyen un 'racional y justo procedimiento' son los siguientes, de modo muy escueto: a) Notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado; b) Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; c) Sentencia dictada en un plazo razonable; d) Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y e) Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva". En palabras de Bordalí (2011), p. 320: "cuando se hace referencia al debido proceso en nuestra Constitución, nos encontramos con una cláusula de contenido indeterminado que debe ser colmada por el legislador o por los tribunales de justicia. La Comisión de Estudio de una Nueva Constitución [...], en sus sesiones 101 a 103, dejó claro que este derecho fundamental se refería a garantías tales como el emplazamiento de las partes, el examen y objeción de la prueba rendida, la existencia de recursos procesales, la fundamentación de las sentencias, etcétera, enumeración que tiene un mero sentido ejemplar, puesto que el objetivo de la cláusula 'racional y justo procedimiento' era el concebir un principio de carácter constitucional que debía ser determinado en cada caso concreto por aquellos órganos competentes para realizar esa labor". Desde otra perspectiva, el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, proclama bajo el título de "Garantías Judiciales", que: "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...". Por otra parte, tales explicaciones han sido acogidas por la jurisprudencia en varias sentencias, entre otras, C.S. 25 de marzo de 1987, en *RDJ.* tomo LXXXIV, sec. 5ª. Santiago, 1987, p. 36 y ss. (considerando 6°), al sostener: "ante el contenido genérico de los vocablos 'racional y justo procedimiento', empleados por el constituyente, esta Corte ha resuelto en recursos que tocan el tema que el procedimiento legal reúne estas exigencias cuando cumple las garantías mínimas de permitir un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y producción de la prueba, siendo importante señalar que así lo acordó por otra parte la Comisión Constituyente en sesión N° 103 de 16 de enero de 1975". . Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha expresado en diversas sentencias el contenido o elementos que componen el debido proceso. Al respecto, entre otras: STC, 1 de abril de 2008, rol n.° 821-07 (considerando 8°); STC, 7 de octubre de 2008, rol n.° 1130-08 (considerando 6°); STC, 7 de septiembre de 2010, rol n.° 1411-09 (considerando 7°), STC, 2 de noviembre de 2010, rol n.° 1429-09 (considerando 7°); STC, 14 de abril de 2011, rol n.° 1557-09 (considerando 25°); STC, 24 de abril de 2007, rol n.° 576-06 (considerandos 41° al 43°); STC, 7 de septiembre de 2010, rol n.° 1448-09 (considerando 40°). Un extracto de estas sentencias en Navarro y Carmona (2011), pp. 108-125.

Otra cuestión distinta, y también discutible, es por qué la segunda parte del inciso 6° ya referido solo hace referencia al legislador y no al juez. A nuestro juicio, la labor que le corresponde a los jueces es cerciorarse que durante todo el procedimiento judicial se cumplan las garantías mínimas de juzgamiento y no se conculquen los derechos y garantías procesales de los litigantes, pues solo de esa manera se puede llegar a un resultado correcto y justo. En este sentido, la ley confiere facultades a los jueces para que, de oficio o a petición de parte, puedan controlar que durante el curso del procedimiento se cumplan garantías procesales básicas (emplazamiento, competencia absoluta, imparcialidad del juzgador, trámites que la ley declara como esenciales en primera y segunda instancia, etcétera).

II. Los derechos que componen la noción de debido proceso

Una cuestión discutible es qué derechos componen la noción del debido proceso. En otras palabras, cabe preguntarse qué derechos integran este concepto jurídico indeterminado. Si bien la Carta Fundamental reconoce varios derechos o garantías que permiten comprender lo que es un debido proceso, se critica por parte de la doctrina que algunos derechos reconocidos por tratados internacionales vigentes no se mencionen en nuestra actual Constitución.

El art. 19 n.° 3 de la CPR reconoce un listado de derechos, entre ellos, el derecho a defensa, a tener asistencia jurídica gratuita en la forma que la ley lo establece, del imputado por un delito a tener asistencia jurídica letrada, a ser juzgado por el juez natural establecido por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho, al debido proceso y algunos aplicables a los procedimientos penales, como la prohibición que la ley presuma de derecho la responsabilidad penal y la obligación de que las leyes penales regulen tanto el tipo como la pena que se asigna al delito.

Consideramos que la necesidad de insertar en la Constitución otros derechos o garantías procesales dentro del catálogo de derechos que conforman el debido proceso es al menos discutible[5]. Pero antes de cualquier discusión sobre esto debemos convenir que los tribunales de justicia han reconocido varios derechos procesales establecidos en tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes. En efecto, en la actualidad existen vigentes en Chile algunos tratados internacionales que mencionan un conjunto de garantías judiciales, como sucede con el art. 8 del denomina-

[5] Bordalí (2014), pp. 30-32.

do Pacto de San José de Costa Rica y con el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Dichos tratados internacionales reconocen una serie de garantías judiciales esenciales en todo proceso, no pudiendo desconocerse su aplicación en los diversos procedimientos judiciales, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el art. 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, se entienden incorporados a nuestra legislación.

Podemos consensuar que pueden agregarse otros derechos al art. 19 n.° 3 de la Constitución y, de esta manera, completar un listado de derechos o garantías judiciales más parecido a lo que en la actualidad señalan los tratados internacionales antes mencionados. Pero claro está que el hecho de agregar derechos a la Carta Fundamental, por sí solo, no resolverá los problemas que hoy adolece nuestro sistema de administración de justicia.

Las eventuales reformas que se pretendan insertar en materia de debido proceso deben ir unidas a profundas reformas legales, tanto en materia orgánica como funcional. En otras palabras, es necesario reflexionar si la incorporación de nuevas garantías judiciales realmente generará un cambio en la forma en que se administra justicia. Analicemos algunos casos de manera más concreta.

La Constitución reconoce a todas las personas el derecho a defensa, es decir, a que toda persona pueda defenderse en un proceso judicial y que ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiera sido requerida, correspondiéndole a la ley arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La Constitución no garantiza a todas las personas el derecho a tener asistencia jurídica letrada. Tampoco asegura que en el evento de no poder procurarse dicha asistencia, el Estado la proporcionará a través de un abogado.

En el ámbito del proceso penal se ha avanzado en reconocer esta dimensión del derecho de defensa, toda vez que la vigencia del actual proceso penal motivó a garantizar la defensa letrada en este tipo de procedimientos. En la actualidad todo imputado debe ser defendido por un abogado, y en caso de carecer de los medios económicos para procurarse asistencia letrada por sí mismo, le corresponderá al Estado proporcionarle un abogado. Es más, si el imputado no cuenta con un defensor, el procedimiento puede ser invalidado porque adolece de un vicio que permite declarar la nulidad procesal fundada en la indefensión del imputado.

En el evento que se quiera cambiar esta realidad y, en consecuencia, extender el deber del Estado de proveer defensa letrada a toda persona –indistintamente del tipo de procedimiento de que se trate–, debe estudiarse la forma de dar cumplimiento a esa eventual nueva garantía, teniendo en consideración tanto aspectos prácticos –a quien corresponderá esta labor– como

los costos económicos que una medida de tal naturaleza pueda ocasionar al Estado. En este sentido, todos los operadores jurídicos deben estar conscientes que una eventual modificación de la Constitución en esta materia no solucionará los problemas de falta de asistencia jurídica letrada, pues garantizar derechos en un papel no cuesta nada, pero estructurar un sistema u organización institucional, ya sea pública o privada, que permita cumplir esa finalidad, no solo puede resultar complejo, sino que, también, implicará un elevado costo económico para el erario público.

Otra crítica se hace respecto a que la actual Constitución no garantiza el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Se trata de un derecho reconocido en los tratados internacionales (arts. 14.3 letra c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica), pero que nuestra Constitución no menciona expresamente.

El contenido de este derecho estriba en que los tribunales de justicia deben resolver las controversias en un plazo prudencial, esto es, sin dilaciones indebidas. La pregunta que cabe formular es por qué pueden existir dilaciones indebidas en los procesos judiciales. Las respuestas pueden ser múltiples: actuaciones de los abogados que pugnan con los principios éticos elementales; la interposición de incidentes dilatorios que tienen por única finalidad alargar la duración del proceso; la tardanza de los tribunales en resolver las presentaciones formuladas por las partes o terceros atendida la gran cantidad de trabajo que tienen los tribunales de justicia ubicados en determinados territorios jurisdiccionales; problemas de índole social que en el último tiempo han generado un retraso en la labor jurisdiccional (protestas sociales que han impedido que tanto jueces como funcionarios puedan acudir a su trabajo en los tribunales) e, incluso, la aparición de la pandemia de Covid-19 ha generado más demora o atraso en la respuesta jurisdiccional, debiendo dictarse normas tanto legales (leyes propiamente tales) como administrativas (autos acordados) con el objetivo de adecuar el sistema de administración de justicia y hacerlo más eficiente en situaciones de pandemia.

La dilación de los procesos no cambia por el hecho de agregar a la Constitución una frase que indique: "toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas". Los cambios debieran comenzar implementando reformas tanto orgánicas como funcionales que permitan, como toda reforma procesal, hacer más expedita y eficiente la administración de justicia.

Desde el aspecto orgánico, en ciertas ciudades del país, en particular en Santiago, es necesaria la creación de más tribunales tanto en el primer como en el segundo grado jurisdiccional. Sorprende que solo existan treinta juzgados civiles en la comuna de Santiago, cuatro juzgados civiles en la comuna de San Miguel y uno en la comuna de Puente Alto, sin perjuicio de

otros juzgados de letras con competencia común establecidos en la Región Metropolitana (San Bernardo, Colina, Buin, Talagante, Peñaflor, Melipilla). En suma, en la actualidad existen cuarenta y cuatro juzgados de letras para resolver las controversias jurídicas de más de siete millones de personas. Pareciera que un incremento en el número de juzgados de letras es conveniente y necesario para tener una respuesta jurisdiccional más rápida y, a la vez, mantener o aumentar la calidad de las resoluciones judiciales. En Chile a veces se hacen las cosas al revés. El mejor ejemplo: la reforma a la justicia civil, hoy paralizada en su totalidad, no solo por dificultades económicas para aprobarla y ejecutarla, sino, también, porque el mismo legislador, cuando se discutía el proyecto de ley de reforma procesal civil, indicó que previamente debían hacerse reformas orgánicas.

Las reformas orgánicas también deben considerarse en el ámbito de los tribunales superiores de justicia, en particular, respecto de determinadas Cortes de Apelaciones. En este sentido también parece razonable crear una tercera Corte de Apelaciones para la Región Metropolitana y fusionar el funcionamiento de las Cortes de Apelaciones de Santiago y de San Miguel, en especial si esta última tiene una menor carga de trabajo que la primera. Esta necesidad fue anunciada por la Corte Suprema durante el año 2020[6]. La especialización de las salas de las Cortes de Apelaciones del país también es un tema relevante que debe abordarse cuanto antes porque una medida como la que se propone puede mejorar de forma considerable la calidad de las resoluciones judiciales que pronuncian estos tribunales de justicia.

Desde una perspectiva funcional, los procedimientos deben reformarse eliminando cualquier tipo de forma o formalidad que no responda a un determinado fin que la justifique. Es por todos conocidos que los jueces en ocasiones decretan trámites que resultan absurdos bajo las actuales instituciones procesales, como ocurre, por ejemplo, con la indiscriminada cantidad de certificaciones que muchas veces se piden o se decretan de oficio como trámites previos para poder continuar con el procedimiento. Trámites como certificar si el plazo está vencido, si se opusieron o no excepciones por el ejecutado y la certificación que el término probatorio se encuentra vencido son otros ejemplos que ocasionan la dilación indebida de los procesos judiciales. La ley no genera estas dilaciones, sino que se debe a la mala interpretación de instituciones procesales y a algunas "costumbres" o "resabios" de normas antiguas que aún están presentes en abogados y jueces.

Por otra parte, diversas instituciones pueden hacerse más eficientes. Por ejemplo, modernizar el régimen de notificaciones incorporando meca-

[6] La creación de la tercera Corte de Apelaciones para la Región Metropolitana fue acordada por el Pleno de la Corte Suprema de 5 de junio de 2020.

nismos de comunicación electrónica, la unificación de ciertos plazos para reaccionar y formular una defensa, la eliminación de las tachas en la prueba de testigos, la creación de audiencias que tengan por objetivo corregir la falta de presupuestos procesales o denunciar obstáculos procesales que impidan continuar con la tramitación del proceso, modernizar la intervención de terceros, uniformar los sistemas de valoración de la prueba, etc., constituirían verdaderos avances procedimentales[7]. ¿Cuánto tiempo se ha demorado el Poder Ejecutivo y el Legislativo en proponer y aprobar reformas considerables o importantes a la administración de justicia? ¿Y cuánto tiempo más deberemos esperar?

En lo que respecta al derecho a la igualdad procesal o igualdad de armas, la Constitución no trata o reconoce expresamente este derecho. Sin embargo, en nuestra opinión, este principio se extrae de forma fácil de la garantía de igualdad ante la ley reconocida en el art. 19 n.° 2 de la CPR. Desde una concepción básica, debe entenderse que la igualdad procesal pretende que las partes del juicio sean tratadas de manera similar, de forma tal que la ley establezca una serie de derechos, posibilidades y cargas para las partes sin que existan prerrogativas arbitrarias a favor o en contra de alguna de ellas. No significa que las partes utilicen los mismos mecanismos, cauces o instituciones procesales, sino que exista una igualdad de trato a ambas partes de la relación procesal.

La aplicación del principio de igualdad procesal se manifiesta de diversas maneras, por ejemplo, a través de la gratuidad de la justicia, pues es el Estado el que asume el costo de la administración de justicia manteniendo los recintos de los tribunales de justicia y pagando las remuneraciones de los jueces y demás auxiliares o colaboradores. Otra manifestación del principio en comento lo constituye el privilegio de pobreza (cuya fuente puede ser legal o judicial), beneficio al que puede acceder una persona cumpliendo ciertos requisitos. La asistencia jurídica gratuita también constituye una manifestación del principio de igualdad procesal, cumpliendo la Corporación de Asistencia Judicial una labor importante en este ámbito al entregar asistencia jurídica gratuita a personas que no pueden pagar los honorarios de un abogado.

Desde una perspectiva opuesta, el principio de igualdad procesal se infringe en aquellos casos en que tanto la ley como el juez establecen un trato diferenciado a las partes, como en aquellas hipótesis en que se produce un desequilibrio entre los litigantes. Así, se infringe este principio, cuando la ley

[7] Algunas posibles actualizaciones o reformas ya se están intentando realizar. Véase el *Boletín* n.° 13.752-07 "Proyecto de ley, iniciado en mensaje de S.E. el Presidente de la República, que reforma el sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública".

establece una serie de privilegios a favor del fisco, como sucede, por ejemplo, con la hipótesis que establece el art. 751 del *Código de Procedimiento Civil*, que ordena elevar en consulta una sentencia desfavorable al interés fiscal cuando el fisco no apela contra dicha resolución. No obstante, si el abogado de la contraparte del fisco no apela oportunamente, la sentencia pronunciada quedará firme y ejecutoriada.

El reconocimiento expreso de este derecho o principio en el entorno constitucional no cambiará la realidad jurídica existente. Consideramos que para que este principio tenga verdadera aplicación, es necesario corregir algunas desigualdades, por ejemplo, eliminando inequidades económicas, mejorando el otorgamiento de asistencia jurídica gratuita, modernizando la Corporación de Asistencia Judicial, y dando solución a aquellas hipótesis en que un litigante no puede utilizar ciertos medios de prueba por carecer de medios económicos para solventar los gastos asociados, entre otras medidas.

Por último, otra garantía que no está reconocida expresamente en la Constitución es el acceso a la justicia. Sin embargo, creemos que este derecho sí está implícito en la Constitución, a propósito del derecho de acción o del derecho a la jurisdicción establecido en el art. 19 n.° 3 de la Constitución, en virtud del cual, todo sujeto de derecho capaz de ser parte en un proceso judicial puede solicitar al órgano jurisdiccional que conozca y resuelva una controversia de relevancia jurídica, teniendo derecho a que se dicte una sentencia sobre el fondo siempre que se cumplan los presupuestos procesales en cada caso.

Se infringe este derecho cuando la ley establece requisitos que restringen u obstaculizan de forma injustificada el acceso al proceso judicial. En este sentido, la declaración de inadmisibilidad, cuando se funda en causales injustificadas o no establecidas en la ley, o se exige el cumplimiento de formalidades que no tienen justificación y que constituyen verdaderas barreras u obstáculos para acceder al proceso judicial, constituyen un atentado contra el derecho en comento. Una manifestación palmaria de la afectación del derecho de acceso a la justicia se produce, por ejemplo, cuando se impide que organizaciones o entidades figuren como parte activa o pasiva en el proceso judicial por carecer de personalidad jurídica.

Conforme a lo señalado, pareciera que el derecho de acceso a la justicia debe tener una configuración legal, toda vez que la ley es el instrumento en la cual se establecen las vías pertinentes para que los justiciables soliciten la tutela del derecho o interés jurídico que reclaman. Sin embargo, cabe tener presente que el derecho de acceso a la justicia no es un derecho incondicionado ni absoluto, sino que los litigantes deben cumplir los requisitos que señala la ley para poder solicitar la tutela jurídica de sus derechos e intereses legítimos. Claro está que esos requisitos deben estar establecidos en la ley

y que, además, deben ser razonables, justificados y proporcionales, pues, de lo contrario, se conculca el acceso a la justicia y los justiciables quedan en la indefensión.

El acceso a la justicia también se relaciona con otros derechos, por ejemplo, con el del demandado a ser emplazado válidamente con el objetivo que pueda defenderse, con la posibilidad de ejercer o utilizar los medios de prueba que la ley reconoce para acreditar la veracidad de las afirmaciones, con el derecho a obtener una respuesta jurisdiccional congruente y motivada, con la posibilidad de impetrar recursos, y con el derecho a ejecutar la sentencia siempre que su naturaleza lo permita, entre otros.

De lo dicho queda de manifiesto que el derecho de acceso a la justicia puede reconocerse en la Constitución como parte integrante del debido proceso. Empero, su aplicación depende de diversos factores de índole principalmente legal. No debe perderse de vista, entonces, que lo central resulta ser que la ley establezca requisitos razonables y justificados en las distintas etapas del proceso para evitar que las partes puedan quedar en indefensión.

III. La nulidad procesal como mecanismo que tiene por objeto la defensa del debido proceso

En nuestro ordenamiento jurídico, la vigencia de este principio legal puede lograrse a través de diversos mecanismos como son: la nulidad procesal ya sea que esta se alegue a través de los incidentes o del recurso de casación en la forma

La nulidad procesal, ya sea que se analice desde su aplicación como incidente o desde el punto de vista de los recursos, en particular a propósito del recurso de casación en la forma, constituye uno de los más efectivos mecanismos protectores de los derechos y garantías de las partes a lo largo de todo el proceso.

La regulación actual de la nulidad procesal, sin perjuicio de algunos retoques o mejoras que podrían insertarse[8], es correcta y permite tanto a las partes como al juez reaccionar frente a situaciones que ocurren dentro del proceso cuando se vulneran o conculcan derechos o garantías de las partes o de terceros técnicos intervinientes. Si analizamos las distintas normas jurídicas en las que se regula la institución (arts. 79, 80, 83, 84, 764, 767, 768, 769 del C*ódigo de Procedimiento Civil*; 8, 102, 103, 159-165, 286 del C*ódigo Procesal Penal*; 25 de la Ley n.° 19968; 427, 429, 477, 478, 479 del C*ódigo del Trabajo*), se verifica que se trata de un mecanismo establecido en defensa del debido proceso.

[8] Véase la crítica en Carrasco (2015), pp. 5-67.

En efecto, la nulidad procesal constituye una institución procesal que cumple una función instrumental: se trata de una categoría jurídico -positiva, que tiene por objetivo que el juez efectúe un proceso de valoración o calificación de las consecuencias causadas por vicios, defectos o irregularidades para que, en caso de configurar una irregularidad invalidante, se disponga la eliminación de los efectos del acto a través de la declaración judicial de nulidad[9].

La nulidad procesal, en cuanto a finalidad, constituye una técnica instrumental que consiste en:

> "incardinar su aplicación dentro de las peculiaridades de cada ordenamiento y tener en cuenta la finalidad del mismo. No es el acto y sus vicios lo que determina la aplicación de la categoría, sino el objeto de protección de la nulidad en cada ordenamiento y la utilidad de su aplicación"[10].

Cuando durante un proceso judicial se presentan irregularidades o vicios, la denuncia de tal desajuste, ya sea que provenga de oficio o a petición de parte, permite al juzgador realizar una calificación de las consecuencias engendradas por la irregularidad del acto. Si este considera que existen graves consecuencias dañosas o perjudiciales dispondrá la aplicación de la técnica instrumental nulidad procesal para efectos que, una vez declarada por resolución judicial, los efectos del acto se eliminen o desaparezcan, generándose la ineficacia jurídica.

---

[9] Afirman que la nulidad es una técnica instrumental, entre otros, Carrasco (2019), pp. 73-104; Carrasco (2011), p. 49-84; Gorigoitía (2013), p. 576 y ss.; Santamaría (1975), p. 52 y ss.; Hernández (1995), pp. 66-68; Lourido (2004), p. 26 y ss.

[10] Hernández (1995), pp. 66-68. La técnica instrumental de la nulidad también es explicada por Lourido (2004), pp. 26-28, quien expresa que "para Santamaría Pastor, la nulidad y la anulabilidad son categorías procesales necesarias, que compendian la totalidad de las reglas constitutivas del tratamiento procesal de los vicios que aquejan a los actos jurídicos. Tomando en consideración los elementos primarios que, para este autor, conforman la esencia de la nulidad (la norma, el acto, el Juez y la esfera de los efectos), así como el modo en que estructura las complejas relaciones entre la invalidez y la ineficacia, por un lado, y entre éstas y la categoría de la nulidad y anulabilidad, por otro, se puede concluir que el funcionamiento de la nulidad y de la anulabilidad es el siguiente: el Juez valora la adecuación a Derecho de los actos jurídicos, de manera que apreciado un desajuste en el acto enjuiciado, cuya gravedad puede revestir diversos grados, cuenta con esas dos técnicas instrumentales en que se materializa el régimen jurídico procesal de eliminación de los actos irregulares, esto es, los diversos modos de convertir en ineficaz el acto inválido". En sentido similar cfr. Yélamos (2006), p. 80 y ss.; Gascón (2000) p. 892. De modo más indirecto y sólo relacionado con las garantías constitucionales se pronuncia Martín (1996), p. 126, al expresar que "(…) resulta posible afirmar que la nulidad, aún constituyendo una medida de extrema gravedad, no es, en última instancia, sino un medio encaminado a la salvaguarda de las garantías procesales las cuales a su vez, no tienen otra finalidad que la de hacer posible la consecución del objetivo último del proceso como instrumento idóneo para la resolución pacífica y equitativa de las controversias".

La nulidad procesal, como técnica instrumental, genera un mayor desplazamiento hacia el fundamento de la nulidad. Si por una parte, la teoría intrínseca explica que las nulidades procesales significan contrastar el acto procesal con su estructura orgánica legalmente regulada (requisitos de fondo y de forma, esenciales y accidentales, etc.), dejando de lado las limitaciones que impiden la proclamación de la ineficacia y, por otra, la teoría extrínseca explica que la nulidad procesal, desde un punto de vista instrumental, significa que el juez tendrá que hacer una valoración de las consecuencias originadas por el acto procesal defectuoso o viciado y aplicar la ineficacia cuando se cumplan los requisitos que la ley señala (desplazamiento hacia la ley); la nulidad como técnica instrumental introduce un nuevo elemento a considerar, que consiste en otorgar mayor importancia a los bienes jurídicos que resultan protegidos por el ordenamiento (desplazamiento hacia el fundamento valorativo o, bien, jurídico procesal protegido).

Así, en palabras de Ana María Lourido Rico,

> "si el mérito de la nulidad como categoría extrínseca al acto radicaba en haber desplazado la atención del acto a la ley procesal, en las teorías que conciben la nulidad como técnica instrumental de protección se acrecienta aún más ese desplazamiento y, sobre todo, se aprecia con nitidez la trascendencia que tiene, para la articulación legal concreta de la nulidad, el fundamento valorativo que se atribuya a la misma"[11].

Bajo esta concepción, la nulidad se produce por causas extrínsecas al acto procesal, es decir, por las consecuencias perjudiciales que causa el acto irregular inválido, lo que otorga flexibilidad al sistema anulatorio y lo adecúa a las necesidades del ordenamiento jurídico actual[12].

Esta conceptualización resulta ventajosa porque introduce criterios de valoración del acto irregular fundados en principios o elementos que se alejan de la estructura orgánica del acto procesal, pudiendo incorporar criterios teleológicos o finalistas y conceptos como el orden público[13] que pueden actuar como límites que obstaculizan la declaración de ineficacia[14].

¿Qué bienes jurídicos de naturaleza procesal son los que la nulidad quiere resguardar?

---

[11] Lourido (2004), p. 28.

[12] *Op. cit.*, pp. 27-28.

[13] Así lo sostiene Hernández (1995), p. 40.

[14] *Op. cit.*, p. 118, quien afirma: "esa catalogación de la nulidad como técnica de protección del ordenamiento, aplicada al derecho procesal, permite una correcta ubicación de la misma dentro de una visión finalista del proceso, actualmente mayoritaria".

Para responder dicha interrogante es necesario tener presente que los incidentes de nulidad pueden generarse por diversas razones, y su regulación ha sido paulatina. En efecto, existen incidentes para alegar un impedimento o fuerza mayor que impide a los litigantes actuar (art. 79 del *CPC* y 4 de la Ley n.° 21226), para que el demandado reclame la falta de emplazamiento (art. 80 del *CPC*), y el incidente de nulidad ordinario (art. 83 del *CPC*). Los tribunales, por su parte, tienen potestades para anular de oficio una determinada actuación o resolución judicial (arts. 83, 84, 775 del *CPC*). A lo anterior hay que adicionar ciertos trámites esenciales que la ley establece para los procedimientos tanto en primera como en segunda instancia cuya omisión acarrea la nulidad procesal (art. 768, 795, 796, 800 del *CPC*), y una serie de causales que permiten interponer el recurso de casación en la forma cuando la sentencia está viciada por alguna de las causales que menciona el art. 768 del *CPC*. Todo lo anterior es sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales tanto en el ámbitodel incidente de nulidad procesal como de los recursos de nulidad que pueden impetrarse contra ciertas resoluciones judiciales.

En todas las hipótesis antes mencionadas, la ley también ha establecido múltiples criterios que constituyen límites que impiden declarar la nulidad como, por ejemplo, la proporcionalidad o gravedad de la infracción, el cumplimiento de la finalidad asignada al acto procesal, la oportunidad para impetrar la reclamación, la buena fe de quien impetra la declaración de nulidad, la posibilidad de subsanación, la eventual convalidación, la necesidad que el vicio influya en la parte dispositiva de la sentencia, etcétera.

Estos criterios externos al acto procesal no son originarios del codificador procesal civil, sino que fueron introducidos gradualmente. En efecto, la regla de la existencia del perjuicio fue incorporada, en primer lugar, por la Ley n.° 7760, de 5 de febrero de 1944, al recurso de casación en la forma y, luego, por la Ley n.° 18705, de 24 de mayo de 1988, al incidente ordinario de nulidad. Esta última ley también incorporó otros criterios externos que limitan la declaración de nulidad, los cuales solo se apreciaban en la jurisprudencia, pero que carecían de un reconocimiento expreso en la ley, como son, por ejemplo, la buena fe y la convalidación expresa y tácita.

Desde la perspectiva de los bienes jurídicos que la nulidad procesal intenta proteger, podemos afirmar que constituye un instrumento al servicio del debido proceso, aseveración que permite analizar los derechos y garantías de los litigantes en los diversos momentos del procedimiento, esto es, que desde un inicio se observen o verifiquen la concurrencia de los presupuestos procesales, que durante el transcurso del procedimiento se salvaguarden los derechos y garantías de los litigantes con el objetivo de llegar a la solución justa del conflicto intersubjetivo y que, al momento de dictar sentencia, el

juez cumpla con una serie de pautas, contenidas en el ordenamiento jurídico, con la finalidad que aquella sea congruente con el objeto del proceso y debidamente fundada.

En consecuencia, el proceso, al ser un instrumento de la función jurisdiccional, está creado para que actúe la jurisdicción, conociendo, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado con el objetivo de tutelar los derechos e intereses legítimos que las partes hagan valer a través del ejercicio de la acción. En ese contexto, para que este instrumento logre su función, es necesario que se observen los requisitos de validez de la relación procesal y que durante el curso del proceso se reguarden los derechos y garantías procesales de los sujetos que en él intervienen[15].

IV. Forma como se determinan los bienes jurídicos que resguarda la nulidad procesal

Son escasos los autores que al momento de estudiar los actos procesales y sus ineficacias se detienen a analizar la finalidad de tal regulación o desentrañar cuáles son los objetivos del régimen de nulidad[16].

Para explicar el fundamento de la nulidad procesal, los comentaristas ortodoxamente contraponen dos principios jurídicos: seguridad y justicia.

El principio de seguridad o certeza jurídica explica que aquellos actos que adolecen de un vicio no siempre deben ser reprochados por la ley, sino que tal calificación dependerá de las consecuencias graves generadas por el acto nulo y cómo estas infringen los principios, derechos y garantías de las partes. La seguridad jurídica también implica limitar la oportunidad en que se puede impetrar la declaración de nulidad dando lugar a hipótesis de convalidación expresa o tácita de los actos irregulares y, en un determinado momento, cerrar la posibilidad de impugnar la actividad procesal defectuosa.

La presencia de actividad procesal irregular puede poner en riesgo los derechos y garantías de las partes o, bien, un principio procesal reconocido por el ordenamiento jurídico, en cuyo caso la nulidad no debe actuar porque

[15] Respecto a los distintos niveles de protección véase Hernández (1995), pp. 114-129. En conclusión, el autor afirma: "la distinción entre estos dos planos aporta un nuevo dato para determinar el ámbito de aplicación coherente de la nulidad en el proceso. La nulidad se sitúa en un plano anterior al de la injusticia. Su ámbito de protección se extiende a lo que el legislador considera el íter correcto para llegar a una resolución justa: el proceso con todas sus garantías", *op. cit*., p. 129.

[16] Sobre los fundamentos de la nulidad en nuestro ordenamiento procesal véase Colombo (1997), pp. 442, 458-463; Salas (2004), p. 73; Cortez (2006), pp. 138–302; Rieutord (2007), pp. 11-80; Martín (1996), pp. 124-138; Lourido (2004), pp. 47-64.

aún no se produce la vulneración de los mismos. En tal evento, la seguridad jurídica llama a que actúe alguna forma de convalidación del acto irregular, fomentándose la estabilidad del acto y el desarrollo del proceso[17]. Distinta es la solución en aquellos casos en que se infringen esos derechos, garantías y principios procesales porque forja un perjuicio trascendente para alguna de las partes, debiendo disponerse la subsanación del vicio o, en su defecto, que actúe la nulidad, privilegiándose la justicia del enjuiciamiento, un debido proceso, retrotrayendo el procedimiento a un estado pretérito con el objetivo que la parte indefensa ejerza el derecho que se le transgredió.

La doctrina se ha referido al fundamento de la nulidad con distintos énfasis. Juan Colombo Campbell es de la opinión que la nulidad procesal

> "es el instrumento que permite restablecer el imperio de las garantías constitucionales y la vigencia real del derecho, cuando en el proceso se han cometido vicios o infracciones que violentan la igualdad ante la ley o desequilibran la igual protección en su ejercicio"[18].

Julio Salas Vivaldi afirma que el fundamento de la nulidad

> "…no es otro que proteger el ordenamiento jurídico que rige el proceso, lograr el respeto de las normas procesales, y ello no sólo interesa a los litigantes perjudicados con la irregularidad del acto, sino también a la sociedad toda, que descansa y está estructurada por este ordenamiento jurídico que ella misma se ha dado"[19].

---

[17] Esto mismo ocurre si analizamos teleológicamente el proceso, pues durante el procedimiento habrán actuaciones procesales que, si bien son irregulares o defectuosas, sin embargo, logran cumplir su fin, quedando sus efectos amparados por el ordenamiento. En estas hipótesis, el derecho o garantía que se pretende proteger a través de las formalidades y requisitos de los actos procesales solo estuvieron en peligro de ser vulnerados, en cuyo caso no deben ser declarados ineficaces.

[18] Colombo (1997), tomo II, p. 442.

[19] Salas (2004), p. 73. Hacemos presente que el autor, en la primera edición de su libro *De los incidentes y en especial el de nulidad procesal*, pp. 90-91, afirma –aludiendo a la finalidad de la nulidad procesal– : "Hemos manifestado que los actos procesales no son otra cosa que instrumentos destinados a darle forma al juicio, contribuyendo a su justa decisión. La conveniencia social indica que para llegar a ella es necesario que estas actuaciones o actos sean realizados en la forma que determina la ley. Las normas que rigen el proceso, por lo general, miran el interés público y su aplicación no queda sujeta al arbitrio de los litigantes. Si ellas no se cumplen, los actos resultan viciados, luego no son los medios adecuados para llegar a una justa decisión del juicio. […]. En resumen, la finalidad de la nulidad procesal es restarle valor a una actuación viciada, a destruirla, a tenerla como no sucedida. Sus efectos interesan no solo a los litigantes que buscan justicia, sino también a la sociedad toda, que está estructurada por el respeto que se debe a las normas que ella misma se ha dado. La nulidad en el procedimiento tiene por objeto su protección, mantener un debido ordenamiento jurídico, y ello se consigue,

Este último autor agrega:

> "si observamos con cuidado la justificación de la nulidad procesal deberemos concluir que a través de ella se resguarda la garantía constitucional del llamado 'debido proceso', que, tomando como base la Carta Fundamental, podemos enunciar –aunque pecando de simpleza– como que: 'Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado' (art. 19, N° 3, inciso 5°)"[20].

En el derecho comparado es destacable la opinión de Ana María Lourido Rico quien explica que el fundamento valorativo de la nulidad consiste en la combinación de dos valores básicos del derecho, la seguridad jurídica y la justicia. La autora sostiene:

> "...esta combinación no responde a una fórmula matemática fija e inamovible, no se puede decir que la nulidad responde en una proporción *x* a la seguridad jurídica y en una proporción *y* a la justicia, sino que la 'proporción' dependerá de la normativa concreta sobre la nulidad, del caso real al que ha de aplicarse esa regulación"[21].

También se refiere al fundamento de la nulidad Jesús Miguel Hernández Galilea, quien afirma que el ámbito de protección de ésta "...se extiende a lo que el legislador considera el íter correcto para llegar a una resolución justa: el proceso con todas las garantías"[22].

De un modo concreto, consideramos que, si analizamos separadamente los principios de seguridad jurídica y justicia formal, no llegaremos a una conclusión atendida la variedad de casos. En efecto, en algunos parece que un principio prima sobre el otro, pero en otros casos, la cuestión es al revés. Por lo mismo, la respuesta debe encontrarse en el ordenamiento jurídico procesal.

El sistema anulatorio combina los principios de seguridad jurídica y justicia, pretendiendo obtener tanto un enjuiciamiento justo como seguridad jurídica. Su función es que los actos procesales se desarrollen de acuerdo con la legalidad vigente con el objetivo de asegurar, en todos los momentos

en parte, cumpliendo las normas procesales en la forma determinada por la ley y estableciendo sanciones en caso de contravención". Creemos que la explicación precedente revela que el autor, en un principio, entendía la nulidad desde un punto de vista intrínseco, apegado a la infracción de las formas procesales, no obstante, su opinión en las ediciones más modernas de su libro ha variado, incorporando el concepto de debido proceso como finalidad de la nulidad procesal, pasando de una nulidad intrínseca a una extrínseca.

[20] *Op. cit.*, p. 73. En similar sentido Tavolari (2000), pp. 258-261.

[21] Lourido (2004), p. 51.

[22] Hernández (1995), p. 129.

jurisdiccionales, la protección de los derechos y garantías de los justiciables. Por tal razón, la declaración de ineficacia procederá solo cuando a las partes se les vulneren ciertos derechos o garantías procesales, contribuyendo a un juzgamiento justo (justicia formal) y que, transcurrido un límite temporal, lo resuelto adquiera seguridad jurídica (preclusión, cosa juzgada).

En consecuencia, la respuesta debe encontrarse en la justa sincronización entre la seguridad y la justicia[23], logrando un punto de equilibrio[24]. En esta justa medida aparece el fundamento de la nulidad procesal: por un lado, que el proceso se desarrolle de modo adecuado, generando estabilidad, otorgando seguridad jurídica y, por otro, que a través del debido proceso se obtenga la justicia en la decisión definitiva[25].

---

[23] Véase Santamaría (1975), pp. 52–53, explica que en el ámbito de sistema, cuando predomina la seguridad jurídica manteniendo a ultranza la estabilidad, se califica la nulidad como pena, como técnica sancionatoria que debe ser restringida y limitada con base al dogma de la libertad. Esto tiene como consecuencia que se admitan solo las ineficacias tipificadas de forma expresa por el ordenamiento y, además, tales supuestos deben interpretarse restrictivamente. Por el contrario, dar prevalencia a la justicia, supone estimar positivamente la nulidad. Se trata, entonces, la nulidad no como sanción, sino como técnica de defensa del orden jurídico. Así, estaremos ante un supuesto de ineficacia siempre que el orden jurídico se vea afectado, al margen de que la ley lo establezca como nulidad de forma expresa. En el plano interpretativo cabrá en esta segunda concepción la interpretación analógica de los supuestos de ineficacia. En este mismo sentido, véase Yélamos (2006), p. 42 y ss., al sostener: "partiendo de la existencia de un límite temporal, que frena la operatividad del valor justicia, el teórico de la nulidad procesal se encuentra, antes o después, con la necesidad de ponderar los principios seguridad jurídica–justicia". Esta misma línea sigue Lourido (2004), pp. 2 y 3, quien expresa –refiriéndose a la justicia y a la seguridad jurídica–: "sólo desde la comprensión de lo que significan ambos valores y de la importancia relativa que se concede a cada uno de ellos puede llegarse a entender la regulación de ciertas instituciones, el porqué del fracaso de la puesta en práctica de otras, y a realizar propuestas constructivas de cara a una mejora futura, tanto de su regulación como de su operatividad".

[24] Así lo expresa Martín (1996), p. 126. En el mismo sentido Santamaría (1975), p. 53; Lourido (2004), p. 64; Hitters (2001), pp. 182-185.

[25] Las limitaciones que existen para declarar la nulidad procesal y el fundamento de la misma quedan de manifiesto en la siguiente sentencia, CA. de Santiago, 24 de junio de 2003, *GJ*. n.° 276. Santiago, 2003, p. 113 y ss., también en *RDJ*. tomo C, sec. 2ª. Santiago, 2003, pp. 88-91), que expresó: "3°.- Que el ejercicio de la función correctora que la ley entrega a las partes y en forma excepcional a la iniciativa del juez, debe entenderse *limitada por la aplicación de una serie de principios de orden procesal, rectores en materia de nulidades de esta índole, tales como el de convalidación o subsanación, preclusión, trascendencia y protección, principios que, respectivamente, obstan a la declaración de nulidades en aquellas situaciones en que la parte que pueda estimarse perjudicada por las actuaciones supuestamente irregulares, las convalida por medio de su voluntad o consentimiento expreso o tácito, o si no impugna el acto procesal viciado en tiempo y forma, no obstante haber tenido conocimiento de su realización o, finalmente, si la violación de las formas procesales de que se trate, no han provocado indefensión o causado*

V. Conclusión

El debido proceso, en nuestra opinión, tiene un correcto tratamiento en la Constitución. Una reforma sobre su contenido es al menos discutible y debe reflexionarse si es o no necesaria, en especial si se tiene en consideración que por la vía de los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes se ha incorporado una serie de derechos y garantías judiciales, algunos de los cuales no tienen un tratamiento o reconocimiento expreso en nuestra Carta Fundamental.

Una eventual reforma al debido proceso, ampliando los derechos que lo integran o componen, debe previamente considerar reformas legales tanto en el ámbito orgánico como funcional. De lo contrario, la simple adición de garantías procesales para los justiciables solo significará el reconocimiento de una frase correcta y bien intencionada, pero que en la práctica no podrá cumplirse y será letra muerta.

Por otro lado, consideramos que la mayoría de los derechos y garantías esenciales que deben respetarse en todo procedimiento judicial pueden protegerse a través de un mecanismo típico perteneciente al derecho procesal:

perjuicios ciertos y efectivos; 4°.- Que, entonces, las nulidades procesales deben ser adoptadas con suma cautela y para casos realmente graves, como cuando se trata de superar situaciones generadoras de indefensión o de manifiesta injusticia, mas no pueden justificarse si sólo miran a la perfectibilidad del procedimiento, retrotrayéndolo –como se pretende– desde la avanzada en que se encuentra a etapas de recomienzo, con pérdidas de tiempo considerable en la obtención de una solución que debió ser, por el contrario, rápida, expedita y eficaz; 5°.- Que, así por lo demás, todas las reformas y doctrinas procesales tienden a evitar esos retrocesos, siendo lejanos los tiempos del rigorismo procesal extraordinariamente formal, en que cualquier error podía acarrear la pérdida del proceso y/o la validez del fallo, razonamiento que en tal sentido recoge el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto faculta al Tribunal para desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo; 6°.- Que, en consecuencia, *perseguir una nulidad cuando la parte no ha sufrido ningún perjuicio con la presunta imperfección del acto –omisión del último dígito en el año y señalamiento de un valor algo superior al mínimo– no sería más que acceder a un preciosismo jurídico inadmisible, puesto que 'la forma por la forma', es un principio ajeno al derecho actual y moderno*; 7°.-Que, tal como se ha expresado, el legislador ha sido riguroso con la nulidad procesal, exigiendo celeridad en su alegación y admitiéndola en todos aquellos casos en que exista un vicio que irrogue a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad, exigencias que no se divisan en la gestión del articulista [...]; 8°.- Que de lo anterior se sigue que la *nulidad procesal solo procede para superar situaciones realmente graves y no tiene justificación por el solo afán de la mera perfección de los actos procesales, si tales imperfecciones o violaciones de las normas no han provocado la indefensión o causado perjuicios ciertos y efectivos, exigencias que, por cierto, constituyen el fundamento de toda protección jurídica* [...]".

la nulidad procesal. No es el único mecanismo que existe, pues también se pueden agregar, entre otros, la acción de protección, la acción o recurso de amparo, el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, etcétera.

La ineficacia no es una consecuencia práctica que deriva automáticamente de la invalidez, sino del resultado de un pronunciamiento judicial que actúa cuando el ordenamiento jurídico dispone o manda la aplicación de la sanción. De un modo concreto, la nulidad no es un grado de ineficacia, sino que una técnica de protección del ordenamiento que regula el tratamiento jurídico de los actos que adolecen de irregularidades invalidantes y que, en consecuencia, cuando actúa la sanción convierte en ineficaz las consecuencias del acto inválido.

Esta manera de comprender la nulidad resulta satisfactoria al analizar las consecuencias graves que genera un acto procesal individual o el proceso como acto procesal complejo. Por otra parte, el carácter instrumental del proceso ayuda a comprender que la nulidad procesal está al servicio de los litigantes para proteger sus derechos y garantías procesales, con el objetivo que durante todo el desarrollo del procedimiento exista un debido proceso. A través de esta interpretación, se manifiesta la finalidad de las formas procesales, como exigencias o formalidades que el ordenamiento procesal establece con el propósito de buscar el cumplimiento de una determinada finalidad, protegiendo en todo momento los derechos y garantías de las partes y proscribiendo aquellas interpretaciones de carácter formalista o ritualista que pretenden obstaculizar el correcto desenvolvimiento del procedimiento.

Bibliografía

Agudelo Ramírez, Martín (2006). "El debido proceso". *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. tomo xviii. San Sebastián.

Bordalí Salamanca, Andrés (2009). "Justicia del proceso y de la sentencia civil", en Jaime Carrasco Poblete (dir.). *La reforma procesal civil en Chile, Cuadernos de Extensión Jurídica*. Santiago: Universidad de los Andes, n.º 16.

Bordalí Salamanca, Andrés (2011). "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial". *Revista Chilena de Derecho*. vol. 38, n.° 2. Santiago.

Bordalí Salamanca, Andrés (2014). "Primera parte: cuestiones preliminares", en Andrés Bordalí, Gonzalo Cortez, Diego Palomo (dirs.). *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2ª ed. Santiago: La Ley/Thomson Reuters/Legal Publishing.

Carocca Pérez, Alex (1997). "Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno". *Ius et Praxis*. Año III, n.° 2. Talca.

Carrasco Poblete, Jaime (2011). "La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno". *Revista de Derecho*. Año 18, n° 1. Coquimbo.

Carrasco Poblete, Jaime (2015). "El régimen de nulidad procesal en el proyecto de ley de nuevo Código de Procedimiento Civil", en Sofía Romero Rodríguez (coord.). *Reforma procesal civil y experiencia española*. Santiago: La ley/Thomson Reuters.

Carrasco Poblete, Jaime (2019). *La nulidad procesal en el derecho procesal civil chileno. Técnica protectora de los derechos y garantías de las partes y terceros técnicos.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Colombo Campbell, Juan (1997). *Los actos procesales.* Santiago*:* Editorial Jurídica de Chile.

Cortez Matcovich, Gonzalo (2006). *El recurso de nulidad, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Lexis-Nexis.

Duce, Mauricio, Felipe, Cristián Marín Riego (2008). "Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información", en Andrea Cabezón P., Sandra Araneda J. (coords.). *Justicia civil: perspectivas para una reforma en América Latina*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Evans de la Cuadra, Enrique (1986). *Los derechos constitucionales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Fermandois Vöhringer, Arturo (2009): "Debido proceso y bilateralidad de la audiencia: Rigurosidad o flexibilidad", en Jaime Arancibia Mattar, José Ignacio Martínez (coords.). *La primacía de la persona*. Santiago: Legal Publishing/Abeledo Perrot.

García Pino, Gonzalo, Pablo Contreras Vásquez (2013). "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno". *Estudios Constitucionales*. Año 11, n.° 2. Talca.

García Ramírez, Sergio (2010): "El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Raúl Tavolari Oliveros (dir.). *Derecho procesal contemporáneo*. *Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Gascón Inchausti, Fernando (2000). "Capítulo IX. De la nulidad de actuaciones judiciales", en Miguel Ángel Fernandez Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombau (coords.). *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil.* Barcelona: Iurgium Editores/Atelier.

Gorigoitía Abbott, Felipe (2013). "El perjuicio reparable sólo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles". *Revista de Derecho*. vol. XL. Valparaíso.

Hernández Galilea, Jesús Miguel (1995). *La nueva regulación de la nulidad procesal*. Oviedo: Forum.

Hitters, Juan Carlos (2001). *La revisión de la cosa juzgada*. 2ª ed. La Plata: Librería Editora Platense.

López Masle, Julián (2006). "Debido proceso en Chile: Hacia un principio generador de reglas" en Andrés Bordalí Salamanca (coord.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Santiago: Lexis Nexis.

Lourido Rico, Ana María (2004). *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*. 2ª ed. Granada: Comares.

Martín de la Leona Espinosa, José María (1996). *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil*. 2ª ed. Colex: Madrid.

Navarro Beltrán, Enrique (2011). "El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Jaime Arancibia Mattar, José Ignacio Martínez Estay, Alejandro Romero Seguel (dirs.). *Litigación Pública*. Santiago: Abeledo Perrot/ Thomson Reuters.

Navarro Beltrán, Enrique, Carlos Carmona Santander (2011). "Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)". *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, colección Conmemoración 40 años del Tribunal Constitucional, 1971-2011. n.° 45. Santiago: Tribunal Constitucional.

Rieutord Alvarado, Andrés (2007). *El recurso de nulidad en el proceso penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Salas Vivaldi, Julio (2004). *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*. 7ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Santamaría Pastor, Juan (1975). *La nulidad de pleno derecho en los actos administrativos (Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*. Madrid: Instituto de estudios administrativos.

Tavolari Oliveros, Raúl (2000). "La nulidad procesal en el derecho actual", en Raúl Tavolari Oliveros. *El proceso en acción*. Santiago: Libromar Ltda.

Vargas Pavez, Macarena, Claudio Fuentes Maureira (2018). *Introducción al derecho procesal. Nuevas aproximaciones*. Santiago: Ediciones Der.

Yélamos Bayarrí, Estela (2006). *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*. Barcelona: Atelier.

Zapata, Patricio (2008). *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

EL RECURSO DE PROTECCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL: IDEAS PARA TERMINAR CON SU FRAGMENTACIÓN Y MEJORAR SU PROCEDIMIENTO

THE INJUCTIVE RELIEF IN ENVIRONAMENTAL MATTERS: IDEAS TO END THE SEGMENTATION AND TO IMPROVE ITS PROCEDURE

Edesio Carrasco Quiroga[*]

Resumen: En este trabajo se analiza el estado actual de la regulación de la acción constitucional (recurso de protección) para cautelar el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Se revisan sus cambios normativos y la forma en que la Corte Suprema se ha ido acercando a esta acción en las últimas décadas. Asimismo, se identifican los actuales problemas que hoy enfrenta y se proponen ciertas vías de solución que pueden contribuir en el itinerario constituyente que Chile inicia.

Palabras claves: recuso de protección, evolución, fragmentación, procedimiento.

Abstract: This work analyzes the current of the injuctive relief to protect the right to live to protect the right to live in a pollution-free environment. Its regulatory changes and the way in which the Supreme Court has been approaching this action in recent decades are reviewed. Likewise, the current problems that it faces today are identified and certain solutions are proposed contribute to the constituent itinerary that Chile is beginning.

Keywords: Constitutional action, Evolution, Fragmentation, Procedure.

[*] Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y en la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: ecarrasc@uc.cl

I. Introducción

La actual Constitución Política de la República (CPR o Constitución) reconoce en su art. 19 n.° 8 el derecho a toda persona de vivir en un ambiente libre de contaminación. Asimismo, dispone el deber del Estado de velar para que el derecho señalado no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza. Al concluir dicho artículo, la CPR establece que la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el ambiente.

Por su parte, el art. 20 de la CPR junto con establecer un mecanismo para proteger y resguardar los derechos y garantías constitucionales mediante el recurso de protección, dispone en su inciso segundo, lo siguiente:

> "Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

De esta manera, el que por causa de actos u omisiones ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, imputable a una autoridad o persona determinada, podrá por medio del recurso de protección recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva para que se restablezca el imperio del derecho. Ello, sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Considerando el debate constitucional que Chile ha iniciado hace un tiempo y que el itinerario constituyente probablemente profundizará, conviene analizar no solo la forma en que la eventual CPR reconocerá un conjunto de derechos, sino, además, cómo los cautelará. En materia ambiental esta discusión es en particular importante, ya que más allá del derecho que finalmente se reconozca, al mismo tiempo es pertinente que se mantenga una acción que resguarde su ejercicio. Lo anterior no es trivial y requerirá un análisis riguroso, tanto en el ámbito general (régimen general de acciones) como particular (qué derechos y en qué extensión podrán ser cautelados por los tribunales de justicia). Tomando en cuenta lo anterior, a continuación se revisa el recurso de protección ambiental en su dimensión orgánica, procedimental y sustantiva, describiendo sus líneas esenciales y las tendencias vigentes. Junto a ello, se analizan los actuales problemas que esta acción presenta en materia ambiental, aportando algunas notas distintivas para su futura regulación sobe la base de la experiencia que, hasta ahora, se ha tenido a la vista. Al terminar, se previenen algunas consideraciones procesales, orgánicas y sustantivas, especialmente en cuanto al papel de los jueces en

materia administrativa y ambiental, las que se consideran oportunas cualquiera sea la regulación que finalmente se adopte.

II. Generalidades del recurso de protección

El recurso de protección está reconocido en el art. 20 de la CPR y dispone lo siguiente:

> "Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°,12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.
>
> Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

Esta disposición es fruto de la estructura establecida en el acta n.º 3 de 1976 sobre Derecho y Deberes Constitucionales (DL n.º 1552), de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, norma que tuvo su origen en la moción parlamentaria que los diputados Diez, Jarpa, Arnello, Lorca y Undurraga propusieron el año 1972 al Congreso Nacional. El objetivo de dicha propuesta legislativa fue ampliar la acción de amparo a otros derechos, distintos de la libertad personal y la seguridad individual.

Si bien este proyecto de ley no prosperó debido al quiebre institucional de 1973, las ideas matrices de este sí fueron consideradas luego por la Junta de Gobierno al momento de diseñarse una acción de amparo o tutela general que pudiese interponerse para amparar los derechos fundamentales en sentido amplio[1].

Se trata, hoy, en palabras de Humberto Nogueira, de una acción cuya interpretación

[1] Véase Peña (2014), pp. 33-34.

> "sistemática, armónica y finalista del artículo 20 y 5° de la Constitución, en relación con los artículos 1° y 8° y 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos",

constituye un derecho

> "esencial de la persona humana a la tutela jurisdiccional, dentro de un proceso constitucional, a través de un procedimiento rápido y eficaz en protección de los derechos constitucionales, ante actos u omisiones arbitrarios o ilegales a través de los cuales una persona sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales y de las garantías expresamente señalados en la Carta Fundamental",

todo por medio de un "procedimiento especial, breve y sumario, ante la Corte de Apelaciones respectiva"[2].

En la misma línea, Mario Mosquera y Cristián Maturana, han indicado que esta acción es:

> "aquella... que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes"[3].

En síntesis, se puede decir que esta es una acción de naturaleza cautelar de ciertos derechos fundamentales (no todos), mediante un procedimiento breve y sumario, para que un tribunal (Corte de Apelaciones), de manera urgente, restablezca el imperio del derecho si una persona es privada, perturbada o amenazada en el ejercicio legítimo de su o sus derechos (no disputados), pudiendo el tribunal brindar protección al afectado. Debe tratarse, además, de una infracción patente, manifiesta, grave y palmariamente antijurídica.

Por lo tanto, no es una vía para declarar, constituir ni tampoco para resolver aspectos interpretativos[4]. Es una acción rápida y eficaz para tutelar

[2] Nogueira (2007), p. 89.

[3] Mosquera y Maturana (2010), p. 411.

[4] En tal sentido, es ilustrativa la reciente sentencia de la Corte Suprema, rol 62948-2020, que dispuso: "Séptimo: Que, como se advierte, la controversia reside en la correcta interpretación de los artículos 1° y 3° del Decreto Ley N° 3.516 de 1980, del artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, y del artículo 2.1.19 N° 3 de la OGUC,

los derechos constitucionales que la CPR permite amparar por medio de esta vía, a través de un procedimiento rápido e informal, que no excluye el uso de otras acciones, recursos o procedimientos.

Es una acción respecto de la cual, una vez presentada, el tribunal analiza los antecedentes y luego falla sobe la base de la sana crítica, pudiendo, si así lo estima, adoptar una orden de no innovar o provisional mientras se discute el fondo del asunto. Es un procedimiento que carece de un término probatorio y de una instancia contradictoria o bilateral propiamente tal, al menos en los términos procesales tradicionales, pese al informe que debe evacuar la persona natural o jurídica recurrida. Al concluir este procedimiento, la sentencia dictada produce cosa juzgada formal, por lo tanto, es provisoria, como toda solución de emergencia, pudiendo dejar de producir sus efectos si las circunstancias que la justificaron cambian o dejan de existir. Esta podrá ser apelada ante la Corte Suprema, la que puede confirmar o revocar esa decisión, poniendo termino al procedimiento.

Se hace presente que los aspectos procedimentales de esta acción están regulados en el auto acordado de fecha 26 de septiembre de 2018 (acta n.º 173-2018) de la Corte Suprema, que reemplazó al primer auto acordado que reguló esta acción (de 29 de marzo de 1977), el que fuera, también, varias veces modificado en el intertanto.

Dentro de los aspectos relevantes de este documento, está el plazo de treinta días para la interposición de la acción, el que se ha mantenido inalterado desde un inicio, pese a que este ha sido relativizado por el presidente de la tercera sala de la Corte Suprema. en el último tiempo, pues, en su opinión, en función de los derechos que garantiza esta acción, el ejercicio de estos no debiese estar condicionado por la existencia de un plazo para la vigencia de estos[5].

conflicto que –por su propia naturaleza– excede con creces los márgenes de la presente acción constitucional. A consecuencia de lo anterior, es manifiesto que la recurrente y los terceros coadyuvantes carecen de un derecho indubitado que deba ser protegido mediante esta acción cautelar, excepcional y de urgencia, la que no constituye una instancia de declaración de derechos, sino de protección de aquellos que, siendo incontrovertibles, se vean amagados en su legítimo ejercicio por actos u omisiones ilegales o arbitrarios, en los términos del artículo 20 de la Constitución Política de la República".

[5] Se deja constancia que Sergio Muñoz, presidente de la Tercera Sala Constitucional de la Corte Suprema, ha indicado sostenidamente en el último tiempo que no reconoce aplicable al plazo de treinta días para interponer un recurso de protección, establecido en el auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección, dado que, como ha señalado en distintos votos de minoría, a su juicio no se "puede restringir el acceso a la justicia de quienes recurren a los tribunales, por así disponerlo una determinación de la Corte Suprema, puesto que entiende que el principio de igualdad ante la ley y la justicia, el de no discriminación y el de dignidad de todas las personas así se lo impone", añadiendo que el plazo de treinta días

En perspectiva, no cabe duda que ha sido una extraordinaria herramienta en la protección de derechos. No es una materia, en principio, que despierte controversias, más allá de ajustes o precisiones que puedan hacérsele al texto que eventualmente se adopte. Ha cumplido un papel insustituible en la protección de derechos tanto en dictadura como en democracia. Y ha sido un vehículo que, pese a sus imperfecciones procedimentales y el margen de apreciación amplio que entrega a los tribunales, ha cumplido un papel importantísimo en las últimas décadas en la configuración del contencioso-administrativo chileno.

En otras palabras: no ha sido un cerrojo para tener más y mejor protección de los derechos, sino una herramienta para fortalecerlos y ampliarlos, como de hecho ha ocurrido en materia ambiental. Ha sido, como lo ha planteado Jorge Bermúdez, una acción que:

> "...ha operado como un paliativo a la inexistencia de un contencioso-administrativo general, y se ha tenido que vincular la ilegalidad de un acto administrativo con la privación, perturbación o amenaza de un derecho amparado por la acción de protección"[6].

En términos similares se refería Enrique Navarro en el año 2012, al indicar que, a treinta y cinco años de vigencia de esta acción, ella había permitido "el incremento de las acciones". Para ello añadía que de "...unas pocas decenas –a fines de los setenta– a más de 30.000 anuales –en la actualidad–", las que se refieren a

> "diversas situaciones vinculadas a bienes jurídicos tan importantes como la vida, igualdad, privacidad, libertad y propiedad, siempre y cuando se trate de derechos indubitados"[7].

Lo anterior se ha traducido en que esta acción sea considerada como el mecanismo general de impugnación de las actuaciones u omisiones de la autoridad que afectan derechos fundamentales. Este procedimiento de protección se ha transformado, para los actos de la Administración, en un contencioso anulatorio, cuya importancia, como acción de control de los actos de la Administración del Estado, ha sido fundamental.

"excluye del acceso a la justicia a quienes interpongan el recurso de protección con posterioridad", en Corte Suprema, rol 16990-2019. El mismo criterio ha mantenido el ministro Sergio Muñoz en los votos de minoría de las sentencias dictadas en las causas Corte Suprema, rol 17465-2019; Corte Suprema, rol 17734-2019 y Corte Suprema, rol 18720-2019.

[6] Bermúdez (2011), p. 458.

[7] Navarro (2012), p. 619.

III. Estructura en materia ambiental

1. Continuidad y cambio

En un inicio, la disposición constitucional contemplada en el inciso segundo del art. 20 de la CPR, disponía que la acción de protección para vivir en un ambiente libre de contaminación procedía solo contra los "actos" que fuesen conjuntamente "ilegales y arbitrarios". Se trataba de una disposición que omitía una eventual omisión que pudiese generarse por una persona o autoridad determinada. De igual forma, obligaba a que esos actos, más allá de la redundancia, fuesen, al mismo tiempo, "ilegales y arbitrarios", obligando a que se configurará una doble antijuridicidad. Esta redacción restrictiva, de acuerdo con lo señalado por Enrique Evans, se pensó, en su oportunidad, para evitar su uso con un

> "...propósito de lucro, sometiendo a una presión ilegítima a actividades que, desarrollándose dentro de la ley, puedan, en algún momento o en ciertas circunstancias, ocasionar, actual o eventualmente, un daño ecológico, sin la intención específica de hacerlo"[8].

Hoy, la disposición es distinta. Producto de la reforma constitucional del año 2005[9] se modificaron, entre otras disposiciones constitucionales, esta norma, permitiendo que pueda ser interpuesta contra actos u omisiones, ampliando su perímetro y alcance. Este cambio terminó, además, con la doble antijuridicidad antes descrita (ilegalidad y arbitrariedad), radicando solo en ilegalidades la causa o justificación para su interposición, ello en la medida que ese acto u omisión pueda ser imputado a una persona o autoridad determinada. En lo demás, la reforma mantuvo inalterada las restantes disposiciones.

Sin perjuicio de esta reforma, es importante aclarar que la posición de la Corte Suprema no varió mayormente en cuanto a su aproximación a los asuntos ambientales o en cuanto al control de una resolución de calificación ambiental (RCA) por haberse modificado la CPR en este aspecto. No fue sino hasta ya entrado el año 2009, marcando una tendencia hasta nuestros días, al dictarse la sentencia referida a la "Central Campiche"[10], que comien-

[8] Evans (1986), p. 160.

[9] Ley n.° 20050. Es importante indicar que esta reforma constitucional no solo abarcó un conjunto de otras materias de rango constitucional, sino, además, el texto finalmente aprobado, en esta materia, ya había sido acordado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado el 10 de agosto de 1999, por lo que ya existía, desde mucho antes, un acuerdo en cuanto a modificar este inciso y ampliar las hipótesis del recurso de protección en materia ambiental.

[10] Corte Suprema, rol 1219-2009.

za a producirse un cambio en los estándares de revisión que el máximo tribunal utilizará, al controlar el procedimiento de evaluación ambiental.

En síntesis: se trató de un cambio que, en lo inmediato, no modificó la tendencia que, desde la década de 1990, el máximo tribunal tenía respecto del ejercicio de esta acción, época marcada, en general, por una deferencia técnica hacia a la Administración del Estado. Periodo en que los actos materiales eran los únicos que podían motivar una eventual acción cautelar y no era posible reemplazar institucionalmente a la autoridad en sus atribuciones, considerando el excesivo carácter técnico que en esos años los tribunales asignaban a estas materias.

Por lo tanto, compartiendo el sentido, alcance y la amplitud de la reforma en esta materia, lo cierto es que no generó, en concreto, un cambio jurisprudencial o actitudinal, por parte de la Corte Suprema en lo inmediato. En consecuencia, siendo relevante esta disposición, al garantizar con un apartado específico la acción que garantiza el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, lo cierto es que la aproximación del más alto tribunal en este ámbito ha sido evolutiva, no advirtiéndose que esta modificación haya generado un hito o haya recibido un tratamiento diferenciado, ya sea fijando límites o ampliando las fronteras del ejercicio de este derecho. Ha sido la regulación general del recurso de protección y sus respectivas reglas contenidas en el auto acordado ya indicado, la fuente que al final la Corte Suprema ha utilizado en su mayor parte al fallar en materia ambiental, bajo una lógica más vinculada al control del contencioso-administrativo, más que a una especificidad ambiental. De hecho, no se advierten sentencias, en los últimos quince años, que, por ejemplo, rechacen recursos de protección ambiental por no individualizar a una autoridad o persona determinada, pese a que no se trata de una acción popular.

Tampoco se aprecia un análisis acabado sobre la legitimación pasiva de los recurridos en materia ambiental, lo que es entendible bajo el contexto de la protección de derechos amplia y finalista que el máximo tribunal ha desarrollado en la última década, pese a que la afectación concreta de este derecho no ha recibido una densidad argumentativa sofisticada y precisa. Se advierte, eso sí, últimamente, una tendencia marcada por hacer efectivas las omisiones y coordinaciones necesarias de la Administración del Estado en materia ambiental, cuyos casos paradigmáticos pueden ejemplificarse en Puchuncaví-Quintero[11], Humedales[12] y Cierre Temporal de Pascua Lama[13].

[11] Corte Suprema, rol 5888-2019.

[12] Corte Suprema, rol 118-2018.

[13] Corte Suprema, rol 58971-2016.

Lo expuesto cobra sentido, pues no es posible comprender el derecho ambiental y en general el derecho administrativo, sin entender su jurisprudencia. Su contenido, al final, se entiende desde lo que los tribunales de justicia han resuelto. Las reglas, incluso las de carácter constitucional, como la analizada, no son ni han sido suficientes para asimilar de manera correcta como opera, tanto en términos sustantivos como procedimentales, esta acción. Por ende, la utilidad, conveniencia y eventuales ajustes a esta regla constitucional deben pensarse desde cómo los tribunales de justicia hoy entienden, en concreto, el ejercicio de este derecho. Para ello, revisar la experiencia pasada y presente, es esencial. Esto, ya que si algo debe caracterizar nuestro proceso constituyente y, en particular, lo referido al régimen de acciones y recursos que tengan por objetivo cautelar derechos, es la aproximación pragmática de quienes participen del mismo, no olvidando los límites que el derecho y la realidad siempre imponen, dejando a un lado cualquier aproximación hipócrita, ingenua o maximalista al momento de diseñar su estructura.

2. Evolución

Si se revisa sintéticamente la postura que, en función de esta herramienta, ha tenido la Corte Suprema respecto del ejercicio del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación en el marco del control de decisiones administrativas de órganos de la Administración del Estado que tienen competencias sobre ciertos instrumentos de gestión ambiental, pueden apreciarse distintas etapas[14].

En efecto, se pueden distinguir cuatro etapas, siendo la última de ellas la que justifica parte de las ideas que se exponen en la parte final de este trabajo en cuanto a los problemas que esta acción hoy presenta y los desafíos que a futuro deberán resolverse.

Desde el año 1997[15] a la fecha se puede percibir una evolución, cuyos estándares de revisión, por parte de la Corte Suprema, han cambiado y abierto nuevas perspectivas. Este cambio, eso sí, no parece estar cruzado o influido por el cambio constitucional del año 2005, sino por otros factores,

[14] Para una revisión más profunda de estas etapas, véase Carrasco (2020), pp. 77-61.

[15] Hemos definido esta fecha porque es el año en que comienza a regir el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), haciéndose efectivo el control judicial de los instrumentos de gestión ambiental que le Ley n.° 19300 contempla. Lo anterior, en todo caso, no significa que la tendencia haya sido distinta antes, pero el hito indicado (1997), permitió, a partir de esa fecha, hacer un control más sofisticado e intenso de la Administración del Estado en el ejercicio de sus funciones en materia ambiental.

endógenos y exógenos, que han explicado, en cada etapa, la actitud de la Corte Suprema hacia los conflictos socio-ambientales, adoptando posiciones estratégicas diversas en cada etapa para abordar esta problemática. Un resumen de ello, puede sintetizarse bajo la siguiente estructura, cuyas principales tendencias a continuación son agrupadas:

a) Primera etapa (1994-2009). Esta fase se caracteriza por la deferencia técnica de los tribunales hacia la Administración del Estado, siendo solo los actos materiales capaces de motivar la adopción de una medida cautelar. De igual forma, se asentó el criterio de que no era posible el reemplazo institucional de funciones por parte del Poder Judicial a órganos con competencia ambiental. Sentencias como Complejo forestal e industrial Itata[16] y Celco[17] son ejemplos de este periodo.

b) Segunda etapa (2009-2014). Es un periodo marcado por el control intenso de los expedientes de evaluación ambiental bajo las claves de la Ley n.° 19880, la entrada en vigencia del convenio n.° 169 de la OIT y la utilización de principios como mecanismo de solución interpretativa. Es también una época en que cierta fragmentación política comienza a producirse y en que la nueva institucionalidad ambiental (2010) comienza a operar. Sentencias como Central Campiche[18]; Central Río Cuervo I[19] y Central Castilla II[20], por nombrar algunas, son textos que ilustran de manera muy pertinente este ciclo.

c) Tercera etapa (2014-2017). Durante estos años se instalan los tribunales ambientales, se hace más exigente esta vía para discutir asuntos ambientales y comienza la fragmentación de la tutela judicial efectiva en materia ambiental, al tener dos procedimientos y tribunales con competencias para abordar este tipo de conflictos. El caso que marca y consolida el razonamiento de estos años es Costa Laguna, que delinea el razonamiento utilizado durante estos años[21].

[16] Corte Suprema, rol 764-2002.

[17] Corte Suprema, rol 1853-2005.

[18] Corte Suprema, rol 1219-2009.

[19] Corte Suprema, rol 2463-2012.

[20] Corte Suprema, rol:1960-2012.

[21] Corte Suprema, rol 2892-2014. En síntesis, la sentencia dispone que la vía idónea para impugnar este tipo de actos estaría dada el agotamiento previo de la vía administrativa y ante los tribunales ambientales, pues "...ello pudo justificarse hasta antes de que nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley N° 20.600 de 2012 creara los tribunales ambientales, pues desde que éstos se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado" (cons. séptimo).

d) Cuarta etapa (2017 en adelante). Teniendo sus efectos hasta nuestros días, este periodo se caracteriza por el renacer del recurso de protección, la profundización del uso de principios y la alteración de las causales de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) por parte de la propia Corte Suprema. Asimismo, se empieza a exigir mayor coordinación administrativa para resolver una serie de casos en que el ambiente se vea amenazado o afectado. Prueba de lo anterior son los casos de Terminal GNL Penco Lirquén[22], Tronaduras Mina Invierno[23], Proyecto Inmobiliario Papudo[24], Quintero-Puchuncaví, Salmones[25], Prospección Minera Terrazas[26] Gaviotín Chico[27], Humedales, Cierre Temporal Pascua Lama, Sondajes Mineros[28], Consejo de Monumentos[29] y Metro[30].

Todas estas sentencias, entre otras, tienen en común que los alcances de la revisión judicial, ya no son solo en función de la afectación indubitada a la garantía constitucional de vivir en un ambiente libre de contaminación, sino sobre una interpretación legal o reglamentaria más propia del contencioso-administrativo. Es decir, se trata de una discusión que ha ido sobrepasando con creces la controversia propiamente constitucional vinculada a un derecho fundamental y ha adquirido niveles de sofisticación altos, en cuanto a la hermenéutica utilizada y a las distinciones legales precisas que se han hecho, donde el uso de estándares y una aplicación dispersa de principios comienza a dominar los razonamientos y las decisiones.

En efecto, es una etapa que se ha discutido la forma en que se concluye procedimentalmente una consulta indígena en el marco del SEIA; la forma en que debe entenderse la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA); si las causales de ingreso al SEIA son o no taxativas, considerándose al riesgo como un factor a interpretar; la forma en que deben coordinarse distintos servicios públicos para hacer frente a un episodio de incumplimiento ambiental, redefiniendo las competencias de estos o, incluso, el papel que le cabe a la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) ante molestias que vecinos tienen frente a un proyecto específico, aun cuando este acredite el cumplimiento de la normativa o la

[22] Corte Suprema, rol 65349-2016.
[23] Corte Suprema, rol 55203-2016.
[24] Corte Suprema, rol 15501-2018.
[25] Corte Suprema, rol 34594-2017.
[26] Corte Suprema, rol 197-2019.
[27] Corte Suprema, rol 21432-2019.
[28] Corte Suprema, rol 2608-2020.
[29] Corte Suprema, rol 1462-2020.
[30] Corte Suprema, rol 18814-2019.

oportunidad en que un servicio público participa de la evaluación y no se ha pronunciado dentro del plazo estipulado. Este fenómeno se ha visto robustecido, además, por la utilización de reglas, criterios y principios propios de la Ley n.° 19880, consolidando así la disputa contencioso-administrativa que este tipo de controversias hoy produce.

IV. Problemas actuales: fragmentación de la tutela y un procedimiento insuficiente

El carácter sumarísimo de esta acción, con escasas reglas procedimentales y probatorias, ha sido un incentivo irresistible para los litigantes al momento de impugnar una acción u omisión antijurídica de un órgano de la Administración del Estado[31]. Ha sido, y en derecho ambiental ha tenido un correlato intenso, el proceso contencioso-administrativo que el país ha desarrollado con mayor profundidad. Pese a ser imperfecto, es una herramienta que ha derivado, con el tiempo, en la "acción ordinaria" contra la Administración, cada vez que se persigue la nulidad de los actos que se reclaman[32]. Y en materia ambiental ha tenido una profundidad en su utilización que ha derivado en parte de las etapas que hemos descrito.

Considerando que los tribunales administrativos dispuestos en el art. 87 de la Constitución de 1925 nunca se crearon, se ideó este sistema sustituto para enfrentar este vacío, el que cumplía un doble fin: protección de derechos fundamentales y un mecanismo de solución simplificado de conflictos entre los particulares y el Estado. Esto último, complementado con la acción de nulidad de derecho público (arts. 6° y 7°) y la acción por responsabilidad del Estado (art. 38), han dotado de sustancia a nuestro contencioso-administrativo general en Chile.

Pese a lo anterior, Chile ha decidido hace unas décadas mantener el recurso de protección como una acción residual; un mecanismo urgente de tutela, pero, a la vez, crear tribunales especiales en distintas áreas regulatorias, especializando, sobremanera, como ha indicado Alejandro Vergara[33], la justicia administrativa, de la cual, el derecho ambiental, no ha estado exento. Conviven, así, tanto el recurso de protección (general) con un conjunto de acciones, recursos y reclamos especiales ante los más diversos tribunales dependiendo de la materia que se dispute: libre competencia; aduanas y tributos; compras públicas; ambiental; panel de experto en materia eléctrica y de concesiones;

[31] Ferrada (2005), p. 132.
[32] *Ibid*.
[33] Vergara (2014).

acceso a la información y transparencia; etc., derivando hacia una justicia administrativa mixta que combina el carácter ordinario (acción de protección) y especial (acciones específicas) de manera conjunta. Se trata, en general, de tribunales que, como advierte Alejandro Vergara[34], son independientes de la Administración del Estado; con competencias acotadas; conformados por profesionales especializados; y, sujetos a la superintendencia de la Corte Suprema (aunque no formen parte del Poder Judicial), pero que comparten su tutela con tribunales ordinarios, como lo es la Corte de Apelaciones.

Por otra parte, si se revisa lo que hoy se resuelve en materia ambiental por intermedio del recurso de protección en la Corte Suprema, no hay duda que, en la mayoría de los casos, en especial entre los años 2009-2014, y desde el año 2017 en adelante, las materias están lejos de ser una discusión sobre las cuales se requiera una cautela urgente. Se está en una dimensión distinta de la que Raúl Bertelsen planteara hace varias décadas en cuanto a lo que un tribunal podía adoptar al acoger esta acción, tales como: la suspensión de la extracción de aguas de un lago, el retiro de circulación de vehículos de locomoción colectiva contaminantes, el cese del funcionamiento de un circuito de carreras de automóviles, el término de un vertedero ilegal, la suspensión de la música y otros ruidos provenientes de un local comercial hasta que se acondicionara conforme a la ordenanza municipal pertinente o el apercibimiento de un establecimiento industrial contaminante entre otras[35].

En función de lo que ha ocurrido desde 2009, salvo la excepción temporal descrita (2014-2017), en materia de evaluación, fiscalización y sanción ambiental, las materias y asuntos revisados por parte de la Corte Suprema, obedecen, hoy, a lógicas distintas de las que, de manera correcta, Raúl Bertelsen indicaba a fines del decenio de 1990. En la actualidad, el control es más fino y con una dosis alta de escrutinio, tanto sustantivo como procedimental, a las reglas existentes (legales y administrativas), a los estándares y a los principios que rigen los instrumentos de gestión ambiental, definiendo, desde 2009, la propia Corte Suprema, estándares y formas de actuación de órganos públicos a partir de esta acción.

Chile carece de un modelo general de resolución de controversias contenciosas en que las sanciones administrativas, la responsabilidad del Estado, el acto y el procedimiento administrativo puedan resolverse de manera armónica. Como contrapartida se ha diseñado de forma masiva un modelo de tribunales especiales llamados a resolver las controversias propias del contencioso administrativo sectorial, manteniendo vigente el recurso de protección como acción general y residual, fragmentado, así, muchas tutelas de

[34] Vergara (2014), p. 285.

[35] Bertelsen (1998), p. 177 y ss.

sectores regulados, especialmente en lo ambiental, con dos ámbitos paralelos de control, pero con procedimientos similares. Considerando este escenario orgánico y procedimental defectuoso, ausente de toda coordinación, el problema debe enfrentarse, ofreciendo el proceso constituyente una oportunidad para delinear sus aspectos esenciales y unificar un procedimiento.

1. El inicio de la fragmentación ambiental

La Ley n.° 20600 creó los tribunales ambientales. Dentro de sus competencias, contempladas en el art. 17 de dicha ley, está el controlar, previo agotamiento de la vía administrativa, las decisiones del Ministerio del Medio Ambiente (MMA), del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y de la SMA, en el ámbito de los respectivos instrumentos de gestión que administran. A ello se suma, vía solicitud de invalidación, el conocer de la ilegalidad de actos administrativos de naturaleza ambiental que, eventualmente, no estén asociados de forma directa a un instrumento de gestión ambiental específico dispuesto en la Ley n.° 19300 y por esa vía, también, controlar su legalidad. Son tribunales que teniendo una integración mixta (dos abogados y uno experto en ciencias), son parte de un engranaje más profundo cuya raíz se halla en el inciso segundo del art. 38 de la CPR que permite a cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por un acto o actuación de la autoridad –en este caso ambiental– poder reclamar ante estos tribunales de justicia.

Se trata de tres tribunales, con sede en Antofagasta, Santiago y Valdivia. El primero de ellos en entrar en funciones fue el con sede en Santiago, en mayo de 2013, seis meses después de entrada en vigencia la ley que los creó. Lo cierto es que la Corte Suprema, entre abril de 2014 e inicios de 2017, reconoció, con abundantes fallos, que la vía y sede idónea, en cualquiera de sus formas, para discutir una materia ambiental, eran los tribunales ambientales. De manera casi invariable dispuso que los aspectos técnicos o científicos era una materia fuera del alcance del recurso de protección y que estas debían ser conocidas por los tribunales ambientales.

No obstante, esta tendencia jurisprudencial ha perdido fuerza. Pese a los intentos de la doctrina[36] por trabajar exclusiones y proponer una coordinación entre las acciones especiales que pueden ser interpuestas ante los tribunales ambientales y el recurso de protección, lo cierto es que estas propuestas, hasta ahora, han sido infructuosas. En efecto, desde fines de 2016, a propósito del fallo Terminal GNL Penco Lirquén, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido, de nuevo, de manera incremental, esta acción de rango constitucional, tanto en la evaluación ambiental de proyectos

[36] Fermandois y Chubretovic (2016); Bordalí y Hunter (2017) y Bordalí (2020).

como en las sanciones correspondientes, abordando asuntos cuya naturaleza es constitucional como legal o reglamentaria.

El máximo tribunal pareciera no seguir interesado en conocer, únicamente, años después y vía recurso de casación (tanto de forma como de fondo), asuntos ambientales complejos. Sigue prefiriendo, en desmedro del agotamiento previo de la vía administrativa y judicial, con ribetes propios del contencioso-administrativo, un mecanismo más rápido y cautelar como lo es el recurso de protección. Prefiere mantener el margen de apreciación y atribución mayor (tanto de los hechos como del derecho) que esta acción otorga, fundamentalizando así las controversias. Su tendencia a reconocer la especialidad de esta materia ha quedado atrás. Ello, pese a que la gran mayoría de los asuntos que conoce en este ámbito, tiene su origen en una disputa respecto de la interpretación de un precepto legal o de rango administrativo, respecto de los cuales, además, utiliza los principios jurídicos, en especial ambientales, a la hora de definir, por ejemplo, aspectos tales como las competencias de un servicio público o las instancias de un procedimiento de evaluación.

De esta manera, la fragmentación de la tutela ambiental ya no es un asunto periférico. Tampoco es gradual. Sino uno que se expresa con mucha fuerza en distintos ámbitos del derecho ambiental y requiere de una solución. En tal sentido, si al final Chile tiene un nueva Constitución, esta debiese, en lo posible, estructurar reglas que permitan delimitar el ejercicio de esta acción en relación con otras o, en su defecto, precisar los requisitos (formales y materiales) que deben cumplirse para su interposición y así evitar o disminuir, al menos, la dispersión de esta tutela, con los correspondientes costos institucionales (duplicidad de funciones judiciales y debilitamiento de la seguridad jurídica) que ello conlleva.

Lo expuesto, cobra sentido porque en cualquier caso, siempre será la Corte Suprema, vía recurso de protección o recurso de casación, en cualquiera de sus formas, la que emitirá la última palabra en materia ambiental. La diferencia, en uno u otro caso, estará en la vía que será usada para obtener su pronunciamiento, el tiempo que eso demorará y la amplitud que tendrá en uno y otro caso en cuanto a la revisión de los hechos y el derecho.

2. Error de diagnóstico: no era solo un problema de especialidad, sino, también, de procedimiento

Junto con la fragmentación orgánica que se ha descrito (tribunales distintos conociendo mediante acciones diferentes materias similares), hay un problema de duplicidad procedimental que también debe ser reparado.

Parte de los supuestos que el legislador utilizó al momento de diseñarse la nueva institucionalidad ambiental, era que la SMA tendría amplias atribu-

ciones al fiscalizar y sancionar. Y esas potestades, robustas, tanto en lo sustantivo como procedimental, debían estar sujetas a control de un tribunal experto, que otorgara certeza jurídica y protección ambiental. La creación de los tribunales ambientales, se vio, además, acelerada, por la intensa judicialización de proyectos entre los años 2009-2014, lo que dio origen a la Ley n.° 20600.

Se discutió de modo intenso su integración mixta y los nombramientos de sus miembros (ADP y participación de otros órganos: Presidente de la República - Corte Suprema - Senado); sus competencias; si era uno o más (finalmente fueron tres); el mecanismo de acceso a su jurisdicción; etc, cuya tramitación no estuvo exenta de discrepancias institucionales al manifestar la Corte Suprema serios reparos al final de su tramitación legislativa respecto de su creación[37]. El objetivo era tener un tribunal o tribunales expertos que pudieran abordar de manera adecuada los conflictos ambientales. El foco estuvo puesto en el órgano revisor de decisiones administrativas, como árbitro o adjudicador de disputas.

No obstante, no se reparó, como ya lo ha advertido Pablo Méndez[38], en las reglas procesales que rigen estas contiendas, replicando, casi de manera idéntica, la tramitación seguida por el recurso de protección, limitando las reales posibilidades de tener un contencioso-administrativo a la altura de su especialidad. Se cuenta con una justicia especializada en materia ambiental, pero no con un procedimiento muy distinto. Se ha criticado fuertemente al recurso de protección como la vía para solucionar este de tipo de conflictos, pero no se advierte que el procedimiento para conocer de estas materias sigue siendo similar en su estructura. En ese, al igual que ante los tribunales ambientes, no existe, como lo indica Pablo Méndez, un contradictorio adecuado, por la imposibilidad (al menos nominal) para oponer alegaciones, defensas o excepciones, como lo sería hacer valer los vicios formales antes de entrar a discutir el fondo; la protección de terceros que pueda afectar la decisión y las limitaciones a las facultades revisoras del tribunal[39]. A ello, pueden añadirse lo limitada de la prueba, al no permitirse prueba testimonial o confesional, habiendo un problema de acceso a la prueba complejo.

Tal como está hoy el procedimiento del contencioso anulatorio no difiere mayormente del seguido en un recurso de protección. Tal como indica Pablo Méndez:

[37] Pueden revisarse los siguientes oficios de la Corte Suprema, en los que puede advertirse la evolución, matices y críticas que ella manifestó respecto del proyecto de ley: Oficio n.° 274, de 10 de diciembre de 2009; oficio n.° 133, de 10 de septiembre de 2010; oficio n.° 10, de 18 de enero, 2011; oficio n.° 130, de 11 de agosto 2011.

[38] Méndez (2018).

[39] *Op. cit.*, pp. 538-545.

> "...tal vez la forma en que las cortes generalistas estaban resolviendo los recursos de protección ambientales no se debía a su aludida falta de preparación técnica –como algunos sostuvieron–, sino a las notorias deficiencias de las reglas procesales utilizadas en el procedimiento de protección"[40].

Se aplica un procedimiento que se sigue ante una corte de apelaciones para resolver una materia grave y urgente, cuando lo que se discute ante los tribunales ambientales no tiene esa gravedad o urgencia. Se trata de revisar, en profundidad, si un acto administrativo en materia de regulación, evaluación o sanción ambiental se ajusta o no derecho luego de un procedimiento de largo, contradictorio, denso y disputado. Y eso requiere, ante un tercero independiente e imparcial (tribunal ambiental), más que una reclamación e informe del órgano recurrido, valorando la prueba bajo la sana crítica.

Si bien los tribunales ambientales con escasas normas procedimentales han podido ir configurando algunos estándares respecto de la forma de entender el interés o la calidad de interesado, la legitimación activa, la forma de valorar la prueba, la manera en que se adoptan las medidas cautelares y los límites del control que pueden hacer de los actos administrativos, se evidencia una normativa que debe ser robustecida.

V. Lineamientos para un futuro debate

Hoy la tutela ambiental está dispersa. Por una parte, se cuenta con tribunales ambientales que utilizan un procedimiento similar al de un recurso de protección en el marco de la revisión de las actuaciones del SEA y la SMA. Por otra, la acción de protección sigue conservando su utilidad y vigencia para resolver no solo conflictos cuya raíz sea un derecho fundamental, sino, además, materias que requieren, muchas veces, una interpretación a un precepto legal o reglamentario. Esta fragmentación orgánica y procedimental debe ser superada. La indeterminación de la sede ante un conflicto ambiental, debe despejarse y una eventual futura Constitución, debe avanzar en delimitar esos ámbitos, generando condiciones, circunstancias y limitaciones para cada sede, especialmente en el marco del contencioso anulatorio y de la imposición de sanciones de carácter ambiental. El diseño de esta doble tutela requiere ser repensado.

En esa línea, una eventual futura Constitución debiese considerar una delimitación orgánica, sustantiva y procedimental más profunda en cuanto a

[40] Méndez (2018), p. 537.

las acciones o procedimientos previos o paralelos que pueden ser interpuestos, junto con el recurso de protección, especialmente en materia ambiental. Hoy no hay límites para definir qué actos y condiciones permiten activar una u otra vía. Una cautelar y la otra anulatoria, siendo necesario coordinarlas pacíficamente.

Con la finalidad de contribuir a esa delimitación, el recurso de protección ambiental debe seguir vigente en materia ambiental, pero en tres ámbitos específicos:

i) para las vías de hecho, es decir, materia que, estando fuera del ordenamiento jurídico, requieren de una cautela urgente, ya que amenazan, perturban o privan el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y
ii) aquellas materias que carecen de una regulación específica, o no están cubiertas por un instrumento de gestión ambiental que la Ley n.° 19300 u otra disponga, pero que al ser antrópicas afectan de igual forma el ambiente.
iii) por último, sería conveniente definir una regla de exclusión que defina que procederá también el recurso de protección en el caso del n.° 8 del art. 19, cuando este derecho sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada, siempre que la materia no haya sido sometida a la competencia y conocimiento, por cualquier vía o forma, de los tribunales ambientales.

En otras palabras, se trata de una vía que debe ser utilizada en el marco de una grave y excepcional situación ambiental, que no esté cubierta por acciones o recursos especiales. Debe existir más que una mera e hipotética ilegalidad. En su oportunidad, por ejemplo, los humedales urbanos carecían de una regulación y la Corte Suprema se pronunció, como ya se vio, respecto de la forma en que, en ciertos casos concretos, estos debían ser protegidos por la Administración del Estado. Hoy, por medio de la Ley n.° 21202 se cuenta con un estatuto de protección, siendo, además, incorporada, como tipología de ingreso al SEIA, la ejecución de obras o actividades que puedan significar una alteración a estos (letra s) del art. 10 de la Ley n.° 19300).

Con la finalidad de hacer este control previo, podría facultarse a las cortes de apelaciones para que, conociendo de un recurso de protección en materia ambiental, puedan reenviar los antecedentes para que el respectivo tribunal ambiental siga conociendo de esta acción y así darle coherencia al sistema.

Por otra parte, no debe descartarse avanzar hacia la unificación del contencioso administrativo general, tanto en lo orgánico como en lo procedimental. No debe olvidarse que es la propia tercera sala de la Corte Supre-

ma la sede final para resolver todas las contiendas de esta naturaleza, no solo ambiental. Por lo tanto, existe una sede final para resolver siempre, cualquiera sea la instancia previa, las disputas entre el Estado y los ciudadanos, cuyas líneas estructurales debiesen tener arraigo constitucional, bajo criterios de eficiencia, eficacia y coherencia con el régimen general que dispone el recurso de protección. Por su parte, en materia ambiental, no cabe duda que el procedimiento actual es insuficiente y debe avanzarse hacia una mayor robustez, especialmente en contradictoriedad y prueba. En su defecto, también puede avanzarse en mejorar el actual procedimiento que regula el procedimiento del recurso de protección, legalizando sus principales aspectos.

Para evitar la fragmentación de la justicia ambiental que se ha descrito y robustecer el contencioso-administrativo general y especial (ambiental), algunos de dichos cambios podrán o no tener una fuente constitucional o legal, pero de lo que no cabe duda que se trata de un problema de la mayor relevancia. Se trata, en buenas cuentas, de un problema institucional que requiere ser solucionado en sus diversas dimensiones, no siendo trivial lo que la Constitución pueda o no definir en ese sentido. Es de esperar que este problema pueda ser enfrentado, modelando un sistema de justicia administrativa que ordene de manera pacífica los distintos regímenes, pues, al final, es la dignidad de las personas la que está en juego, lo que hace indispensable abordar este desafío con racionalidad y sentido democrático, y cuyo de partida, en esta materia, se ha intentado describir.

Bibliografía

Bermúdez, Jorge (2011). *Derecho administrativo general*. Santiago: Legal Publishing.

Bertelsen, Raúl (1998). "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, n.° 1. Santiago.

Bordalí, Andrés (2019). *Litigación ambiental*. Santiago: Thomson Reuters.

Bordalí, Andrés e Iván Hunter (2017). *Contencioso administrativo ambiental*. Santiago: Editorial Librotecnia.

Carrasco, Edesio (2020). *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales*, Santiago: Ediciones Der.

Evans, Enrique (1986). *Los derechos constitucionales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo ii.

Fermandois, Arturo y Teresita Chubretovic (2016). "El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia post institucionalidad ambiental (2010-2015". *Revista Chilena del Derecho*, vol. 43, n.° 1.

Ferrada, Juan Carlos (2005). "El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo", en Juan Carlos Ferrada (coord.). *La justicia administrativa*. Santiago: Lexis Nexis.

Méndez, Pablo (2018). "La precariedad del contencioso ambiental". *Ius et Praxis*, año 24, n.° 3. Santiago.

Mosquera, Mario y Cristián Maturana (2010). *Los recursos procesales* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Navarro, Enrique (2012). "35 años del recurso de protección notas sobre su alcance y regulación normativa". *Estudios Constitucionales*, año 10, n.° 2. Santiago.

Nogueira, Humberto (2007): "El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano". *Ius et Praxis*, vol. 1, n.° 1. Santiago.

Peña, Marisol (2014). "Acción de protección", en Miriam Henríquez y María Pía Silva (coords.). *Acciones protectoras de derechos fundamentales*. Santiago: Thomson Reuters.

Vergara, Alejandro (2014). "El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: Crónica de una espera, como la de Godot". *Anuario de Derecho Público*, n.° 1. Santiago.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema, rol 764-2002, 19 de junio de 2002.

Corte Suprema, rol 1853-2005, 30 de mayo de 2005.

Corte Suprema, rol 1219-2009, 22 de junio de 2009.

Corte Suprema, rol 2463-2012, 11 de mayo de 2012.

Corte Suprema, rol:1960-2012, 28 de agosto de 2012.

Corte Suprema, rol 2892-2014, 29 de abril de 2014.

Corte Suprema, rol 65349-2016, 30 de enero de 2017.

Corte Suprema, rol 58971-2016, 13 de marzo de 2017.

Corte Suprema, rol 55203-2016, 16 de marzo de 2017.

Corte Suprema, rol 34594-2017, 22 de mayo de 2018.

Corte Suprema, rol 118-2018, 28 de agosto de 2018.

Corte Suprema, rol 15501-2018, 24 de diciembre de 2018.

Corte Suprema, rol 5888-2019, 28 de mayo de 2019.

Corte Suprema, rol 197-2019, 15 de mayo de 2019.

Corte Suprema, rol 16990-2019, 4 de julio de 2019.

Corte Suprema, rol 17465-2019, 10 de julio de 2019.

Corte Suprema, rol. 17734-2019, 15 de julio de 2019.
Corte Suprema, rol 18720-2019, 15 de julio de 2019.
Corte Suprema, rol 21432-2019, 24 de octubre de 2019.
Corte Suprema, rol 18814-2019, 8 de septiembre de 2020.
Corte Suprema, rol 1462-2020, 9 de septiembre de 2020.
Corte Suprema, rol 2608-2020, 21 de septiembre de 2020.
Corte Suprema, rol 62948-2020, 5 de octubre de 2020.

ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LAS FUERZAS ARMADAS Y DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA

SOME CONSTITUTIONAL REFORMS PROPOSALS RELATED WITH THE ARMED FORCES AND THE ORDER AND PUBLIC SECURITY FORCES

Sergio Cea Cienfuegos[*]
Claudio Herrera Aguayo[**]

Resumen: Este trabajo contiene el análisis de algunas de las temáticas constitucionales relacionadas con las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública con el fin de realizar propuestas de modificación a una nueva Carta Magna. Entre otros aspectos, se refiere a la abrogación del concepto de seguridad nacional y su reemplazo por el de seguridad humana, así como la eliminación del rango constitucional del Cosena, y una breve referencia al contenido del derecho a la defensa jurídica de los miembros de esas instituciones castrenses.

Palabras clave: Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, seguridad nacional, seguridad humana, Cosena.

Abstract: This work contains an analysis about some constitutional topics related with the Armed Forces and the Order and Public Security in order to make some modifications proposals to a new Constitution. Among others aspects, refers to an abrogation of the national security concept and its re-

[*]Abogado Universidad de Chile. Magister en Derecho con mención en Derecho Administrativo Universidad de Chile. Exfiscal general militar. Socio fundador del Instituto Chileno de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Justicias Militares. Profesor universitario. Correo electrónico: sergioceac@gmail.com

[**] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Autónoma de Chile. Magíster en Derecho Universidad Central de Chile. Correo electrónico: herrera.c7@gmail.com

placement by the human security concept, as well as the elimination of the constitutional rank of Cosena and a brief reference to the content of the legal defense right of the members of those military Institutions.

Keywords: Armed Forces, Order and Public Security Forces, national security, human security, Cosena.

Introducción

En Chile, se constata que existen pocos análisis de naturaleza doctrinaria acerca del papel de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública en una nueva Constitución Política de la República (CPR), y, menos aún, acerca del concepto de la seguridad nacional que en tantas disposiciones de la carta fundamental se utiliza.

Dado lo anterior, hemos seleccionado para este trabajo académico algunas normas de la actual CPR relacionadas con las instituciones castrenses y el deber del Estado de resguardar la seguridad nacional, tomando en consideración las opciones de su mantención, modificación o eventual eliminación en un nuevo texto fundamental.

En nuestra actual historia política y constitucional se ha presenciado una activa participación por parte de las Fuerzas Armadas en la sociedad chilena, las cuales se encuentran constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, a lo que, en paralelo, se suman las instituciones de Carabineros de Chile e Investigaciones, denominados como Fuerzas de Orden y Seguridad Pública o, también, fuerza pública.

No obstante, son las instituciones castrenses y Carabineros de Chile quienes han tenido un papel más protagónico en la actividad estatal más reciente al ser considerados en conjunto como cuerpos armados, situación que no se aplica a la Policía de Investigaciones. Ello se ve refrendado en lo preceptuado por el inciso 3 del art. 101 de la CPR, indicando, además, que son esencialmente obedientes y no deliberantes, características que, esta norma, no le otorga a la Policía de Investigaciones.

La rápida evolución que ha tenido nuestro ordenamiento jurídico, así como el derecho internacional o la transformación y el desarrollo de la sociedad chilena, ha significado que algunas disposiciones constitucionales se tornen nominales, de acuerdo con la clasificación de Karl Lowenstein. Es decir, normas que han quedado obsoletas según la realidad imperante en Chile, idea que se sostiene en el axioma en que se coloca al derecho como agente regulador y responsable de adecuarse al comportamiento humano, liberándolo de la creencia de ser un agente modelador que impone reglas de conducta.

Es así que, para objeto de este trabajo, hemos decidido enfocar el estudio en algunas aristas que consideramos importantes para la concepción y entendimiento del siguiente artículo:

En primer lugar, estudiar la posibilidad de mantener o no un capítulo, en la CPR, exclusivo para las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, tomando en consideración los antecedentes histórico-políticos, además de las consecuencias de su eventual eliminación ante una nueva Carta Magna.

En un segundo aspecto, analizar el derecho constitucional de la defensa jurídica aplicable a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, de acuerdo con lo señalado en el art. 19 n.º 3, inciso 2 de la CPR. Para esto, intentaremos determinar su sentido y alcance, proponiéndose como hipótesis la poca relevancia de la diferenciación que realiza esta norma, además de ser contraría a los DD.HH., por lo que consideramos su posible eliminación.

En tercer término, analizar el papel que representa hoy la seguridad nacional y cómo se refleja en la realidad chilena e internacional, tomando en consideración que la seguridad nacional, como concepto, es muy utilizado en textos normativos de diversa jerarquía, pero no existe una definición clara que entregue una idea de cuál es su sustancia, quedando entregado a la dinámica de las fuentes del derecho otorgarle contenido. Y luego, analizaremos el concepto de seguridad humana, sus orígenes, su contenido, para, posteriormente, proponerlo como reemplazante del concepto de seguridad nacional.

En un último aspecto, comprender al Consejo de Seguridad Nacional como un órgano nominal, al igual que ocurre con ciertas normas, que debiese ser tratado desde una ley complementaria, por lo que, dadas sus actuales competencias y atribuciones constitucionales, no se justifica su inclusión en un nuevo texto fundamental.

Los puntos ya establecidos responden al interés por analizar y argumentar a favor de nuestra postura sobre las eventuales modificaciones que la CPR podría sufrir en el contexto de una refundación ciudadana sobre algunas materias vinculadas con las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad Pública. Dicho esto, detallaremos los temas mencionados.

I. Crítica a la regulación orgánica actual de las Fuerzas Armadas en la Constitución Política de la República

No es extraño en nuestra historia que un texto constitucional regule o haga mención a las Fuerzas Armadas, ello se vislumbra en las últimas Cartas

Fundamentales de Chile. En algunos casos, su desarrollo es más exhaustivo[1], mientras que en otros se aprecia de forma más acotada[2], tal como se ha analizado con cierto detalle en un trabajo anterior de Sergio Cea Cienfuegos y Ricardo Coronado Donoso[3].

De manera orgánica, es el capítulo XI[4] de nuestra actual Constitución Política de la República (CPR) el que trata de manera sistemática las Fuerzas Armadas, junto con las de Orden y Seguridad Pública: el art. 101[5] señala la composición de cada una de ellas, sus cometidos principales, su dependencia orgánica dentro de la Administración del Estado, así como las esenciales características de la obediencia y no deliberancia.

Las restantes normas del capítulo se refieren a la incorporación y dotación de las instituciones (art. 102), el monopolio del uso de las armas (art. 103), el nombramiento, duración en el cargo y retiro de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y del Director de Carabineros (art. 104), así como el nombramiento, ascenso y retiro de los oficiales de las Fuerzas Armadas, Carabineros e Investigaciones, sin olvidar su remisión a la ley orgánica constitucional respectiva (art. 105).

Esto nos lleva a la misma conclusión a la que hemos arribado con anterioridad en otro trabajo académico[6], en la que postulamos que la mayoría de dichas normas no son propias de un texto constitucional, sino que corresponderían a una ley orgánica que, precisamente, son aquellas llamadas a regular "materias específicas que son determinadas por el constituyente"[7].

---

[1] Véase Título 8º: "De la fuerza militar", regulada entre los artículos 235 a 242, Constitución Política del Estado de Chile de 1822; título XX "De la fuerza pública", regulada entre los artículos 225 y 234, Constitución Política del Estado de Chile de 1823.

[2] Véase capítulo XI "De la fuerza armada", regulada entre los artículos 123 y 124, Constitución Política de 1828; artículo 157, ubicado dentro del capítulo XI "Disposiciones jenerales", Constitución Política de la República de Chile de 1833; artículo 22, ubicado dentro del capítulo III "Garantías constitucionales", Constitución Política de la República de Chile de 1925.

[3] Cea y Coronado (2018), pp. 136-139.

[4] Artículos 101-105.

[5] Artículo 101. Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional.

Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas solo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública.

Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.

[6] Cea y Coronado (2018), p. 148.

[7] Verdugo Ramírez (2009), p. 598.

No debe olvidarse que una Constitución "establece un orden jurídico político, de donde brota la autoridad del Estado dentro del marco que la misma determina"[8], y para ella el propio texto fundamental

> "establece una serie jerárquica de competencias, instituyendo los órganos a quienes les corresponda sancionar el derecho, legislar, reglamentar, administrar y juzgar, pero sin determinar el contenido concreto de estas diversas formas de actuación del poder"[9].

Por tanto, desde un punto de vista formal, la Constitución establece un orden jerárquico y de dependencia entre los diversos órganos que componen el Estado, pero no hay una referencia a las formas de actuación de las competencias orgánicas. Esto se debe a que el propio ordenamiento jurídico ha ideado que la forma de desarrollo exhaustivo de las facultades de cada órgano estatal, así como la creación de otros órganos que coadyuven al desarrollo de los cometidos que la propia Carta Fundamental señale sean a través de leyes orgánicas constitucionales (LOC).

El actual art. 66 de la CPR, en su inciso 2[10], consagra expresamente la existencia, entre otras, de las LOC, estableciendo la obligatoriedad de que exista la orden constitucional expresa de regulación a través de dichas leyes y establece un quórum diverso al que se conviene para una ley de carácter ordinaria.

Como podemos advertir de la lectura de la CPR, en diversas disposiciones se consagra la existencia de un órgano o institución, pero, como es visto, el desarrollo de ellos se encarga a una LOC, puesto que ellas son las que "tienen por fin regular un órgano o desarrollar un precepto constitucional"[11].

En materia de Fuerzas Armadas eso es lo que ha ocurrido, ya que es la propia Constitución la que ha encargado a una LOC la regulación de ciertas materias correspondientes a dichas instituciones. Ello ocurre con el inciso 2 del art. 101, el cual establece la forma en que deben llevar a cabo sus cometidos constitucionales, siendo que estas se realizarán como lo señalen sus respectivas leyes orgánicas. La misma situación se refleja en el art. 105, en cuanto encarga a una LOC la forma en que se efectuarán los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas, Carabineros e Investigaciones.

---

[8] Verdugo Marinkovic (2016), p. 143.

[9] *Ibid*.

[10] Artículo 66 inciso 2: Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

[11] Molina (2009), p. 10.

Todo lo mencionado con anterioridad es de suma importancia, puesto que suele ocurrir en nuestro sistema legislativo que cuando un cuerpo normativo realiza una remisión para que otro, de inferior jerarquía, regule cierto órgano o precepto, se transcriban fielmente muchas de las disposiciones del texto original, como son los casos de redacción de los reglamentos cuando una ley encarga cierta normativa, así como sucede con las LOC cuando la CPR se remite a ellas.

Es así que Jorge Tapia señala que la técnica legislativa "tiene como objetivo fundamental la simplificación del derecho", lo que se puede alcanzar a través de diversos recursos, entre ellos "la economía jurídica, que estriba en el empleo del menor número posible de medios para obtener el mayor número de fines"[12], es decir, el legislador debe tener sumo cuidado en evitar repeticiones innecesarias que solo contribuyan a generar un desorden jurídico y dificultar el acceso a las normas por parte de los destinatarios. Por lo tanto, los cuerpos normativos deben ser utilizados de manera correcta, evitando la hipertrofia normativa que solo genera desgaste y confusión en el sistema jurídico.

El art. 10 de la Ley n.° 18948 orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas transcribe gran parte del art. 102 de la CPR, pero con una aplicación específica a las Fuerzas Armadas[13]; el art. 11 de la ley hace referencia a los profesionales y empleados civiles. Idéntica situación ocurre con el art. 9, inciso 2 de la Ley n.° 18961 orgánica constitucional de Carabineros[14], que también adecúa a la institución la redacción del art. 102 de la CPR.

Por su lado, el art. 51 de la LOC de Carabineros[15] hace una referencia expresa al art. 93 (hoy debe entenderse hecha la referencia al art. 104) de la CPR acerca del nombramiento del General Director de Carabineros. En un

[12] Tapia (1960), p. 60.

[13] Artículo 10 de la Ley n.° 18948: La incorporación a las plantas y dotaciones de Oficiales, Personal de Cuadro Permanente y Gente de Mar, y Personal de Tropa Profesional, sólo podra hacerse a través de sus propias Escuelas Matrices.

Se exceptúan de lo anterior, los oficiales del servicio religioso y los oficiales pertenecientes a escalafones de los servicios profesionales. Estos últimos deberán acreditar encontrarse en posesión del título profesional correspondiente al respectivo escalafón.

[14] Artículo 9 inciso 2 de la Ley n.° 18961: La incorporación a la Planta de Carabineros de los Oficiales y del personal de nombramiento institucional sólo podrá hacerse a través de las Escuelas institucionales, con excepción de los oficiales de los escalafones de los servicios.

[15] Artículo 51 de la Ley n.° 18961: El mando policial superior de la Institución recaerá siempre en un Oficial General de Orden y Seguridad, designado por el Presidente de la República en la forma establecida en el artículo 93 de la Constitución Política de la República, el que, con el título de General Director de Carabineros, ejercerá su dirección y administración.

mismo ámbito, el art. 46 de la LOC de las Fuerzas Armadas[16] se relaciona con el art. 104 de la CPR.

Es así como, de la misma manera en que se concluyó en un trabajo anterior:

> "en una reforma constitucional debe consagrarse a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, en un solo artículo indicando sus cometidos constitucionales, su integración, sus características y el monopolio de las armas"[17].

Y, además, dicho artículo debe ser incorporado en el capítulo referido al Gobierno y Administración del Estado.

Por su parte, las otras disposiciones deben ser parte del contenido de una LOC o, en su caso, de la ley que corresponda, de acuerdo con la tipología o clasificación que una nueva Constitución regule.

La propuesta reviste importancia, puesto que las Fuerzas Armadas y la fuerza pública, son los únicos órganos que forman parte de la Administración del Estado, y que sin tener el carácter de autónomos, mantienen un capítulo exclusivo en la CPR. En armonía con ello, el art. 1 inciso 2 de la Ley nº 18575[18] señala que la Contraloría General de la República y el Banco Central también forman parte de la Administración del Estado, pero tienen las características de ser órganos autónomos de acuerdo con la CPR, mientras que los gobiernos regionales y las municipalidades están regulados constitucionalmente en diversos párrafos dentro del capítulo XIV "Gobierno y Administración Interior del Estado".

Por tanto, ello permite cuestionar desde un inicio la preferencia del constituyente para darles a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública un tratamiento diferenciado e innecesariamente exhaustivo.

---

[16] Artículo 46 de la Ley n.º 18948: El mando superior de cada una de las instituciones de las Fuerzas Armadas será ejercido por el Comandante en Jefe, con el grado de General de Ejército, Almirante o General del Aire, según corresponda.

Su designación recaerá siempre en un oficial de Estado Mayor perteneciente a los escalafones de Armas, Ejecutivo y del Aire, de conformidad, además, con lo establecido en el art. 104 de la Constitución Política de la República.

[17] Cea y Coronado (2018), pp. 151-152.

[18] Artículo 1 inciso 2 del DFL n.º 1 de 2001, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.º 18575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado: "La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".

Es tal el caso que, dentro de la historia del art. 101 se señala:

> "Con respecto a nuestras Fuerzas Armadas, el señor Guzmán considera que por ser ellas la expresión de la seguridad nacional, les debe corresponder una destacada participación para mantener la institucionalidad democrática del país, incluso, la de tomar su control cuando las demás instituciones hayan fracasado en su gestión gubernativa. Por este motivo, considera indispensable establecer en la Carta Fundamental la forma en que ellas deberán participar para conservar la seguridad exterior e interior de Chile, cuando se vea amenazada por situaciones parecidas a las que la obligaron a tomar el control del Gobierno"[19].

Además, se deja constancia de lo siguiente:

> "Informa que hubo plena coincidencia con el Jefe del Estado en cuanto a que la principal garantía para la estabilidad institucional reside en mantener y fortalecer la independencia de las Fuerzas Armadas frente a influencias políticas de cualquier naturaleza. Por esa razón, el Presidente estimó que el nombramiento de los Comandantes en Jefe y la remoción y ascensos de los altos oficiales de la Defensa Nacional, inspirado en esa perspectiva, era lo mejor"[20].

No obstante, debido a la importancia de los cometidos constitucionales de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, creemos en la necesidad de mantener su rango constitucional, pero con los reparos que ya se han indicado[21].

Existen otras LOC que se refieren a las Fuerzas Armadas, como ocurre en el caso de la Ley n.° 18415 orgánica constitucional de los estados de excepción[22], el DFL n.° 2 de 2017, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.° 18700 orgánica constitucional sobre votaciones

[19] Historia del artículo 101 de la Constitución Política de la República de Chile, p. 7. Disponible en ww.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/modificaciones/2422/aHR0cDovL2hpc3RvcmlhZGVsYWxleS5iY24uY2wvbmMvbGlzdGEtZGUtcmVzdWx0YWRvLWRlLWJ1c3F1ZWRhL2NvbnN0aXR1Y2lvbi8%3D/#tab-3&pagina-1 [fecha de consulta: 24 de junio de 2020].

[20] *Op. cit.*, p. 15.

[21] No podemos indicar que ocurre la misma situación con el capítulo XIV sobre Gobierno y Administración Interior del Estado, puesto que hoy la mayoría de dichos cargos son de elección popular, salvo los casos de los delegados presidenciales regionales y provinciales, que son cargos de exclusiva confianza, y solo son tratados dentro del párrafo "Gobierno y Administración regional".

[22] Artículo 2; artículo 5 n.° 1.

populares y escrutinios[23] o el DFL n.º 1 de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.º 18575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que en su art. 1 incluye a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública como órganos de la Administración del Estado, pero que, posteriormente, son excluidas de la aplicación de las normas de organización y funcionamiento (art. 21) y se remiten a sus respectivas leyes orgánicas complementarias, lo que refrenda más aún la posibilidad de acotar su regulación constitucional.

No obstante, las señaladas no son las únicas normas de la CPR que tratan sobre dichos órganos o sus integrantes[24], aunque para el presente trabajo revisten importancia solo algunas de ellas, las cuales analizaremos a continuación.

II. El derecho de defensa jurídica respecto de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública

Para el presente trabajo académico reviste importancia el art. 19 n.º 3 inciso 2 de la CPR que indica:

> "Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos".

Es este último punto el eje en el que se apoya este apartado.

El derecho a defensa jurídica, en términos generales, consiste en la posibilidad que tiene toda persona de poder contar con la debida representación de un abogado para la defensa de sus derechos en todo tipo de procedimientos, tanto judiciales como administrativos, pero la CPR le ha dado un tratamiento diverso a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública en el ámbito administrativo y disciplinario.

[23] En general, el título VI "Del Orden Público".

[24] Artículo 19 inciso 2; artículo 32 n.º 16, 17, 18; artículo 52 n.º 2 letra d); artículo 57 n.º 10); artículo 63 n.º 13; artículo 76 inciso 3; artículo 83 inciso 3; artículo 106; artículo 132 inciso 4; Disposición Transitoria decimoséptima.

Esta distinción fue incluida en nuestro ordenamiento jurídico constitucional por primera vez en el DL n.º 1552 del 13 de septiembre de 1976 en su art. 1 n.º 3 inciso 2, manteniéndose intacta hasta hoy.

La incorporación de esta norma habría sido llevada a cabo por Jaime Guzmán, según advertimos en los borradores que posee el archivo que lleva su nombre y que administra la fundación homónima. Sería quien incluyó las correcciones manuscritas a los borradores de las actas constitucionales[25], las cuales, posteriormente, tendrían el apoyo del Consejo de Estado. Esto se aprecia en cuanto indican que:

> "la Comisión estuvo de acuerdo con el Nº 3, inciso 2, del artículo 19, sobre restricciones a la intervención del letrado por disposición de la ley o de los estatutos de la Defensa Nacional [...] la disposición tiene por objeto superar los inconvenientes que, para la disciplina castrense, podría acarrear la intervención de abogados en asuntos netamente propios de la vida militar"[26].

El sentido que el Consejo de Estado le da a la incorporación de esta norma parte de la base de un concepto valórico que responde a la interrogante sobre qué es la "vida militar", observando la intervención de un letrado como un obstáculo para su desarrollo. Sin embargo, no advirtieron que ello pugna con el principio de la dignidad humana de los integrantes de dichas Fuerzas, dando pie para que algunas de las actuaciones de los mandos correspondientes sean consideradas como arbitrarias, además de no contar con una defensa técnica adecuada.

Hoy no se vislumbra la necesidad de mantener una norma jurídica de esas características, ni se entiende el tratamiento diferenciado con los otros funcionarios públicos. Su incorporación al ordenamiento constitucional se puede percibir por el periodo histórico en que se gestó, pero la realidad actual es diversa y, en consecuencia, dicha distinción daría base o fundamento para una pugna con el derecho a la igualdad ante la ley, en cuanto podría estimarse la distinción como arbitraria.

Por su parte, no se advierte en tratados internacionales de derechos humanos una norma similar. El Pacto de San José de Costa Rica, en el numeral 8, sin perjuicio de referirse a dicho derecho de manera indirecta y en relación con materia penal, parte de la base de la existencia de una defensa, sin distinción alguna. La misma situación ocurre con el art. 11 de la Declara-

[25] Véase https://archivojaimeguzman.cl/index.php/documento-143-2 [fecha de consulta: 9 de junio de 2020].

[26] Acta de la nonagésima primera sesión, celebrada el 9 de octubre de 1979.

ción Universal de Derechos Humanos, respecto a asegurar las garantías para la defensa de las personas.

1) Contenido y ámbito de aplicación del derecho de defensa jurídica

Respecto de las Fuerzas Armadas, José Luis Cea Egaña señala:

> "establece una desigualdad, por lo que se ha planteado duda con respecto a si configura una discriminación, o sea, una diferencia injusta, la cual puede ser, sin embargo, un privilegio o un perjuicio"[27].

En su opinión, "trátase de una disposición que, en un análisis finalista, es susceptible de reputarse justa"[28].

De una primera lectura, podríamos inferir que se trata de una discriminación que podría tener el carácter de arbitraria, pero debe comprenderse que la norma no está privando a los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública de gozar de un derecho a la defensa jurídica, sino que está mandatando que la regulación de este se realice a través de la normativa especializada, y no al amparo de la ley a que se refiere la primera parte del art. 19 n.º 3, inciso 2, de la CPR.

Por otro lado, Ángela Vivanco señala que la asesoría jurídica en estos casos

> "está regulada en sus propios estatutos, puesto que la justicia militar establece ciertos procedimientos que son diferentes a lo que se aplican a la población en general, sobre todo en lo que se refiere a tramitaciones frente a Tribunales en Tiempos de Guerra y a Cortes Marciales"[29].

Dicha apreciación realiza una amplia interpretación que difiere de la norma en comento, en el que no advertimos que la excepción abarque la justicia militar, entendidos como tales los procedimientos judiciales aplicables al ámbito castrense regulados por el *Código de Justicia Militar*.

No debe perderse de vista que la mención se refiere a "lo administrativo y disciplinario", y no al ámbito judicial, sino que en ese caso se sigue la regla general en materia de defensa jurídica. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado que esta norma

[27] Cea Egaña (2012), tomo ii, p. 159.
[28] *Ibid*.
[29] Vivanco (2006), p. 344.

> "modula el derecho a defensa jurídica reenviando su regulación a los estatutos respectivos, sólo en lo relativo a lo administrativo y disciplinario, dejando abierta la vía judicial"[30].

Continúa indicando:

> "la Constitución, por su parte, ha dispuesto reducir el derecho de defensa a un margen menor tratándose de personas que integran instituciones jerarquizadas, obedientes y disciplinadas como las Fuerzas Armadas. Pero ella no autoriza a abrogar el derecho o a limitarlo de tal manera que se afecte su contenido esencial generando indefensión"[31].

Despejado el contenido y ámbito de la defensa jurídica en este aspecto, es necesario dilucidar a qué se refiere la norma con lo "administrativo y disciplinario".

2) Procedimientos en los que tendría cabida la regulación específica del derecho

Al haber dilucidado que se trata de una garantía de orden procesal, "lo administrativo" puede ser descrito tanto como una regulación del funcionamiento interno de las instituciones, como también procedimientos administrativos que deban ser tramitados en los que intervenga un integrante de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública en el ejercicio de sus funciones y de aquellos que tengan por objetivo las calificaciones de dichos miembros. Mientras que "lo disciplinario", debe entenderse como aquellos procedimientos destinados a investigar y sancionar las faltas cometidas por los funcionarios de esas instituciones.

Respecto de los procedimientos administrativos sancionatorios, se pueden distinguir, a lo menos, tres procedimientos en el Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas: uno de carácter general respecto del que existe norma expresa[32] en cuanto a una defensa jurídica por parte de un abogado; el procedimiento denominado "investigaciones sumarísimas", regulado en los arts. 126 y 127, referidos solo a los casos señalados en el art. 2 n.° 8[33] del mismo Reglamento; y aquellos proce-

[30] Considerando 32°, sentencia rol n.° 2029-11-INA, de fecha 8 de enero de 2013. En el mismo sentido se pronuncia el voto disidente de otra sentencia del mismo tribunal en el considerando 16°, rol n.° 2625-14-INA, de fecha 12 de agosto de 2014.

[31] *Ibid*.

[32] Artículo 84 n.° 3. Decreto n.° 277 del 9 de abril de 1974, aprueba el DNL-910 "Reglamento de Investigaciones sumarias administrativas de las Fuerzas Armadas".

[33] Artículo 2 inciso 2 n.° 8: Por regla general, corresponde instruir investigación sumaria administrativa: n.° 8: Por deterioro, inutilización o pérdida de armamento, material, vestuario,

dimientos excepcionales contemplados en el art. 3 n.º 3[34], sobre la no procedencia de una investigación sumaria y de una aplicación de sanciones de manera inmediata. En los dos últimos procedimientos no se contempla una norma que permita expresamente una defensa letrada.

En el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas no se advierte la posibilidad de contar con abogado, lo que se ha desprendido de la lectura de los arts. 82[35] y 84[36], haciendo referencia a una representación más bien forzosa y no de confianza del afectado, mientras que la segunda se refiere a un curso de acción que el funcionario debe seguir de manera personal.

En los procedimientos calificatorios de los miembros de las Fuerzas Armadas hay regulación en la Ley n.° 18948 (arts. 24 a 27) y en el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas (DFL n.º 1 de 1997, art. 75 y siguientes). Ninguno de esos cuerpos normativos hace referencia a la posibilidad de contar con la asesoría de un letrado para su defensa, sino que solo se plantea la posibilidad de reclamar y apelar en contra de las calificaciones, de acuerdo con lo estipulado en el art. 84[37] del estatuto mencionado.

Un diseño jurídico similar se advierte en la normativa de Carabineros respecto a los procedimientos calificatorios regulados por el DS n.º 412 de

equipo u otros objetos de propiedad fiscal, o por descomposición de víveres, cuyo valor sea superior al monto de seis UTM correspondiente al 1 de marzo de cada año.

[34] Artículo 3: "No procederá la instrucción de una investigación sumaria administrativa en los siguientes casos: Nº 3: En aquellos casos en que los hechos que podrían originarla aparezcan claramente establecidos en los partes, denuncias o diligencias preliminares, debiendo los Comandantes de todas las jerarquías hacer uso inmediato de sus facultades de mando, administrativas y disciplinarias, informando su resolución cuando fuere el caso, por los canales de mando o técnicos. El superior, antes de hacer uso de sus atribuciones disciplinarias, deberá conocer la defensa o justificación del inculpado".

[35] Artículo 82: Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas: Si el reclamante estuviere imposibilitado para hacer las actuaciones por escrito, podrá efectuarlas a nombre suyo cualquier miembro más antiguo de su Unidad.

[36] Artículo 84 inciso 1 Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas: Toda reclamación se hará por escrito y será dirigida al superior directo del Jefe contra el cual se reclama. El escrito correspondiente será entregado por el reclamante a su superior directo, el cual lo hará llegar por conducto regular hasta el Jefe al cual va dirigido.

[37] Artículo 84 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas: La hoja de calificación debe ser notificada al personal, quien podrá reclamar de los conceptos contenidos y su valorización, dentro del plazo de cinco días hábiles, contados desde la fecha de la respectiva notificación.

Esta reclamación será elevada por conducto regular para conocimiento de la Junta de Selección que corresponda, la que resolverá. Las reclamaciones del personal a jornal serán conocidas por el Comandante de la Unidad o Jefe de Repartición, en primera instancia, pudiendo apelar de su resolución ante el Director del Personal o Comandante del Comando de Personal dentro del plazo de cinco días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de dicha resolución.

1991 por remisión de la LOC de Carabineros (art. 24). Pero respecto de los procedimientos administrativos disciplinarios de Carabineros, el actual Reglamento de Sumarios Administrativos[38] no se refiere a la posibilidad de contar con un abogado ajeno a la institución, sino que en el art. 62[39] solo se contempla la posibilidad de contar con la representación de un oficial de fila o de los servicios de la misma institución. Sin embargo, el art. 113 del antiguo Reglamento de Sumarios de Carabineros sí expresaba la posibilidad de que un abogado extraño a la institución ejerciera la defensa del inculpado.

Una de las posibilidades que podríamos plantear es la aplicación supletoria de las normas de la Ley n.º 19880, que establece las bases de los procedimientos administrativos de conformidad con lo indicado en el inciso 1 del art. 1[40]. Al tratarse de Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, se debiese seguir el criterio de la supletoriedad de la ley mencionada respecto de todas aquellas normas procedimentales que ella contiene, pero la aplicación de las normas de representación de esa ley, pugnaría con el texto constitucional, por lo que esa vía tampoco sería la idónea para resolver este conflicto.

En un primer término, la CPR señala que la defensa jurídica debe regularse en los estatutos de las Fuerzas Armadas, pero si ello no ocurre, ¿significa que no cabe la posibilidad de contar con defensa letrada en aquellos casos en que no se ha indicado de manera expresa?

En consecuencia, actualmente, el sentido y alcance de la segunda parte del inciso 2 del n.º 3 del art. 19 de la CPR no se aplica para los procedimientos judiciales en materia castrense y de seguridad publica, sino solo al ámbito administrativo y disciplinario.

Asimismo, una nueva CPR debe abstraerse de mantener una distinción en lo administrativo y disciplinario, menos aún en lo judicial, en cuanto al derecho a la defensa jurídica para las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, debido a que, de acuerdo con el actual ordenamiento jurídico

[38] Artículo 113 del Reglamento de Sumarios Administrativos n.º 15 de Carabineros de 1954: En el momento de la notificación de la resolución anterior, la cual deberá hacerse personalmente a los inculpados, por la Fiscalía, estos deberán expresar si se defienden por sí mismos o indicar el nombre del abogado u oficial de Carabineros a quien confieren su defensa.

[39] "Artículo 62 inciso 2 del actual Reglamento de Sumarios Administrativos de Carabineros de Chile, n.º 15 de 1982: "En la primera declaración del inculpado, el Fiscal lo notificará del derecho que le asistirá para contestar la Vista Fiscal por sí mismo o por medio de un Oficial de Fila o de los Servicios, en el caso que en dicha instancia se deduzcan cargos en su contra".

[40] Artículo 1 Ley n.º 19880: Procedimiento Administrativo. La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria.

nacional e internacional, no se justifica una norma diferenciadora en dicha materia al obedecer a un contexto histórico diverso.

III. El concepto de seguridad nacional en la CPR y su reemplazo por el concepto de seguridad humana

El inciso 5 del art. 1 de la CPR indica que "es deber del Estado resguardar la seguridad nacional", mientras que el art. 101 señala que las Fuerzas Armadas "son esenciales para la seguridad nacional". Dicho concepto ha sido enarbolado como uno de carácter jurídico y político de naturaleza indeterminada, incorporado por primera vez al texto constitucional en 1980.

Sergio Cea ha mencionado[41] que existiría un solo cuerpo normativo que defina la "seguridad nacional", el cual corresponde al DS n.º 261 de 1960 que contiene el reglamento del DFL n.º 181 de 1960, el cual crea el Consejo Superior de Seguridad Nacional, señalando:

> "Se entenderá por seguridad nacional toda acción encaminada a procurar la preservación del orden jurídico institucional del país, de modo que asegure el libre ejercicio de la soberanía de la Nación en el interior como en el exterior, con arreglo a las disposiciones establecidas, a la Constitución Política del Estado, a las leyes de la República y a las normas del derecho internacional, según corresponda".

Asimismo, y sin el objetivo de entregar una definición, el considerando n.º 1 del Acta Constitucional n.º 4, contenido en el DL n.º 1553 de 1976, señala una noción del concepto, indicando:

> "que es deber natural y constitucional del Estado promover el bien común, cuya consecución sólo es posible mediante la creación de las condiciones necesarias para el desarrollo económico y social de la comunidad, al que es consustancial la seguridad nacional considerada como la aptitud del Estado para garantizar ese desarrollo, precaviendo y superando las situaciones de emergencia que pongan en peligro el logro de los objetivos nacionales".

Con todo, la seguridad nacional no es una noción simple, puesto que tiene una carga de contenido político e ideológico que nació en Estados Unidos, precisamente, durante el periodo de la Guerra Fría. Atraído por la idea de la lucha hegemónica con la ex URSS, desarrolló la idea de una in-

[41] Cea Egaña (2015), tomo I, p. 226.

tervención castrense para combatir tanto a un enemigo externo como a uno interno, como sería en el caso de las revoluciones. Estados Unidos habría mantenido una estrategia defensiva basada en la "guerra total". A mediados de la década de 1950, dicha estrategia habría sido cambiada por una "batalla indirecta" de corte ideológica[42], para ello se habría conjugado en una misma fórmula la política exterior, esta vez militarizada, y a la defensa nacional, que sería una política internacional, dando como resultado la doctrina de seguridad nacional[43].

Algunos de los factores que habrían permitido dicho cambio serían: el desarrollo científico y tecnológico, los cuales habrían tornado la estrategia de "guerra total" como imposible de mantener, debido a los daños en el ámbito global que habrían ocurrido, afectando, incluso, a la nación vencedora; el surgimiento de nuevas potencias mundiales como China, Japón y el bloque de los países del Mercado Común Europeo y la difusión de principios, valores e ideales como la democracia, igualdad, participación, libertad, entre otros[44].

Es así, que, con esos contornos, la seguridad nacional se plantea como una doctrina "que explica la importancia de la 'ocupación' de las instituciones estatales por parte de los militares"[45], otorgándole a las instituciones castrenses mayores atribuciones de las que tradicionalmente les correspondían. A pesar de la prohibición de intervenir en asuntos políticos, por razones de necesidad del Estado, los militares debían asumir una participación activa en este ámbito.

Dado todo aquel contexto, llega dicho concepto a América Latina a través de lo que se ha denominado "Doctrina de la Seguridad Nacional", indicando:

> "esta variante mantuvo la idea de que a partir de la seguridad del Estado se garantizaba la de la sociedad. Pero una de sus principales innovaciones fue considerar que para lograr este objetivo era menester el control militar del Estado. El otro cambio importante fue la sustitución del enemigo externo por el enemigo interno"[46].

Se recoge dicha idea en nuestro país, otorgándole un contenido más amplio, además de considerar la protección brindada por el Estado ante amenazas externas e internas. Así lo han entendido diversos autores como Ángela Vivanco, quien señala:

[42] Tapia (1980), p. 43.
[43] *Op. cit.*, p. 45.
[44] *Op. cit.*, pp. 45-48.
[45] Leal (2002), p. 1.
[46] Leal (2003), pp. 74-75.

> "el deber del Estado de resguardar la seguridad nacional no se refiere sólo a la soberanía-independencia, sino también a la soberanía-autonomía (resguardar el orden interno del Estado, incluso contra personas que formen parte de este). Se busca proteger al Estado-Nación de todo peligro, riesgo o daño que atente contra la supervivencia, estabilidad o desarrollo del país y abarca la defensa exterior del Estado, y también la interior respecto del llamado enemigo interno"[47].

Este alcance amplio de la seguridad nacional se desprende de diversos episodios del desarrollo de la CPR de 1980, especialmente en el Consejo de Estado. Respecto de este punto, se indicaba:

> "La Comisión Constituyente en su parte doctrinaria sostiene que este concepto 'tiene hoy en su concepción moderna una amplia y profunda significación, ya que no sólo comprende la defensa de la Patria, la integridad territorial de la Nación y la soberanía del Estado, sino que involucra también el concepto de un desarrollo integral que capacite al país para lograr el cumplimiento de los grandes objetivos nacionales y precaver o superar con éxito las situaciones de emergencia que pongan en peligro el cumplimiento de estos objetivos"[48].

Refrendando la amplitud del concepto de seguridad nacional, la Declaración de Principios del Gobierno de Chile de 1974, refiriéndose a una nueva y moderna institucionalidad, señaló:

> "Las Fuerzas Armadas y de Orden no fijan plazo a su gestión de Gobierno, porque la tarea de reconstruir moral, institucional y materialmente al país, requiere de una acción profunda y prolongada. En definitiva, resulta imperioso cambiar la mentalidad de los chilenos. Pero más allá de eso, el actual Gobierno ha sido categórico para declarar que no pretende limitarse a ser un Gobierno de mera administración, que signifique un paréntesis entre dos Gobiernos partidistas similares o, en otras palabras, que no se trata de una 'tregua' de reordenamiento para devolver el poder a los mismos políticos que tanta responsabilidad tuvieron por acción u omisión, en la virtual destrucción del país. El Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden, aspira a iniciar una nueva etapa en el destino nacional, abriendo el paso a nuevas generaciones de chilenos formadas en una escuela de sanos hábitos cívicos. No obstante, aunque no fije plazo, la Junta de Gobierno entregará oportunamente el poder político a quienes el pueblo elija a través

[47] Leal (2003), p. 66.

[48] "Acta de la octogésimo novena sesión del Consejo de Estado, celebrada el 11 de septiembre de 1979.

> de un sufragio universal, libre, secreto e informado. Las Fuerzas Armadas y de Orden asumirán, entonces, el papel de participación específicamente institucional que la nueva Constitución les asigne, y que será el que debe corresponder a los encargados de velar por la Seguridad Nacional, en el amplio significado que dicho concepto tiene en la época actual"[49].

1) Relación entre los conceptos de seguridad nacional y defensa nacional

Ambos son conceptos jurídicos y políticos indeterminados, puesto que el ordenamiento jurídico no se ha encargado de definirlos, por lo que cabe entender sus nociones a través de los métodos de interpretación normativa. Es por esta razón que suelen confundirse, incluso utilizando ambos como sinónimos en circunstancias que, precisamente, no serían adecuadas o, en este caso, correctas.

La doctrina ha hecho una distinción entre la seguridad y la defensa, siendo el primer concepto más amplio y el segundo más restrictivo, es así que Jaime García Covarrubias ha señalado:

> "hay que aceptar la coexistencia de la seguridad global o integral con la seguridad ciudadana o interna, propia del ámbito policial, lo que lleva normalmente a confusión. Esto ocurre porque en nuestro idioma, a diferencia del inglés, no tiene la capacidad de crear conceptos o definiciones instrumentales. En suma, comparten el mismo nombre (seguridad global y seguridad interna) y ello lleva a confusión por parte de quienes no tienen mayor vinculación con el tema. Por esa razón, es muy importante cuando se habla de seguridad aclarar si se refiere a seguridad global o a la seguridad interna también conocida como pública o ciudadana"[50].

Por lo tanto:

> "habrá un área encargada de proteger y dar seguridad a los ciudadanos (seguridad interna o pública) y otra se encargará de la seguridad del Estado y por ende de los ciudadanos protegiendo la soberanía de las fronteras. Esta última, tiene el nombre de Defensa"[51].

Coherente resulta afirmar que la seguridad nacional tiene, al menos, dos elementos constituyentes: la defensa (seguridad externa del Estado) y la seguridad pública o ciudadana (en el orden interno), por lo que no cabe confundir la seguridad pública o interior con la seguridad nacional, puesto

[49] Declaración de Principios del Gobierno de Chile - marzo 1974.
[50] García (2020).
[51] *Ibid*.

que la primera es integrante de la segunda, lo que no las hace sinónimos, pero sí relacionadas en un mismo contexto.

Respecto del concepto de seguridad nacional, el *Libro de la Defensa Nacional*, en su versión de 1997, señala expresamente:

> "Se trata de un concepto que engloba tanto la preservación de la seguridad interna como externa del Estado, de manera de asegurar su soberanía; soberanía que, en última instancia, permite libertad de acción para lograr eficazmente los objetivos nacionales"[52].

No obstante, el mismo documento indica que el concepto es tan amplio u holgado, que abarca, incluso, los ámbitos de seguridad interior, económica, social y la de seguridad externa[53]. Señala :

> "en definitiva, se entiende por seguridad la condición que logra un país cuando sus intereses nacionales están a resguardo de interferencias importantes, producto de acciones que se han tomado en el ámbito del desarrollo nacional, entendido en un sentido amplio, y en el ámbito de la defensa nacional"[54].

La versión actual del *Libro de la defensa nacional*, del año 2017, ya no considera la noción de "seguridad nacional", sino que solo se refiere al concepto de "seguridad" indicando:

> "consiste en una condición que se desea alcanzar para que se realicen los fines del Estado y de la Nación, particularmente los del desarrollo social, económico y sustentable, y es resultado, en consecuencia, del conjunto de actividades que el Estado realiza para avanzar hacia el logro de sus objetivos y resguardar los intereses nacionales en relación con los riesgos, amenazas o interferencias"[55].

Ahora bien, el libro indicado se hace cargo del vínculo existente entre ambos conceptos, señalando la especificidad de la defensa por sobre la generalidad de la seguridad, y que "la defensa no produce por sí sola la condición de seguridad deseada, pero sin duda es uno de los factores esenciales para obtenerla"[56].

Respecto del concepto de defensa, el *Libro de la defensa* es claro en cuanto a su contenido, haciendo hincapié en que:

[52] *Libro de la defensa nacional* (1997), p. 71.
[53] *Ibid*.
[54] *Op. cit*., p. 72.
[55] *Libro de la defensa nacional* (2017), p. 102.
[56] *Ibid*.

> "El concepto de defensa dice relación con la acción del Estado para mantener la independencia política del país y su integridad territorial, así como para proteger a su población frente al uso de la fuerza o a la amenaza del uso de la fuerza por parte de actores internacionales. Considera el conjunto de medios materiales, humanos y morales que una nación puede oponer a las amenazas de un adversario en contra de tales bienes y de sus intereses. Su propósito es contribuir al logro de una condición de seguridad externa tal que el país pueda lograr sus objetivos libre de interferencias exteriores"[57].

Empero, toda la confusión entre seguridad y defensa, a la que hemos hecho mención, no ocurre solo en el ámbito doctrinario, sino que, también, en el legislativo, como en la Ley n.° 20424, que establece el estatuto orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, cuyo cometido principal es colaborar con el Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de la defensa nacional. Pero, el inciso 4 del art. 1 de ese mismo texto legal indica:

> "Al Presidente de la República le corresponde disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlos y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional",

lo cual se corresponde con el numeral 17 del art. 32 de la CPR respecto de la atribución exclusiva del Jefe del Estado, lo que genera confusión acerca del contenido que tienen los conceptos ya aludidos de defensa nacional y seguridad nacional.

Dejando establecidas las diferencias y los ámbitos de ambos conceptos, ello no significa que no estén relacionados y no puedan coexistir a través de la colaboración entre las instituciones castrenses y las de seguridad interior. Como dijimos, el cometido de las Fuerzas Armadas es la defensa de la patria, es decir, la defensa externa del Estado, sin perjuicio que, por razones excepcionales, puedan ser coadyuvantes de las competencias constitucionales que le correspondan a la fuerza pública. Por esa razón, no es técnicamente correcto que la atribución del Presidente de la República del n.° 17 del art. 32 de la CPR se ejerza de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional, sino que debe ser de acuerdo con las necesidades de la defensa nacional, que es el cometido natural de las instituciones castrenses, sin perjuicio que puedan colaborar en ciertos aspectos de la seguridad interna. Tema aparte es que, en la LOC de las Fuerzas Armadas, art. 1, se siga manteniendo su carácter de esencial, con el fin de garantizar el orden institucional de la República,

[57] *Libro de la defensa nacional* (2017), p. 96.

existiendo, por tanto, una derogación tácita desde la entrada en vigor de la ley de reforma constitucional n.º 20050 de 2005. En dicha línea, tampoco sería técnicamente correcto que el art. 101 de nuestra actual CPR excluya de la esencialidad para la seguridad nacional a la fuerza pública, puesto que sus cometidos constitucionales de dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, contribuyen a mantener la seguridad nacional dentro de su esfera interna.

Como indicamos, el cometido de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública no es excluyente para la colaboración en el ejercicio de las funciones de unas y otras, siempre y cuando sea dentro del orden jurídico establecido, lo que es una manifestación más que el concepto de seguridad nacional es amplio y no restrictivo solo al orden interno. Lo anterior se manifiesta claramente en nuestro ordenamiento jurídico con la dictación de normas que complementan las competencias de la Fuerza Pública y de las Fuerzas Armadas, como ha ocurrido con el DS n.º 265 publicado en el *Diario Oficial* el 13 de agosto de 2019, el cual autoriza, como indica su artículo primero:

> "la colaboración de las Fuerzas Armadas con las autoridades civiles y policiales competentes para actuar en relación a actividades que se vinculen al narcotráfico y crimen organizado transnacional, en el marco de las facultades que la Constitución y la ley les otorguen, en zonas fronterizas del territorio nacional".

Otro caso es el de la intervención de las Fuerzas Armadas en el estado de excepción constitucional de sitio en caso de guerra interna, en que las facultades del Presidente de la República podrán ser delegadas entre otros, como el Jefe de la Defensa Nacional, quien podrá asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública (art. 40 de la CPR en relación con los arts. 3 y 5 de la LOC de los estados de excepción). Misma situación ocurre con el estado de catástrofe, en caso de calamidad pública y el estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público y seguridad de la nación. En todas estas estipulaciones existe una amenaza a la esfera interna de la seguridad nacional en que intervienen las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad Pública. En cuanto al estado de asamblea, en caso de guerra externa, es lógica la participación de las instituciones castrenses.

Y mas recientemente, se encuentra en tramitación un proyecto de ley de reforma constitucional (*Boletín* 13086-07), que regula el estado de alerta para prevenir daños a insfraestructura crítica, a cargo del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Jefe del Estado, con las mismas atribuciones ya indicadas, pudiendo, por tanto, recurrir a las Fuerzas Armadas para dicho fin.

Desde otra perspectiva, y sin ser parte de su cometido esencial, el art. 415 del *Código de Justicia Militar* permite que Carabineros de Chile pueda formar una división o brigada durante la guerra, permitiendo así una función de colaboración con las finalidades de las Fuerzas Armadas cuando se trate de guerra externa, ello en relación con los artículos 72[58, 59] y 418[60] del mismo *Código* que hacen referencia a una guerra externa o ataque exterior, aun cuando también podría ocurrir en guerra o conmoción interior, actuando dicho órgano dentro del ámbito normal de sus competencias y cometidos.

2) Crítica al concepto de seguridad nacional

La seguridad nacional desde su gestación y posterior arribo a América Latina, y a Chile, se presenta hoy como un concepto anacrónico que no se condice con la actual realidad imperante. Los acontecimientos históricos que le dieron vida, en relación con los sucesos que estaban ocurriendo a fines de la década de los sesenta y setenta del siglo XX en nuestro país, permitieron un desarrollo del concepto que, en la actualidad, no se justifica y, por lo tanto, no tiene sentido alguno que su contenido siga permeando con tanto ahínco nuestro texto constitucional, debido a que su sustancia obedece a una realidad de otra época que hoy no nos pertenece.

No obstante, su anacronismo no fue impedimento para que se enviara, en el año 2018, por parte del ejecutivo al Congreso un proyecto de ley de modifi-

[58] Art. 72 del *Código de Justicia Militar*: La jurisdicción militar de tiempo de guerra comprende: el territorio nacional declarado en estado de asamblea o de sitio, sea por ataque exterior o conmoción interior, de acuerdo con el número 17 del artículo 72 de la Constitución Política; y el territorio extranjero ocupado por las armas chilenas.

[59] El art. 72 del *Código de Justicia Militar* se remite al art. 72 n.° 17 de la Constitución Política de la República (que a la fecha de dictación del *Código de Justicia Militar* era la CPR de 1925) que señala: Son atribuciones especiales del Presidente: N° 17. Declarar en estado de asamblea una o más provincias invadidas o amenazadas en caso de guerra extranjera, y en estado de sitio, uno o varios puntos de la República, en caso de ataque exterior.

En caso de conmoción interior, la declaración de hallarse uno o varios puntos en estado de sitio, corresponde al Congreso; pero, si éste no se hallare reunido, puede el Presidente hacerlo por un determinado tiempo. Si a la reunión del Congreso, no hubiere expirado el término señalado, la declaración que ha hecho el Presidente de la República, se entenderá como una proposición de ley.

[60] Art. 418 del *Código de Justicia Militar*: Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial.

cación de la CPR[61] y, a pesar de no haberse tramitado desde su ingreso, es interesante que, respecto de la seguridad nacional, no se advierten cambios sustanciales, manteniéndose en diversas disposiciones dicho concepto indeterminado, así como el carácter de esencial de las Fuerzas Armadas para dicho cometido.

El proyecto indicado realiza una crítica de la siguiente forma:

> "Los ejes rectores originales de esta concepción político-jurídica son cuatro: 1) el establecimiento de una sociedad de libertades con primacía de los derechos económicos; 2) el rol subsidiario del Estado; 3) la fijación de una democracia no pluralista y tutelada; y 4) la consagración y ejecución de la doctrina de la seguridad nacional"[62].

Por tanto, de acuerdo al último eje señalado, se critica su mantención como concepción en la CPR, pero en su texto formal se limita a rediseñar la estructura de las bases de la institucionalidad para que en el art. 3, inciso 3, se refiera a que el deber del Estado sea "resguardar la seguridad y la soberanía de la Nación y su territorio", pero manteniendo el carácter de esencial de las Fuerzas Armadas para la seguridad nacional, utilizando, asimismo, ese concepto ya criticado, en diversas disposiciones de su texto.

En los textos constitucionales comparados no advertimos una raigambre tan fuerte de la seguridad nacional como en el nuestro, salvo, en cierta medida, como se vislumbra en la Constitución de México, que mantiene algunas menciones de dicho concepto en materias como la reserva o secreto de informaciones públicas por razones de seguridad nacional (art. 6 inciso 4 letra A literal I); las facultades del Congreso de expedir leyes en materia de seguridad nacional (art. 73 literal XXIX-M); la facultad del Presidente de preservar la seguridad nacional según las leyes, vinculándola con la facultad de disponer de la totalidad de la fuerza armada para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación.

La Constitución de Perú también mantiene menciones al concepto en materia de acceso a la información (art. 2 n.º 5), a la expropiación por causa de seguridad nacional (art. 72) y a la restricción de la propiedad por la misma causa (art. 72).

Por su parte, llama la atención la Constitución de Brasil, puesto que aquella del año 1967 tenía alrededor de diecinueve referencias al concepto de seguridad nacional, relacionándolo, entre otras materias, con las Fuerzas Armadas y las facultades del Presidente. Pero en el texto constitucional ac-

[61] Revisar *Boletín* n.º 11617-07 del 6 de marzo de 2018. Disponible en www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12132&prmBOLETIN=11617-07 [fecha de consulta: 22 de junio de 2020].

[62] *Op. cit.*, p. 10.

tual solo hay una mención a la seguridad nacional, siendo solamente relativa a la materia económica (art. 173)[63].

Una situación similar ocurre con la Constitución de Estados Unidos, puesto que tiene pocas referencias a la seguridad como concepto. Uno de los puntos a revisar es el de la segunda enmienda, la cual indica:

> "Siendo necesaria para la seguridad de un Estado libre una Milicia bien organizada, no se deberá coartar el derecho del pueblo a poseer y portar armas"[64].

Es así que el concepto de seguridad nacional se encuentra en diversos textos constitucionales. Algunos con mayor connotación que en otros, pero no se advierte ninguna CPR tan imbuida de ese concepto como la nuestra. Manifestación de ello es el desarrollo que tuvo la CPR de Brasil, que pasó de tener una presencia de la doctrina de la seguridad nacional tan marcada, a una sola mención en el texto fundamental de hoy, observando en esta materia, una clara evolución de dicho Estado.

Ahora bien, sabemos que la supresión del concepto de seguridad nacional de la CPR traerá como consecuencia el análisis de otras normas constitucionales que tienen relación con este, pero ello es materia de otro análisis que no será tratado en este trabajo.

3) Reemplazo del concepto de seguridad nacional por el de seguridad humana en una nueva CPR

La seguridad humana es un concepto que emergió a mediados de la década de 1990, haciendo su aparición en el Informe sobre el Desarrollo Humano de 1994 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), informe que, si bien no entrega un concepto de lo que debe entenderse por tal, otorga nociones e ideas de cómo interpretarlo:

> "El concepto de seguridad humana destaca que la gente debe estar en condiciones de cuidarse por sí misma: todos deben tener oportunidad de satisfacer sus necesidades más esenciales y de ganarse la vida"[65].

---

[63] Art. 173 de la Constitución Política de Brasil de 1988: Exceptuados los casos previstos en esta Constitución, la explotación directa de actividades económicas por el Estado sólo será permitida cuando sea necesaria por imperativos de seguridad nacional o de interés colectivo relevante, conforme a la definición de la ley.

[64] Texto en inglés: "Amendment II: A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed".

[65] Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (1994), p. 27.

En tal sentido, el informe trata de cambiar el sentido de la seguridad, ampliándolo y poniendo el foco de atención en las personas, para eso indica lo siguiente:

> "El concepto de seguridad debe cambiar así en forma urgente en dos sentidos fundamentales: Del acento exclusivo en la seguridad territorial a un acento mucho mayor en la seguridad de la población [...]. De la seguridad mediante los armamentos a la seguridad mediante el desarrollo humano sostenible"[66].

Señala siete categorías que comprenden la seguridad humana, extendiendo el espectro de seguridad que se ha entendido hasta ese entonces, considerando, de esa forma, la seguridad económica, alimentaria, en materia de salud, ambiental, personal, de la comunidad y la política[67].

De lo dicho ya es posible advertir diferencias relevantes entre este concepto y el de la seguridad nacional, puesto que "la seguridad nacional vela por la protección de los Estados; la seguridad humana vela por la protección de los individuos"[68].

En tal sentido, Sergio Cea y Ricardo Coronado, señalan respecto a la seguridad nacional que:

> "hoy, en pleno siglo XXI, dicho concepto se encuentra superado, no tiene consistencia en una prospección de determinar el segundo cometido constitucional de las Fuerzas Armadas y en ese contexto irrumpe la noción de Seguridad Humana"[69].

La realidad mundial ha cambiado de manera considerable desde el término de la Segunda Guerra Mundial hasta hoy, presentando necesidades para los individuos que antes no estaban en la palestra global. Los conflictos bélicos de fines de siglo XX generaron una preocupación por la mantención de la soberanía, pasando, posteriormente, a la preocupación por un desarrollo hegemónico que le permitiera a las potencias posicionarse como aquellas de mayor transcendencia para su evolución, invisibilizando las necesidades de otros Estados que conforman el tercer mundo o, incluso, de aquellos en vías de desarrollo.

Por esa razón, y una vez que se manifestó que dicho periodo había concluido, o al menos mermado su presencia internacional, el PNUD comenzó a desarrollar este concepto, que no ha llamado tanto la atención de

[66] Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (1994), p. 28.
[67] *Ibid*.
[68] Mack (2005), p. 13.
[69] Cea y Coronado (2019), p. 224.

los académicos, pero que ha ido permitiendo generar un concepto o noción más clara y adecuada a la realidad de hoy, sin perjuicio que ha tenido detractores.

El informe del secretario general sobre seguridad humana, Ban Ki-moon:

> "destaca que la seguridad humana no atenta contra la soberanía de los Estados, requiere más bien instituciones locales sólidas y estables. La seguridad humana depende principalmente de las acciones del Estado, aunque reconoce la necesidad de mantener relaciones multilaterales.
>
> La seguridad humana no prevé el uso de la fuerza. Está orientada al fomento de la capacidad del gobierno y las instituciones locales y al fortalecimiento de su resiliencia ante los nuevos desafíos en modalidades que se refuercen mutuamente y sean preventivas y amplias"[70].

Precisamente, el punto sobre la soberanía de los Estados ha sido uno de los más controversiales, como es el caso de India y Pakistán. El primer Estado señaló:

> "es importante asegurar que la seguridad esté situada en los parámetros de no-agresión, no intervención en la esfera doméstica y el derecho de los países a la auto defensa y el mantenimiento de la soberanía"[71].

Pakistán, por su lado:

> "se mostró crítico con respecto a la seguridad humana y la soberanía. Para fortalecer la confianza, las intervenciones deberían darse sólo en áreas aceptada por todos los miembros. Se debería evitar interpretaciones subjetivas de amenazas emergentes"[72].

Se ha dicho que la noción de seguridad humana es amplia y vaga, además de que aún no se elabora una definición que pueda abarcar la esencia de las ideas que propugna. No obstante, creemos que un concepto de esas características debe ser flexible, adaptándose a la realidad de cada uno de los Estados que adopte su presencia en el ordenamiento jurídico. Es por esa razón que se advierten diversas opiniones, algunas a favor y otras en contra; la mayoría de los detractores se preocupan que la implementación de la seguridad humana pueda alterar o afectar su soberanía, quizá porque dichos Estados no pueden proveerse de todos los recursos para satisfacer las necesidades de la población y, necesariamente, requieren de una ayuda externa que podría afectar asuntos de materia nacional, queriendo evitar correr un

[70] Álvarez (2012), p. 59.
[71] *Op. cit.*, p. 70.
[72] *Ibid*.

riesgo que signifique confusión entre la ayuda para la satisfacción de necesidades de seguridad humana con intervencionismo político y económico.

Por su parte, la Red de Seguridad Humana[73], de la que Chile forma parte desde 1999, declara:

> "la seguridad humana no implica el uso de la fuerza o la ampliación del concepto convencional de seguridad. Establecen que la seguridad humana no atenta contra la soberanía de los Estados. En relación con lo anterior, enfatiza además en la importancia de la cooperación internacional y multilateral y en el establecimiento de alianzas"[74].

De igual forma, Chile señala:

> "la seguridad humana es un concepto emergente que supone el compromiso de los Estados nacionales a desenvolverse irrestrictamente dentro del Derecho y multilateralismo. [...] Uno de los fines últimos de la seguridad humana es el fortalecimiento de las instituciones nacionales. Por último, asevera que es necesario continuar con los esfuerzos de operacionalización del concepto"[75].

La estabilidad política y económica, entre otros factores, permiten que los Estados tengan diversas interpretaciones acerca de un punto en particular, como lo que ocurre con la seguridad humana. En el caso de Chile, su posición descansa en una aceptación de su concepto e implementación de este, pero siempre desde el enfoque internacional.

No se ha realizado un análisis acerca de la inclusión de dicho concepto en el orden interno de cada Estado. En Chile ya se ha avanzado un poco en esa figura, puesto que existe la Unidad de Seguridad Humana, dependiente de la Dirección de Seguridad Internacional y Humana del Ministerio de Relaciones Exteriores[76], aunque, por ahora, está enfocada solo a la política

[73] Según el Ministerio de Relaciones Exteriores (2013): "La Red de Seguridad Humana de la ONU fue creada en mayo de 1999 y está integrada por Austria, Costa Rica, Eslovenia, Grecia, Irlanda, Jordania, Noruega, Suiza, Tailandia, Panamá, y Sudáfrica, en calidad de observador. La Red busca orientar a los Estados a adoptar medidas integrales, centradas en las personas y dirigidas a la prevención y el tratamiento de las nuevas amenazas globales, basadas en que los gobiernos mantienen la función primordial de asegurar la supervivencia, los medios de vida y la dignidad de sus ciudadanos".

[74] *Op. cit.*, p. 66.

[75] Ministerio de Relaciones Exteriores (2013), p. 68.

[76] La Dirección de Seguridad Internacional y Humana es la continuadora de la antigua Dirección de Política Especial (DIPESP) del Ministerio de Relaciones Exteriores. El cambio de su denominación se debió a "la conveniencia de reestructurar la actual DIPESP para ajustar tanto su denominación como su organización interno a las actividades que efectivamente desarrolla", ello de acuerdo con la Orden de servicio n.º 409 de 2009.

exterior en dicha materia; Ecuador, por su parte, ha incorporado el concepto en su texto constitucional[77].

En otro ámbito, el secretario general de las Naciones Unidas Ban Ki-moon, señala que la seguridad humana no prevé el uso de la fuerza, afirmación que creemos correcta, pero no a salvo de algunos reparos, puesto que no debemos olvidar que la seguridad humana tiene diversas dimensiones, entre las que se encuentra la seguridad personal, la que puede ser amenazada por el Estado a través de la tortura física, o por otros Estados, como en el caso de guerra; la seguridad de otros grupos de la población, la que puede verse afectada por conflictos de índole étnicos, por la delincuencia, la violencia doméstica o amenazas en contra de la propia persona, como en el caso de suicidio o el uso de estupefacientes[78].

En esas dimensiones de seguridad personal es que intervienen las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública (al menos en nuestro país, considerando que estas instituciones son denominadas de diversas maneras en otros ordenamientos jurídicos) y, en consecuencia, el uso de la fuerza, aunque esta se presenta de *ultima ratio* para combatir las amenazas. Proscribir el uso de la fuerza de manera radical puede significar problemas de interpretación, más aún cuando algunos Estados plantean la posibilidad de que la seguridad humana pueda afectar la soberanía.

Estimamos que, aunque no exista un concepto determinado aún, la seguridad humana se ha evidenciado como un concepto que ha adquirido presencia en el ámbito internacional, ya que ha puesto énfasis en el desarrollo de las amenazas que afectan a las personas y la manera de poder combatirlas, amparado en el contexto histórico que se vive desde la década de 1990 en adelante, en que la realidad mundial ya no es la misma a la que se vivió en el siglo XX.

Sin embargo, la noción de seguridad humana debe contemplar ciertos elementos que han surgido como respuesta a nuevas amenazas que no eran tan patentes en tiempos pretéritos, los que por cierto se presentan como un concepto más amplio que el de seguridad propiamente tal y que no implica el uso de la fuerza contra la soberanía de los Estados[79].

Para adoptar la seguridad humana, como deber del Estado, sería necesario: recurrir al reemplazo de "seguridad nacional" por el de "seguridad

[77] Art. 393 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008: "El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. La planificación y aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno". Además, el concepto se encuentra en el art. 340 de la misma Constitución, señalándolo como uno de los ámbitos del sistema nacional de inclusión y equidad social.

[78] Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (1994), p. 34.

[79] Álvarez (2012), p. 59.

humana" en el art. 1 inciso 5 de la CPR; eliminar la frase "y son esenciales para la seguridad nacional" del art. 101 inciso 1; e incorporar al art. 6 inciso 1 como deber de todos los órganos del Estado el garantizar un orden institucional de la República y la seguridad humana.

De igual forma, no debemos confundir la seguridad humana con los derechos humanos, puesto que la primera contribuye a vislumbrar amenazas a las personas que antes no eran visibilizadas debido a los conflictos que imperaban en el entorno global, pero que hoy son más patentes. Además, a diferencia de los derechos humanos, la seguridad humana permite priorizar esas amenazas para generar escudos de protección en favor de los individuos, es por esa razón que estas "nuevas amenazas" identificadas no serán idénticas en todos los Estados, sino que ellas se presentarán de diversas maneras. Mientras que en algunos Estados una amenaza sería el narcotráfico, en otra lo será el terrorismo o las emergencias medioambientales, lo que no invalida que pudiesen coexistir algunas amenazas en un mismo Estado.

La seguridad humana se presenta como un concepto en constante y actual desarrollo que trata de adaptarse al contexto mundial, así como a la realidad de cada uno de los Estados existentes, poniendo en el centro de la atención a las personas, enfatizando la protección contra aquellas amenazas que hoy se manifiestan mayormente, permitiendo un intercambio bilateral o multilateral para dichos fines, pero que proscribe el uso de la fuerza destinada a atentar contra la soberanía de otros Estados a pretexto de contribuir a un mejoramiento en la eliminación de dichas amenazas, cuyo fin último es el fortalecimiento de las instituciones internas destinadas a satisfacer las necesidades actuales y futuras de las personas.

Como advertimos, existe una marcada diferencia entre la seguridad nacional y la seguridad humana, debido a que la primera plantea la intervención militar en asuntos políticos con el fin de combatir tanto el enemigo interno como el externo, poseyendo un alto contenido ideológico, asunto que no existe en la seguridad humana, que repliega a las Fuerzas Armadas a su cometido natural e inherente, limitando su intervención en asuntos internos y eliminando una ideología detrás de su concepto, haciendo hincapié solo en las personas y su desarrollo.

IV. El Consejo de Seguridad Nacional y la necesidad de mantenerlo en el texto de una nueva Constitución

Uno de los primeros antecedentes de un órgano de estas características se encuentra en el DL n.º 403 del 13 de junio de 1925 que estableció la organización y funcionamiento del Consejo de Defensa Nacional, cuya misión

era estudiar las cuestiones relativas a la preparación de la defensa nacional, en especial de aquellas en que sea necesaria la cooperación de varios departamentos ministeriales o de otros organismos (art. 1), así como proponer para su adopción todas aquellas medidas que permitan a la nación hacer frente a los múltiples y complejos problemas que se derivan de un conflicto bélico (art. 2). El art. 10 del DL 403 establecía un amplio catálogo de materias que debía conocer el Consejo de Defensa Nacional; este cuerpo normativo fue derogado por el art. 14 del DFL n.º 181 de 1960.

Luego, se publicó la Ley n.º 7144 del 5 de enero de 1942, que creó el Consejo Superior de Defensa Nacional (Consudena), cuyo objetivo era brindar asesoría al gobierno en el estudio y resolución de los problemas que se refieren a la defensa nacional relacionados con la seguridad exterior del país. Esta ley mantuvo su vigencia hasta el año 2011, puesto que, de acuerdo con las disposiciones transitorias tercera y sexta de la Ley n.º 20424, fue derogada por el DFL n.º 1 del 11 de marzo de 2011 del Ministerio de Defensa Nacional, suprimiendo al Consudena y estableciendo como su fecha de derogación el 4 de febrero de 2011.

Por otro lado, el DFL n.º 181 del 5 de abril de 1960 creó el Consejo Superior de Seguridad Nacional (Consusena), cuya misión era la de asesorar al Presidente de la República en todo lo que se refiere a la seguridad de la nación y al mantenimiento de su integridad territorial (art. 1). Fue derogado por el artículo quinto transitorio de la Ley n.º 20424.

No obstante, el Consejo de Seguridad Nacional (Cosena) fue establecido en el capítulo XI del DL n.º 3464 del 11 de agosto de 1980, que aprobó la nueva Constitución y la sometió a ratificación por plebiscito.

El art. 96 de la CPR original de 1980 establecía las funciones del Cosena, que estaban enfocadas, entre otras, en la asesoría al Presidente de la República en materias de seguridad nacional, dar su opinión sobre aquellos hechos o actos que atentaran gravemente contra las bases de la institucionalidad, o recabar de autoridades y funcionarios de la Administración todos los antecedentes relacionados con la seguridad exterior del Estado.

Para ello, se generaron diversas discusiones tanto en la Comisión Ortúzar como en el Consejo de Estado, llegando a plantearse, incluso, atribuciones del Cosena en cuanto a iniciativa legislativa en caso de falta de funcionamiento regular del gobierno o de las instituciones del Estado[80], al igual que pronunciarse sobre las exclusiones de candidaturas a la presidencia de la república por difundir doctrinas que atenten contra la familia, propugnen

[80] Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República. Sesión 344ª del 4 de abril de 1978.

violencia o arremetan contra el régimen establecido, entre otras[81], o que el Presidente de la República contare con el consentimiento del Cosena para iniciar cualquier negociación que implique una transferencia o un intercambio territorial, además de someter a arbitraje las disputas fronterizas[82].

Es la ley n.º 20050 de reforma constitucional la que modifica las normas del Cosena, de acuerdo con el art. 1 n.º 47 y 48, otorgándole la fisionomía que tiene hoy. Es decir, eliminando todas las atribuciones otorgadas a este órgano con anterioridad y solo manteniendo la facultad de asesorar al Presidente de la República en materias vinculadas con la seguridad nacional, además de ejercer las demás funciones que la CPR le encomienda.

La CPR también le otorga relevancia al Cosena en cuanto debe ser oído para que el Presidente de la República, previa autorización por ley, pueda declarar la guerra (art. 32 n.º 19), así como el vínculo que se genera con el Banco Central para que, en caso de guerra o peligro de ella (el cual será calificado por el Cosena), se puedan obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas (art. 109 inciso 3).

En consecuencia, se desprende de lo indicado, que históricamente el Cosena (o el órgano que correspondiera), ha ido disminuyendo sus competencias hasta tener una participación más bien pasiva, o asesora, de acuerdos no vinculantes para el Presidente de la República, perdiendo cada vez más relevancia para los efectos de ser considerado un órgano constitucional. Es más, de acuerdo con información entregada por el Estado Mayor Conjunto del Ministerio de Defensa Nacional, entre los años 1981 y 2005, el Cosena se ha reunido en solo 24 oportunidades.

Por lo dicho, hoy no tiene sentido mantener el Cosena en la CPR, puesto que es suficiente con una regulación a través de una ley complementaria. Además, como señaló el Contralor General de la República en sesión del 7 de noviembre de 2019 "se trata de un resabio de una época pretérita de nuestra República, en que el poder civil estaba supeditado al poder militar"[83]. En atención al principio de aplicación práctica de las normas, no puede mantenerse en la CPR un órgano que carece de relevancia.

No debe confundirse nuestra opinión con la supresión del órgano, puesto que, en materias de "seguridad nacional", el Presidente de la República siempre podrá contar con la asesoría que mejor le parezca, sobre todo

[81] Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República. Sesión 344ª del 4 de abril de 1978.

[82] Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República. Sesión 345ª del 4 de abril de 1978.

[83] Disponible en https://prensa.presidencia.cl/fotonoticia.aspx?id=134638 [fecha de consulta: 29 de junio de 2020].

si se trata de un órgano que el ordenamiento jurídico contempla con las características de tales, pero ello no es óbice para eliminar el rango de constitucional del Cosena.

Por otro lado, y como ya hemos indicado, la seguridad nacional es una noción que tiene un alto contenido ideológico en su génesis. Al propugnar la abrogación de ese concepto, debería eliminarse la referencia a este órgano, aun cuando cambie de nombre, puesto que seguiría siendo un órgano meramente asesor.

Conclusiones

Se debe considerar que las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública sean fundamentales para la protección del Estado, su territorio, soberanía, gobierno y población, estableciéndose como aquellas instituciones que permiten una estabilidad institucional y de protección para los habitantes de un Estado, frente a amenazas externas, en el caso de la Defensa Nacional, o respecto de la seguridad interior, en lo que atañe a las funciones de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Solo cobró relevancia su inclusión en un capítulo exclusivo de la CPR de acuerdo con las circunstancias históricas en que fue concebido su texto, sin perjuicio de estimar que debe tener un rango constitucional, no existe la necesidad de mantener una sobrerregulación de ellas, como ocurre hoy.

Para eliminar el gran contenido ideológico e histórico que permea nuestra CPR, estimamos suficiente con establecer un solo artículo ubicado en aquel capítulo que se refiera a la función ejecutiva del Estado (específicamente, a la Administración del Estado), manteniendo una referencia al monopolio de las armas y remitiéndose en lo demás a la ley orgánica constitucional o a aquella ley complementaria creada con motivo del nuevo texto constitucional para evitar una hipertrofia normativa y un excesivo tratamiento a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, porque una carta fundamental no tiene como función desarrollar de forma detallada sus instituciones jurídicas y políticas, sino que contener normas de carácter general y abstractas que logren adecuarse a los diversos contextos que se planteen en la sociedad.

Jaime Bassa ha indicado que la interpretación de la Constitución "no puede petrificar el contenido atribuido originalmente, dado el carácter evolutivo del pueblo en tanto poder constituyente"[84], y es precisamente de esa

[84] Bassa (2015), p. 15.

forma, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia han aplicado ese criterio histórico de interpretación lo que

> "ha impedido que la comunidad política participe democráticamente en la construcción de su ordenamiento iusfundamental, tanto desde al Congreso Nacional como en materia de interpretación constitucional"[85]

y, por lo tanto, ello pugna con el desarrollo evolutivo de las normas jurídicas, impidiendo su adaptación al contexto actual en que deben regir sus disposiciones.

Al constatarse una regulación legal y reglamentaria tan exhaustiva de estos órganos de la Administración del Estado, se advierten procedimientos diferenciados entre los miembros de dichas instituciones con los otros funcionarios públicos, pero ello no obsta a que el derecho a la defensa jurídica sea considerada distinta para ellos, debido a que es un derecho que emerge de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas. No debe confundirse con los derechos humanos y esenciales, de los cuales sus miembros son titulares, debiendo eliminarse toda norma que haga una distinción en materia de derechos fundamentales, en particular, la segunda parte del inciso 2 del n.º 3 del art. 19 de la CPR.

Lo anterior adquiere trascendencia porque se ha prestado para confusiones en cuanto a su contenido, llegando, incluso, a afirmar que ello alcanzaría al ámbito judicial, lo que no es correcto de acuerdo con su tenor literal.

Respecto de la seguridad nacional, ha quedado establecido que es un concepto que emerge en un contexto histórico universal, específicamente, luego de concluida la Segunda Guerra Mundial, en el periodo denominado Guerra Fría, en que Estados Unidos, ante la lucha hegemónica que mantuvo en mayor parte con la ex URSS, desarrolló una doctrina de seguridad nacional en que planteaba una intervención militar en asuntos de orden interno, para combatir aquellas doctrinas ideológicas contrarias al capitalismo.

De esa forma, migra la Doctrina de la Seguridad Nacional hacia América Latina, recogiéndose en Chile de una manera potente, no con el fin de combatir al enemigo externo (cuya amenaza era poco probable), sino que para limitar doctrinas totalitarias contrarias al régimen imperante en las décadas de los setenta y ochenta del siglo XX.

En esos términos, si bien se entiende su adopción en el ordenamiento jurídico atendida la realidad imperante, hoy no armoniza con el nuevo escenario de Chile, replegándose aquellos elementos que permitieron que ingre-

[85] Bassa (2015), p. 19.

sara a nuestro sistema jurídico y político, dando paso a nuevas necesidades y deberes que el Estado debe satisfacer y cumplir.

Con todo, solo ha quedado entregado al dinamismo de las fuentes del derecho su contenido, no encontrando definiciones para esta, salvo el decreto supremo n.° 261 de 1960 (hoy derogado tácitamente) sobre lo que debe entenderse por seguridad nacional.

En ese orden de ideas, creemos que hoy la seguridad nacional debe ser erradicada por completo del texto constitucional, así como de los cuerpos legales y reglamentarios por no adecuarse a la realidad de nuestro país al presentarse como un concepto anacrónico, además de tener un gran contenido ideológico en su génesis e implementación, y por generar grandes confusiones, tanto en el ámbito doctrinario como legislativo, entre este concepto y el concerniente a la defensa nacional y de la seguridad pública.

En la misma línea debemos analizar el Consejo de Seguridad Nacional, puesto que su existencia tiene una mínima aplicación práctica y sus actuales cometidos no permiten que se erija como un órgano que deba tener una relevancia constitucional como la que tiene hoy, sino que sería suficiente su regulación en un texto de inferior jerarquía.

Desde otra perspectiva, y más allá de la eliminación de la seguridad nacional como concepto, creemos que de acuerdo con las actuales necesidades nacionales como internacionales, asumir la seguridad humana como deber del Estado se condice con la realidad actual.

Así, la seguridad humana se ha adecuado al contexto internacional y ha puesto en el centro las necesidades de las personas, dejando de lado las del Estado, entendiendo que este último está al servicio de la persona, y no al revés, y ello permite una mayor y mejor satisfacción de las necesidades individuales.

Chile ya ha adoptado su postura al respecto, aceptando la existencia del concepto, y aplicándolo en su ordenamiento interno, pero solo en materia de las relaciones internacionales, y sin perjuicio de reconocer que es una noción que aún está en constante evolución, ha estimado que no afecta ni altera la soberanía nacional.

No obstante, comprendemos que el concepto de seguridad humana continúa bajo una constante crítica por ser denominado como confuso, ambiguo y vago, pero lo que podemos aseverar y despejar de duda alguna ante aquellos críticos, es que este concepto está privado de todo contenido ideológico al poner el acento en las necesidades de las personas, mas no las del Estado.

Bibliografía

Álvarez Marín, Andrea (2012). "La seguridad humana: ¿debate sin futuro? El estado del debate en las Naciones Unidas", en Francisco Rojas Aravena (ed.). *Seguridad humana: Nuevos enfoques*. San José: Flacso.

Bassa Mercado, Jaime (2015). "La pretensión de objetividad en la interpretación constitucional", en Jaime Bassa Mercado, Juan Carlos Ferrada Bórquez y Christian Viera Álvarez. *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. Santiago, LOM Ediciones.

Cea Cienfuegos, Sergio y Ricardo Coronado Donoso (2018). "Constitución y Fuerzas Armadas en el siglo xxi: Defensa Nacional y Seguridad Humana". *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n.º 13. Santiago.

Cea Cienfuegos, Sergio y Ricardo Coronado Donoso (2019). Derecho militar. Parte general. 2ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Thomson Reuters.

Cea Egaña, José Luis (2012). *Derecho constitucional chileno*. 2ª ed. actualizada. Santiago: Ediciones UC, tomo ii.

Cea Egaña, José Luis (2015). *Derecho Constitucional chileno*. 3ª ed. actualizada y ampliada. Santiago: Ediciones UC, tomo i.

García Covarrubias, Jaime (2020). "La seguridad y la defensa", en *Panorama de Seguridad&Defensa*. Centro de Investigaciones y Estudios Estratégicos – ANEPE. Disponible en www.anepe.cl [fecha de consulta: 14 de junio de 2020].

Leal Buitrago, Francisco (2002). *La seguridad nacional a la deriva. Del frente nacional a la Posguerra Fría*. Bogotá: Editorial Alfaomega. También disponible en https://biblio.flacsoandes.edu.ec/shared/biblio_view.php?bibid=11664&tab=opac [fecha de consulta: 22 de junio de 2020].

Leal Buitrago, Francisco (2003). "La doctrina de seguridad nacional: Materialización de la Guerra Fría en América del Sur". *Revista de Estudios Sociales*, n.º 15. Bogotá.

Molina Guaita, Hernán (2009). *Derecho constitucional*. 14ª ed. Concepción: Editorial LegalPublishing.

Tapia Valdés, Jorge (1960). *La técnica legislativa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Tapia Valdés, Jorge (1980). *El terrorismo de Estado. La Doctrina de la Seguridad Nacional en el Cono Sur.* México DF: Editorial Nueva Imagen.

Verdugo Marinkovic, Mario (2016). *Derecho político*. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo i.

Verdugo Ramírez, Sergio (2009). "Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales". *Actualidad Jurídica*, n.º 20, tomo ii. Santiago.

Vivanco Martínez, Ángela (2006). *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. 2ª ed. ampliada. Santiago: Ediciones UC, tomo ii.

Otros documentos

Acta de la nonagésima primera sesión de la Comisión Ortúzar, celebrada el 9 de octubre de 1979. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/34012/4/Sesion91.pdf [fecha de consulta: 11 de junio de 2020].

Acta de la octogésimo novena sesión de la Comisión Ortúzar, celebrada el 11 de septiembre de 1979. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/31345/4/Sesion89.pdf [fecha de consulta: 11 de junio de 2020].

Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República. Sesión 344ª del 4 de abril de 1978. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3766/2/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf [fecha de consulta: 13 de junio de 2020].

Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República. Sesión 345ª del 4 de abril de 1978. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3766/2/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf [fecha de consulta: 13 de junio de 2020].

Acta de sesión del Consejo de Seguridad Nacional del 7 de noviembre de 2019. Presidencia de la República. Disponible en https://prensa.presidencia.cl/fotonoticia.aspx?id=134638 [fecha de consulta: 29 de junio de 2020].

Biblioteca del Congreso Nacional (2005): Historia del Artículo 101 de la Constitución Política de la República de Chile: Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/modificaciones/2422/aHR0cDovL2hpc3RvcmlhZGVsYWxleS5iY24uY2wvbmMvbGlzdGEtZGUtcmVzdWx0YWRvLWRlLWJ1c3F1ZWRhL2NvbnN0aXR1Y2lvbi8%3D/#tab-3&pagina-1 [fecha de consulta: 24 de junio de 2020].

Declaración de Principios del Gobierno de Chile - marzo 1974, en *El País,* 9 de junio de 2019. Disponible en www.elpaisonline.cl/biblioteca-new/documentos/519-declaracion-de-principios-del-gobierno-de-chile-1973 [fecha de consulta: 23 de junio de 2020].

Fundación Jaime Guzmán. https://archivojaimeguzman.cl/index.php/documento-143-2 [fecha de consulta: 9 de junio de 2020].

Libro de la defensa nacional (1997). Disponible en www.defensa.cl/media/LIBRO-DE-LA-DEFENSA-NACIONAL_1997.pdf [fecha de consulta: 21 de junio de 2020].

Libro de la defensa nacional (2017). Disponible en https://www.defensa.cl/media/LibroDefensa.pdf [Fecha de consulta: 21 de junio del 2020].

Mack, Andrew (2005). "El concepto de seguridad humana". *Papeles*, n.° 90. Disponible en www.fuhem.es/papeles_articulo/el-concepto-de-seguridad-humana/ [fecha de consulta:17 de junio de 2020].

Ministerio de Relaciones Exteriores (2013): "Chile presidirá la Red de Seguridad Humana en la ONU". Disponible en https://minrel.gob.cl/chile-presidira-la-red-de-seguridad-humana-en-la-onu/minrel/2013-07-02/111433.html [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2020].

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (1994). Informe para el Desarrollo Humano. Disponible en http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nostats.pdf [fecha de consulta: 16 de junio de 2020].

Normas

Boletín 11617-07: Proyecto para modificar la Constitución Política de la República.

Constitución Política del Estado de Chile de 1822.

Constitución Política del Estado de Chile de 1823.

Constitución Política de 1828.

Constitución Política de la República de Chile de 1833.

Constitución Política de la República de Chile de 1925.

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Constitución Política de Brasil de 1988.

Constitución de Estados Unidos.

Constitución Política de Ecuador de 2008.

Código de Justicia Militar. 1944.

DFL n.º 1 (1997), que Establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, de 27 de octubre de 1997.

DFL 1 (2001), que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley nº 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, de 17 de noviembre de 2001.

Ley n.º 18948 (1990) Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, de 27 de febrero de 1990.

Ley n.º 18961 (1990) Orgánica Constitucional de Carabineros, de 7 de marzo de 1990.

Ley n.º 19880 (2003), que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, de 29 de mayo de 2003.

Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas (1951), decreto n.º 1445 del Ministerio de Defensa Nacional, de 14 de diciembre de 1951.

Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas (1974), decreto n.º 277 del Ministerio de Defensa Nacional, de 9 de abril de 1974.

Reglamento de Sumarios Administrativos, Nº 15 de Carabineros de Chile (1982), decreto n.º 118 del Ministerio de Defensa Nacional, de 7 de abril de 1982.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional. Rol 2029-11-INA, 8 de enero de 2013.

Tribunal Constitucional. Rol 2625-14-INA, 12 de agosto de 2014.

LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

CONSTITUTIONAL EQUALITY IN THE NEW CONSTITUTION

José Manuel Díaz de Valdés J.[*]

Resumen: El texto entrega sugerencias para la regulación de la igualdad en la nueva Constitución. Considerando la equivocidad y vacuidad de la igualdad, sugerimos complementar la noción tradicional y explicitar su vinculación a la dignidad. Luego, invitamos a conservar la proclamación fundamental de igualdad entre los seres humanos, así como la fórmula general antidiscriminatoria por su amplitud y flexibilidad, y la protección de la igualdad en forma autónoma y no parasitaria a otro derecho. Proponemos, también, incluir la multidiscriminación y la acomodación razonable, y más controversialmente, la discriminación positiva y la discriminación entre privados. Finalmente formulamos algunas advertencias.

Palabras claves: Igualdad, discriminación, nueva Constitución, multidiscriminación, acomodación razonable.

Abstract: This work provides some hints on how to the new constitution should deal with equality. Considering its multiple meanings and its vacuity, the traditional notion of equality should be supplemented and its link with dignity expressed. The fundamental proclamation of equality between human beings should be preserved, as well as the general antidiscrimination formula because of its broad scope and flexibility, and also the protection of equality as a right on its own. It also suggests the inclusion of multidiscrimination and reasonable accommodation, and more controversially, affirmative action and private discrimination. Finally, it advances some warnings.

[*] Doctor en Derecho, University of Oxford. Máster en Derecho, Harvard University. Máster en Derecho, University of Cambridge. Magíster en Derecho Público con mención de Derecho Constitucional y Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Director del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jdiazdevaldes@udd.cl

Keywords: Equality, discrimination, new Constitution, multidiscrimination, reasonable accommodation.

Introducción

La demanda por una mayor igualdad se ha invocado como una de las grandes aspiraciones ciudadanas que justificarían el cambio constitucional. Sin embargo, a la fecha existe escasa discusión acerca de los contenidos específicos de igualad que el nuevo texto debiera recoger, más allá de referencias genéricas o relacionadas a contenidos conexos, como los derechos sociales y económicos.

Con el presente trabajo pretendemos contribuir a esta discusión, señalando de manera esquemática y concreta, nuestra visión acerca de cómo el nuevo texto constitucional debiera abordar y regular la igualdad.

Lo hemos dividido en cuatro secciones: Comenzaremos recordando algunas consideraciones que deben tenerse presente a la hora de enfrentar el tema de la igualdad constitucional. A continuación, destacaremos algunos contenidos actuales que debieran mantenerse en un futuro texto constitucional. Luego, analizaremos contenidos que podrían agregarse a los presentes en la Constitución de 1980, así como algunos que debieran evitarse. Finalizaremos con las conclusiones correspondientes.

Consideraciones previas

Complejidades de la igualdad constitucional: equivocidad y vacuidad

Equivocidad

La primera dificultad inherente a la igualdad es la equivocidad: se trata de un término que puede significar cosas muy distintas, las que pueden o no coincidir en una situación particular. Así, por ejemplo, podemos enfocarnos en la igualdad de trato, de oportunidades, de respeto y consideración o de resultados. También podemos distinguir entre la igualdad individual o grupal, o entre la igualdad intergrupal o intragrupal, etc. En otros trabajos hemos distinguido, también, entre la igualdad tradicional o aristotélica (tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales), la igualdad de derechos, la igualdad como no subordinación y la igualdad *de facto* o material.

Las clasificaciones son múltiples. Lo relevante es comprender que la igualdad es un término sumamente complejo, y por lo mismo:

- Su regulación constitucional podrá asumir o consagrar, con mayor o menor explicitud, uno o varios tipos de igualdad.
- La interpretación concreta del texto constitucional probablemente responderá, al menos en parte, al tipo de igualdad que el intérprete crea –o quiera– ver en él.
- No es posible evitar que, en su aplicación a situaciones concretas, se produzcan conflictos entre distintas nociones de igualdad.

Por lo mismo, sería importante que al redactarse la cláusula sobre igualdad constitucional, se tuviera claridad –que ojalá se precise en el texto– sobre los siguientes puntos:

- Quién es el obligado por el mandato de igualdad (Estado, legislador, particulares, etc.), sabiendo que, en general, a mayor amplitud menor expectativa de exigibilidad.
- Qué conexión se establecerá entre igualad y ley (en la ley, ante la ley, en su aplicación, etcétera).
- Cuál será la relación entre cláusulas generales y especiales de igualdad (*e.g.*, igualdad tributaria, de acceso a los cargos públicos): ¿se tratará de simples iteraciones o, más bien, de un complemento?, ¿producirán efectos diversos?, ¿existirán elementos específicos y propios de las igualdades especiales?
- Qué sentido –o sentidos– sustantivo(s) se otorgará(n) a la igualdad, cuestión que apunta a la clasificación antes mencionada entre igualdad aristotélica, de derechos, como no subordinación y de facto/material.

En síntesis, la equivocidad inherente de la igualdad obliga a ser humildes, reconociendo que el texto constitucional no podrá resolver este problema. En cuanto a la diversidad de contenidos sustantivos, nuestra propuesta sería mantener una firme raigambre en la igualdad constitucional tradicional/aristotélica, incorporando elementos de otras nociones de igualdad que permitan su aplicación flexible, particularmente por los tribunales de justicia.

Vacuidad

La segunda dificultad de la igualdad constitucional es su vacuidad, esto es, carece de un contenido propio y real más allá del solo relacional. En efecto, se trata solo de una relación entre dos entidades de acuerdo con un criterio de comparación. El componente sustantivo, que sirve para guiar la aplicación y las exigencias de la igualdad constitucional, debe buscarse en otros valores, tales como la justicia y la dignidad (*e.g.*, igualdad justa, igualdad como exigencia de la dignidad, etcétera).

En consecuencia, nuestra sugerencia sería doble:

- Recordar siempre que la Constitución es un orden sistemático y coherente de valores y principios, y no solo un conjunto de reglas

autónomas. Así, los valores que impregnen en el texto constitucional en forma expresa (los implícitos no operan con igual fuerza y claridad), podrán y deberán ser utilizados para dar un contenido específico a la igualdad constitucional.

– Vincular la igualdad expresamente a la dignidad humana, en cuanto valor preeminente que debiera servir de clave interpretativa y de aplicación de la igualdad. Si bien la dignidad es un concepto que presenta dificultades de interpretación y aplicación, su uso en el derecho comparado es creciente y prometedor. Más aún, la doctrina y la jurisprudencia nacional ya han comenzado a reconocer su potencialidad en el derecho nacional.

La igualdad no es sólo un derecho

Es importante recordar que la igualdad no es solo un derecho, sino que, también, opera como principio, valor e, incluso, como deber estatal. Las funciones de estas diversas aristas de la igualdad son distintas y complementarias.

En cuanto principio o valor, la igualdad sirve como un estándar de evaluación y legitimación de normas y actos jurídicos, como inspirador de los mismos, y también como criterio de interpretación.

En cuanto derecho, la igualdad puede ser coactivamente protegida e impuesta por los tribunales de justicia. De esta forma, establece límites efectivos a la actividad de las autoridades públicas, así como también obligaciones concretas de actividad (promoción, respeto, etc.). Asimismo, en virtud del efecto horizontal de los derechos fundamentales, esta noción de igualdad puede extender su exigibilidad a otros particulares.

Por último, en cuanto deber, por lo general identifica y prioriza la acción estatal en torno a ciertas dimensiones particulares de la igualdad o, bien, a la superación de algunas formas específicas de desigualdad. Así, permite guiar con mayor precisión la actividad del Estado.

Lo que debe conservarse de la igualdad en la Constitución actual

La proclamación fundamental de igualdad: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"

La Constitución de 1980 comienza señalando: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". A nuestro juicio, esta frase es prácticamente intangible, y debe mantenerse en cualquier Constitución futura, por dos razones principales.

En primer término, por su importancia cardinal. En efecto, aquella consagra una opción radical y trascendental, cual es considerar a los seres humanos como iguales en esencia. Esto no es un elemento que deba darse por supuesto: en la realidad existen muchas y relevantes diferencias entre las personas. Sin embargo, a pesar de todas ellas, el constituyente adopta una decisión que es vinculante para todo el ordenamiento jurídico: las personas son inherente y sustancialmente iguales. De ello se sigue que el trato que deba darles ese ordenamiento será, como regla generalísima, igual, y que las excepciones al mismo deban ser justificadas.

Nótese, además, que la disposición transcrita vincula la igualdad no solo a los derechos, sino, también, a la dignidad, esto es

> "la calidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados".

Por tanto, la proclamación en comento implica reconocer que todas las personas son igualmente valiosas, que todos compartimos una calidad común, y que ello nos permite exigir un trato igualitario. Nada de esto debiera alterarse en una nueva Constitución.

En segundo término, esta proclamación es patrimonio del constitucionalismo occidental. En efecto, el texto del art. 1 inciso 1° de la Constitución actual proviene, casi textual, de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Del mismo modo, reitera contenidos propios de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948.

En síntesis, la proclamación recogida en la primera frase de la Constitución debe mantenerse, en cuanto piedra angular de nuestro sistema jurídico y político como, también, del constitucionalismo occidental.

La prohibición general de la discriminación arbitraria

Nuestra Constitución actual establece en su art. 19 n.° 2 que: "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Esta fórmula es un gran acierto del texto constitucional vigente, tanto por su cobertura como por su flexibilidad.

Amplia cobertura

En derecho comparado existen diversas consagraciones normativas de la prohibición de la discriminación. En varios casos, esta prohibición ha sido gradual y creciente, ya sea en torno a ciertas características (*e.g.*, raza, sexo, religión) o ámbitos (laboral, derecho del consumidor, etc.). En consecuencia,

estos sistemas cuentan con sistemas fragmentarios de protección, que solo garantizan un amparo o defensa parcial.

La disposición constitucional, en cambio, ofrece una protección de amplia cobertura. Aquella prohíbe cualquier distinción arbitraria, sin que sea necesario que la persona discriminada pertenezca a un grupo desaventajado específico, o a grupo alguno. Tampoco se requiere que la distinción se produzca en ciertos ámbitos de la realidad (con la salvedad que veremos de la discriminación entre privados). Así, el foco del análisis, bajo el texto actual, es si existió una distinción injustificable, no si la víctima o la situación pueden reconducirse a hipótesis específicas de factores o ámbitos de discriminación. Por lo mismo, la protección ofrecida es mucho más amplia.

Flexibilidad

El análisis sobre si un acto o conducta es discriminatorio es siempre contextual. Los elementos de la situación fáctica particular son determinantes. Por lo mismo, la labor del juez en casos de discriminación es esencial e irremplazable.

Dado lo anterior, la Constitución y la ley pueden entregar orientaciones al juez, pero siempre respetando la naturaleza concreta y *ad casum* de su razonamiento. En Chile, el texto de la actual Carta ha permitido el desarrollo de una práctica judicial muy extendida, y respaldada de manera reiterada por la doctrina. Esta consiste en considerar que, cuando la Constitución prohíbe toda diferencia arbitraria, lo que hace es establecer un estándar o exigencia de racionalidad. Así, no toda diferencia de trato sería inconstitucional, sino solo la que es irracional, caprichosa o no justificada. Si bien estos términos gozan de un contenido normativo, entregan al juez la libertad y soltura necesaria para apreciar los hechos de la causa, determinando caso a caso si la distinción impugnada es o no racional o justificada.

No obstante, cabe reconocer que el estándar de racionalidad puede resultar excesivamente indeterminado, así como demasiado permisivo. Al menos respecto del primero punto, un avance importante ha sido el desarrollo por parte del Tribunal Constitucional de un test de racionalidad, que operativiza el estándar descrito en torno a tres elementos fundamentales, los cuales deben ofrecer una relación directa y sustancial: el contenido específico de la diferencia, su finalidad y el criterio para determinar a quién se aplica.

La autonomía de la igualad

La igualdad es un derecho en sí mismo, en consecuencia, su sola vulneración importa una infracción constitucional que debe ser corregida. La Constitución de 1980 así lo entendió, permitiendo la interposición de un recurso de

protección (art. 20 de la Constitución) por la sola violación del art. 19 n.° 2, que es el que reconoce el derecho a la igualdad ante la ley.

Nos apartamos así, de manera virtuosa, de la noción prevalente en el texto de diversos tratados internacionales –y de la misma Ley n.° 20609, que Establece Medidas Contra la Discriminación–, los cuales no consideran a la igualdad como un derecho autónomamente exigible. Por el contrario, estos textos exigen, para que exista discriminación, que el acto en cuestión infrinja, de forma adicional y simultánea, otro derecho fundamental.

En otra parte hemos explicado las negativas consecuencias de lo anterior. Baste aquí decir que en esto no debe existir retroceso: la igualdad ante la ley es y debe protegerse como un derecho en sí, y no en una suerte de relación parasitaria con otro derecho fundamental. Ello degrada la igualdad y limita las posibilidades de protección frente a situaciones abiertamente discriminatorias, cuando su impacto sobre otros derechos no es tan evidente o contundente.

Contenidos que podrían agregarse

Existen múltiples posibilidades de innovación en materia de igualdad constitucional, tales como la inclusión expresa del estándar de racionalidad o la incorporación de un estatuto especial para pueblos originarios. En este capítulo, propondremos de manera breve dos cambios que debieran ser pacíficos, para, luego, concentrarnos en dos modificaciones particularmente complejas.

Modificaciones propuestas: multidiscriminación y acomodación razonable

El desarrollo del derecho antidiscriminatorio ha dado lugar a una serie de conceptos y nociones útiles en el combate contra la discriminación. Postulamos la incorporación de al menos dos de estas nociones en la nueva constitución.

Mandato estatal prioritario sobre la multidiscriminación

Dada la variedad de discriminaciones existentes en cualquier sociedad, creemos que la constitución puede ordenar cierta prioritización en la labor estatal para su combate y superación. De esta forma, proponemos la inclusión de un deber, dirigido a los órganos del Estado, de priorizar el combate contra la multidiscriminación.

La multidiscriminación es la que sufre una persona que pertenece simultáneamente a más de un grupo desaventajado, por ejemplo, las mujeres migrantes haitianas. Este tipo de discriminación no solo tiende a ser la más grave, sino que es en particular difícil de identificar, visibilizar y combatir. En efecto, las políticas antidiscriminación se centran, por lo general, en un solo factor (como el sexo o la etnia), olvidando la situación de personas sujetas a múltiples discriminaciones.

Al agregar un deber como el señalado, se obliga al Estado a abordar un problema que tiende a ignorar y, también, se destaca la existencia ciertos subgrupos dentro de los grupos desaventajados, que se encuentran en particular desprotegidos. Tales subgrupos presentan dificultades y necesidades especiales que requieren soluciones particulares.

Tratándose de un deber impuesto a todos los órganos del Estado, se comprendería no solo la labor del legislador, sino, también, la del juez y, en especial, la de la Administración, mediante el desarrollo y aplicación de políticas públicas focalizadas en estos grupos sobre todo vulnerables.

Mandato de promoción de la acomodación razonable

La acomodación o ajustes razonables, es una técnica que permite evitar la discriminación arbitraria mediante la modificación de ciertas situaciones, o la relajación de reglas de aplicación general, de forma de incluir o incorporar a personas que presentan alguna diferencia que, de no mediar la acomodación, quedarían excluidas. Por ejemplo, se permite a judíos observantes cambiar sus turnos de trabajo para poder cumplir con el Sabbath.

El objetivo es lograr un acuerdo que, mediante una flexibilidad que no sea demasiado onerosa, permita la inclusión de la persona "diferente". Un punto central de la acomodación es que ella debe ser razonable, cuestión que, en definitiva, determinan los tribunales, y que normalmente se ha entendido como la no imposición de requerimientos excesivos o perjudiciales, lo que debe determinarse en cada caso concreto.

La acomodación razonable es una técnica muy valiosa para la solución de conflictos sobre discriminación, máxime cuando estos surgen entre privados. Primero, porque en lugar de enfrentar la dificultad como un conflicto en que necesariamente deberá prevalecer una de las partes, se la enfoca como un desafío común, el cual puede superarse mediante el diálogo y la colaboración de las partes. Segundo, por cuanto se trata de una técnica muy efectiva, ya que soluciona el problema del afectado en forma personalizada y adecuada a su situación concreta, permitiendo su real inclusión. Tercero, porque estimula la creatividad y la responsabilidad de las partes, adoptando

soluciones que no son siempre costosas, o que pueden constituirse en verdaderas inversiones en pos de una mayor productividad. Cuarto, por cuanto además del beneficio individual, las acomodaciones razonables producen una serie de beneficios en el ámbito social, tanto económicos como expresivos e, incluso, culturales.

En el ámbito estatal, la acomodación razonable permite enfocar al Estado en los valores de la tolerancia y la diversidad, superando una visión excesivamente homogeneizante e interventora.

En definitiva, las acomodaciones razonables son una técnica del derecho antidiscriminatorio que presenta múltiples aspectos positivos. En Chile, aquella se encuentra en proceso de recepción, pero solo en relación con la discapacidad (art. 8° de la Ley n.° 20422 y art. 154 n.° 7 del C*ódigo del Trabajo*). Por los mismo, nos parece que su consagración constitucional, en cuanto un mandato de promoción al Estado, permitiría avanzar de forma decidida en su implementación a la realidad nacional.

Modificaciones complejas: discriminación arbitraria y discriminación entre privados

Discriminación positiva

La discriminación positiva es el trato especial y beneficioso que se otorga a miembros de grupos desaventajados, con el objetivo de incrementar su presencia en contextos en que se encuentran subrepresentados.

Este fenómeno surge como una respuesta excepcional del derecho para erradicar discriminaciones sistémicas y persistentes, y varía tanto en su ámbito de aplicación (educacional, laboral, electoral, etc.) como en su intensidad. Esto último es muy relevante, ya que existen formas de discriminación positiva "suaves" que no causan mayor controversia, tales como programas especiales de capacitación para ciertos grupos. Otros mecanismos, en cambio, son "fuertes" y originan agudas controversias, cual sería el caso de las cuotas para mujeres en los directorios de las empresas.

No podemos aquí revisar los argumentos a favor o en contra de la discriminación positiva, cuestión que ya hemos abordado. Lo que queremos dilucidar es si sería aconsejable incorporar alguna provisión expresa en la nueva Constitución que verse sobre ella.

En términos generales, la discriminación positiva suele utilizar como fuentes normativas tanto el derecho internacional como normas internas de rango legal. Un ejemplo del primer caso es el de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyo art. 4° señala que las

> "medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención".

Existe consenso que tales medidas comprenderían la discriminación positiva, la que sería entonces permisible, además de compatible con la prohibición general de la discriminación.

A su vez, un ejemplo de discriminación positiva creada por una norma interna de rango legal, sería la cuota de sexo o género incluida en la Ley n.° 18700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios (art. 3° bis y art. 23 transitorio). Aquella establece un máximo del 60% para cada sexo/género en las listas electorales durante cuatro elecciones generales parlamentarias. Esta figura se complementa con una cuota similar para los órganos colegiados de los partidos, así como con la entrega a aquellos de fondos en especial destinados a fomentar la participación femenina (arts. 23 y 33 bis de la Ley n.° 18603 Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos).

Otro ejemplo en Chile lo constituye la cuota laboral del 1% en favor de las personas discapacitadas, establecida por el art. 45 de la Ley n.° 21015, que Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral.

La existencia de las normas legales antes mencionadas, unida a la revisión de algunas de ellas por parte del Tribunal Constitucional, parecieran atestiguar la recepción –así como la constitucionalidad– de a lo menos algunas formas de discriminación positiva en nuestro derecho.

A estos antecedentes debe agregarse la reforma constitucional por la cual se incorporó la "paridad de género" al proceso constituyente. Esta medida es muy diferente a las anteriores, ya que se trata de una cuota de resultados y no solo de medios (cuota electoral propiamente tal).

A pesar de los ejemplos de discriminación positiva descritos, existen razones que harían aconsejable la recepción expresa del mecanismo en cuestión en el articulado permanente de la nueva Constitución. En primer término, las medidas de discriminación positiva –al menos las más intensas– continúan siendo muy controversiales, y su constitucionalidad sigue siendo debatida, tanto en Chile como en el extranjero. En efecto, aquellas representan una forma no tradicional de entender la igualdad constitucional y la no discriminación, estableciendo desigualdades con el objetivo de lograr una mayor igualdad entre grupos de la sociedad. Así, la igualdad de trato se repliega, en razón de un fin último de no subordinación de ciertos grupos, y de lograr una mayor igualdad de oportunidades en la vida real de las personas. Estas aproximaciones a la igualdad, sin embargo, no responden al común entendimiento del concepto en nuestro sistema, sólidamente cimentado sobre la igualdad de trato.

Adicionalmente, estos mecanismos no son solo benevolentes. Alguien sufre sus consecuencias, esto es, habrá individuos que se verán postergados en favor de personas pertenecientes a los grupos beneficiarios. En el caso de la cuota, alguien tiene que ceder su cupo a quien resulta favorecido por ella. Así, surgen dudas acerca de la compatibilidad de la discriminación positiva con nuestro concepto constitucional de bien común, el cual supone el bien de todos y cada uno de los individuos (incluyendo a los perjudicados por estos mecanismos). Más aún, el bien común constitucional exige "el pleno respeto a los derechos fundamentales", en circunstancias que las diversas formas de discriminación positiva pueden afectar distintos derechos. Así, por ejemplo, las cuotas electorales podrían afectar los derechos a elegir y a ser elegido, mientras que una cuota en los directorios de empresas podría afectar la libertad de asociación, la libre iniciativa económica y la propiedad.

En definitiva, la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva continúa siendo dudosa. En consecuencia, si en realidad vamos a incorporar este fenómeno al derecho chileno, sería conveniente hacerlo en el ámbito constitucional, de forma de eliminar las dudas –y la litigación– acerca de su constitucionalidad. El ejemplo más claro a este respecto es el francés, donde se modificó la Constitución para poder incorporar leyes de paridad electoral. Otros países que han incorporado la discriminación positiva a su texto constitucional son Argentina (arts. 37 y 75 n.° 23); Ecuador (art. 11) y Venezuela (art. 21.2). También existen casos en que la recepción en el texto constitucional es algo ambigua, tales como los casos de Sudáfrica (art. 9.2) y la India (art. 15).

En segundo lugar, la nueva Constitución podría determinar el ámbito de aplicación de la discriminación positiva. En efecto, si este mecanismo es una herramienta excepcional que sirve para combatir discriminaciones sistémicas y severas existentes en una sociedad, podría ser conveniente que el propio texto constitucional identifique cuáles serían tales discriminaciones. Esta determinación puede ocurrir de acuerdo con dos ejes principales. El primero es definir el rasgo personal que se permitirá utilizar para discriminar de forma positiva, es decir, el sexo, la raza, la religión, etc. Evidentemente, no todos los grupos adolecen de discriminaciones graves en todas las sociedades, y la Constitución podría servir para identificar qué grupos en realidad requieren protección especial en Chile. El segundo eje es el ámbito de aplicación. El texto constitucional puede autorizar la discriminación positiva en forma general, o acotarla a ciertas áreas, tales como la electoral, laboral o educacional.

En tercer término, la regulación constitucional de la discriminación positiva permitiría discutir la conveniencia de establecer algunos criterios de permisibilidad a la misma, descartando así las posibilidades más contro-

versiales. Tres posibles criterios a este respecto serían la neutralidad, la temporalidad y la flexibilidad.

Por neutralidad, nos referimos a que la medida sea redactada en términos tales que permita su eventual aplicación a los diferentes grupos involucrados, y no quede rígida y exclusivamente vinculada a un grupo. Sería la situación de la cuota electoral chilena, la que establece límites máximos en beneficio de ambos sexos/géneros y no solo de las mujeres. Si bien la neutralidad no siempre es aplicable (piénsese, por ejemplo, en los beneficios para los discapacitados), constituiría un mandato para aquellas situaciones en que sí se podría utilizar.

En cuanto a la temporalidad, responde a la noción de que estas medidas son excepcionales, y como tal, deben ser limitadas en el tiempo. De nuevo invocamos el ejemplo de la cuota electoral, la que estará vigente solo durante cuatro elecciones generales parlamentarias, cesando en 2029. Cabe sí agregar dos comentarios en esta materia. El primero es que una crítica extendida a los mecanismos de discriminación positiva consiste en afirmar que aquellos tienden a perpetuarse en el tiempo, y que aun cuando existan "cláusulas de cierre" en la ley respectiva (como la nuestra), estas son pospuestas o renovadas cuando están próximas a cumplirse. El segundo comentario es que, en algunos contextos, se ha planteado que las medidas en cuestión no tendrían que ser temporales, sino permanentes. Es el caso de Francia, donde algunos han defendido a la paridad electoral como un elemento estable de una nueva forma "sexualmente balanceada" de concebir la democracia.

La flexibilidad tiene relación con la adopción de modalidades que impidan la aplicación virtualmente "automática" o "irreflexiva" de la discriminación positiva, la que excluye la consideración de factores relevantes de mérito, contexto, etc. Distinguimos dos elementos a este respecto. Por una parte, siguiendo cierta jurisprudencia europea y estadounidense, se evita la aplicación mecánica del beneficio en cuestión, integrando dentro de la matriz de análisis una serie de consideraciones de la persona individualmente concebida (antecedentes, test de habilidades, etc.). Así, por ejemplo, en vez de otorgar una cuota automática de ingreso a la universidad para personas pertenecientes a pueblos originarios, se considera esta identidad dentro de otros factores, tales como las notas de enseñanza media, la aptitud sicológica, etc., realizando así un análisis personalizado del beneficiario. Nótese que esta modalidad de flexibilización permite conciliar la discriminación positiva con la noción de mérito. Si bien el mérito posee un contenido indeterminado y discutible, su valoración como elemento de la igualdad de oportunidades permite reducir controversialidad que rodea a estas herramientas.

Una segunda forma de flexibilidad apunta a la incorporación de mecanismos de discriminación positiva que intervengan en los procesos de asignaciones de bienes o beneficios, pero no de forma directa en el resultado

de los mismos. Así, por ejemplo, la cuota electoral ya mencionada afecta el proceso: asegura que los electores tengan mayor variedad de candidatos en relación a su sexo/género, pero no asegura que el resultado de la elección sea totalmente balanceado. En contraste, una cuota de ingreso a la universidad afecta de manera directa la asignación de ese bien, aumentando su controversialidad y la sensación de agravio de quienes se ven justo afectados por la medida. Otro ejemplo es la paridad aprobada para la Convención Constituyente, la cual constituye una invasión severa de la libre decisión democrática. Es así como estas cuotas no se utilizan en el mundo democrático occidental, sino que en países como Afganistánn, Arabia Saudita, China o Sudán.

En cuarto lugar, la regulación constitucional de la discriminación positiva permitiría identificar los fines que debiera perseguir en nuestro sistema jurídico. En efecto, parte importante de la discusión en torno a este fenómeno tiene relación con sus fines, los que pueden ser diversos y, en ocasiones, sobreponerse e, incluso, ser parcialmente contradictorios. Entre ellos, los más invocados son:

i) compensar por la discriminación sufrida históricamente por ciertos grupos, cuyos miembros continúan siendo afectados por sus consecuencias;
ii) combatir la discriminación actual experimentada por ciertos grupos desaventajados;
iii) solucionar la subrepresentación de ciertos grupos en determinados contextos, ya sea para por razones de redistribución, reconocimiento o utilidad social;
iv) promocionar la diversidad (particularmente en el ámbito educacional), lo cual supone la presencia de un número mínimo de representantes de un grupo que le permitan actuar como tales y expresar su visión (lo que se ha denominado, la "masa crítica";
v) la formación de líderes que sirvan de modelos hacia la mayor integración social y
vi) la superación de estereotipos y la mayor cohesión social.

La identificación constitucional del fin (o de los fines) propios de la discriminación positiva sería importante por dos órdenes de razones. Por una parte, obligaría a abordar el debate de fondo latente en estas medidas: porqué y para qué se establecen, esto es, cuál es el problema que en realidad se desea solucionar. Idealmente, esta deliberación permitiría que el texto constitucional acordado cristalice un acuerdo sólido capaz de atenuar la controversialidad de estas medidas. Por otra parte, en términos de técnica jurídica, la identificación de fines reviste una importancia primordial para el diseño, evaluación y control jurisdiccional de los mecanismos concretos de discriminación positiva que se implementen.

En definitiva, la consagración constitucional de la discriminación positiva permitiría lograr una mayor certeza jurídica. En esta línea, podríamos precisar grupos beneficiados, ámbitos de aplicación y modalidades aceptables, reduciendo su controversialidad, y proveyendo orientaciones jurídicas en una materia que hoy parece abandonada al libre albedrío del legislativo, con escaso control jurisdiccional.

Concluimos este apartado señalando que el proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet pareciera haber recogido indirectamente la discriminación positiva, al introducir la siguiente frase:

> "Nadie puede ser discriminado negativamente a causa de su raza, color, sexo, género, idioma, religión, opinión o creencias públicas, discapacidad, posición económica o social, nacimiento o cualquiera otra condición".

Al excluir la discriminación negativa, se estaría permitiendo aquella de naturaleza positiva. Nótese que la utilización del adjetivo en comento es aún más conspicua si constatamos que reemplazaría a la noción de discriminación arbitraria, concepto central en el tratamiento de la igualdad en nuestro derecho, y que no distingue entre discriminación positiva y negativa.

A la luz de lo analizado más atrás, nos parece que esta propuesta no responde a los criterios señalados. Lo ideal sería una disposición menos ambigua que trate a la discriminación positiva como tal, señalando ámbitos o grupos prioritarios, características de las medidas aceptables y qué fines debiera perseguir.

Discriminación entre privados

Una segunda materia que podría incorporarse en la nueva Constitución es la prohibición de discriminación entre privados. En efecto, el texto actual, en su frase final, señala: "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

A primera vista, se puede apreciar que la Constitución seguiría la tradición clásica, identificando al Estado como el principal obligado. No obstante, existen diversos argumentos para extender la protección constitucional a las discriminaciones entre privados (incluyendo el efecto horizontal de los derechos fundamentales), y es así como la doctrina y la jurisprudencia han ampliado de forma paulatina la prohibición en comento a los particulares.

De esta forma, se ha señalado que la voz 'autoridad' utilizada por el precepto en estudio no haría referencia solo a aquellas de carácter público, sino, también, a aquellas de carácter privado. Estas últimas serían personas dotadas, en los hechos, de poder relevante sobre otras, normalmente al in-

terior de cuerpos intermedios (*e.g.*, el gerente general de una empresa en relación con sus empleados, el presidente de un club deportivo en relación con sus asociados).

De manera adicional, debe considerarse la definición de discriminación arbitraria prohibida por el art. 2° de la Ley n.° 20609, que Establece Medidas contra la Discriminación ("Ley Zamudio"), la cual incluye de forma expresa la realizada por privados. Si bien esta norma, por su jerarquía, no representa una interpretación vinculante de la Constitución, cabe reconocer que se trata de un antecedente importante, toda vez que incorpora al derecho positivo la prohibición en cuestión, otorgándole aplicación independientemente de la interpretación que se haga del texto constitucional.

Otro antecedente relevante es que la jurisprudencia ha reconocido, en lo principal vía recurso de protección, la extensión a los privados de la prohibición de discriminación contenida en el art. 19 n.° 2 de la Constitución.

Por último, debe considerarse que el proyecto de reforma constitucional enviado por la presidenta Michelle Bachelet, consagraba la prohibición que se analiza ("Ninguna persona, autoridad o grupo, ni la ley podrán establecer diferencias arbitrarias").

En este contexto de relativo consenso, consideramos que la regulación expresa de esta materia en la nueva Constitución presentaría dos ventajas relevantes. En primer lugar, contribuiría a la certeza jurídica, reconociendo lo que parece ser una verdadera mutación constitucional, ya que los diversos agentes jurídicos interpretan el art. 19 n.° 2 como una prohibición de discriminación que se aplica también a los privados. En segundo término, permitiría enfrentar algunos de los inconvenientes que emanan de la prohibición señalada, en particular, la afectación de otros derechos fundamentales, tales como la vida privada, la libertad de asociación, la libertad religiosa y la libertad de expresión. En efecto, cuando un particular discrimina, a diferencia del Estado, comúnmente invocará el ejercicio de otro derecho fundamental como justificación jurídica de tal discriminación. En consecuencia, la prohibición de discriminación entre privados no puede aplicarse en forma estricta, tal y como opera en el mundo público. Al contrario, la discriminación entre privados obliga al juez a enfrentarse a una oposición (real o aparente), entre el derecho a no ser discriminado de la "víctima", y el derecho fundamental invocado por el "victimario" que le permitiría discriminar.

Así, por ejemplo, existen tensiones entre la no discriminación y la libertad de asociación en situaciones de admisión o expulsión de miembros por parte de clubes privados y colegios. También surgen problemas con el ejercicio de la libertad de expresión. Piénsese en el lenguaje de odio o en la ridiculización pública. En relación con la libertad religiosa, surgen conflictos sobre la capacidad de instituciones religiosas para discriminar en razón de su

credo, como también acerca de la acomodación, por parte de las empresas, de prácticas y símbolos religiosos. En definitiva, la extensión de la prohibición de discriminación a particulares causa una serie de tensiones que obligan al juez a lidiar con complejos problemas de derechos fundamentales.

Si bien lo anterior es inevitable, consideramos que el texto constitucional podría, a lo menos, contribuir a despejar uno de los principales errores que pueden surgir en esta materia, cual es la jerarquización automática de derechos. En efecto, la tentación frente a los problemas en comento es la aplicación de una solución única o "tipo". Es lo que el legislador pareciera haber intentado con la Ley Zamudio, cuyo art. 2° inciso final, señala:

> "se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6º, 11°, 12º, 15°, 16º y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima".

De la simple lectura se colige que la invocación de cualquier otro derecho fundamental primaría por sobre el derecho a no ser discriminado de manera arbitraria, regla doblemente absurda si consideramos que esta ley aspira a ser una norma general antidiscriminación.

En el extremo opuesto, podemos encontrar la versión aprobada en su origen por el Congreso Nacional de la Ley n.° 20845, de Inclusión Escolar que Regula la Admisión de los y las Estudiantes, Elimina el Financiamiento Compartido y Prohíbe el Lucro en los Establecimientos Educacionales que Reciben Aportes del Estado. El proyecto aprobado por el Congreso Nacional impedía invocar la libertad de enseñanza para justificar la racionalidad de una diferencia o distinción. En otras palabras, el proyecto establecía una jerarquía de derechos inversa a la Ley Zamudio, ordenando que la no discriminación primara siempre y sin calificaciones por sobre la libertad de enseñanza, regla que por fortuna fue eliminada por el Tribunal Constitucional.

La tentación de establecer jerarquías generales y *a priori* entre los derechos fundamentales es seria, y podría ser afrontada por el texto constitucional. Una posibilidad es agregar una declaración expresa al respecto al comienzo del capítulo destinado a los derechos fundamentales.

Un camino alternativo consistiría en asociar la prohibición de discriminación entre privados al mandato de respetar los demás derechos fundamentales e, incluso, otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (*e.g.*, autonomía de los cuerpos intermedios). De esa forma, se enviaría una señal a los actores jurídicos y, en particular, al juez, en cuanto a que no se puede pretender aplicar la prohibición de discriminación en forma absolu-

ta, sin tener en consideración los demás derechos y bienes constitucionales comprometidos en la situación concreta.

Otra posibilidad, o complemento a lo anterior, consistiría en reforzar otros derechos fundamentales, de forma que no se subordinen de forma automática a la no discriminación. Así, por ejemplo, en el caso del derecho de asociación, se podría agregar un inciso que señale que las asociaciones gozarán de autonomía para determinar sus fines e ideario institucional, así como para ajustar sus estatutos, acciones y decisiones a aquellos, y que no podrán ser discriminados de forma arbitraria –ni ellas ni sus miembros– en razón de tales fines o idearios.

En síntesis, consideramos que una nueva Constitución debiera reconocer la realidad jurídica actual, donde se ha extendido la prohibición de discriminación a los particulares, aprovechando la oportunidad para reafirmar que, en nuestro orden constitucional, no existe jerarquía entre los derechos fundamentales (con la probable excepción del derecho a la vida).

¿Sería conveniente?

Hemos presentado dos posibles innovaciones en materia de igualdad constitucional, relativas a la discriminación positiva y la prohibición de discriminación entre privados.

Reconocemos, sin embargo, que existen argumentos en contra de su incorporación al texto constitucional. En el caso de la discriminación positiva, nos enfrentamos al problema de su controversialidad intrínseca. Así, su constitucionalización representaría la adscripción a nuevas formas de entender la igualdad (más grupal, más sustancial, etc.), no siempre compatibles con las fórmulas tradicionales (más general, más abstracta), cuestión que es rechazada de plano por algunos. A su vez, la prohibición expresa de la discriminación entre privados podría llevar al Estado a desarrollar, para hacerla efectiva, una labor en particular intrusiva que redunde en la vulneración de otros derechos fundamentales, así como la autonomía o "libertad residual" de las personas.

En ambos casos, nos encontramos frente a un intento de "domesticación" de fenómenos que pueden resultar "indomesticables". Es probable que, una vez alcanzada la consagración constitucional, ambos desarrollen vida propia, ya sea a través del desarrollo legislativo como jurisprudencial. Cobra, entonces, importancia la aprehensión de quienes ven en estos cambios la apertura de verdaderas "Cajas de Pandora", con inciertas e insospechadas consecuencias.

En definitiva, la conveniencia de introducir las modificaciones propuestas es, por supuesto, discutible. Sin embargo, es necesario desagregar dos cuestiones relacionadas, pero autónomas. Una cosa es introducir en la nueva Constitución aproximaciones o herramientas más ambiciosas en materia de

igualdad y no discriminación, y una cosa distinta es buscar la forma técnicamente más conveniente de realizar dichas incorporaciones.

A nuestro juicio, y no obstante reconocer los riesgos asociados, un nuevo texto constitucional podría representar una buena oportunidad para constitucionalizar estos tópicos. Por una parte, la existencia de un acuerdo amplio sobre estas materias ($^2/_3$ de la Convención y aprobación popular vía plebiscito) debería moderar el rechazo que pudieren provocar y, por otra, su regulación adecuada permitiría excluir, al menos de forma parcial, sus principales dificultades.

Advertencia final

Si bien es imposible hacerse cargo de todas las propuestas que han surgido en materia de igualdad, es importante advertir que muchas de ellas parecieran no vislumbrar sus múltiples efectos. La igualdad no es cualquier derecho, y no por su importancia, sino debido a la extensión de su aplicación. Discusiones sobre igualdad invaden los más diversos aspectos de la vida jurídica. Toda decisión estatal es susceptible de un juicio de igualdad. Las principales demandas sociales actuales tienen relación con la igualdad. Igualdad es la palabra que más aparece en la Constitución.

En consecuencia, este es un derecho en que cada palabra del constituyente tendrá un vasto impacto, lo que exige reflexionar muy bien antes de incorporar contenidos, por muy buenas que sean las intenciones de los proponentes. Solo a modo de ejemplo se ha propuesto consagrar una igualdad en la aplicación de la ley, así como la incorporación de un listado de rasgos o características asociados a la prohibición de discriminación.

En relación con la igualdad en la aplicación de la ley, si por ella se entiende una solución a la injusticia que se produce cuando los tribunales o la Administración resuelve casos idénticos en forma distinta, apartándose de sus precedentes, nos parece que no es una propuesta adecuada. Primero, porque obligaría a repensar por completo el sistema de fuentes de nuestro derecho, donde la jurisprudencia solo tiene valor para el caso concreto. Si bien existen antecedentes en esta línea (*e.g.*, recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral), una alteración radical como la señalada implicaría, por ejemplo, cambiar en su totalidad la enseñanza del derecho en las universidades del país, así como la propia formación de los jueces y de los operadores jurídicos en funciones. Un cambio de esta naturaleza requeriría una aproximación integral que excede una mera modificación a la noción de igualdad constitucional. Segundo, porque el problema señalado persiste incluso en jurisdicciones sujetas al principio del *stare decisis* (tradu-

cido inexactamente como respeto al precedente), donde quienes aplican el derecho suelen recurrir a las más diversas técnicas de diferenciación entre casos para justificar soluciones distintas.

Un segundo ejemplo es la vinculación a la prohibición de discriminación a rasgos como la raza, el sexo o la religión, como hacía, por ejemplo, el proyecto constitucional de la presidenta Michelle Bachelet. El problema es que esto debe hacerse en forma muy cuidadosa, o el remedio será peor que la enfermedad. Un ejemplo ilustrativo a este respecto es la Ley Zamudio, la cual incorporó estos factores en forma tan deficiente que hoy existen cinco posibles interpretaciones de cómo debe aplicarse.

De incorporarse categorías específicas en la Constitución, habría que abordar ciertas dificultades relevantes. En primer término, es fundamental que el texto no deje espacio para que pueda interpretarse de forma que la pertenencia a alguna de esas categorías sea un requisito necesario para que exista discriminación. En efecto, la incorporación deficiente de estas categorías por la Ley Zamudio ha permitido que jueces no reconozcan la existencia de discriminación si la víctima no pertenece a un grupo.

Un segundo aspecto tiene relación con los efectos jurídicos precisos de incluir estas categorías, los que, para mayor complejidad, rara vez serán identificados en el texto constitucional. Una posibilidad es crear categorías sospechosas propiamente tales, esto es, aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, y que el ordenamiento jurídico ha señalado en especial como indiciarios de discriminación arbitraria. Así, el solo uso de estas categorías debiera hacer sospechar la existencia de discriminación. Ahora bien, para que estas categorías funcionen bien, con impacto real, deben ser pocas: la raza tiende a ser la más utilizada (Estados Unidos, Unión Europea). En Chile, el factor que ya goza de cierto estatus especial en la actual Constitución es el sexo/género, ya que el art. 19 n.° 2 especifica que "hombres y mujeres son iguales ante la ley", lo que podría constituir un germen de categoría sospechosa. Nótese que ese factor aparece también mencionado en diversas Constituciones como las de: Argentina, Bolivia, Ecuador, México, Paraguay, Venezuela, Sudáfrica, España y Alemania.

En cambio, si se agregan numerosas características (por ejemplo, el proyecto de la presidenta Michelle Bachelet hablaba de "raza, color, sexo, género, idioma, religión, opinión o creencias públicas, discapacidad, posición económica o social, nacimiento"), y se le agrega, además, una cláusula de apertura ("o cualquiera otra condición"), es simplemente imposible darle el efecto propio de una categoría sospechosa y suponer que tras su uso existe discriminación. En otras palabras: si todo es categoría sospechosa, en realidad nada lo es, ya que no se posible asignarle un efecto distinto y especial dentro de todos los casos de discriminación. Peor aún, la única

diferencia real podría hacerse en perjuicio de quienes sufran una discriminación sin pertenecer a grupos, o cuando la desigualdad de trato sufrida no diga tenga relación con tal pertenencia.

Por último, resulta primordial que la incorporación de estas categorías no pueda jamás redundar en el debilitamiento o desmantelamiento de la protección general antidiscriminación que hoy concede la Constitución actual, que se extiende a toda persona por el solo hecho de ser víctima de una distinción no razonable o injustificada.

Conclusión

- La igualdad constitucional será siempre equívoca (*i.e.*, tendrá múltiples y simultáneos significados) y sujeta a la interpretación. Sin embargo, se lograría mayor certeza si el texto al menos definiera quién será el obligado por el mandato de igualdad; la conexión entre igualdad y ley; la relación entre cláusulas generales y especiales de igualdad, y qué sentidos sustantivos se le reconocen. Sobre este último punto, nuestra propuesta sería mantener una firme raigambre en la igualdad aristotélica, incorporando elementos de otras nociones de igualdad que permitan su aplicación flexible, en particular por los tribunales de justicia.
- Considerando la vacuidad inherente de la Constitución, y no obstante su relación con el conjunto de valores y principios constitucionales, sugerimos vincularla expresamente a la noción de dignidad.
- Algunos elementos a conservar del actual texto son:
  i) la proclamación fundamental de todas las personas como iguales, verdadero patrimonio de constitucionalismo occidental;
  ii) la prohibición general de la discriminación arbitraria, en cuanto norma con amplitud y flexibilidad suficiente para permitir una protección judicial efectiva y
  iii) la autonomía de la igualdad como derecho protegible en sí mismo, y no como parasitario de otro derecho fundamental.
- Proponemos incorporar en la nueva Constitución un mandato estatal prioritario sobre la multidiscriminación, obligando así al Estado a preocuparse en especial de los más invisibles y desaventajados.
- Insinuamos incluir un mandato de promoción de la acomodación razonable, reenfocando así el derecho antidiscriminatorio hacia la tolerancia y la diversidad, y fomentando que las discriminaciones entre privados encuentren soluciones menos litigiosas y más consensuadas.

- Más controversialmente, proponemos incluir la discriminación positiva, eliminando dudas subsistentes sobre su constitucionalidad, y estableciendo exigencias de neutralidad, temporalidad y flexibilidad, de forma de excluir las versiones más resistidas de este fenómeno.
- Mencionamos reconocer la expansión que ha tenido la prohibición de discriminación a las relaciones entre particulares. Considerando que ello redunda en conflictos de derechos fundamentales (derecho a la no discriminación versus derecho a la libertad de expresión, religión, asociación, etc.), sería necesario reafirmar la inexistencia de una jerarquía *a priori* entre ellos, dejando al juez la tarea de solucionar estos conflictos caso a caso.
- Se advierte los efectos eventualmente confusos y contradictorios de incorporar una cláusula con un listado amplio y abierto de categorías como el sexo, la raza y la religión. Si se desea crear categorías sospechosas propiamente tales, es necesario que sean pocas, las más graves en la sociedad chilena, de forma que su consagración constitucional tenga resultados efectivos. También sería necesario explicitar los efectos de tal consagración. La categoría que en la actualidad gozaría de mayores sustentos en el derecho positivo chileno es el sexo.
- Por último, si bien el anhelo por mayor igualdad ha estado en el centro de las demandas sociales que dieron origen el proceso constituyente, resulta indispensable ajustar las expectativas. La Constitución tiene un papel que cumplir en la promoción de la igualdad y no discriminación, pero es solo una pieza dentro de un esquema mucho más amplio. Serán el legislador, el juez y las políticas públicas, los principales responsables de que se produzca una diferencia tangible en la realidad concreta. Más aún, un salto cualitativo real y apreciable en materia de igualdad y no discriminación requiere de un cambio social. En definitiva, no podemos engañarnos y pensar que es el Estado el protagonista en la lucha contra un problema que atraviesa la sociedad, y al cual todos contribuimos en nuestra realidad cotidiana.

Bibliografía

Aldunate, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.

Amar, Micheline (ed.) (1999). *Le piège de la paritè: arguments pour un débat*. Paris: Hachette.

Anderson, Terry H (2004). *The Pursuit of Fairness*. New York: Oxford University Press.

Barak, Aharon (2015). *Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University Press.

Barros, Juan Pablo (2010). *Discriminación arbitraria entre privados*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Santiago: Pontifica Universidad Católica de Chile.

Bergmann, Barbara R. (1996). *In Defense of Affirmative Action*. New York: Basic Books.

Bowen, William & Derek Bok (1998). *The Shape of the River*. Princeton: Princeton University Press.

Brest, Paul & Miranda Oshige (1995). "Affirmative Action for Whom?". *Stanford Law Review*, vol. 47, issue 5.

Cea, José Luis (2012). *Derecho constitucional chileno*. 2ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo II.

Childs, Sarah & Mona Lena Krook (2008). "Critical Mass Theory and Women's Political Representation". *Political Studies*, vol. 56.

Covarrubias, Ignacio (2014). ¿Puede la dignidad humana ser un principio comúnmente compartido en materia de adjudicación constitucional? *Actualidad Jurídica*, vol. XV, n.º 29. Santiago.

Dahlerup, Drude (1988). "From a Small to a Large Minority: Women in Scandinavian Politics". *Scandinavian Political Studies*, vol. 11, issue 4.

Dahlerup, Drude (2006). "The Story of the Theory of Critical Mass". *Politics and Gender*, vol. 2, issue 4.

Díaz, Iván (2013). "Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.° 2. Santiago.

Díaz de Valdés, José Manuel (2007). "Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (Affirmative Action)". *Actualidad Jurídica*, vol. 9, n.° 17. Santiago.

Díaz de Valdés, José Manuel (2013). "¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una ley general de antidiscriminación?". *Actualidad Jurídica*, vol. 14, n.º 28. Santiago.

Díaz de Valdés, José Manuel (2014). "La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLII. Valparaíso.

Díaz de Valdés, José Manuel (2015). "La igualdad constitucional: Múltiple y compleja". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.° 1. Santiago.

Díaz de Valdés, José Manuel (2017). "Cuatro años de la Ley Zamudio: Análisis crítico de su jurisprudencia". *Estudios Constitucionales*. Año 15, n.º 2, Santiago.

Ely, John Hart (1974). "The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination". *The University of Chicago Law Review*, vol. 41, issue 4. Chicago.

Fallon Jr, R H y Paul C. Weiler (1984). "Firefighters v. Stotts: Conflicting Models of Racial Justice". *The Supreme Court Review*, vol. 1984. Chicago.

Fernández, Miguel Ángel (2004). *Principio constitucional de la igualdad ante la ley*. Santiago: LexisNexis.

Fredman, Sandra (2008). *Human Rights Transformed*. Oxford: Oxford University Press.

Green, Philip (1998). *Equality and Democracy*. New York: New Press.

Henríquez, Miriam y José Ignacio Núñez (2014): "Ley Zamudio: ¿Ponderación o subsunción? comentario a la sentencia rol n° 1009-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción". *Revista de Derecho - Escuela de Postgrado (Universidad de Chile)*, vol. N° 6. Santiago.

Issacharoff, Samuel (1998). "Can Affirmative Action Be Defended?". *Ohio State Law Journal*, vol. 59, issue 3. Ohio.

Kanter, Rosabeth Moss (1977). "Some Effects of Proportions on Group Life: Skewed Sex Ratios and Responses to Token Women". *American Journal of Sociology*, vol. 82, issue 5.

Katznelson, Ira (2005). *When Affirmative Action Was White*. New York: Norton.

Lépinard, Eléonore et Laure Bereni (2004). "La Parite ou le Mythe d'une Exception Francaise'". *Pouvoirs. Revue Française D'Etudes Constitutionnelles et Politiques*, N° 111. Paris.

Loury, Glenn C. (1987). "Why Should We Care About Group Inequality?". *Social Philosophy and Policy*, vol. 5, issue 1.

McCrudden, Christopher (2011). "A Comparative Taxonomy of 'Positive Action' and 'Affirmative Action' Policies". Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2089374 [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].

McCrudden, Christopher (1998). "Merit Principles". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, issue 4.

McCrudden, Christopher (2014). *Understanding Human Dignity*. Oxford: Oxford University Press.

McCrudden, Christopher & Sacha Prechal (2009). "The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach". Disponible en: ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4553&langId=en [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].

Mossuz-Lavau, Janine (2002). "La Parité en Politique, Histoire et Premier Bilan". *Travail, Genre et Sociétés*, vol. 7, n° 2.

Nogueira Alcalá, Humberto (2009). "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalista democrático latinoamericano". *Estudios Constitucionales*. Año 7, n.° 2. Santiago.

Opello, Katherine (2006). *Gender quotas, parity reform, and political parties in France*. Oxford: Lexington Books.

Peña, Marisol (2016). "La jurisprudencia de valores del Tribunal Constitucional", en Arturo Fernando Vöhringer (ed.). *Principios, valores e instituciones*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Perry, Barbara A. (2007). *The Michigan Affirmative Action Cases*. Lawrence: University Press of Kansas.

Peters, Anne (1999). *Women, quotas and constitutions: a comparative study of affirmative action for women under American, German, EC and international law*. London: Kluwer Law International.

Romero, Alejandro (2011). "La discriminación judicial como nuevo error decisorio liris en el proceso chileno". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n.° 2. Santiago.

Rosales, Cecilia (2014). "Acción de No Discriminación Arbitraria", en Silva, María Pía y Miriam Henriquez (eds.). *Acciones protectoras de derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.

Sadurski, Wojciech (2008). *Equality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.

Scott, John Wallach (2005). *Parité!: sexual equality and the crisis of French universalism*. London: University of Chicago.

Sowell, Thomas (2004). *Affirmative Action Around the World*. New Haven: Yale University Press.

Valdés, Domingo (1992). *La discriminación arbitraria en el derecho económico*. Santiago: ConoSur Ltda.

Volokh, Eugene (1996). "Diversity, Race as Proxy and Religion as Proxy". *UCLA Law Review*, vol. 43.

Young, Iris (2000). *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.

Westen, Peter (1982). "The Empty Idea of Equality". *Harvard Law Review*, vol. 95, issue 3.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Estados Unidos. Gratz v. Bollinger 539 US 244, 2003, USSC.

Corte Suprema de Estados Unidos. Grutter v. Bollinger, 539 US 306, 2003, USSC.
Corte Europea de Justicia. Kalanke v Freie Hansestadt Bremen, 1995, rol n.° 450/93, ECR I-3051.

Corte Europea de Justicia. Marschall v Land Nordhein- Westfalen, 1998, rol n.° 409/95, ECR I-6363.

Corte Europea de Justicia. Badeck v Hessischer Ministerprasident, 2000, rol n.° 158/97, ECR I-1875.

Corte Suprema. Rol n.° 3450-1992, 7 de junio de 2012.

Corte Suprema. Rol n.° 1030-2012, 9 de marzo de 2012.

Corte Suprema. Rol n.° 3450-2012, 16 de abril de 2012.

Corte Suprema. Rol n.° 3880-2012, 26 de abril de 2012.

Corte Suprema. Rol n.° 7642-2012, 23 de noviembre de 2012.

Tribunal Constitucional. Rol n.° 740-07, 10 de abril de 2018.
Tribunal Constitucional. Rol n.º 2664-14, 28 de mayo de 2015.
Tribunal Constitucional. Rol n.° 2776-15, 21 de abril de 2015.
Tribunal Constitucional. Rol n.° 2777-15, 30 de marzo de 2015.
Tribunal Constitucional. Rol n.° 2787-15, 1 de abril de 2015.
Tribunal Constitucional. Rol n.º 2935-15, 21 de diciembre de 2015.
Tribunal Constitucional. Rol n.° 2980-16, 24 de marzo de 2016.
Tribunal Constitucional. Rol n.° 2981-16, 31 de marzo de 2016.
Tribunal Constitucional. Rol n.º 4317-18, 26 de abril de 2018.

PUEBLOS INDÍGENAS Y CONSTITUCIÓN: CAMINOS PARA UN NUEVO PACTO

INDIGENOUS PEOPLES AND THE CONSTITUTION: VENUES FOR A NEW PACT

Sebastián Donoso Rodríguez[*]

Resumen: En este trabajo se analiza el desafío que implica el reconocimiento de los pueblos indígenas en el marco del actual proceso de cambio constitucional. Se enuncian como hipótesis las visiones que subyacen a las posturas que habrían impedido hasta ahora consagrar dicho reconocimiento y el papel que podría tener su entendimiento en la búsqueda de un acuerdo sobre la materia. Se proponen algunas condiciones 'de borde' –tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo– para que una propuesta de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas pueda generar consenso y convocar a todos los chilenos en torno a una mirada común sobre la posición que se quiere que tengan los pueblos indígenas en la organización social y política. Se sugieren, asimismo, los principales elementos que debería tener el reconocimiento y el principio articulador del mismo. Se postula que la fórmula de reconocimiento constitucional, concebida bajo esos elementos y principios, tiene la potencialidad de sentar las bases sobre las cuales es posible establecer un 'nuevo pacto' entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad chilena en su conjunto.

Palabras claves: pueblos indígenas, constitución, reconocimiento, derechos, interculturalidad, nuevo pacto.

Abstract: This work analyzes the challenge implied by the recognition of indigenous peoples in the current process of constitutional change. Hypothesis are suggested as to the visions underpinning the stances that so far have prevented

[*] Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master of Science in Social Policy and Planning in Developing Countries, The London School of Economics and Political Science. Profesor de Legislación Indígena de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor del Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. Consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos. sdonoso@sdyasociados.cl

such constitutional recognition and the role that its understanding could play in the search of an agreement with regard to the subject matter. 'Border' conditions are proposed –both procedural and substantive– to allow a proposal for constitutional acknowledgement of indigenous peoples being able to build consensus and bring together all Chileans around a shared view as to the position of indigenous peoples in the social and political organization. A proposal is also made with regard to the main elements and underlying principles that a recognition formula should have. It is postulated that the formula for constitutional recognition of indigenous peoples, conceived out of such elements and principles, has the potential to build the basis on which to establish a 'new pact' among indigenous peoples, the State and the Chilean society as a whole.

KEYWORDS: indigenous peoples, constitution, recognition, rights, intercultural, new pact.

I. INTRODUCCIÓN

El 1 de diciembre de 1989, en Nueva Imperial, el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin Azócar se comprometió con las organizaciones indígenas presentes a hacer suya la demanda de los pueblos indígenas de Chile, especialmente en lo referido al "reconocimiento constitucional de los PUEBLOS INDÍGENAS y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales".

Han pasado más de treinta años desde aquella jornada. Se ha dicho y escrito mucho sobre aquel reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas comprometido por quien pocos días después sería electo como Presidente de la República. Han sido también numerosos los proyectos de reforma constitucional presentados ante el Congreso Nacional para consagrar dicho reconocimiento. Incluso, existió un momento –marzo de 2009– en que hubo consenso político transversal sobre una fórmula de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, que al final no prosperó.

A las puertas del debate para una nueva Constitución, la inclusión de un reconocimiento de los pueblos indígenas emerge como una de las principales materias de discusión. Han transcurrido casi 210 años desde la dictación del primer texto constitucional de la República de Chile. En todo ese largo periodo solo una Constitución, la de 1822, ha hecho una referencia a los pueblos indígenas:

> Corresponde al Congreso.
> 6° Cuidar de la civilización de los indios del territorio[1].

[1] Artículo 47.

Hay una cierta ironía en el hecho de que la Constitución que resulte del próximo proceso constituyente está llamada a promulgarse en 2022, justo al cumplirse doscientos años desde la dictación de la única carta magna que en toda nuestra historia constitucional se ha dado por aludida respecto a la existencia de los pueblos indígenas, aunque lo haya hecho de un modo que hoy se juzga inapropiado.

¿Por qué han pasado más de treinta años desde el Acuerdo de Nueva Imperial y aún no ha sido posible concretar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas? Intentar una respuesta a esta pregunta es aún más acuciante si se tiene en cuenta que, al menos desde la campaña presidencial de 2005, todos los programas de gobierno de las principales coaliciones han incluido dicho reconocimiento constitucional entre sus propuestas. Por lo mismo, si se aspira a enfrentar con alguna posibilidad de éxito el proceso constituyente y consiguiente debate sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, es imprescindible confrontar la pregunta que encabeza este párrafo. Ahora bien, ¿qué se entiende por 'éxito' para los efectos de este trabajo y debate? La carga ideológica y cultural que tiene dicha palabra hace necesaria una explicación. Se comprende que un reconocimiento constitucional tendría éxito si reúne al menos las siguientes condiciones:

i) Que sea robusto en su configuración normativa, es decir, un reconocimiento adecuado a la realidad y que incluya un enfoque de derechos;
ii) Que pueda concitar consenso en el constituyente y
iii) Que además tenga la potencialidad de convocar a todos los habitantes de Chile en torno a una mirada común sobre la posición que se quiere que tengan los pueblos indígenas en la organización social y política.

Con ese contexto, este trabajo se estructura en tres capítulos. En el primero se examinan algunas hipótesis que permitirían explicar por qué hasta ahora no ha sido posible concretar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y el papel que podría tener un adecuado entendimiento de las mismas en la búsqueda de un acuerdo. En el capítulo segundo se proponen las condiciones básicas o 'de borde' que deberían sustentar el reconocimiento tanto desde un punto de vista procesal como sustantivo. En el tercero, finalmente, se proponen los elementos para un reconocimiento que tenga la potencialidad de sentar las bases sobre las cuales se establezca un 'nuevo pacto' entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad chilena en su conjunto y, por consiguiente, una relación sostenible entre todos ellos en el largo plazo.

II. Los vericuetos del reconocimiento

Al introducir este trabajo se planteaba esta pregunta fundamental: ¿por qué han pasado más de treinta años desde el Acuerdo de Nueva Imperial y aún no ha sido posible concretar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas?

En este capítulo se examinan dos hipótesis que permitirían explicar por qué hasta ahora no ha sido posible concretar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Se indaga a continuación el papel que podría tener un adecuado entendimiento y abordaje de ambas hipótesis en la búsqueda de un acuerdo.

Sin embargo, antes de seguir avanzando es preciso hacer dos aclaraciones. La primera y necesaria es que hoy existe un consenso político transversal respecto a la idea de incluir en la Constitución un reconocimiento de los pueblos indígenas. Por tanto, las hipótesis que se analizan a continuación suponen en su base la existencia de ese consenso, y por tanto, que las diferencias se manifiestan respecto a los contenidos específicos que el reconocimiento debiera incluir. En segundo lugar, aunque parezca innecesario aclararlo, las hipótesis que se proponen a continuación constituyen una deliberada simplificación de la realidad con el propósito de facilitar la comprensión del argumento que se quiere plantear.

A continuación se enuncian ambas hipótesis sucintamente, para luego analizarlas con un poco más de detalle.

Hipótesis 1

Los líderes indígenas (sobre todo aquellos cuyas ideas han sido más afines a la centroizquierda, pero no solo ellos) se han opuesto a cualquier reconocimiento que no reúna ciertos requisitos básicos que se juzgan como mínimos.

Hipótesis 2

Las élites no indígenas (sobre todo la élite social y empresarial vinculada a la centroderecha, pero no solo ella) se han opuesto a cualquier reconocimiento que exceda ciertos contornos de acuerdo con su juicio de realidad y convicciones sobre la cuestión indígena.

1 Hipótesis 1

La hipótesis 1 supone, como ya se dijo, que los líderes indígenas (sobre todo aquellos cuyas ideas son más afines a la centroizquierda, pero no solo ellos) se han opuesto a cualquier reconocimiento que no reúna ciertos requisitos básicos que se identifican a continuación.

– Que utilice un determinado lenguaje (‘pueblos’, ‘derechos colectivos’, ‘autonomía’, ‘preexistencia’, etcétera).

– Que haga suyas ciertas ideas o nociones jurídico-políticas ('derechos colectivos', 'autodeterminación', 'plurinacionalidad', etcétera).
– Que consagre un catálogo de derechos que se juzgan como mínimos.

Al tratar de identificar las notas características de la visión que subyace a esta hipótesis, se pueden mencionar las siguientes:

– La convicción de que en el centro de cualquier abordaje de la 'cuestión indígena' debe existir un enfoque de derechos, en que la consagración constitucional y satisfacción de un catálogo de derechos es lo más relevante.
– La afirmación de las identidades indígenas y de la diversidad cultural como rasgos característicos de la sociedad, lo que obliga a generar normas o estatutos especiales y políticas de acción afirmativa.
– Una reticencia a mirar la 'cuestión indígena' solo desde la óptica de la superación de la pobreza e integración al desarrollo.
– Una propensión a situar la discusión en un horizonte muy largo de tiempo –más allá de los últimos treinta años– con particular referencia a la denominada 'deuda histórica' que tendría el Estado de Chile con los pueblos indígenas.

2 Hipótesis 2

Por su parte, la hipótesis 2 supone que las élites no indígenas (sobre todo la élite social y empresarial vinculada a la centroderecha, pero no solo ella) se han opuesto a cualquier reconocimiento que exceda ciertos contornos de acuerdo con su juicio de realidad y convicciones sobre la cuestión indígena.

Al tratar de identificar las notas características de la visión política que subyace a esta hipótesis, se pueden mencionar las siguientes:

– La convicción de que la superación de la pobreza e integración al desarrollo son las principales claves para abordar la 'cuestión indígena'.
– La afirmación del mestizaje, chilenidad e igualdad ante la ley como rasgos característicos de la sociedad, según lo cual las normas y estatutos especiales –y en particular cualquier forma de discriminación positiva– son desaconsejables.
– Una cierta reticencia, sobre todo durante los primeros años, a mirar la 'cuestión indígena' con un enfoque de derechos.
– El temor a dar ciertos pasos que sienten un precedente equivocado y generen consecuencias negativas, por ejemplo, respecto a la unidad del Estado o aseguramiento de la paz.
– Una cierta dificultad para situar la discusión en un horizonte que vaya más allá de los últimos treinta años.

3 Dos hipótesis en tensión: la importancia de entender ambos puntos de vista

Más allá de si estas hipótesis permiten o no explicar de manera adecuada el por qué no ha sido posible concordar una fórmula de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, hay una realidad que es indesmentible: la sociedad chilena en su conjunto se encuentra *ad portas* de iniciar un debate constituyente y hasta la fecha no ha encontrado un camino para concretar dicho reconocimiento.

Desde ya es necesario observar que estas dos hipótesis no son excluyentes entre sí. De hecho, podría decirse precisamente lo contrario, es decir, que ambas son complementarias y que se retroalimentan de forma recíproca. Lo anterior es sin perjuicio de que, al revisar ambas hipótesis, saltan a la vista las tensiones existentes entre ambas. El siguiente cuadro da cuenta de esas tensiones.

Cuadro 1
Tensiones existentes entre las visiones sobre la cuestión indígena y sus implicancias para el reconocimiento constitucional

Notas características Hipótesis 1	Notas características Hipótesis 2
Foco y énfasis en derechos	Foco y énfasis en superación de la pobreza e integración
Énfasis en la identidad indígena y diversidad cultural	Énfasis en el mestizaje y la 'chilenidad'
Afirmación de la necesidad de normas y estatutos especiales, con acción afirmativa	Afirmación de la igualdad ante la ley y cautela ante normas y estatutos especiales
Historia 'larga' (más allá de los últimos treinta años)	Historia 'corta' (últimos treinta años)

Si bien las notas características de ambas hipótesis han sido identificadas y abordadas por parte de la literatura, es probable que no exista un adecuado entendimiento del papel que han tenido las tensiones entre ambas en dificultar la concreción de un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Un ejemplo de lo anterior es la tensión entre 'foco en el reconocimiento de derechos' y 'foco en superación de la pobreza e integración'. Para la visión que subyace a la hipótesis 2, el foco y énfasis en la superación de la pobreza se debe a criterios de realidad y prioridad en términos de la política pública hacia los pueblos indígenas, lo que posiblemente se suma, además, a una cierta reticencia político-ideológica a utilizar el lenguaje de derechos. Quienes son parte de esta visión tienen el temor que un énfasis desmedido en el catálogo de derechos a reconocer pueda conducir a un texto consti-

tucional pródigo en la consagración de derechos, pero con escasa aplicación práctica y escasa repercusión en el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas.

Otro ejemplo es la tensión entre 'identidad y diversidad', por un lado, y 'mestizaje y chilenidad', por el otro. La visión que subyace a la hipótesis 2 suele afirmar el mestizaje como una realidad que se opone a la idea de generar normas o tratos especiales. "Somos todos mestizos" o "todos somos chilenos", se suele decir. Aunque esta afirmación del mestizaje quiere, incluso, aparecer como un reconocimiento de que, de un modo otro, todos somos indígenas en nuestras raíces, en definitiva, termina imponiéndose su cara menos amable: afirmar el mestizaje aparece como la negación de la pervivencia de las identidades indígenas y, por tanto, se puede interpretar como un cuestionamiento de la necesidad de reconocimiento (aunque de manera formal se lo apoye). Sin embargo, tal como en el ejemplo anterior, también subyace a esta visión la incomodidad que produce la afirmación de las identidades indígenas como totalmente ajenas y distintas a la identidad del resto de los chilenos, afirmación que aparece como desmintiendo el hecho natural y obvio de los 'préstamos culturales' y del propio mestizaje como fuente de integración.

Se podrían mencionar varios ejemplos más de tensiones entre las visiones subyacentes a ambas hipótesis. Pero ambos ejemplos permiten desde ya aventurar una afirmación fundamental: cuando se aíslan la mala fe, la sobreideologización, el racismo o clasismo como fuentes de estas tensiones, lo que queda es la incomprensión mutua derivada de la falta de conocimiento de la realidad, identidad y opinión del otro. Si lo anterior tiene algo de cierto, entonces parece ineludible confrontar una segunda pregunta: ¿no será que el sistema político (como un todo) nunca ha sido capaz de plantear la conversación de un modo distinto?

Una aproximación radical a esta última pregunta podría especular que al sistema político simplemente no le interesa plantear la conversación de un modo distinto, y menos generar una visión consensuada que se pueda plasmar en un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, porque dar ese paso implica que cada facción pierde argumentos y consignas que son relevantes para su discurso político y estrategia electoral.

Una perspectiva menos severa permite llegar a una conclusión distinta: el sistema político opera con factores electorales y político-partidistas –por ejemplo, elecciones presidenciales y parlamentarias cada cuatro años– que desincentivan de modo drástico la búsqueda de acuerdos en esta materia. Lo anterior se debe a que la 'cuestión indígena' tiene unas raíces que aparecen como hundidas en una época muy remota y cuyo abordaje se percibe de tal complejidad que sería iluso esperar réditos políticos de corto plazo de cualquier propuesta de 'solución'.

Es justo reconocer, además, que la aproximación actual a la 'cuestión indígena' –y aquí no cabe mayormente hacer distinciones políticas o sociales– arrastra tensiones que vienen contraponiéndose desde los albores de la Colonia. Una de estas tensiones es la que se podría caracterizar como 'fusil o diálogo'. En el marco del mal llamado 'conflicto mapuche', se suelen contraponer hoy dos visiones: la primera afirma que la paz, el orden y el respeto por el estado de derecho deben asegurarse a través de la actuación de las policías y de las Fuerzas Armadas mediante el uso legítimo de la fuerza si es necesario; y la segunda sostiene que el camino correcto es el del diálogo y la búsqueda de acuerdos. Esta tensión –con circunstancias y actores diversos– se puede remontar al menos hasta los albores del siglo XVII, cuando en los años posteriores a la batalla de Curalaba ('Desastre de Curalaba' para los cronistas españoles) se enfrentaban los partidarios de la penetración militar, por un lado, con el jesuita Luis de Valdivia y su 'Guerra Defensiva', por el otro. Doscientos cincuenta años más tarde, allá por 1850, la tensión volvería a manifestarse entre los partidarios de la ocupación militar de la 'Frontera' y quienes –como Ignacio Domeyko y José Victorino Lastarria– se resistían a aquella y propugnaban el camino de la evangelización y educación para hacer soberanía en la Frontera.

Un siglo más tarde, en 1974, el antropólogo Milan Stuchlik decía:

> "Hasta hace poco, el interés chileno en los mapuche se centraba exclusivamente en los terrenos de la reglamentación del contacto; en otras palabras, la pregunta más importante era siempre ¿qué hacer con los mapuche?; y nunca, ¿qué son o cómo son los mapuche?".

Esta afirmación, leída más de cuarenta años después, aún debiera movilizar nuestra reflexión. Tal vez, en el plano estrictamente académico y de la investigación, el defecto al que apuntaba Milan Stuchlik ha sido en buena medida superado. No obstante, más allá de esa esfera, es muy probable que se esté parados más o menos donde mismo.

Por lo mismo, al apreciar las brechas que existen en la actualidad entre las distintas visiones sobre la cuestión indígena –y cómo aquellas se reflejan en las diversas aspiraciones e intereses en cuanto a su abordaje constitucional– es importante entender sus raíces históricas y, desde esa comprensión, buscar nuevos caminos para el entendimiento.

III. Condiciones 'de borde' para un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas

En el capítulo anterior se ha intentado explicar –aunque sea de un modo imperfecto– por qué no ha sido posible concretar el reconocimiento constitu-

cional de los pueblos indígenas en los últimos treinta años. Dicha exposición no ha buscado justificar esa realidad, sino intentar una mejor comprensión de las visiones que subyacen a la dificultad a los actores sociales y políticos (indígenas y no indígenas) para lograr un entendimiento en esta materia.

Con ese telón de fondo, ¿cuáles serían, entonces, las condiciones 'de borde' para un reconocimiento constitucional que tenga alguna posibilidad de éxito? Ya se ha dicho que, para los efectos de este trabajo y debate, se entiende por 'éxito' un reconocimiento constitucional que reúna al menos las siguientes condiciones:

i) que sea robusto en su configuración normativa, es decir, un reconocimiento adecuado a la realidad y que incluya un enfoque de derechos;
ii) que pueda concitar consenso en el constituyente y
iii) que, además, tenga la potencialidad de convocar a todos los habitantes de Chile en torno a una mirada común sobre la posición que se quiere que tengan los pueblos indígenas en la organización social y política.

En consecuencia, cuando se habla de condiciones 'de borde', naturalmente surge la referencia a las dos últimas condiciones recién mencionadas: se está hablando de una propuesta de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas que tenga la aptitud de concitar consenso en el constituyente y la potencialidad de convocar a todos los habitantes de Chile en torno a una mirada compartida.

En este capítulo, entonces, se proponen aquellas condiciones que se consideran básicas –tanto desde un punto de vista procesal como sustantivo– para una propuesta de reconocimiento constitucional que tenga posibilidades de satisfacer ambas condiciones, consenso y convocatoria.

Sin embargo, para llegar a una posición que permita proponer esas condiciones 'de borde', es necesario, primero, intentar identificar cuáles son las aspiraciones e intereses que están en juego. Ahora bien, tal como en otras partes de este trabajo, es necesario advertir que esta identificación de aspiraciones e intereses es naturalmente una simplificación de la realidad hecha con el deliberado propósito de ilustrar mejor las posiciones que existen.

La aspiración e interés del sector representado por la hipótesis 1, podría decirse, es un reconocimiento constitucional acorde con sus expectativas, es decir, un reconocimiento 'robusto' en el sentido que utilice un determinado lenguaje, que haga suyas ciertas ideas o nociones políticas, y que consagre un catálogo de los derechos que se juzgan como mínimos.

Por su parte, la aspiración del sector representado por la hipótesis 2 es un reconocimiento que se ajuste a la realidad social del país, que evite caer en una 'hiperinflación de derechos', que no conspire contra las posibilidades

de superación de la pobreza e integración al desarrollo, y que no ponga en riesgo la tarea ineludible de recuperar la paz y buena convivencia.

Si esas son las principales aspiraciones e intereses en juego, ¿cuáles son, entonces, las condiciones 'de borde' de una propuesta de reconocimiento constitucional que tenga la aptitud de concitar consenso en el constituyente y convocar a todos los chilenos en torno a una mirada compartida?

Se cree que las condiciones 'de borde' se pueden afirmar atendiendo a dos ángulos: el procesal y el sustantivo.

Desde un punto de vista del proceso:

i) Debe abandonar el 'terreno de la reglamentación del contacto', para utilizar el concepto acuñado por Milan Stuchlik en 1974, en el sentido de que el proceso de reconocimiento constitucional debe plantearse desde una pregunta diversa a la que criticaba el antropólogo checoeslovaco. La pregunta pertinente no es, entonces, ¿qué hacer con los mapuche?, sino, siguiendo la línea argumental de Milan Stucklik y situándola en el escenario actual, ¿qué piensan o qué quieren los pueblos indígenas? Y si esta es la pregunta que debe guiar la reflexión hoy, entonces el proceso de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no puede sino desarrollarse con la participación activa de estos últimos.

ii) No cabe duda, entonces, que el reconocimiento constitucional tiene que ser construido con la participación de los pueblos indígenas. Pero es importante ser precisos en las implicancias de lo anterior, pues no se trata de cualquier tipo de participación. Se trata de una participación especial en la convención constituyente, a través de escaños reservados o alguna otra fórmula que cumpla igual objetivo.

Esta participación, sin embargo, no debe confundirse con la consulta previa que establece el art. 6 del Convenio 169 de la OIT. El texto de una nueva Constitución que contenga un reconocimiento de los pueblos indígenas, en cuanto medida administrativa (la más importante de las medidas administrativas, se podría decir) susceptible de afectar directamente a aquellos, debiera ser sometida a consulta previa. Sin embargo, en la medida que el proceso constituyente considere una participación especial de los pueblos indígenas a través de escaños reservados u otra fórmula similar, será la opinión de los propios pueblos indígenas la que tendrá más relevancia a la hora de definir cómo se concilia dicha forma de participación con el derecho de consulta previa.

Por otra parte, desde una perspectiva sustantiva, las condiciones 'de borde' de una propuesta de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas son los siguientes:

i) Debe corregir la omisión en que han incurrido la casi totalidad de las constituciones –incluyendo las más relevantes–y reconocer la

existencia de los pueblos indígenas. Este elemento es esencial y surge de una exigencia básica de justicia con los pueblos indígenas.

ii) Debe buscar un equilibrio entre lo que se podría llamar 'principio de realidad' –reflejar la realidad de lo que hoy sé es como sociedad en términos demográficos, culturales, etc.– y lo que se denominaría 'horizonte aspiracional', delinear la realidad a la que se aspira o la sociedad que se quiere construir.

iii) Debe aspirar a construir una 'fórmula de convivencia', es decir, aquel conjunto de reglas y principios, aquellos 'arreglos institucionales' que permitan una convivencia armónica entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad en su conjunto.

iv) Debe identificar o esbozar un 'principio activo' o 'valor pivotante' que sirva de punto de referencia para las políticas públicas.

v) Debe reconocer (aunque sea en la historia fidedigna de su discusión) los errores, injusticias y abusos cometidas por el Estado de Chile –la denominada 'deuda histórica'– no para asignar responsabilidades por aquéllas, sino para intentar repararlas a través de un 'nuevo pacto'.

vi) Debe sentar las bases para un 'nuevo pacto' entre los pueblos indígenas, el Estado y el resto de la sociedad, que permita una convivencia intercultural caracterizada por la el respeto mutuo, el diálogo genuino, la confianza y en definitiva la paz.

IV. El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como el 'nuevo pacto'

Al tratar las denominadas 'condiciones de borde', se han introducido tres conceptos que parece podrían ser útiles para orientar la discusión sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas: 'fórmula de convivencia', 'arreglos institucionales' y 'nuevo pacto'.

En este capítulo se proponen aquellos contenidos específicos que debería tener el reconocimiento si lo que se busca es edificar sobre ellos una relación sostenible entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad chilena en su conjunto. Dicho de otra forma, se trata de identificar aquellos contenidos esenciales que habilitarían que el reconocimiento constitucional que surja del proceso constituyente pueda transformarse en un 'nuevo pacto' entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad chilena en su conjunto, para usar el concepto introducido por los antropólogos Sonia Montecino y Rolf Foerster.

Dichos antropólogos, comentando en el año 2007 la primera versión de la encuesta mapuche del Centro de Estudios Públicos, se preguntaban si

era posible interpretar los resultados de dicha encuesta desde la perspectiva del pacto:

> "Nuestra idea es que si leemos la historia de las relaciones entre la sociedad mapuche y la chilena a través de esta noción, ello nos permite una comprensión más rica y compleja de esos nexos. El primer pacto, el colonial, hizo posible la construcción de la frontera, la que fue sancionada por la política barroca de los parlamentos; un nuevo acuerdo se gestó en el siglo XIX entre los lonkos y el gobierno de Pérez que dio origen a la ley de 1866, cuyo espíritu era el reconocimiento de las tierras mapuches y que se tradujo malamente en el sistema reduccional; un tercer pacto se gestó en 1952 entre la máxima organización mapuche –la Corporación Araucana– y el gobierno de Ibáñez que permitió la creación de una institución estatal (DASIN), dirigida por indígenas, que velara por las tierras y la producción mapuche; un cuarto pacto es el de Imperial (1989) en el cual los temas de reconocimiento y de reparación son basales. Desde nuestra mirada, la encuesta pone al descubierto cómo ese pacto (inseparable de los anteriores) no es sólo un asunto entre la elite política indígena y la chilena, sino que se expresa a nivel cotidiano, entre los mapuches y sus vecinos no indígenas".

Esta reflexión de Sonia Montecino y Rolf Foerster –si se acepta por un momento su noción y recuento de los pactos– abre dos interrogantes fundamentales: ¿está agotado el (actual) cuarto pacto? y ¿es el proceso constituyente y consiguiente reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas la instancia y momento propicios para gestar un nuevo pacto?

Respecto a la primera pregunta, hay diversas razones que permiten afirmar que el pacto en la actualidad vigente está agotado o, al menos, no cuenta con los arreglos institucionales que son indispensables para generar una fórmula de convivencia que sea sostenible en el mediano y largo plazo.

Por otra parte, y en cuanto a la segunda pregunta, nada obliga a que un nuevo pacto –si se concluye que el actual está agotado– requiera necesariamente de una intervención en el ámbito constitucional para habilitarlo. Sin embargo, parece razonable que si el proceso constituyente *ad portas* –con todo lo que implica– es coincidente en el tiempo con un diagnóstico según el cual el pacto hoy vigente está agotado, entonces el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas constituye una oportunidad privilegiada para intentar construir una nueva fórmula de convivencia –un nuevo pacto– partiendo desde los cimientos de la organización social y política.

¿Cuáles deberían ser, entonces, los elementos de esa fórmula de convivencia si debe aspirar a erigirse en el nuevo pacto? Se cree que estos elementos son los siguientes:

i) Reconocimiento.
ii) Institucionalidad.
iii) Interculturalidad.

A continuación revisaremos cada uno.

1 Reconocimiento

En 2018, escribiendo sobre esta misma materia, Camila Palacios y Sebastián Donoso señalaban:

> "El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no puede construirse de cualquier forma, sino que debe surgir desde una exigencia básica de justicia. Con ello queremos decir que un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no tiene que ver solo con enmendar una omisión histórica, sino también con fijar las reglas de una nueva fórmula de convivencia que se basa en reconocer la identidad del otro, renunciando a la idea de asimilación".

No debe subestimarse la importancia del reconocimiento en tanto exigencia de justicia. Comentando sobre las razones que se han esgrimido a favor del reconocimiento de los pueblos indígenas, Carlos Peña señalaba que una de esas razones deriva

> "de lo que podemos denominar *justicia anamnésica* (es decir, razones derivadas de la idea que es necesario completar a cabalidad el relato de lo que somos)".

Este tipo de demandas, profundizaba:

> "incluyen el reconocimiento de su calidad de sujeto de la historia, hasta ahora, como sabemos, olvidado, y sustituido por figuras míticas, de manual, que hacen sentido al observador, pero no al partícipe de esos grupos. [...] La pregunta, en este caso, de qué forma puede darse lugar a esta forma de justicia. Se trata, como es obvio, de reconstruir nuestra memoria, o contribuir a que se reconstituya, integrando sin violencia ese otro que, hasta ahora, aparece desprovisto de su calidad de sujeto".

Desde este punto de vista, entonces, el reconocimiento no solo atiende a una exigencia de justicia anamnésica, sino, además, adquiere un simbolismo político que es de vital importancia. No debe confundirse, eso sí, simbolismo con significancia. El valor simbólico del reconocimiento es indiscutible pero no suficiente para dotarlo de robustez. Como decía Manuel Núñez:

> "Lo que es pertinente subrayar es que la sola declaración simbólica (usual en varios de los proyectos de reconocimiento que han sido presentados en

nuestro Congreso Nacional) no pasa de ser una fórmula no significativa de reconocimiento. Por fórmulas significativas se entienden aquellas que son capaces de hilvanar los símbolos con formas de empoderamiento que, sin romper con la integridad territorial de los Estados, permiten canalizar los derechos de participación y libre determinación".

En consecuencia, una consagración constitucional de los pueblos indígenas como una exigencia del reconocimiento –tal como ya lo planteaban Camila Palacios y Sebastián Donoso en 2018– debiera comprender al menos los siguientes elementos:

i) Un reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas;
ii) Un reconocimiento y valoración de sus particularidades propias; en definitiva, de sus identidades y culturas y
iii) Un reconocimiento de sus derechos.

1.1 Reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas

En cuanto al primer elemento –el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas– se trata como ya se dijo de una exigencia básica de justicia, cuyo punto de partida es precisamente reconocer en forma explícita la existencia de aquellos. En el cuadro 2 se muestra el lenguaje propuesto para este punto en algunos proyectos y documentos que se estiman relevantes para efectos de este trabajo.

Cuadro 2
Propuestas para el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas en proyectos o documentos escogidos

Proyecto/Documento	N° Boletín	Propuesta
Acuerdo arribado en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado en marzo de 2009	*Boletines* n.° 5.324-07 y n.° 5522-07	(Para reemplazar el art. 4°) La nación chilena es una, indivisible y multicultural. EL ESTADO RECONOCE LA EXISTENCIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS QUE HABITAN SU TERRITORIO y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional. [...].

Sistematización Proceso Participativo Constituyente Indígena, mayo 2017		Reconocimiento de la preexistencia de los Pueblos Indígenas que habitan el territorio (acuerdo total).
Proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet en 2018	*Boletín* n.° 11.617-07	Art. 5°.- El Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la nación chilena, obligándose a promover y respetar su integridad de tales, así como sus derechos y su cultura. [...]

Un aspecto en contención aquí es si el reconocimiento debe referirse a la existencia o 'preexistencia' de los pueblos indígenas. Como se puede apreciar, de los cuatro documentos revisados solo la Sistematización del Proceso Participativo Constituyente Indígena se refiere a la preexistencia. Sin embargo, este aspecto ya ha sido abordado por el reconocimiento legal de los pueblos indígenas hoy contenido en la Ley n.° 19253 de 1993 o 'Ley Indígena', que señala:

> "El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos [...]",

por lo que bien podría emplearse un lenguaje similar.

1.2 Reconocimiento y valoración de las particularidades propias de los pueblos indígenas, de sus identidades y culturas

El reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas es, como se ha dicho, un elemento fundamental de cualquier fórmula constitucional relativa a los pueblos indígenas. Pero siendo fundamental, no es suficiente para configurar un reconocimiento robusto. Escribiendo en 2003, Maximilano Prado decía que la llamada cuestión indígena obliga a pasar de la simple constatación de un hecho –la presencia de los pueblos indígenas– a la determinación de las consecuencias institucionales y jurídicas que se pueden extraer de dicha presencia. Este camino, agregaba, tiene como elemento necesario y continuo el reconocimiento. Se podría añadir, entonces, un segundo elemento que no puede faltar en la ecuación: el reconocimiento y valoración de las particularidades propias de los pueblos indígenas: en otras palabras, el reconocimiento y valoración de sus identidades y culturas. Tal como en el caso anterior, en el cuadro 3 muestra el lenguaje propuesto para este punto en los mismos proyectos y documentos ya mencionados.

Cuadro 3
Propuestas para el reconocimiento y valorización de las particularidades propias de los pueblos indígenas, de sus identidades y culturas en proyectos o documentos escogidos

Proyecto/Documento	N.° Boletín	Propuesta
Acuerdo arribado en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado en marzo de 2009	*Boletines* n.° 5.324-07 y n.° 5522-07	(Para reemplazar el art. 4°) La Nación chilena es una, indivisible y multicultural. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional. [...]
Sistematización Proceso Participativo Constituyente Indígena, mayo 2017		Deber del Estado de preservar la diversidad cultural del país (acuerdo total).
Proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet en 2018	*Boletín* n.° 11.617-07	Art. 5°.- El Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, obligándose a promover y respetar su integridad de tales, así como sus derechos y su cultura. [...] Art. 22.- Todo habitante de la República debe respeto a Chile, a sus emblemas nacionales y a los emblemas de sus pueblos indígenas. Son emblemas de la Nación chilena la bandera nacional, el escudo de armas de la República y el himno nacional. Los chilenos tienen el deber fundamental de honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena y de sus pueblos indígenas.

Una fórmula posible de seguir es la observada por el proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet en el año 2018, que consta de dos principales elementos:

i) el deber del Estado de promover y respetar la integridad de los pueblos indígenas, así como sus derechos y su cultura y
ii) el deber de todo habitante de la República de honrar y contribuir a preservar los valores esenciales de sus pueblos indígenas.

1.3 Reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas

Un tercer elemento a considerar es el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Este aspecto es fundamental no solo por la importancia que tiene para configurar un reconocimiento robusto desde un punto de vista normativo, sino, también, porque –como se vio al enunciar la hipótesis 1– las visiones que subyacen a esta última se han opuesto históricamente a cualquier reconocimiento que no reúna ciertos requisitos básicos que se juzgan como mínimos, incluyendo el reconocimiento explícito de ciertos derechos. En el cuadro 4 se muestra el lenguaje propuesto para este aspecto en los proyectos y documentos ya identificados.

Cuadro 4.
Propuestas para el reconocimiento de derechos los pueblos indígenas en proyectos o documentos escogidos

Proyecto	N° Boletín	Texto propuesto
Acuerdo arribado en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado en marzo de 2009	*Boletines* n.° 5.324-07 y n.° 5522-07	(Para reemplazar el art. 4°) La nación chilena es una, indivisible y multicultural. EL ESTADO RECONOCE la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y EL DERECHO DE SUS COMUNIDADES, ORGANIZACIONES E INTEGRANTES A CONSERVAR, FORTALECER Y DESARROLLAR SU IDENTIDAD, CULTURA, IDIOMAS, INSTITUCIONES Y TRADICIONES Y A PARTICIPAR EN LA VIDA ECONÓMICA, SOCIAL, POLÍTICA Y CULTURAL DEL PAÍS EN LA FORMA QUE ESTABLECE EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL. [...]
Sistematización Proceso Participativo Constituyente Indígena, mayo 2017		Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a conservar, fortalecer y desarrollar su historia, identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones propias (acuerdo total). Reconocimiento y protección de los derechos culturales y lingüísticos de los

		pueblos indígenas, su patrimonio cultural, material e inmaterial (acuerdo total). Derecho a la libre determinación, a ejercerse en el marco constitucional a través de estatutos especiales dentro del territorio. Los delegados indígenas solicitaron eliminar esa limitación (acuerdo parcial). Derecho a participar plenamente en la vida política del Estado en todos los órganos colegiados. En el caso del Congreso Nacional, esta representación se materializará a través del 10% de escaños reservados, asegurando paridad de género. Los delegados indígenas solicitaron un 20% (acuerdo parcial). Elevar a rango constitucional el deber de consulta. Los delegados indígenas solicitaron una referencia expresa a los estándares del Convenio 169 (acuerdo parcial).
Proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet en 2018	*Boletín* n.° 11.617-07	Art. 5°.- El Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, OBLIGÁNDOSE A PROMOVER Y RESPETAR su integridad de tales, así como SUS DERECHOS Y SU CULTURA. [...] Art. 19.- Esta Constitución, a través de los órganos y autoridades en ella establecidos, asegura y garantiza a todos las personas como derecho directamente aplicable: 32°.- Los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas y el derecho a su patrimonio cultural, material e inmaterial de conformidad a la ley. Es deber del Estado fomentar tales derechos. La preservación y difusión de los idiomas de los pueblos indígenas será establecida en la ley.

El principal punto en contención aquí,como es lógico, es cuáles son los derechos específicos a reconocer; en otras palabras, el catálogo de derechos a incluir en el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. En el ámbito comparado existen diversas definiciones de esta sensible cuestión: mientras la Constitución de la República del Ecuador[2] reconoce un extenso

[2] Art. 57.

catálogo de derechos –veintiún derechos para ser más exacto–, la Constitución Política de Colombia es más somera e incluye el reconocimiento de derechos con particular referencia al funcionamiento de los denominados 'territorios indígenas'[3].

Cabe mencionar aquí lo propuesto por Manuel Núñez en 2017, en relación con la extensión y detalle de una futura propuesta de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas:

> "Como principio orientador general de la reforma se aconsejan las regulaciones generales y habilitadoras de regímenes especiales antes que fórmulas detalladas que dificulten el avance del proceso ('menos es más')".

Coincidiendo con Manuel Núñez, se cree que es aconsejable un reconocimiento que se extienda a los derechos que se estiman como más relevantes y que se constituyan en sustento normativo y punto de referencia para el sistema jurídico en su conjunto. Estos derechos son los que se indican a continuación.

i) Derecho a la libre determinación

La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Declaración) establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, y agrega que en virtud de este derecho aquellos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural[4]. Repite así, de manera casi idéntica, la fórmula contenida tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[5]. A continuación, la Declaración establece que los pueblos indígenas, en ejercicio de la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales[6].

¿Qué implicancias concretas podría tener el reconocimiento de este derecho en la Carta Fundamental? Es importante abordar esta pregunta porque es probable que las visiones subyacentes a la hipótesis 2 vean en su reconocimiento un riesgo para la unidad del Estado. Camila Palacios y Sebatián en 2018, refiriéndose a esta cuestión, señalaban:

[3] Arts. 9, 287 y 330. Debe considerarse además el derecho de participación en el Senado y Cámara de Representantes que se consagra respectivamente en los arts. 171 y 176; y el reconocimiento que hace el art. 10 de las lenguas y dialectos étnicos como oficiales en sus territorios, así como de la enseñanza bilingüe en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias.

[4] Art. 3.

[5] Art. 1° n.° 1.

[6] Art. 4.

> "Tanto la Declaración como el Convenio 169 descartan que este derecho se extienda a lo que la doctrina denomina como 'autodeterminación externa', es decir, el derecho de un pueblo a decidir su separación de un Estado. El Convenio 169 lo hace cuando señala expresamente que la utilización del término 'pueblos' no debe interpretarse en el sentido que se le atribuye a dicho término en el derecho internacional. La Declaración por su parte, se cuida de señalar que 'nada de lo señalado en la presente Declaración [...] se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes'. Si lo anterior es así, un derecho de libre determinación consagrado constitucionalmente sólo puede referirse a la denominada 'autodeterminación interna', es decir, el derecho de los pueblos indígenas a decidir libremente sus prioridades de desarrollo cultural, social y económico, así como su organización política, dentro del Estado".

Es preciso, sin embargo, agregar una puntualización respecto al derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales. Se distingue aquí entre autonomías territoriales y no territoriales. Manuel Núñez en 2017 explica la distinción entre ambas de la siguiente manera:

> "El eje que transversalmente atraviesa prácticamente todos los ámbitos de regulación constitucional es la autonomía en dos tipos o modalidades que son complementarias. La primera de ellas es la autonomía territorial y se refiere a formas de descentralización o autogobierno dentro del país. La segunda es la llamada autonomía no territorial y alude a una variedad multiforme de técnicas de atribución de poder político a grupos determinados, donde la transferencia de poder no va asociada al control de un territorio específico. Estas formas de autonomía no territorial procuran esquivar las dificultades y conflictos propios del control territorial, reemplazándolo por otras formas de reconocimiento, representación y participación".

¿Cómo aplicar esta distinción al caso chileno? El propio Manuel Núñez avanza una tesis:

> "En el caso chileno, el carácter preferentemente mixto de la población, el predominio de territorios compartidos con población no indígena y la concentración de la población indígena en las ciudades, parece aconsejar dirigir las miradas hacia esas formas de autonomía no territorial".

De este modo, tal vez con la excepción del pueblo rapa nui y el territorio de Isla de Pascua –considerando que la actual constitución reconoce

a este último como 'territorio especial' y establece que se regirá por un estatuto también especial que hasta la fecha no se ha dictado, norma que es probable que se mantenga en un futuro texto constitucional– existen antecedentes que sugieren que el camino aconsejable es precisamente el de las autonomías no territoriales.

ii) Derecho a sus propias instituciones políticas, culturales, económicas y sociales.

La Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo, a la vez, su derecho a participar de manera plena, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado[7].

Por su parte, refiriéndose a estas instituciones, la Organización Internacional del Trabajo en 2009 ha puntualizado:

> "Las disposiciones del Convenio núm. 169 no deberían entenderse como que están restringidas únicamente a las instituciones tradicionales, sino que se aplican a las prácticas actuales del desarrollo social, cultural y económico de los pueblos indígenas. En otras palabras, las adaptaciones culturales y el desarrollo tecnológico de los pueblos indígenas no deberían reducir o impedir la aplicabilidad de estas disposiciones. Esto también significa que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer instituciones contemporáneas, si las instituciones tradicionales ya no son adecuadas para satisfacer sus necesidades e intereses".

En línea con lo anterior, uno de los aspectos que podría incluirse como parte de este reconocimiento es lo relativo a los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a su patrimonio cultural, material e inmaterial, así como el deber del Estado de proteger y fomentar los mismos. Particular relevancia tendrá aquí reenviar a una ley la preservación y difusión de los idiomas de los pueblos indígenas, sobre todo considerando lo que se dice más adelante respecto a la interculturalidad como principio orientador y articulador del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

iii) Derecho a la participación.

Finalmente, parece que incluir como parte del reconocimiento constitucional el derecho a la participación de los pueblos indígenas es un complemento necesario de los dos derechos ya aludidos. Esto es en especial relevante en

[7] Art. 5.

la medida que se estimen como más apropiadas para la realidad chilena las formas de autonomía no territorial, pues como ya se dijo en ellas lo que tiene relevancia no es el control de un territorio específico –dadas las dificultades ya mencionadas– sino otras formas de representación y participación en distintas instancias de toma de decisiones. Manuel Núñez en 2017 resumía el alcance de estas últimas de la siguiente manera:

> "En la literatura y práctica comparada las formas de autonomía no territorial son amplias y de muy diversa naturaleza. Ellas comprenden una gama de mecanismos que facilitan la capacidad de acción política (agency) de los pueblos indígenas: a) el derecho de organización política, expresado a través de partidos o de organizaciones consuetudinarias propias reconocidas por el Estado; b) la capacidad de crear un derecho propio (usualmente consuetudinario) coercible frente a las instituciones estatales (como costumbre vinculante al menos en disputas entre miembros de una misma etnia) o propias (mediante la llamada justicia indígena); c) la capacidad de decidir sobre asuntos de naturaleza cultural como la educación, la lengua o la religión; d) el derecho de participación en las instancias decisorias de políticas estatales nacionales o locales; e) la capacidad para hacerse representar ante asambleas o cuerpos colegiados con poderes de decisión; y f) la autoridad para opinar a través de cuerpos consultivos locales o nacionales".

De todos los mecanismos de participación reseñados, uno que, sin duda, tendrá una particular relevancia en el debate constituyente será la capacidad de los pueblos indígenas para hacerse representar ante asambleas o cuerpos colegiados con poderes de decisión. En efecto, se sabe que desde hace algún tiempo se ha venido planteando la posibilidad de establecer alguna fórmula de participación política especial de los pueblos indígenas en diversas instancias de tomas de decisiones y, en particular, en el Congreso Nacional, sea por la vía de cuotas, escaños reservados u otro mecanismo. Este tema ha cobrado especial actualidad en el marco de la discusión para establecer escaños reservados para representantes de los pueblos indígenas en la futura convención constituyente. Sin embargo, tanto o más importante será establecer en el nuevo texto constitucional una fórmula permanente de participación de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional. El proyecto de reforma constitucional presentado por la presidenta Michelle Bachelet en el año 2018 ya había propuesta una fórmula que bien podría servir de punto de partida para la futura discusión:

> "Artículo 5.- El Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, obligándose a promover y respetar su integridad de tales, así como sus derechos y su cultura.

> *Los pueblos indígenas participarán como tales en el Congreso Nacional, mediante una representación parlamentaria, cuyo número y forma de elección serán determinados por una Ley Orgánica Constitucional"* (las cursivas del autor).

En cualquier caso, la fórmula de escaños reservados aparece hoy como la más aconsejable. Una cuestión a resolver será qué aspectos básicos deben necesariamente consignarse en la Constitución y qué detalles debieran ser determinados luego por la ley.

2 Institucionalidad

Un segundo elemento que se juzga como central en una fórmula de convivencia que aspire a erigirse en el nuevo pacto, es la institucionalidad. Una de las principales críticas que se le pueden hacer a la institucionalidad actual en esta materia es la precariedad de la misma. Evidencia palmaria de esa precariedad son precisamente los proyectos de ley que se tramitan hoy en el Congreso Nacional y que propician la creación de un Ministerio de Pueblos Indígenas, por un lado, y de los Consejos de Pueblos Indígenas, por el otro.

Pero no se trata aquí de que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas incluya detalles de la institucionalidad, cuestión que le compete a la ley. Se trata, en realidad, de referenciar en la futura Constitución los elementos básicos de una institucionalidad que habilite un diálogo constructivo y cooperación entre los pueblos indígenas y el Estado, para cuya consecución es crítica la distinción entre la institucionalidad 'DE' los pueblos indígenas –es decir, la institucionalidad que se dan los propios pueblos indígenas para dialogar con el Estado, entre otros fines– y la institucionalidad 'PARA' los pueblos indígenas, aquella que el Estado se da para idéntico efecto y para canalizar sus políticas y acciones dirigidas hacia los pueblos indígenas.

Por otra parte, se cree que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas constituye una oportunidad propicia para abordar la cuestión de las tierras indígenas en el que es uno de sus aspectos más sensibles y críticos: el mecanismo en la actualidad vigente para resolver los 'problemas de tierras'. Escribiendo en 2017, Sebastián Donoso presentó una tesis sobre la ineptitud o fracaso del art. 20 letra b) de la Ley Indígena y de su principal expresión, la compra de predios en conflicto:

> *"Primer argumento*: El mecanismo consagrado en el Art. 20 letra b) de la Ley Indígena, por la amplia discrecionalidad que implica su configuración normativa, es muy vulnerable a irregularidades administrativas; constituye un incentivo a la violencia y es por tanto responsable (en buena

medida) de la espiral de violencia registrada a partir de 1997 asociada a reivindicaciones de tierras; y, por lo mismo, requiere ser reemplazado.

Segundo argumento: El mecanismo del Art. 20 letra b) debe ser reemplazado, no eliminado. Esta afirmación se basa en dos premisas igualmente importantes: (i) el Estado tiene una obligación legal de ampliar las tierras indígenas, y debe por tanto diseñar mecanismos para cumplir ese mandato; y (ii) el "problema de tierras" existe y es una cuestión de índole política que debe ser asumida como tal.

Tercer argumento: El sistema o mecanismo que reemplace el Art. 20 letra b) debe ser fruto de un proceso de diálogo con participación de todos los actores, y desde luego con los propios pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas. Si bien el Congreso Nacional deberá tener un rol clave en la etapa de discusión legislativa del sistema o mecanismo que se acuerde en ese proceso de diálogo, la existencia y calidad de este diálogo previo será indispensable para generar una solución sustentable.

C*uarto argumento*: El objetivo principal de un nuevo sistema o mecanismo, aparte de su aptitud para cumplir el mandato de ampliación, es que permita deslindar las demandas o requerimientos de ampliación de tierras que tienen fundamento de las que no lo tienen. Por lo mismo, dicho sistema o mecanismo deberá tener unos principios y características básicas que se proponen en los apartados que siguen.

La tesis central, como se aprecia, postula que el mecanismo del art. 20 letra b) de la Ley n.° 19253 debe ser reemplazado por un nuevo sistema o mecanismo que, aparte de su aptitud para cumplir el mandato de ampliación de las tierras indígenas, permita deslindar las demandas o requerimientos de solución de 'problemas de tierras' que tienen fundamento de las que no lo tienen. Dada la relevancia y urgencia que tiene esta cuestión –los eventos de los últimos meses y años dan sobrada cuenta de ello–, se propone incluir en la futura constitución un artículo transitorio que encomiende a una ley especial la instalación de un nuevo mecanismo institucional que permita canalizar, resolver y ponerle márgenes a los problemas y reivindicaciones de tierras.

3 Interculturalidad

Al tratar las condiciones 'de borde' para una propuesta de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, se decía que la propuesta debe identificar o esbozar un 'principio activo' o 'valor pivotante' que sirva de punto de referencia para las políticas públicas en esta materia.

La necesidad de este principio activo o valor pivotante surge de la lógica misma del reconocimiento. En efecto, el reconocimiento permite visibi-

lizar la realidad de la coexistencia, y esta, a su vez, impone el deber de instar por una convivencia armónica. Como decía Maximilano Prado en 2005:

> "La pregunta constitucional por los pueblos indígenas, como ya hemos dicho, surge al constatar que existe una necesidad fáctica de convivencia, impuesta por el hecho mismo de la coexistencia de los pueblos indígenas y de la sociedad mayoritaria, en un mismo espacio territorial y político. Esta necesidad de convivencia, una vez planteada la reflexión sobre el modelo de relaciones interculturales, se transforma en su sustento más básico. De simple hecho, pasa a ser un imperativo de comunicación, bajo el cual no basta con alcanzar un modus vivendi fundado en razones fácticas, como las diferencias de poder y de nivel de desarrollo económico, sino que exige aspirar a una relación de diálogo y consideración recíproca. Una vez que convenimos en que todos estamos aquí para quedarnos, se impone el deber de quedarse armónicamente".

Ahora bien, este 'quedarse armónicamente' supone a cabalidad una actitud caracterizada por una búsqueda activa de una relación de diálogo, consideración y retroalimentación recíproca. Esta actitud, se cree, se encarna bien a través del principio de interculturalidad. Según Camila Palacios y Sebastián Donoso en 2018:

> "Reconociendo la complejidad de la cuestión, nuestra opinión es que la interculturalidad es el 'principio activo' que tiene mayor potencialidad para generar un esfuerzo genuino de encuentro cultural, que supere la lógica de tolerancia pasiva que nos parece caracteriza al multiculturalismo".

La interculturalidad –agregaban–, se ha entendido como la interacción entre dos o más culturas de modo horizontal y sinérgico y, por tanto, como una condición que favorece la convivencia armónica de todos los individuos. La interculturalidad se puede caracterizar como una intención directa de promover el diálogo y el acercamiento entre culturas.

Si bien una opción por la interculturalidad no tendría por qué ser necesariamente expresa en el texto constitucional, existen casos en que sí lo ha sido. La Constitución Política de Ecuador, por ejemplo, incorpora el principio de la interculturalidad a través de la siguiente secuencia (lo resaltado en las normas citadas es del autor):

Primero. Se incluye el carácter intercultural como un descriptor del Estado de Ecuador:

> "Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, *intercultural*, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada".

Segundo. Se menciona expresamente la aspiración de instalar una relación intercultural:

"Art. 2.- La bandera, el escudo y el himno nacional, establecidos por la ley, son los símbolos de la patria.

El castellano es el idioma oficial del Ecuador; *el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales* DE RELACIÓN INTERCULTURAL".

Tercero. Se establece el deber del Estado de promover el diálogo intercultural (art. 28 inciso segundo):

"Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones".

Cuarto. Se incluye el principio de interculturalidad en todas aquellas secciones de la carta fundamental que lo requieren (desde luego en las disposiciones sobre educación y salud, pero en varias otras también).

Pues bien, más allá de si se juzga conveniente seguir o no la fórmula de la Constitución ecuatoriana, se cree que lo relevante es buscar una forma de identificar o esbozar en el texto constitucional el principio de interculturalidad en tanto 'principio activo' o 'valor pivotante' que sirva de punto de orientación y referencia para el conjunto de la política pública en esta materia. De todos modos, la experiencia de Ecuador permite, además, relevar otro aspecto medular de la cuestión: el principio de interculturalidad interpela a la sociedad en su conjunto –a indígenas y no indígenas– de modo tal que el reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución deja de ser una cuestión que compete solo a estos últimos y se transforma en una materia que compete y convoca a todos.

Bibliografía

Donoso, Sebastián (2017). "Compra de predios en conflicto. Análisis crítico y una propuesta", en Isabel Aninat S., Verónica Figueroa H., Ricardo González T. (eds.). *El pueblo mapuche en el siglo* XXI. *Propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, Santiago: Centro de Estudios Públicos.

Montecino, Sonia y Rolf Foerster (2007). "Un gesto implacable guardado en nuestras entrañas. Notas reflexivas sobre una encuesta iluminadora". *Revista Estudios Públicos*, n.°105. Santiago.

Núñez, Manuel (2017). "Pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional. Formas de autonomía territorial y no territorial", en Isabel Aninat S., Verónica

Figueroa H., Ricardo González T. (eds.). *El pueblo mapuche en el siglo xxi. Propuestas para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*, Santiago: Centro de Estudios Públicos.

Organización Internacional del Trabajo (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT.* Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT. Ginebra: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

Palacios, Camila y Sebastián Donoso (2018). *Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate*, Santiago: Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Temas de la Agenda Pública, año 13, n.º 103. Santiago.

Peña, Carlos (2002). "Sobre las demandas de los pueblos originarios en un estado constitucional". *Serie Documentos de Trabajo,* n.° 343. Santiago.

Prado, Maximiliano (2003). "La cuestión indígena y las exigencias del Reconocimiento". *Colección de Investigaciones Jurídicas*, n.° 3. Santiago.

Prado, Maximiliano (2005). "La cuestión indígena como cuestión constitucional. Algunas proposiciones para su discusión". *Revista Derecho y Humanidades.* n° 11. Santiago.

Stuchlik, Milan (1974). *Rasgos de la sociedad mapuche contemporánea*. Santiago: Ediciones Nueva Universidad.

ACERCA DE LA CONVENIENCIA DE REGULAR A LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN: UN EXAMEN COMPARADO

ABOUT THE CONVENIENCE OF REGULATING THE CHILEAN STATE ADMINISTRATION IN THE CONSTITUTION: A COMPARATIVE EXAMINATION

Nicolás Enteiche Rosales[*]
Paula Bagioli Coloma[**]

Resumen: Este artículo describe las normas que disponen el orden de la Administración del Estado chilena y británica. Luego, analiza los fundamentos de cada sistema, con el propósito de evaluar la conveniencia de establecer las bases de la organización administrativa en la Constitución. Se concluye con una opinión respecto de los elementos destacables en cada medio.

Palabras clave: derecho constitucional, derecho administrativo, derecho comparado.

Abstract: This article describes the provisions that regulate the Chilean and British State Administration. It also analyzes each system's basis and the convenience of establishing the administrative organization in the Constitution. It concludes with an overview of the most critical elements in each system.

Keywords: Constitutional Law, Administrative Law, Comparative Law.

[*] Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del Desarrollo y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctorando en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario Conicyt Pfcha/Doctorado Nacional/2019-21190461. Correo electrónico: nenteiche@udd.cl

[**] Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad del Desarrollo. Doctoranda en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: pbagioli@uc.cl

Introducción

En Chile, la Constitución Política de la República (en adelante, Constitución o CPR) establece las bases de la Administración del Estado. Específicamente el art. 38, inciso primero, bajo el concepto de "organización básica de la Administración Pública", deriva el tratamiento de sus elementos esenciales a la Ley n.° 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Además, las leyes con rango simple regulan los aspectos no medulares en la materia, y crean a la Administración del Estado.

Es así como la Administración del Estado se establece por medio de normas de rango constitucional y legal. De esta forma, se requerirá la intervención del legislador para crear cualquier organismo que se integre a la Administración del Estado.

Resulta interesante contrastar este modelo, el cual instaura los cimientos normativos de la Administración del Estado en fuentes jurídicas relevantes, con un ordenamiento jurídico extranjero que ordena a sus organismos administrativos a partir de fuentes menos importantes. Este es el caso del derecho británico.

Lo anterior nos permitirá vislumbrar el grado de fijeza y estabilidad que, en uno y otro ordenamiento, tiene la estructura orgánica de la Administración del Estado. Fruto de lo antedicho, confrontaremos ambos sistemas.

Con el objetivo de cumplir con esa finalidad, en primer lugar, revisaremos:

I) la Constitución, concretamente, el tenor literal de su art. 38, inciso primero, y la historia fidedigna de su establecimiento. Además, examinaremos a la Ley n.º 18575, en cuanto al modo en que el legislador la diseña y respecto de los antecedentes de su elaboración.

II) Expondremos los fundamentos jurídicos e institucionales que explican el descrito modelo chileno.

III) A continuación, estudiaremos las fuentes normativas que ordenan a la Administración del Estado en el derecho británico. En primer lugar, describiremos brevemente las fuentes de la Constitución británica, y las normas que concretan su organización administrativa. Para aquello, de forma previa, destacaremos a las fuentes constitucionales.

IV) Derivado de lo anterior, explicaremos las razones que se cobijan tras esta complexión, las que se relacionan con la conveniencia de cambiar a la organización administrativa de modo rápido y eficaz, y se vinculan con la carencia de un orden de la Administración del Estado que esté establecido en precisas normas superiores.

V) Finalmente, en razón a lo tratado en los dos acápites anteriores, abordaremos la pertinencia de la reconsideración al sistema chileno, y entregaremos nuestras conclusiones.

I. Fuentes normativas que ordenan a la Administración del Estado en Chile[1]

En este acápite analizaremos las normas que fijan el concepto "organización básica de la Administración Pública", con miras a entregar un panorama general de la regulación de la organización administrativa nacional. También connotaremos el sentido y alcance de la antes enunciada expresión.

La Constitución regula a la organización básica de la Administración del Estado en su art. 38, inciso primero. En este precepto, la Constitución derivó al legislador orgánico constitucional el desarrollo de dos temas, la organización básica de la Administración Pública y la carrera funcionaria. Este artículo aparece situado en el capítulo IV, llamado "Gobierno", y está comprendido dentro del acápite denominado "Bases generales de la Administración del Estado".

Es por esto que, a continuación, nos abocamos a indagar

a) el tenor literal del art. 38, inciso primero, de la Constitución y
b) el sentido y alcance del precepto en la historia de su elaboración.

Más adelante, detallaremos

c) el modo en que el legislador estructura a la Ley n.° 18575, e indagaremos
d) el significado de la precitada norma en la historia de su tramitación.

a) La "organización básica de la Administración Pública" en el art. 38, inciso primero de la Constitución

La existencia de normas jurídicas generales referidas a la forma en que la Administración del Estado se debe componer, es tributaria de la Constitución Política de la República de 1980. Antes de la emisión de la CPR, si bien la Administración era intensamente estudiada, y existían cuerpos normativos que la abordaban, eran innumerables normas de rango legal las que desarrollaban tal tarea. Lo anterior era complementado por la doctrina administrativa de la época, más la actividad dictaminante de la Contraloría General de la República.

Una excepción a la falta de regulación constitucional de la Administración del Estado, puede hallarse fruto de las reformas constitucionales efectuadas a través de la Ley n.°s 7727 de 1943 y 17284 de 1970. Mediante la primera, se asimiló el concepto de Administración Pública a una parte del tercer poder del Estado. A través de la segunda, en lo relevante, se le otorgó la competencia al Presidente de la República de:

[1] Parte de este acápite se basó en un documento entregado al Tribunal Constitucional, el año 2016, denominado "sentido y alcance del artículo 38, inciso primero, de la Constitución Política de la República".

> "crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de los servicios de la Administración del Estado, tanto central como descentralizada".

La CPR de 1980, entonces, vino a hacer suya la descripción de la forma en que debe componerse el tercer poder del Estado, cuestión que se materializa en su art. 38, inciso primero de la CPR. Esta norma deriva a una ley orgánica constitucional la "organización básica de la Administración Pública", la que se emitió en 1986, concretando el mandato constitucional.

Entendemos por "organización"[2] a la asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines, y por "básica"[3] al carácter que constituye un elemento fundamental. Así, entonces, aparece claro que el precepto ordena desarrollar los elementos esenciales de la "Administración Pública".

El inciso primero del art. 38 constitucional señala que el legislador orgánico debe, además de dedicarse a desenvolver a la "organización básica de la Administración Pública", garantizar la carrera funcionaria y los principios en que esta debe fundarse, como la igualdad de oportunidades de ingresar a ella y el perfeccionamiento de los funcionarios y autoridades.

Por tanto, a partir de la simple lectura del precepto concernido, queda claro que el legislador orgánico constitucional debe encargarse de la "organización básica de la Administración Pública", cuestión que comprende a los elementos esenciales de la agrupación de personas que conforman a esta. En otras palabras, fruto del tenor literal del art. 38, inciso primero, y de la distinción entre la carrera funcionaria, con la organización básica de la Administración Pública, podemos concluir que esta no comprende a aquella.

Con motivo de lo anterior, es necesario atender a las ideas que se cobijan tras la elaboración de dicho documento constitucional. El art. 38, inciso primero, proviene, directamente, y sin reformas constitucionales mediante, del constituyente originario.

b). El sentido y alcance de la "organización básica de la Administración Pública" en la historia de la elaboración del art. 38, inciso primero, de la Constitución

El precepto constitucional analizado puede explicarse de cara al elemento interpretativo histórico, en razón de lo establecido por la Comisión Ortúzar.

[2] Real Academia Española (2015).
[3] *Ibid.*

De lo razonado por el constituyente originario se esbozan criterios que son relevantes. El tópico preeminentemente abordado por la Comisión Ortúzar al tratar esta materia fue establecer una nueva organización administrativa. Esta propuesta, sin embargo, no fue recogida en toda su magnitud en el texto de la CPR.

La Comisión Ortúzar realizó una serie de sesiones destinadas a preparar el anteproyecto de lo que sería la Constitución de 1980. Durante este trabajo, en lo que concierne al art. 38, inciso primero, la Comisión hace referencia al concepto "organización básica de la Administración Pública". En las sesiones celebradas se manifiestan ideas que serán el basamento de la redacción final de dicho artículo.

Si bien en las primeras sesiones no se trataron expresamente a las fuentes que debían abordar a la Administración del Estado, es posible hallar referencias relacionadas con este asunto[4]. En la sesión 45ª se alude a un documento vinculado con la "organización básica de la Administración Pública". Este instrumento revela que desde aquella época existe un concepto de la organización básica, el cual comprendería al desarrollo estructural de la Administración centralizada y la descentralizada. Ahora bien, no es posible afirmar que este sea el significado que la Comisión Ortúzar quiso connotar cuando hace referencia a la "organización básica".

En la precitada sesión se procede a dar lectura de la cuenta en la que se menciona a un oficio, a través del cual se remite un documento denominado "análisis y proposiciones para la organización de la estructura superior de la Administración Pública"[5]. En este informe se propone una nueva orga-

[4] Se efectuó una primera aproximación en la sesión 3ª, donde se trató la finalidad de la nueva Constitución. Allí se abordó de modo tangencial el contenido de la ley que se propone como reguladora de la Administración del Estado. En esta sesión se aprueba el primer memorándum que contiene las metas o principios fundamentales en que deberá inspirarse la nueva Constitución Política. En este contexto se menciona, en cuanto a las "bases para el desarrollo económico", que se deberían "consultar normas que establezcan requisitos y calidades para desempeñar ciertas funciones y cargos, tanto en la Administración como en toda clase de instituciones dependientes del Estado, organismos gremiales y otros de análoga importancia" Actas Comisión Ortúzar (1973), p. 29.

[5] Se dice en la Comisión Ortúzar: "Este documento, que es muy extenso, es un estudio que contiene una proposición de un esquema básico de organización de la Administración Pública en su conjunto, así como las ideas matrices para delimitar el campo de acción de los Ministerios y un esquema de la organización interna de los mismos [...] Agrega que en esta etapa no sería procedente que la Comisión se abocará al estudio de este documento, y sugiere dar respuesta en este sentido al Presidente del Comité Asesor de la Junta, señalándole que si una vez elaborado el anteproyecto correspondiente tiene alguna incidencia constitucional, no habría inconveniente por parte de la Comisión para entrar a su conocimiento en la parte pertinente", *op. cit.*, p. 952.

nización de la Administración del Estado[6]. Se menciona que durante 1833 se realizaron tareas conforme a las funciones propias de un Estado liberal, existiendo los Ministerios de Interior, Justicia, Hacienda y Guerra[7]. El informe, por ejemplo, considera que los ministerios debían elaborar proyectos o proposiciones dentro de un rango competencial, que su mismo nombre connota, y apoyar técnicamente al ejecutivo superior[8].

Además, se contemplan a los organismos de políticas sectoriales y de coordinación interministerial, donde se encuentran los Consejos de Ministros, los cuales debían coordinar a los diversos ministerios. Para este efecto se propone el Consejo Superior de Desarrollo Agrícola, el Consejo Económico y el Consejo de Desarrollo Social[9]. De igual forma, en el informe se aborda el nivel de ejecución. En cuanto a la organización regional sectorial, es el secretario regional el encargado de coordinar el quehacer del ministerio en la región, quien prepara, junto a los directores regionales, los planes de desarrollo, los presupuestos y el programa anual, además de supervisar su cumplimiento.

Finalmente, en el informe se hace alusión a la regionalización, en este punto aparece que sería indispensable trasladar la capacidad decisional y de ejecución a los gobiernos regionales, mediante instituciones desconcentradas, descentralizadas y regionales.

---

[6] En concreto, se analiza la evolución histórica de la estructura del sector público y detectan los problemas que esta experimentaba. En lo que se refiere a la evolución de la Administración del Estado, se destaca que se "ha venido experimentando cambios en su estructura, determinados fundamentalmente por el tipo de funciones que le ha cabido desarrollar a través de la historia de nuestro país, desde la época de la Independencia".

[7] En este contexto se sugiere una nueva estructura ministerial sobre la base de aquella vigente.

[8] Se consideró que, en ese entonces, el "apoyo técnico muchas veces fue proporcionado por los Departamentos Técnicos de los partidos políticos de gobierno", lo cual no fue estimado un mecanismo apropiado. En este sentido se intentó llenar el vacío mediante la creación de un comité asesor. Asimismo, el texto destaca como función básica de los ministerios la de coordinación. A modo de ejemplo, encontramos que el Ministerio del Interior tiene la función de "Coordinación de la Administración Regional, Provincial y Comunal", el Ministerio de Relaciones Exteriores "Incluye además de las relaciones políticas con el exterior, la coordinación de los representantes de Chile en el exterior correspondientes a otros sectores como cultura, comercio exterior, defensa, etc.". Finalmente podemos ver que al analizar la función de desarrollo económico se incluyen a los Ministerios de Recursos Naturales, de Industria y Comercio, de Minería y Recursos Energéticos, de Obras Públicas, de Transportes y de Hacienda, los que se destacan por "la importante labor de coordinación con el sector privado": "Análisis y proposiciones para la organización de la estructura superior de la administración Pública", p. 15.

[9] En cuanto a lo ello, se dijo: "los Consejos representan una instancia de fijación de políticas, coordinación y comunicación desde el Gobierno hacia los Ministerios, dentro del marco de las políticas generales determinadas en los niveles superiores de decisión": *op. cit.*, p. 33.

En la sesión 414ª, la Comisión se ocupa de redactar el anteproyecto constitucional, al debatir su articulado. Respecto del art. 38 se corrigió únicamente la redacción de su inciso segundo, destacándose que en el anteproyecto se encontraba bajo la numeración del art. 44[10]. La modificación del inciso segundo consistió en eliminar la frase "al margen de influencias políticas partidistas".

Existe un antecedente coetáneo a la labor de la Comisión Ortúzar, se trata del documento titulado "Proposiciones e ideas precisas". En este documento constan los propósitos que se tuvieron en cuenta para elaborar la Constitución de 1980, en cuanto a la organización administrativa, se dijo:

> "en relación con esta materia hemos estimado conveniente que el anteproyecto contenga sólo los conceptos fundamentales que han de servir de base a la organización de la Administración Pública y a la profesionalización de la carrera funcionaria, dejando entregados a una Ley Orgánica su desarrollo y complementación"[11].

Por lo visto, la labor de la Comisión Ortúzar relativa al art. 38, inciso primero de la Constitución no explica completamente la voz "organización básica de la Administración Pública". En razón de lo anterior, se debe remitir a lo expresado por la Ley Orgánica Constitucional a que aquella hace referencia, desde que esa norma legal debiese ser la que desarrolle el concepto.

c) La "organización básica de la Administración Pública" en la Ley n.° 18575

El legislador orgánico optó por dividir a la Ley Orgánica Constitucional convocada por el art. 38, inciso primero de la Constitución, en cuatro títulos.

El primer título se denomina "Normas generales" y el segundo se encabeza con la frase "normas especiales", este segundo título se divide, a su vez, en el párrafo llamado "De la organización y funcionamiento" y en otro intitulado "De la carrera funcionaria". De igual modo se insertó un título final, el cual establece disposiciones transitorias. Estos títulos fueron incorporados

[10] El art. 44, señalaba en su inciso segundo: "una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria al margen de influencias políticas partidistas, así como los principios de carácter técnico y profesional en que se funde, los que deberán asegurar tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes". Actas Comisión Ortúzar (1973), p. 1120.

[11] "Proposiciones e ideas precisas" (1981), p. 252.

por la original Ley n.° 18575. Por su parte, el tercer título denominado "De la probidad administrativa", aparece conformado por cuatro párrafos, llamados "Reglas generales", "De las inhabilidades e incompatibilidades administrativas", "De la declaración de intereses y de patrimonio" y "De la responsabilidad y de las sanciones"[12]. Este título fue agregado por la Ley n.° 19653 de 1999. Finalmente, el cuarto título llamado "De la participación ciudadana en la gestión pública", fue agregado por la Ley n.° 20500 de 2011[13].

De igual modo, la Ley n.° 18575 evidencia que serán leyes posteriores a esta norma las que deberán materializar el concepto de "organización básica de la Administración Pública". Esto se explica, por una parte, debido al contenido de sus títulos y, por otra, en razón de la denominación de la Ley n.° 18575, cual es de "bases generales" de la Administración del Estado.

La Ley n.° 18575, en sus títulos I, III, y IV establece principios, a la vez, en su título II, párrafo 2°, señala el modo en que se conforma la Administración centralizada y descentralizada. Este es el sistema que corresponde al concepto "organización básica de la Administración Pública". Ahora bien, el modelo descrito se materializa en la creación o modificación de determinados organismos y órganos administrativos, lo que se efectuará a través de leyes especiales. Esto se entiende gracias a que la Ley n.° 18575 es de "bases", cuestión que implica que su contenido general será irradiado a las leyes especiales.

d) El sentido y alcance de la "organización básica de la Administración Pública" en la tramitación de la Ley n.° 18575

En la historia del establecimiento de dicha Ley Orgánica Constitucional se analizó el contenido –o materias– y el continente –o fuente jurídica– que debiesen ser comprendidos en el concepto "organización básica de la Administración Pública".

[12] Los últimos dos párrafos fueron derogados por el art. 56 n.° 1, de la Ley n.° 20880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses.

[13] A partir de la denominación de estos títulos y párrafos, y de su vinculación con el tenor literal del art. 38, inciso primero, podemos inferir que un párrafo no está comprendido en el concepto "organización básica de la Administración Pública". Queda excluido de la "organización básica de la Administración Pública", el párrafo 2° del título I, "De la carrera funcionaria". Esto se explica debido a que, tal como señalamos, la propia Constitución separó a "la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse [...]" del concepto "organización básica de la Administración Pública". Así entonces, aquella parte de la ley que concretice a la carrera funcionaria se excluye de la organización básica.

El mensaje deja claro que el sentido de la norma es determinar el mandato que comprende el concepto "organización básica", y la precisión del rango de la ley que tendrá que desarrollarlo. Se afirmó que:

> "las disposiciones del proyecto han servido al propósito del constituyente, en cuanto a configurar mandatos básicos o esenciales, pero destinados a circunscribir, de un modo efectivo, el campo de acción de la ley común. Se han omitido así, en la medida de lo posible, preceptos meramente declarativos e ineficaces"[14].

De acuerdo con el Informe Técnico, se estableció que :

> "en la redacción del proyecto ha procurado ajustarse rigurosamente a la normativa Constitucional, dentro de la cual se encuentra explícito el concepto de rol subsidiario del Estado, regulándose, a su vez, sólo los aspectos básicos generales de esa administración"[15].

El informe de la Secretaría de Legislación, al tratar la "juridicidad de fondo del proyecto", afirma:

> "los términos que utiliza la Constitución para fijar el ámbito de la ley orgánica constitucional en referencia son particularmente amplios, y su contenido es doble. Por una parte, debe determinar 'la organización básica de la Administración Pública' y, por otra, garantizar 'la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse', junto con asegurar 'la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes'. La Ley Orgánica Constitucional no regula, pues, en forma completa la organización de la Administración Pública, sino sólo su 'organización básica', ni tampoco la carrera funcionaria en su integridad, puesto que únicamente debe garantizarla, y asegurar determinados principios y aspectos de la misma"[16].

De ello se desprende, que la Ley Orgánica Constitucional:

> "deberá ocuparse de los distintos aspectos que presenta dicha organización administrativa, tanto en lo que se refiere a su estructura como también a los elementos fundamentales que inciden o determinan su actuación, pero sin llegar a formular un conjunto normativo comprensivo que equivaldría a un verdadero Código de la Administración Pública"[17].

---

[14] Subsecretaria del Interior (1986). Informe técnico, p. 7.
[15] *Op. cit.*, p. 9.
[16] Subsecretaria del Interior (1986). Informe de Secretaría de Legislación, p. 47.
[17] *Ibid.*

Dicho esto, se efectúa una distinción entre las normas legales que regularán el funcionamiento de la "Administración Pública"[18]. Se dice que la propia ley orgánica puede efectuar remisiones a la ley común, cuestión distinta a la delegación de competencias al legislador ordinario. En este sentido se afirma que lo que se debe hacer es:

> "distinguir entre las remisiones que la ley orgánica constitucional haga a la ley común y la delegación o atribución de competencia a ésta que pudiere efectuar la ley orgánica constitucional. La primera es constitucionalmente procedente; la segunda, en cambio, no"[19, 20].

En caso de que la ley orgánica constitucional realice una delegación o atribución de competencias en beneficio de la ley común, estaríamos frente a:

> "materias que siendo propias de la ley orgánica constitucional, ésta encarga o transfiere a la ley común, lo cual contraviene lo dispuesto en el artículo 7º de la Carta Fundamental para la actuación de los órganos del Estado. De igual forma, no resultaría procedente que la ley orgánica constitucional permitiera a la ley común introducir excepciones a sus normas, pues estaría transfiriendo parcialmente su competencia"[21].

El informe de la Secretaría Legislativa señala expresamente ciertas cuestiones básicas que el constituyente sometió a la ley común[22].

---

[18] Se afirma: "con rango de ley orgánica constitucional, existirán preceptos que fijen la estructura de la misma y sus elementos organizacionales básicos; con rango de ley común, las normas que se ocupen en detalle de cada servicio público en particular (artículo 60, Nº 2), en relación con el artículo 62, inciso cuarto, Nº 2º, de la Constitución y "las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública" (art. 60, n.º 18, de la Constitución), y conforme al proyecto, con rango de ley de quórum calificado, las que regulen actividades empresariales o su participación en ellas del Estado y sus organismos, cuando se hace excepción a los preceptos de la ley común aplicable a los particulares (art. 19, n.º 21º, de la Constitución). Producto de lo anterior, se dice: "la distinción que, en teoría, podría ser fácil entre lo que es básico en la organización de la Administración Pública –materia de ley orgánica constitucional– y lo que, por no serlo, corresponde a la ley común, en la práctica resulta muy difícil de establecer, y es inevitable que, en alguna medida, la política del legislador entre a determinar qué pertenecerá a cada esfera legislativa". Subsecretaria del Interior (1986). Informe de Secretaría de Legislación, p. 47.

[19] *Ibid*.

[20] *Op. cit.*, p. 48.

[21] *Ibid*.

[22] Entre estas materias encontramos "a) El objetivo de propender a que la Administración del Estado 'sea funcional y territorialmente descentralizada' (artículo 3º); b) El 'número y organización de los Ministerios, como también el orden de precedencia de los Ministros titulares' (artículo 33, inciso segundo; c) Reemplazo de Ministros de Estado en casos de ausencia,

Así, entonces, de acuerdo con lo expuesto en la historia de la Ley n.° 18575, podemos concluir que el tratamiento de los elementos esenciales en materia de "organización básica de la Administración Pública" deberán ser efectuados por una norma de rango orgánico constitucional; y que las normas que se ocupen de los detalles de cada servicio público en particular serían materias de ley simple.

En la historia de la tramitación de la Ley n.° 18575, no se connotaron todos los asuntos propios de ser concretados por el legislador orgánico constitucional ni por el legislador común, además se señaló que era inevitable que la política del legislador futuro definiese la cuestión.

A partir de lo recién revisado es posible afirmar que la Constitución y la Ley n.° 18575 establecieron los cimientos de la organización básica de la Administración del Estado. Estas bases involucran que la Constitución delega en el legislador orgánico constitucional el desarrollo de la esencia del Estado administrador. Completa este círculo la intervención de la ley simple, en los aspectos operativos (no esenciales), que conciernen a la Administración Pública.

II. Fundamentos tras la "organización básica de la Administración Pública" chilena

Del acápite anterior se puede apreciar que las fuentes jurídicas que ordenan a la Administración Pública (o Administración del Estado) chilena efectúan tal

impedimento o renuncia, o cuando por otra causa se produzca la vacancia del cargo (artículo 34, inciso segundo); d) Establecimiento o modificación de la división política y administrativa del país (artículo 60, N° 11); e) Fijación de las 'bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública' (artículo 60, N° 18); f) Creación de 'nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones' (artículo 62, inciso cuarto, N° 2°); g) Modificación de los límites de las regiones y la creación, modificación y supresión de las provincias y comunas, como asimismo la fijación de las capitales de las regiones y provincias; todo ello a proposición del Presidente de la República (artículo 99, inciso final); h) Forma de ejercicio de las facultades constitucionales del intendente; sus demás atribuciones y los organismos que le asesorarán (artículo 100, inciso final); i) Con las excepciones que procedan, la desconcentración regional de los ministerios y de los servicios públicos y los procedimientos que permitan asegurar su debida coordinación y faciliten el ejercicio de las facultades de las autoridades regionales (artículo 103); j) Atribuciones del gobernador y mención de aquellas que pueden serle delegadas por el intendente (artículo 105, inciso segundo; k) Fórmulas de coordinación de los municipios con los servicios públicos existentes en las regiones (artículo 112), y l) Formas de resolver las cuestiones de competencia que pudieren suscitarse entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales (artículo 115, inciso primero) o entre el intendente y los consejos regionales, con motivo de la aprobación de los proyectos relativos a los planes de desarrollo y de los presupuestos, respectivamente (artículo 115, inciso segundo)".

labor metódica y escalonadamente. La Constitución establece que habrá una organización básica, la cual será regulada por una ley orgánica constitucional, y por leyes de rango común.

El fundamento de la actual naturaleza ordinamental de la Administración del Estado se explica por un motivo histórico,

a) el cual se vincula con el imperio de la ley y el sometimiento de los organismos administrativos a las normas legales y reglamentarias;
b) Además, hoy, la razón que nos permite entender este sistema es el principio de juridicidad, fruto del cual la Administración ya no debe ceñirse solo a la ley, sino que, también, a la Constitución;
c) Todo lo cual se afinca en la noción de orden, racionalidad económica, y consensos políticos en materia de la Administración del Esta do.

a) El principio de legalidad en la organización básica de la Administración Pública chilena

Si bien la aparición de la legalidad administrativa, en una norma positiva, tiene su génesis en el año de entrada en vigencia del *Código Civil* (1857); luego de producida la independencia, la Administración del Estado se subordinó crecientemente al ordenamiento jurídico. Esto, pues, se entendió que la supervivencia del nuevo orden dependía de la existencia de normas claras de integración y funcionamiento para la Administración del Estado[23].

El concepto de legalidad, está plasmado en el art. 547, inciso segundo, del *Código Civil*, inserto dentro del título XXXIII, denominado "De las personas jurídicas"[24]. La importancia del art. 547, inciso segundo, radica en que el Estado Administrador deja de ser un concepto político indefinido, pues adquiere una denominación normativa. Además, se explicita que este cuerpo orgánico debe regirse por la voluntad soberana. La ley, entonces, es el modo a través del cual el legislador puede agregar, modificar o eliminar a la Administración del Estado, y el reglamento especial es el complemento que el propio legislador ideó para lograr este propósito.

Dentro de este cuadro, la ley tiene un papel preeminente, pues es ella la que dará origen a los organismos administrativos, como a los órganos que la

[23] Bocksang (2015), p. 108.

[24] Señala el precepto: "tampoco se extienden las disposiciones de este título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas, y los establecimientos que se costean con fondos del erario: estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales".

componen[25]. La ley es una fuente relevante para el derecho administrativo, ya que son los órganos administrativos, en razón de su ejercicio competencial, los que ponen en funcionamiento el aparato estatal de cara a las personas.

Esta idea de la ley como el estandarte en la organización administrativa, proviene del modelo europeo continental. Para ordenar los cuadros que componen a la Administración, y sujetarlos al imperio de la voluntad soberana, es perentorio que aquella se sujete al contenido de la segunda. No es tolerado por el sistema jurídico que alguno de los poderes, ya sea el judicial, o el residual administrativo, escapen a la voluntad del legislador.

Además, los organismos administrativos pueden incidir en los derechos fundamentales de las personas, por ello es que se demanda que el acto creador de estos sea uno de raigambre legal[26].

Ante la falta de codificación de nuestro derecho administrativo, se yerguen distintas áreas dentro de las cuales existen sistemas que se estructuran sobre leyes de bases. Uno de estos sistemas es el referido a la organización administrativa.

b) El principio de juridicidad en la organización básica de la Administración Pública chilena

Con todo, la ley es una de las muchas fuentes que componen al ordenamiento jurídico nacional. Dado que las leyes integran un sistema, el cual está encabezado por la Constitución, es que la organización administrativa debe regirse tanto por las normas legales como por la norma superior.

En efecto, la CPR establece dentro de sus pilares fundamentales la obligatoriedad inmediata de sus disposiciones, y la supremacía de su contenido, a partir de lo cual se puede afirmar que su texto es directamente aplicable. Por ello, es trascendente la idea de que la Constitución ordena un

[25] Se ha remarcado que, bajo la esfera del principio de legalidad, las competencias y consecuencialmente la organización administrativa deben ser determinadas por una ley. Se destaca "la necesidad de ley para dar vida y estructura a toda la organización administrativa del Estado [...]": Aylwin y Azócar (1996), p. 46.

[26] En cuanto al particular, Enrique Silva Cimma señala: "¿por qué estima la doctrina que para crear un servicio público se requiere necesariamente de ley? El fundamento para Jeze está en que, tanto en Francia como en la mayoría de los Estados modernos, todo acto que signifique limitación a la libertad de los individuos, a su propiedad, a la libertad de comercio, industria, etc., requiere de aprobación legislativa. Y la creación de un servicio público, especialmente de aquellos que tienen el carácter de monopolios, constituye, sin duda, una restricción a la iniciativa privada, como asimismo la de aquellos que se establecen para tutelar la actividad privada. En nuestro Derecho Público existe, además, una razón de buen orden financiero: todo nuevo gasto público debe tener su origen en el Ejecutivo y debe ser aprobado por el Congreso": Silva (1995), pp. 74-75.

modo de establecer a la Administración del Estado, y que deriva al legislador la posibilidad de crearla, modificarla o suprimirla.

Se ha explicado que, fruto del principio de juridicidad, la Administración del Estado, debe someterse al derecho tanto en su "ser" como en su "obrar". Cuestión que implica, primordialmente, que toda la actividad administrativa debe ser conforme a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Pero la juridicidad no permanece en el estado de la ejecución competencial y jurídica por parte de la Administración del Estado. La juridicidad va un paso más allá, ya que apareja que el "ser"[27] de la Administración también debe inclinarse frente al sistema dispuesto por la Constitución[28]. De no ocurrir lo anterior, la ordenación que no siga tal razón podrá ser declarada contraria a la Carta Fundamental. Lo anterior se relaciona con que el Tribunal Constitucional tiene la competencia para decidir la inconstitucionalidad de las normas de rango legal que excedan o se retraigan del cuadro diseñado por la Constitución y la Ley n.° 18575.

En síntesis, es la Constitución la que dispone las bases de la Administración del Estado. Por su parte, las leyes establecen a este tercer poder del Estado, y la crean, modifican o suprimen. Lo anterior se explica por el principio de legalidad y el de juridicidad que rigen nuestro sistema.

c) El orden, la racionalidad económica y los consensos políticos en materia de Administración Pública chilena

También motivan la existencia de la organización básica de la Administración del Estado, las ideas de orden, racionalidad económica y de consensos políticos. En este sentido, la Constitución y la Ley n.° 18575 representan un papel relevante, tanto al proponer –la primera–, y disponer –la segunda–, una organización u orden de los cuerpos y órganos de la Administración del Estado.

---

[27] Explicación correspondiente a Eduardo Soto Kloss, quien señala: "cuando usamos este vocablo queremos significar que la existencia misma de los órganos del Estado es creación del Derecho (sea por el propio constituyente, sea por el legislador), sin cuyo acto creador simplemente no existen. Es decir, los órganos del Estado son criaturas del Derecho, creación suya y, por ende, son lo que el acto creador (constituyente o legislativo, según el caso) quiere que sean, ni más ni menos, no teniendo otra estructura organizativa ni otros poderes jurídicos (atribuciones/potestades) que aquellos que el constituyente o legislador ha precisado en su acto de creación, o con posterioridad cuando ocurran modificaciones a dicho acto creador" Soto (1996), p. 44.

[28] Agrega Enrique Silva Cimma: "la actividad de estos servicios públicos, desde otro punto de vista, debe respetar los principios constitucionales que consagran las garantías individuales, sin perjuicio de que el régimen legal por que se rijan restrinja esas garantías en función del interés social" Silva (1995), p. 86.

No es baladí que un acápite de la Constitución, más una ley de carácter orgánico y de bases se dediquen a establecer un esquema de distribución armónica de la Administración del Estado. Estimamos que hay tres razones que sustentan el modelo en que se construye la Administración del Estado nacional, la primera tiene que ver con el orden de los organismos y órganos administrativos, la segunda se vincula con la racionalidad económica en la creación de más administración y la última reposa en la necesidad de concordar políticamente los aspectos esenciales que componen a esta materia.

La noción de orden trae a colación que el modelo organizativo administrativo chileno, al menos en lo inmediato, es afín al francés. El arquetipo galo, al contrario del inglés, se caracterizaba por una administración uniforme, desde el punto de vista organizativo y operativo. Esta organización estaba estructurada sobre un polo central, sin cuerpos satélites[29]. Más allá que esta realidad haya cambiado radicalmente, la adhesión a un modelo centralizado y uniforme revela que la Administración del Estado chilena se encuadre en determinados límites orgánicos.

Lo anterior se conecta con el hecho de que, en Chile, la Administración del Estado fue tradicionalmente inorgánica. Hasta la actual regulación constitucional y legal, no existía una idea clara de los límites y denominaciones que tenía el tercer poder del Estado. Resultado de lo anterior es que, además de la confusión y superposición de sus fines, la Administración del Estado creció de modo desorganizado.

El fundamento de la racionalidad económica en la creación de la Administración del Estado tiene que ver con el natural efecto que apareja el establecimiento de nuevas necesidades que deban ser atendidas por el Estado. Dado que el gasto se incrementa debido a la creación de organismos y órganos mantenidos a expensas del erario público, es que solo una autoridad puede motivar su creación, el Presidente de la República. El Presidente solo puede lograr esto si el Congreso aprueba su propuesta. La utilización racional del gasto público, permea en la competencia constitucional del Jefe de Estado de proponer la creación de más Administración del Estado.

Finalmente, la existencia de una organización administrativa diseñada en la Constitución y las leyes, se vincula con los acuerdos legislativos que debiesen darse para excepcionar este modelo. Dado que la Constitución deriva esta materia a una ley orgánica constitucional, el quórum legislativo que tendrá que alcanzarse para lograr su modificación o, bien, el establecimiento de una excepción a la organización básica, será mayor al normal –$^{4}/_{7}$ partes de los senadores y diputados en ejercicio–. Ya que es necesario reforzar el orden administrativo, el principio de juridicidad y la racionalidad económi-

[29] Cassese (2014), pp. 80-81.

ca, es deseable que las alteraciones a la organización básica de los cuerpos administrativos sean acordadas por grandes mayorías legislativas[30].

Hoy, la labor del Tribunal Constitucional, en cuanto a la organización administrativa, ilustra a una Administración del Estado ordenada, que se estima racional económicamente y que requiere de consensos para ser modificada o excepcionada. La magistratura constitucional, dentro de sus atribuciones posee la de controlar preventivamente, y de oficio, la emisión de las leyes orgánicas constitucionales. Dado que la Ley n.° 18575 es una ley orgánica constitucional, están sujetas a esta especie de control todas sus modificaciones o, bien, la emisión de cualquier norma legal que establezca excepciones al contenido de la ley ordenadora de la Administración del Estado.

Este control permite al antes referido organismo jurisdiccional hacer cumplir la lógica que la Constitución y la Ley n.° 18575 han establecido para conformar a la Administración. Ejemplifica este esquema el modo en que funciona la creación de consejos, como órganos superiores y decisores en la Administración del Estado, en relación con el control efectuado por el Tribunal Constitucional. El art. 31, inciso primero y segundo, de la Ley n.° 18575, señala: "los servicios públicos estarán a cargo de un jefe superior", además se precisa que a este jefe le corresponde "dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio". Por su parte, el legislador orgánico constitucional, en el inciso final, deriva "en circunstancias excepcionales a la ley" la posibilidad de establecer "consejos u órganos colegiados [...] con las facultades que ésta señale, incluyendo la de dirección superior del servicio"[31]. En otras palabras, la estructura de los servicios públicos debe adecuarse al siguiente modelo: Con un órgano directivo unipersonal a la cabeza, y excepcionalmente, con un cuerpo colegiado dirigente. Así, el legislador orgánico dispuso que, a través de una futura ley, se puedan crear servicios públicos, los que

[30] Sergio Verdugo explica que la justificación de las leyes orgánicas constitucionales debe esgrimirse de cara al caso concreto que se examine: Verdugo (2012). En el caso de lo expresado en el art. 38, inciso primero, la regla de la derivación a una ley orgánica constitucional parecería ser lógica y consistente con las razones que apoyan el establecimiento de un modelo organizativo de la Administración del Estado.

[31] El art. 31 de la Ley n.° 18575, situado en el capítulo II, párrafo 1° de la Ley n.° 18575 señala: "Los servicios públicos estarán a cargo de un jefe superior denominado Director, quien será el funcionario de más alta jerarquía dentro del respectivo organismo. Sin embargo, la ley podrá, en casos excepcionales, otorgar a los jefes superiores una denominación distinta.

A los jefes de servicio les corresponderá dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio; controlarlo y velar por el cumplimiento de sus objetivos; responder de su gestión, y desempeñar las demás funciones que la ley les asigne.

En circunstancias excepcionales la ley podrá establecer consejos u órganos colegiados en la estructura de los servicios públicos con las facultades que ésta señale, incluyendo la de dirección superior del servicio".

habrán de ceñirse, en lo corriente, al modelo organizacional contenido en el art. 31, inciso primero y segundo, y en lo extraordinario, a lo prescrito en el art. 31, inciso final de la Ley n.° 18575.

En el caso expuesto, la jurisprudencia del TC ha ido modelando el sentido y alcance del concepto "consejo", o ha establecido los criterios sobre la base de los cuales algún consejo debe ser aprobado con el quórum de una ley orgánica constitucional. Todo lo anterior en favor de mantener la estructura y la organización básica que establece la Carta Fundamental y la Ley n.° 18575[32]. También ha hecho lo propio la jurisprudencia administrativa.

En razón de lo anterior, podemos concluir que la noción de "organización básica de la Administración Pública" se sostiene a propósito del principio de legalidad y juridicidad. Además, esta idea se explica por la idea de orden, racionalidad económica y la necesidad de consensos políticos en el esquema de la Administración del Estado chilena.

III. Las fuentes normativas que ordenan a la Administración del Estado en el derecho británico[33]

Con el objetivo de contrastar la ordenación de la Administración del Estado en el derecho chileno de cara a la disposición administrativa británica, en este acápite,

a) desarrollaremos las principales fuentes jurídicas por medio de las cuales se compone la Constitución británica y

[32] Tribunal Constitucional (2005). Así lo hizo el tribunal, al razonar y decidir que los artículos del proyecto eran materias propias de una ley orgánica constitucional, ya que establecían una estructura para la "Comisión Administradora del Sistema de Créditos para Estudios Superiores" que difiere de la contemplada para los servicios públicos en los arts. 31 y 32 de la LOCBGAE (considerandos 9° y 16° parte resolutiva 2ª, 3ª y 4ª). De igual modo, el tribunal declaró inconstitucionales algunos preceptos que regulaban las competencias de la Comisión, al delegar su materialización a una ley. Señaló la magistratura constitucional: "[…] el precepto en análisis, al señalar que la Comisión podrá 'Realizar las demás funciones necesarias para el buen funcionamiento del sistema', la está autorizando para ejercer otras atribuciones no comprendidas en la ley, las cuáles el propio servicio vendría a determinar, lo que implica permitirle disponer en una materia que, de acuerdo a lo que se ha expresado, es de reserva legal, lo que contraviene a la Constitución", y agregó "[…] por otra parte, si es la ley la que debe establecer las funciones de un servicio público es inherente a ella el señalar las 'condiciones en que se realizarán', no pudiendo estas últimas quedar entregadas a un cuerpo normativo de jerarquía inferior como lo es un reglamento sin que se infrinja la Carta Fundamental" (considerandos 17° y 18°).

[33] Este estudio se efectúa de cara a la denominación "Gran Bretaña", y no en cuanto a lo concerniente a la voz "Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte", cuestión que se explica, pues no se indagó en la situación de esta última. Tampoco abordaremos el derecho administrativo de la Unión Europea. De igual modo, descartamos revisar las particularidades de las naciones que componen a Gran Bretaña, ni veremos su organización administrativa local.

b) efectuaremos el análisis de la estructura de la Administración del Estado en Gran Bretaña, según las fuentes normativas que la ordenan.

a) Sobre las fuentes jurídicas que forman a la Constitución de Gran Bretaña

El derecho británico descansa sobre una lógica distinta a la de los sistemas jurídicos europeos continentales. A diferencia de dichos sistemas, el derecho británico se desarrolla de manera asistemática[34]. Dentro de su característica más distintiva y peculiar, encontramos la ausencia de una Constitución escrita. Esto no importa que dicho ordenamiento jurídico carezca de una norma suprema y fundamental, sino que esta se construye por un conjunto de fuentes diversas. Dentro de estas normas, destacaremos a las que dan cuenta de un marco referencial acerca de la estructura del ordenamiento jurídico británico. Estas fuentes jurídicas son las siguientes: el Common Law, la Equity, el Statute Law, las convenciones constitucionales y la doctrina, llamada Books of Authority. A continuación, las desarrollaremos brevemente.

El Common Law, es una fuente jurídica característica del derecho británico y que se constituye por una serie de principios y doctrinas que emanan de las decisiones judiciales[35]. Al Common Law lo complementa otra fuente constitucional del derecho británico, denominada la Equity[36]. La ambigüedad de la Equity dificulta la entrega de un concepto único sobre ella, aún más, la doctrina le otorga múltiples acepciones, todas las cuales varían dependiendo del criterio clasificador que se utilice. No obstante, para efectos de este trabajo, la Equity representará aquellos principios de derecho inspiradores para los tribunales.

Por su parte, las convenciones constitucionales han sido definidas por Albert Venn Dicey, en su obra titulada *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, como aquellas reglas que disponen sobre la distribución o ejercicio del poder soberano del Estado. Es así como bajo el concepto de convención constitucional se incluyen a las normas que definen a los miembros del poder soberano, regulan su relación y fijan la forma en que deben ejercer su autoridad[37].

[34] En este sentido Sabino Cassese señala que a "la Administración central inglesa jamás se preocupó por la uniformidad. Actualmente está compuesta por una variedad de cuerpos y estructuras, a menudo difícilmente clasificables y, por este motivo, agrupados en familias que constituyen conceptos paraguas" Cassese (2014), p. 99.

[35] Marín (2015), p. 37.

[36] *Op. cit.*, p. 254.

[37] Dicey (1915), p. 66.

Entre las convenciones constitucionales, existen algunas que prescriben sobre el orden de sucesión al trono, otras regulan las prerrogativas del Chief Magistrate, y las últimas determinan la forma de legislar.

Además de las tres fuentes constitucionales antes descritas, forma parte del ordenamiento jurídico británico el Statute Law o derecho legislativo. Estas normas se caracterizan, en su forma, por ser escritas, y se constituyen, en un sentido amplio, tanto por fuentes emanadas del Parlamento o act of parliament, como por los actos administrativos[38].

Ya descritas las fuentes constitucionales más relevantes, resulta necesario detallar el sistema político británico de manera general.

b. Composición de la Administración del Estado en Gran Bretaña, según las fuentes normativas que la ordenan

A las fuentes constitucionales reseñadas en el apartado anterior, especialmente a las convenciones constitucionales, se les puede atribuir el mérito de sentar las bases de un sistema político. Este sistema se caracteriza por contar con "una forma de gobierno de democracia parlamentaria"[39], bajo el signo de un estado de monarquía constitucional. En este contexto, le corresponde a la Corona, la facultad de nombrar al Primer Ministro y disolver al Parlamento[40-41]. A su vez, el sistema político británico se caracteriza por contar con una soberanía parlamentaria en atención a que es el Parlamento británico, quien genera y aprueba la ley, por medio de los acts of parlament.

El Poder Ejecutivo le pertenece a la Corona y la función de gobierno es ejercida por el Primer Ministro y sus ministros[42], denominados en su conjunto el gabinete. El cargo de Primer Ministro no se encuentra en alguna norma escrita, y este posee la calidad de First Lord of the Treasury[43]. Conforme a una convención constitucional, el cargo de Primer Ministro lo detenta el líder del partido que ha obtenido la mayoría absoluta en la Cámara de los Comunes. El actuar del Primer Ministro es regulado por medio de un estatuto denominado Ministers Code, el que debe ser publicado al comienzo de una nueva administración [44].

---

[38] Marín (2015), p. 37.

[39] Loewenstein (1967), p. 41.

[40] Elliot and Thomas (2011), p. 103.

[41] Estas competencias se denominan prerrogativas reales, siendo la primera de índole formal, ya que se traduce en un acto ceremonial; y la segunda, se encuentra en desuso toda vez que no se ejerce desde 1701.

[42] The Monarchy (2020).

[43] Loewenstein (1967), p. 43.

[44] Elliot and Thomas (2011), p. 118.

El Primer Ministro, junto con ser la máxima autoridad del Ejecutivo, es el responsable último de todas las políticas y decisiones de gobierno. Dentro de sus competencias destacamos la de supervisar el funcionamiento de los organismos de la Administración del Estado y de los que, sin formar parte de esta, ejercen funciones públicas, nombrar a sus altas autoridades y representar al gobierno en la Cámara de los Comunes.

En total, junto con el Primer Ministro, son ciento dieciocho miembros los que componen el gabinete, siendo veinte ministros de gabinete, y los noventa y siete faltantes corresponden a otros ministros, quienes son responsables de cada departamento ministerial[45].

El gabinete cuenta con una secretaría administrativa denominada Cabinet Office, dirigida por un secretario de carácter permanente. La principal función de esta secretaría es prestar asistencia al gabinete en su funcionamiento y en especial, en lo que tiene relación con las distintas sesiones que tiene el Primer Ministro con los restantes miembros de este organis mo.

También forman parte de la Administración del Estado, los departamentos y las Executive Agencies. Ambos órganos son los responsables de ejecutar las políticas públicas y los planes de gobierno. Las Executive Agencies son creadas, dependen y se financian por un departamento ministerial. Su máxima autoridad es el Chief Executive, quien actúa bajo los poderes que, el respectivo departamento ministerial, le ha delegado[46]. Sus principales funciones son implementar las políticas de gobierno y entregar servicios estatales. Finalmente, el Estatuto Orgánico que las rige son los denominados Framework, los que son emitidos por el departamento ministerial de las que dependen[47].

Por su parte, los departamentos se dividen entre los departamentos ministeriales, los que son encabezados por un ministro, y los departamentos no ministeriales. Estos últimos están dirigidos por altos funcionarios de gobierno, denominados secretarios permanentes, según se ha establecido por la costumbre jurídica.

Por otra parte, están los Quasi-autonomous non-governmental organisations, Quangos, los cuales tienen una organización híbrida, toda vez que poseen una doble naturaleza jurídica. Por una parte, son organismos públicos y por otra son organizaciones no gubernamentales. Estos representan una delegación del poder del gobierno al ejercer funciones públicas.

[45] Para más información véase www.gov.uk

[46] Craig (2012), p. 101.

[47] *Ibid*.

Forman parte de los Quangos, los non departamental public bodies (en adelante, NDPB's[48]). Si bien, estos organismos son creados por actos administrativos, sus funciones están establecidas por ley[49]. Dichos organismos tienen como función principal la de desarrollar los planes de gobierno. Aunque estos son responsables directamente ante los ministros, no forman parte de la Administración del Estado[50].

Fruto del bosquejo que hemos elaborado de la Administración del Estado británica, podemos dilucidar que el tercer poder del Estado está constituido por organismos de diversa naturaleza jurídica. De igual modo, los organismos pueden constituirse por sí mismos. Estas notas distintivas, las que en nada se vinculan con las del caso chileno, nos llevan a destacar la relevancia de comprender las razones que explican la organización administrativa británica.

IV. Fundamentos tras la organización de la Administración del Estado británica

De lo desarrollado en el capítulo anterior, podemos inducir que las razones del descrito sistema se vinculan con:

a) la conveniencia de cambiar a la organización administrativa de modo rápido y eficaz y
b) en la carencia de un orden de la Administración del Estado que esté preestablecido en las normas superiores.

a) La conveniencia de cambiar a la organización administrativa de modo rápido y eficaz

Un fundamento de la creación de la Administración del Estado por medio de actos administrativos, obedece a la mayor conveniencia de un procedimiento de elaboración expedito y simple, en contraste con el lento devenir que apareja la formación de una ley[51].

[48] Existen distintos tipos de NDPB. Se pueden distinguir entre los ejecutivos que trabajan con el gobierno en determinadas áreas específicas, los NDPB que asesoran al gobierno como expertos, los Tribunales NDPB, los cuales tienen resuelven asuntos en un área especializada y, finalmente, los NDPB que son justas de supervisión, los cuales son responsables de desarrollar propuestas respecto al tratamiento de presos.

[49] Craig (2012), p. 21.

[50] Elliot and Thomas (2011), pp. 130-131.

[51] En este sentido Mark Elliot y Robert Thomas ha dicho que el Parlamento no es el órgano estatal indicado para adoptar decisiones que exige cierto nivel de detalle, sino que la función del Parlamento debe limitarse a resolver cuestiones de política general.

La mutabilidad de los organismos de la Administración del Estado también motiva su origen en fuentes jurídicas de naturaleza informal. Esta variabilidad les permite adaptarse con mayor facilidad a las nuevas necesidades públicas que puedan surgir. Según Mark Elliot y Robert Thomas, en su obra titulada, *Public Law*, para el legislador resulta difícil dictar leyes que aborden la labor de gobierno, por su extensión y detalle. Además, tales autores justifican la naturaleza de dichas normas en la imposibilidad de que el Parlamento legisle sobre cada eventualidad[52].

En suma, son distintos los fundamentos para organizar a la Administración del Estado, por medio de actos administrativos. Estos fundamentos centran en que el gobierno debe contar con un sistema de organización simple para poder adaptarse fácilmente a nuevas necesidades que la sociedad demande.

Con todo, que la Administración del Estado tenga la potestad para organizarse, ha aumentado la actividad estatal, lo que debilita aquella idea de que el derecho británico se centra más en las libertades de los ciudadanos que en el poder estatal[53].

b) La carencia de un orden de la Administración del Estado que esté preestablecido en precisas normas superiores

La Administración del Estado británica carece de una norma única que establezca la manera de organizarla. Lo anterior tiene una explicación que yace en las bases del sistema británico: El hecho de contar con una Constitución no escrita, que se centra en las libertades de los ciudadanos e intenta en lo posible reducir al Estado[54].

Si bien en la Constitución británica existen ciertas normas que buscan establecer un orden respecto a la distribución del poder, como lo son aquellas convenciones constitucionales que establecen los poderes de la Corona y la elección del Primer Ministro, estas no resultan suficientes para determinar la forma con la que se deberá organizar la Administración del Estado.

De manera tal que la Constitución británica no establece cómo se regulará la organización básica de la Administración del Estado, siendo una delegación del legislador la que permite que sean los mismos organismos del gobierno los encargados de llevarla a cabo[55], por medio de actos administrativos, cuestión que ha producido un sucesivo y disperso crecimiento de nuevas agencias[56].

[52] Elliot and Thomas (2011), p. 134.
[53] Craig (2012), p. 93.
[54] Soto (1973), p. 114.
[55] Craig (2016), p. 97.
[56] *Op. cit.*, p. 98.

Lo anterior acarrea ciertas dificultades, toda vez que al existir diversos organismos competentes para crear otros nuevos, se dictan sucesivamente distintos actos administrativos. Si bien tales normas tienen por objetivo originar organismos para satisfacer necesidades públicas, muchos de ellos no forman parte de la Administración del Estado[57]. Esta dispersión impide la existencia de un sistema uniforme de control, pues este dependerá de la categoría del organismo administrativo y de las funciones que le asigna el acto lo crea. Así, a modo ejemplar, el control será distinto si el ministro del departamento del cual depende el cuerpo administrativo tiene poder de dirección o solo de orientación[58]. Al tener distinta naturaleza jurídica, surge el problema de determinar el organismo que debe responder políticamente[59], tal dificultad se agudiza en el caso que exista una extensa cadena de mando.

Ejemplo de lo anterior, es el caso del Chief Executive, que encabeza a las Executive Agencies, quien es responsable solo del funcionamiento y operación de dichos organismos, siendo el ministro que la origina el responsable de llevar a cabo la política pública que motiva su creación. En la práctica, muchas veces ambas funciones se confunden, lo que complica determinar quién responde ante el Parlamento[60, 61].

Por lo anterior, podemos afirmar que las razones que se revelan tras la complexión de las fuentes normativas que erigen a la Administración del Estado británica, se relacionan tanto con la carencia de un orden como con la necesidad de eficiencia y rapidez para la modificación de su composición. A continuación, confrontaremos los sistemas y fundamentos descritos.

V. Elementos que pueden extraerse de la realidad jurídica británica a la nacional

Ya identificadas las fuentes jurídicas que ordenan a la Administración del Estado en los respectivos ordenamientos analizados, podemos afirmar que,

[57] Craig (2012), p. 103.

[58] *Op. cit.*, p. 112.

[59] La cuestión es latamente tratada en Román (2000), pp. 79-95.

[60] Elliot and Thomas (2011), p. 103.

[61] Un caso emblemático es el de Howard-Lewis, el que se produjo en 1995 por una fuga masiva de prisioneros. A raíz de ese hecho el ministro de Home Segurity, Michael Howard, le atribuyó la responsabilidad de la fuga a Derek Lewis, quien en ese entonces era el Chief Executive, de la Executive Agencies Prison Service, bajo el argumento de que la fuga se produjo por una falla del sistema operacional. Junto con lo anterior, le solicitó la renuncia al cargo. Por su parte, Derek Lewis se defendió señalando que la falla del sistema fue consecuencia de la intervención del Ministro, por tanto, él era el responsable. Finalmente, Dereck Lewis fue destituido de dicho cargo.

tanto el derecho público chileno como el británico coinciden en que un ordenamiento jurídico debe dar respuesta a la necesidad de organizarla.

Sin perjuicio de lo anterior, ambos ordenamientos jurídicos presentan diferencias en el sistema de fuentes normativas establecidas para ordenar a la Administración del Estado. Es así como, por una parte, en el ordenamiento jurídico chileno, las fuentes se encuentran representadas –principalmente– por una norma constitucional y otra legal. Mientras que, el derecho británico no reserva la organización de la Administración del Estado, únicamente, a normas constitucionales y legales. La ordenación de la Administración del Estado en Gran Bretaña se realiza por medio de fuentes de distinta jerarquía y naturaleza conforme a la tradición jurídica. Encontramos, a modo de ejemplo, el caso del gabinete cuya existencia se basa en una convención constitucional y, por otra parte, la situación de las Executive Agencies, las cuales son creadas por actos administrativos emanados de un ministro.

De acuerdo con los descritos esquemas, ¿cuál sistema resulta más conveniente para alcanzar esa función organizadora? Responder esta pregunta no es una tarea sencilla, más aún si tenemos en cuenta que ambos ordenamientos poseen aspectos favorables y desfavorables. Destacaremos aquellos aspectos positivos y negativos que tiene cada uno de los ordenamientos jurídicos contrastados.

Resulta destacable la estabilidad que proporciona el derecho público chileno, al reservar a dos de sus fuentes superiores la tarea de sistematizar a la Administración del Estado. Dicha estabilidad se da por la existencia de un sistema que garantiza una continuidad en el tiempo, sin perjuicio de quién gobernará y de qué manera lo hará.

Esta estabilidad no se presenta en la organización de la Administración del Estado del derecho británico. Al permitir dicho ordenamiento jurídico la creación de organismos por parte de un acto administrativo se produce cierto grado de inseguridad. Tal inseguridad se da principalmente respecto a la falta de precisión para determinar responsabilidades por parte de dichos organismos y controlar la eficiencia en el gasto de los recursos fiscales. Junto con lo anterior, se genera una falta de seguridad ante la permanencia del organismo, puesto que pueden ser fácilmente revocados o dejados sin efecto, por un acto de la misma naturaleza que los creó. Esto disminuye el grado de certeza que las personas necesitan respecto a la permanencia de la autoridad.

Por su parte, en el derecho público chileno es valorable la uniformidad en la organización administrativa, afincada en la legalidad, juridicidad y demás valores relevantes en la vida republicana.

Ahora bien, no podemos desconocer la flexibilidad y dinamismo que aporta el derecho público británico, al permitir la creación de sus organis-

mos administrativos por medio de actos administrativos, lo que es de gran utilidad al momento de tener que adaptarlas a los cambios propios de una sociedad, ya sea por el progreso de esta o, bien, por elementos externos.

Es así como la flexibilidad, propia de las fuentes jurídicas que organizan a la Administración del Estado en el derecho británico, es relevante al momento de realizar cambios, especialmente si son imprevistos[62]. Esa flexibilidad no la detenta el derecho chileno, el cual tiene que lidiar con la rigidez de las normas superiores.

Por consiguiente, la respuesta a la pregunta antes realizada dependerá de las necesidades que la sociedad de cada país demande. Si bien toda sociedad requiere certeza, uniformidad y orden, estos valores no necesariamente deben ser entregados por medio de la estabilidad normativa, ya que dicho activo también puede emanar de la confianza en las instituciones y autoridades. Es así como, si una sociedad no confía en sus instituciones y autoridades, la estabilidad normativa se torna más necesaria y, a su vez, atributos como la flexibilidad y adaptabilidad disminuyen en su valía.

Conclusión

En este artículo repasamos el modo por el cual se construye la organización administrativa chilena y británica, además expusimos los fundamentos o razones que explican tales sistemas. Por un lado, la organización de la Administración del Estado chilena refleja un alto nivel de formalización en las fuentes del derecho. Por otra parte, la organización administrativa británica presenta notas opuestas, al permitirse que su estructuración se realice por medio de fuentes de distinta naturaleza y jerarquía.

Sin perjuicio de las diferencias encontradas, y de los distintos fundamentos que las sostienen, lo cierto es que existen elementos que pueden ser examinados en aras a mejorar el sistema organizativo chileno. Uno de esos elementos es el dinamismo con el cual se da génesis a la Administración del Estado.

Ahora bien, estimamos que el modo en que actualmente se organiza la Administración del Estado chilena es especialmente conveniente. Valores tales como: el respeto a la juridicidad, el orden administrativo, la racionalidad económica y la necesidad de acuerdos políticos para excepcionar la organización básica de la Administración del Estado, deben conservarse y mejorarse.

[62] Tal capacidad de adaptación que puede entregar la flexibilidad del derecho británico lo ejemplifica la creación en 2018, por parte de la Primera Ministra de ese entonces, del Ministerio de la Soledad, el que fue creado ante las altas cifras de personas que se sentían solas y aisladas.

El ejercicio finalizado, nos invita a poner atención en los criterios cobijados en realidades distintas a la chilena, con el propósito de integrar elementos desde la experiencia comparada. Con todo, hacemos un llamado a razonar y deliberar desde la realidad chilena, reconociendo sus problemas, pero valorando las soluciones que nuestra sociedad ha ido construyendo desde hace más de doscientos años de vida institucional.

Bibliografía citada

Aylwin, Patricio y Eduardo Azócar (1996). *Derecho administrativo*. Santiago: Universidad Nacional Andrés Bello.

Bagehot, Walter (2010). *La Constitución inglesa*.Traducción de Adolfo Posada y estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bocksang, Gabriel (2015). El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860). Santiago: Thomson Reuters.

Bombillar, Francisco (2011). "El sistema constitucional del Reino Unido". en *ReDCE*, año 8, núm. 15. Granada.

Cassese, Sabino (2014). *Derecho administrativo: Historia y futuro*. Sevilla: Instituto de Administración Pública.

Craig, Paul (2012). *Administrative Law.* Oxford: Sweet&Maxwell.

Craig, Paul (2016). "The legitimacy of us administrative law and the foundations of english administrative law: setting the historical record straight". *Legal Studies Research Paper,* no. 44. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2802784 [fecha de consulta: 3 de octubre de 2020].

Dicey, Albert Venn (1915). *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianapolis: LibertyClassics.

Elliot, Mark and Robert Thomas (2011). *Public Law.* 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.

Loewenstein, Karl (1967). "La investidura del primer ministro británico". *Revista de Estudios Políticos,* n.°151. Madrid.

Marín Castán, María Luisa (2015). *Significado y alcance de la Eguity inglesa*. Memoria para optar al grado de Doctor en la Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Natural de la Universidad Complutense de Madrid. Disponible en https://eprints.ucm.es/53205/1/5309867769.pdf [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2020].

Pizarro, Eugenio (2020). *Instituciones de derecho comparado público y privado*. Madrid: Dykinson.

Real Academia Española (2015). *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición. Disponible en https://dle.rae.es [fecha de consulta: 1 de julio de 2020].

Román Masedo, Laura (2000). "La reforma de la administración central en Gran Bretaña: El programa Next Steps y la doctrina de la responsabilidad ministerial". *Revista de Estudios Políticos*, n.° 110. Madrid.

Ruffert, Matthias (2013). *Administrative law in Europe: Between Common Principles and Nationa1 Traditions*. Zutphen: Europa Law Publishing.

Silva Cimma, Enrique (1995) *Derecho administrativo chileno y comparado. El servicio público*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo iv.

Somma, Alejandro (2015). *Introducción al Derecho Comparado*. Madrid: Universidad Carlos Tercero de Madrid.

Soto Kloss, Eduardo (1973). "¿Existe un derecho administrativo inglés?". *Revista de Administración Pública*, n.° 70. Madrid.

Soto Kloss, Eduardo (1996). *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo i.

Verdugo, Sergio (2012). "Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaís*o, vol. xxxix. Valparaíso.

Wade, William and Christopher Forsyth (2014). *Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press.

Fuentes

Actas Comisión Ortuzar (1973): "Biblioteca del Congreso Nacional". Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3764/2/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf [fecha de consulta: 5 de julio de 2020].

Cabinet Office (2018). *Executive Agencies: A guide for departments*. Disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/690636/Executive_Agencies_Guidance.PDF [fecha de consulta: 6 de julio de 2020.

Equality and Human Rights Comission (2017): "What is the European Convention of Human Rights". Disponible en www.equalityhumanrights.com/en/what-european-convention-human-rights

Pontificia Universidad Católica de Chile (1981). "Proposiciones e ideas precisas". Disponible en www.jstor.org/stable/41608044?seq=1 [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].

Subsecretaria del Interior (1986). "Ley n.° 18575. Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado" Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7579/ [fecha de consulta: 9 de agosto de 2020]

The Monarchy (2020): Directgov – Government, citizens and rights. Archived direct.gov.uk Disponible en https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121003064014/http://www.direct.gov.uk/en/Governmentcitizensandrights/UKgovernment/Centralgovernmentandthemonarchy/DG_073442 [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].

Normas citadas

Constitución Política de la República

Ley n.° 18575. Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 5 de diciembre de 1986.

Ley n.° 20880, Sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 5 de enero de 2016.

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional (1986). Rol n.° 39, 2 de octubre de 1986. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/ [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].

Tribunal Constitucional (2005). Rol n.° 444, de 24 de mayo de 2005". Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/ [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].

RECURSO DE PROTECCIÓN Y PROCESO CONSTITUYENTE: PROPUESTAS DE MEJORAS A LA ACCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL

RECURSO DE PROTECCIÓN AND THE CONSTITUENT PROCESS: PROPOSALS FOR IMPROVEMENTS TO THE ACTION FROM THE PERSPECTIVE OF PROCEDURAL LEGITIMACY

Gaspar Jenkins Peña y Lillo[*]
Edgar Malebrán Guerra[**]

Resumen: En el presente trabajo buscamos revisar uno de los aspectos primordiales de toda acción jurisdiccional: su legitimación. Específicamente, la investigación centra su atención en el recurso de protección, en su calidad de acción de tutela directa de derechos fundamentales y en la forma en que se estructura la legitimación procesal sobre la que se consolida. Así, revisaremos si tanto la legitimación activa como la pasiva del actual recurso de protección satisfacen los estándares exigidos por la protección de derechos fundamentales en general, en miras de poder formular propuestas de mejoras ante un eventual cambio constitucional.

Palabras claves: Recurso de protección, acceso a la justicia, legitimación procesal, legitimación activa, legitimación pasiva.

[*] Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho, LLM, Pontificia Universidad Católica de Chile y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: gjenkins@udd.cl. Se agradece la colaboración de sus ayudantes de investigación, Silvana Gatica Pereira y Cristian Rodríguez Gangale.

[**] Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Pedro de Valdivia. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: emalebran@profesores.upv.cl

Abstract: The present work seeks to revise one of the fundamental aspects of every jurisdictional action: its legitimacy. Specifically, this article centers its attention on the remedy of protection, in its capacity as an action of direct protection of fundamental rights, and in the way in which its procedural legitimacy is structured over its consolidation. Thus, we will review whether both active and passive legitimacy of the current remedy of protection meets the standards required by the protection of fundamental rights in general, in order to be able to formulate proposals for improvements in the event of a possible constitutional change.

Keywords: Remedy of protection, access to justice, procedural legitimacy, active legitimacy, passive legitimacy.

I. Introducción

Desde una perspectiva tradicional del derecho procesal, la *legitimación* ha sido vista como aquel vínculo que detentan las partes respecto de la situación material sobre la cual se refiere tanto la pretensión como el objeto de la relación jurídico-procesal[1]. En otras palabras, es aquel elemento que nos permite distinguir quienes detentan un interés o un derecho legítimo para participar en un juicio, sea como demandante o como demandado[2].

Así las cosas, la relación que existe entre las partes y el derecho material nos permite identificar de manera adecuada a aquellos sujetos que el derecho validará como "actores" dentro del proceso jurisdiccional, gracias a lo cual podremos evitar la tramitación de juicios donde se discute sobre derechos ajenos o contra sujetos que carecen de ligazón alguna con lo que se pretende por el demandante[3]. Como vemos, calificar de manera adecuada a los sujetos legitimados implicará, a su vez, reconocer –a lo menos de forma presuntiva– quienes están posibilitados para interactuar en el proceso eficazmente, en miras de lograr una sentencia jurídica de fondo que sea de pleno obligatoria, apreciándose una identificación entre el "demandante" y el "titular" del derecho reclamado en juicio, y entre el "demandado" y el "sujeto pasivo" de una relación jurídico-material[4]. Por ello, y siguiendo el ejemplo de Enrique Véscovi, si una persona quiere demandar el pago de un precio, deberá demostrar que es el vendedor en una compraventa (o sea,

[1] Ortells (2019), p. 119.
[2] Cortez y Palomo (2018), p. 120.
[3] Marinoni *et al.* (2010), pp. 166-167.
[4] Villalobos (2011), pp. 244-245.

que es el titular del derecho a cobrar), dirigiendo su acción judicial contra el comprador moroso (o sea, el que puede ser compelido a pagar). Como vemos, tanto vendedor como comprador poseen *legitimación procesal* para actuar en ese litigio[5].

Lo anterior nos permite distinguir, a su vez, la existencia de dos caras o ámbitos de la legitimación, correspondiente a cada uno de los intervinientes del proceso. De esta forma, el vínculo que tienen los protagonistas de un conflicto jurídico con el objeto del mismo será un factor determinante para definir quién puede ejercer una pretensión eficazmente, en dirección de obtener un pronunciamiento judicial relevante sobre la situación jurídica material (esto es, quién cuenta con la "legitimación activa" para demandar) y contra quién puede ejercerse dicha pretensión jurídica, para efecto de que el pronunciamiento judicial en cuestión le sea exigible u obligatorio (o sea, quién detenta la "legitimación pasiva" para ser el demandado)[6].

De esta manera, la legitimación de las partes en un proceso judicial detenta una evidente importancia, convirtiéndose de forma clara en un elemento constitutivo del derecho a la acción[7], considerándose para algunos autores, incluso, una condición o presupuesto de la efectividad de la sentencia definitiva propiamente tal[8]. Lo anterior está vinculado a la finalidad innata de la institución, dirigida a asegurar la presencia de los titulares activos y pasivos de la relación o situación jurídica controvertida en el proceso, evitando la tramitación de un procedimiento judicial que pueda resultar inútil por no intervenir en él las personas legitimadas[9].

Sin embargo, la importancia de la legitimación para el proceso no implica que aquella esté ajena de complicaciones teóricas y prácticas, en especial en relación con la forma en que ella ha de precisarse en los distintos tipos de conflictos jurídicos que se pueden dar en la sociedad. El objeto de la tutela (esto es, la protección de un derecho subjetivo, de un interés o, incluso, de un bien jurídico) suele implicar una ampliación o una restricción de las "situaciones legitimantes"[10], reduciendo o aumentando el número de

[5] Véscovi (1984), p. 196.

[6] Ortells (2019), p. 119.

[7] Ya que, como señala Romero (2014), p. 90, si quien solicita la protección jurídica no tiene la legitimación, o ella se requiere en contra de un sujeto sin legitimación, esa petición de tutela jurisdiccional no podrá prosperar, por no haber un demandante detentador de un derecho lesionado que restaurar, o por no ser ella exigible al demandado. Véase Montero (2007), p. 115.

[8] Véscovi (1984) pp. 196-197. Para un resumen respecto de las principal posiciones académicas sobre el concepto, véase Briseño (1970), pp. 71-87.

[9] Rodríguez Josse (2019), p. 87.

[10] Entendiendo por tal a aquellas categorías o títulos derivados del derecho sustancial o material que habilitan a un sujeto para ser "parte" válida en juicio, o sea, de los que es posible

personas o las colectividades que podrán accionar o ser objetos de una acción en su contra.

En el caso de los conflictos que versan sobre derechos fundamentales, la definición sobre los sujetos que están habilitados de la legalidad para ejercer la acción correspondiente, o de aquel que será objeto consecuencialmente de dicha pretensión, adquirirá especial importancia, puesto que, a diferencia de lo que ocurre como regla general en los procesos judiciales, los derechos fundamentales no son simples derechos subjetivos de relevancia individual (como acontece, en el proceso civil, por ejemplo), sino que ellos, además, revisten de un valor trascendental supraindividual derivado de su papel estructurante de la sociedad, cuya transgresión importará, por ende, a la comunidad toda[11]: como ejemplificó Mauro Cappelletti[12], ante una violación ilegítima de domicilio, un arresto arbitrario o la prohibición de una reunión pacífica, se sienten afectados todos los ciudadanos y no solo los inmediatamente interesados, ya que la lesión a estas libertades fundamentales repercute los cimientos de la sociedad toda, hiriendo, en el fondo, a cada uno de los integrantes de la comunidad.

En Chile, la principal acción protectora de derechos fundamentales es el *recurso de protección*, entendida como aquel mecanismo jurisdiccional dirigido a velar por el imperio de los derechos constitucionales taxativamente enumerados en el art. 20 de la Constitución Política, cuando alguno de ellos ha sido amenazado o lesionado por el actuar ilegal o arbitrario de un tercero[13]. Debido a que es la herramienta constitucional que ampara el mayor número de derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico chileno, su utilización es masiva y cotidiana[14], situación que hace sobre todo interesante su revisión, especialmente sobre cómo en ella se han abordado los temas de legitimación procesal, aspecto relevante, como hemos mencionado, y que es útil de observar en miras del proceso constituyente chileno.

---

extraer la legitimación procesal, Romero (2014), pp. 92-93. La doctrina suele considerar como a tal a las obligaciones (como las derivadas de un contrato), el estatus (o sea, la posición o calidad de una persona dentro de un contexto determinado, como ser "ciudadano"), los derechos subjetivos (la potestad o facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce a una persona), el interés jurídico (como una expectativa que está en vía de convertirse en un derecho), un bien jurídico (por ejemplo, la propiedad privada o la salud pública, ambas resguardadas por el *Código Penal*) o, incluso, intereses supraindividuales, colectivos o difusos. Véase *op. cit.*, pp. 92-100 y Rodríguez (2019), pp. 95-99.

[11] Bordalí (2002), pp. 168-170.

[12] Cappelletti (2010), pp. 18-19.

[13] Henríquez (2019), p. 1; Paredes (2014), p. 116.

[14] Paredes (2014), p. 116; Ríos (2000), pp. 129-130.

II. Sobre la legitimación activa en el recurso de protección

1. La legitimación activa en el recurso de protección

Puede ser entendida como aquel presupuesto de procesabilidad de una acción judicial que centra su atención en la relación de identificación entre el sujeto que deduce la pretensión procesal y el derecho material que es objeto del litigio. De esta forma, será "legitimado activo" para poder presentar una "demanda" aquel que sea reconocido –generalmente por la ley– como el detentador del derecho material que se desea proteger o que se denuncia infringido[15]. En palabras de Rodrigo Pica Flores, la legitimación activa es nada menos que la llave de acceso al proceso y, por ende, es la vía de acceso al sistema de justicia, determinando quién y cuándo puede plantear una pretensión y obtener una sentencia de fondo que resuelva su conflicto jurídico[16].

La regla general sobre la legitimación activa en el ordenamiento jurídico nacional deriva de su tratamiento por el proceso civil, instrumento dirigido a resolver controversias sobre asuntos de predominante interés individual (asuntos de carácter contractual, comercial, solicitudes de indemnización de perjuicios, y similares)[17], donde se sigue la idea de la "titularidad" del derecho subjetivo o de la situación jurídica sustancial que se deduce en juicio como situación legitimante[18]. En otras palabras, en este tipo de materias se reconoce como legitimado activo a quien afirme ser titular del derecho o de un interés protegido jurídicamente sobre el que versará el litigio, y si durante el transcurso del proceso se descubre que aquel no detentaba la titularidad que se atribuyó, la sentencia deberá serle adversa, aunque, al mismo tiempo, se compruebe la lesión del derecho o interés invocado[19].

De esta forma, la legitimación activa se muestra como un presupuesto de validez notoriamente construido sobre la base de la titularidad del derecho, sustentado sobre una concepción liberal e individual del conflicto procesal, cuya resolución se logra mediante procedimientos estructurados sobre

[15] Marinoni *et al.* (2010), pp. 166-167.

[16] Pica (2010), p. 211.

[17] Pereira (1963), p. 66.

[18] Romero (2014), p. 114.

[19] Véase Bordalí (2002), pp. 163-164. Por ello, la legitimación activa también puede ser entendida como un "poder" o "potestad", conferida al demandante por el ordenamiento jurídica, para acudir, sí así lo estima, ante un tribunal a objeto de solicitar, mediante el ejercicio de la acción, la tramitación de un proceso que finalice con una sentencia definitiva que dirima su conflicto jurídico. Cossío (2007), p. 92.

actos procesales altamente disponibles por las partes, en los que se mira a los litigantes y, en especial, al demandante, como el principal encargado –e interesado– de impulsar el desarrollo del litigio para lograr la dictación de una sentencia que proteja sus intereses o derechos[20]. Así, el proceso civil y, por ende, la legitimación activa inherente a él, tiene su razón de ser en un antiguo entendimiento "privativo" de los intereses en juego, donde el juez solo resguardará a quien sea el afectado de manera directa y actual, debido a que su labor es la resolución de conflictos privados acreditables[21].

La lógica "civilista" con la cual se observa el proceso influyó mucho en la construcción de distintos procedimientos judiciales latinoamericanos de inicios del siglo XX y, por ello, no es del todo extraño que aquel también hubiera impregnado la estructura de los procesos de carácter distinto, incluso de naturaleza pública, como los procesos constitucionales o administrativos[22].

Así podemos apreciarlo en el recurso de protección chileno, cuya legitimación se encuentra regulada inicialmente en el art. 20 de la actual Carta Fundamental (cuyo texto original se remonta al Acta constitucional n.° 3 de 1976), que, al respecto, expresa:

> "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 [...] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes".

El numeral segundo del auto acordado n.° 94-2015 emitido por la Corte Suprema para la regulación de la tramitación y fallo del recurso de protección consolida la reglamentación constitucional dictaminando:

> "El recurso se interpondrá por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple o por cualquier medio electrónico".

---

[20] Hunter (2010), pp. 151-152; Bordalí (2002), pp. 164-165.

[21] Cortez y Palomo (2018), p. 31. Como observa Gozaíni (2011), p. 225, esta inspiración tendría su origen en la concepción original del *principio de legalidad* construido en la época de la codificación francesa, que sustentaba todo el esquema de derechos sobre la idea de la propiedad exclusiva y excluyente, que miraba al titular del derecho como el de la acción y del poder de reclamar ante los jueces la protección del derecho.

[22] Bordalí (2002), p. 169.

Según la doctrina nacional, las normas citadas lo han configurado como una acción de carácter individual, donde el sujeto legitimado para su interposición será solo aquel que vea conculcado alguno de sus derechos fundamentales (idea derivada de las expresiones "el que" o "el afectado"), demostrando que será un presupuesto fundamental para la procedencia de esta acción que ella sea deducida por quien cuente con un interés directo, inmediato y legítimo, lo que se ha traducido, en la práctica, en la existencia de una necesidad por demostrar que el actor es, al mismo tiempo, el sujeto que ha visto su derecho fundamental comprometido[23]. Así las cosas, el constituyente, al consagrar esta acción, demuestra contar con una influencia de la idea de "legitimación activa" encontrada en el proceso civil tradicional, que centra su atención en la protección del individuo afectado y no en el objeto del proceso propiamente tal.

Esta forma de comprender la "legitimación activa" del recurso de protección ha permitido calificarla como una acción de carácter "individual", pero reconociendo, a su vez, una amplitud en los distintos "individuos" que podrán acogerse a su resguardo cuando alguno de sus derechos fundamentales se vea lesionado, incluyendo a toda persona natural –chilenos o extranjeros– o jurídica, agrupaciones con o sin personalidad jurídica[24] e, incluso, organismos estatales debidamente singularizados[25].

Es por ello que gran parte de la doctrina ha catalogado a la legitimación activa del recurso de protección como una "legitimación amplia" o "amplísima", que no requiere del cumplimiento de mayores formalidades para su interposición, cuya única limitante se encontrará en la necesidad indispensable de que quien haga uso de la acción constitucional, dé cuenta de la existencia de un interés legítimo concreto, en la actualidad controvertido o lesionado, que permita comprender que la instauración del derecho es

[23] Navarro (2018), pp. 43-44; Henríquez (2019), pp. 21-24; Nogueira (2018), p. 337; Pfeffer (2000), p. 149; Pinochet (2020), p. 175, entre otros.

[24] Ello, ya que, como recuerda Soto (1982), p. 72, la Constitución ha reconocido el derecho a la autonomía de los cuerpos intermedios, el que se extiende no solo a las personas jurídicas, sino, también, a agrupaciones de personas morales y a los grupos de personas naturales en general.

[25] "Decíamos en aquella ocasión que esta acción de amparo protegía también a las personas jurídicas, pero no sólo privadas sino también públicas, es decir a entes personificados de derecho público, tales como v. gr. los organismos dotados de personificación integrantes de la llamada Administración del Estado. Tales entes con personalidad jurídica, conferida por la ley, también son beneficiarios del [recurso de protección], y pueden utilizar esta vía procesal para defensa de sus derechos: obviamente, esos derechos serán de modo primordial de tipo patrimonial y más que derechos (entendidos a la manera de derechos subjetivos) vendrán a ser o constituir la esfera patrimonial del sujeto jurídico público, en especial administrativo, esfera jurídica que puede naturalmente sufrir agravio, ya sea por algún sujeto privado o bien público, a través de un acto u omisión arbitrario o ilegal emanado de aquél". Soto (1982), p. 73.

posible y efectivo[26]. Esta idea ha permitido apreciar, en la práctica, acciones deducidas por personas naturales bajo distintas calidades o posiciones, como la de: "trabajador", "contribuyente", "estudiante", "preso", "propietario" o "funcionario público", menores de edad, sociedades de hecho, agrupaciones temporales, sucesiones, asociaciones a las que se les ha caducado la personalidad jurídica, organismos públicos, entre otras[27].

2. De la legitimación activa del recurso de protección y su posible efecto restrictivo en la tutela de derechos fundamentales

La amplitud de la legitimación activa en la acción del recurso de protección es una de sus características más destacadas por la doctrina nacional, debido a la percepción de que son pocos los problemas que han existido por razones de acceso y legitimación, puesto que la acción prosperará con todo su poder siempre que ella esté dirigida a proteger a una víctima de un acto u omisión ilegal o arbitrario. Así, como recuerdan los estudios de Enrique Navarro, lo único necesario para que proceda la acción de protección en todo su vigor será que ella esté identificada con una persona-titular del derecho de forma cierta o probable, en el momento de hacerse efectiva una privación, perturbación o una amenaza[28].

Incluso, dentro del marco del proceso constituyente que se vive hoy en Chile, algunos profesores han manifestado una necesidad de resguardar esta característica de la acción constitucional. Así lo ha expresado Francisco Almonacid, por ejemplo, cuando ha estimado:

> "pertinente mantener una legitimidad activa restringida en quien sea el afectado por la perturbación o amenaza en el ejercicio de su derecho fundamental, descartando así la existencia de una acción popular, por cuanto aquella desnaturaliza la finalidad de esta y sobrecongestiona el sistema judicial encargado de conocer de ella, impidiendo que se mantenga el grado de celeridad que un proceso así requiere"[29].

De esta forma, pareciera existir una clara inclinación de la academia nacional por considerar como la principal "situación legitimante" en el marco de esta acción judicial, la existencia de una titularidad sobre el derecho fundamental afectado o, en otras palabras, que exista un vinculo jurídico efectivo entre el derecho lesionado o amenazado y una persona determina-

[26] Verdugo (1988), p. 39.
[27] Soto (2010), p. 981; Soto (1982), pp. 74-76.
[28] Navarro (2018), pp. 43-44; Palomo (2008), pp. 531-532.
[29] Almonacid (2020), p. 334.

da, autorizándose a esta última a requerir la tutela de esta acción constitucional.

Sin embargo, una lógica individualista de la legitimación activa pareciera reducir los derechos fundamentales a meros derechos subjetivos, disponibles por sus titulares, y ajenos de su trascendencia social, desconociéndose, de manera indirecta, su importancia en la construcción de un Estado constitucional y democrático de derecho[30]. Como nos recuerda Andrés Bordalí, la construcción de un ordenamiento jurídico sano comienza con el reconocimiento de que los derechos fundamentales son más que simple posiciones subjetivas individuales, sino que, además, cumplen un papel constitutivo del sistema de valores contemplado en una Constitución, presentando un sustrato institucional relativo a la configuración del orden jurídico-político general y del sistema democrático en especial. Por ello, la vulneración de un derecho fundamental no solo afecta la esfera individual de determinada persona, sino que atenta contra la estructuración de todo el orden social democrático que se sustente en la libertad y la igualdad[31].

La consecuencia directa de esta mirada social y democrática será, justamente, la emanación de un deber de protección y promoción de los derechos fundamentales por parte de la sociedad toda, vinculando tanto a los distintos órganos del Estado (art. 5°, inciso segundo, de la actual Carta Fundamental chilena) como a los particulares (art. 6°, inciso segundo, de la Constitución Política).

En materia de acciones protectoras de derechos fundamentales, esta mirada se debiera traducir en la existencia de un interés social dirigido a velar por la adecuada tutela de estos derechos, aspecto que debiera tener un correlato, a su vez, en los límites que configuran la legitimación activa del recurso de protección propiamente tal. Sin embargo, la necesidad de invocar la existencia de un interés cierto y directo, esto es, la existencia de un vínculo entre el agraviado demandante y el derecho fundamental lesionado, da cuenta de una tendencia contraria, que demuestra la existencia de una acción centrada en la protección del individuo titular del derecho fundamental, y no del derecho fundamental en sí.

[30] Ferrajoli (2013), pp. 773-777.

[31] Bordalí (2002), pp. 169-170. Como plantea el Nogueira (2000), p. 20, una concepción de la legitimación activa de forma individual, como la que detenta el recurso de protección chileno, ofrece problemas serios, ya que "los derechos no se miden por el interés que prestan, sino por la protección que ellos merecen, lo que llevado a la praxis, demuestra que 'cuando la protección, pretende generalizarse el único terreno de admisión será el litisconsorcio, el que muchas veces se transforma en una hipótesis irrealizable, una simple y mera utopía"'.

Lo anterior posee como principal consecuencia el hecho de que el recurso de protección no sea una "acción popular" (como se concluiría de la expresión "el que [...] sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos o garantías establecidos [...]" utilizada por el art. 20 de la Constitución Política[32]) o, a lo menos, una acción que avance por el resguardo de intereses "colectivos" o "difusos".

La primera de estas posibilidades, esto es, mirarlo como una *acción popular*, tiene relación con la configuración de una acción que prescinde de la invocación de intereses concretos o afectaciones de derechos individuales para la procedencia de su interposición, sino que, por el contrario, permite a todo individuo o agrupación, sin necesidad de demostrar o justificar interés o titularidad alguna, promover una pretensión ante la justicia en miras de lograr la defensa de un bien jurídico de relevancia pública, como lo sería, por ejemplo, proteger el ambiente sin considerar sujetos afectados o defender del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres ante la existencia de publicidades vejatorias o discriminatorias[33].

En Chile, no son muchos los casos en que el ordenamiento normativo reconoce la existencia de una "acción popular", demostrándose una resistencia en su utilización por el regulador procesal. Entre los ejemplos que podemos destacar se encuentran la "acción de daño contingente" contemplada en el art. 2333 del *Código Civil*, el requerimiento de inconstitucionalidad regulado en el art. 93 n.° 7 de la Carta Fundamental, o el recurso de amparo económico establecido en la Ley n.° 18971, siendo este último caso de gran interés para esta revisión, por ser una acción de protección directa de derechos fundamentales al igual que el recurso de protección.

Por otro lado, las *acciones protectoras de intereses colectivos o difusos* pueden ser vistas como acciones cuya legitimación no detenta un carácter individual, pero no llega al punto de no requerir la existencia interés alguno como ocurre con la acción popular. Estas acciones responden a la existencia de intereses colectivos o indivisibles, que, pudiendo ser de titularidad individual al mismo tiempo, destacan por la repercusión social que deriva de su afectación, haciendo recomendable su resguardo por entidades especialmente habilitadas para ello. Así pues, en estos casos la legitimación reviste de una mayor amplitud, no requiriendo que se demuestre, por ejemplo, la existencia de un daño individual, sino que solo se debe expresar una necesidad de tutela que haga recomendable la intervención judicial, como lo puede ser la protección de los derechos de los consumidores en general (y no

[32] Véase los fallos citados en Henríquez (2019), pp. 23-24.

[33] Romero (2014), pp. 121-122.

de un consumidor en específico) o de la libre competencia, por ejemplo[34]. Ejemplos de acciones colectivas en el sistema jurídico chileno son la "acción general de protección de la libre competencia" del decreto ley n.° 211 de 1973, cuya legitimación es confiada a la Fiscalía Nacional Económica, o la "acción de protección de los intereses colectivos de los consumidores", entregadas por la Ley n.° 19496 al Servicio Nacional del Consumidor y a las asociaciones de consumidores.

Este tipo de acciones, caracterizadas por legitimaciones que superan el requisito de la "afectación" individual, responden a las necesidades que el derecho moderno impone a una sociedad en constante cambio social, económico y tecnológico, ámbitos que han transformado las situaciones y conflictos jurídicos tradicionales para dar paso a nuevas realidades y necesidades de protección en beneficio de una pluralidad de personas más o menos amplia, y que pueden ser afectados por una conducta determinada. Esto hace necesario, correlativamente, una actualización de los mecanismos de tutela de derechos, a efecto de poder hacer frente a las diversas posibilidades de infracción a las que, hoy, está expuesta la sociedad[35].

El recurso de protección chileno, sin llegar a ser una acción popular, ha tratado de superar las restricciones que la legitimación individual le impone a través de dos vías. La primera de ellas encontrada en el propio texto constitucional, puesto que el art. 20 de la Constitución Política entrega una activa especial para que cualquier persona actúe en nombre del afectado. Según Andrés Bordalí, esta posibilidad da paso a una "agencia oficiosa" de tipo especial, puesto que la regulación no le exige al actor, siquiera, que cuente con mandato del "afectado", bastando solo que este "tercero" afirme actuar en beneficio de la víctima de una lesión de derechos fundamentales, contando con capacidad procesal para obrar en juicio (numeral segundo del auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección)[36].

Con esta posibilidad la Constitución Política habilita a toda persona para acudir ante un tribunal de justicia en defensa de un derecho fundamental, siempre que se cumpla, eso sí, con acreditar que se está ante la afectación individual de un derecho fundamental en consideración a una persona determinada. Esta posibilidad pone en el centro de atención del recurso de protección el resguardo del derecho fundamental implicado, incluso, por sobre la voluntad del afectado. Así se puede comprobar de la existencia de recursos de protección deducidos en contra del titular del derecho, como ha

[34] Ortells (2019), pp. 126-136.
[35] *Op. cit.*, pp. 131-132.
[36] Bordalí (2002), pp. 177-178.

ocurrido en los casos en que se ha presentado la acción por centros hospitalarios en defensa del derecho a la vida y del derecho a la salud de personas que se oponen a una transfusión de sangre por convicciones religiosas, o en los casos en que autoridades gubernamentales accionan contra huelguistas de hambre para forzarlos a recibir alimentación[37].

La segunda vía tiene relación con un posible avance de la hermenéutica jurisprudencial, existiendo casos excepcionales en los que, a juicio de los tribunales de justicia, el recurso de protección podría ampliar su objeto de protección, para alcanzar, con ello, una tutela a intereses colectivos relevantes, como ha ocurrido en ciertas sentencias dictadas en recursos de protección donde se ha resguardado el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, por ejemplo[38]. Sin embargo, lo cierto es que estos casos son muy puntuales, siendo difícil considerarlos una verdadera tendencia o avance desde la perspectiva de una ampliación de la legitimación activa, sino que, por el contrario, dan cuenta, más bien, de una conciencia jurisprudencial de la importancia de proteger derechos e intereses colectivos, aunque para alcanzar dicho resguardo deba accionarse siempre en clave de afectación individual[39].

Así las cosas, lo cierto es que los intentos jurisprudenciales poseen como principal barrera los límites de la regulación contemplada en el art. 20 de la Constitución Política respecto de las personas que están legitimadas para accionar, a las que se les exigirá la concurrencia de un interés individual, actual, legítimo y razonable como fundamento de la acción, al punto de que, como ha decretado la Corte Suprema,

[37] Paredes (2014), p. 127; Nogueira (2000), p. 39; Pfeffer (2000), pp. 149-150.

[38] Palomo (2008), p. 533, cita el fallo "Forestal Trillium" para ejemplificar esta posibilidad, donde la Corte de Apelaciones de Santiago habría admitido que determinados supuestos de protección ampararan derechos sociales de carácter colectivo, de interés para toda la comunidad, no solo actual, sino, también, para las generaciones futuras, haciendo que el resguardo del derecho beneficie a una pluralidad de sujetos indeterminados que se encuentren en una misma situación de riesgo, la que, pese a ser portadora de un gran daño social, no necesariamente le causará un daño significativo o apreciable en su esfera individual.

[39] Así lo confirma Nogueira (2018), p. 337, al recordar el fallo rol n.° 3440-2006 de la Corte de Apelaciones de Concepción, cuyo considerando 5° señala: "Que sin embargo, el presente recurso en la forma propuesta no puede ser acogido, por cuanto ninguno de los comparecientes señala o exhibe el desconocimiento de derechos constitucionales que estiman amagados, sino que estos derechos podrían ser ejercidos por 'miles de mujeres que en la comuna de Concepción tienen derecho de acceder a ese medicamento'. De esta forma, si ninguno de los recurrentes ha solicitado o le han negado, sin fundamento o por mero capricho, la entrega del citado fármaco, ellos carecen de legitimación activa para impetrar la protección constitucional".

> "ni la importancia, objeto o alcance de la materia reclamada, ni aun la justicia de la pretensión, pueden alterar o sustituir la antes aludida exigencia"[40].

En otras palabras, por más que los tribunales deseen brindar una tutela a derechos o intereses colectivos, ello no será posible si, en la demanda, no se acredita la afectación individual.

3. *De las propuestas de mejoras a la legitimación activa del recurso de protección, en consideración a la experiencia del derecho comparado*

Las limitaciones hasta acá revisadas y que caracterizan al recurso de protección no se condicen, eso sí, con la realidad de las acciones de tutela directa de derechos fundamentales similares existentes en otros países, donde se puede apreciar una tendencia que avanza por la consagración de legitimaciones activas amplias, superando una mirada defensora de intereses individuales, para dar paso al resguardo de intereses colectivos o, incluso, a acciones populares.

Como observa Osvaldo Gozaíni, la defensa o protección de los derechos fundamentales ha superado la barrera del resguardo individual, para reconocer que este tipo de derechos, por su calidad, merecen de una tutela célere, que debe dejar para un segundo plano el carácter que inviste la persona o el grupo que demanda la protección, para lo cual, los mecanismos procesales, en este sentido, deben evitar trabar el derecho al acceso a la justicia mediante la imposición de obstáculos de corte eminentemente técnico. Por ello, los modelos de protección de derechos fundamentales han comenzado a crear sistemas de enjuiciamiento abiertos a sendas antes intransitables por el particular, fomentando la participación democrática con la admisión de reclamos elaborados por sectores de la sociedad (adecuadamente representados) o de grupos que expanden la ocupación del órgano judicial a causas que se alejan de intereses abstractos, interviniendo en la solución de problemas de relevancia pública y de carácter concreto[41].

Así podremos comprobarlo de la experiencia comparada, especialmente de los países que, como Chile, siguen una tradición protectora de derechos originada con el "juicio de amparo de derechos fundamentales" mexicano (de 1857) y que posee como principal referente el *verfassungsbes-*

[40] Sentencia de la Corte Suprema dictada en causa rol n.° 14937-2013, citada en Navarro (2018), pp. 46-47.

[41] Gozaíni (2011), p. 229.

chwerde alemán[42]. En este sentido, cabe mencionar que la apertura de la legitimación se ha inclinado, por regla general, en entregar a una entidad estatal un deber de protección de intereses colectivos, más que la consagración de acciones populares propiamente tal. Así podemos apreciar, por ejemplo, con el caso del Procurador General de la República de países como El Salvador, o el Defensor Cívico o Defensor del Pueblo encontrado en Bolivia, España o Colombia, los que pueden intervenir de oficio (o a previa petición de ciudadanos) en ejercicio de los respectivos "recursos de protección" local (por lo general conocidos como "amparos directos" o "amparos" sin más)[43].

Ejemplo de ello es el art. 43 de la Constitución de Argentina (reformada profundamente en 1994), que reconoce una acción de amparo general de derechos fundamentales cuya legitimación activa no solo está limitada al individuo afectado, sino que, como expresa su inciso segundo:

> "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Algo similar ocurre con el "mandato de seguridad" ("mandato de segurança") de la Constitución de Brasil (art. 5° numerales LXIX y LXX), cuando, por regla general, confiere legitimación activa para su ejercicio a los partidos políticos, a los sindicatos y a toda organización respecto de los intereses de sus miembros.

La Constitución española de 1978 entregó la legitimación activa de su "amparo" de forma prioritaria a los individuos afectados, reconociendo una naturaleza ante todo subjetiva a la acción constitucional, en términos similares a los de la Carta Fundamental chilena. Sin embargo, la regla general posee dos grandes excepciones, puesto que el art. 162 de la Constitución Política de España entrega, de forma incondicional (o sea, procede siempre que se aprecie una posible violación de un derecho fundamental, no estando supeditada a la existencia de algún interés en especial), una legitimación activa especial tanto al Defensor del Pueblo como al Ministerio Fiscal, en consideración, según palabras de Miguel Sánchez Morón, a:

> "la trascendencia pública que tiene la defensa de la legalidad en esta materia como por el fin institucional que les corresponde cumplir según la

[42] Rolla (2013), pp. 139-159; Paillas (1997), pp. 49-69.
[43] Rolla (2013), p. 142.

> Norma Suprema: la defensa de los derechos fundamentales al Defensor del Pueblo y la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, al Ministerio Fiscal"[44].

La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (de 2009), sigue los ejemplos anteriores, realizando un reconocimiento general a la ampliación de la legitimación activa, tal como se aprecia en su art. 129, inciso primero, que asegura:

> "La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución, ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados".

De esta manera, la tendencia mayoritaria a avanzado en confiar en ciertas autoridades o agrupaciones sociales la legitimación para utilizar la acción de amparo (el recurso de protección, en Chile) en defensa de los derechos fundamentales cuya afectación pueda producir un daño colectivo de relevancia, independiente de que también implique un daño individual (pudiendo concurrir ambos). Sin embargo, cabe mencionar que, de forma excepcional, existen casos en los que la Constitución ha optado por reconocer ámbitos de protección bajo la lógica de acciones populares. Este es el caso del art. 88 de la Constitución de Colombia (de 1991), que amplía –a modo excepcional– la legitimación activa de su amparo (contemplado en el art. 86) para crear con ello un "amparo popular" que podrá deducir cualquier persona en defensa de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio cultural, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que definirá la ley. La Constitución de Brasil permite algo similar, al señalar en su art. 5°, numeral LXXIII, que cualquier ciudadano podrá deducir el "mandato de seguridad" para anular todo acto que atente contra el patrimonio histórico y cultural o el ambiente, en general.

Cabe mencionar, eso sí, que en Chile han existido intentos por superar la restricción que el interés individual impone a la legitimación activa del recurso de protección, siguiendo la influencia del derecho comparado. Dentro de estos esfuerzos, es útil recordar el trabajo realizado durante los años 2006-2007 por distintos académicos nacionales (liderados por Humberto Nogueira Alcalá y Francisco Zúñiga Urbina) a petición de la Comisión de Derechos Hu-

[44] Sánchez (1983), pp. 35-36.

manos de la Cámara de Diputados, dentro del marco de revisión del *Boletín legislativo* n.° 2809-07, dirigido a crear una ley general de acciones protectoras de derechos fundamentales (que no logró convertirse en ley de la república).

Esta propuesta legislativa, dentro de las distintas novedades procesales que proponía, incluía una revisión general de la legitimación activa de las acciones protectoras de derechos fundamentales (dentro de ellas, el recurso de protección), consagrando en el inciso primero de su art. 13 una regla de mayor amplitud que la actual, en la que se señalaba:

> "Se encuentran legitimados para interponer las acciones y recursos regulados en la presente ley, la persona afectada, de manera individual o en representación sectorial o colectiva, las organizaciones entre cuyas finalidades se incluya la defensa de los derechos que se pretendan tutelar con la demanda y las asociaciones no gubernamentales destinadas a los fines específicos por cuya protección se demande, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 113 referente a la acción de amparo económico".

3. Sobre la legitimación pasiva en el recurso de protección

1. La (des)regulación de la legitimación pasiva en el recurso de protección

Es una cuestión que, en la actualidad, no está regulada directamente por la Constitución, sino que su normativización está entregada, en la práctica, a normas jurídicas de rango inferior[45], tema no menor si consideramos que, en definitiva, la legitimación resulta consustancial al concepto mismo de acción, de forma tal que una no se concibe sin la otra, por cuanto de la legitimación depende poder ejercitar, con eficacia, una pretensión procesal determinada, relativa en este caso, a la tutela de los derechos fundamentales; máxime cuando, en la práctica, las cuestiones de legitimidad activa y pasiva en el recurso de protección, han sido consideradas por cierta parte de la jurisprudencia como presupuestos cuya ausencia motiva su rechazo en sede de admisibilidad[46], los cuales no son susceptibles de impugnación distinta a la simple reposición.

[45] Actualmente encontrada en el acta n.° 94-2015 de la Corte Suprema, que establece el texto refundido del auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, modificado por el auto acordado n.° 173 de 2018. Con anterioridad, rigieron Autos acordados dictados en 1992, 1998 y 2007.

[46] Parodi (2013), p. 323.

Esta situación, entre otros motivos, resulta explicable a partir del contexto histórico, social y político en que aparece en el ordenamiento jurídico chileno el recurso de protección, cuestión que, resulta conveniente tener en cuenta a propósito de la elaboración de una nueva Constitución, y en dicho mérito resolver si ha de mantenerse o no esta omisión en un nuevo texto fundamental[47].

En este sentido, viene al caso recordar que la Corte Suprema tuvo en 1976 una habilitación expresa del art. 21 del acta constitucional n.° 3 para regular, mediante un "auto acordado"[48], la tramitación del recurso de protección, lo que derivó en un primer auto acordado de fecha 29 de marzo de 1977. Con ello, tenemos un primer elemento a considerar en relación con la regulación infralegal de esta acción judicial, que, en su génesis histórica, tuvo una explicación concreta, dada por la habilitación expresa que se le confirió, mediante un acta constitucional, a la Corte Suprema.

Sin embargo, la Constitución de 1980 derogó el acta constitucional n.° 3, sin que mantuviese ninguna habilitación especial de esta índole, y sin que las facultades económicas de la Corte Suprema le confiriesen la atribución de regular derechos y garantías constitucionales. Con todo, la Corte Suprema siguió regulando la tramitación y fallo de esta acción constitucional, a través de su auto acordado, en una época en la que el Congreso Nacional solo tenía una existencia nominal en la Constitución. No obstante, una vez vuelto a sus funciones el Congreso Nacional, la Corte Suprema volvió a regular esta materia mediante un auto acordado de 1992, y así, con sucesivas modificaciones hasta la fecha, se ha mantenido esta situación.

Este contexto histórico singular permite, en parte, entender esta anomalía, ya que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, resulta claro que la norma convocada de acuerdo con las reglas constitucionales vigentes para la regulación del ejercicio de este derecho es la ley, la que, por lo demás, deberá respetar su contenido esencial[49]. Lo anterior, resulta a todas luces

[47] Hemos sostenido que el recurso de protección fue creado como instrumento de lucha política, específicamente, como una propuesta para robustecer el papel de los tribunales superiores de justicia frente a los poderes Legislativo y Ejecutivo, en especial este último, respecto de un momento determinado de la historia nacional. Sobre la influencia del contexto histórico en el recurso de protección, Bordalí (2006), p. 207 y Leturia (2018), p. 229.

[48] Los que pueden ser entendidos como "cuerpos de normas generales y abstractas, dictados generalmente por tribunales colegiados, con objeto de imponer medidas o impartir instrucciones dirigidas a velar por el más expedito y eficaz funcionamiento del servicio judicial". Definición entregada por María Pía Silva Gallinato, citada en Ansaldi (2014), pp. 34-35.

[49] En Chile es posible afirmar esto a partir del art. 63 n.° 20 de la Constitución Política, en virtud del cual solo son materias de ley: "toda norma general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico" y el art. 64, inciso segundo, del texto fundamental, que

insatisfecho en el actual ordenamiento vigente, donde la tramitación del recurso de protección, así como también del recurso de amparo o *habeas corpus*, viene dada, como se dijo, por un auto acordado de la Corte Suprema, cuestión que ya ha sido observada lo suficiente por la doctrina[50].

Así, es preciso reconocer como una cuestión a resolver en una nueva regulación constitucional, esta desregulación del texto actual, que termina siendo suplida por una norma de rango infralegal, de modo tal que la nueva normativa constitucional que pretenda adecuarse al principio de legalidad procesal[51] y los estándares del constitucionalismo democrático, debiese, además, consagrar una reserva de ley específica para la regulación de sus acciones protectoras de derechos fundamentales, estableciendo, al menos, límites básicos para la reglamentación legislativa del ejercicio de este derecho.

Dicho lo anterior, cabe señalar que, en materia de *legitimación pasiva* del recurso de protección, y ante la ausencia de una normativa suficiente en este sentido –ni de rango constitucional ni infralegal–, ha sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han desarrollado este tema.

En efecto, la única referencia a la legitimación pasiva en el auto acordado la encontramos en su art. 3°, en el sentido de indicar que:

> "la Corte de Apelaciones ordenará que informe, por la vía que estime más rápida y efectiva, la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal",

y que:

> "en los casos en que el recurrido sea un organismo público, bastará la notificación al jefe local del servicio o a su representante en el territorio jurisdiccional respectivo";

en el art. 4°, por el cual: "las personas, funcionarios u órganos del Estado afectados o recurridos, podrán hacerse parte en el recurso"; y en el art. 15, que regula la situación en que:

> "la persona, el funcionario o el representante o jefe del órgano del Estado, ya tenga éste la calidad de titular, interino, suplente o subrogante, o cualquiera otra, no evacuare los informes o no diere cumplimiento

impide delegar en el Presidente de la República la posibilidad de dictar decretos con fuerza de ley en "materias comprendidas en las garantías constitucionales". Esto es complementado por la regulación encontrada en los arts. 19 n.° 3 y 19 n° 26 de la Carta Fundamental.

[50] Ríos (1995), p. 457.

[51] En este sentido, Bordalí (2006), p. 207 y Nogueira (1999), p. 172.

a las diligencias, resoluciones y sentencias dentro de los plazos que la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema ordenaren".

Como vemos, no existe una regulación explícita en este sentido, como tampoco en el propio texto constitucional, cuyo art. 20 simplemente menciona que el recurso resulta procedente a favor de "el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos", puntualizando luego, y a propósito de la vulneración al derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, que este será procedente cuando el derecho "sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

3.2. *De la realidad de la legitimación pasiva del recurso de protección en Chile y posibilidades de mejora*

De lo expuesto, observamos de forma clara que la determinación de la legitimación pasiva, a pesar de constituir un presupuesto de la relación procesal consustancial a la idea misma de acción, es una materia que no se encuentra constitucionalmente regulada, al considerarla en términos genéricos absolutos, sin que tampoco el auto acordado de la Corte Suprema otorgue una mayor reglamentación en este sentido, razón por la cual su delimitación se ha desarrollado a partir de la doctrina y la jurisprudencia.

Esta situación, desde ya, importa un efecto restrictivo sobre la tutela de los derechos fundamentales, por cuanto entrega la determinación de una materia crucial para el sistema de garantías jurisdiccionales de estos derechos a fuentes normativas carentes del rango legal, contrariando así la reserva de ley y la obligación de no afectación del contenido esencial que rigen la regulación y limitación de los derechos fundamentales, así como del principio general de la certeza jurídica[52].

Dicho lo anterior, cabe consignar que, a partir de esta normativa, en términos generales, la doctrina ha entendido que la legitimación pasiva en el recurso de protección está constituida por aquel que haya lesionado o afectado el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, pudiendo el ofensor ser órganos del poder público, autoridades o agentes del Estado, instituciones o personas jurídicas de derecho privado o personas determinadas o determinables[53]. Esto, sencillamente porque ni la Constitución ni la norma infralegal regulatoria realizan distinción alguna[54].

[52] Nogueira (2005).
[53] Nogueira (2007).
[54] Palomo (2003).

Más en específico, y en relación con los órganos del poder público, hemos entendido también que pueden ser legitimados pasivos del recurso de protección; el gobierno o la Administración central, entendiendo dentro de ellos a los ministerios y demás servicios públicos; los órganos de gobierno interior, tales como intendentes y gobernadores; los órganos de la Administración descentralizada, como los gobiernos regionales, las municipalidades, las empresas estatales y las corporaciones de derecho público[55].

En el caso del Congreso Nacional, hemos señalado que pueden actuar como legitimados pasivos por sus actos, omisiones o normas que no sean preceptos legales, y que afecten derechos fundamentales, como serían, por ejemplo, los actos administrativos referentes a su personal o los actos de ejercicio de potestad judicial o jurisdiccional exclusiva, cuando afectan las normas del debido proceso, del derecho de defensa o contradicción[56].

La exclusión de los preceptos legales como objetos de recurso de protección, en este sentido, ha sido pacífica entendiendo que, para ese efecto, existe el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad[57]. No obstante, no dejan de ser atendibles las críticas efectuadas en orden a la estrecha legitimación activa que confiere el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o los requisitos de admisibilidad del requerimiento de inconstitucionalidad de preceptos legales[58], por lo que resulta imperativo, a este respecto, considerar tal situación al momento de abordar una reforma normativa de la legitimación pasiva de la impugnación, ya sea por recurso de protección o de inaplicabilidad, de los preceptos normativos que lesionen derechos fundamentales, sobre todo si consideramos que el eficaz control de constitucionalidad de la ley constituye una garantía normativa esencial para la vigencia de los derechos fundamentales.

Por otro lado, con relación a la legitimidad pasiva de los órganos judiciales, que sí ha sido un tema de mayor debate[59], la jurisprudencia ha señalado mayoritariamente que no pueden hacerse efectivas acciones de recurso de protección contra resoluciones judiciales, sino solo cuando afectan a terceros ajenos al proceso que no han participado ni tenido derecho a defensa dentro del procedimiento jurisdiccional o cuando se produce un perjuicio irremediable por otra vía procesal; lo que nos ha llevado a sostener, por parte de la doctrina, que el Tribunal Constitucional chileno debiera tener la potestad de revisar los fallos de los tribunales ordinarios de justicia cuando ellos

[55] Nogueira (2007).
[56] *Ibid*.
[57] Palomo (2003).
[58] González (2004), p. 113.
[59] Palomo (2003); Ried (2015), p. 290.

afectan derechos esenciales de las personas, para así evitar tener que recurrir a la justicia internacional[60], o que, derechamente, el recurso de protección debe resultar plenamente procedente contra resoluciones judiciales vulneradoras de derechos fundamentales[61].

La tesis mayoritaria en orden a la exclusión de la impugnación vía recurso de protección de las resoluciones judiciales de los tribunales de justicia, se fundamenta en diversos argumentos, entre los que destaca la idea de que admitir la legitimación pasiva de los tribunales y sus resoluciones judiciales implicaría transformar la acción judicial en un medio de impugnación ordinario, desgastando la acción constitucional de protección en escenarios que no le empecen y para los cuales no está, por regla general, llamada a participar. Sin embargo, un mirada distinta se encontraría en la limitación de las hipótesis de procedencia de dicha a aquellos casos de extraordinaria gravedad[62], donde el debate aborde, en efecto, cuestiones de constitucionalidad y no de mera legalidad procesal, como los ya señalados, especialmente cuando:

> "una resolución judicial es manifiestamente ilegal por exceder la atribución normativa que la habilita para actuar y que afecta con ello derechos de terceros", "la ilegalidad o arbitrariedad es manifiesta y las consecuencias que ella produce no se pueden superar por otros remedios procesales",

o "cuando conduzca a una denegación o dilación de justicia, o a un agravio irreparable", según indica una antigua jurisprudencia propia de la primera década de vigencia de la Constitución[63].

Sobre el particular, nos parece que la posición de esta jurisprudencia acierta, especialmente en cuanto apunta a mantener el recurso de protección para atender cuestiones que excedan la mera legalidad procesal y que el sistema de recursos contra las resoluciones judiciales no pueda resolver, manteniendo unas causales de excepción como aquellas que la misma jurisprudencia ha ido delimitando, y que se producen precisamente cuando el sistema recursivo no ofrece garantías suficientes o la persona afectada no ha sido parte en el proceso[64]. De esta manera, se permite un justo equi-

[60] Nogueira (2007).

[61] Véanse las citas a Eduardo Soto Kloss y Alex Carocca Pérez encontradas en Palomo (2003).

[62] *Ibid.*

[63] *Ibid.*

[64] Un ejemplo de este razonamiento puede verse en el comentario jurisprudencial encontrado en Banda (2004), p. 200. En la sentencia reseñada, el tribunal, acogiendo el recurso

librio entre la necesidad de mantener una acción constitucional de tutela de derechos fundamentales autónoma –y no subsidiaria, como ocurre en sistemas como el colombiano y el español– y circunscrita a debates propiamente vinculados con derechos constitucionales, mientras, al mismo tiempo, se reconoce la posibilidad de que los tribunales de justicia, en sus propias resoluciones, pueden lesionar estos derechos, y que en tales casos es del todo procedente recurrir de protección para el restablecimiento del imperio del derecho *iusfundamental*.

En este sentido, adquieren especial relevancia aquellos casos en que no existe un recurso judicial que permita un reexamen completo del juzgamiento del tribunal *a quo*, como sucede en los recursos de nulidad de tipo casacional en materia penal y laboral, cuya interpretación y aplicación restrictiva de sus posibilidades de reexamen del contenido fáctico de las resoluciones judiciales, contradiciendo de esta manera las exigencias que impone el derecho al recurso en orden a permitir un examen integral de la decisión recurrida[65]. En tales casos, por ejemplo, podría estimarse procedente el recurso de protección.

Sin embargo, en este punto volvemos a lo señalado en relación con la necesidad de que la regulación de un aspecto tan relevante para la eficacia de la labor de garantía jurisdiccional de derechos fundamentales que está llamada a cumplir el recurso de protección, se realice por la vía prevista constitucionalmente al efecto, esto es, la ley, dotando así a la tramitación de la acción judicial de las garantías de certeza jurídica que ella representa, recogiendo en buena parte las soluciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido estableciendo y que nos parecen correctas.

Por otra parte, y para continuar analizando la problemática de la legitimación pasiva del recurso de protección en Chile, constituye un acierto sostener su procedencia contra sujetos privados[66], tales como empresas, corporaciones, organizaciones privadas con o sin personalidad jurídica, como, asimismo, personas naturales. En derecho comparado, esta situación es similar a la del amparo venezolano, argentino y colombiano, cuyos ordenamientos constitucionales posibilitan la acción de amparo frente a particulares, a diferencia de, por ejemplo, el amparo mexicano o español, que por regla general solo procede contra entes públicos[67].

---

de protección, deja sin efecto un remate de inmueble realizado en el Juzgado de Letras en lo Civil (4°) de Osorno, en causa rol n.° 991-2001, retrotrayendo la causa al estado de ordenarse lo que en derecho corresponda según petición del demandante.

[65] Del Río (2012), p. 257.

[66] Soto (1982), p. 311.

[67] Nogueira (2007).

Por último, previo a concluir, resulta útil revisar brevemente algunas soluciones sobre el tema en estudio que se han dado en el derecho comparado. En Colombia, por ejemplo, el texto constitucional vigente regula la "acción de tutela" de la siguiente manera:

> "toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública",

para indicar luego, en su inciso final:,

> "la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión"[68],

dejando, de esta forma, establecido de forma clara que la legitimación pasiva de este recurso resulta procedente respecto de particulares, en los casos que señala. No obstante, y a pesar de la reserva legal expresa que contiene esta norma, de forma similar a lo que ocurre en Chile, la tramitación de la acción de tutela colombiana se encuentra regulada en el decreto n.° 2591 de 1991, donde se determinan aspectos como el objeto de la acción, la legitimación y las reglas de competencia.

Diferente es la situación en España, donde el recurso de protección ("amparo") se encuentra consagrado en el art. 53.2 de la Ley Fundamental española, señalando:

> "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional"[69],

cuya tramitación se encuentra regulada por una norma de rango legal, la Ley Orgánica Constitucional 2/79 del Tribunal Constitucional.

Sobre el tema que nos ocupa, la ley citada señala en su art. 41 n.° 2:

> "el recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que

[68] Art. 86 de la Constitución Política de Colombia.

[69] Art. 53.2 de la Constitución Política de España.

> se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes"[70].

De esta manera, la acción de amparo española procede en contra de cualquiera de los poderes públicos del Estado, sin distinción, sistema particularmente diverso al existente en Chile, y que se explica, entre otros motivos, por el carácter subsidiario de su acción de amparo y la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de estos recursos.

Por último, en Alemania, la acción constitucional protectora de derechos fundamentales, denominada "amparo constitucional" (*verfassungsbeschwerde*), se encuentra contemplada en la Ley Fundamental de Bonn, en sus arts. 93, apartado 1, números 4-a y 4-b, y 94, apartado 2, párrafo 2[71]. La regulación del amparo y su procedimiento queda encomendado a una ley federal ordinaria, que es la Ley de la Corte Constitucional Alemana. Sobre la base de tales normas, este recurso puede ser interpuesto por cualquiera que afirme encontrarse lesionado por el *poder público* en alguno de sus derechos fundamentales, siendo, por tanto, bastante similar a la regulación española ya mencionada.

De esta manera, nos parece que, analizando las diferencias entre las acciones protectoras de derechos fundamentales en Chile y las principales existentes en el derecho comparado, la principal deficiencia del recurso de protección chileno radica, más que en la regulación que ha tenido la legitimación pasiva de esta acción en el ámbito constitucional y legal, en la falta de ella, por cuanto esta desregulación, si bien ha significado aciertos como la legitimación pasiva no solo de autoridades, sino, también, particulares, o una adecuada selección de los casos en que los recursos contra resoluciones judiciales resultan procedentes, ciertamente constituye un serio problema que tales determinaciones se resuelvan en la jurisprudencia o en un auto acordado, y no en la ley, con la garantía de certeza jurídica y respeto al principio democrático que ella representa. Por tanto, nuestras conclusiones se orientarán en ese sentido.

IV. Algunas ideas a modo de conclusión

Así las cosas, de la breve exposición que se ha podido presentar en las líneas anteriores, podemos concluir que la legitimación de la acción de tutela di-

[70] Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional español.

[71] Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, arts. 93 y 94.

recta de derechos fundamentales es uno de los aspectos procesales de mayor importancia.

Por un lado, la legitimación en su faz activa tiene relación con la apertura del mecanismo de protección, respondiendo a la pregunta, ¿quién puede acudir al tribunal para solicitar una tutela jurídica en defensa de derechos fundamentales? En Chile, esta pregunta ha sido contestada sobre la base de una lógica de resguardo de intereses jurídicos o derechos subjetivos de preeminencia individual al momento de configurar la acción de tutela directa de derechos fundamentales (el recurso de protección), lo que se ha traducido en la consagración de un presupuesto de efectividad de la acción, la que cumplirá su labor no por estar frente a una vulneración a un derecho fundamental, sino porque dicha afectación está, además, vinculada a un sujeto determinado, que revestirá la calidad de "titular" del mismo.

Sin embargo, el derecho procesal constitucional moderno ha comenzado, poco a poco, a superar esta mirada individualista de la legitimación activa que caracteriza el recurso de protección chileno, para dar paso a una acción de protección directa que sea capaz de poner al centro de su atención exclusivamente al derecho fundamental, siendo fiel, por ende, a una mirada de estos como elementos estructuradores del Estado constitucional y democrático de derecho, sin olvidar, por ello, faz subjetiva.

En este sentido, el derecho comparado que hemos revisado nos ha dado un lineamiento dirigido a contemplar una legitimación activa individual complementada con legitimaciones destinadas a proteger intereses colectivos o difusos, habilitando a organismos estatales e, incluso, organizaciones civiles, para accionar en contra de la lesión de derechos fundamentales de sus miembros integrantes o de bienes jurídicos que en el caso concreto tengan una titularidad diluida, indeterminada o numerosa. Así, podremos ver casos en que se habilita a un *defensor del pueblo*, a un organismo de la administración pública o, aun, al persecutor fiscal para poder interponer estas acciones de amparo.

El debate constituyente nos debiera invitar a reflexionar sobre esta posibilidad, y discutir la necesidad de actualizar los presupuestos del recurso de protección para que aquel sirva para enfrentar los distintos desafíos que los cambios sociales, económicos y culturales ofrecen hoy. Así se intentó, por ejemplo, luego de la reforma constitucional del año 2005, donde un grupo de profesores de derecho presentaron un borrador de proyecto de ley dirigido a mejorar distintos aspectos procesales de las acciones constitucionales en general, dentro de los que se incluía una ampliación de la legitimación activa del recurso de protección. Como señala Andrés Bordalí,

> "se hace recomendable que se legitime activamente a un específico organismo público para deducir la demanda de protección o Habeas

> Corpus. Sólo de esta manera, todo el Estado chileno se vería imbricado en una protección eficaz de los derechos fundamentales"[72].

Por otro lado, y en relación con la legitimación pasiva del recurso de protección, nos parece que su principal problema es, precisamente, la falta de regulación, por cuanto, a la pregunta de, ¿contra quién puede interponerse esta acción protectora de derechos fundamentales?, ni la Constitución ni la ley nada dicen, y los tribunales de justicia responden de forma diversa en cada caso, aun cuando las doctrinas mayoritarias se estimen satisfactorias..

En efecto, si el papel fundamental del recurso de protección es ser una garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales que permita la mayor eficacia posible de estos en el seno de una sociedad democrática, resulta evidente el despropósito de que un elemento tan esencial, como es la determinación de su legitimación pasiva, se realice sin respetar las garantías normativas de estos mismos derechos fundamentales que implican la reserva de ley y el respeto de su contenido esencial. Desde allí en adelante, cualquier solución que se pretenda, adolecerá de este grave problema. Por tanto, consideramos que esta desregulación debe, primero, resolverse en sus elementos fundamentales en la propia Constitución, para luego ser desarrollada por la vía legislativa, sin que quede espacio para regulaciones infralegales ni para los vaivenes de la jurisprudencia.

En este sentido, bien podrían mantenerse las soluciones otorgadas por la jurisprudencia hasta ahora, como el reconocimiento de la legitimación pasiva de autoridades y particulares, y el establecimiento de unas causales específicas para la procedencia de la acción de protección contra resoluciones judiciales. Sobre el particular, creemos que la posición de la jurisprudencia y la doctrina revisada acierta respecto de su procedencia contra resoluciones judiciales, especialmente en cuanto a mantener el recurso de protección para atender cuestiones que excedan la mera legalidad procesal y que el sistema de recursos contra las judiciales no pueda resolver, por cuanto así se permite un justo equilibrio entre la necesidad de mantener una acción constitucional de tutela de derechos fundamentales autónoma –y no subsidiaria, como ocurre en sistemas comparados que admiten como legitimados pasivos a los tribunales en términos generales– y circunscrita a debates propiamente vinculados con derechos fundamentales.

Diverso es lo que sucede con la exclusión de los preceptos legales del ámbito de procedencia del recurso de protección, que solo consideramos adecuado en caso de que no exista una legitimación popular para impugnar preceptos normativos que lesionen derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional, considerando, una vez más, que el eficaz control de constitu-

[72] Bordalí (2002), p. 172.

cionalidad de la ley importa una garantía normativa esencial para la vigencia de los derechos fundamentales, cosa que, en Chile, puede ser lograda por la vía del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y del requerimiento de inconstitucionalidad.

V. Bibliografía

Almonacid Faúndez, Francisco (2020). "Algunas propuestas para el rediseño de la acción constitucional de protección", en Fernando Muñoz León y Viviana Ponce de León Solís (coords.), *Conceptos para una nueva Constitución*. Santiago: DER Ediciones.

Ansaldi Baltazar, Octavio (2014). *Autos acordados y su ámbito regulatorio*. Santiago: Librotecnia.

Banda Vergara, Alfonso (2004): "Sentencia en recurso de protección contra resoluciones judiciales (Corte de Apelaciones de Valdivia)". *Revista de Derecho*, vol. xvi. Valdivia.

Bordalí Salamanca, Andrés (2002). *Temas de derecho procesal constitucional*. Santiago: Editorial Fallos del Mes.

Bordalí Salamanca, Andrés (2006). "El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica", en *Revista de Derecho*, vol. xix, n.° 2. Valdivia.

Briseño Sierra, Humberto (1970). *Derecho procesal*. Ciudad de México: Cárdenas Editor, tomo iv.

Cappelletti, Mauro (2010). *La jurisdicción constitucional de la libertad*. Lima: Palestra.

Cortez Matcovich, Gonzalo y Diego Palomo Vélez (2018). *Proceso civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*. Santiago: Chile, Thomson Reuters.

Cossío Díaz, José Ramón (2007). "Las partes en las controversias constitucionales". *Cuestiones Constitucionales*, n.° 16. México D.F.

Del Río Ferretti, Carlos (2012). "Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal". *Estudios Constitucionales*, vol. 10, n.° 1. Talca.

Ferrajoli, Luigi (2013). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, tomo i.

González Vergara, Paulina (2004). "Acción popular de inconstitucionalidad y democracia". *Revista de Derecho*, vol. 11, n.° 2.Coquimbo.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2011). *Tratado de derecho procesal constitucional*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, tomo i.

Henríquez Viñas, Miriam (2019). *Acción de protección*. Santiago: DER Ediciones.

Hunter Ampuero, Iván (2010). "El principio dispositivo y los poderes del juez". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xxxv. Valparaíso.

Leturia Infante, Francisco Javier (2018). "Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿Es necesaria una duplicidad de instituciones? Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales". *Estudios Constitucionales*, vol. 16, n°. 1. Talca.

Marinoni, Luiz Guilherme, Álvaro Pérez Ragone y Raúl Núñez Ojeda (2010). *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. Santiago: LexisNexis.

Montero Aroca, Juan (2007). *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Editorial Bosch.

Navarro Beltrán, Enrique (2018). *Las acciones constitucionales económicas ante los Tribunales de Justicia*, Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae.

Nogueira Alcalá, Humberto (1999): "El recurso de protección en Chile". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.° 3. Madrid.

Nogueira Alcalá, Humberto (2000). "El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: evolución y perspectiva", en Humberto Nogueira Alcalá (coord.). *Acciones constitucionales de amparo y protección: Realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Talca: Editorial Universidad de Talca.

Nogueira Alcalá, Humberto (2005). "Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales". *Ius et Praxis*, vol. 11, n.° 2. Talca.

Nogueira Alcalá, Humberto (2007). "El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano". *Ius et Praxis*, vol. 13, n.°1. Talca.

Nogueira Alcalá, Humberto (2018): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. 5ª ed. actualizada. Santiago: Librotecnia, tomo I.

Ortells Ramos, Manuel (2019). *Derecho procesal civil*. 18ª ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Paillas Peña, Enrique (1997). *El recurso de protección ante el derecho comparado*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Palomo Vélez, Diego (2003). "Violaciones de derechos fundamentales por los Tribunales de Justicia: recurso de protección y de amparo español. Un análisis comparado". *Ius et Praxis*, vol. 9, n.° 2. Talca.

Palomo Vélez, Diego (2008). "Recurso de protección en Chile: luces, sombras y aspectos que requieren cambios", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.). *La ciencia del derecho procesal. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Ciudad de México: Marcial Pons, tomo VII.

Paredes Paredes, Felipe (2014). *La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales*. Santiago: Thomson Reuters.

Parodi Tabak, Alejandro (2013). "Corte Suprema y admisibilidad del recurso de protección". *Sentencias Destacadas 2012*. Santiago: Libertad y Desarrollo.

Pereira Anabalón, Hugo (1963). "Introducción al estudio del proceso civil (primera parte)". *Revista de Derecho Público*, n.°1. Santiago.

Pfeffer Urquiaga, Emilio (2000): "Naturaleza, características y fines del recurso de protección", en Humberto Nogueira Alcalá (coord.). *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Talca: Editorial Universidad de Talca.

Pica Flores, Rodrigo (2010). "La problemática de las partes y el contenido de la legitimación activa en la cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley". *Revista de Derecho*, vol. 17, n.° 2. Coquimbo.

Pinochet Cantwell, Francisco José (2020). *El recurso de protección. Estudio profundizado.* 2ª ed. actualizada. Santiago: Editorial El Jurista.

Ried Undurraga, Ignacio (2015). "El recurso de protección como control de constitucionalidad de las resoluciones y sentencias civiles, en respuesta a la ineficacia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad". *Estudios Constitucionales*, vol. 13, n.° 1. Talca.

Ríos Álvarez, Lautaro (1995). "El recurso de protección y sus innovaciones procesales". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20. Santiago.

Ríos Álvarez, Lautaro (2000). "Delimitación del recurso de protección frente a otras acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales", en Humberto Nogueira Alcalá (coord.). *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Talca: Editorial Universidad de Talca.

Rodríguez Josse, Cristián (2019). *Teoría general de la legitimación en el proceso civil*. Santiago: Editorial Hammurabi.

Rolla, Giancarlo (2013). *La tutela de los derechos constitucionales. Los recursos directos en el derecho comparado.* Ciudad de México: Editorial Porrúa.

Romero Seguel, Alejandro (2014). *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos*. 2ª ed. actualizada. Santiago: Thomson Reuters, tomo I.

Sánchez Morón, Miguel (1983): "La legitimación activa en los procesos constitucionales" *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 3, n.° 9.

Soto Kloss, Eduardo (1982). *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Soto Kloss, Eduardo (2010): "1976-1986, diez años de recurso de protección. Una revolución silenciosa", en Raúl Tavolari Oliveros (coord.). *Doctrinas esenciales. Derecho constitucional*. Santiago: Thomson Reuters Puntolex-Editorial Jurídica de Chile.

Verdugo Johnston, Pamela (1988). *El recurso de protección en la jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica Ediar-ConoSur.

Véscovi, Enrique (1984). *Teoría general del proceso:* Bogotá: Editorial Temis.

Villalobos Indo, Senda (2011). "Legitimación activa y reforma procesal civil: una oportunidad". *Revista de Estudios de la Justicia*, n.° 14. Santiago.

¡FUE OBRA DE "EL TRAUCO"! PARTIDOS POLÍTICOS, MAYORÍAS Y MALAS PRÁCTICAS CONSTITUCIONALES EN CHILE Y EL MUNDO

"EL TRAUCO" DID IT! POLITICAL PARTIES, MAJORITIES AND CONSTITUTIONAL BAD PRACTICES IN CHILE AND THE WORLD

Alejandro Lagos Torres[*]

Resumen: Se analiza la relación que actualmente se observa entre el comportamiento de los partidos políticos y la formación y expresión de las mayorías ciudadanas en Chile y el mundo, para determinar si en realidad se está viviendo una grave crisis institucional o solo se trata de malas prácticas que dañan la institucionalidad.

Palabras claves: Partidos políticos, mayorías, malas prácticas, crisis, desafíos.

Abstract: The relationship that is currently observed between the behavior of political parties and the formation and expression of the majority of citizens in Chile and the world is analyzed to determine if we are really experiencing a serious institutional crisis or it is only bad practices that damage the institutions.

Keywords: Political parties, majorities, bad practices, crisis, challenges.

[*] Abogado. Profesor de Derecho Constitucional Universidad del Desarrollo sede Concepción, Magíster en Derecho de la Empresa mención Derecho Tributario, Universidad del Desarrollo, Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas Universidad de Salamanca (España). Correo electrónico: af.lagos@udd.cl.

I. Introducción

En la rica mitología de nuestra isla de Chiloé, junto al Camahueto, la Pincoya o el Caleuche, existe otro popular personaje a quien se le suelen atribuir los "embarazos milagrosos", aquellos producidos sin que se sepa quién es el padre de la criatura que va a nacer. Se trata de "el Trauco". Y al responsabilizarlo de dichos eventos, se buscaba en la tradicional sociedad chilota proteger la deshonra de las futuras madres, al tiempo que se advertía así a las jóvenes para que se cuidaran. Se le suele describir como un ogro de baja estatura y con muñones en vez de pies, que se pasea por los bosques de Chiloé. Nadie lo ha visto y, sin embargo, se le atribuyen dichas concepciones.

De la misma manera, vivimos en nuestros días una generalizada actitud de culpar de las situaciones incómodas que afectan a las personas a una pluralidad de causales que tienen en común tratarse de cosas abstractas de difícil caracterización y, por lo mismo, imposibles de combatir. Considérese por ejemplo, el culpar de todos los males de la sociedad actual al "modelo neoliberal"[1], aunque la historia parece indicar que el *peak* neoliberal se produjo entre los gobiernos de Eduardo Frei Ruiz-Tagle y de Ricardo Lagos Escobar, esto es, ¡veinte años atrás!, entre 1994 y 2006, época en que ocurrieron las grandes privatizaciones de empresas estatales y de servicios públicos asociados a monopolios naturales, comenzaron las concesiones para la construcción de obras públicas, se firmaron muchos tratados de libre comercio y, en materia previsional, se implementó el "multifondo" y el traspaso de la pérdida al cotizante, entre otras muchas grandes transformaciones, varios años después de la entrada en vigencia la Carta de 1980 (1981) y de haber retornado la democracia (1990). Por el contrario, a partir de 2006 observamos en Chile más regulación a la economía, más políticas públicas basadas en mayor solidaridad, y sucesivas alzas de impuestos, un fuerte proceso de "desneoliberalización", es decir, el modelo neoliberal puro y duro, ¡no existe!, sin embargo, al igual que el Trauco, se le culpa de múltiples situaciones que parecen incómodas.

Y si aún persistiese alguna duda al respecto, considérese la reciente reforma constitucional que inserta un nuevo inciso 2° al art. 109 de la Constitución, contra la regla general de que el Banco Central no podrá adquirir documentos emitidos por el Estado, sus organismos o empresas, señalando:

> "en situaciones excepcionales y transitorias, en las que así lo requiera la preservación del normal funcionamiento de los pagos internos y externos, el Banco Central podrá comprar durante un período determinado y vender, en el mercado secundario abierto, instrumentos de deuda

[1] Lagos (2020).

> emitidos por el Fisco, de conformidad a lo establecido en su ley orgánica constitucional"[2, 3],

es decir, se introduce definitivamente a la Carta chilena una norma que facilita mayor discrecionalidad fiscal, esto es el "neokeynesianismo", concepción contraria a procurar un mercado libre de fallos.

Se habla hoy de una crisis institucional que en apariencia está viviendo Chile, en especial desde los hechos de octubre de 2019. Nótese que decimos "crisis institucional" con un sentido mucho más amplio que crisis de gobierno o crisis de régimen, pues queremos así representar una ya dilatada crisis de confianza de la ciudadanía respecto de diversas instituciones, como los poderes del Estado, los partidos políticos, las iglesias o las Fuerzas Armadas. ¿Qué hay detrás de esta crisis de confianza a las instituciones y cuál es su origen? ¿Será en realidad obra de un "Trauco"? Centremos estas reflexiones específicamente en la forma en que dialogan hoy en Chile las mayorías de todo tipo con los partidos políticos, tratando de dilucidar la naturaleza del fenómeno que vive nuestro país.

Es un hecho que la gran mayoría de las personas no se siente conforme con el desempeño de la democracia representativa, y así lo demuestra la baja participación y el desinterés por la actividad política que en general observamos en el mundo. Esto llama la atención, pues hace treinta años, al caer el Muro de Berlín y el bloque oriental, pareció que amplios sectores, tanto académicos como de la opinión pública, reconocían que la democracia representativa se imponía en el mundo como el sistema de gobierno ideal. Se dijo, incluso, que era el "fin de la historia". Sin embargo, si bien en general se reconoce que la democracia es la forma más civilizada de convivir en sociedad, también podríamos afirmar que para amplios sectores la democracia como sistema de gobierno es aceptada, pero ya no convence como antes, y pareciera que este descontento se centra en el papel que representan los partidos políticos. La importancia de estos es fundamental, y radica en que son condición necesaria y suficiente para la existencia de todo régimen democrático[4], al punto que resulta inconcebible una democracia sin la participación de estas instituciones. Se trata de organismos indispensables para el buen funcionamiento de la democracia representativa moderna, y que son inevitables para que un país libre tenga un gobierno auténticamente representativo[5].

[2] Ley n.º 21253 de 20 de agosto de 2020.

[3] La diferencia entre mercado primario y secundario es que en el primero se emiten los activos financieros y en el segundo se negocian e intercambian los activos financieros ya emitidos.

[4] Martínez (1996), p. 23.

[5] Montero y Gunther (2007), p. 17.

Pero desde la perspectiva inversa, no puede perderse de vista que los partidos políticos solo se entienden insertos en la sociedad civil[6], por lo cual resulta indispensable para una democracia sana el permanente contacto que deben tener los partidos políticos con la sociedad dentro de la cual existen, pues su objetivo primordial es, precisamente, ser los canalizadores de las inquietudes sociales frente al gobierno y a las políticas públicas. Así nos señala Giovanni Sartori[7] que los partidos políticos son el instrumento por antonomasia de la agregación y la transmisión de las demandas expresadas por la sociedad al Estado. Esto es importante, pues solo habrá democracia representativa en la medida en que la política y el sistema de partidos esté en efecto inserto en el marco de una "sociedad libre", la cual define Giovanni Sartori como aquella que es capaz de autorregularse,[8] de manera tal que ella misma puede elegir y establecer frenos al ejercicio del poder. Y es en este contexto que resulta en extremo preocupante la pérdida de protagonismo que están experimentando los partidos políticos, así como la aparente incapacidad de las instituciones constitucionales para resolver problemas sociales contemporáneos, lo cual lleva, a la larga, a que la gente se desencante con la democracia o, al menos, que la acepte, pero ya sin el entusiasmo de antaño. Por esta razón afirma Juan Linz[9] que criticar a los partidos políticos es implícitamente criticar también a la democracia representativa misma. Y no es menos relevante el fenómeno de la personalización de la opción electoral,[10] es decir, que el elector tiende a votar por la persona, no por partidos políticos, al tiempo que el voto ahora depende más de las percepciones que se tengan sobre lo que está en juego en cada elección, que de características socioeconómicas y culturales[11, 12].

Todo lo anterior nos lleva a interrogarnos si lo correcto sería indagar qué es lo que las personas comunes entienden por "democracia", encontrándonos con autores que señalan que dicho concepto posee contornos ambi-

[6] Martínez (1996), p. 115.

[7] Sartori (1999), p. 311.

[8] *Op. cit.*, p. 309 y s.

[9] Linz (2007), p. 288.

[10] Manin (2016), p. 267.

[11] *Op. cit.*, p. 271.

[12] Esto explica, por ejemplo, el espectacular crecimiento de Vox en España, partido de extrema derecha que en diciembre de 2018 logró en Andalucía, tradicional bastión socialista, entrar por primera vez a un parlamento autonómico con doce de los ciento nuevr diputados andaluces, teniendo como eje de campaña la inmigración, y así, pese a que el Partido Popular volvió a caer como en la elección anterior, consiguió pactar con Ciudadanos y Vox para acceder también por primera vez al gobierno andaluz, desbancando al PSOE que gobernaba desde el retorno a la democracia en 1976.

guos cuando no se le vincula al simple hecho de votar, lo cual lleva a que no todos por "democracia" entiendan lo mismo, situación que se complica aún más por el comportamiento impreciso de las mayorías, por ser cambiantes y volátiles[13, 14]. Y a propósito de dicha volatilidad, no puede dejar de advertirse que la gente, además, está muy intolerante, en gran medida por el vertiginoso ritmo de la vida contemporánea, unido al sentimiento de que todo es desechable, pero que, a la vez, las personas parecen funcionar más sobre la base de sus expectativas que a sus logros concretos[15, 16]. En definitiva, el ser humano contemporáneo parece actuar más que nunca en función de sus emociones, las cuales peligrosamente parecen estar gobernando por sobre la razón.

Advertimos en la actualidad un verdadero desconcierto ideológico, producto de los brutales efectos de una globalización sin reformas institucionales ni proyectos alternativos, lo cual lleva a que los programas electorales escapen de la capacidad de gestión de los representantes[17], con las lógicas consecuencias de pérdida de credibilidad y de confianza del electorado en las instituciones y en el sistema político. Con razón suele afirmarse que "la humanidad tiene emociones del paleolítico, instituciones medievales, y tecnología propia de un dios"[18], fatal combinación que contribuye a exaltar sentimientos de desconcierto y frustración.

Junto con lo anterior debemos considerar la existencia o no de un supuesto "interés general", un concepto en absoluto abstracto que por lo mismo es difícil de caracterizar y comprender, y que nada tiene que ver con la noción de "bien común" (el bien de todos y cada uno)[19]. Por esta razón señala Andrea Greppi que el verdadero poder soberano está oculto[20], al tiempo que el sistema político y democrático se estructura sobre la base de una serie de ficciones, por ejemplo, la supuesta existencia de una "voluntad general"[21], que es muy fácil constatar que no existe por ser una ficción, y así ha sido demostrado matemáticamente como veremos más adelante. Sin embargo, no

[13] Andino (2017), p. 163.

[14] Mair (2019), p. 46 y ss.

[15] Peña (2020), p. 78 y ss.

[16] Consideremos al respecto el fenómeno conocido como la Ley de Wagner, según la cual mientras más se desarrolla económicamente un país, mayores son las presiones por parte de la sociedad en favor de un aumento del gasto público.

[17] González (2004), p. 41 y ss.

[18] Se atribuye esta frase al destacado entomólogo y biólogo estadounidense Edward Osborne Wilson.

[19] Lagos (2020).

[20] Greppi (2007), p. 147.

[21] *Op. cit.*, p. 151.

debemos perder de vista que la decisión legítima no es la voluntad de todos, sino la que resulta de la deliberación de todos[22], el denominado "principio de autonomía", como tampoco debe olvidarse que el "yo" es parte de la colectividad[23], lo cual implica que el sujeto debe ser consciente de que, por ser parte de la colectividad, es titular tanto de derechos como de deberes.

¿Qué nos está pasando? ¿Cómo se configuran, entonces, realmente las mayorías? ¿Y cómo dialogan hoy las mayorías con los partidos políticos? ¿Está en realidad colapsando la institucionalidad? ¿Cómo superar esta aparente crisis? Para responder estas interrogantes, haremos un breve estudio a los partidos políticos y su relación con la forma en que institucionalmente se manifiestan las mayorías. Se trata de analizar estos problemas sobre la base de fenómenos actuales que observamos en nuestro país y en el mundo, sin nombres, sin etiquetas, sin sesgos, en abstracto, fijándonos para ello en especial en algunas prácticas de dudosa constitucionalidad que corroen la capacidad de respuesta de las instituciones a las demandas sociales.

II. Los partidos políticos en el contexto actual

Comencemos por estudiar a la que hemos definido como institución clave para el funcionamiento de la democracia representativa: el partido político. Es un hecho que no están entre las instituciones más valoradas por las personas, y que, por el contrario, son una de las instituciones en las que menos confía la gente. Ya nos hacía notar Juan Linz que frases como "todos los partidos políticos son lo mismo" bien sintetizan la apatía que el ciudadano común siente frente a estas instituciones[24]. Este sentimiento de desconfianza y de que no responden a las expectativas de las personas no es nueva, y ha estado presente en el pensamiento colectivo desde antes de que comenzara su estudio científico, incluso desde antes de la Revolución francesa.

Esta percepción ha sido bien estudiada por los politólogos, llegándose a establecer que, en general, existen dos tipos de "sentimiento antipartidista", donde no son ambos necesariamente malos para la institucionalidad democrática[25]. En primer lugar existiría un sentimiento antipartidista "reactivo", el cual sobre todo manifiesta la frustración de la ciudadanía frente al actuar de los políticos en relación con los temas que son de interés para el elector. Este comportamiento reactivo no es en sí malo para la existencia

[22] Held (1997), p. 179.
[23] *Op. cit.*, p. 193.
[24] Linz (2007), p. 284.
[25] Montero y Gunther (2007), p. 43 y s.

ni para la calidad de la democracia, y se manifiesta, por ejemplo, en el votar contra el partido político que está en el gobierno. Por el contrario, existiría un sentimiento antipartidista "cultural", el cual depende de factores propios de cada sociedad en un momento determinado y, por consiguiente, se trata de un sentimiento antipartidista más estable que el de tipo reactivo, y que esconde derechamente un deseo de marginación del elector de todo tipo de actividad política. Esta segunda actitud sí puede ser perjudicial para la existencia y la calidad de la democracia. ¿Cómo interpretar estos sentimientos antipartidistas, si ya hemos aceptado que son fundamentales para la democracia representativa?

El problema planteado se hace patente al momento de intentar determinar qué es lo que representan, o mejor aún, qué es lo que el electorado espera que estas instituciones deben representar. Nos hace notar Juan Linz que esta disyuntiva puede sintetizarse en la siguiente dicotomía: están llamados a representar segmentos específicos de interés versus la creencia en la existencia de una supuesta voluntad general[26]. Existen como expresión de sentimientos y valores específicos, como podrían ser ecologistas, animalistas, feministas, o minorías diversas, además de ser expresión del clásico binomio político izquierda/derecha. En consecuencia, resulta imposible que un partido político no se encasille dentro de un determinado segmento de opinión, aun cuando persiga un abstracto interés "general" del electorado. Pero desde una perspectiva inversa, es también un hecho generalizado que la gente está terriblemente intolerante, quiere resultados inmediatos, y la tolerancia al fracaso casi no existe. La situación antes descrita tiene como consecuencia la fuerte tendencia a asumir que la opinión propia es "la general", y que los demás miembros de la sociedad que piensan diferente son los verdaderos intolerantes. Es una actitud de victimización frente a frustraciones e ideales insatisfechos.

Este comportamiento facilita la proliferación de los "movimientos" como agrupaciones alternativas a los partidos políticos, aunque tampoco son un fenómeno nuevo. Lo que hace diferente al movimiento respecto del partido político es que el primero persigue fines específicos sin limitación alguna y, por consiguiente, no tiene la carga de tener que conciliar intereses diversos. Por el contrario, como el fin último de los partidos es obtener el control del poder, tienen la carga de convencer a los electores para que les den su voto, con lo cual deben conquistar una base electoral que excede con creces al grupo constituido por la totalidad de sus militantes, razón por la cual se ven en la necesidad e, incluso, la obligación de ser más pragmáticos

[26] Linz (2007), p. 285.

que los movimientos, pues en caso de adoptar un modo de conducta enfocado exclusivamente en sus fines programáticos, ignorando al electorado, están condenados al fracaso en su intento por acceder al poder.

Lo dicho nos lleva a analizar otra frecuente afirmación del ciudadano común como rechazo a los partidos políticos, que cosiste en decir que "los partidos políticos solo buscan votos". Ya dijimos que, en el marco de las reglas de la democracia representativa, efectivamente deben salir a "conquistar" votos, ya que no lograrán alcanzar el poder solo persiguiendo objetivos de segmentos específicos de la población. Por esta razón decimos que criticar que solo buscan votos es implícitamente criticar a la democracia representativa misma, pues como ya hemos dicho, es la democracia representativa la que los obliga a no encerrarse en ideas de segmentos de la ciudadanía y, por consiguiente, a ser más pragmáticos[27].

¿Cómo explicamos este sentimiento de falta de representatividad que de manera clara se entrelaza con funciones esenciales de los partidos políticos? Creemos que efectivamente la democracia representativa está cuestionada en parte porque algunas de sus funciones clásicas han desaparecido, por ejemplo, la socialización, esto es, el bajar al nivel del ciudadano común. Solo así podemos explicar que las personas se dispongan a competir por fuera de los partidos. Y, a su vez, también ha fallado el reclutamiento, es decir, llamar al gobierno a gente que no es militante de partidos, los comúnmente llamados tecnócratas. En gran medida podemos explicar estas conductas como consecuencias de otros grandes fenómenos provocados por la revolución tecnológica que estamos experimentando y, en especial, el fenómeno de las redes sociales.

La revolución tecnológica cubrió todo el mundo en un lapso breve, fue viral, abarcando solo unos quince a veinte años. Los celulares permiten llevar y enviar información desde el bolsillo, hay aplicaciones para todo, que indudablemente influyen en la toma de decisiones. Nótense también los cambios en las identidades, como consecuencia del contacto "virtual", es decir, la gran disponibilidad de información al alcance de la mano, en contraposición a la realidad de antaño, en que se acudía a las sedes de los partidos, los mitines, y cada partido solía tener medios de comunicación oficiales, todas estas instancias de interacción física difíciles de intervenir, y que como ya no existen, decimos que su ausencia contribuye a la formación de una sociedad menos sólida en cuanto a sus convicciones, con una identidad más líquida y, en consecuencia, los partidos políticos se ven obligados a volverse más "atrapalotodo" que antes[28]. Esta falta de identidad influye también en

[27] Linz (2007), p. 288.
[28] Mair (2019), p. 71.

la dificultad de construir confianzas, por ejemplo, se cambia de creencias, de trabajo, de pareja, de ideas, sin más, en contraposición a la época en que se asumía que el partido no se equivoca, por lo cual se razonaba bajo la lógica de que si se decidió tal cosa, por algo será. En gran medida esta crisis de confianza e identidad lleva a los electores a votar por personas y no por partidos.

Y no podemos dejar de añadir un conjunto de malas prácticas en que incurren los partidos políticos ante los ojos de las personas. Decimos que una de sus funciones propias es el reclutamiento de personas que trabajen en la consecución de sus fines, el que puede referirse tanto a la captación de nuevos militantes como a la contratación de profesionales o expertos para que trabajen en determinadas áreas técnicas de su interés y, en especial, en puestos claves o como asesores una vez que han alcanzado el poder. Hasta aquí no se visualiza nada malo. El problema es que en la práctica terminan siendo verdaderas agencias de trabajo, en que reparten empleos entre sus militantes o personas simpatizantes, al tiempo que se fomenta el clientelismo, y el que haya ciudadanos corrientes dispuestos a cambiar de afiliación política con tal de conseguir un empleo. El rechazo a estas conductas se manifiesta en el sentimiento generalizado de que la contratación se resuelve por lo político.

Otra conducta censurable por la ciudadanía son los fraudes a las medidas tendientes a limitar el número de reelecciones o a las cuotas por género, sean o no para cargos de elección popular. En estos casos, o se producen verdaderas rotaciones de militantes en los cargos para cumplir el límite de reelecciones o, bien, en el caso de las cuotas de género, se confeccionen las listas de candidatos calculando que saldrá electa una persona determinada por el partido, mientras que el resto de la lista se completa respetando la cuota asignada, pero con personas que objetivamente no tienen opción alguna de resultar elegidas. En uno u otro caso, ciertamente podríamos afirmar que los partidos políticos se las ingenian para hacer un fraude al sistema. Y con frecuencia también se han hecho denuncias que cuando logran llegar al poder, se comportan como si se tratara de haber capturado un botín, es decir, se lanzan a "estrujar al Estado", tratando de sacar el mayor provecho posible para sus fines partidistas.

Llegamos, entonces, al fenómeno de la "antipolítica", esto es, el rechazo a las formas de organización del sistema político, la impugnación a los dirigentes, la crítica a los partidos que están en la cima y el fuerte cuestionamiento a las formas en que transcurre la vida política. Si bien puede considerarse que es un medio para hacer que los partidos políticos tradicionales, que no lo están haciendo bien, reaccionen, se trata en contrapartida de un medio para desmontar las instituciones, materializado en la forma de un relato en el que se instruye a los ciudadanos sobre que los malos están en el gobierno y los buenos son la ciudadanía, se demoniza al mercado y se niegan las ideologías.

Esto último puede ser muy interesante de analizar por lo peligroso y contra intuitivo, puesto que, si bien las ideologías polarizan el debate, tienen la virtud de permitir adoptar posiciones determinadas que faciliten el entendimiento y la toma de decisiones, en cambio, cuando no hay ideologías las ideas se licúan, con lo cual se vuelve más fácil que la gente se abanderice con cualquier cosa[29], fenómeno en el cual representan un papel fundamental las redes sociales. Y así con la antipolítica surgen los líderes mesiánicos, quienes llegan al poder bajo la forma de caudillos que atacan por igual a izquierda y derecha, y que con facilidad derivan en el populismo. Nótese que el fenómeno de la antipolítica ocurre cuando el sistema institucional aún es funcional, y esto es exactamente lo que ocurrió en Venezuela en 1999 con la llegada de Hugo Chávez al poder.

Cabe, entonces, preguntarse: ¿Están en crisis los partidos políticos? ¿Es acaso esta supuesta crisis el origen de una fatiga institucional generalizada? ¿Qué papel representa al respecto la Constitución? Para intentar responder estas interrogantes, en los apartados siguientes estudiaremos qué son y cómo se comportan "las mayorías" entendidas como fenómeno abstracto, su desempeño y sus relaciones con otros fenómenos asociados, pero siempre teniendo presente la realidad chilena.

III. Las mayorías

Una típica definición de diccionario nos dirá que es mayoría la parte de un conjunto o grupo que representa el porcentaje mayor o más grande de todo el conjunto o grupo, o el grupo de votos del mismo signo que constituye el porcentaje mayor de los emitidos en una votación. La vida en sociedad obliga a que el conjunto de miembros adopten periódicamente ciertas decisiones, y ante la imposibilidad de lograr acuerdos unánimes entre la gran cantidad de personas que forman el cuerpo social, es necesario establecer normas que posibiliten esas decisiones, aminorando los costos de transacción generados en el proceso.

¿Cómo sabemos lo que la sociedad quiere? Una primera posibilidad sería apelar a la racionalidad absoluta, es decir, asumir que la gente sabe lo que quiere, solo persigue el interés propio, busca la eficiencia, no le gusta el despilfarro y sabe que todo tiene un costo de oportunidad. Es el *homo oeconomicus* sobre el cual descansa la economía neoclásica[30]. Pero comprendemos

[29] Mair (2019), p. 61 y ss.

[30] Esta representación teórica del comportamiento humano asume que las personas se comportan racionalmente ante estímulos económicos, siendo capaz de procesar de forma adecuada la información que conoce y actuar en consecuencia.

que el ser humano real está lejos de comportarse así, y esto ha sido latamente estudiado y demostrado por la psicología y la economía del comportamiento. Así, por ejemplo, Daniel Kahneman[31] nos presenta esta dicotomía contraponiendo al "humano", la persona de carne y hueso que busca satisfacer necesidades, con el "econs", aquel ser racional ideal que persigue la eficiencia y el optimizar resultados[32]. Otra posibilidad de determinar la voluntad general podría ser intentar medir la utilidad que genera para la sociedad la adopción de cierta decisión, y aquí encontramos, entre otros, a los utilitaristas (Bentham) que prefieren sumar las preferencias individuales, a los socialistas que prefieren la igualdad, y al llamado criterio de "maximin" (Rawls), que prefiere hacer la medición tomando como punto de referencia la situación de quien se encuentra en peores condiciones[33].

Pero sin perjuicio de lo anterior, existe también el fenómeno conocido como la "imposibilidad de Kenneth Arrow"[34], que señala que al sumar las preferencias individuales que cumplen ciertas condiciones de objetividad, transitividad e independencia de alternativas irrelevantes, resulta imposible construir una preferencia social que cumpla las mismas condiciones, es decir, en cualquier caso, y cualquiera que sea el método que se emplee, siempre la construcción de una preferencia social va a lesionar preferencias individuales[35, 36]. Esta es la demostración matemática de que la "voluntad general" no existe, como ya dijimos, sino que, más bien, se construye, lo cual derriba científicamente la pretensión de grupos, partidos políticos o movimientos que levanten la voz ante determinada coyuntura alegando representar la voluntad general. Recordemos, además, al respecto el inciso 1 del art. 5° de la Constitución, el cual señala:

> "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio",

es decir, ninguna persona o grupo puede atribuirse el ejercicio de la soberanía ni aun arguyendo una "voluntad general", que, como hemos visto, no existe.

Mas la imperiosa necesidad de agilizar la toma de decisiones, disminuyendo, a la vez, los costos de transacción, da lugar a la existencia de reglas

[31] Premio Nobel de Economía 2002.
[32] Kahneman (2017).
[33] Harguindéguy (2018), p. 64 y ss.
[34] Se trata de un fenómeno descrito por Kenneth Arrow, Premio Nobel de Economía 1972.
[35] Rosen (2008), p. 120 y ss.
[36] Harguindéguy (2018), p. 68.

que permitan a la autoridad actuar respetando en lo posible las preferencias individuales de los ciudadanos, y así encontramos la "mayoría simple", en que se impone la opción que reúne la mayor cantidad de preferencias, la "mayoría absoluta", donde vence la alternativa que obtiene más de la mitad de las preferencias y la "mayoría cualificada", en que vencerá la opción que obtenga una cantidad predeterminada de preferencias superior a la mayoría absoluta, por ejemplo, $^{2}/_{3}$ o $^{3}/_{5}$. Cada una de estas reglas es de igual forma válida, ninguna es *a priori* más democrática que otra, sino que la adopción de una u otra metodología dependerá del objetivo concreto que quiera lograrse ante una determinada coyuntura.

¿Cómo conectamos, entonces, los intereses de los ciudadanos con la actividad de los partidos políticos? La respuesta, en primer lugar, pasa por analizar los sistemas electorales. En efecto, decimos que la salud de una democracia depende de un pequeño detalle técnico, el sistema electoral[37], entendiéndose por tal el conjunto de reglas que determinan cómo se llevan a cabo las elecciones y los referéndums, y cómo se determinan sus resultados, y en caso de haber varios cargos a llenar en una misma elección, es la forma de transformar votos en escaños. Sin embargo, todo sistema electoral genera distorsiones, por lo que es un error asumir que hay sistemas más "democráticos" que otros, sino que el optar por uno u otro sistema responde simplemente a cuál es el objetivo político que se busca alcanzar. Así, mientras los sistemas mayoritarios otorgan todos los escaños a la lista más votada, produciendo espontáneamente dos grandes bloques, entre los sistemas proporcionales existen grandes matices, por ejemplo, el sistema D'Hondt de cifra repartidora sobrerrepresenta a las listas más votadas, y el sistema Hare de proporciones matemáticas sobrerrepresenta a las listas menos votadas, generando, a su vez, serias incongruencias al contrastarlo con el sistema D'Hondt, pero todos tienden a propiciar el multipartidismo[38].

Pero el solo votar no basta para que exista una democracia saludable, sino que se requiere, además, que las instituciones funcionen de manera correcta. Nótese que en Venezuela desde 1999 se realizan de manera periódica actos electorales, pero lo que allí en realidad falla es el funcionamiento de las instituciones. Consideremos, además, que las asambleas existen para deliberar, no solo para contar votos, por lo que también resulta incorrecto pensar que el mero diseño del sistema electoral es la piedra angular de la calidad de la democracia, sino que, en definitiva, lo realmente determinante es la voluntad de las fuerzas políticas de dialogar y alcanzar acuerdos.

Por otra parte, también se suele decir que el lugar natural de las mayorías es el gobierno, en tanto que el sitio donde se expresan las minorías

[37] Etchepare (2006), p. 59.

[38] Nohlen (1994), pp. 64 y ss. y 122 y ss.

es el Parlamento, y aquí radica la importancia de que exista un adecuado equilibrio entre las atribuciones reales de los poderes del Estado, los frenos y contrapesos, un diseño institucional que impida la inacción como consecuencia de bloqueos, pero que, a la vez, sea capaz de reaccionar ante malas prácticas y usos torcidos de herramientas constitucionales.

Como consecuencia, podemos percatarnos con facilidad de que muchas de las críticas que suelen hacerse a determinadas reglas electorales y de generación de mayorías son infundadas, y no pocas veces derechamente se tratan de refinadas elaboraciones intelectuales que tienen como grotesco punto de partida un supuesto falso[39]. Así ocurre, por ejemplo, con la muy difundida crítica de que los cuórums reforzados o ciertos sistemas electorales distorsionan la voluntad ciudadana o, más bien dicho, la expresión de la voluntad ciudadana en el Parlamento. El problema de esta afirmación es que parte del supuesto falso de que la mayoría parlamentaria coincide, o debiera coincidir, con la mayoría ciudadana, siendo fácil demostrar que esta deseable coincidencia, en realidad, no existe por múltiples factores, es imposible que llegue a existir y, en definitiva, esta distorsión se puede moderar, pero no eliminar. Algunos argumentos que permiten constatar que esta equivalencia no existe son los siguientes.

Primero, ya señalamos que todo sistema electoral genera distorsiones, sea que se trate de sistemas mayoritarios o proporcionales, lo cual ya debiera bastar para poner en duda la supuesta correspondencia inicial entre mayoría parlamentaria y mayoría ciudadana.

Segundo, en los sistemas electorales en que se vota por listas, por ejemplo, en el D'Hondt, que se utiliza en Chile para elegir parlamentarios desde 2015, consejeros regionales desde 2013 y concejales desde 2004, la gente vota de forma intuitiva por la persona y no por la lista, en circunstancias que el sistema en teoría está pensado en generar un resultado que representa a la lista en su conjunto, no a los miembros que la componen, produciéndose así un resultado peligrosamente contraintuitivo.

Tercero, un efecto conocido del sistema D'Hondt son los "arrastres", donde precisamente resultan electos candidatos que considerados de forma individual son poco competitivos y obtuvieron muy pocas preferencias, pero como este sistema considera la representatividad de la lista completa, se produce, en definitiva, un resultado que es artificial desde el punto de vista de los miembros que componen la lista: quien es electo obteniendo el 1% de

[39] Verdugo (2014a) analiza cómo aquellos críticos presentan argumentos citando autores en forma incompleta o descontextualizada, para así elaborar teorías que resultan lógicas desde una perspectiva abstracta, pero incapaces de satisfacer consideraciones instrumentales al contexto en que operan las instituciones y a sus fines.

los votos, en realidad, no lo es en virtud de dicho porcentaje de apoyo, sino por el arrastre producido al interior de su lista.

Cuarto, en razón de lo anterior, y considerando que el sistema D`Hondt fue creado en 1878 en el contexto de una Europa de sistemas parlamentarios, da la sensación que tiene un mejor desempeño o, al menos, funciona de manera más lógica, en sistemas parlamentarios de grandes partidos disciplinados que tienden a agruparse en bloques, que en sistemas presidenciales con parlamentos fragmentados, ya que en el contexto de partidos grandes puede justificarse que la votación se traslade a una representación de las listas, mientras que esto parece totalmente absurdo en sistemas fragmentados y en que la gente vota pensando en la persona.

Quinto, nótese, además, que los parlamentarios tienen incentivos propios desde el momento mismo en que resultan electos, distintos y muchas veces incompatibles con los de sus electores, y que no solo tienen que ver con la expectativa de ser reelegidos, sino que, también, se vinculan con las relaciones que cada uno entable con su partido o con las bancadas.

Consideramos también el efecto distorsionador del voto voluntario, especialmente importante en los países no desarrollados por ser sus sociedades más heterogéneas, en contraposición al mundo desarrollado donde los grandes temas sociales ya están resueltos.

Hemos criticado de igual modo el absoluto monopolio de que gozan los partidos políticos, especialmente llegado el momento de competir en las elecciones, excluyéndose en los hechos la posibilidad de que un independiente pueda ganar algún cargo de representación popular. En efecto, de acuerdo con la ley chilena[40], si bien cualquier persona que reúna una cierta cantidad de apoyo que represente un porcentaje determinado del número de electores que votaron en la elección anterior respectiva, puede participar como candidato en la próxima elección, solo los partidos políticos pueden formar listas, por lo cual un independiente que junte el número de firmas requerida podrá entrar a la competencia electoral, pero no tendrá ninguna oportunidad real de triunfo, pues no podrá formar una lista. Si quiere entrar a la competición con chances de ganar, deberá negociar con alguno de ellos

[40] En la Ley de Municipalidades DFL 1 (2006)el art. 109 no permite listas de candidatos a concejales formadas solo por independientes, en tanto el art. 112 señala el mínimo de electores que se requiere para patrocinar candidaturas a alcalde y concejales independientes. Idéntica regulación señala la Ley de Gobierno y Administración Interior DFL 1 (2005) en sus arts. 86 y 89 respecto a las candidaturas a gobernador regional y a consejero regional. Y en cuanto a la elección parlamentaria, el art. 5° de la Ley de Votaciones Populares y Escrutinios DFL 2 (2015), no permite candidaturas independientes fuera de pactos, sino solo integradas en listas con partidos.

su incorporación a una lista, con lo cual pierde credibilidad a los ojos de la opinión pública de su real condición de candidato "independiente". En consecuencia, la ley electoral chilena está diseñada para que siempre ganen, lo cual no siempre es malo, toda vez que son quienes, en definitiva, le dan estabilidad al sistema institucional. Pero no deja de ser extraño el que un ciudadano no militante independientemente considerado parece estar excluido de la competencia, aunque lo apoye una mayoría ciudadana considerable. Esto fue muy criticado durante la tramitación del cambio de sistema electoral efectuado por la presidenta Michelle Bachelet en 2015 con la Ley n.º 20840, cuyo título reza "que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional", ya que al aumentar el número de parlamentarios y la extensión territorial de los distritos, las campañas se volvieron de manera automática más costosas, con lo cual se fortalecen aún más a los partidos políticos frente a candidaturas independientes, a las que les será muchísimo más difícil competir. Lo anterior sumado a que en general la ciudadanía rechazaba la idea de aumentar el número de parlamentarios por el mayor costo que esto significaba para el Estado, aun cuando esta medida pudiese ser necesaria para lograr mayor proporcionalidad.

Agreguemos otra innovación de esta ley, la exigencia de paridad de género para la presentación de candidatos por los partidos, al exigirse un máximo de 60% para un sexo, sea masculino o femenino, lo que potencialmente es un factor adicional de distorsión entre la mayoría ciudadana y la mayoría producida por las reglas electorales.

Y podríamos agregar otro dato adicional: una de las principales motivaciones para modificar el sistema electoral era el argumento de que el sistema anterior "inflaba a la derecha", pues al elegirse solo dos parlamentarios por distrito (binominal), el sistema creaba artificialmente dos bloques políticos, generando una casi nula proporcionalidad. Se repitió hasta el cansancio que $^{1}/_{3}$ no puede pesar lo mismo que $^{2}/_{3}$. Por tanto, se buscó lograr ante todo una mayor proporcionalidad, aunque ello encareciera las campañas y perjudicara a los independientes. La nueva norma debutó en las elecciones parlamentarias de noviembre de 2017, correspondientes a la legislatura 2018-2022, en que, además, ganó la presidencia vía balotaje Sebastián Piñera por segunda vez, resultando de aquel proceso que la derecha obtuvo su mejor votación histórica desde el retorno a la democracia en 1990, es decir, era falso que el sistema anterior inflaba a la derecha, cuyos resultados en las tres últimas elecciones parlamentarias son los siguientes[41]: a) Legis-

[41] Elaboración propia sobre la base de datos obtenidos de www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/

latura 2010-2014 (Piñera 1): Senado 16/38 = 42,10% y Cámara 55/120 = 45,83%; b) Legislatura 2014-2018 (Bachelet 2): Senado 16/38 = 42,10% y Cámara 49/120 = 40,83% (con estas cifras Michelle Bachelet podía tener $^4/_7$ en cada Cámara para modificar leyes orgánicas constitucionales)[42] y c) Legislatura 2018-2022 (Piñera 2), con el nuevo sistema electoral proporcional D'Hondt: Senado 19/43 = 44,18% y Cámara 72/155 = 46,45%.

En definitiva, no existen formas más adecuadas o más democráticas de generar mayorías, como también es falso que la mayoría ciudadana coincida con la mayoría parlamentaria, en tanto que muchas de las críticas que suelen hacerse a las reglas electorales simplemente no se sostienen.

IV. Las supra mayorías

Los cuórums reforzados buscan en gran medida moderar la distorsión que de manera inevitable se produce entre la mayoría ciudadana y la mayoría parlamentaria. Por esta razón es que se suele decir que con los cuórums reforzados se pretende lograr acuerdos amplios ante la imposibilidad de generar acuerdos unánimes, es decir, se trata de una excepción a la regla *pacta sunt servanda* en materia contractual, ya que la aplicación de dicha regla elevaría a un nivel irracional los costos de transacción cada vez que se pretendiera tomar una decisión por la unanimidad de los miembros de la sociedad. Esto es así, aun cuando especialmente en materia constitucional pudiera considerarse que la regla óptima es la unanimidad, aunque esto pueda traducirse en que un único individuo manda, el que impida la unanimidad y, por consiguiente, fuerce a mantener el *statu quo*[43]. Pero parece aceptada de forma transversal la idea de que la gobernabilidad implica que la regla general para la toma de decisiones sea la mayoría simple[44], aunque ante decisiones de especial trascendencia, dada la imposibilidad de lograr la unanimidad entre los millones de miembros del cuerpo social, se recurre a la regla de los cuórums reforzados, pues así no solo se modera la distorsión ya señalada, sino que, además, se protege a las minorías ante mayorías frágiles, transitorias y volátiles. Tenemos, por consiguiente, que los cuórums reforzados no están concebidos realmente como excepciones a la regla ge-

[42] Adviértase que entre 2014 y 2018 los "3/7 + 1" para bloquear la reforma a una ley orgánica constitucional eran diecisiete senadores (la derecha tenía dieciséis) y cincuenta y dos diputados (la derecha tenía cuarenta y nueve, y, además, estas cifras resultaron aun rigiendo el sistema "binominal").

[43] Peña (2020), p. 218.

[44] Verdugo (2014a).

neral de la mayoría simple, o como "vetos" de las minorías, sino que deben entenderse como excepciones a la deseable regla de la unanimidad, ante la imposibilidad de que esta se materialice. Y todo lo anterior sin olvidar que las asambleas deben entenderse como instancias de debate, y no solo como la institucionalización del conteo de votos.

Dicho lo anterior, detengámonos brevemente en las leyes que según la Carta de 1980 requieren de cuórums reforzados para su aprobación. Primero, las leyes de quórum calificado[45], que regulan ciertas materias especiales, por lo general referidas a derechos fundamentales y a la activación de excepciones a reglas generales señaladas por la Constitución, y por esta importancia requieren del acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de cada Cámara, entre otros, porte de armas (art. 103), pena de muerte (art. 19 n.° 1), secreto de actos de la Administración (art. 8), empresas del Estado (art. 19 n.° 21), seguridad social art. (19 n.° 18) o ciertos casos de endeudamiento público (art. 63 n.° 7). Se trata de unas pocas leyes, las cuales fueron establecidas en el texto original de 1980. A su vez, las leyes orgánicas constitucionales[46] son las que desarrollan órganos y procedimientos de los cuales la Constitución solo señala los principios generales, evitando así un texto constitucional extenso, al tiempo que hacen más flexible la adaptación de las instituciones a las nuevas realidades, pues su quórum de aprobación es menor al de una reforma constitucional, solo $^{4}/_{7}$ de miembros en ejercicio de cada Cámara. En cuanto a estas, sí llama la atención que retornada la democracia son varias las nuevas leyes orgánicas constitucionales que se han incorporado al texto constitucional, por ejemplo, las referidas a declaraciones de intereses y patrimonio de altos funcionarios del Estado en 2010 (art. 8), el Ministerio Público en 1997 (actual art. 84) y el Servicio Electoral en 2015 (art. 94 bis), lo cual refuta la afirmación de ser instrumentos contra mayoritarios "creados por el régimen militar", al tiempo que hacen también patente lo falaz y simplista de descalificarlas por ser al parecer "ilegítimas" por su origen, en vez de razonar sobre la base del objetivo instrumental que se pretende regular, en especial respecto a las leyes orgánicas constitucionales que reglan precisamente órganos constitucionales.

Veamos a continuación algunos ejemplos de cuórums reforzados que operan en diversos contextos jurídicos, y que nadie acusa de ser antidemocráticos:

En el derecho privado chileno podemos citar la Ley de Sociedades Anónimas n.° 18046, cuyo art. 67 señala un extenso catálogo de materias que requieren el acuerdo de $^{2}/_{3}$ de las acciones emitidas con derecho a voto

[45] Verdugo (2014b).
[46] Verdugo (2012).

o la Ley de Copropiedad Inmobiliaria n.° 19537 que en sus arts. 17 y 19 señala tanto cuórums reforzados para constituir la asamblea de copropietarios como para adoptar acuerdos.

En el derecho público chileno podemos citar el DFL 1 Ley n.° 19175, Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, que requiere los 2/3 del Consejo Regional para aprobar las materias señaladas en los arts. 24 letra r), 30 bis, 70 letra d) y 101, mientras que la Ley Orgánica de Municipalidades DFL 1 Ley n.° 18695 prescribe el acuerdo de 2/3 del Concejo Municipal en los arts. 5, 30, 49 bis n.° 6, 60 letra d), 65 letra j), 84, 88, 94 y 99.

También encontramos la exigencia de 2/3 o 3/5 de las Cámaras para adoptar acuerdos, por ejemplo, en las constituciones de Estados Unidos (arts. 1 secciones 3, 5 y 7; 2° sección 2; 5°, y en las enmiendas XII, XIV sección 3 y XXV sección 4), Argentina (arts. 30, 53, 59, 66, 70, 75 n.° 22, 81, 83, 86 y 99 n.° 4), Alemania (arts. 29, 39, 42, 53a, 61, 77, 79, 80a, 98, 115a, 115e y 115h), Francia (arts. 11, 13, 68, 88-5 y 89), España (arts. 167 y 168) e Italia (arts. 79, 83, 104 y 138).

Observamos, en todo caso, que la mayoría absoluta parece ser más frágil en un régimen presidencial que en uno parlamentario, si bien numéricamente dicha mayoría es siempre "más de la mitad", desde el punto de vista político dicha mayoría es más frágil en un régimen presidencial con un sistema de partidos fraccionado que en un régimen parlamentario con un sistema de partidos que tiende naturalmente a generar dos bloques más estables y, por consiguiente, nos parece aún más justificada la existencia de cuórums reforzados para ciertas materias importantes en los sistemas multipartidistas como el nuestro, para así de manera efectiva asegurarnos de que la mayoría parlamentaria se corresponda en la mayor medida posible con el sentir de la mayoría ciudadana.

Por último, tengamos en cuenta la mayoría cualificada en el Consejo de la Unión Europea, establecida tras la firma del Tratado de Lisboa en 2007. Entre los múltiples órganos de la Unión, la Comisión es el Poder Ejecutivo, mientras que el Poder Legislativo se constituye por dos "cámaras": el Parlamento, que representa a la población y funciona por mayoría, y el Consejo, que representa a los gobiernos, donde en este último, si bien el quórum por defecto es la mayoría simple, hay materias en que se exige la aprobación por "mayoría cualificada", que según el art. 16 de Tratado de la Unión Europea corresponde a

> "un mínimo del 55% de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65% de la población de la Unión. Una minoría de bloqueo

> estará compuesta por al menos cuatro miembros del Consejo, a falta de lo cual la mayoría cualificada se considerará alcanzada"[47, 48].

Se trata de un sistema de "doble mayoría". Pero, además, existe un catálogo de materias que requieren de aprobación por unanimidad, por ejemplo, el ingreso de nuevos Estados miembros a la Unión, la ciudadanía y las finanzas comunitarias.

En definitiva, podemos constatar que en efecto los cuórums reforzados buscan proteger a las minorías consideradas en abstracto, sin etiquetas, y, por tanto, el mostrar estas herramientas, tan solo como "vetos", es una caricatura que no se sostiene seriamente.

V. Un fenómeno contra mayoritario

El típico ejemplo de una institución contra mayoritaria es el Tribunal Constitucional, siendo este aspecto muy controvertido donde sea que esta judicatura exista. ¿Por qué existe un tribunal constitucional? Con la Revolución francesa se imponen la teoría de la separación de poderes de Montesquieu, y la concepción de que la soberanía recae en el pueblo y se ejerce por sus representantes en el Parlamento, al tiempo que se consolida la noción de la "supremacía constitucional". Sin embargo, hacia fines del siglo XIX existía también la concepción de que la ley es la expresión de la voluntad general y, por tanto, "la ley se aplica". Como consecuencia, no existían las restricciones

---

[47] Jordán *et al.* (2013), p. 73 y ss.

[48] Los apartados 1 a 4 del art. 16 del Tratado de la Unión Europea describen el sistema de votación en el Consejo de la forma siguiente:

"1. El Consejo ejercerá conjuntamente con el Parlamento Europeo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de definición de políticas y de coordinación, en las condiciones establecidas en los Tratados.

2. El Consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro, de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno del Estado miembro al que represente y para ejercer el derecho de voto.

3. El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa.

4. A partir del 1 de noviembre de 2014, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 55 % de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 % de la población de la Unión.

Una minoría de bloqueo estará compuesta por al menos cuatro miembros del Consejo, a falta de lo cual la mayoría cualificada se considerará alcanzada.

Las demás modalidades reguladoras del voto por mayoría cualificada se establecen en el apartado 2 del art. 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

que en la actualidad son fundamentales para poder reformar la Constitución, con lo que la supremacía constitucional era solo formal, entendiéndose que la Constitución debía amoldarse a las decisiones del Parlamento, que es el ente por el cual se expresa la voluntad del pueblo. Lo anterior llevó a lo que se denominó un "Estado legal", recayendo el ejercicio del poder en la voluntad del Legislativo. Por consiguiente, era procesalmente fácil que la mayoría parlamentaria pudiese desmontar la institucionalidad, lo cual tiene como lógica consecuencia la inexistencia de un auténtico Estado de derecho.

Es Hans Kelsen quien postula por primera vez que un auténtico Estado de derecho requiere de una Constitución que sea la norma suprema tanto en lo formal como en lo material, de manera que así la existencia de ciertos principios fundamentales garantice efectivamente los derechos de las personas y limite el ejercicio del poder. El problema de la supremacía material es que ello implica limitar el poder del Parlamento, de modo que una mayoría parlamentaria ya no puede legislar a voluntad por sobre los principios establecidos por la Constitución. Estimó, entonces, Hans Kelsen que dicho freno al Parlamento no podía recaer en la Corte Suprema, por cuanto ello implicaría que un poder el Estado intervendría en la competencia de otro poder[49], lo cual lo llevó a concebir un tribunal especial de carácter político, una forma de control concentrado para proteger la supremacía material de la Constitución, manteniéndose así vigente la teoría de la separación de poderes.

El primer Tribunal Constitucional del mundo entró en vigencia con la Constitución austriaca de 1920, cuya redacción fue encargada al propio Hans Kelsen. Pero el auge de los tribunales constitucionales solo llegaría tras la Segunda Guerra Mundial, al quedar claro que las atrocidades cometidas por la Alemania nazi se originaron, en gran medida, por la existencia de un Estado legal en vez de un auténtico Estado de derecho. En efecto, la gran lección que dejó la Segunda Guerra Mundial es que una mayoría organizada puede aniquilar a una minoría, entendiéndose por minoría a todo grupo distinto de quienes detentan el poder. En consecuencia, la minorías solo pueden defenderse recurriendo a los tribunales de justicia, y es bajo esta perspectiva que adquieren importancia los tribunales constitucionales como judicatura garante de la Constitución. Así, en gran medida, esta nueva institucionalidad surgió como respuesta a la inquietante pregunta que se hacían los académicos de por qué el derecho fue incapaz de impedir el cataclismo ocurrido en Alemania. Si bien en América Latina son pocos los países que tienen Tribunal Constitucional, en Europa la mayoría de las democracias

[49] Consideremos al respecto el art. 76 inciso 1° de la Constitución y el art. 4 del *Código Orgánico de Tribunales*.

parlamentarias cuenta con uno. En Estados Unidos, en cambio, no hay Tribunal Constitucional, velando por la supremacía constitucional los tribunales que integran el Poder Judicial, un control difuso basado en la noción de precedente del Common Law.

El Tribunal Constitucional modelo de la posguerra es el Consejo Constitucional establecido en la Constitución francesa de 1958, el cual según el propio Charles de Gaulle fue concebido específicamente para limitar el poder del Parlamento y darle así estabilidad al gobierno, siendo apodado en esa época como "el perro guardián del Ejecutivo" o, incluso, llegándose a decir que era "un cañón apuntando al parlamento".[50] Parece haber acuerdo en la doctrina francesa en cuanto a que el fracaso de la IVª República se produjo como consecuencia de una crisis política por mal funcionamiento institucional e inestabilidad gubernamental que en menos de doce años, de octubre de 1946 a mayo de 1958, produjo veintidós gobiernos, donde la duración media de un gobierno era de siete meses. Esto ocurrió en especial por la ausencia de una verdadera mayoría parlamentaria o, más bien dicho, la existencia de coaliciones frágiles que se deshacen con rapidez tras crearse y la insuficiencia de los medios jurídicos del Poder Ejecutivo. Así, este bloqueo institucional impidió resolver de manera rápida y eficaz la "crisis argelina". En definitiva, la ineptitud para solucionar el problema colonial originó el fin de la IVª República, producto de una inestabilidad ministerial crónica, una asamblea nacional incapaz de ejercer sus funciones, y una confusión de poderes que ponían en constante peligro la continuidad del Estado[51]. Se puede afirmar, entonces, que este tribunal fue inicialmente concebido para proteger la existencia del gobierno y el ejercicio de la potestad reglamentaria, frenando de forma deliberada al Parlamento, mas no para proteger la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales, sino hasta la célebre sentencia de 1971[52] en que el propio Consejo Constitucional determina que en virtud de lo señalado en el preámbulo de la Carta de 1958 le corresponde velar por la supremacía del "bloque de constitucionalidad", que incluye derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales anteriores y el conjunto de principios generales de valor constitucional ya arraigados en la república, y no solo la supremacía de la Constitución propiamente tal, que es solo parte orgánica[53].

Existen dos grandes modelos de tribunales constitucionales. El primero es el austriaco, que corresponde al diseño original de Hans Kelsen, en el

[50] Roudier (2017), p. 159.

[51] *Op. cit.*, p. 45 y ss.

[52] Se trata del caso "Libertad de asociación", sentencia de 16 de julio de 1971.

[53] Goesel-Le Bihan (2016), p. 58 y ss.

cual el tribunal solo efectúa un control represivo o *a posteriori* de las normas, dando la oportunidad de que la interpretación judicial resuelva la constitucionalidad, algo así como "probar" la norma, y este es el modelo que adoptó la Constitución española de 1978, que ha servido de inspiración para la mayoría de los tribunales constitucionales latinoamericanos. El otro modelo es el francés, un control preventivo o *a priori* que tiene la ventaja de dar mayor certeza jurídica, pues se controla la norma antes de que entre en vigencia.

El Tribunal Constitucional chileno claramente tiene como inspiración al modelo francés y fue introducido en la Constitución de 1925 por la Ley n.° 17284 de 1970. Al igual que su modelo francés, este tribunal también fue en un inicio concebido para proteger al gobierno, mas no los derechos fundamentales[54]. Aquel tribunal, por su integración en su mayoría política, dependiente en alto grado del gobierno de turno, no logró consolidar una jurisprudencia verdaderamente autónoma del Poder Ejecutivo y, al final, los hechos de septiembre de 1973 provocaron que dejara de funcionar. Es por ello que solo con la Constitución de 1980 se establece el Tribunal Constitucional como un guardián efectivo de la supremacía constitucional. Es más, la reforma de 2005 ha ampliado, consolidado y destacado su carácter de órgano suprapolítico constitucional, y hoy casi la totalidad de las cuestiones vinculadas al control constitucional son de su competencia. Solo hacen excepción, atendido su origen histórico y razones de orden práctico, los recursos de amparo y protección que continúan bajo la competencia de los tribunales superiores del Poder Judicial. En Chile, además, encontramos otras facultades del Tribunal Constitucional, la "competencia impropia" o no constitucional, por la cual conoce de la conformidad a la Constitución de ciertas "situaciones", no de normas, por ejemplo, las inhabilidades del Presidente (93 n.° 10), los ministros (93 n.° 13) y los parlamentarios (93 n.os 14 y 15).

Entonces, el Tribunal Constitucional es en su esencia un órgano contra mayoritario, pues su razón de ser es, en concreto, frenar al Parlamento. Por tanto, es falso el presentar los instrumentos contra mayoritarios como frenos a las amenazas de la mayoría ciudadana a las minorías, sino que se trata de frenos a las mayorías parlamentarias[55]. De hecho, en el mismo sentido decimos que los derechos humanos son contramayoritarios[56]. Ya señalaba Karl Loeweinstein que una reforma constitucional obtenida por la fuerza o impuesta a una minoría, importante tanto numéricamente como por su peso político, no solo daña a esa minoría, sino al sentimiento constitucional[57]. Otra

[54] Verdugo (2020).
[55] Verdugo (2014a), p. 371.
[56] Peña (2020), p. 227.
[57] Loewenstein (2018), p. 205.

falacia frecuente es presentar al Tribunal como una cámara legislativa adicional, la "tercera" en Chile, aunque dicha crítica se da por igual en todos los países con judicatura constitucional, pues una labor de "cámara" implicaría controlar el mérito de las deliberaciones en la tramitación de la ley, no solo la conformidad a la Constitución. Y señalemos, por último, el problema del "gobierno de los jueces", que consiste en denunciar la intromisión de la judicatura en los actos de gobierno y en la generación de normas, por cuanto dicho comportamiento tiene la capacidad de anular la voluntad popular. Sin embargo, los críticos suelen cometer el error de seguir de manera parcial a autores del mundo del C*ommon Law*, sin distinguir que los problemas que aquellos denuncian son consecuencia del control difuso de constitucionalidad propio del sistema anglosajón en que el precedente obliga, situación que lógicamente no tiene equivalencia en Chile donde tenemos una judicatura constitucional de raíz continental en que rige el efecto relativo de las sentencias[58].

En definitiva, ver esta protección constitucional a las minorías como un simple poder de "veto" no es más que una caricatura de un problema técnico, ya que el único medio de defensa institucional con que cuentan las minorías para evitar "aplanadoras" es recurrir al tribunal.

VI. Reformulemos el problema: ¿malas prácticas constitucionales?

Hemos visto que todas las situaciones controvertidas antes descritas tienen una explicación jurídica. Nada es al azar o arbitrario. Lo cierto es que las instituciones no tienen vida propia, y no se revelan como lo hicieron las máquinas en la película *Matrix* para destruir a la humanidad. Las instituciones son reflejo de las personas que les dan vida y, por consiguiente, tanto o más importante que el diseño institucional es la forma en que la normativa se implementa. Por consiguiente, creemos que, en definitiva, a la luz de todo lo hasta aquí señalado, son, en realidad, las malas prácticas las que corroen la institucionalidad. Complementando las malas prácticas propias de los partidos políticos señaladas en el apartado ii, veamos ahora algunos ejemplos de malas prácticas constitucionales.

1. Teorías "refundacionistas"

Las demandas sociales insatisfechas que llevan a la gente a desconfiar en las instituciones favorecen el surgimiento de los movimientos "refundacionistas",

[58] Verdugo (2014a).

que se imponen con el discurso de que hay que hacer todo de nuevo, llevando al Estado a obligarse a más de lo que de forma razonable puede cumplir. Parece una especie de moda querer comenzar todo desde cero, refundar en verdad el país. Así, en América Latina esto ya ocurrió al dictarse nuevas Constituciones en Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), destacándose este último caso porque en el preámbulo de la Constitución boliviana se señala de forma explícita que dicho texto refunda Bolivia. El problema de las "refundaciones" es que parten del supuesto falso de que todo está malo, y que de ahora en adelante todo será distinto, lo cual especialmente se refleja en los tres textos constitucionales señalados cuando se lee el extenso catálogo de derechos que se reconocen a los ciudadanos y la gran cantidad de deberes que asume el Estado. Sin embargo, el papel lo aguanta todo, y las capacidades estatales son limitadas. Además, estas nuevas Constituciones, en su afán de llevar al Estado a hacerse cargo de la mayor cantidad posible de derechos y garantías frente a su pueblo, lamentablemente están redactadas con un lenguaje lleno de conceptos de contenido indeterminado, lo que lleva a que sea el intérprete quien le da el sentido y alcance a las disposiciones constitucionales, situación que solo crea inseguridad jurídica, ya que el texto es una "patente de corso" que va a funcionar de la forma en la que el intérprete quiera entenderlo. Lo grave de esta situación es que se crean altas expectativas en la ciudadanía, y luego la imposibilidad de que el Estado cumpla todo lo prometido en la Constitución, no hace más que aumentar la frustración de la población, con lo cual de nuevo nos encontramos ante el descontento del ciudadano que se siente engañado, y que ve al sistema político desconectado de los intereses sociales reales. Por buenas que sean las intenciones, las teorías refundacionistas no corrigen las falencias de la democracia moderna, con lo cual queda claro que no llevarán a nuestros países a mejorar la calidad de sus democracias y el nivel de vida de sus ciudadanos, en tanto que solo contribuyen a acrecentar la mala percepción que la gente tiene de la política.

2. Mal uso del control de constitucionalidad

La incapacidad de la clase política de ponerse de acuerdo en temas de gran importancia para la sociedad ha llevado a que con frecuencia dichas controversias sean dirimidas por los tribunales, haciendo que estos órganos se involucren en conflictos políticos que no están en su esfera natural de competencia. Pero el problema no es que los tribunales deban resolver las contiendas que les son presentadas, sino el mal uso que los actores políticos dan a los procedimientos de solución de controversias según conveniencias partidistas circunstanciales, siendo los tribunales herramientas de dichos fines. Y este mal uso es en especial patente en Chile respecto del control preventivo, pues cuando los partidos po-

líticos no son capaces de llegar a acuerdos se recurre al Tribunal Constitucional para que resuelva dichas controversias alegando "inconstitucionalidad", con lo que se lleva al tribunal a desempeñar tareas para las que no fue diseñado, se dilata la tramitación de la ley, además el tribunal empieza a ser mal visto, y se corre el riesgo de que tome malas decisiones. Señalamos que es una mala práctica de los partidos, no del tribunal. Mayor aún es el riesgo de que los magistrados empiecen a adoptar determinadas banderas partidistas, resolviendo las controversias con determinadas orientaciones políticas, infringiendo el deber de imparcialidad que debe informar el actuar judicial, lo cual daña la imagen de la judicatura, provocando, asimismo, que la ciudadanía pierda la confianza en los tribunales. Este fue el caso de la despenalización del aborto en tres causales en 2017, que debió resolver el Tribunal Constitucional, y reavivó una vez más la polémica por el papel mediático que debe asumir este tribunal, más allá del normal control de la supremacía constitucional, cada vez que la clase política no es capaz de dialogar de manera constructiva y llegar a acuerdos. Se impone una dinámica en la cual la mayoría numérica está dispuesta a llegar hasta las últimas consecuencias sin transar en sus posturas, "pasando la aplanadora" sobre las minorías, con lo que el control de constitucionalidad es una instancia mediática de arbitraje. Y para qué hablar de los casos en que los tribunales han sido llevados a adoptar interpretaciones constitucionales para permitir la reelección indefinida del Presidente de la República, como ocurrió en Venezuela y Bolivia. Estas situaciones, que claramente son extremas, pero cada vez más frecuentes, por cierto dañan a la judicatura y a la institucionalidad en su conjunto.

3. Mal uso de la acusación constitucional

El art. 52 de la Constitución señala las atribuciones de la Cámara de Diputados, de eminente carácter político, entre las que encontramos declarar admisible la acusación constitucional en juicio político, formulada por no menos de diez ni más de veinte diputados, contra altos magistrados y funcionarios, como el Presidente de la República hasta seis meses después de dejar el cargo, y en este plazo la Cámara debe autorizarle salidas del país, y los ministros, los magistrados de los tribunales superiores de justicia, el Contralor General de la República, los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, y los delegados presidenciales regionales y provinciales hasta tres meses tras dejar el cargo, tiempo en que tampoco pueden salir del país sin permiso de la Cámara. Para aprobar la acusación contra el Presidente de la República se requiere la mayoría de los diputados en ejercicio, mientras que para los demás basta la mayoría de los presentes. El problema es la utilización de la acusación constitucional como si se tratara de una moción de censura,

institución propia de un régimen parlamentario. La acusación constitucional persigue la responsabilidad política de estos altos funcionarios originada en infringir la Constitución y las leyes, y en comprometer gravemente la honra y la seguridad nacional, pero no tiene como fundamento el desacuerdo de parte de la Cámara en cuanto a la forma en que desarrolla sus funciones el gobierno, es decir, no procede por falta de confianza, como ocurre en un régimen parlamentario. Esta utilización torcida de la acusación constitucional como si fuera una moción de censura, fundada en la amplísima causal "infringir la Constitución y las leyes", no solo obstruye al Ejecutivo, sino que debilita el poder presidencial, alterando, además, el normal funcionamiento de la institucionalidad en relación con la forma en que ha sido diseñada, restándole, en definitiva, al gobierno la necesaria capacidad de gobernar.

4. Burlar la iniciativa exclusiva presidencial

Por regla general las leyes se pueden originar por iniciativa de los parlamentarios o del Presidente de la República, donde este último caso contempla una serie de materias señaladas en los incisos 3° a 5° del art. 65 de la Constitución, y es tan considerable la cantidad de materias que son de iniciativa exclusiva presidencial, que en los hechos son mayoría en el volumen total de proyectos despachados. Estas materias se refieren en general a temas de contenido económico, por ejemplo, la división política o administrativa del país, normas sobre fuerzas armadas, leyes sobre temas presupuestarios como crear, modificar o suprimir tributos, servicios públicos, contraer obligaciones financieras por el Estado, los salarios y beneficios a funcionarios públicos en servicio o retirados, los salarios mínimos del sector privado, la negociación colectiva, las normas generales sobre pensiones y seguridad social, y obviamente la ley de presupuestos. Esta no es una singularidad del sistema constitucional chileno, sino que se trata de una medida normal dentro del constitucionalismo moderno, estando su fundamento en que, como es el Ejecutivo quien tiene la carga de hacer cumplir la ley, se estima que es el Presidente de la República quien está en mejor posición para determinar en qué forma y hasta qué monto obligarse económicamente. Por esta razón se ha discutido la práctica de usar subterfugios para infringir la iniciativa exclusiva presidencial, como ocurrió en julio de 2020 para autorizar el retiro del 10% de los fondos de las cuentas de capitalización de los afiliados de las AFP por la vía de agregar una disposición transitoria a la Constitución, en vez de realizarlo tramitando una ley. Sin lugar a dudas se trata de una mala práctica que desestabiliza el normal funcionamiento de la institucionalidad, pues el Ejecutivo pierde el control de la gestión presupuestaria de la república, y es por esta razón que se ha propuesto restablecer la causal de cesación de los parlamentarios que

presenten a tramitación proyectos de ley inconstitucionales, como también el cese del presidente de la Cámara que acoja el proyecto a tramitación, causal que existía en el texto original de la Carta de 1980 en su art. 57 inciso 6°.

5. Mal uso de los plebiscitos

El plebiscito o referéndum, aunque se discute si son lo mismo[59], es un instrumento propio de la democracia semidirecta, un tipo de democracia que combina los mecanismos de la democracia directa y el gobierno representativo. Este mecanismo se utiliza para entregar a la ciudadanía la decisión de ciertas materias de especial importancia, aunque en Chile su aplicación está reducida constitucionalmente a dos hipótesis que no tienen relación entre sí: el plebiscito o consulta municipal no vinculante del art. 118 inciso 5°, y el plebiscito que dirime controversias entre el Presidente de la República y el Congreso en caso de reformas constitucionales del art. 128. Un caso por completo distinto y excepcional son los plebiscitos que forman parte del procedimiento para la elaboración de una nueva Constitución que la Ley n.º 21200 de 24 de diciembre de 2019 incorporó a la Carta Fundamental agregando los nuevos arts. 130 a 143. En otras latitudes está concebida esta herramienta en términos generales, haciéndola aplicable a una gran cantidad de materias, como es el caso de los arts. 11 de la Constitución francesa y 94 de la Constitución española. Sin embargo, debemos notar que el uso generalizado de los referéndums no parece aconsejable, por cuanto la experiencia demuestra que su utilización en forma irresponsable y guiada por fines partidarios cortoplacistas puede generar abusos de poder e, incluso, daños irreversibles a la institucionalidad y a la calidad de la democracia. Veamos algunas situaciones sobre los referéndums que ejemplifican el por qué es desaconsejable que se generalice su uso.

Primero, los plebiscitos son una excepción a la regla general de la "representación" propia de la democracia representativa, esto es, el elegir a los representantes de la ciudadanía, por lo que es grave normalizar el uso de la excepción, pues, a la larga, se debilita la institucionalidad. Esta mala práctica ha sido un fenómeno típico de los regímenes de inspiración bolivariana, generándose así la conocida degradación de la institucionalidad formal.

Segundo, se trata de procesos largos y costosos, por lo que resultan del todo incompatibles con las reacciones rápidas y eficientes que se espera que tenga la institucionalidad para hacer frente a las contingencias sobrevinientes.

Tercero, en cuanto a los aspectos más formales, es de suma importancia, en especial para la transparencia del sistema y para asegurar la confianza

[59] Molina (2006), p. 170 y s.

de las personas, que al hacer un referéndum "la pregunta" que se somete a votación sea clara, precisa, no redactada en forma capciosa, y que sea capaz de producir efectos concretos. De no ser así, el referéndum se presta para fraudes, que, en definitiva, dan lugar a abusos de poder con fondos públicos guiados por intereses cortoplacistas[60, 61].

Cuarto, no confundir "representación", que consiste en que los ciudadanos escojan entre varias alternativas (como en los referéndums), con "participación", que implica, en efecto, instancias de diálogo en que se escuche a las personas. La representación sin participación no mejora necesariamente la calidad de la democracia, por ejemplo, en la Venezuela chavista no hay democracia de calidad no porque no se vote, de hecho es uno de los países que más votaciones realiza, sino que el origen de su crisis es que las instituciones no funcionan. Pero a la inversa, mucha participación debilita a las instituciones y abre las puertas al populismo.

Quinto, por último, que los países con larga tradición de referéndum son países desarrollados, donde problemas como la salud, la educación, las pensiones o el transporte ya están solucionados y, por esta razón, en sus referéndums se someten a la decisión ciudadana temas inimaginables en nuestra realidad chilena[62].

En fin, los instrumentos de democracia semidirecta usados en forma mañosa dañan la democracia.

VII. ¿Cómo dejar de culpar al pobre Trauco?

La proliferación de malas prácticas constitucionales que de forma sistemática son realizadas por los partidos políticos creemos que explica en gran medida

[60] Por ejemplo, en el referéndum español de 1947, en que se consultaba si se restablecía o no la monarquía cuando Francisco Franco dejara el poder (en lo inmediato, cualquiera fuera el resultado, igual él seguiría de Jefe de Estado), circulaba un chiste que decía que votar "sí" significa que Francisco Franco se queda, y votar "no" significa que no se va. Señalemos también el plebiscito del "Humedal Los Batros" de San Pedro de la Paz en 2019, que se desarrolló en un contexto normativo tal que votar "sí" o "no" en rigor no producía efecto alguno, pues los tres temas sometidos a consulta jurídicamente ya estaban resueltos.

[61] Recordemos el referéndum del Brexit en 2016, que, en suma, se trató de un irresponsable error de cálculo del gobierno británico de la época. Castells *et al.* (2018), p. 560 y ss.

[62] Tengamos en cuenta, por ejemplo, el referéndum de Suiza de 2018 en que se consultó sobre terminar o no la práctica de cortar los cuernos a las vacas para su mayor bienestar, recibiendo los ganaderos como estímulo más subvenciones fiscales, pero finalmente ganó el "no", pues se consideró que la medida era muy costosa, ya que requería ampliar los establos para que los animales no se lesionen unos a otros con los cuernos, en desmedro de otros gastos sociales.

el funcionamiento institucional deficiente que se advierte en estos tiempos, en especial por ser los partidos los grandes protagonistas del fenómeno descrito, pero, a la vez, demuestra que no se trata de que estén en colapso. Si bien esta sensación de crisis no es nueva, tanto en la doctrina como en la opinión pública esta percepción se sustentaría principalmente en observar que los partidos políticos se comportan como instituciones rígidas que no dialogan lo suficiente con los fenómenos sociales y que, como consecuencia, la ciudadanía los considera lejanos y poco condescendientes con sus intereses. Lo anterior, sin olvidar los cambios que sí han experimentado como consecuencia de la evolución de la humanidad, debiendo recordarse, por ejemplo, que en sus orígenes los partidos políticos fueron agrupaciones elitistas y oligárquicas, características que no parecen compatibles con los tiempos actuales. Pero los partidos siguen existiendo, lo cual demuestra que han sabido adaptarse a los grandes cambios que ha experimentado la humanidad, al tiempo que la constatación de que siguen siendo protagonistas de la política no hace más que confirmar el indispensable papel que representan como soporte de la democracia representativa moderna y como canalizadores de las inquietudes de los electores frente al gobierno y al desarrollo de políticas públicas.

El gran desafío de los partidos políticos para poder adaptarse a los nuevos tiempos y sobrevivir es socializar la política, es decir, acercarla al ciudadano medio. Nos dice Giovanni Sartori que nos encontramos frente a una sociedad estructuralmente desequilibrada, que, por un lado, se autolesiona con la maximización del daño y, por otro lado, sucumbe al exceso de poder de quien está en condiciones de maximizarlo, al tiempo que advierte que no se perciben factores reequilibradores[63], lo cual refuerza nuestra percepción de que el cambio es urgente. Los partidos políticos deben encontrar sus papeles en el nuevo marco que nos plantea la modernidad, si bien es cierto que las reglas han cambiado, resulta imprescindible que vuelva a existir la conexión que antaño había entre gobernantes, partidos políticos y ciudadanía, pues para conquistar la intensión de voto de los electores, deben dar a conocer sus objetivos programáticos, como también deben escuchar los intereses e inquietudes del electorado, tarea para la cual resulta fundamental el grado de conexión que sean capaces de establecer con el ciudadano común. La democracia consiste en que cada cierto tiempo quienes han resultado elegidos en las elecciones deben rendir cuentas de su labor a los votantes, y para que este proceso de rendición de cuentas sea efectuado con un adecuado nivel de conocimiento de la labor desempeñada es que se vuelve indispensable el grado de conexión que sean capaces de establecer los partidos políticos con

[63] Sartori (1999), p. 319.

sus electores[64]. Esto es así porque el ciudadano común, inmerso en la vorágine de la rutina, se conduce por la vida respondiendo a estímulos simples y a situaciones inmediatas, y carece de toda la información necesaria para tomar decisiones fundadas que le permitan juzgar con el debido conocimiento el obrar de sus representantes. A lo anterior debe agregarse también que muchas de las tareas que se le encomiendan a los políticos se refieren a materias técnicas que escapan al conocimiento del ciudadano medio, lo cual no hace más que contribuir a que este se encuentre en una posición inadecuada para calificar el desempeño de quienes ejercen la política. Por el contrario, como los movimientos se caracterizan por representar solo intereses específicos de determinados grupos de personas, ellos no tienen esta carga-deber de socialización. Y a consecuencia de este nuevo enfoque del estudio de los partidos políticos, se dice que algunos de los problemas que estos suelen presentar son situaciones que resultan casi inherentes a su propia naturaleza, por lo que seguirán presentes por siempre cualquiera que sea el partido político que se estudie en cualquier tiempo y lugar, y por ello estas problemáticas resultan casi imposibles de corregir mediante ingeniería constitucional[65].

Además, nos parece que el importante papel que los partidos políticos están llamados a desempeñar tiene relación con la profesionalización de la política, esto es, principalmente la formación de políticos profesionales preparados de manera adecuada para ejercer la actividad[66]. Se trata de un importante aspecto que suele ser, a la vez, muy criticado por los electores, pero que en cierto modo resulta muy interesante de analizar, ya que eventualmente la crítica a la profesionalización de la política puede, incluso, llegar a estimarse incompatible con el ejercicio de la democracia representativa, pues ha entendido la doctrina que el rechazo que suele sentir el ciudadano común hacia la existencia de una "carrera política" equivaldría a rechazar la existencia de políticos profesionales que ejercen la actividad a tiempo completo[67]. La complejidad del mundo actual exige de políticos profesionales dedicados por completo al ejercicio de la actividad, al tiempo que resulta inconcebible el ejercicio de la política a tiempo parcial o, incluso, como un *hobby*. El político debe ser profesional, es decir, una persona preparada para el ejercicio de la actividad política a tiempo completo, lo cual implica no solo tener estudios, sino que, además, y quizá más importante, tener experiencia en la política, lo cual es muy difícil de lograr en una persona que no haya tenido una participación activa y comprometida en la

[64] Linz (2007), p. 301.
[65] *Op. cit.*, p. 305.
[66] Alcántara (2012), p. 53 y ss.
[67] Linz (2007), p. 292.

política durante un tiempo considerable, y para lograr esta formación basada en la participación activa durante años los partidos políticos representan un papel indispensable. Según Juan Linz[68], dada la dinámica actual, tanto de la actividad política como de la vida en general, cada vez más compleja y vertiginosa, resulta muy difícil que un ciudadano común pueda acceder de forma temporal a un cargo político o de representación popular, que se desempeñe de manera satisfactoriaen él, y que concluido su mandato o el ejercicio del cargo retorne a su vida anterior como si nada hubiese pasado. Resulta muy factible que alguien ajeno a la actividad política no tendrá los conocimientos ni el recorrido necesarios para cumplir de manera adecuada con la tarea que se le ha encomendado. Quien quiera dedicarse a la política a tiempo parcial tendrá, también, la dificultad de que primero deberá estar consolidado profesional y económicamente, de manera que pueda abandonar su vida anterior para poder dedicarse a la política. Con probabilidad también le será difícil reinsertarse en la vida común una vez terminado el mandato, como consecuencia lógica de haberse apartado del ejercicio de sus actividades anteriores.

Todo lo anterior nos lleva a confirmar que los partidos políticos son indispensables para la existencia de la democracia representativa moderna y de calidad, pero ya no solo como canalizadores institucionales de las inquietudes ciudadanas, sino que ahora, además, como formadores de quienes van a consagrar su vida al ejercicio de la actividad en servicio de los demás, y siempre en forma leal, transparente y constructiva.

VIII. Conclusión

La democracia representativa es inconcebible sin los partidos políticos. Es un error ver el desencanto ciudadano por la política como una crisis de los partidos, sino que los problemas que hoy sufre la institucionalidad se relacionan más bien con las malas prácticas. El gran cáncer de la política es la corrupción, de todo tipo y en todo nivel, que sin lugar a dudas deteriora la democracia representativa, exponiéndola al surgimiento de líderes mesiánicos con recetas populistas. Es la corrupción la que genera pobreza, desigualdad, y más corrupción, y así el círculo vicioso continúa. Muchas de las críticas que se hacen a los instrumentos para formar mayorías, a los quórums reforzados y a algunos fenómenos contra mayoritarios solo son mitología resultante de las mismas malas prácticas señaladas. Es indispensable trabajar para que la

[68] Linz (2007), p. 293.

responsabilidad cívica se transmita a las futuras generaciones, un arduo trabajo que la sola ingeniería constitucional es incapaz de lograr. No reconocer estas situaciones lamentablemente equivale a seguir culpando al pobre Trauco de los males de la sociedad.

IX. Bibliografía

Alcántara, Manuel (2012). "Partidos políticos en América Latina: hacia una profesionalización de calidad". *Convergencia, Revista de Ciencias Sociales,* n.° 58. México DF.

Andino Espinoza, Mauro (2017). *Una democracia eficaz. Debates y combates.* Riobamba: Editorial Pedagógica Freire.

Castells, Manuel *et al*. (eds.) (2018). *Las crisis de Europa*. Madrid: Alianza Editorial.

Etchepare, Jaime (2006). "¿Es el sistema electoral binominal intrínsicamente perverso?". *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, n.° 14. Concepción.

Goesel-Le Bihan, Valérie (2016). *Contentieux Constitutionnel*. Paris, Ellipses Édition Marketing S.A.

González, Felipe (2004). "Crisis de la política: causas y respuestas eficientes", en Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A.

Greppi, Andrea (2007). "Representación política y deliberación democrática", en Mariano Melero C. (ed.). *Democracia, deliberación y diferencia*. Madrid: Servicio de publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

Harguindéguy, Jean-Baptiste (2018). *Análisis de políticas públicas.* Madrid: Tecnos.

Held, David (1997). *La democracia y el orden global*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.

Jordán Gladuf, Josep María *et al*. (2013). *Economía de la Unión Europea*. Madrid: Thomson Civitas.

Kahneman, Daniel (2017). *Pensar rápido, pensar despacio*. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial.

Lagos, Alejandro (2020). "El vilipendiado 'principio de subsidiariedad' en Chile: antología de malentendidos". *Revista Derecho Público Iberoamericano,* n.° 16. Santiago.

Linz, Juan (2007). "Conclusiones: los partidos políticos en la política democrática, problemas y paradojas", en José Ramón Montero, Richard Gunther y Juan J. Linz (eds.) *Partidos políticos. Viejos conceptos y nuevos retos*. Madrid: Trotta.

Loeweinstein, Karl (2018). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Planeta S.A.

Mair, Peter (2019). *Gobernando el vacío*. Madrid: Alianza Editorial.

Manin, Bernard (2016). *Los principios del gobierno representativo.* Madrid: Alianza Editorial S.A.

Martínez Sospedra, Manuel (1996). *Introducción a los partidos políticos*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Molina Guaita, Hernán (2006). *Instituciones políticas*. Santiago: LexisNexis.

Montero, José Ramón y Richard Gunther (2007). "Introducción: Los estudios sobre los partidos políticos", en José Ramón Montero, Richard Gunther y Juan J. Linz (eds.). *Partidos políticos. Viejos conceptos y nuevos retos.* Madrid: Trotta.

Nohlen, Dieter (1994). *Sistemas electorales y partidos políticos.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Peña, Carlos (2020). *Pensado el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*. Santiago: Penguin Random House Grupo Editorial.

Rosen, Harvey (2008). *Hacienda pública*. Madrid: McGraw Hill.

Roudier, Karine (2017). *Droit constitutionnel*. Mesnil-sur-l'Estrée: Bréal.

Sartori, Giovanni (1999). *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza Editorial.

Verdugo, Sergio (2012). "Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales". *Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xxxix. Valparaíso.

Verdugo, Sergio (2014a). "La debilidades de las críticas a las súper-mayorías". *Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xlii. Valparaíso.

Verdugo, Sergio (2014b). "Leyes de quórum calificado y debate constituyente". *Revista de Derecho Público Iberoamericano,* n.° 5. Santiago.

Verdugo, Sergio (2020). "El auge y caída del Tribunal Constitucional de 1970: la ironía de una predicción electoral equivocada". *Actualidad Jurídica*, n.° 42. Santiago.

www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/

Normas

Constitución de Alemania (1949).

Constitución de Argentina (1994).

Constitución de Chile (1980).

Constitución de España (1978).

Constitución de Estados Unidos (1789).

Constitución de Francia (1958).

Constitución de Italia (1947).

DFL 1 (2005). Ley n.º 19175 Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

DFL 1 (2006) Ley n.º 18695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

DFL 2 (2015) Ley n.º 18.700 Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios.

Ley n.º 18046 (1981) sobre Sociedades Anónimas.

Ley n.º 19537 (1997) sobre Copropiedad Inmobiliaria.

Tratado de la Unión Europea, última versión según el Tratado de Lisboa de 2007.

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL AMBIENTE: PERSPECTIVAS Y PROPUESTAS PARA EL DEBATE CONSTITUCIONAL

ENVIROMENTAL CONSTITUTIONAL PROTECTION: PERSPECTIVE AND PROPOSALS FOR DISCUSSION

Felipe Leiva Salazar

Resumen: Este trabajo presenta propuestas para mejorar y actualizar la protección constitucional del ambiente en el contexto del actual proceso constituyente. Las propuestas se realizaron considerando como idea matriz el hecho de que la discusión de la garantía constitucional sobre protección del ambiente debiese seguir la línea de contenido de la actual garantía actualizando sus deficiencias o debilidades en afinidada con el desarrollo jurisprudencial, doctrinario e institucional del ordenamiento jurídico ambiental del país.

Palabras claves: Constitución, ambiente, desarrollo sustentable, deberes ambientales del Estado.

Abstract: This work presents proposals to improve and update the constitutional protection of the environment in the context of the current constitutional process. The proposals were made considering as the main idea the fact that the discussion of the constitutional guarantee on environmental protection should follow the line of content of the current guarantee, updating

* Abogado Pontifica Universidad Católica de Chile. Máster (LLM) en Energía y Medio Ambiente, Tulane University. Profesor de pregrado en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. Profesor del Magister en Derecho Ambiental y Recursos Naturales de la Universidad de Desarrollo. Agradecemos la valiosa contribución de la abogada Javiera Fernández y del ingeniero forestal Rodrigo Azolas cuyas ideas y conversaciones enriquecieron este artículo. También, a la estudiante de la Facultad de Derecho de la UDD Constanza Willumsen por su invaluable aporte en la investigación. Correo electrónico: fleiva@andradeleiva.cl

its deficiencies or weaknesses in line with the jurisprudential, doctrinal and institutional development of the legal system environmental of the country.

KEYWORDS: Constitution, environment, sustainable development, environmental duties of the State.

I. INTRODUCCIÓN

El año 2019 no pasará inadvertido en la historia de nuestro país. Con motivo de la firma del acuerdo político del 15 de noviembre del año recién pasado, se ha trazado un itinerario que debiese culminar con la dictación de una nueva Constitución elaborada mediante un órgano constituyente elegido democráticamente e instaurada mediante un plebiscito con reglas democráticas asentadas de manera oportuna[1]. Se trata de un ejercicio político y jurídico de la mayor envergadura que definirá las reglas y principios del Estado de derecho para las próximas décadas y que requiere de una labor reflexiva que permita otorgarle a Chile un entramado constitucional que garantice la convivencia y permita un bienestar sostenible, duradero y armónico.

Con toda certeza, uno de los aspectos a discutir será el régimen constitucional de protección al ambiente. No solo desde su perspectiva como garantía fundamental para las personas, sino que, también, desde su cualidad de ser sustento ecológico de todo el quehacer económico, social y, en definitiva, vital, de nuestra sociedad[2]. La discusión no será trivial debido a que la protección ambiental es uno de los grandes desafíos que enfrenta la humanidad en este siglo y que, sin lugar a dudas, es la bisagra que determinará el comienzo de una nueva forma de relacionarnos con el planeta.

Las perspectivas y matices que probablemente abordaremos serán variopintos y teñidos de diversos conceptos como "constitución ecológica", "ecocentrismo", "antropocentrismo", el "buen vivir", "los derechos de la naturaleza", etc. Asimismo, tal vez discutiremos sobre la incorporación expresa de conceptos de la ciencia ambiental (biodiversidad, cambio climático, etc.) o de principios de derecho ambiental (precautorio, preventivo, responsabilidad)[3].

[1] Debemos constatar que a la fecha de elaboración de este artículo estábamos *ad portas* del denominado "plebiscito de entrada" a celebrarse el 25 de octubre de 2020.

[2] Cabe señalar que según las conclusiones de los encuentros locales autoconvocados desarrollados en el contexto del proceso de discusión constitucional promovido por el segundo gobierno de Michelle Bachelet, los siguientes fueron los valores y principios prioritarios elegidos: democracia, igualdad, descentralización, justicia, respecto/conservación de la naturaleza o medio ambiente y bien común y comunidad. MARÍN (2019).

[3] Un buen resumen de las posiciones que se discutirán se encuentra en *INDUAMBIENTE* (2020).

No obstante, a nuestro juicio, el debate constitucional debe reconocer la existencia de la actual garantía como un punto de partida fundamental en la discusión. Su sola presencia en la actual Constitución la ha distinguido como una garantía respecto de la cual la judicatura, los órganos de la administración del Estado y la ciudadanía han ejercido sus atribuciones y derechos en aras a la debida protección del ambiente. La eficacia de su protección siempre puede valorarse de mejor o peor forma, pero resulta indiscutible que su inclusión en el ordenamiento jurídico constitucional ha consolidado un pilar de resguardo al medio cuyo despliegue debe enriquecerse. Y en este punto queremos hacer una prevención. En nuestra opinión, la situación ambiental de un país no depende enteramente de la existencia de la garantía constitucional en sí misma como tampoco del detalle o calidad de sus disposiciones, sino que, también, y quizá en forma principal, de la forma en que sus destinatarios, las personas, la sociedad, el Estado, despliegan su contenido en la vida política, social y económica.

Asimismo, el debate constitucional que se adviene tiene la ventaja de poder nutrirse de todo el esfuerzo legislativo, jurisprudencial y doctrinario realizado a lo largo de estos cuarenta años para dotar de contenido al actual precepto constitucional. Lo anterior, permite enfocar la discusión en aspectos diversos a los actualmente regulados, pero aprovechando todo el avance regulatorio existente en el país.

El objetivo de este documento es proponer bases para la discusión entregando líneas de reflexión para la comunidad jurídica ambiental que –esperamos y deseamos– enriquezcan el debate o, al menos, proporcione elementos de discusión cuya trascendencia o bondad dependerá de la generosidad del lector.

Por nuestra parte nos limitamos a entregar este aporte considerando nuestra experiencia tanto académica como práctica en asuntos ambientales.

II. Algunas consideraciones sobre el actual ordenamiento jurídico ambiental como base para la reflexión de la próxima regulación constitucional del ambiente

1 El art. 19 n.º 8 de la Constitución Política de la República[4]

Con gran calidad y en forma abundante se ha escrito sobre la actual garantía constitucional que protege el derecho a vivir en un ambiente libre de con-

[4] En adelante también CPR.

taminación contenida en el art. 19 n.° 8 de la CPR[5]. Sin embargo, y como signo de su riqueza jurídica, siempre es posible ir descubriendo en su estudio perspectivas y dinámicas de análisis útiles para su permanente interpretación y crítica.

Desde su génesis, la discusión del actual precepto constitucional denota una expresión de visiones que, dada la época y el contexto en que se generaron, sorprenden por su profundidad y visión. Así, por ejemplo, podemos citar el Informe Final de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica titulado "Ideas básicas sobre protección constitucional y legal del medio ambiente y los recursos naturales" (Informe Conicyt) que sirvió de base para la discusión del art. 19 n.° 8 de la CPR. El Informe Conycit contiene un detallado análisis de la situación ambiental del país en aquella época, la definición de las bases científicas sobre las cuales se construyen los conceptos de "medio ambiente" y "recursos naturales" y una propuesta de redacción de la garantía constitucional que, si bien no fue acogida por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) o "Comisión Ortúzar", entrega importantes elementos que dan cuenta que la discusión ambiental no es reciente en el país y que los diagnósticos realizados en ese entonces siguen plenamente vigentes[6]. De estos elementos destacan, por ejemplo:

a) La consideración de las generaciones futuras como parte del deber del Estado de velar por la no afectación del derecho;
b) la aproximación sobre el concepto de medio ambiente en cuanto al objeto de protección de la garantía y
c) la obligación de "todo habitante de la República" de abstenerse de cualquier atentado contra el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación[7].

[5] Para una revisión en profundidad se recomienda consultar: Guzmán (2010). Asimismo, recomendamos a Carrasco (2020).

[6] Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (1975).

[7] El Informe de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica de 1975 propuso como texto constitucional el siguiente: "La Constitución reconoce y asegura a todos los habitantes de la República:

El derecho a desenvolver su existencia en un medio libre de toda contaminación; que los recursos naturales sean preservados de forma que eviten su pronto agotamiento (sic). El Estado deberá velar por este derecho no sea menoscabado en cualquiera forma que impida ser gozado en plenitud por las generaciones presentes o futuras del país.

Todo habitante de la República deberá abstenerse de cualquier acción que represente o pueda representar un atentado o amenaza a este derecho, y no podrá excusarse de someterse a las restricciones que en el ejercicio de sus derechos le sean impuestas con miras a preservar el medio ambiente nacional.

La integridad del patrimonio territorial del Estado comprende la integridad de su patrimonio ambiental".

Misma situación apreciamos de la revisión de las actas y discusiones ocurridas en la Comisión Ortúzar donde los comisionados discutieron sobre tópicos tales como la necesidad de consagrar la protección ambiental como un derecho protegido constitucionalmente, el alcance de su contenido, hasta la necesidad de establecerlo como parte de los derechos protegidos mediante el recurso de protección[8].

Es útil resaltar que el debate constitucional de la época giró en torno a dudas, precauciones y –derechamente– temores respecto del despliegue que tendría en nuestro ordenamiento jurídico la consolidación de la protección constitucional del ambiente. De todas ellas nos resultan destacables para la actual discusión aquellas relacionadas con la necesidad de consagrar la protección ambiental como garantía constitucional y la forma en que su protección afectaría el ejercicio de otros derechos, en especial aquellos que forman parte del Orden Publico Económico Constitucional.

En el primer caso existió una cierta reticencia por parte de algunos comisionados (por ejemplo, Alejandro Silva y Jaime Guzmán) en consagrar el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación debido a que esta garantía podría transformarse en una simple declaración programática cuyo contenido exige para el Estado prestaciones que probablemente no podría cumplir, generando no solo la insatisfacción jurídica, sino que, también, la de toda la sociedad.

A pesar de lo anterior, en el caso de la protección del ambiente por más declarativa o programática que sea la garantía, resulta evidente que su consagración constitucional constituye un pilar indispensable sobre el cual el ordenamiento jurídico ambiental puede desplegarse sin timidez. La pertinencia de la inclusión del derecho al ambiente como derecho constitucionalmente protegido ya es una tendencia incontrarrestable e indiscutible. Tal vez, el siguiente debate versará sobre la procedencia de ubicar al ambiente y su protección dentro de las normas básicas o fundantes de la Constitución, en un lugar equivalente al capítulo de las "Bases de la Institucionalidad" de la actual CPR. En la sección III abordaremos este tópico.

La segunda precaución que se desprende de la discusión en la CENC, de forma quizá no tan explícita, se refiere a utilización de la protección del ambiente como fundamento de posibles restricciones o limitaciones de otros derechos constitucionales, en especial los derechos económicos y de propiedad. Esta especial preocupación de la CENC por reforzar los contornos de la posible restricción de derechos basado en razones ambientales la encontramos, por ejemplo, en el inciso segundo del art. 19 n.º 8, donde se

[8] Para un resumen de la discusión véase Guzmán (2005), pp. 20-30.

establece la forma en que la ley puede establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades con el objetivo de proteger el ambiente. Esta norma, excepcional en el catálogo de derechos garantizados por la CPR, es cuidadosa en señalar la "especificidad" de la restricción y la necesidad de "determinación" de los derechos que sean afectados por las regulaciones legales[9].

Sin embargo, es en la regulación del recurso de protección en materia ambiental donde se explicita una máxima precaución por parte de los constituyentes. En su redacción original, los presupuestos para su concurrencia fueron restringidos solo a las acciones, excluyendo las omisiones, de personas determinadas exigiéndose, además, la concurrencia copulativa de la "arbitrariedad" e "ilegalidad" del acto recurrido[10]. Esta extrema limitación pretendió, por una parte, evitar la excesiva interposición de acciones cautelares debido a la falta de acción, principalmente del Estado, y a la supuesta incapacidad de los tribunales de pronunciarse y adoptar medidas frente a situaciones complejas con rapidez que el recurso de protección lo requiere[11]. Y, por otra parte, si bien no existe una base lo bastante documentada para justificar la exigencia copulativa de "arbitrariedad" e "ilegalidad", nos parece que esta restricción deriva, sin duda, de la tensión existente en la CENC entre aquellos comisionados que no querían consagrarlo como garantía protegida, por su carácter al parecer programático, y quienes sí estaban por agregarlo como un derecho autónomo y protegido[12]. Estos requisitos fueron eliminados en la reforma constitucional del año 2005 y, de nuevo, que el tiempo se ha encargado de desvirtuar las aprehensiones originales.

Lo señalado es base para lo que afirmaremos a continuación. Existe un cierto consenso en la doctrina sobre que, pese a sus debilidades, la garantía constitucional del art. 19 n.° 8 contiene elementos plenamente vigentes hasta ahora y que su sola existencia ha permitido que el ordenamiento jurídico se estructure en torno a su contenido. Al respecto, discrepamos de quienes manifiestan que la protección constitucional del ambiente en Chile haya cedido *ab initio* al despliegue del "modelo económico" impuesto mediante el privilegio de otras garantías constitucionales (libertad económica, derecho de propiedad, etc.). A diferencia de los otros derechos constitucionales que

[9] Guzmán (2005), p. 113.

[10] El texto original del inciso 2° del art. 20 de la CPR establecía: "Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del Artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitario e ilegal imputable a una persona o autoridad determinada".

[11] Guzmán (2005), p. 214.

[12] En este sentido *op. cit.*, nota al pie 494.

podrían calificarse como sociales, el derecho a la salud o la educación o al trabajo, donde efectivamente se denota un desequilibrio decidido frente a los derechos relacionados con el Orden Público Económico, la protección constitucional del ambiente contó con un estatuto de protección que alcanzó los grados necesarios para ser considerada como una garantía constitucional en toda su extensión[13].

Nos parece que la discusión en torno a la protección del medio en la actual CPR se centró más bien en la dificultad conceptual que por entonces existió respecto de su contenido y alcances que en la aparente y especial protección de un modelo o sistema económico determinado[14]. Expresado de otro modo, el nivel de regulación de protección constitucional establecido originalmente en la CPR fue coherente con el debate internacional de la época sobre el ambiente siendo, incluso, pionera en su consagración en el ámbito constitucional[15]. Las lecciones que se desprenden de sus antecedentes y discusiones así lo demuestran[16].

Lo anterior nos muestra que la protección del ambiente es una "bisagra" o eje independiente de la forma o modelo de desarrollo de un país y que su discusión se refiere más bien a la forma en que la sociedad y las personas se relacionan con los sistemas ambientales, la naturaleza, los ecosistemas y el entorno, más que con la opción intencionada o no de privilegiar una for-

[13] Según Guzmán (2005), p. 1, desde un punto de vista sustantivo el actual texto fundamental "señala cuatro aspectos básicos, a saber: a) el reconocimiento del derecho de todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; b) el doble deber del estado de velar porque tal derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza; c) la posibilidad, ley mediante, de establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades, y d) la factibilidad, también a través de una ley, de establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad en aras de la conservación del patrimonio ambiental". En tanto, desde el punto de vista adjetivo se contempla un acción de protección.

[14] Por ejemplo, Liliana Galdamez señala: "sin ánimo de defender una interpretación originalista de la norma" en la CPR la discusión en el seno de la Comisión Ortúzar se distancia del "clivaje asociado a la crisis institucional que vivió Chile en 1973". Agrega: "Ajenos a la discusión sobre la reconstrucción de la democracia desde el liberalismo y respeto al derecho de propiedad, se distingue otra perspectiva ideológica, esta vez a propósito de la cuestión ambiental. Se trata de una fuerte inclinación por la protección del medio ambiente, defensa que para los comisionados estaba implícita en el artículo 1o. de la Constitución, en la noción bien común". Galdamez (2017).

[15] Los primeros países en considerar disposiciones sustantivas en el reconocimiento constitucional del derecho al ambiente fueron Suiza (1971), Panamá (1972), Grecia (1975), Papúa Nueva Guinea (1975), India (1976 y Portugal (1976). Chile fue el primer país sudamericano en establecerlo. Para mayor detalle véase Carrasco (2020) pp. 33-35.

[16] Se coincide con Liliana Galdamez en que "la preocupación de los integrantes de la Comisión y la certeza de que la cuestión ambiental estaba en sintonía con las preocupaciones mundiales que entonces comenzaron a manifestarse". En Galdamez (2018), p. 79.

ma de desarrollo económico por sobre otro. Probablemente, muchos de los actuales problemas ambientales existentes en Chile sean menos atribuibles a las imperfecciones de actual garantía de protección constitucional del ambiente que a la reacción y utilización tardía e ineficaz de las herramientas jurídicas que la garantía proveyó desde su génesis y del cumplimiento incompleto de los deberes del Estado sobre la materia, como en algunos casos lo ha confirmado y explicitado la Corte Suprema en casos recientes[17].

2. La institucionalidad vigente y su papel en la protección del ambiente

Un elemento indiscutible para la debida protección del ambiente lo constituye la existencia de una institucionalidad que responda a los desafíos que presenta esta difícil y delicada tarea. Al respecto, muchas de las críticas que pueden hacerse a la deficiente gestión ambiental del país recaen sobre la ausencia de regulación o la falta de fiscalización por parte de las autoridades competentes en la materia. En este aspecto, debemos reconocer que desde la vigencia de la CPR, la institucionalidad ambiental en Chile fue lenta y tímidamente instalada. Es este sentido, no fue sino hasta 1994, con la dictación de la Ley n.° 1300 sobre bases generales del medio ambiente, cuando se crea por primera vez la institucionalidad ambiental a través de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) bajo un esquema de coordinación, horizontalidad y escasas atribuciones fiscalizadoras. Estas deficiencias fueron corregidas el año 2010, mediante la creación del Ministerios del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente y, luego, con la creación de los tribunales ambientales[18]. Quizá la más infame deuda institucional que va quedando es aquella relacionada con la regulación de las áreas protegidas y la biodiversidad donde no se vislumbran visos de consolidación.

Como podemos apreciar, la discusión de una nueva garantía constitucional relativa a la protección del ambiente se encuentra en una situación institucional muy diferente a aquella existente en 1980 donde simplemente se carecía de ella y los tribunales de justicia tuvieron que suplir, en los albores de la vigencia del precepto constitucional, la ausencia de institucionalidad[19].

[17] Corte Suprema (2017b);Corte Suprema (2019); Corte Suprema (2017a).

[18] Nos referimos a la Ley n.° 20600.

[19] Lo anterior, no quiere decir que en la actualidad los tribunales no lo hagan o estén llamados a hacerlo, sino que dentro del Estado existen también otros actores llamados a dar contenido al cumplimiento del precepto quienes, obviamente están supeditados en sus decisiones por las actuaciones de que los tribunales adopten en la materia.

Pese a su desarrollo tardío, a nuestro juicio, la institucionalidad ambiental en Chile ha alcanzado estándares de complejidad suficientes para hacerse cargo, con mayor o menor profundidad, de los requerimientos de acceso a la información ambiental, a la participación ciudadana, muchas veces, con incidencia práctica en las decisiones y el acceso a la justicia exigidos por diversos tratados, declaraciones y acuerdos internacionales[20]. Y esta frondosidad no solo se aprecia desde la perspectiva institucional, sino que, también, sectorial donde existen leyes y regulaciones cuyo contenido ambiental alcanza importantes niveles de avances y sofisticación[21].

De esta forma, el actual escenario institucional permite que la futura discusión constitucional sobre la protección del ambiente descanse sobre un entramado jurídico ambiental, no en ciernes como en la anterior discusión, sino lo suficientemente desarrollado, robusto y acorde con los desafíos que la sociedad exigirá en este debate. Esta vez, la institucionalidad ambiental está preparada.

III. Perspectivas y propuestas para el debate constitucional

Como revisamos en la sección anterior, el actual debate constitucional arranca con la ventaja de un camino pavimentado por cuarenta años de un dinámico y vivo desarrollo, tanto en el ámbito nacional como internacional, instituciones, principios y normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico ambiental chileno. Si en la década de 1970 se cuestionó, incluso, la procedencia de proteger constitucionalmente el ambiente, el debate actual estará marcado por la profundidad y alcance de dicha protección. Tal vez surjan posiciones donde se buscará su revisión y completo replanteamiento como garantía incorporando en su contenido tópicos como: el cambio climático, los derechos de la naturaleza, derechos de los animales, visiones de pueblos originarios, etcétera.

En este trabajo nos abocaremos en concreto a abordar tres aspectos desde donde modestamente deseamos plantear nuestras propuestas, que detallamos a continuación.

[20] Para mayor detalle véase Carrasco (2020), pp. 27-36 y 53-58.

[21] Como ejemplo de leyes con contenido ambiental avanzado podemos citar la Ley n.º 18892 y sus modificaciones; el DL n.º 2222; Ley n.º 20283; Ley n.º 20920 y la recién publicada Ley n.º 21202.

1. Contenido de la garantía: "Derecho a vivir un medio ambiente sano que permita la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones"

La discusión del contenido del derecho a garantizar y proteger con toda seguridad alcanzará una dimensión que no existió en la génesis del precepto. Nos referimos a la eventual perspectiva o ética antropocéntrica o ecocéntrica que la protección del ambiente debiese tener en la Constitución tanto en su tratamiento como derecho protegido y en su incorporación dentro de las normas básicas de la Constitución que defina la relación del ambiente con el Estado, la sociedad y las personas. Al respecto, si bien la discusión ética se viene planteando ya desde hace décadas, el debate de su dimensión jurídica ha ido incrementando su intensidad, incluso, siendo recepcionada –la opción ecocéntrica– en algunas constituciones latinoamericanas, tales como la ecuatoriana y boliviana[22].

Sin perjuicio de la innegable riqueza del debate doctrinario en torno a estos tópicos desde una perspectiva constitucional y jurídica, la antinomia conceptual que se evidencia es solo aparente debido a que el actual nivel de desarrollo del derecho ambiental, tanto en el ámbito nacional como internacional, cuenta con principios y herramientas jurídicas suficientes para hacerse cargo de las visiones y preocupaciones éticas derivadas de las posiciones más vanguardistas en la materia[23]. En este sentido, a nuestro juicio la propuesta del contenido del derecho debiese adoptar una perspectiva pragmática y eficaz que permita una interpretación evolutiva acorde con principios jurídicos asentados, desarrollados y consolidados. Expresado de otra manera, es posible concordar los objetivos de protección constitucional del ambiente, sin necesariamente incorporar en sus preceptos una visión ética que no esté asentada lo suficiente en la cultura social y jurídica del país. En tal sentido, y como toma de posición en la materia, nos inclinamos por afirmar que la perspectiva "antropocéntrica" que puede desprenderse del precepto constitucional es suficiente base para una debida protección del ambiente tomando en cuenta, incluso, aspectos de preocupación de visiones ecocéntricas como el considerar la protección de la naturaleza como un bien jurídico protegido en sí mismo.

Quizá, el consenso existente respecto de la aparición de la nueva etapa en la humanidad denominada "Antropoceno", contribuya a apaciguar la discusión, al tomarse conciencia de la interrelación y directa influencia humana en los procesos del ambiente y de la tierra, más allá de sus acciones directas y más

[22] Para mayor detalle véase Carrasco (2020), pp. 10-23.

[23] Sobre ética ambiental se recomienda véase Foy (2009), pp.,247-261.

allá de las responsabilidades individuales[24]. El reconocimiento del Antropoceno necesariamente implica para la humanidad aceptar y asumir la responsabilidad no solo por su propia subsistencia individual y colectiva, sino que, también, respecto del ambiente como soporte y sustrato de su propia existencia, estando obligado de manera irremisible a ser responsable de su cuidado[25].

Ahora bien, bajo la perspectiva declarada el alcance del contenido que disponga la nueva Constitución deberá hacerse cargo de dos aspectos relacionados entre sí. El primero de ellos, se refiere a los bordes y límites de la protección del ambiente como derecho individual a ser garantizado y, el segundo, sobre si se le atribuye al ambiente un valor jurídico esencial a proteger, incluso, jurisdiccionalmente con independencia de si su afectación perjudica de forma directa a las personas y su entorno adyacente[26].

Sobre el primer aspecto se estima que la redacción que se proponga debe considerar la extensión de su alcance más allá del concepto "libre de contaminación" hoy vigente, en coherencia con el desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre la materia[27]. Es decir, a nuestro juicio, es necesario ampliar la extensión de los bienes jurídicos comprendidos en la protección constitucional del ambiente. En este sentido, se debiese considerar aquellos presupuestos consistentes en situaciones de contaminación nociva para la vida y la salud de las personas y eventualmente los ecosistemas o sistemas ambientales, también, aquellos supuestos donde la afectación sea ocasionada por acciones donde no siempre se introduzcan elementos contaminantes al ambiente, pero cuya consecuencia genere una afectación a alguno de los elementos o valores que se consideren jurídicamente comprendidos en el precepto constitucional. En este sentido, coincidimos con quienes consideran que la protección ambiental no solo está referida con a la protección de valores relacionados con la vida y la salud, sino que, también, se refiere a la conceptos tales como la calidad de vida, el bienestar, la vida digna, buen vivir, etc.[28]. Si bien, el literal m) del art. 2 de Ley n.º 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente intenta darle contenido al precepto constitu-

[24] Véase Trischelr (2017).

[25] En este sentido coincidimos con Andrés Bordalí en que el "medio ambiente presenta un claro aspecto público y colectivo, es decir, interesa, sirve y afecta a toda una comunidad humana, y es, en definitiva, soporte para todos los demás derechos" Bordali (1998), pp. 7-26.

[26] Sobre el concepto de "entorno adyacente" véase Bermudez (2014), pp 123-126.

[27] Para mayor detalle véase Carrasco (2020), pp. 44-53. Asimismo, estamos de acuerdo con José Luis Cea Egaña en que el actual art. 19 n.º 8 asegura es "solo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de aquella contaminación que sea nociva para la vida o salud del hombre, como asimismo dañina para el ecosistema en que él desenvuelve normalmente su existencia", citado en Aguilar (2016), p. 370.

[28] Aguilar (2016), pp 378-386.

cional es el momento de corregir en la propia Constitución su alcance para precisamente hacerse cargo de las deficiencias tantas veces referidas[29].

En este contexto nos inclinamos por consagrar como derecho constitucional protegido el derecho a un ambiente "sano"[30]. El uso de este vocablo implica un refuerzo positivo respecto de la calidad del ambiente que se desea garantizar, más allá de la ausencia –o estar "libre de"– de contaminantes presentes en el ambiente según la actual redacción. Se trata de fortalecer la protección constitucional del medio incorporando en la garantía un estándar que carece de neutralidad y que se correlaciona con una condición que exige su sostenibilidad en el tiempo. En este orden de ideas se propone incorporar como complemento a un ambiente "sano", la expresión contenida en la definición de medio ambiente de la Ley n.° 19300 en el sentido que el derecho a un ambiente sano debe, además, permitir "la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones"[31]. La incorporación de esta frase extiende y clarifica los bordes del derecho a proteger constitucionalmente por cuanto reconoce al ambiente como entorno o sustrato ecológico de subsistencia e incorpora como parámetro de lo sano y adecuado el respeto a la existencia de todas las manifestaciones de la vida, humana y no humana[32].

Una redacción como la propuesta se hace cargo de aquellos aspectos relacionados con el contenido y alcance del derecho al ambiente sano como bien jurídico protegido, recogiendo y actualizando, además, los criterios jurisprudenciales, doctrinarios y legales que han nutrido los contornos del actual precepto.

El otro aspecto que sin duda será parte de la discusión constitucional se refiere la consideración de la naturaleza o de ciertos elementos de ella como titulares intrínsecos de derechos constitucionales cuya protección debe ser garantizada incluso jurisdiccionalmente.

Al respecto, nos parece que la discusión jurídica tanto en el ámbito nacional como internacional es aún incipiente y necesita mayor desarrollo y

[29] Bermudez (2014), p. 67.

[30] Sobre el derecho a un ambiente sano recomendamos revisar Vernet y Jaria (2007), pp 513-533.

[31] Ley n.° 1.300, art. 2 letra m) .

[32] Como bien lo expresa Bermúdez (2014), pp. 63-64: "este elemento de la definición legal de medio ambiente se refiere a aquella porción variable del entorno o medio que se encuentra de forma adyacente al ser humano, especie o grupo animal o vegetal, la cual no se reduce a su hábitat inmediato o más próximo para esa forma de vida, sino que incluye además el entorno necesario para que una persona pueda desarrollarse". Y ese entorno adyacente será tan amplio o restringido en cuanto "rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones". Agrega que este concepto "obliga a situarse relativamente respecto de un ser humano, un animal/vegetal o grupo de estos, y desde allí avanzar hasta aquél último elemento que rige y condiciona la existencia de esa forma de vida en particular".

asentamiento en la comunidad jurídica, pese a la existencia, como se indicó, de algunas recepciones en legislación comparada. En este sentido, no resulta conveniente forzar el derecho y sus instituciones para recoger las aspiraciones e inquietudes de aquellos que promueven su establecimiento[33]. Cómo revisaremos en la sección IV. 3 pensamos que el reforzamiento de los deberes del Estado en materia ambiental es un paraguas legal suficiente para hacerse cargo de dichas preocupaciones.

2. El desarrollo sustentable como principio rector o valor fundante de la Constitución[34]

Desde su conceptualización en el Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo "Nuestro Futuro Común" (1987), o Informe Bruntdland, el concepto de "desarrollo sustentable" definido como

> "aquél que satisface las necesidades del presente, sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades",

ha sido profusamente abordado desde diversas perspectivas que distan de ser pacíficas[35]. Sin embargo, la discusión siempre tiende a coincidir en la necesidad de armonizar la protección del ambiente con el indispensable desarrollo económico de los países[36].

Así, con independencia del debate, es innegable que el desarrollo sustentable ha sido la base conceptual que ha inspirado la negociación e implementación de los diversos tratados internacionales multilaterales sobre el ambiente, con la proclamación, el año 1992, de la Declaración de Río sobre

[33] Al respecto coincidimos con José Ignacio Vásquez, cuando señala: "esta objetivación y subjetivación del medio ambiente como bien jurídico autónomo de la existencia humana, obviamente que presente problemas de comprensión desde el ámbito del derecho, que hasta ahora sólo concibe a las personas como sujetos de derechos (a pesar de los recientes intentos de reconocimientos de derechos a los animales, especialmente a los perros y a los simios o incluso de las plantas y árboles) y al derecho mismo como medio de regulación de las relaciones interpersonales". Vasquez (2014), pp. 143-162.

[34] Para efectos de este artículo optamos por el concepto "desarrollo sustentable" por el de "sostenible" en tanto concepto ya recogido en la legislación nacional y la jurisprudencia.

[35] Bermúdez (2014), p. 71.

[36] Coincidimos con lo señalado por Vernet y Jaria (2007), p. 520 sobre que en "el marco del desarrollo sostenible los dos bienes jurídicos deben desplegarse armónicamente, con lo que el medio ambiente protegido incorpora la posibilidad del desarrollo [...]" y en que "la Declaración de Río es paradigmática tanto en el reconocimiento simultáneo del derecho a un medio ambiente sano o adecuado y del derecho al desarrollo así como a su eventual incardinación en un proyecto social global, que se designa con la noción de desarrollo sostenible.

el Medio Ambiente y el Desarrollo. En efecto, en su principio 3, la Declaración de Río señala:

> "El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades futuras de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras".

Asimismo, el art. 4 señala:

> "a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada"[37].

El desarrollo actual del concepto en el ámbito de las Naciones Unidas lo encontramos en los denominados "Objetivos de Desarrollo Sostenible" (ODS), aprobados en la denominada Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Agenda 2030), donde se establecen 17 ODS de diversa índole[38]. Sobre estos los países se comprometen a trabajar con la decisión de

> "proteger el planeta contra la degradación, incluso mediante el consumo y la producción sostenibles, la gestión sostenible de sus recursos naturales y medidas urgentes para hacer frente al cambio climático, de manera que pudiera satisfacer las necesidades de generaciones presentes y futuras"[39].

La legislación ambiental nacional también contiene su propia definición al señalar, en el literal g) de su art. 2 que desarrollo sustentable es

> "el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras".

---

[37] Además el principio del desarrollo sustentable ha sido invocado, entre otros instrumentos internacionales, en el art. 3 n.° 1 del convenio marco sobre Cambio Climático de Naciones Unidas; art. 4 letra a) de la Carta de la Tierra; Principios Generales de la Carta Mundial de la Naturaleza; Objetivo 11 de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas y Puntos 3 y 12 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río +20.

[38] En resumen los ODS son: 1) Fin de la pobreza, 2) Hambre cero; 3) Salud y Bienestar; 4) Educación de calidad; 5) Igualdad de Género; 6) Agua limpia y saneamiento; 7) Energía asequible y no contaminante; 8) Trabajo decente y crecimiento económico; 9) Industria, innovación e infraestructura; 10) Reducción de las desigualdades; 11) Ciudades y comunidades sostenibles; 12) Producción y consumo responsable; 13) Acción por el clima; 14) Vida Submarina; 15) Vida de ecosistemas terrestres.; 16) Paz, justicia, e instituciones sólidas; 17) Alianza para lograr los objetivos.

[39] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2016), p. 1.

Por su parte, en el ámbito judicial dicho concepto también ha sido utilizado en sentencias e, incluso, reconocido como una de las base de la "Declaración de Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible" elaborado por la Cumbre Judicial Iberoamericana. En este último documento, suscrito por los poderes judiciales de Iberoamérica se destaca:

> "conforme a los coralarios de la nueva agenda 2030 y de sus objetivos, no debemos referirnos al desarrollo sostenible como una cuestión opcional, sino básica y de justicia, por cuanto la naturaleza que hemos recibimos pertenece también a las futuras generaciones"[40].

Es este contexto es indudable que tanto en el ámbito nacional como internacional el concepto de desarrollo sustentable ha surgido como un catalizador o "mandato de armonización" entre el necesario desarrollo económico y la debida protección ambiental[41]. Se trata de un concepto que dejó de manifiesto que la creencia de un crecimiento infinito en un planeta con recursos finitos es simplemente imposible e inviable[42]. En este sentido, dicho concepto ha pasado de tener un contenido solo técnico a ser una "categoría inherentemente cultural" con implicancias evidentes en el ámbito de la normatividad y el derecho[43].

En resumen, el desarrollo sustentable significa la consideración para su despliegue en la sociedad de tres pilares esenciales, a saber: el ecológico, económico y social, graficados como un triángulo equilátero donde cada uno tiene el mismo peso y que deben ser armonizados entre sí[44]. La simplicidad de su enunciación constituye precisamente su mayor carga debido a las dificultades que la aplicación del concepto en la realidad donde muchas veces los mencionados pilares no están lo bastante equilibrados en los modelos de desarrollo de los países, debido a los desbalances generados por sus realidades económicas particulares[45].

La actual CPR contiene disposiciones respecto de las cuales es posible desprender cercanía o proximidad con el concepto de desarrollo sustentable. Nos referimos en especial al inciso 4° del art. 1 de la CPR donde se consagra la servicialidad del Estado y su deber de contribuir al bien común, entendido como el conjunto de

[40] Cumbre Judicial Iberoamericana (2018), pp. 24-25.

[41] Bermúdez (2014), p. 73.

[42] Para profundizar recomendamos a Delanty (2020), pp. 7-37.

[43] *Op. cit.*, p. 18.

[44] Bermúdez (2014), p. 73 y también en Canut de Bon (2007), p. 21.

[45] Una perspectiva gráfica distinta propone la economista de la Universidad de Oxford Kate Raworth en su libro *Doughnout Economics* donde señala que una economía sustentable tiene la forma de una "rosquilla" que pone en la circunferencia interior el fundamento social de bienestar donde nadie debiese caer, traducido en derechos o situaciones básicas para todos en la sociedad. En la circunferencia superior ubica un "techo ecológico" que no se debiese superar.

> "condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible",

todo con "pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"[46]. Desde la perspectiva del desarrollo sustentable estas condiciones sociales de desarrollo espiritual y material debiesen respetar cada uno de los aspectos económicos, sociales y ecológicos que lo fundamentan. No obstante, la cercanía conceptual, es manifiesto que la declaración contenida en este inciso no se hace cargo de plantear o sugerir que la "mayor realización espiritual y material" debe enmarcarse dentro de un marco de sustentabilidad ecológica como sustrato material del pleno respeto de los derechos y garantías de la CPR, cuestión que estimamos debe explicitarse.

En este sentido, nos parece que la adopción del desarrollo sustentable y su contenido esencial debiese ser parte de la nueva Constitución como uno de los ejes cardinales que oriente el actuar del Estado, la sociedad y las personas según las reglas que se definan de forma democrática. Para explicarlo de otro modo, nos parece que la inclusión del concepto de desarrollo sustentable debiese estar dentro de los pilares básicos o normas fundamentales que inspiren la nueva Constitución, equivalente al actual capítulo I "Bases de la institucionalidad" de la CPR, y, también, debiese ser incorporado como una de las limitantes de aquellos derechos relacionados con el actual "orden público económico" a la manera que lo hacen conceptos jurídicos indeterminados como "la moral", "el orden público", "las buenas costumbres", etcétera[47].

La inclusión del concepto "desarrollo sustentable" en su inclusión en la nueva Constitución permitirá afinar y balancear no solo el contenido del derecho a un ambiente sano o adecuado en relación con el despliegue de los derechos económicos y de propiedad, sino que, además, orienta a los destinatarios de la Constitución y da sentido a la idea del tipo de desarrollo económico que el país requiere de cara a los desafíos del siglo XXI.

3 Incorporación de la restauración o reparación ambiental como nuevo deber del Estado: "Es deber del Estado promover la continua y permanente restauración de los ecosistemas degradados, destruidos o dañados del país"

En afinidad con la idea directriz de este articulo, esto es, que la discusión de la garantía constitucional sobre protección del ambiente debiese seguir

[46] Bermúdez (2014), p. 73; Aguilar (2016), pp. 386-388.

[47] Sobre los conceptos jurídicos indeterminados en la Constitución véase Martínez (2019), pp. 161-196.

la línea de contenido de la actual garantía actualizando sus deficiencias o debilidades, en nuestra opinión que otro aspecto a incorporar en ella tiene relación la incorporación de mejoras al contenido y enunciados de los deberes del Estado en materia ambiental, esto es, "velar" porque el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación "no sea afectado" y "tutelar la preservación de la naturaleza"[48]. El establecimiento de estos deberes es un distintivo más de la regulación constitucional del ambiente frente a otros derechos constitucionales[49].

En resumen, ambos deberes estatales forman parte del régimen constitucional del ambiente y poseen una naturaleza diversa. En el primer caso, esto es, velar por la no afectación del derecho, se trata de "un deber con objeto iusfundamental", marcado por un énfasis antropocéntrico y "de la única disposición constitucional que admite expresamente el efecto horizontal del derecho constitucional o fundamental [...][50]. En cambio, el deber de "tutelar la preservación de la naturaleza" sería un deber autónomo, extensión natural del deber del Estado de promover el bien común y de un "claro énfasis ecocéntrico" al no ser relevante la intervención humana o su afectación[51].

La existencia de los deberes estatales ambientales aplicables, con mayor o menor intensidad y características, a todos los estamentos del Estado constituye un mecanismo jurídico o una "prescripción constitucional de actuación" que permite exigirle a éste el cumplimiento de ciertos objetivos materiales que, a su vez, refuercen y contribuyan a la satisfacción de un mandato constitucional, es este caso, del derecho a vivir en un ambiente sano o adecuado[52].

En este sentido, no obstante la aparente completitud de los actuales deberes ambientales del Estado, a nuestro juicio, debiese explicitarse como deber estatal ambiental un aspecto de vital relevancia para la protección del ambiente de los años venideros. Nos referimos al deber de promover la restauración de los ecosistemas dañados en el contexto de la conservación del patrimonio ambiental del país, entendido este último como

> "el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del

[48] Art. 19 n.º 8 inciso 1 parte final de la CPR.

[49] Los otros aspectos distintivos lo constituyen el inciso segundo del art. 19 n.º 8 y el inciso segundo del art. 20 de la CPR.

[50] Bermúdez (2014), p. 178. También en Puschel (2010), p. 56.

[51] Puschel (2010), p. 131.

[52] Como tópico relacionado nos parecería interesante que en la nueva Constitución se debata de forma directa la posibilidad de recurrir jurisdiccionalmente contra el Estado por la omisión en el cumplimiento de estos deberes.

> país que sean único, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración"[53].

Este concepto, incluido, además, en la actual CPR como uno de los aspectos que comprenden la función social de la propiedad constituye un elemento que se interrelaciona, además, con el principio de desarrollo sustentable mirado desde la perspectiva de lo que se denomina la "sustentabilidad fuerte"[54]. Técnicamente, la restauración ecológica se define como

> "una actividad intencional que inicia o acelera la recuperación de un ecosistema nativo con respecto a su salud, integridad y sustentabilidad [...]";

se puede definir también como el "proceso de ayudar al restablecimiento de un ecosistema que se ha degradado, dañado o destruido"[55].

A lo largo de la historia los ecosistemas de nuestro país han sufrido una creciente transformación generado no solo por las actividades urbanas, industriales, agrícolas, mineras, etc., sino que, también, por importantes incendios forestales los cuales han generado "severos impactos sobre los hábitats nativos, impactos que en algunos casos hasta el día de hoy no han sido capaces de recuperarse"[56]. Desde una perspectiva técnica existen diversas formas de enfrentar la recuperación de hábitats o ecosistemas degradados todos los cuales requieren de un ingente y persistente esfuerzo material y humano que no es posible solventar utilizando solo los mecanismos jurídicos actuales que solo atiende a algunos casos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o al ejercicio de la acción por daño ambiental[57].

---

[53] Ley n.º 19300, art. 2 Letra b).

[54] Según Canut de Bon (2007) la sustentabilidad fuerte "se trata de una corriente que sostiene que no existe equivalencia entre los diversos tipos de capital, y en particular entre el capital natural o ecológico y el construido por el hombre". Agrega: "este capital, el esencial para la humanidad llamado capital crítico, no puede ser compensado con otros capitales".

[55] Fernández, Morales, Olivares (2010), p. 19.

[56] *Op. cit.*, p. 15.

[57] Según Fernández *et al.* (2010), p. 18, existen los siguientes tipos de rehabilitación de hábitat, a saber, "Ausencia *de acción*. La recuperación es demasiado costosa, los intentos previos han fallado o se espera que el ecosistema se recupere solo mediante mecanismos sucesionales naturales. *Reemplazo de un ecosistema degradado por otro productivo*. El reemplazo es llamado algunas veces 'creación de hábitat', porque establece una comunidad biológica en un sitio y restaura ciertas funciones ecológicas, como el control de inundaciones y la retención del suelo. *Rehabilitación de un ecosistema dañado*, buscando su reparación, no su «recreación», y al menos la recuperación de algunas especies originales y ciertas funciones del ecosistema. La rehabilitación se centra en las especies dominantes, retrasando su acción sobre especies raras y poco comunes, que son parte de un programa completo de restauración. *Restauración o reconstrucción de un ecosistema degradado*. Considera la estructura comunitaria, la composición de especies y el res-

La restauración ecológica establecido como deber estatal contribuiría también a hacerse cargo de aquellas situaciones históricas de degradación ambiental de los ecosistemas del país generadas por múltiples causas y contribuiría asimismo a incrementar el capital natural del país para las próximas generaciones.

Jurídicamente, siguiendo a Lorna Puschel[58] se trataría de un deber con objeto "iusfundamental" que vendría a complementar aquel relacionado con el deber de velar por la no afectación del derecho vivir en un medio sano o adecuado. En este sentido consideramos que la degradación específica de un ecosistema sin que existan acciones tendientes a su restauración constituye de por sí una afectación permanente del derecho a vivir en un ambiente adecuado por cuanto restringe o limita la existencia a aquellas personas, grupos o comunidades que son parte de ellos y que no pueden gozar de sus atributos en cuanto se mantenga esta degradación.

V. Conclusiones

La protección constitucional del ambiente será uno de los tópicos que probablemente provocará intensos debates sobre su alcance y contenido, por cuanto se trata de las reglas que determinarán el tipo de desarrollo del país para los próximos años y su relación con los sistemas ambientales, la naturaleza, los ecosistemas y el entorno. Sin duda, las perspectivas serán ricas en contenido y variedad. Sin embargo, a diferencia del estadio constitucional anterior, y alentado por la actual garantía constitucional, Chile ha alcanzado un nivel de desarrollo jurídico ambiental que permite enfrentar el debate desde una posición muy distinta a aquella presente cincuenta años atrás.

Este contexto, que dificulta la originalidad, facilita una enormidad los diagnósticos, análisis y proyecciones que puedan utilizarse para, democráticamente, fijar las nuevas reglas constitucionales sobre ambiente. Al contrario de Sísifo, esta vez no se partirá de nuevo con tan pesada carga.

Como propuesta específica, a nuestro juicio, la discusión constitucional debiese incorporar tres aspectos a mejorar del actual texto, a saber:

1) Consagrar el derecho a vivir un ambiente sano que permita la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.

tablecimiento de procesos ecológicos a través de un activo programa de modificación del sitio y de reintroducción de especies. Por lo tanto, se intenta conducir a los ecosistemas para que el cambio natural de las comunidades, a lo largo del tiempo, permita la recuperación de la composición de especies, así como sus interrelaciones, hasta conseguir que funcionen en un tiempo".

[58] Puschel (2010).

2) Consolidar el desarrollo sustentable como principio rector o valor fundante de la Constitución.
3) Incorporar la restauración o reparación ambiental como nuevo deber del Estado.

Desde nuestra visión, la integración de estos elementos permitiría actualizar y mejorar la protección constitucional del ambiente, enriqueciendo su contenido para enfrentar, reiteramos, el inmenso desafío que el siglo XXI está presentando para el país. Hacemos los votos para que el resultado del proceso constituyente permita, en armonía con el medio, consolidar a Chile como el país justo y próspero que merece ser y por el cual muchas generaciones han bregado.

Bibliografía citada

Aguilar Cavallo, Gonzalo (2016). "Las deficiencias de la fórmula 'derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación' en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión". *Estudios Constitucionales*, año 14, n.° 2. Talca.

Bermúdez Soto, Jorge (2014). *Fundamentos de derecho ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Bordalí Salamanca, Andrés (1998). "Constitución económica y protección del medio ambiente". *Revista de Derecho*, vol. 9, número especial. Disponible en http://revistas.uach.cl/html/revider/v9supl.Especial/body/art06.htm [fecha de consulta: 4 de agosto de 2020].

Canut de Bon, Alejandro (2007). *Desarrollo sustentable y temas afines.* Santiago: Consejo Minero.

Carrasco Quiroga, Edesio (2020). *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales.* Santiago: Editorial DER Ediciones Limitada.

Delanty, Gerard (2020). "Teoría crítica como crítica a la insustentabilidad: 'La vida dañada' en el Antropoceno". *Estudios Públicos,* n.° 159. Santiago.

Fernández, Ignacio, Narkin Morales, Luis Olivares (2010). *Restauración ecológica para ecosistemas nativos afectados por incendios forestales*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Agronomía e Ingeniería Forestal y Corporación Nacional Forestal.

Foy Valencia, Pierre (2009). "Consideraciones sobre ética, derecho y ambiente". *Derecho PUCP,* n.° 62. Lima. También disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3167 [fecha de consulta: 4 de agosto de 2020].

Galdamez Zelada, Liliana (2017). "Medio ambiente, Constitución y tratados en Chile". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. vol. 50, n.° 148. Disponible en

www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332017000100113&script=sci_arttext [fecha de consulta: Agosto de 2020].

Galdamez Zelada, Liliana (2018). "Constitución y medio ambiente: Algunas ideas para el futuro". *Revista de Derecho Ambiental*, año VI, n.º 9. Santiago.

Guzmán Rosen, Rodrigo (2005). *La regulación constitucional del medio ambiente. Aspectos sustantivos y adjetivos*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.

Guzmán Rosen, Rodrigo (2010). *La regulación constitucional del medio ambiente. Aspectos sustantivos y adjetivos.* Santiago: Editorial Legal Publishing.

Marín. Verónica (2019). "Las conclusiones de los encuentros ciudadanos que convocó Bachelet en 2016 para cambiar la Constitución". Disponible en www.emol.com/noticias/Nacional/2019/11/04/966100/Nueva-Constitucion.html [fecha de consulta: 12 de octubre de 2020].

Martínez Estay, José Ignacio (2019). "Los conceptos jurídicos indeterminados en el lenguaje constitucional". *Revista de Derecho Político,* n.º 105. Madrid. También disponible en http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/25272/20089 [fecha de consulta: Agosto de 2020].

Püschel Hoeneisen, Lorna (2010). *Deberes constitucionales estatales en materia ambiental*. Santiago: Editorial Legal Publishing.

Raworth, Kate (2017). *Doughnut Economics*. Vermont: Chelsea Green Publishing.

Trischler, Helmuth (2017). "El antropoceno, un concepto geológico o cultural, o ambos?". *Desacatos,* n.º 54. Ciudad de México. También disponible en www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-050X2017000200040 [fecha de consulta:13 de agosto de 2020].

Vásquez Márquez, José Ignacio (2014). "Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental". *Revista de Derecho Público*, n.º 80. Santiago.

Vernet Llobet, Jaume y Jordi Jaria Manzano (2007). "El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional". *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 20. Madrid.

Otros documentos

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (1973). Tomo I, sesión 1, 24 de septiembre de 1973. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/36533/1/HLArt19Nro21CPR.pdf [fecha de consulta: 5 de agosto de 2020].

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (1973). Tomo I, sesión 3, 26 de septiembre de 1973. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/36533/1/HLArt19Nro21CPR.pdf [fecha de consulta: 5 de agosto de 2020].

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (1973). Tomo I, sesión 18, 22 de noviembre de 1973. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/36533/1/HLArt19Nro21CPR.pdf [fecha de consulta: 5 de agosto de 2020].

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (1978). Tomo XI, sesiones 388-389, 27 de junio de 1978. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/36533/1/HLArt19Nro21CPR.pdf [fecha de consulta: 5 de agosto 2020].

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (1978). Tomo XI, sesión 393, 4 de julio de 1978. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/36533/1/HLArt19Nro21CPR.pdf [fecha de consulta: 5 de agosto 2020].

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (1978). Tomo XI, sesión 398, 11 de julio de 1978. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/36533/1/HLArt19Nro21CPR.pdf [fecha de consulta: 5 de agosto 2020].

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (1978). tomo XI, sesión 399, 12 de julio de 1978. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/36533/1/HLArt19Nro21CPR.pdf [fecha de consulta: 5 de agosto 2020].

Actas Oficiales del Consejo del Estado (1979). Sesión 65, 13 de marzo de 1979. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/36533/1/HLArt19Nro21CPR.pdf [fecha de consulta: 5 de agosto 2020].

Actas Oficiales del Consejo del Estado (1979). Sesión 101, 15 de enero de 1980. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/36533/1/HLArt19Nro21CPR.pdf [fecha de consulta: 5 de agosto 2020].

Actas Oficiales del Consejo del Estado (1979). Sesión 102, 22 de enero de 1980. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/36533/1/HLArt19Nro21CPR.pdf [fecha de consulta: 5 de agosto de 2020].

Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (1975). *Informe para la comisión de reforma constitucional. Ideas Básicas sobre Protección Constitucional y legal del medio ambiente y los recursos naturales*. 20 de noviembre de 1975. Disponible en http://repositorio.conicyt.cl/handle/10533/54003 [fecha de consulta: 13 de agosto de 2020].

Cumbre Judicial Iberoamericana (2018). *Principios jurídicos medioambientales*. Santiago: Poder Judicial de la República de Chile.

Induambiente (2019). "Ambiente constitucional. Sectores analizan la relevancia de la temática ambiental en la Constitución", edición n.º 161. Disponible en www.induambiente.com/destacamos/ambiente-constitucional [fecha de consulta: 13 de agosto 2020].

Organización de las Naciones Unidas (2020). *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS). Disponible en https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020_Spanish.pdf [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2020].

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2016). *Propuesta de Estrategia de Mediano Plazo para 2018-2021*. Disponible en https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17593/K1600790%20Doc%2015%20Spanish.pdf?sequence=12&isAllowed=y [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2020].

Normas citadas

DL n.º 2222, sustituye la Ley de Navegación, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 31 de mayo de 1978.

DS n.º 430, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.º 18892, de 1989 y sus modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 21 de enero de 1992.

Ley n.º 18892, Ley General de Pesca y Acuicultura, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 23 de diciembre de 1989.

Ley n.º 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 9 de marzo de 1994.

Ley n.º 20283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 30 de julio de 2008.

Ley n.º 20600, crea los Tribunales Ambientales, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 28 de junio de 2012.

Ley n.º 20.920, establece marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del productor y Fomento del Reciclaje, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 1 de junio de 2016.

Ley n.º 21202. modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los Humedales Urbano, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 23 de enero de 2020.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema (2017a): Rol 40604-2016, 5 de enero de 2017.

Corte Suprema (2017b): Rol 15549-2017, 9 de enero de 2018.

Corte Suprema (2019): Rol 5888-2019, 28 de mayo de 2019.

DESAFIOS FUTUROS Y PERFECCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

FUTURE CHALLENGES AND IMPROVEMENT OF THE CONSTITUTIONAL JUSTICE

Enrique Navarro Beltrán[*]

Resumen: En el presente artículo se analiza el mecanismo de integración del Tribunal Constitucional, su competencia y los efectos de sus sentencias, desde una perspectiva histórica, su aplicación práctica y perfeccionamiento futuro.

Palabras claves: Tribunal Constitucional, integración, atribuciones, efectos de las sentencias.

Abstract: This article analyzes the integration mechanism of the Constitutional Court, its competence and the effects of its judgments, from a historical perspective, its practical application and future improvement.

Keywords: Constitutional Court, integration, attributions, effects of sentences.

Los tribunales constitucionales surgen en Europa, en 1920[1], creación del notable jurista austríaco Hans Kelsen[2]. A partir de esa fecha se expande por

[*] Profesor titular de Derecho Constitucional Universidad de Chile Universidad Finis Terrae

[1] En 1885 George Jellinek había señalado la necesidad de un TC. Sobre la materia véase Cruz (1987).

[2] El gran jurista austríaco Hans Kelsen, en su famosa controversia con Carl Schmitt –acerca del defensor de la Constitución– propone la necesidad de una "jurisdicción constitucional, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un tribunal independiente". Agregando, luego, que dicho tribunal: "funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del Gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales

el continente: Italia (1947)[3], Alemania (1949)[4], Francia (1958)[5] y España (1978)[6], por mencionar algunos[7].

En Hispanoamérica también se establecen, siguiendo el modelo europeo[8]. Así, surgen en Guatemala[9], Ecuador[10], Perú[11], Colombia[12] y Bo-

actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada" Explicando su funcionamiento señala que dicho tribunal "aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el actus contrarius correspondiente a la producción jurídica, o sea, que –tal como lo he señalado– oficia de 'legislador negativo'". Kelsen *(*1995), pp. 14-15.

[3] Véase Pizzorusso (2005). En cuanto a la jurisprudencia, Groppi (2008).

[4] Véase el reciente estudio colectivo,Fundación Konrad Adenauer (ed.). (2010). Acerca de la labor jurisdiccional Schwabe (2009).

[5] Pardo (1990).

[6] En España, ya el Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931 conoció de las acciones de inconstitucionalidad. Véase Pérez (2016).

[7] Rousseau (2002).

[8] Nogueira (2005). Una visión panorámica en Rolla (2012). También en Carpizo (2005).

[9] En la Constitución de 1965 se crea un tribunal constitucional, aunque se integraba en el organismo judicial. Por lo tanto, se trataba de ente transitorio y no autónomo: Rohrmoser (2002), p. 349. La Constitución de 1985 creará la Corte de Constitucionalidad. Como lo ha dicho tribunal: "no es un poder político [...] sino que la labor de la Corte es circunscribirse a determinar la ley objetada de inconstitucionalidad y si violenta o no el texto constitucional [...] la función del tribunal constitucional es de intérprete y no de legislador [...] el Organismo Legislativo como representante directo de la voluntad popular dispone de distintas alternativas al momento de legislar, siempre dentro del marco fijado por la Constitución". 13 de agosto de 2003. La cita y antecedentes en Recinos (2016). Su estatuto en González (1992).

[10] En la Constitución de 1945 se crea un tribunal de garantías constitucionales, aunque el control de la ley quedaba entregado al Congreso. Pero es suprimido durante la presidencia de Velasco Ibarra, al año siguiente. Luego, la Constitución de 1967 la restablece, desapareciendo nuevamente en 1970. La Constitución de 1979 crea un tribunal de garantías constitucionales, a quien se le van otorgando atribuciones: Salgado (1997). También en Barragan (1990). La Constitución de 2008 establece una corte constitucional como órgano nacional. Benavide O. y Escudero S. *(*2013). También véase Vintimilla (2009) .

[11] El Tribunal Constitucional (en adelante TC) en Perú fue establecido en la Constitución de 1979 y luego en la actual de 1993: Blume (1996); Etto (2014). Su labor ha generado algunos enfrentamientos con el Poder Judicial: Landa (2006).

[12] La Constitución de 1991 establece la Corte Constitucional, reemplazando así a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Se ha destacado por la doctrina como un ente relevante en la estabilidad política y económica del país: Restrepo 2014. Sus decisiones han generado una importante fuente del derecho colombiano: Pulido (2018). Del mismo modo, ha adquirido un poder relevante en el Estado de derecho: López (2011), a la vez que ha ido desarrollando una serie de principios: Bechara (2017). Existe sí una larga tradición de control constitucional de las leyes y de amparo en Colombia: Osuna (s/f); Quinche (2015). Véase. Cifuentes (2002). También, Mandieta (2017). Su jurisprudencia ha sido destacada en relación con la protección de los derechos de las personas: Sierra (2015). Sin perjuicio de ello ciertos autores han cri-

livia[13]. Hay algunas de más reciente creación[14]. Hoy también se aprecia su presencia en toda la Europa oriental y en el mundo entero[15].

Su papel fundamental es resolver las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado.

En Chile, su conveniencia institucional puede ya encontrarse en las palabras pronunciadas por el presidente José Manuel Balmaceda, el 20 de abril de 1891, desencadenada la cruenta guerra civil, al exhortar que sería conveniente crear un tribunal especial, compuesto por nueve miembros (designados por el Presidente de la República, el Congreso Nacional y la Corte Suprema, tal como ocurre hoy), "para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y forma que la Constitución establezca"[16].

En todo caso, como se sabe, en el derecho comparado, los inicios de la justicia constitucional[17] se remontan a principios del siglo XIX, en el clásico fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos "Marbury vs. Madison", en 1803, en la recordada afirmación del juez John Marshall, en cuanto a que "una ley contraria a la Constitución es nula"[18].

Ciertamente que también se pueden encontrar antecedentes más remotos en el propio mundo anglosajón[19] y en el derecho hispano e indiano, en que se desobedecía las normativas contrarias a la razón y justicia[20].

---

ticado el activismo judicial: ESCOBAR y otros (2013). Igualmente, en relación con la evolutiva interpretación constitucional: CARLOS A LOPEZ (2007). Una visión de la jurisprudencia en NARANJO (2001).

[13] El TC de Bolivia fue creado en la reforma constitucional de 1994: BALDIBIESO (2002. Bajo la Constitución de 2009 es denominado Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: CORTEZ (2014). Una revisión de la jurisprudencia: ARIAS (2011). Una evolución del control constitucional en VARGAS (2016).

[14] Por ejemplo, en la República Dominicana en 2010. Su corta vida ya ha generado debate: SALCEDO (2018). En otros países se ha discutido acerca de la necesidad de su establecimiento: El Salvador, por ejemplo.

[15] GINSBURG & VERSTEEG (2014). También CERVANTES (1996).

[16] NAVARRO (2011a).

[17] Una visión histórica del mundo anglosajón en PEREIRA (2006), p. 216 y ss. Para una perspectiva europea continental véase CAPPELLETTI (2007). Sobre el sistema alemán, STERN (2009).

[18] El texto completo en BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ (2006), pp. 93-121. Sobre la materia véase ZAPATA (2008).

[19] A principios del siglo XVII, el juez Edward Coke sostiene la doctrina de que si "una ley del Parlamento está contra la razón o el Common Law, o repugna o es imposible su realización, el Common Law lo debe controlar y considerar como sin vigencia": GONZÁLEZ (2009), p. 20.

[20] Así, existía al derecho a suspender la ley injusta, ya sea por vicios en la dictación de la misma (obrepción y subrepción) o por sus efectos (daño irreparable o escándalo) Sobre la materia véase BRAVO (1986), p. 48 y ss.

I. INTEGRACIÓN

1. Derecho comparado

Sabido es que las soluciones en el derecho comparado son disímiles en relación con la composición de los tribunales constitucionales.

Así, en Alemania, la Corte Constitucional está integrada por jueces federales y otros miembros, elegidos por mitades por la Dieta Federal y por el Consejo Federal (total dieciséis)[21]. Duran doce años en el cargo y no son reelegibles. Seis de ellos deben provenir de la carrera judicial[22]. Para su nombramiento se requiere de una mayoría de $^{2}/_{3}$[23] .La legislación alemana señala sus exigencias[24]. Se trata de una institución muy respetada y que goza de un amplio prestigio en la sociedad alemana[25].

Por su parte, en Italia, el Tribunal Constitucional lo integran quince miembros[26]: cinco designados por el Presidente de la República, cinco por

[21] La Corte Constitucional Federal, de acuerdo con lo establecido en el art. 94 de la Ley Fundamental se compone: "de magistrados federales y de otros miembros. Los miembros de la Corte Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Bundestag y por el Bundesrat. No podrán pertenecer ni al Bundestag ni al Bundesrat ni al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un Land". En tal sentido: "Una ley federal regulará su organización y procedimiento determinando los casos en los cuales sus decisiones tienen fuerza de ley. Dicha ley podrá establecer como condición de los recursos de amparo el agotamiento previo de la vía judicial y establecer un procedimiento especial de admisión".

[22] Funciona en dos salas de ocho miembros. La ley sobre el TC se dictó el 12 de marzo de 1951. De acuerdo con la ley tres de los ocho miembros de cada sala deben provenir de la carrera judicial de los "altos tribunales de la Federación" (art. 2).

[23] Sobre su naturaleza véase Leibholz (2012). Respecto de sus características fundamentales véase Steinberger (1986).

[24] De acuerdo con la Ley:

"(1) Para ser juez se requiere ser mayor de 40 años de edad, cumplir con los requisitos para ser elegido por el Parlamento Federal, y declarar por escrito el deseo de ser miembro del Tribunal Constitucional Federal.

(2) Se deben poseer las condiciones para ocupar el cargo de juez de conformidad con la ley alemana sobre los requisitos para ser juez.

(3) No podrán ser miembros del Parlamento Federal (Bundestag), del Consejo Federal, del gobierno federal, ni de los correspondientes órganos en uno de los estados. Con el respectivo nombramiento se considerarán separados de su respectivo cargo.

(4) Es incompatible con la actividad jurisdiccional el desempeño de cualquier otra actividad profesional como la enseñanza del derecho en una escuela superior. La actividad como juez del Tribunal Constitucional Federal prevalece sobre la actividad como profesor universitario"*:* citado en Schwabe (2019).

[25] Véase Haas (2004).

[26] De acuerdo con el art. 135 de la Constitución Política:

"El Tribunal Constitucional estará compuesto de quince jueces nombrados en un tercio por el Presidente de la Republica, en otro tercio por el Parlamento en sesion conjunta y en el tercio restante por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas.

el Parlamento y cinco por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas[27]. Su composición ha sido destacada de manera positiva al incluir a todas las instituciones[28], teniendo un papel esencial en materia institucional[29]. Se trata de un órgano constitucional independiente[30] y se ha destacado su pluralidad y equilibrio[31].Ha sido fundamental para garantizar el respeto efectivo de los derechos fundamentales a la vez que ha representado un papel arbitral entre los órganos y entes constitucionales, lo que se refleja precisamente en su composición[32].

En el caso de Francia, el Consejo Constitucional está formado por nueve miembros: tres designados por el Presidente de la República, tres por el presidente del Senado y tres por el presidente de la Asamblea Nacional[33].

Los magistrados del Tribunal Constitucional serán escogidos entre los magistrados, incluso los jubilados de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativas, los catedráticos titulares de Universidad en disciplinas juridicas y los abogados con veinte años de ejercicio.

Los magistrados del Tribunal Constitucional serán nombrados por 9 (nueve) años, que empezaran a correr para cada uno de ellos desde el día del juramento, y no podrán ser nuevamente designados.

A la expiración de su periodo de mandato, cada magistrado constitucional cesara en el cargo y en el ejercicio de sus funciones.

El Tribunal elegirá entre sus componentes, con arreglo a lo dispuesto por la ley, a su Presidente, quien permanecerá en el cargo por un trienio y será reelegible, sin perjuicio en todo caso de los términos de expiración del cargo de juez.

El cargo de magistrado del Tribunal será incompatible con el de miembro del Parlamento o de un Consejo Regional, con el ejercicio de la profesión de abogado y con cualquier cargo y puesto determinados por la ley.

En los juicios de acusación contra el Presidente de la Republica y contra los Ministros intervendrán, además de los vocales ordinarios del Tribunal, 16 (dieciséis) miembros elegidos a la suerte por un colegio de ciudadanos que reúnan los requisitos para ser elegido senador y que el Parlamento designara cada nueve años mediante elección con las mismas formalidades que las establecidas para el nombramiento de los magistrados ordinarios".

[27] De acuerdo con la Ley: tres son designados por la Corte de Casación (desde 1993 cita a una audiencia pública), otro por la Corte de Cuentas y el último por el Consejo de Estado.

[28] Cappelletti (1982).

[29] Pesole (2004). Una comparación con la realidad de España en Baamonde (2015).

[30] Rodríguez 1980).

[31] Estrada y Esquivel (2019).

[32] Pizzorusso (1984), p. 4 y ss.

[33] De acuerdo con el art. 56 de la Constitución:

"El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. El procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 13 será aplicable a sus miembros serán nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de estos nombramientos. Los nombramientos realizados por el Presidente de cada Cámara serán sometidos únicamente al dictamen de la comisión permanente competente de la Cámara correspondiente.

También lo integran ex Presidentes de la República[34]. Se trata de un órgano autónomo[35]. Tradicionalmente era un órgano de control preventivo de constitucionalidad[36], pero las reformas de 2008[37] le otorgaron competencia en las cuestiones prioritarias de constitucionalidad[38]. Dicho tribunal fue establecido por la Constitución de 1958 y es considerada como una de las piezas maestras la Quinta República[39].

En España, el Tribunal Constitucional lo componen doce magistrados nombrados por el Rey[40]:

a) Cuatro a propuesta del Congreso;
b) Cuatro a propuesta del Senado;
c) Dos a propuesta del gobierno y
d) Dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial[41].

Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional.

El Presidente será nombrado por el Presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate".

Esta última disposición ha sido criticada por la doctrina: Agudo (2007).

[34] Los expresidentes no pueden desarrollar labores vinculadas a la actividad política. En la actualidad solo lo integra el expresidente Valéry Giscard d'Estaing: Hurtado (2012).

[35] Renoux (1993).

[36] "Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución. Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores": art. 61.

[37] Art. 61-1: "Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado".

[38] Sarmiento (2016). Igualmente, Cárdenes (2012).

[39] Cedif y Leonnet (2019), p. 247 y ss.

[40] El TC se compone de doce miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial: art. 159 n.° 1 de la Constitución Política.

[41] En palabras de Francisco Rubio Llorente: "Aunque personalmente pienso que el Tribunal Constitucional sólo beneficios puede obtener con la incorporación de jueces profesionales y que sería deseable que cada una de sus Salas tuviera al menos dos miembros de esa procedencia, las críticas a las que me refiero pasan por alto datos (por ejemplo, cuál es la cualificación para ser juez en la República Federal o cuál es el modo de designación de los miembros de los distintos Tribunales Supremos) que a mi juicio las invalidan por entero": Rubio (1982), pp. 45-46.

La exigencia esencial es que se trate de juristas destacados[42]. Su mandato es por un período de nueve años[43]. De acuerdo con su estatuto la actividad jurisdiccional es incompatible con otros cargos[44]. Se trata de un ente autónomo constitucionalmente[45]. En palabras de Eduardo García de Enterría, en esta institución "la Constitución se juega, literalmente, sus posibilidades y futuros"[46].

En Sudamérica existen tribunales constitucionales en Perú (siete miembros)[47],

[42] Los miembros del TC deberán ser nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional, art. 159 n.° 2 de la Constitución Política. Para la doctrina hispana "los requisitos que el artículo 159.2 de la Constitución exige a los candidatos (jurista de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional) no plantean en sí mismos a las fuerzas políticas ningún obstáculo insalvable a la hora de configurar el cupo que les corresponde; la exigencia de los quince años de ejercicio profesional es una simple cuestión cuantitativa, mientras que el concepto de la 'reconocida competencia' es lo suficientemente amplio y ambiguo como para dar cobertura casi a cualquier jurista que cumpla la primera condición. En definitiva, ninguno de los dos requisitos impone unos límites especialmente significativos a la selección de los candidatos al Tribunal Constitucional que los partidos políticos siguen haciendo básicamente en función de afinidades ideológicas": García (2008). En todo caso, como recuerda Manuel Aragón, "La exigencia de una rigurosa selección de los magistrados constitucionales para que, efectivamente, siempre lo sean entre 'juristas de reconocida competencia', concepto jurídico indeterminado que, no obstante, es objetivamente determinable en cada caso. Para controlar que ello sea así, está previsto precisamente el control sobre la idoneidad de los magistrados propuestos, atribuido al propio Tribunal Constitucional por el art.2.1.g) LOTC. El desempeño fiel y eficaz de ese control que el Tribunal tiene atribuido es, en mi opinión, la última garantía para que a él lleguen personas de probada experiencia y reconocida excelencia en el mundo del derecho": Aragón (2019), p. 36.

[43] Los miembros del TC serán designados por un periodo de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres: art. 159 n.° 3 de la Constitución Política.

[44] La condición de miembro del TC es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del TC tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial: art. 159 n.° 4 de la Constitución Política.

[45] Los miembros del TC serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato: art. 159 n.° 5 de la Constitución Política.

[46] García de Enterria (2014). p. 40.

[47] Art. 201.- "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus

Bolivia (nueve ministros)[48], Colombia (nueve)[49] y Ecuador (nueve)[50].

miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación".

[48] De acuerdo con el art. 197 de la Constitución:

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.

III. La composición, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional serán regulados por la ley. Artículo 198. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.

A su vez, de acuerdo a la Ley del TC:

Art. 13. "El Tribunal Constitucional Plurinacional estará conformado de la siguiente manera:

1. Siete Magistradas y Magistrados titulares y siete Magistradas y Magistrados suplentes.

2. Al menos dos Magistradas y Magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal".

Un análisis en Millán (2015).

[49] De acuerdo con el art. 239 de la Constitución Política, la Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley:

"La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.

Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos".

Según el art. 44 de la Ley n.° 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) la Corte estará integrada por 9 magistrados:

"La Corte Constitucional está integrada por nueve (9) Magistrados, elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de ternas que presentan: tres (3) el Presidente de la República, tres (3) la Corte Suprema de Justicia y tres (3) el Consejo de Estado.

Las ternas deberán conformarse con abogados de distintas especialidades del derecho y el Senado elegirá un Magistrado por cada terna, procurando que la composición final de la Corte Constitucional responda al criterio de diversidad en la especialidad de los Magistrados".

[50] El art. 432 de la Constitución Política de Ecuador expresa:

"La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley. Desempeñarán sus cargos por un periodo de nueve años, sin reelección inmediata y serán renovados por tercios cada tres años".

A su vez, el art. 434 indica:

"Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres. El procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación serán determinados por la ley".

2. El primer TC en Chile (1970)

La Constitución de 1925 no contempló en su origen dicha institución, la que fue establecida posteriormente por reforma constitucional de 1970, lo que había sido aconsejado por la cátedra universitaria de Derecho Constitucional en la década de 1960[51]. Se tomó como modelo las jurisdicciones francesas y alemanas, otorgándosele la facultad para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley.

En relación con su importancia institucional, el expresidente Eduardo Frei Montalva señaló al efecto:

> "todo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política"[52].

El TC chileno establecido en 1970 lo integraban cinco miembros, tres elegidos por el Presidente, con acuerdo del Senado, y dos por la Corte Suprema. Dicho tribunal, que sesionó por cerca de dos años, fue presidido por el jurista Enrique Silva Cimma, dictó diecisiete sentencias, algunas de las cuales no estuvo exenta de críticas. Incluso, la oposición al gobierno del presidente Salvador Allende calificó una de ellas como "nula de derecho", agregando que nadie se encontraba en deber jurídico de acatarla y cumplirla[53]. En 1973, la Junta Militar lo disuelve por estimar que su existencia era "innecesaria", en atención a que el Congreso había sido clausurado[54].

3. La Constitución de 1980

De acuerdo con el texto primitivo de 1980 lo integraban:

a) Tres ministros de la Corte Suprema;
b) Dos abogados designados por el Consejo de Seguridad;

---

[51] Entre ellos Francisco Cumplido, Alejandro Silva Bascuñán y Jorge Guzmán Dinator.

[52] Sobre el tema véase Piedrabiena (1970).

[53] Silva (2008).

[54] Al efecto, el decreto ley n.° 119, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, de 10 de noviembre de 1973, disuelve el Tribunal Constitucional, señalando entre sus fundamentos: "la disolución del Congreso Nacional dispuesta por el Decreto Ley N° 27, de fecha 21 de septiembre en curso", la circunstancia que el TC "tiene por función primordial resolver conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, que no pueden presentarse por estar disuelto el Congreso Nacional", de modo que "todo lo anterior demuestra que la existencia del mencionado Tribunal Constitucional es innecesaria".

c) Un abogado designado por el Senado y
d) Un abogado designado por el Presidente.

Su labor esencial fue revisar la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales. A partir de la década de 1990 se incrementan los requerimientos de minorías parlamentarias[55].

4. Reforma constitucional de 2005

La reforma constitucional de 2005 modificó su composición y atribuciones. Así, sus integrantes ahora son designados por el Presidente de la República, el Congreso Nacional y la Corte Suprema, en un modelo similar al establecido en la Carta italiana de 1947. En efecto, está conformado por diez miembros: tres designados por el Presidente, dos por el Senado (libremente), dos por el Senado (previa proposición de la Cámara) y tres por la Corte Suprema[56].

Se ha establecido de manera expresa el funcionamiento en sala o en pleno. La regla general en todo caso es el pleno. Sin embargo, corresponderá a la sala conocer de determinadas materias, según lo exprese la ley orgánica constitucional del tribunal[57].

Del mismo modo, se ha fijado un régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los jueces constitucionales; lo que se traduce en que les está prohibido el ejercicio de la profesión de abogado, exceptuando la docencia. Dichos jueces, tal como ocurre en Europa, no pueden ser acusados constitucionalmente[58].

---

[55] Navarro (2011a).

[56] Véase Navarro (2006), p. 11 y ss.

[57] La Ley Orgánica Constitucional n.° 17997, fue modificada por la Ley n.° 20381, de 28 de octubre de 2009, cuyo texto refundido se encuentra en el DFL 5, de 2010, publicado, a su vez, en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, de 10 de agosto de 2010.

[58] Sin perjuicio de que el propio TC puede aplicar sanciones a sus miembros, de acuerdo con su LOC (DFL 5/2010). El art. 15 de la misma señala:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 92 de la Constitución, los miembros del Tribunal cesan en sus cargos por las siguientes causales:

1. Renuncia aceptada por el Tribunal;

2. Expiración del plazo de su nombramiento;

3. Haber cumplido 75 años de edad;

4. Impedimento que, de conformidad con las normas constitucionales o legales pertinentes, inhabilite al miembro designado para desempeñar el cargo, y

5. Incompatibilidad sobreviniente en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 92 de la Constitución Política.

Respecto de los miembros acusados se estará a lo dispuesto en el artículo 25 de la presente ley.

La cesación en el cargo por las causales señaladas en los números 4 y 5 de este artículo, requerirá el acuerdo de la mayoría de los miembros en ejercicio del Tribunal con exclusión del o de los afectados, adoptado en sesión especialmente convocada al efecto".

5. Criticas al mecanismo de integración

De los tres órganos que nomina miembros el único que llama a concurso público ha sido la Corte Suprema, la que, además, ha designado siempre a profesores de derecho público (sea constitucional o administrativo)[59].

Los colegisladores han efectuado designaciones disimiles. En el caso del Presidente de la República, ha designado en varios casos a reconocidos juristas[60]. Algunos –a pesar de haber tenido cargos políticos previos– actuaron con tanta independencia que no fueron renovados[61] .Del mismo modo, debe destacarse el papel de algunos que tuvieron cargos políticos, pero que actuaron como verdaderos jueces constitucionales[62]. Otros, solo tenían antecedentes como asesores, careciendo de mayor experiencia en el ejercicio de la profesión, lo que resulta esencial en un tribunal que, en general, supone jueces de carrera o académicos[63]. En contraste, piénsese solo que los primeros representantes del Ejecutivo en la reforma de 2005 fueron dos grandes juristas: Juan Colombo Campbell (iniciador en Chile del derecho procesal constitucional) y José Luis Cea Egaña (destacado constitucionalista).

En el caso del Congreso Nacional los nombramientos han recaído en algunos casos en políticos que, a la vez, tienen la condición de juristas[64]. Del mismo modo, en profesores de derecho[65]. También deben destacarse designaciones de abogados con una distinguida trayectoria política[66]. Por cierto,

[59] Las profesoras de Derecho Constitucional Marisol Peña Torres (2006) y María Pia Silva Gallinato (2018). Y los profesores de Derecho Público Domingo Hernández (2012), José I. Vásquez Márquez (2015) y Rodrigo Pica Flores (2020). Al momento de aprobarse la reforma de 2005 también integraban el TC dos destacados jueces de la Corte Suprema, que fueron, incluso, presidentes del máximo tribunal: Urbano Marín V. y Marcos Libedinsky T.

[60] Profesores Carlos Carmona Santander (2009), Iván Aróstica Maldonado (2010) y Miguel A. Fernández González (2018), todos profesores de Derecho Administrativo o Constitucional.

[61] El caso de Jorge Correa Sutil (2006-2009), que fuera subsecretario de Interior durante el gobierno de Ricardo Lagos Escobar.

[62] Por solo mencionar a uno es el caso de José A. Viera-Gallo Q. (2010-2013), con amplia trayectoria como parlamentario y ministro de Estado.

[63] Un análisis en Pardow y Verdugo (2015).

[64] El caso de Mario Fernández Baeza (2006-2010) es evidente, se trata de un destacado político (exministro), pero, a la vez, un jurista formado en Alemania (Universidad de Heidelberg) y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Chile.

[65] Por ejemplo, los nombramientos de Raúl Bertelsen Repetto (2006-2015) y Juan José Romero (2013-2022). Nelson Pozo (2015-2024) es profesor de Derecho Penal y fue abogado integrante de la Corte Suprema. A su vez, Cristián Letelier (2015-2024) es profesor de Derecho Civil y exparlamentario.

[66] El caso más evidente es el de Hernán Vodanovic S (2006-2015), destacado jurista y exsenador y miembro de la Comisión de Constitución del Senado.

ha surgido cierta critica por tratarse de designaciones en esencia políticas y que no han sido debatidas lo suficiente ni precedidas de concursos públicos. Obviamente, también han existido académicos que, sin embargo, han actuado más como "políticos" o "delegados" que jueces y cuyas decisiones parecen siempre previsibles, desoyendo así el "deber de ingratitud", como ha denominado la doctrina a la independencia del juez de quien lo designó, característica esencial del cargo judicial[67].

Como expresara el gran jurista francés Louis Favoreu: "si el Tribunal Constitucional del modelo europeo, y también el modelo americano, funciona bien, es porque existe una clase de juristas"[68]. Algunos autores, como Peter Haberle, instan hacia un sistema mixto de nombramiento[69] .

6. *Propuesta de académicos*

En una propuesta de quince académicos[70] el año 2019 se propusieron ciertas modificaciones y perfeccionamientos al sistema de designación de los jueces constitucionales[71].

En tal sentido, se propuso aumentar su número de integrantes desde los diez actuales a doce miembros. Así se expresa que el número adicional de ministros será de designación del Congreso Nacional (uno por cada Cámara). En el caso de las designaciones de la Cámara de Diputados ya no se requeriría del acuerdo del Senado. Se recuerda que todas las designaciones serán singulares.

---

[67] Busch (2018).

[68] Favoreu (1999), p. 11.

[69] Lo recomendable, afirma: "sería formas mixtas de elección del magistrado, es decir, que ningún órgano constitucional debería tener un monopolio sobre la elección del juez constitucional (lamentablemente, la reglamentación alemana es distinta: elección a través del parlamento o del Consejo Federal –segunda Cámara–). Una parte de los jueces (por ejemplo, un tercio) debería ser elegida por las entidades que dan las leyes; otra parte, por el Presidente de la República (así sucede por ejemplo en Italia), y la tercera parte por un órgano de administración autónomo de jueces y abogados": Haberle (1995).

[70] Ignacio Briones R. (Universidad Adolfo Ibáñez); Isabel Aninat S. (Centro de Estudios Públicos); Luis Cordero V. (Universidad de Chile); Gloria de la Fuente G. (Fundación Chile 21); Arturo Fermandois V. (Pontificia Universidad Católica de Chile)); Jaime Gajardo F. (Universidad Diego Portales); José Francisco García G. (Pontificia Universidad Católica de Chile)); Gastón Gómez B. (Universidad Diego Portales); Natalia González B. (Libertad y Desarrollo); Miriam Henríquez V. (Universidad Alberto Hurtado); Enrique Navarro B. (Universidad de Chile); Francisco Soto B. (Universidad de Chile); Pablo Ruiz-Tagle V. (Universidad de Chile); Patricio Zapata L. (Pontificia Universidad Católica de Chile); y Francisco Zuñiga U. (Universidad de Chile).

[71] En este punto se sigue la propuesta efectuada por académicos.

Del mismo modo, se recomendó eliminar el voto dirimente o de calidad del presidente del Tribunal, lo que también ha generado crítica[72]. Asimismo, se estima necesario limitar la discrecionalidad actual de las tres designaciones presidenciales, incorporando una precalificación por parte de una comisión autónoma de nombramientos de altos magistrados[73]. Se plantea, además, que dos de los tres ministros designados por la Corte Suprema podrían ser nombrados de entre los ministros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones del país, los que cesan en tales cargos una vez designados en el TC, pudiendo retornar a su Corte respectiva terminando su periodo. Estos últimos deberán presentar su candidatura en igualdad de condiciones frente a otros postulantes.

Se intenta también aumentar los estándares de transparencia, escrutinio público y participación de la sociedad civil en los procesos de selección respecto de todas las designaciones de ministros del TC. Así, se establece un plazo máximo de noventa días para la designación del sucesor desde la cesación del ministro que deja el cargo, junto con una regla *default* para el caso en que dicho plazo se venza sin que exista nombramiento.

Del mismo modo, se estima necesario aumentar a veinte años la experiencia profesional destacada de los candidatos a ministros del TC, eliminando la modalidad de haberse destacado en la actividad "pública". En tal sentido, la LOCTC establecerá criterios para determinar qué debe entenderse por destacada actividad profesional o universitaria, evitando la imprecisión y ambigüedad existente.

Finalmente, se propone la inhabilidad previa de uno o dos años respecto de exautoridades políticas (cargos de elección popular, en la administración, directivos de partidos políticos, entre otros).

7. Una alternativa

En la tradición alemana y española es usual que lleguen al TC grandes juristas, académicos y jueces. Eso supone, incluso, pequeñas listas que preparan las universidades y colegios profesionales.

El caso alemán es especialmente notable, dado que lo integran en su mayoría destacados juristas (no solo constitucionalistas) y se trata de una de las instituciones más admiradas y respetadas del mundo.

En la tradición francesa, en cambio, al Consejo Constitucional pueden llegar, incluso, no abogados y también lo integran expresidentes.

---

[72] Santaolalla (2009).

[73] Algunos estimaban necesario que un tercio a lo menos sean jueces de carrera, en atención a su experiencia y práctica, como existe en algunos sistemas.

En el sistema estadounidense los futuros jueces de la Corte Suprema son sometidos a un intenso escrutinio público antes de ser votada la propuesta en el Senado.

En el proyecto Bachelet se expresa que el TC estará integrado por diez miembros, designados según el siguiente procedimiento:

a) La Corte Suprema convoca a un concurso público para formar una terna que elevará al Presidente de la República;
b) El Presidente de la República propone a uno de los integrantes de dicha terna a las dos Cámaras del Congreso Nacional;
c) Cada una de las dos Cámaras, con el respaldo afirmativo de dos tercios de sus miembros en ejercicio, dan su conformidad al candidato;
d) El Presidente de la República designa al elegido, nombrándolo como ministro del Tribunal Constitucional.

Para el cumplimiento de lo anterior, el candidato propuesto deberá formular una exposición de su postulación al cargo respectivo en una sesión especial y pública ante la Sala de la Cámara respectiva.

Debe, por lo mismo, buscarse un sistema más transparente, en el que puedan participar juristas de diversas especialidades, evitando al máximo la politización de sus designaciones, utilizando, por ejemplo, mecanismos similares a los de designación de los ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Lo relevante es que se trate de personas con independencia y prestigio que den garantías al cumplimiento de las importantes funciones jurisdiccionales que se le entregan al TC. Por cierto que las instituciones las hacen las personas y hay personas que, a veces, lamentablemente, no están a la altura de las instituciones.

En estos días el Tribunal Constitucional español ha celebrado sus cuarenta años desde su instalación efectiva en 1980, en cumplimiento de la Constitución Política de 1978. Su presidente, Juan José González Rivas, un destacado jurista de carrera judicial, ha señalado: "las sentencias tienen que salir con suficientes mayorías o por unanimidad, porque esto da seriedad y certeza". Por lo mismo, "el mejor deseo e intención es la búsqueda de unidad en la deliberación o el apoyo mayoritario". De esta forma, los jueces que forman parte del TC son "servidores públicos buscando la resolución pronta y satisfactoria de temas muy complicados". En suma, ha concluido, el deber esencial de quienes lo componen y su código ético es "la discreción y estudio".

Gustavo Zagrebelsky, ministro también en su momento del TC de Italia, recordaba que siempre trataba de buscar la unanimidad o máximo acuerdo, postergando, a veces, la dictación de las sentencias, hasta el momento en que se producía consenso, pues eso le daba más fuerza y legitimidad a las decisiones. El autor llama la atención del "activismo cuantitativo", la "mera productividad" son una tentación que debe resistirse en las presidencias. En suma:

> "su competencia y capacidad para dirigir el Tribunal no se mide en cifras sino en la cohesión entre los jueces y en el consenso en las resoluciones"[74].

Como resume el juez mexicano Leonel Castillo, con medio siglo de experiencia, las principales virtudes que debe tener un juez son: capacidad de diálogo, humildad, circunspección, previsión, coherencia, tiempo, preparación y actualización cultural, cortesía y buen trato, autolimitación, intuición y consistencia[75]. Y es que, en palabras de Aristóteles, "el hombre prudente es en general el que sabe deliberar bien"[76].

II. Atribuciones

Contrariamente a lo que se sostiene usualmente, el TC no es un tribunal con grandes poderes, si se lo compara con europeos e, incluso, americanos, que conocen de amparos[77]. En esencia, se trata de un tribunal que controla la constitucionalidad de las leyes[78].

1. Revisión de los tratados internacionales

Entre las nuevas atribuciones que se le otorgó al TC[79] chileno en la reforma de 2005, parece importante destacar el control preventivo obligatorio de ciertos tratados internacionales. En efecto, ahora le corresponde conocer del control de constitucionalidad de los tratados internacionales cuando versen sobre materias orgánica constitucionales; consolidando así lo que había venido sosteniendo el propio TC en fallos anteriores[80].

A la fecha, le ha correspondido –entre otros– conocer del control de constitucionalidad respecto de un tratado internacional que contenía normas especiales en materia de atribuciones del Banco Central[81] y el Convenio

[74] Zagrebelsky (2008), p. 43.

[75] Castillo (2019).

[76] Aristóteles (2001), libro sexto, capítulo iv.

[77] Una excelente referencia del derecho comparado: Favoreu y otros (1984).

[78] Navarro (2011a). Si se observan los ingresos de los últimos años más del 95% de los ingresos corresponden a acciones de inaplicabilidad por inconstitucional de las leyes. El control preventivo de las leyes es muy reducido en relación con el número total de las causas. Las contiendas de competencia y controles de otras normas son bastante escasos también.

[79] Navarro (2006), p. 11 y ss.

[80] TC, rol n.º 346/2002.

[81] TC, roles n.° 2522/2013: proyecto aprobatorio del "Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Popular de China"; n.° 1898/2011: 53 Protocolo Adicional al Acuer-

169 de la OIT sobre pueblos indígenas[82]. En ciertos casos, sin embargo, se ha señalado que las convenciones internacionales no contemplan normas orgánicas, razón por la cual no se ha revisado su texto[83]. Recientemente, se ha enviado un proyecto de ley que implementa una convención internacional[84].

En tal sentido, algunos han propuesto el control preventivo obligatorio de los tratados internacionales, tal como existe en determinados países en América[85].

Por último, debe resaltarse la jurisprudencia –especialmente en materia de inaplicabilidad–[86] en que se ha invocado normas contenidas en tratados internaciones, pudiendo citarse, entre otros, los siguientes principios:

a) la prohibición de la prisión por deudas[87];
b) los derechos de los niños[88];
c) la existencia de derechos constitucionales implícitos, reconocidos en tratados internacionales, como el acceso a la información[89] y el derecho a la entidad[90];
d) la protección del trabajo[91];

do de Complementación Económica n.° 35, sobre el comercio de servicios, celebrado entre los Gobiernos de los Estados Partes del Mercosur y el gobierno de la República de Chile; n.° 1891/2011: Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y la Corporación Andina de Fomento para el desarrollo de las actividades de la CAF en Chile; n.° 1818/2010: Acuerdo Marco de Cooperación Financiera entre la República de Chile y el Banco Europeo de Inversión; n.° 1315/2009: Tratado de libre comercio entre los gobiernos de la República de Chile y de Australia; n.° 830/2007: Acuerdo entre la República de Chile y Japón; y n.° 553/2006: Acuerdo estratégico Transpacífico de asociación económica.

[82] TC, rol n.° 1050/2008.

[83] TC, rol n.° 1483/2009, de 29 de enero de 2009, en relación con la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

[84] Corresponde al control de constitucionalidad del proyecto de ley que implementa la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y Sobre su Destrucción y la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (biológicas) y Toxínicas y Sobre su Destrucción, correspondiente al Boletín n° 11.919-02: Rol 8916/2020.

[85] Por ejemplo, el caso de Colombia.

[86] De acuerdo con el TC, los tratados internacionales no constituyen, *per se*, parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitar de forma directa a esta jurisdicción para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que al parecer los contrarían. Para que esta operación fuera jurídicamente válida, sería necesario que aquellos instrumentos estuvieren dotados de rango constitucional en cuanto fuentes formales de derecho constitucional, y no adquirirla por vía tan solo indirecta, a través de la remisión que a ellos formula el inciso segundo del art. 5° de la Carta Fundamental: Rol 2265/2012.

[87] Sentencias roles n.^{os} 576/ 2007 y 519/2007.

[88] TC, rol n.° 786/2007.

[89] TC, rol n.° 634/2007.

[90] TC, rol n.° 1.340/2009.

[91] TC, roles n.°s 2110/2011, 2086/2011, 2114/2011, 2182/2012 y 2197/2012.

e) la presunción de inocencia[92];
f) el principio de *non bis in idem* en materia sancionatoria[93];
g) la protección a los migrantes[94];
g) el ámbito de la jurisdicción militar[95];
h) la limitación de beneficios en casos de delitos graves y de lesa humanidad[96] e
i) el derecho a un mecanismos idóneo para impugnar una sentencia, dentro de los elementos que conforman un justo y racional proceso[97].

2. Control preventivo de las leyes

2.1. Control preventivo facultativo

La reforma de 1970 le entregó la atribución de conocer requerimientos de parlamentarios o del Presidente de la República. Ello se restablece en la Carta de 1980 y se mantiene en la reforma de 2005.

En tal sentido, se pueden mencionar presentaciones de parlamentarios más recientes, vinculados a cierta normativa sobre televisión digital[98], en materia de gratuidad de educación superior e igualdad ante la ley[99], titularidad no exclusiva de los sindicatos en la negociación colectiva[100] e interrupción del embarazo en tres causales (aceptándose la objeción de consciencia institucional)[101].

En el Proyecto Bachelet se elimina el control facultativo de inconstitucionalidad que pueden formular durante la tramitación de la ley, tanto el Presidente de la República como un cuarto de los miembros de las Cámaras.

A su vez, en el proyecto de académicos se propone la implantación de un control represivo y facultativo racionalizado para reformas constitucionales y leyes promulgadas después de su publicación, siguiendo, en términos generales,

[92] TC, rol 2045/2011.
[93] TC, rol 1968/2011.
[94] TC, rol 2273/2012.
[95] TC, rol 2493/2013.
[96] TC, rol 8108/2020. En el mismo sentido, roles 7181/2019 y 6717/2019.
[97] TC, rol 7464/2019.
[98] TC, roles 2358/2012, 2509/2013 y 2541/2013.
[99] TC, rol 2935/2015. Se acepta que la igualdad debe orientarse a aquellos estudiantes vulnerables.
[100] TC, rol 3016/2016. Se considera que la negociación colectiva se radica en los trabajadores y, por tanto, pueden negociar de manera colectiva tanto los sindicatos como los grupos negociadores.
[101] TC, rol 3729/2017. Se estima que se ajusta a la Constitución Política las tres causales de aborto (peligro para la vida de la madre, inviabilidad y violación). Igualmente, se acepta que la objeción de consciencia puede ser invocada por personas naturales y jurídicas.

el modelo del Tribunal Constitucional alemán, mediante un control abstracto, promovido por los poderes públicos que integran el Poder Legislativo –legitimación formal, de las Cámaras y el Presidente–, el que facultativamente, dentro de un breve plazo, podrán declarar la invalidez de uno o más preceptos legales.

2.2 Control obligatorio de las LOC

Tal como se ha señalado, en 1981 se restablece el funcionamiento del TC, añadiéndole competencia para conocer de las leyes orgánicas, tal como ocurriría en los sistemas franceses y españoles.

Es del caso destacar las sentencias pronunciadas con motivo de las leyes políticas, que obligaron a que el plebiscito de 1988 se efectuara con la participación de órganos electorales, a pesar de que el proyecto de ley presentado por la junta militar supeditaba la entrada en funciones del Tricel a la realización de la primera elección parlamentaria. Por su parte, en 1987 el tribunal también revisó la constitucionalidad del proyecto de LOC de Partidos Políticos. El TC declaró la inconstitucionalidad de diversos preceptos en atención a que importaban restricciones al derecho de asociación política, invadían su autonomía o infringían el debido proceso; haciendo presente la necesidad de legislar respecto de la propaganda y publicidad y de la igualdad entre los candidatos[102]. Dichas resoluciones judiciales fueron fundamentales para la transición política hacia la democracia.

Entre 1981 y 2005 se dictaron un poco menos de quinientos fallos.

Ha habido un número importante de revisión de leyes orgánicas[103] y menores casos de requerimientos de parlamentarios[104]. Esto último, se ha señalado en reciente estudio, ha operado como un mecanismo de las minorías políticas representadas en el Congreso Nacional, mientras que el primero ha tratado de evitar el desborde gubernamental en la función legislativa[105]. También puede destacarse un caso en que se cuestionó un proyecto de ley que otorgaba a un órgano administrativo de defensa del consumidor atribuciones judiciales[106].

[102] Navarro (2009a), pp. 141-155.

[103] Durante los últimos años se ha revisado un número importante de leyes: veintiocho (2005), trece (2006), veintidós (2007), veintinueve (2008), veintiocho (2009), veintitrés (2010), veinticinco (2011), veinte (2012), diecisiete (2013), dieciocho (2014), veinticinco (2015), veintinueve (2016), veinticuatro (2017), veinte (2018) y doce (2019). Información disponible en página web (Memorias anuales del TC 2005-2019). www.tcchile.cl

[104] En los años 2005 y 2015 le correspondió ver treinta casos. En los últimos años no han superado los dos o tres anuales: 2015 (tres), 2016 (dos), 2017 (dos), 2018 (tres) y 2019 (dos).

[105] Meléndez (2017).

[106] TC, rol 4012/2018.

En el Proyecto de Bachelet se indica como atribución del TC el

> "Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación".

Sin embargo, se establece :

> "La declaración de inconstitucionalidad de cualquiera de estas normas debe ser acordada por una mayoría de cuatro quintos de sus integrantes".

3. Control de la potestad reglamentaria

El TC, en diversos pronunciamientos ha ido configurando la esfera propia del legislador y de la potestad reglamentaria. Así se ha dictaminado particularmente con motivo de "controlar que los actos administrativos mediante los cuales el Poder Ejecutivo desarrolla su programa de gobierno se sujeten a la Constitución"[107].

Por de pronto ha señalado que –de acuerdo con el principio de primacía de la realidad– ciertas resoluciones, que por su contenido son reglamentos, deben ser firmados no solo por el Ministro del área, sino que por el propio Presidente de la República[108]. De este modo, fue calificada como una "falsa resolución" o más propiamente una "resolución de carácter reglamentaria".

En otro caso ("Transantiago") se cuestionaban créditos otorgados al transporte terrestre de Santiago por acto administrativo y no por ley. En tal sentido, se precisó que un endeudamiento como el que se autorizó a través de un decreto

> "requería de un debate parlamentario que se tradujese en la dictación de una ley especial que confiriera la autorización, puesto que, evidentemente, está en juego la estabilidad financiera del mismo Estado y también el ejercicio eficaz de su potestad administrativa que apunta a la satisfacción de las necesidades de los gobernados"[109].

Por último, se consideró vulnerado la Ley Fundamental al tratarse de

> "un préstamo cuyo beneficiario y deudor final es el mismo Estado y cuya fecha de vencimiento excede del actual período presidencial, sin

[107] Caso "Píldora del día después I", rol 591/2006, cons. 3.
[108] *Op. cit.*, cons. 33.
[109] TC, rol 1035/2008, cons. 39.

que la referida autorización se haya prestado, además, por una ley de quórum calificado"[110].

En otro importante requerimiento, se validó la facultad y obligación constitucional que tiene el Presidente de la República para regular y ordenar el ingreso al país de migrantes. Pese al reclamo planteado por algunos parlamentarios, en orden a que se estaría cometiendo una diferencia arbitraria en contra de estas personas, el TC sostuvo que la legislación chilena permite a las autoridades fijar normas para enfrentar flujos migratorios irregulares y que, en el caso concreto, las medidas adoptadas en ningún caso eran desproporcionadas o contradictorias con las leyes y en contra de la tradición de apertura al extranjero[111].

En otro caso, se dejó sin efecto un precepto reglamentario que restringía el derecho constitucional a ejercer la llamada objeción conciencia institucional, para practicar abortos. La restricción del decreto reglamentario original afectaba a las entidades privadas que suscribieran convenios de atención con el Estado. El TC la removió, anteponiendo al criterio del reglamento el valor de la autonomía y la libertad de asociación que consagra nuestra Constitución en favor de los cuerpos intermedios de la sociedad[112].

4. Control concentrado de constitucionalidad de las leyes

La reforma constitucional de 2005 radicará en exclusiva en este Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, no solo revisará eventualmente la constitucionalidad de las leyes durante su tramitación (leyes orgánicas e interpretativas y requerimientos de parlamentarios), sino que, además, conocerá de la acción de inaplicabilidad de las leyes vigentes.

a) Acción de inaplicabilidad

La nueva acción no es en todo caso idéntica a la que anteriormente conocía la Corte Suprema[113], desde que ahora corresponde declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución Política, por lo que se trata de un control concreto[114]. Además, la inaplicabilidad no solo

[110] TC, rol 1035/2008, cons. 76.
[111] TC, rol n.° 4757/2018.
[112] TC, rol n.° 5572/2018.
[113] Véase Navarro (2002), pp. 7-26.
[114] Navarro (2011a).

la pueden solicitar las partes de una gestión, sino el propio juez de la causa[115].

Para dimensionar la expansión de esta acción constitucional, debe tenerse presente que en los catorce primeros años de funcionamiento del nuevo TC han ingresado un poco más de ocho mil, lo que equivale hoy a cerca del 95% de las causas ingresadas[116].

Son muy diversas las materias que han motivado sus pronunciamientos. Piénsese solo las resoluciones que han ido configurando el debido proceso, que no solo resulta aplicable en los procesos jurisdiccionales, sino, también, en los de carácter administrativo y sancionatorio[117]. Especialmente se ha insistido en las limitaciones de acceso a la jurisdicción[118], la bilateralidad de la audiencia[119], el establecimiento de limitaciones de las defensas[120], el derecho a revisar lo resuelto por un órgano jurisdiccional superior[121], la motivación de las decisiones[122] y la tutela judicial efectiva[123].

---

[115] Navarro (2010a). Este mecanismo debería ser más usual y recurrente, exento de las mismas exigencias que el requerimiento de un particular.

[116] Véase Memorias del TC 2006 a 2019 en página web (www.tcchile.cl). Así, 208 (2006), 280 (2007), 235 (2008), 242 (2009), 259 (2010), 229 (2011), 198 (2012), 192 (2013), 107 (2014), 150 (2015) y 299 (2016). El año 2017 aumentó de manera explosiva a 883, motivados especialmente por casos de ley de control de armas y la denominada "Ley Emilia" (obligación de aplicar privación de libertad durante un tiempo mínimo); lo que ha motivado sesiones extraordinarias por parte del TC. El año 2018 ingresaron 1 618 requerimientos de inaplicabilidad. Por último, el año 2019 se presentaron 2 181 inaplicabilidades de un total de 2 210 causas.

[117] Un caso más reciente es la inconstitucionalidad del secreto del sumario administrativo: rol 5958/2019.

[118] Por ejemplo, la consignación previa respecto de multas administrativas en el ámbito eléctrico: roles 3487/2017 y 6180/2019.

[119] TC, rol 3107/2016, en el ámbito tributario. En igual sentido, roles 3297/2016; 4241/2018; 3969/2017; 5369/2018; 5516/2018; y 5820/2018. Más recientemente, rol 7845/2019.

[120] TC, roles 7369, 7368, 7370 y 7371, todos de 2019.

[121] TC, rol 7920/2019.

[122] TC, roles 1373/2009; 1873/2010; 2034/2011; 2137/2011; 2529/2013; 2677/2014; 2862/2015; 3042/2016; 3175/2016; 3365/2017; 4376/2018; 4989/2018; 5257/2018; 5849/2018; 5937/2019; 6656/2019; 7231/2019; y 7234/2019. El legislador –en estos días– modificó la normativa.

[123] Recientemente en Navarro (2011b). Se han aceptado, entre otros, como contrario al debido proceso: Desafuero de delito de acción privada sin ser oído (478/2006); Resolver de inmediato autorización de UAF (521/2006); Resolver en cuenta o de plano (747/2007); Pago anticipado para ejercer acciones (728/2007); Inexistencia de mecanismos de defensa (808/2007); Apelación de una sola de las partes (1535/2009); Falta de motivación de sentencia (1373/2009 y, más recientemente, 4398/2918); Privación de libertad por administración (1518/2009); Otorgar plena prueba a peritaje del SII (1718/2010); Infracción a non bis in ídem Ley de Transporte (2045/2011); Legitimación activa en querellas (2203/2012); Plazo para comparecer en 2ª instancia (2466/2013); y Proceso en justicia militar (2492/2013). En

En relación con la igualdad ante la ley[124] se han declarado que determinados preceptos legales carecen de razonabilidad[125]. Incluso, la omisión legislativa[126].

Del mismo modo, en el ámbito penal, se ha ido configurando los límites del principio de tipicidad, de manera de determinar de qué forma debe encontrarse configurada la conducta sancionada[127]. También se ha insistido en la proporcionalidad de la sanción penal[128]. En materia sancionadora administrativa se ha resaltado el principio de proporcionalidad[129], que supone una

> "relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal"[130].

---

el último tiempo, respecto de la inexistencia de mecanismo de impugnación del segundo juicio penal condenatorio: rol 5878/2018.

[124] Navarro (2012a), pp. 63-95.

[125] Así, por ejemplo, la inadecuada asimilación del sistema tributario respecto de un trabajador independiente: rol n.° 1399/2009); la presunción de trabajo a honorarios: rol n.° 767/2007; la exclusión injustificada de beneficios: rol n.° 1615/201); la pérdida de beneficios: rol n.° 1801/2010); procedimientos idóneos: rol n.° 707/2007; falta de igualdad de armas: rol n.° 1535/2009; régimen jurídico de fianza tributaria: rol n.°728/2007; recursos en juicios especiales y falta de motivación. rol n.° 1373/2009; reconocimiento de filiación: rol n.° 1340/2009; exclusión de daño moral: rol n.° 1419/2009; restricción de acceso a ciber cafés: rol n.° 1894/2009; acceso de información restringida: rol n.° 2152/2011; multa desproporcionada tributaria: rol n.° 1951/2012; legitimación activa para deducir querella en materia penal: rol n.° 2203/2012; diferencias en materia de beneficios a diplomáticos: rol n.° 2320/2013; gratuidad educación superior: rol n.° 2935/2015; y negociación colectiva vía sindicatos y otros grupos negociadores: rol n.° 3016/2016. Más recientemente rol n.° 7236/2019 (ciertos trabajadores sin derecho a feriado).

[126] TC, rol 5275/2018.

[127] En el caso de incumplimiento de deberes militares: rol n.° 781/2007). También roles 1011/2007; 2773/2015; y 3637/2017. Un análisis sobre tipicidad en Navarro (2010b), pp. 241-265. Más recientemente, en el ámbito del giro doloso de cheque: rol 2744.

[128] En las denominadas "Ley de Armas" y "Ley Emilia", que obligan a tiempos mínimos de privación de libertad.

[129] Navarro (2016), p. 73 y ss.

[130] TC, roles n.°s 1518/2009, 1584/2009 y 2022/2011. Así, por ejemplo, se ha estimado como desproporcionado el interés moratorio del 1,5% mensual establecido en el art. 53 del *Código Tributario*, desde que se obliga a pagar una suma que a todas luces se presenta como injusta y abusiva: roles 1951/2011; 2489/2013; 3079/2016; 3440/2017; 4170/2017; 4623/2018; 6082/2019 y 6866/2019). Del mismo modo, una multa sanitaria que puede derivar en prisión, conforme al art, 169 del *Código Sanitario*, también infringe la proporcionalidad, al no tener relación con la gravedad de las faltas: rol 1518/2009. Igualmente, se ha fallado respecto del art. 108 b) de la Ley de Propiedad Industrial, al establecer diferencias en materia indemnizatoria, permite obtener beneficios desligados de la relación causal entre el uso an-

Del mismo modo, respecto del principio *non bis in idem*, al sancionarse con inhabilidades de contratación por dos años a entidades demandadas laboralmente[131]. Se han justificado sí los apremios en materia de no pago de cotizaciones previsionales[132].

Respecto del principio de legalidad tributaria[133], se estimó inconstitucional la remisión a un reglamento en materia de exención de impuesto territorial para los estadios. Del mismo modo, el cobro de patentes por no uso de derechos de agua imputable a la Administración[134].

También pueden citarse decisiones en relación con el derecho a la honra[135], en particular como consecuencia de la falta de adecuada indemnización del daño moral[136]. Del mismo modo, la privacidad respecto de correos electrónicos de funcionarios públicos[137].

E igualmente inaplicabilidades fundadas en la infracción al derecho de propiedad[138], al privarse a quien ha depositado dinero en una cuenta de ahorro del derecho a recuperar su dinero, por una disposición legal que extinguió al sujeto obligado, disponiendo que el fisco sucediera en los bienes al extinguido y asumiera sus deudas, pero esto último sujeto a una condición

tijurídico de la propiedad industrial y el enriquecimiento directamente obtenido por tal uso, provocando resultados gravosos que exceden desproporcionadamente la finalidad legítima de la norma: rol 2437/2013. En otro caso se cuestiona el art. 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, que faculta a sancionar con hasta el 20% del presupuesto de la obra, lo que evidencia un margen en exceso amplio al legislador, posibilitando decisiones arbitrarias: rol 2648/2014. Más recientemente se ha sentenciado que la aplicación concreta del inciso 1° del art. 29 del DL n.° 3538, de 1980, no se sustenta sobre la base de criterios de razonabilidad: roles 3014/2016; 3236/2016; 3324/2017; 3542/2017; 3575/2017; 3684/2017; 3762/2017; 3932/2017; 4230/2018 y 5969/2019.

[131] TC, roles 3570/2017; 3702/2017; 5267/2018; 5912/2019; 6085/2019; 6513/2019 y 7259/2019. En materia de infracciones a la Ley del Tránsito: roles 1960/2011; 1961/2011; 2018/2011; 2045/2011; 2108/2011; 2236/2012; 2254/2012; 2402/2013; 2896/2015 y 3000/2016.

[132] TC, roles 519/2006; 576/2006; 3249/2016; 3058/2016; 3540/2017; 3865/2017; 4465/2018 y 4808/2018.

[133] TC, Roles 718, 759 y 773, todas de 2009. Luego: roles 1234/2008; 1434/2009; 3033/2016 y 3034/2016. Más recientemente, rol 3361/2017. Véase Navarro (2008a), p. 77-87.

[134] TC, roles 2693/2016; 2881/2015; 3146/2016: 3417/2017; 3874/2017; 5025/2018; 5654/2018 y 7015/2019.

[135] Véase Navarro (1998-1999), pp. 205-210.

[136] TC, rol 943/2007. Luego: roles 1185/2008; 1419/2009; 1463/2009; 1679/2010; 1741/2010; 1798/2010; 2085/2011; 2255/2012; 2410/2013; 2513/2013; 2747/2014; 2801/2015; 2860/2015; 2887/2015; 2915/2015 y 3194/2016. Más recientemente, roles 5278, 6383 y 7004, todos de 2019.

[137] TC, rol 5841/2018 y 6136/2019.

[138] Véase Navarro (2005), pp. 517-531. En materia urbanística, rol 5353/2018.

solo potestativa que ha decidido no cumplir[139]. También se han cuestionado normas sobre la pequeña propiedad, con plazos breves de prescripción[140]. En fallo reciente, se ha reiterado la propiedad de los trabajadores sobre sus fondos de pensiones acumulados en sus cuentas[141].

Por último, cabe destacar que en algunas sentencias se han reconocido derechos implícitos y que derivan de otros constitucionalmente tutelados, como son el "acceso a la información"[142] y el "derecho a la identidad"[143].

En el estudio preparado por académicos se propuso perfeccionar el estatuto procesal de la inaplicabilidad en los siguientes aspectos:

a) la oportunidad procesal para presentar un requerimiento de inaplicabilidad, por regla general, debería requerir la existencia de sentencia, con la excepción de las acciones constitucionales de tutela y materias penales;
b) aumentar la intervención del juez de la gestión judicial pendiente en la inaplicabilidad ante el TC;
c) incrementar el estándar de fundamentación de la medida de suspensión del procedimiento;
d) obligar al juez de fondo en su sentencia a analizar la sentencia del TC de inaplicabilidad y
e) crear un recurso extraordinario ante el TC en casos excepcionalísimos en que las sentencias de inaplicabilidad que acogen el requerimiento hayan sido desconocidas por el juez de fondo (de la gestión pendiente).

Como se ha expresado, parece conveniente incentivar con mayor fuerza la participación de los jueces, sin hacerles exigibles en su oficio una fundamentación similar a la que corresponde a un particular[144].

Del mismo modo, la suspensión del procedimiento puede suponer mayor fundamentación, pero es evidentemente esencial para lograr el objetivo de inaplicar una norma[145].

b) Acción de inconstitucionalidad

De manera adicional, la reforma de 2005 facultó al mismo TC para resolver la inconstitucionalidad de la ley, esto es, con efectos generales y derogatorios,

[139] TC, rol n.° 944/2007.
[140] TC, rol 7264/2019.
[141] TC, rol 72442/2019.
[142] TC, rol n.° 634/2006. Sobre la materia véase Navarro (2010c).
[143] TC, rol n.° 1340/2008.
[144] Navarro (2010a), pp. 393-415.
[145] Colombo (2008).

para lo cual es necesario que previamente se haya declarado su inaplicabilidad. Dicha resolución debe ser adoptada por los 4/5 de los miembros, pudiendo iniciarse dicha acción de oficio o por acción pública[146]. La norma se entiende derogada con efecto desde su publicación en el *Diario Oficial*.

Se trata de un instrumento excepcional que a la fecha solo ha motivado cinco decisiones relativas a delegación de jurisdicción en materia tributaria[147]; la consignación previa para reclamar sanciones sanitarias[148]; la gratuidad del turno de los abogados[149]; las facultades de la Superintendencia de Salud referentes a las tablas de factores de sexo y edad en los contratos de salud previsional[150] y, hace poco, una norma que prohíbe en los establecimientos de óptica la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos[151].

En el proyecto de reforma preparado por académicos se propuso reducir el quórum de 4/5 a mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del TC para la declaración de inconstitucionalidad.

5. Revisión de autos acordados

Asimismo, se le ha entregado también, desde 2005, la revisión de la constitucionalidad de los autos acordados de ciertos tribunales superiores, determinando si ellos se ajustan o no a la CPR, sentenciando –por ejemplo, en un caso– que se infringe el principio de publicidad como consecuencia de la existencia del secreto o reserva de investigaciones disciplinarias[152]. Más recientemente, se estimó inconstitucional un auto acordado que fijó la edad de cesación de los jueces de policía local, lo que se consideró propio de la reserva legal[153].

Cabe tener presente que, en el sistema constitucional chileno, le corresponde a los tribunales de justicia el conocimiento de los recursos de amparo, de modo que las sentencias de los tribunales de justicia solo pueden ser revisadas –en su caso– por la Corte Suprema, a través de diversas vías impugnatorias, pero en modo alguno por el TC[154]. Esto ha evitado el denominado "choque de trenes" entre los tribunales[155].

[146] Navarro (2011c).
[147] TC, rol n.° 681/2006.
[148] TC, rol n.° 1173/2008.
[149] TC, rol n.° 1254/2008.
[150] TC, rol n.° 1710/2010.
[151] TC, rol 6597/2019, publicada en el *Diario Oficial* de 18 de noviembre de 2019.
[152] TC, rol n.° 783/2007. Véase Navarro (2013), pp. 143-166.
[153] TC, roles 2961/2016 a 2069/2016 y 2972/2016 a 2975/2016.
[154] Una visión panorámica en Navarro (2008), pp. 327-349.
[155] Mendizabal (2012).

6. Contiendas de competencia

Finalmente, también le corresponde al TC conocer de las cuestiones de competencia o conflictos de atribuciones entre las autoridades administrativas y los tribunales inferiores de justicia[156].

Así, pueden mencionarse las decisiones vinculadas a las contiendas entre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el Ministerio Público[157] o entre la Universidad de Chile y un tribunal electoral regional[158]. O entre el Ministerio Público y los juzgados de policía local[159]. En otro caso relevante se estimó que la Contraloría General de la República y no los tribunales debían determinar el régimen previsional de determinado personal[160].

En la propuesta de académicos se propone entregar de manera exclusiva al Tribunal Constitucional, la resolución de toda contienda de competencia que se suscite entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales. Del mismo modo, dos nuevas atribuciones:

a) resolver las cuestiones de competencia entre autoridades nacionales, regionales, provinciales y locales y
b) resolver las contiendas de competencias entre autoridades administrativas.

7. Otras atribuciones

a) Declaración de inconstitucionalidad de movimientos

En la propuesta de académicos se estima necesario eliminar la atribución de declaración de inconstitucionalidad de movimientos y partidos políticos. Igualmente, en el proyecto de la expresidenta Michelle Bachelet.

---

[156] La contienda de competencia se trata de una disputa acerca de la atribución de un juez o autoridad administrativa, en este caso, para el conocimiento de un determinado asunto. Por lo mismo, en estricto rigor, se trata de un conflicto de funciones. De manera adicional se ha sostenido por la doctrina que este tipo de contiendas de competencia no se verifica si un órgano realiza con su actuar u omisión un errado ejercicio de sus competencias, sino solo cuando ello lesiona la titularidad de las competencias de otro: TC, rol n.° 1531/2009.

[157] TC, rol 2934/2015.

[158] TC, rol 2700/2014.

[159] Se ha fallado que, por tratarse de un hecho que reviste caracteres de delito, debe seguir conociendo de la materia el Ministerio Público y no el Juzgado de Policía Local: rol 2076/2011. En otros casos, se expresa que, tratándose de una infracción del tránsito y sin que las consecuencias derivadas del mismo (daños y lesiones) configuren un delito, corresponde que el Juzgado de Policía Local siga conociendo de los hechos: rol 5459/2018.

[160] TC, rol 3283/2016.

Esta norma fue modificada en el acuerdo de 1989, al derogar el art. 8 y traspasarlo al art. 19 n.° 15[161]. Los antecedentes se remontan al el derecho comparado, especialmente en Alemania[162].

b) Amparo de derechos fundamentales

En el Proyecto Bachelet se le entrega al TC una facultad de resolver

> "el efectivo amparo frente a la vulneración de los derechos constitucionales, de que hubiere sido objeto el titular de la acción prevista en el artículo 20 de esta Carta".

En este caso, se supone que el TC actuaría como tribunal de segunda instancia en materia de amparo de derechos fundamentales. Sin embargo, la protección ha funcionado muy bien tratándose de la Corte Suprema, siendo absolutamente inadecuado e inconveniente trasladar dicha competencia al Tribunal Constitucional[163].

c) Otras atribuciones

También los académicos proponen ampliar el control de constitucionalidad a reglamentos de las Cámaras (Cámara de Diputados y Senado). De igual forma, traspasar desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional el conocimiento y resolución del proceso previo en materia de indemnización por error judicial[164].

III. Efectos de las sentencias

1. Inaplicabilidad de las leyes

1.1 Normativa constitucional y legal

El art. 93 n.° 6 de la CPR señala que le corresponde al TC:

> "resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución".

[161] Quintana (2010).
[162] Ribera (1986).
[163] Navarro (2009b), pp. 141-154.
[164] Navarro (2012).

Por su parte, el art. 89 de la Ley Orgánica del TC señala:

> "La sentencia que declare la inaplicabilidad del precepto legal impugnado deberá especificar de qué modo su aplicación en la gestión pendiente de que se trata resulta contraria a la Constitución".

Por lo mismo, el art. 91 de la misma ley expresa:

> "La sentencia que se pronuncie sobre la cuestión de inaplicabilidad deberá notificarse a la o las partes que formularon el requerimiento y comunicarse al juez o a la sala del tribunal que conoce el asunto, haya o no requerido, y a los órganos señalados en el artículo 86. Deberá, además, publicarse en la forma y plazo establecidos en el artículo 40".

A su turno, el art. 92 de idéntico cuerpo legal indica, en su inciso 1°: "La sentencia que declare la inaplicabilidad sólo producirá efectos en el juicio en que se solicite"[165].

1.2. Jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha sido extremadamente clara en cuanto a precisar que la sentencia que acoge una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad produce un efecto negativo o inhibitorio en cuanto a que la norma no puede ser considerada en el caso concreto.

EL TC ha sentenciado en relación con el efecto negativo de la sentencia que acoge la acción de inaplicabilidad de modo que

> "si esta Magistratura decide que uno o varios preceptos legales son inaplicables en la gestión que se sigue ante un tribunal ordinario o especial, queda prohibido al tribunal que conoce de la misma, aplicarlos"[166].

En otras palabras: "queda impedido al tribunal que conoce de ella de darle aplicación, motivo por el cual no podrá invocarlo como norma decisiva litis"[167]. Así las cosas:

> "El recurso de inaplicabilidad no está diseñado para ordenarle a un juez que deba resolver una gestión pendiente, cuál es la norma que debe

[165] EL TC aprobó esta disposición en el entendido que la alusión al "juicio en que se solicite" la declaración de inaplicabilidad lo es a la "gestión" en que ello ocurra: rol 1288/2009.

[166] TC, rol 707/2007, cons. 9. En el mismo sentido, roles 473/2006, cons. 9; 517/2006, cons. 10; 535/2006, cons. 10; 588/2006, cons. 11; 596/2006, cons. 8, 608/2006, cons. 11; 609/2006, cons. 11; 610/2006, cons. 11; 611/2006, cons. 11; 612/2006, cons. 11; 810/2007, cons. 8 y 821/2007, cons. 6.

[167] TC, rol 1130/2008, cons. 5.

> aplicar. Su efecto es más bien negativo, pues suprime del universo normativo que debe considerar un juez, determinados preceptos legales"[168].

En definitiva: "el precepto legal tachado se debe inaplicar sólo en la gestión judicial pendiente de que tratan dichas sentencias"[169].

Como lo ha recordado más recientemente la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema, en una sentencia dictada en un recurso de protección, en el marco de una acción de inaplicabilidad acogida:

> *"el efecto de la declaración de inaplicabilidad* por inconstitucionalidad que produce el fallo del Tribunal Constitucional, consiste en que el precepto legal no puede ser aplicado en el pleito de que se trata, lo que significa que para la decisión de esta controversia no será posible tener en consideración –ni directa ni indirectamente– la sección final del inciso 2° del artículo 126 del Código Sanitario, cuya aplicación en este caso concreto se ha estimado contraria a la Carta Fundamental, por el órgano llamado a efectuar dicha declaración"[170].

En otras palabras:

> "la declaración de inaplicabilidad provoca el efecto práctico de que los preceptos legales que vinculaban al tribunal que conoce de la causa pertinente, son excluidos del ordenamiento jurídico"171.

El expresidente de la Corte Suprema, Haroldo Brito, señaló en un voto particular:

> "la sentencia de inaplicabilidad es vinculante en el pleito de que se trate, en el sentido que la resolución no podrá justificarse en el precepto declarado inaplicable por inconstitucionalidad, porque la declaración del fallo dispone la prohibición de emplear el precepto legal en la decisión del asunto[172]".

1.2. Necesidad de reforzar efecto vinculante de la sentencia

En realidad, más bien debe hablarse del efecto vinculante de las sentencias del TC, el que se refiere a

[168] TC, rol 2290/2012, cons. 10.
[169] TC, rol 1552/2009, cons. 4.
[170] CS, rol n.° 31875/2017. 14 de enero de 2019. En el mismo sentido, rol 31879/2017.
[171] CS, rol 37905/2017, 19 de diciembre de 2019.
[172] CS, rol 4518/2011, cons. 2.

> "la sumisión generalizada al contenido de la sentencia proferida por el Tribunal Constitucional, tanto en declaración de inconstitucionalidad como de constitucionalidad, impidiendo que los demás órganos del Poder Judicial decidan de modo diferente a lo fallado".

Esta vinculación sirve, además, "para la administración pública de modo general"[173].

Dicho efecto vinculante de la decisión alude así:

> "a la imposibilidad de la renovación del acto cuyo contenido se identifique con el que fue reputado como incompatible con la Constitución según el Tribunal Constitucional, conforme lo dispone el artículo 6 de la Constitución"[174].

En definitiva, ello supone:

i) la prohibición de reproducir el acto;
ii) la eliminación del acto cuyo contenido esté identificado con aquello que fue reconocido como inconstitucional y
iii) la obligación de los órganos de respetar lo dispositivo y fundamentación de la sentencia[175].

En suma:

> "un primer efecto de la sentencia que aprecie una vulneración legal de derechos fundamentales sería la inaplicación del precepto legal al ciudadano recurrente"[176].

Cabe señalar que, en España, la LOC del TC, tomada del modelo alemán, expresa que las sentencias del TC "vincularán a todos los poderes públicos"[177]. En la normativa chilena se desechó por estimarse evidente que la sentencia debía siempre ser respetada por todos los órganos[178].

Como ha señalado la doctrina, dicha vinculación a los poderes públicos se hace, pues indispensable, a fin de que el TC

> "pueda cumplir la función de interpretar definitivamente la norma fundamental, garantizando la seguridad y paz jurídica, lo que no podría ser alcanzado con los solos efectos de cosa juzgada, como se entiende tradicionalmente"[179].

---

[173] Machado (2017), p. 132.
[174] *Op. cit.*, p. 133.
[175] *Op. cit.*, p. 134.
[176] Urias (2001), p. 318.
[177] Art. 38.1 de la LOTC.
[178] Arellano (2012).
[179] Eguiguren (2002), p. 170.

Todo lo anterior se relaciona, además, con la buena fe y confianza legítima que emana de las decisiones de cualquier autoridad u órgano del Estado.

2. Inconstitucionalidad de las leyes

2.1. La norma constitucional

El art. 94 de la CPR, en su inciso tercero, precisa que el precepto declarado inconstitucional

> "se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo".

Por su lado, el inciso final, señala:

> "las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación".

Por su parte, la LOC del TC señala, en su art. 101:

> "La declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento".

Mientras que el art. 102 recuerda:

> "La sentencia que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto legal, será publicada en la forma y plazo establecidos en el artículo 40. El precepto declarado inconstitucional se entenderá derogado desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial, sin efecto retroactivo".

2.2. Jurisprudencia constitucional

La Corte Suprema, después de la primera declaración de inconstitucionalidad correspondiente al art. 116 del C*ódigo Tributario*, presentó más de un centenar de solicitudes de inaplicabilidad en relación con procedimientos que se encontraban en casación[180]. Frente a dicha petición, el TC resolvió que, en

[180] En sus fundamentos se señala: "4°) Que, como puede advertirse, nuestro constituyente optó, dentro de las alternativas que contempla el derecho comparado y la doctrina, por dar carácter derogatorio a la declaración general de inconstitucionalidad de un precepto legal que

atención al efecto derogatorio producido por la sentencia de inconstitucionalidad y, al no encontrarse vigente el referido precepto legal, no resultaba procedente el requerimiento, por lo que la aplicación del mismo en la gestión seguida ante la Corte Suprema no resultaba decisiva[181].

En todo caso, la Corte Suprema decidió anular todo lo obrado en las respectivas gestiones, teniendo en consideración la *ratio decidendi* del pronunciamiento formulado por el TC[182].

---

realiza el Tribunal Constitucional, en lugar de asignarle un efecto anulatorio; 5°) Que debe concluirse, por tanto, que la ineficacia del artículo 116 del Código Tributario que declaró el referido órgano por estar en pugna con la Carta Fundamental sólo cubre el lapso que sigue a la publicación, y no afecta al tiempo previo a ésta (...) 8°) Que, sentado lo anterior, es forzoso concluir que en razón del llamado efecto ínter temporal de la ley es posible afirmar que el artículo 116 del Código Tributario rige todavía respecto del período que va desde que entró en vigencia hasta su derogación, la que para este juicio no surte ningún efecto; 9°) Que, como resultado de estos razonamientos, aparece claro que respecto de las actuaciones de un Juez tributario nombrado según el artículo 116 del Código Tributario que se efectúen después del 29 de marzo de este año, dicho precepto es inconstitucional y no puede aplicársele por estar derogado; en cambio, en cuanto a idénticas actuaciones practicadas antes de esa fecha, la misma norma es constitucional y debería aplicarse; 10°) Que tal diferenciación no aparece revestida de razonabilidad y, más aún, deviene en una situación injusta que supone aplicar distintos estatutos legales a casos similares, lo que hace imperiosa su corrección por los medios que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los sentenciadores": auto motivado de 3 de septiembre de 2007, en causa rol n.º 831-2007.

[181] Se expresa por el TC esencialmente: ""DÉCIMOSEXTO. Que esta Magistratura, en ejercicio de la competencia específica que le asigna el requerimiento, debe precisar que en la época en que se efectuó la delegación el artículo 116 del Código Tributario sí tenía plena eficacia de ley y careciendo de ella ahora, no le corresponde a este Tribunal Constitucional declarar su inaplicabilidad retroactiva; DECIMOSÉPTIMO. Que en mérito de lo considerado precedentemente este Tribunal decidirá que carece de facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis": rol n.º 831, de 24 de enero de 2008. El fallo comentado contiene una prevención del ministro Enrique Navarro, quien hizo presente que la Corte Suprema podía resolver el conflicto, teniéndose presente que se trataba de una norma que no debía ser aplicada en el caso concreto al haberse derogado. Además, existe una disidencia del ministro Jorge Correa Sutil, quien fue partidario de pronunciarse sobre el fondo.

[182] Así, en sentencia de 12 de agosto de 2008, rol n.º 1885-2007, se expresa: "DÉCIMO SÉPTIMO:(...) La sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional al poseer los efectos de una ley derogatoria produce entonces efectos en todas las causas que se encuentran pendientes, toda vez que la norma del artículo 116 del Código Tributario es una norma de carácter procesal caracterizada por su aplicación permanente en el juicio. Por tanto, los efectos de una ley derogatoria prevalecen sobre la disposición procesal anterior desde el momento en que comienza a regir, como se desprende del artículo 24 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes; (...) DÉCIMO OCTAVO: Que, por otra parte, la decisión acerca de los efectos en el tiempo de una ley, en este caso, de una sentencia, es de competencia de los jueces del fondo;

Tratándose de la declaración de inconstitucionalidad del art. 38 ter, a pesar de haber declarado inconstitucional el 2010, en este caso, el TC decidió acoger las nuevas presentaciones[183]. En tal sentido, se hace referencia a las particularidades del efecto de la declaración de inconstitucionalidad[184]. Del mismo modo, a la seguridad jurídica[185].

Finalmente, cabe tener presente que en esta decisión de inconstitucionalidad se consignó:

---

y es cierto que la derogación de la norma en referencia no puede regir en cuanto a las causas afinadas, porque en ellas hay sentencia firme, con efecto de cosa juzgada, y por ello importaría la afectación de derechos adquiridos. Sin embargo, distinta es la situación respecto de las causas pendientes, en las que no hay sentencia firme y, por ende, no hay una situación consolidada protegida por la cosa juzgada ni derechos adquiridos con relación a ella. En este último caso no se da efecto retroactivo al fallo del Tribunal Constitucional cuando se lo aplica a dichas causas pendientes, porque no se afecta ningún derecho adquirido sino sólo meras expectativas; (…) VIGÉSIMO SEGUNDO: Que de acuerdo a todo lo expuesto y por haber sido derogada la norma, no puede tener aplicación en el presente juicio; y los efectos de dicha derogación tienen que ser los mismos que los de la declaración de inaplicabilidad anterior, por cuanto, y repitiendo el concepto, la norma legal derogada producía efectos permanentes y la decisión acerca de la validez o nulidad del proceso depende precisamente de la aplicación o no de la norma o de su existencia. Al haber ésta desaparecido, no puede ser aplicada al juicio tributario respecto del cual ella era el sustento, produciéndose el decaimiento de sus efectos procesales y la correspondiente nulidad, por lo que procede así declararlo".

[183] Véase especialmente, rol 1552-10, 28 de octubre de 2010.

[184] Se entiende que la disposición ha perdido vigencia. De este modo, "no se trata, entonces, de una derogación propiamente tal, la que siempre se producirá en mérito de la dictación de otra ley, en tanto declaración de la voluntad soberana que proviene de los órganos legislativos. No puede, por consiguiente, igualarse jurídicamente la legitimidad que brinda una ley posteriormente derogada con la legitimidad de que está dotada aquella situación cubierta por el efecto irretroactivo de la norma declarada inconstitucional. Además, no parece posible que un precepto invalidado por esta Magistratura –puesto que la declaración de inconstitucionalidad lo priva de efectos desde la publicación de la sentencia respectiva en el Diario Oficial- pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual".

[185] Se indica: "No cabe duda que la legitimación de los efectos anteriores a la exclusión del precepto del sistema normativo, se funda en el propósito del Constituyente de custodiar la seguridad jurídica y brindar protección a la apariencia generada al amparo de dicho precepto. Quienes, obrando de buena fe, han configurado una situación intersubjetiva que supone la concurrencia de derechos y obligaciones, en la convicción de que obraban al amparo de la ley, quedan a salvo de reproche jurídico, mas no en virtud de la norma posteriormente invalidada, sino del escenario jurídico en que se desenvolvía esta relación. No obstante lo anterior, la Constitución nada dice respecto del efecto ultractivo a que se alude en el considerando anterior". Por lo tanto, forzoso resulta concluir: "si una ley, por contravenir la Carta Fundamental, es excluida del ordenamiento jurídico, quedando, en consecuencia, invalidada, no puede subsistir tampoco en razón de una estipulación contractual, puesto que ella estaría afectada hacia el futuro del mismo vicio que motivó la declaración de inconstitucionalidad".

> "de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una especie de derogación sui generis, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro"[186].

2.3 Perfeccionamiento de la normativa

De lo dicho se desprende que el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efecto retroactivo, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Se trata de una materia compleja, habiéndose discutido en la doctrina[187].

Sería conveniente, además, agregar que dentro de un determinado plazo (un año, por ejemplo), deberá dictarse una ley por los colegisladores para resolver los eventuales vacíos que se produzcan como consecuencia de la sentencia dictada por el TC.

Académicos propusieron reducir el quórum de 4/5 a mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del TC para la declaración de inconstitucionalidad. Del mismo modo, perfeccionar la regulación de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, prescribiendo que los efectos serán de invalidación del precepto, lo que quiere decir que los efectos son solo *ex nunc* (hacia el futuro). Asimismo, explicitar que la sentencia obliga a todos los órganos del Estado, tal como se indica en el proyecto de LOC del TC.

En el caso del Proyecto de Bachelet se establece expresamente:

> "los órganos colegisladores deberán, en el plazo de seis meses iniciar la tramitación de la norma que regulará la materia objeto del precepto derogado".

[186] Sentencia rol n.° 1.710-10, de 6 de agosto de 2010, cons. 27.

[187] Por lo mismo, el TC afirma: "Que doctrinariamente se ha controvertido la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad, de efectos generales y derogatorios o anulatorios de la norma legal. Así, Calamandrei le atribuye una función no jurisdiccional, que examina a la ley en términos generales, como problema legislativo y no judicial. Otros autores la entienden como atribución propiamente jurisdiccional. Finalmente, desde una posición ecléctica, algunos le asignan una función auxiliar de control"*:* Sentencia rol n.° 558-06 y 590-06 (acumuladas), de 5 de junio de 2007, cons. 18. Véase SAENGER (2007), pp. 305-348.

IV. Conclusiones

El TC tiene en Chile una existencia de medio siglo y ha sido reconocido entre sus pares en Latinoamérica[188]. Surgió en la década de 1970 para conocer de los conflictos de poderes, entregándosele la competencia de control de constitucionalidad de las leyes en tramitación a requerimiento de los colegisladores. Luego, al restablecerse en 1980 se la agrega el control de las leyes orgánicas constitucionales.

La reforma de 2005 le entregó la resolución de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad; concentrando así en dicho órgano el control constitucional de las leyes. Además de revisar ciertos autos acordados y resolver algunas contiendas de competencia. Dicha reforma –firmada por el expresidente Ricardo Lagos– modificó su integración, haciendo intervenir a los diversos poderes del Estado: Presidente, Congreso y Corte Suprema, tal como lo proponía José Manuel Balmaceda ya en 1891.

Para su perfeccionamiento institucional parece importante revisar su mecanismo de integración, particularmente en las designaciones del Presidente de la República y el Congreso Nacional. Sería deseable el establecimiento de sistemas de concursos e inhabilidades previas en cargos políticos o de exclusiva confianza. La Corte Suprema es la única que llama a concurso previo de oposición y antecedentes, siendo de destacar el que siempre ha designado a profesores de derecho público.

A su vez, en relación con el control preventivo de las leyes debe analizarse su viabilidad. En tal sentido, el proyecto Bachelet establece que las inconstitucionalidades deberían ser aprobadas por los 4/5 de los miembros en ejercicio. En relación con el requerimiento de parlamentarios se ha planteado por académicos que se efectúe al momento final de la tramitación de la ley, de modo de evitar que el TC se involucre en la discusión política. Igualmente, se ha considerado por algunos el control preventivo obligatorio de los tratados internacionales.

En materia de acción de inaplicabilidad parece importante reforzar los efectos negativos de la sentencia a la vez que su sujeción por todas las autoridades. En cuanto a la acción de inconstitucionalidad resulta demasiado excesivo el actual quórum de 4/5 y debería reducirse.

En relación con las contiendas de competencia se ha propuesto que aquellas que se susciten entre autoridades y tribunales sean radicadas en el TC. Del mismo modo, el control de constitucionalidad de los reglamentos de las Cámaras.

[188] En palabras del jurista peruano Domingo García Belaunde: "El Tribunal Constitucional chileno ha tenido una actividad normal, y es entre los de su tipo, el más discreto en la América Latina": García (2004).

La jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y adecuado equilibrio de los diversos órganos públicos y, por sobre todo, el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.

Como ha dicho el propio TC, su:

> "jurisdicción debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete".

Como lo recuerda Louis Favoreu, se trata de una jurisdicción creada para revisar la sujeción a la Carta Fundamental de las leyes, debiendo velar por el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución Política, lo que forma parte sustancial de todo régimen democrático. Así, "no se concibe hoy día un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución". Los jueces deben tener sobre todo "fidelidad a la Constitución" (Gustavo Zagrebelsky). Y es que su trabajo es la "protección de las minorías y de los más débiles" (Peter Häberle). Por lo mismo, la tutela de los derechos humanos "no se puede dejar solo en manos del Legislativo y Ejecutivo" (Aharon Barak).

En suma, se trata de una institución fundamental para resolver los conflictos de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado, teniendo una vida casi centenaria, en Occidente, y ya cincuenta años en Chile. Como lo recuerda Eduardo García de Enterría, una Constitución sin un TC que la interprete y la haga efectiva es una Constitución "herida de muerte".

Bibliografía

Agudo Zamora, Miguel (2007). "El modelo institucional europeo de la justicia constitucional", en Pablo Pérez Tremps (coord.). *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Tirant lo blanch.

Aragón, Manuel (2019) "El futuro de la justicia constitucional". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 23. Madrid.

Arellano G., Pilar (202). "Historia fidedigna de la LOC del TC". C*uaderno del Tribunal Constitucional*, n.° 50. Santiago.

Arias L, Boris W. (2011). "Estado de transición constitucional y nuevas líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional boliviano". *Revista Boliviana de Derecho,* n.° 12. Santa Cruz.

Aristoteles (2001).*Moral a Nicómaco*. Madrid: Ed Alianza.

Baamonde G., Laura (2015). *La magistratura constitucional en España e Italia*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Carlos III.

Baldibieso G., René (2002). "Composición y atribuciones del Tribunal Constitucional de Bolivia". *Ius et Praxis* vol. 8, n.° 1. Talca.

Bechara Llanos, Abraham Zamir (2017). "Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: El escenario de la Corte Constitucional colombiana". *Revista Justicia*, n.º 32. Barranquilla.

Beltrán de Felipe Miguel y Julio González García (2006). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. 2ª ed. Madrid: CEPC.

Benavide O., Jorge y Jhoel Escudero S. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Ed. Corte Constitucional de Ecuador.

Blume F., Ernesto (1996). *El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución*. Lima: Ediciones Universidad Católica del Perú.

Bravo Lira, Bernardino (1986). *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Busch Venthur, Tania Valeska (2018). *El control del juez constitucional*. Tesis doctoral. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile.

Cappelletti, Mauro (1982). "El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano; sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n.° 4. Madrid.

Cappelletti, Mauro (2007). *La justicia constitucional*. Ciudad de México: UNAM.

Cárdenes, Agustín Alejandro (2012). "Control de constitucionalidad a posteriori en Francia: ¿inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?". *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, vol. 27. Ciudad de México.

Carpizo, Jorge (2005). "Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 114. Ciudad de México.

Castillo, Leonel (2019). *La prudencia, capacidad esencial para el buen juez*. Ciudad de México: Ed. Tribunal Electoral.

Cedif, Roger y Jean Leonnet (2019). "El Consejo Constitucional francés", en Louis Favoreu. *Droit Constitutionnel*. Paris: Dalloiz.

Cervantes, Luis (1996). "Los tribunales constitucionales en el derecho comparado: un estudio introductorio sobre sus antecedentes y situación jurídica actual". *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, tomo vi. San José.

Cifuentes Muñoz, Eduardo (2022). "Jurisdicción constitucional en Colombia", *Ius et Praxis*, n.° 8. Talca.

Colombo C., Juan (2008). "La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley". *Revista de Derecho Público*, n.° 70. Santiago.

Cortez S., Josafat (2014). "El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: cómo se distribuye el poder institucional". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* vol. 139. Ciudad de México.

Cruz Villalon, Pedro (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1919-1939*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Eguiguren P., Francisco (2002). "Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional", en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coords.). *Tribunales y Justicia Constitucional, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: UNAM.

Escobar Torres, Sebastián y otros (2013). "El juez constitucional como garante de los derechos sociales en Colombia: una mirada crítica al activismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana". *Universitas Estudiantes*, n.° 10. Bogotá.

Estrada M. José A. y Yessica Esquivel A. (2019). "La designación de los jueces en la Corte Constitucional italiana". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* vol. 159. Ciudad de México.

Etto Cruz, Gerardo (2014). *30 años de jurisdicción constitucional en el Perú*. Lima: Ed. Centro de Estudios Constitucionales.

Favoreu, Louis y otros (1984). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Favoreu, Louis Joseph (1999). "Justicia y jueces constitucionales". *Revista de Derecho Público,* n.° 61. Santiago.

Häberle, Peter (1995). "El rol de los Tribunales Constitucionales ante los desafíos contemporáneos, entrevista de Cesar Landa". *Pensamiento Constitucional*, vol. 3. Lima.

Hurtado Martínez, Juan Antonio (2012). "La evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad de las leyes". *Revista de Derecho UNED*, n.° 10. Madrid.

Garcia Belaunde, Domingo (2004). "Los TC en América Latina", *Revista de Derecho Político,* 61, 2004. UNED. Madrid.

García M., María A. (2008). "¿Quis custodiet custodes? El Tribunal Constitucional y la garantía del orden constitucional". *Revista InDret*, vol. 4. Barcelona.

García de Enterria, Eduardo (2014). "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 100. Madrid.

Ginsburg, Tom & Mila Versteeg (2014). " Why Do Countries Adopt Constitutional Review?". *30 Journal of Law, Economics and Organization*. 587.

González Oropeza, Miguel (2009). *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*. Ciudad de México: Ed. Porrua.

Leibholz, Gerhard (2012). *El estatus del Tribunal Constitucional en Alemania*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Mandieta G., David (2017). *La acción de inconstitucionalidad en Colombia; ¿puede la Corte Constitucional establecer límites al ejercicio ciudadano de esta acción?*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Pulido O., Fabio E. (2018). "Poderes normativos de la Corte Constitucional colombiana". *Ius et Praxis,* vol. 24, n.° 3. Talca.

Fundación Konrad Adenauer (ed.). (2010). *La Ley Fundamental alemana y la Constitución Política chilena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Barragan Romero, Gil (1990). "El Tribunal de Garantías Constitucionales", en Galo Chiriboga Z., Patricio Peña R., Hernán Salgado P. *El Tribunal de Garantías Constitucionales: conflictos y jurisprudencia 1980-1990*. Quito: Flacso.

González Rodas, Adolfo (1992). *La Corte de Constitucionalidad de Guatemala*. ciudad: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNA.

Groppi, Tania (2008). *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional italiana*. Ciudad de México: Ed. SCJ de México.

Kelsen, Hans (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.

Haas, Evelyn (2004). "La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal Alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad". *Ius et Praxis,* vol. 10, n.° 1.

Landa A., Cesar (2006). "Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el derecho procesal constitucional". *Ius et Veritas,* vol. 32. Lima.

López, Carlos A. (2007). *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Carlos III.

López D., Germán A. (2011). "El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Cuestiones Constitucionales,* vol. 24. Ciudad de México.

Machado M., Priscila (2017). *La cosa juzgada constitucional*. Madrid: Ed. Reus.

Meléndez Ávila, Felipe (2017). *El control preventivo en la Constitución actual: el temor al desborde gubernamental en la función legislativa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Mendizabal Allende, Rafael de (2012). *La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson.

Millán T., Oscar A. (2015). "El sistema electoral para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional". *Revista Ciencia y Cultura*, vol. 19, n.° 35. La Paz.

Naranjo M., Vladimiro (2001).*10 años de la Corte Constitucional Colombiana*. Madrid: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.

Navarro Beltrán, Enrique (1998-1999). "Derecho a la privacidad y libertad de información". *Revista de Derecho Público,* n.° 61. Santiago.

Navarro Beltrán, Enrique (2002). "El recurso de inaplicabilidad, revisión de 20 años de jurisprudencia". *Gaceta Jurídica*. n.° 267. Santiago.

Navarro Beltrán, Enrique (2005). *Constitucionalización del Derecho Civil: la protección sobre las cosas incorporales. En obra conmemorativa de 150 años del Código Civil*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.

Navarro Beltrán, Enrique (2006). "El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005". *Revista de Derecho Público*, n.° 68. Santiago.

Navarro Beltrán, Enrique (2008a). "Notas sobre principios de derecho constitucional tributario". *Revista de Derecho Público,* n.° 70. Santiago.

Navarro Beltrán, Enrique (2008b). "La justicia constitucional chilena, después de la reforma de 2005", en AA.VV. *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*. Ciudad de México: Ed. Porrúa, tomo III.

Navarro Beltrán, Enrique (2009a). *Papel del Tribunal Constitucional chileno en "Justicia Transicional en Iberoamérica"*. Madrid: Ediciones del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Navarro Beltrán, Enrique (2009b). "30 años del recurso de protección, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional *Temas actuales de derecho constitucional. Libro Homenaje a Mario Verdugo Marinkovic*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Navarro Beltran, Enrique (2010a). "Notas sobre requerimiento de inaplicabilidad de jueces". *Revista de Derecho de la U. Católica de Chile*. Edición especial. Santiago.

Navarro Beltrán, Enrique (2010b). "Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia chilena, en Miguel Schweitzer Walters (coord.). *Nullum crimen, nulla poena sine lege, Homenaje a grandes penalistas chilenos.* Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae.

Navarro Beltrán, Enrique (2010c). "Bases constitucionales del principio de transparencia". *Revista de Derecho Público,* n.° 73. Santiago.

Navarro Beltrán, Enrique (2011a). "El control constitucional de las leyes en Chile 1811-2011". *Cuaderno del Tribunal Constitucional,* n.° 43. Santiago.

Navarro Beltran, Enrique (2011b). *Debido proceso y jurisprudencia del TC, en litigación pública*. Santiago: Abeledo Perrot.

Navarro Beltrán, Enrique (2011c). "Notas sobre inconstitucionalidad de las leyes en Chile", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional. *Estudios sobre justicia constitucional. Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Navarro Beltrán, Enrique (2012a). "La igualdad ante la ley en la jurisprudencia del TC". *Actualidad Jurídica*, n.° 26. Santiago.

Navarro Beltrán, Enrique (2012b). "Indemnización por error judicial", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional. *Derechos fundamentales. Libro Homenaje a Francisco Cumplido Cereceda*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Navarro Beltrán, Enrique (2013). "Autos acordados y control constitucional", en Humberto Nogueira (coord.). *Reflexiones acerca del TC y sus competencias a 8 años de la reforma de 2005*. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales-Librotecnia.

Navarro Beltrán, Enrique (2016). "El principio de proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional". *Sentencias destacadas L&D, 2017*. Santiago.

Nogueira A., Humberto (2005). *La justicia y los tribunales constitucionales de Indoiberoamérica del Sur*. Santiago: Ed. Lexis Nexis.

Osuna, Nestor (s/f). *Panorama de la justicia constitucional colombiana*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM.

Pardo Falcón, Javier (1990). *El Consejo Constitucional francés*. Madrid: CEC.

Pardow L. Diego y Sergio Verdugo R. (2015). "El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos". *Revista de Derecho*, vol. 28, n.º 1, Valdivia.

Pereira Menaut, Antonio-Carlos (2006). *Teoría constitucional*, 2ª ed. Santiago: Ed. Lexis Nexis.

Pérez Tremps, Pablo (2016). *Sistema de justicia constitucional*. 2ª ed. Madrid: Ed. Civitas.

Pesole, Lusiana (2004). "La composición pluralista y no representativa de la Corte Constitucional italiana". *Revista de Derecho*, vol. 17. Valdivia.

Piedrabiena R., Guillermo (1970). *La reforma constitucional. Historia de la Ley 17.284, sus principales alcances y posición de los partidos políticos*. Santiago: Ed. Encina.

Pizzorusso, Alessandro (1984). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: CEC tomo II.

Pizzorusso, Alessandro (2005). *Justicia, Constitución y pluralismo*. Lima.

Quinche R. Manuel F. (2015). *Derecho constitucional colombiano*. 6ª ed. Bogotá: Ed. Themis.

Quintana B., Augusto (2010). "Declaración de inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos". Revista de Derecho Público, n.º 72. Santiago.

Recinos Toledo, Carlos A. (2016). *Antecedentes de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y los tribunales constitucionales latinoamericanos. Estudio de derecho comparado*. Tesis de grado. Ciudad de Guatemala. Universidad Rafael Landivar.

Renoux, Thierry S. (1993). "El Consejo Constitucional y el Poder Judicial en Francia y en el modelo europeo de control de constitucionalidad de las leyes". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.º 2-3. Santiago.

Restrepo, Nestor Julián (2014). "La judicialización de la política: el papel de la Corte Constitucional en Colombia". *Forum*, vol. 6. Bogotá.

Ribera N., Teodoro (1987). "Función y composición del Tribunal Constitucional de Chile" *Revista CEP*, vol. 27. Santiago.

Rodríguez Zapata, Jorge (1980). "La Corte Constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?". *Revista del Departamento de Derecho Político*, n.° 7. Madrid.

Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo (2002). "La jurisdicción constitucional en Guatemala", en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coords.), *Tribunales y justicia constitucional., Memoria del VII Congreso Iberoamericano.* Ciudad de México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas *et al*.

Rolla, Giancarlo (2012). "La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 16. Madrid.

Rousseau, Dominique (2002). *La justicia constitucional en Europa*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rubio Llorente, Francisco (1982). "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.° 4. Madrid.

Saenger G., Fernando (2007). "Acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad Facultades del nuevo TC. Algunos casos jurisprudenciales. *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 5, n.° 1. Santiago.

Salcedo C., Carlos R. (2018). "Incumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional en la República Dominicana: retos y soluciones". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2018. Ciudad de México.

Salgado Pesantes, Hernán (1997). *La justicia constitucional en Ecuador*. Madrid: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.

Santaolalla López, Fernando (2009). "El voto de calidad del Presidente del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 85. Madrid.

Sarmiento E., Juan P. (2016). "La jurisdicción constitucional en Francia: de la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.° 2. Santiago.

Schwabe, Jurgen (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Ciudad de México: Ed. Konrad Adenauer.

Sierra P., Humberto A. (2015). *Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana*. Bogotá: Cuestiones Constitucionales y Derechos Humanos 5, KAS .

Silva Cimma, Enrique (2008). "El Tribunal Constitucional de Chile 1971-1973". *Cuaderno del Tribunal Constitucional*, n.° 38. Santiago.

Steinberger, Helmut (1986). "Algunos rasgos fundamentales de la justicia constitucional en la República Federal de Alemania". *Revista de Estudios Políticos*, n.° 51. Madrid.

Stern, Klaus (2009). *Jurisdicción constitucional y legislador.* Madrid: Dykinson.

Urias, Joaquín (2001). *La tutela frente a leyes*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .

Vargas Lima, Alan. E. (2016). "La evolución de la justicia constitucional en Bolivia. Apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* vol. 20:.Madrid.

Vintimilla S., Jaime (2011). *La justicia constitucional ecuatoriana en la Constitución de 2008*. *Revista de Derecho Iuris Dictio 8* n.° 12. Quito.

Zagrebelsky, Gustavo (2008). *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la Política*. Madrid: Ed. Trotta.

Zapata L., Patricio (2008). *Justicia constitucional, teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS MATERIALES, EL ESTADO DEL ARTE EN EL ÁMBITO COMPARADO

THE MATERIAL TAX CONSTITUTIONAL PRINCIPLES, THE STATE OF THE ART A COMPARATIVE ANALYSIS

Matías Pascuali Tello[*]

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad estudiar los principios constitucionales tributarios materiales existentes en otras jurisdicciones o desarrollados por la doctrina para efectos de presentar alternativas posibles para el proceso constituyente que probablemente se desarrollará en el país, este estudio no busca hacer un análisis de factibilidad o conveniencia de la instauración de los principios presentados, sino que hace una revisión de lo que existe respecto de este tema.

Palabras claves: Principios constitucionales materiales, principios tributarios.

Abstract: The purpose of this work is to study the constitutional material tax principles existing in other jurisdictions or developed by the doctrine in order to present possible alternatives for the constituent process that will probably take place in the country, this study does not seek to make a feasibility or convenience analysis of the establishment of the principles presented, but makes a review of what exists regarding this issue.

Keywords: Material constitutional principles, tax principles.

[*] Abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez. Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. LLM in International Trade and Commercial Law, Oxford Brookes University. Master in Arts in Taxation, King´s College University of London. Correo electrónico:mpascuali@udd.cl

Introducción

Nos encontramos *ad-portas* de un proceso constitucional, y a propósito de esta situación creemos que es necesario revisar la situación en el ámbito comparado de los principios tributarios materiales que se encuentran establecidos en las distintas constituciones o en las legislaciones de otros países.

Lo anterior nos puede servir de base para mejorar nuestro sistema constitucional tributario para discutir en un futuro cercano si es posible recibir o utilizar esta experiencia comparada en la discusión constitucional que se nos viene.

Sin embargo, y como señala Patricio Masbernat[1], en Chile, la doctrina ha dedicado gran parte de sus estudios al tema de los principios formales, tales como el principio de legalidad, dejando en un segundo plano el desarrollo de los principios materiales de la tributación.

No obstante, los principios materiales son cada vez más utilizados en el foro constitucional para efecto de sustentar pretensiones tributarias de los particulares, por lo que creemos que es necesario estudiar este tema a la luz de la experiencia comprada y doctrinaria para aportar a la discusión constitucional que viene.

La gran diferencia entre los principios materiales con los principios formales es que los principios formales tienen relación con el cómo se dicta la norma tributaria, mientras que los principios materiales se refieren al contenido de la norma tributaria.

En el derecho tributario, los intervinientes son siempre los mismos, por un lado, el contribuyente y, por otro, el fisco, el problema es que estos intervinientes no se encuentran en una posición de igualdad, sino que el fisco siempre esta en una posición de ventaja frente al contribuyente, es por eso que la norma constitucional debe contener principios materiales que establezcan límites al legislador y a la autoridad tributaria en cuanto a su conducta y su actuar para con el contribuyente.

Por lo tanto, estos principios materiales son un límite al poder tributario del Estado.

Poder tributario

La facultad del Estado de establecer tributos u otros impuestos proviene del denominado poder tributario o potestad tributaria.

[1] Masbernat (2013), p. 156.

Esta potestad tributaria consiste en el poder que tiene el Estado de dictar normas a efectos de crear de manera unilateral tributos y establecer deberes formales, cuyo pago y cumplimiento será exigido a las personas a él sometidas, según la competencia espacial atribuida[2].

Este poder tributario de la nación tiene como limitaciones los principios, ya sea formales o materiales de la tributación, estos son los límites que tiene el poder político al crear y fijar los tributos.

Tradicionalmente se ha vinculado el poder tributario con la soberanía, es más, se ha considerado que el poder tributario es un elemento esencial de la soberanía, empero, esta concepción fue propia de la época en de apogeo de las monarquías absolutas europeas.

Con el surgimiento del Estado liberal, esta concepción fue perdiendo fuerza, entendiendo al poder tributario como parte del ejercicio del soberano, que son los mismos que se verán gravados con los impuestos, y al poder tributario como el ejercicio autoimpuesto por quienes, finalmente, van a ser gravados, ya no se entendía al tributo como una imposición vertical, sino que como una autoimposición.

Así, el poder tributario no debiera ser diferente a todo poder estatal y, por lo tanto, regirse por los mismos límites y principios.

Sin embargo, las clases o tipos de poder tributario tienen ciertos caracteres especiales que se reflejan en que este poder adopta dos formas, el poder de dictar normas y el poder de aplicar dichas normas, pero esta aplicación se traduce en la facultad compulsiva de cobrar y recolectar los impuestos a los contribuyentes.

Este poder tributario tiene dos tipos de limitaciones:

– Límites constitucionales o internos.
– Límites internacionales.

Los límites constitucionales son los principios constitucionales tributarios, es decir, las normas formales o materiales establecidas en el texto constitucional que determinan los marcos a los cuales debe someterse el legislador y el Ejecutivo a ejercer su poder tributario.

Los límites internacionales son los denominados factores de conexión tributarios, es decir, el concepto de residencia y de fuente generados de rentas.

Este trabajo se refiere justamente a los primeros, es decir, a los límites internos, en su faceta de principios materiales que limitan el actuar de la autoridad al ejercer su poder tributario.

[2] García Vizcaíno (1996), p. 225.

Situación en Chile de los principios materiales tributarios bajo la Constitución de 1980

La Constitución de 1980 tiene como norma base del sistema constitucional tributario el art. 19 n.° 20 en los siguientes términos:

> "Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:
> 20°.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.
>
> En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.
>
> Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.
>
> Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo".

La doctrina nacional no es uniforme en cuanto a qué principios tributarios materiales se encuentran consagrados en el art. 19 n.° 20.

Así, Arturo Fermandois[3] señala que el art. 19 n.° 20 plasma el principio de justicia, igualdad, no confiscatoriedad o razonabilidad en materia tributaria, dando a entender que todos dichos elementos forman parte de un mismo principio tributario, indica que todos apuntan al mismo fenómeno, en relación con esta posición de que todos apuntan al mismo fenómeno, creemos que cada uno de estos elementos son de una magnitud que requiere que sean estudiados de forma independiente, siempre teniendo en consideración que todos se interrelacionan dentro del sistema tributario constitucional.

Otro autor que ha escrito en relación con los principios constitucionales tributarios en la Constitución de 1980 es Eugenio Evans[4], el cual menciona como principios materiales consagrados en la Constitución los principios de igualdad, proporcionalidad y el principio de justicia y equidad tributaria.

Teniendo en consideración la doctrina y el texto constitucional podemos señalar como principios materiales consagrados en la Constitución los siguientes:

[3] Fermandois (2010), p. 161.

[4] Evans (1997), p. 91 y ss.

- Principio de igualdad tributaria.
- Principio de proporcionalidad.
- Principio de justicia tributaria.

Principio de igualdad tributaria

Se extrae de la frase

> "La *igual repartición* de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la *igual repartición* de las demás cargas públicas".

La igualdad tributaria se diferencia de la general establecida en la Constitución en que la primera tiene un contenido especial, la norma habla que tiene el elemento de proporción o progresión al momento de establecer la norma tributaria.

Es una consecuencia de la igualdad de todas las personas ante la ley[5], sin embargo, dicho principio consiste en la obligación para las autoridades de gravar de igual forma a aquellos sujetos que se encuentran en situaciones equivalentes, y como contrapartida, gravar de forma distinta a personas que se encuentren en situaciones diferentes[6].

No alude a una numérica[7], lo que sería injusto, sino que se refiere a una relacionada con las capacidades económicas de los contribuyentes.

Tiene, además, como elemento material, la capacidad contributiva, es decir, no todos deben ser gravados de la misma forma, sino que todos aquello que se encuentran en una condición similar, por ejemplo, en cuanto a capacidades contributivas deben tener el mismo trato ante la ley.

Tiene dos expresiones: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley.

Cuando hablamos de igualdad ante la ley hacemos referencia a que todo contribuyente debe ser tratado de la misma manera por la ley tributaria. Y, además, nos referimos a una igualdad en la aplicación de la ley tributaria, por ejemplo, por parte de la autoridad tributaria.

Principio de proporcionalidad tributaria

Este principio se extrae de la frase: "En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente *desproporcionados* o injustos".

[5] Evans (1997), p. 82.
[6] Mata (2009), p. 69.
[7] García Vizcaíno (1996), p. 290.

Este principio, se refiere a que el monto de los gravámenes esté relacionado con las capacidades económicas y que no sea desproporcionados, es decir, que tengan elementos de racionalidad respecto de la situación fáctica que se intenta gravar.

La proporcionalidad es una suerte de equidad vertical, es decir, sustenta las reglas a aplicar frente a circunstancias diferentes.

La regla de la proporcionalidad no está en contradicción con los sistemas progresivos tributarios, es más, los sistemas progresivos cumplen con el principio de proporcionalidad de mejor manera que los sistemas solo proporcionales, así, por ejemplo, en Chile un impuesto progresivo como el impuesto global complementario es mucho más racional que el impuesto a las ventas y servicios, el cual es proporcional, pero claramente mucho más regresivo.

Principio de justicia tributaria

El principio de justicia tributaria se extrae de la frase: "En ningún caso la ley podrá fijar tributos manifiestamente desproporcionados *o injustos*".

Sin embargo, este principio es el que da mayores dolores de cabeza a los autores, ¿qué se entiende por un impuesto injusto?

Creemos que el concepto de justicia tributaria es un concepto que engloba muchos de los elementos de un sistema tributario, un sistema justo es aquel que establece impuesto respetando la igualdad de los contribuyentes, pero también sus diferencias, define impuestos sobre la base de criterios económicos y basándose en las capacidades contributivas y fija impuestos razonables que no violan el derecho de propiedad de los contribuyentes.

Se podría decir que al incorporar la palabra 'justicia' en la norma del artí. 19 n.° 20 se engloban todos los principios existentes, sin embargo, pensamos que la generalidad que nos da el término hace que se vea carente de contenido y, por lo tanto, poco útil en la protección del contribuyente frente al poder tributarios del Estado.

Por esto último, suponemos que la forma en que mejor se limita el actuar estatal en materia tributaria es desarrollando cada uno de los principios que permiten limitarlo.

Por este motivo confiamos que es necesario revisar lo que existe en el ámbito comparado, donde encontramos otros principios reconocidos por distintas legislaciones, los cuales podrían ser de utilidad al redactar una nueva Constitución.

A continuación, revisaremos algunos principios constitucionales existentes en legislaciones comparadas o que tienen un desarrollo doctrinario que creemos que podría ser un complemento a los principios constitucio-

nales tributarios existentes, si bien se podría defender que estos principios pueden extraerse del actual texto constitucional, consideramos que de ser útiles estos debieran tener una consagración expresa para efectos de dar seguridad jurídica y protección a los contribuyentes.

Principios constitucionales tributarios materiales existentes en el ámbito comparado

Como hemos señalado, el presente artículo tiene por intención presentar principios tributarios constitucionales materiales que existen en derecho comparado o en la doctrina comparada que puedan ser incorporados en una eventual discusión constitucional, no buscamos dar una opinión final sobre si deben o no incorporarse, sino que presentarlos como posibilidades.

Así, revisaremos los siguientes principios materiales:

1) El principio de la capacidad contributiva.
2) Principio de generalidad de los tributos
3) Principio de neutralidad tributaria.
4) Principio de la no confiscatoriedad de los impuestos.
5) Principio de simplicidad y eficiencia tributaria.

1) Principio de la capacidad contributiva

La idea de que las personas deben contribuir al mantenimiento del Estado, según sus posibilidades económicas, es muy antigua, ya en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 estableció:

> "Siendo necesaria, para sostener la fuerza pública y subvenir a los gastos de administración, una contribución común, esta debe ser distribuida equitativamente entre los ciudadanos, de acuerdo con sus facultades".

Luego, esta declaración fue recibida por varias constituciones, así, por ejemplo, la Constitución española de 1978, la cual en su art. 31 señala

> "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio".

También la Constitución Italiana de 1947, en su art. 53 establece: "Todos están obligados a contribuir a los gastos públicos en proporción a su capacidad contributiva".

El principio de la capacidad contributiva sugiere que las personas deben ser gravadas de acuerdo con sus medios económicos.

Este principio es una manifestación o una medida de la igualdad tributaria, es decir, esta capacidad le da un contenido a la igualdad tributaria.

¿A qué nos referimos cuando hablamos de capacidad contributiva?

Horacio García Belsunce la define como la diferencia entre la renta bruta del contribuyente y la suma consistente en las erogaciones indispensables para su consumo más un adecuado porcentaje para su ahorro y capitalización[8].

Otra definición nos la entrega el autor argentino Alejandro Altamirano: "capacidad contributiva es la aptitud económica del obligado tributario a soportar el tributo"[9].

Esa misma idea la encontramos en el derecho constitucional tributario alemán, se ha interpretado que existe un principio constitucional que asegura a las personas que los impuestos no pueden afectarle en la parte necesaria para su subsistencia, esto basado en los arts. 1/1 y 14 de la Constitución alemana, por lo que existiría una prohibición que los tributos afecten a la parte que las personas destinan a su subsistencia básica.

En cuanto a esto último Patricio Masbernat[10] señala que tiene dos limites: uno inferior y uno superior.

El inferior esta relacionado con los ingresos mínimos necesarios para la subsistencia, los cuales no deben estar gravados. El superior estaría conformado por otro principio de la tributación, la no confiscatoriedad, es decir, que en caso de existir un tributo que tenga características confiscatorias se estaría violando el principio de la capacidad contributiva.

Este principio ha tenido una importancia histórica variada, desde siempre este principio se ha basado en el principio del beneficio, es decir, la relación tributaria se consideraba conmutativa, en que el ciudadano disfrutaba de los bienes públicos, y por dicha razón el contribuyente se veía obligado con respecto a su capacidad contributiva.

Con los años este principio fue perdiendo importancia doctrinal, sin embargo, en el último tiempo se ha producido una revitalización de dicho principio, pero con un fundamento distinto, en el sentido de que el ciudadano debe contribuir como manifestación de un deber de solidaridad que deriva de pertenecer a una sociedad organizada en relación con su capacidad contributiva[11].

Una gran importancia de fijar tal capacidad como principio tributario constitucional, es que nos permite dilucidar el tema del fundamento de los

[8] García Belsunce (1982).

[9] Altamirano (2012), p. 139.

[10] Masbernat (2010), p. 326.

[11] Simón, Vázquez del Rey y Simón, (2017), p. 92.

impuestos, debido a que una tributación sobre la base de dicho principio solo se entiende en caso de una tributación con fundamento fiscal, es decir, aquella que tiene como fundamento el aportar a las arcas fiscales para efecto de sostener al Estado.

Por otro lado, el principio de capacidad contributiva se encuentra en discrepancia con las finalidades extrafiscales de los impuestos, principalmente con aquella que tiene relación con la tributación que busca reducir las desigualdades, en este sentido el quiebre que se produce entre los fines extrafiscales y el principio de capacidad contributiva ha intentado de ser explicado, siempre de forma insatisfactoria[12], creemos que en relación con los fines extrafiscales la relación con la capacidad contributiva no es la misma si hablamos de aquellos impuestos que tienen un fin de evitar ciertos comportamientos y la finalidad extrafiscal que busca redistribuir la riqueza entre los contribuyentes, respecto de la primera suponemos creemos que un concepto importante es el de externalidades negativas, ya que por regla general las conductas que se busca evitar producen externalidades negativas y consecuencialmente un perjuicio económico para la sociedad al traspasar el costo a la sociedad toda, por lo tanto, se podría argumentar que en dichos casos los impuestos no importan una violación al principio de capacidad contributiva, sino que sería una especie de compensación entre la sociedad toda y el contribuyente.

En cambio, en caso de los impuestos extrafiscales que buscan redistribuir la riqueza pensamos que estos son una violación al principio de la tributación basada en la capacidad contributiva.

Otro tema relevante es el vínculo que existe entre capacidad contributiva e igualdad, existen quienes conectan estos principios al punto de señalar que son un mismo principio, indican básicamente que este principio es una medida de la igualdad, no obstante, creemos que esta es una visión reduccionista de este principio, esto no significa que este principio no sea una medida de la igualdad (consideramos que sí lo es), sin embargo, no es solo eso, suponemos que tiene elementos distintivos propios como, por ejemplo, en relación con ser un fundamento y límite de la tributación.

En el derecho anglosajón el principio de la capacidad contributiva (*ability to pay*) es parte de un principio más amplio, el principio de *tax fairness*, se ha dicho que los ingresos bajo el nivel de lo necesario para las necesidades básicas no deben estar disponible para financiar las actividades gubernamentales que intencional o incidentalmente resulten en una redistribución de los ingresos[13].

[12] Palao (2018), p. 59.

[13] Dodge (2005), pp. 399, 450.

De esta forma, el principio de la capacidad contributiva traslada el foco de la tributación desde el gobierno al contribuyente, desconecta por ejemplo las necesidades estatales de la tributación traspasando el centro de la forma de la tributación a una cualidad de la persona que se verá gravada.

2) Principio de generalidad de los tributos

El principio de generalidad tiene su fundamento en el principio de igualdad, pero va un paso más allá, el principio de generalidad tiene dos facetas.
Por un lado, el principio de generalidad implica que todos tienen el deber de contribuir al mantenimiento de los gastos públicos[14], esta acepción la encontramos en el art. 31 de la Constitución española, los autores lo extraen de la expresión "todos contribuirán".

Pero el principio de generalidad tiene otra faceta: impide que se establezcan impuestos con nombre y apellido, esto como consecuencia de la primera visión, ya que todos deben contribuir.

También se conecta con el de la capacidad contributiva, por lo tanto, esta generalidad parte del fundamento que todos deben contribuir, pero sobre la base de la capacidad contributiva de cada contribuyente.

Según Patricio Masbernat también es una consecuencia del principio de igualdad[15], estamos de acuerdo con esta afirmación y vamos un poco más allá creemos que sin este queda corta en materia tributaria.

Un ejemplo de atentado contra este principio es el proyecto de ley presentado ante el Congreso sobre reforma constitucional, estableciendo un impuesto al patrimonio de los denominados "super ricos", en dicho mensaje se mencionan con nombre y apellido las personas respecto de las cuales se busca que estén gravados por este impuesto, esto es una violación clara al principio de generalidad.

Surge históricamente como una respuesta a la situación tributaria que tenían ciertas clases sociales, las cuales se encontraban exentas de contribuir al erario nacional y, en este sentido, la generalidad también intenta impedir la existencia de exenciones y privilegios arbitrarios o injustificados.

3) Principio de neutralidad tributaria

El principio de neutralidad significa que la tributación no debe alterar las relaciones económicas, es decir, los actores económicos deben quedar en la misma situación que tenían antes de la aplicación de los impuestos.

[14] Masbernat (2013), pp. 155, 163.
[15] Masbernat (2010), p. 326.

Una manifestación de este principio es que la existencia de impuestos no debiera influir en la decisión de desarrollar alguna actividad económica o determinar la forma como se lleva a cabo una actividad económica.

Otra de sus manifestaciones, que se relaciona, en parte, con el principio de generalidad es que los individuos no pueden verse afectados o beneficiados por la aplicación de un impuesto; en otras palabras, si dos sujetos se encuentran en una posición similar, previa aplicación de un tributo, esta paridad no puede alterarse luego de que dicha carga ha sido aplicada, impidiendo que algunos se beneficien por sobre otros.

Respecto de la neutralidad tributaria la OCDE señala que la tributación debe buscar ser neutral en relación con las actividades de negocios, un impuesto neutro contribuirá a la eficiencia asegurando la óptima distribución de los medios de producción. Una distorsión a esta neutralidad ocurrirá cuando las alteraciones a los precios provocados por los impuestos gatillan diferencias en la oferta y demanda con respecto a la oferta y demanda en ausencia de impuestos. La neutralidad también implica que los sistemas tributarios deben recolectar impuestos minimizando discriminaciones o diferencias a favor o en perjuicio de diferentes actividades económicas[16].

Por lo tanto, este principio de la neutralidad económica tiene dos aspectos: por un lado, los impuestos no deben generar diferencias entre los actores económicos, es decir, la situación entre los actores económicos debe ser igual antes y después de la aplicación de los impuestos y la segunda implicancia tiene que ver con que los impuestos no deben afectar a las decisiones de negocio, es decir, la decisión de negocio debe basarse en condiciones internas y no debe afectar la decisión de cómo realizar el negocio o de si realizar uno u otro negocio determinado.

Para efectos de determinar si un impuesto cumple los estándares de neutralidad los economistas usan el criterio del *no tax world* o "mundo sin impuestos", es decir, se compara el acto o la operación con impuestos con una operación ideal sin dichos impuestos, al cotejarlas no debiera existir diferencias en cuanto a los elementos de la operación o del acto.

4) Principio de la no confiscatoriedad de los impuestos.

Si bien la mayoría de los autores afirman que la no confiscatoriedad se encuentra en nuestro sistema constitucional tributario e, incluso, el Tribunal

[16] OCDE (2014), p. 29.

Constitucional se ha referido a este principio, creemos que una forma de que su aplicación sea indiscutida, debido a la importancia que tiene para los contribuyentes, es que establezca de forma expresa en el texto constitucional, tal como existe en otras legislaciones.

Este principio es uno de los pilares sobre los que descansa la protección del contribuyente[17], basado principalmente en el respeto de la propiedad privada.

El art. 31 de la Constitución española establece de manera expresae que el sistema tributario "en ningún caso tendrá carácter confiscatorio".

Este principio se ha entendido como una limitación al legislador en el sentido de que los tributos no pueden consumir la capacidad económica del contribuyente.

José Antonio Fernández Amor y Patricio Masbernat analizando el art. 31 de la Constitución española indican que este principio es un refuerzo al derecho de propiedad que provee el art. 33 de dicha norma constitucional[18].

El autor brasilero Heleno Taveira Torres, siguiendo a José Gomez Canitilho tiene una visión más amplia de este principio y lo denomina como "principio de prohibición del exceso", señala a este principio le corresponde la función de servir de bloqueo axiológico de los excesos provocados por el arbitrio, la discrecionalidad, la elección del medio más gravoso o cualquier acto que exceda los límites de los soportable[19].

El gran problema de los impuestos confiscatorios es que generan un efecto contraproducente, es decir, un impuesto confiscatorio no va a ser efectivo en su capacidad recaudatoria, esto se puede explicar fácilmente con la curva de Laffer.

La curva de Laffer nos muestra una relación entre recaudación tributaria y tasas, Arthur Laffer nos dice que la recaudación tributaria será 0 a una tasa de 0 %, pero la recaudación tributaria también será 0 a una tasa de un 100%, esto porque la gente elegirá no generar renta si las autoridades se llevarán esa renta por completo[20].

Por este motivo, al fijar las tasas debe elegirse un escenario en que la tasa de impuestos maximice los ingresos de los contribuyentes hasta el punto de que si se incrementa esto será contra productivo, ese punto en que el impuesto se opone a la maximización de la renta podemos fijarlo como confiscatorio.

La pregunta que debemos hacernos es, ¿cuándo un impuesto es confiscatorio? Acá tenemos dos posibilidades, por un lado, podemos establecer un criterio numérico porcentual y, por otro lado, un criterio cualitativo.

---

[17] Altamirano (2012), p. 133.

[18] Fernandez y Masbernat (2013), pp. 495, 504.

[19] Taveira (2018), p. 687.

[20] Burman and Slemrod (2013), p. 135.

El criterio numérico porcentual es seguido por varias jurisdicciones, sobre todo mediante interpretaciones jurisprudenciales de este principio, así, por ejemplo, la Corte Suprema argentina ha seguido más o menos permanentemente el criterio del 33,3% de la renta (algunos autores lo llaman el criterio cabalístico, por el número usado[21]).

5) Principio de simplicidad y eficiencia tributaria

Es uno de las principales características que debiera tener todo sistema tributario, sobre todo teniendo en consideración el deber de proteger los derechos del contribuyente, sin embargo, es una de las características que con frecuencia están ausentes en la mayoría de los sistemas tributarios, los sistemas tributarios, incluido el sistema chileno, son por lo común muy complejos, es más, la última reforma tributaria establecida en la Ley n.º 21210 se denominó justamente "simplificación tributaria".

Así también lo ha indicado la OCDE, dentro de sus principios fundamentales que debe tener todo sistema tributario, señala a la certeza y simplicidad, respecto de este tema precisan que las normas tributarias deben ser simples y claras para que los contribuyentes entiendan la posición en que se encuentran, un sistema tributario simple hace que los contribuyentes entiendan sus obligaciones y derechos, como resultado de esto toman decisiones optimas a próposito de las políticas tributarias[22].

Otro problema que producen los sistemas tributarios complejos es que dicha complejidad permite el aprovechamiento de los sistemas a través de planificaciones tributarias o elusiones.

Por otro lado, la eficiencia va de la mano de la simpleza, un sistema tributario simple es más eficiente, ya que los costos de cumplir y llevar adelante el sistema tributario, tanto para los contribuyentes como para la misma administración tributaria son menores.

Es así como el parlamento del Reino Unido, en un documento denominado "Principles of Tax Policy" (Principios de Política Tributaria) del año 2011 que se refiere a los principios tributarios que deben regir todo sistema tributario en relación con futuras normas o reformas tributarias para el Reino Unido estableció como unos de los principios clave el que el sistema tributaria debe dar seguridad, y que dicha seguridad comprendía principalmente que el sistema debía tener claridad legal y ser simple[23].

[21] García Vizcaíno (1996), p. 283.

[22] OCDE (2014), p. 30.

[23] House of Commons, Treasury Committee (2011), p. 30.

A modo de conclusión

Creemos que el tema de los principios constitucionales tributarios materiales es de una importancia vital, ya que permite una defensa de los contribuyentes ante el actuar del Estado, sin embargo, este tema se encuentra subdesarrollado en la doctrina.

Nuestro sistema constitucional tributario vigente presenta un desarrollo que consideramos suficiente, donde se encuentran expresamente establecidos los principios materiales más importantes (igualdad y justicia tributaria) pensamos que podría avanzarse un poco más allá, agregando ciertos principios tributarios que complementarían los principios existentes.

Así, por ejemplo, el principio de la capacidad contributiva que, si bien no se encuentra expresamente establecido en la Constitución de 1980, sí lo está en otras Constituciones, es un complemento importantísimo para el principio de igualdad tributaria, esto, ya que la capacidad contributiva es la medida del principio de igualdad tributario.

Algo similar ocurre con el principio de no confiscatoriedad, el cual, si bien no es determinante que se encuentre explicito en la norma, es muy útil, ya que es un complemento de la razonabilidad y proporcionalidad.

Otros principios como el de generalidad, neutralidad o simpleza sería un gran aporte en la defensa de las posiciones de los contribuyentes.

El tema tributario y sus principios constitucionales no pueden considerarse separados, todos se encuentran relacionados, y el hecho de no estar establecidos expresamente no significa que no se apliquen, ya que estos pueden en la eventualidad deducirse o interpretarse, pero el hecho de reconocerlos expresamente facilita la protección del contribuyente, por lo que creemos que sería un aporte su reconocimiento expreso en un futuro texto constitucional.

Bibliografía

Altamirano, Alejandro (2012). *Derecho tributario teoría general*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Burman, Leonard and Joel Slemrod (2013). *Taxes in America*. New York: OUP.

Dodge, Joseph M. (2005). "Theories of Tax Justice: Ruminations on the Benefit, Partnership, and Ability-to-Pay Principles". *Tax Law Review*, vol. 58. New York.

Evans, Eugenio (1997). *Los tributos en la Constitución*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Fermandois, Arturo (2010). *Derecho constitucional económico*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo ii.

Fernández Amor, José Antonio y Patricio Masbernat (2013). "La vigencia de los principios de justicia tributaria en España: Aportaciones para un debate". *Estudios Constitucionales*, año 11, n.º 2.

García Belsunce, Horacio (1982). *Temas de derecho tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

García Vizcaíno, Catalina (1996). *Derecho tributario, consideraciones económicas y jurídicas*: Buenos Aires: De Palma, tomo I.

House of Commons, Treasury Committee (2011). *Principles of tax policy*. *Eighth Report of Session 2010–11*. London: The Stationery Office Limited.

Masbernat, Patricio (2010). "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: Su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España. *Ius et Praxis*, año 16, n.º 1.

Masbernat, Patricio (2013). "Reglas y principios de justicia tributaria: Aportes del derecho español al derecho comparado". *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n.º 1.

Mata Sierra, María Teresa (2009). *El principio de igualdad tributaria*. Madrid: Aranzadi.

OCDE (2014). *Addressing The Tax Challenges Of The Digital Economy*. Disponible en www.oecd.org/ctp/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-9789264218789-en.htm [fecha de consulta: octubre 2020].

Palao Taboada, Carlos (2018). *Capacidad contributiva, No confiscatoriedad y otros estudios de derecho constitucional tributario*. Madrid: Thomson Reuters.

Simón Acosta, Eugenio, Antonio Vázquez del Rey Villanueva y María Eugenia Simón Yarza (2017). *Derecho financiero y tributario*. Madrid: Aranzadi.

Taveira Torres, Helenio (2018). *Derecho constitucional tributario*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Thuronyi, Victor (1996). *Tax Law Design and Drafting.* Washington DC: International Monetary Fund.

DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICO-ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO*

POLITICAL AND ADMINISTRATIVE DESCENTRALIZATION IN THE COMPARATIVE LAW

Maximiliano Ravest Ibarra[**]
Oscar Guillen Dominguez[***]

Resumen: En este artículo abordaremos la descentralización político-administrativa desde una perspectiva del derecho comparado enfocándose en los siguientes países: España, Polonia, Francia, Colombia, Perú y Ecuador. Lo hemos estructurado de manera que se puedan analizar de manera general los distintos procesos de descentralización con un énfasis especial respecto a los sistemas de transferencia de competencias. Esperamos sirva como un documento para comparar las distintas experiencias tanto en Europa como en la región respecto al proceso que actualmente se está llevando a cabo en Chile, tanto constituyente como de implementación de la Ley n.° 21074.

Palabras claves: Descentralización, derecho comparado, transferencia de competencias.

---

* Este trabajo es producto de nuestras investigaciones realizadas en la División de Políticas y Desarrollo Territorial de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, donde nos desempeñamos. Agradecemos el apoyo institucional para realizarlo y publicarlo. Las traducciones son propias.

** Abogado. Licenciado en Derecho y Minor en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho (LL.M) Cornell University. Coordinador del Departamento Jurídico y Legislativo de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: m.ravest@udd.cl

*** Abogado de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Magister en Derecho Regulatorio (LL.M) por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Director general de la Dirección General de Ambiente de la Procuraduría General de la República de Honduras. Profesor de Derecho Administrativo, Centro Universitario Tecnológico Centroamericano. Correo electrónico: oscarj.guillend@gmail.com

Abstract: This article addresses political-administrative decentralization from a comparative law perspective, focusing on the following countries: Spain, Poland, France, Colombia, Peru, and Ecuador. This paper has been structured in such a way that the different decentralization processes can be analyzed in a general way, with a special emphasis on systems for the transfer of competencies. It is expected that it will serve as a document to compare the different experiences both in Europe and in the region concerning the process that is currently being carried out in Chile, both constitutional debate and the implementation of the Law No. 21.074.

Keywords: Decentralization, Comparative Law, Transfer of Competencies.

Introducción

> "La política de descentralización es la más importante reforma que ha tenido la administración francesa después de la revolución... Es una onda de choque que va a estremecer una tras otra la mayoría de las áreas del sector público"[1].
>
> "Sin instituciones locales una nación tal vez pueda darse a sí misma un gobierno libre, pero no ha adoptado el espíritu de la libertad"[2]
>
> "La energía en el ejecutivo es una característica principal en la definición de buen gobierno. Es esencial para la protección de la comunidad contra los ataques extranjeros: no es menos esencial para la administración constante de las leyes"[3]

La descentralización es una de las políticas más recomendadas para mejorar la eficiencia y eficacia en la gestión pública. No es coincidencia, entonces, de que los países más desarrollados tengan un nivel de descentralización más alto de los que no lo son. En primer lugar, abordaremos el diagnóstico y recomendaciones que realiza la OCDE en materia de descentralización.

En Latinoamérica podemos observar a partir de la década de 1980 una tendencia importante en los diferentes procesos de descentralización que se llevan a cabo en la región, ya que se comienzan a incrementar el traspaso de competencias, funciones de gobierno y poder político desde el nivel central hacia los gobiernos subnacionales tanto regionales como locales[4].

La literatura subcategoriza la descentralización en tres dimensiones, a saber: la descentralización fiscal, política y administrativa. Lo anterior en nin-

[1] Rodin (1985).
[2] Toqueville (1984).
[3] Hamilton (1788).
[4] Subdere (2009), p. 50.

gún momento significa que podamos procurar una descentralización completa y eficiente faltando una de ellas. A manera de ejemplo, poco sirve la transferencia de competencias a una autoridad subnacional (descentralización administrativa) si esta, a su vez, está limitada para generar los ingresos necesarios (descentralización fiscal) para llevar a cabo esa competencia transferida bajo los estándares de eficiencia y eficacia que se espera, que al final, es el objetivo fundamental sustentatorio de cualquier modelo de descentralización[5].

Siendo que al alcance del presente informe se circunscribe solo en la descentralización política y administrativa, no trataremos, lógicamente, el ámbito fiscal, aunque hay que recalcar su importancia.

Dicho lo anterior, en primer lugar resulta necesario ubicar en el contexto histórico ambos procesos, al menos en Latinoamérica (sin perjuicio de que en este informe analizamos ciertos aspectos de algunas experiencias europeas). Los procesos de descentralización política y administrativa en Latinoamérica, con excepción de Chile y otros casos, comienzan con la transición al régimen democrático y de la crisis económica que afectó la región. En ese contexto, el modelo de estado de bienestar sufre una crisis al encontrarse imposibilitado para mantener una cobertura de las prestaciones y servicios que prestaba en el ámbito nacional que realizaba antes, por lo que poco a poco se fueron traspasando algunas de esas funciones a los respectivos gobiernos subnacionales.

Es por lo antes expuesto que se va asociar al proceso de descentralización en su dimensión política con la elección democrática de autoridades y la incorporación de la participación ciudadana en la elección de toma de decisiones y, a su vez, la descentralización en su dimensión administrativa se va vincular al traspaso de competencias desde el ámbito nacional al subnacional, sean gobiernos regionales o locales.

En definitiva, uno de los argumentos más importantes para la descentralización político-administrativa tiene que ver con el hecho de que los gobiernos locales tendrían una ventaja relativa respecto del gobierno central en alcanzar una buena correspondencia entre los bienes y servicios públicos entregados por los gobiernos subnacionales y las preferencias de la ciudadanía.

Por último, debemos establecer que la naturaleza y propósito del presente artículo es presentar un marco conceptual amplio respecto a la descentralización político-administrativa desde una perspectiva del derecho comparado, específicamente los casos de Colombia, Ecuador, Perú, Francia, España y Polonia, así como ver, cuando correspondiere, el proceso de traspaso competencial en estos y de esta manera tener un amplio cuadro referencial con el cual se pueda cotejar la experiencia chilena.

[5] Subdere (2009), p. 50.

a) Recomendaciones de la OCDE

La descentralización es una de las más importantes reformas de los últimos cincuenta años. La OCDE en su reporte argumenta que la pregunta no debe ser si la descentralización es buena o mala en sí misma, sino que los resultados de la descentralización en términos de democracia, eficiencia, rendición de cuentas, desarrollo regional y local depende, en gran medida, en la manera en que la descentralización es diseñada e implementada. El gobierno central/federal es el responsable de fijar el marco referencial de condiciones que van a determinar como el sistema descentralizado opera[6].

Luego, la OCDE indica tendencias que destacan en la descentralización:

1. Aumento en el gasto y los ingresos subnacionales.
2. Alto nivel de gobernanza subnacional, a través de cooperación municipal, gobernanza metropolitana y fortalecimiento de las regiones (regionalización).
3. Aumento en la descentralización asimétrica.
4. Evolución del papel del gobierno central, que se ha vuelto más estratégico, monitoreando el desempeño de regiones y ciudades, y asegurándose de un desarrollo balanceado de todos las partes del territorio nacional.

El reporte de la OCDE contiene diez guías para una descentralización efectiva que conduzca al desarrollo regional[7]:

1. Clarificar las responsabilidades asignadas a los distintos niveles del gobierno.
2. Asegurarse que todas las responsabilidades están suficientemente financiadas.
3. Fortalecer la autonomía fiscal subnacional para mejorar la rendición de cuentas.
4. Apoyar la construcción de capacidad subnacional.
5. Establecer mecanismos de coordinación adecuados entre los distintos niveles del gobierno.
6. Apoyar la cooperación entre interjurisdiccional.
7. Fortaleces la gobernanza innovativa y experimental, y promover el involucramiento de los ciudadanos.
8. Permitir y aprovechar al máximo los acuerdos de descentralización asimétrica.
9. Constantemente mejorar la transparencia, promover la recolección de datos y fortaleces el monitoreo del desempeño.

[6] OECD Multi-level Governance Studies (2019), pp. 11-12.

[7] *Op. cit.*, pp. 21-23.

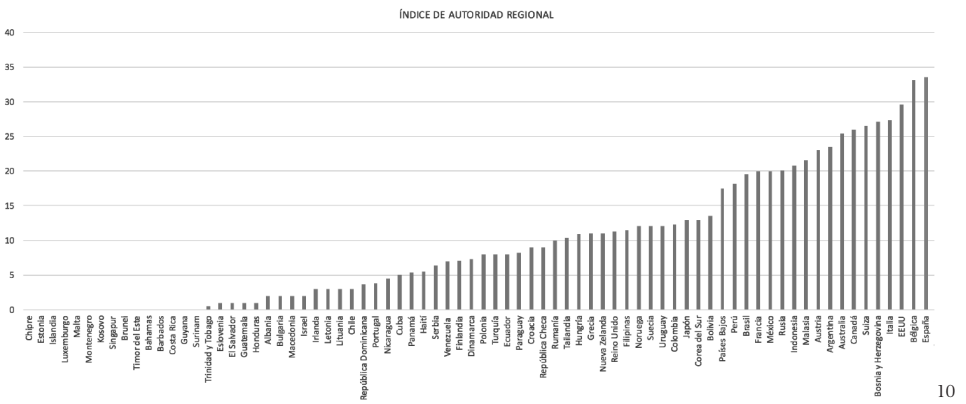
10. Fortalecer las políticas nacionales de desarrollo regional y los sistemas de equiparación para reducir las disparidades territoriales.

b) Descentralización político-administrativa en España

1) Historia del proceso de descentralización

El caso del reino de España es de obligado análisis en este artículo, ya que según ediciones de académicos de la Universidad de Oxford[8], España es el segundo país más descentralizado del mundo, solo después de la República Federal Alemana, mismo escenario se repite si nos ubicamos en el contexto de los países miembros de la OCDE[9].

Ahora bien, la descentralización político-administrativa en España tiene su origen con la instauración del régimen democrático después del régimen autoritario franquista en la década de 1970. El proceso de descentralización español tiene la particularidad que se tuvo que hacer junto al proceso de integración europeo. Es por lo anterior que España, en un lapso de alrededor de treinta años, pasó de ser un estado muy centralizado a uno caracterizado por una profunda descentralización política, administrativa y fiscal, modificando completamente su forma de administración territorial.



10

[8] Regional Authority Index. Disponible en http://garymarks.web.unc.edu/files/2017/02/Measuring-RAI_country-profile-Spain.pdf [fecha de consulta: Octubre 2020].

[9] En contraste a Chile, al año 2017, según las mediciones es uno de los países más centralizados de la OCDE. Actualmente Chile vive el proceso de implementación de cambios en materia de descentralización y de discusión de nuevas reformas legales.

[10] Véase www.libremercado.com/2017-10-31/espana-es-el-segundo-pais-del-mundo-con-mas-descentralizacion-territorial-1276608297/ [fecha de consulta: Octubre 2020].

Según la doctora en Economía Ixone Alonso Sanz, se pueden identificar tres fases en el proceso de descentralización[11]:

1. Primera fase (1979-1983): Aprobación de los diecisiete estatutos de autonomía que creaban las Comunidades Autónomas, definidas por la Constitución española en su art. 143 n.° 1 como:

> "provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas".

   Además, esta fase está marcada por una primera transferencia de competencias hacia las Comunidades Autónomas, proceso conducido por los Pactos Autonómicos de 1981 y por la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA)[12].
2. Segunda fase (1983-1992): Caracterizado por el desarrollo del modelo con numerosos traspasos de competencias y termina con los Acuerdos Autonómicos de 1992, cuyo objetivo según Santiago Muñoz Machado era "enfocarse en establecer un cauce para la ampliación de competencias"[13]. Dicho procedimiento lo abordaremos con mayor detalle después.
3. Tercera fase (1993-2002): Fase de implementación de los acuerdos anteriores (traspaso de competencias en materia de educación y sanidad) y marcada por una insatisfacción entre las Comunidades Autónomas (en especial la vasca y catalana), como consecuencia se ha comenzado una cuarta etapa marcada por una oleada de reformas a los estatutos autonómicos y que han llevado a los problemas relacionados con el extremo nacionalismo de algunas Comunidades Autónomas que vemos en la actualidad.

Debido al denso proceso de descentralización en España, se ha convertido en lo que se denomina un estado autonómico caracterizado por la existencia, al menos, de tres niveles administrativos: el estatal, el autonómico y el local. El autonómico está constituido por diecisiete Comunidades Autónomas, dotadas de amplísimas competencias, dejando, de esta manera, únicamente a la administración central las funciones tradicionales de defensa, relaciones exteriores, seguridad ciudadana, justicia y adoptando un

[11] Sanz (2014).

[12] La transferencia competencial se realiza por medio de ley orgánica para su posterior inserción en los Estatutos Autonómicos de cada Comunidad Autónoma, y no mediante un procedimiento administrativo como en Chile.

[13] Cfr. Muñoz (1992), pp. 85-106.

carácter en lo esencial financiador de las Comunidades Autónomas. La descentralización político-administrativa española es lo más cercano a un sistema federalista (como Estados Unidos o Alemania) que hay en un estado que constitucionalmente es unitario.

2) Mecanismo de traspaso de competencias hacia las Comunidades Autónomas

Según lo que establece el Ministerio de Política Territorial y Función Pública español:

> "el traspaso de funciones y servicios, o la ampliación de traspasos anteriores, es el instrumento por el que cada Comunidad Autónoma con competencias estatutarias en una determinada materia asume las funciones que integran dicha competencia y los medios materiales, personales y económicos que la Administración del Estado o sus organismos autónomos venían destinando para el desarrollo de aquellas funciones. El vehículo de materialización de los traspasos son los acuerdos adoptados por la correspondiente Comisión Mixta de Transferencias, tras el proceso de negociación realizado por la Administración estatal y la autonómica. Los acuerdos adoptados se elevan posteriormente al Gobierno para su aprobación por Real Decreto"[14].

El proceso de traspaso de una competencia del Estado a la Comunidad Autónoma es desarrollado por una comisión mixta de transferencias que integra representantes del gobierno de la nación y de la Comunidad Autónoma en cuestión. Esta Comisión fija calendarios y plazos de traspasos, concreta las funciones y servicios que van a transferirse, realiza inventarios de los bienes del estado a traspasar, entre otros cometidos[15].

Los acuerdos de traspaso a los que haya llegado la comisión mixta son aprobados por el gobierno mediante reales decretos. Ahora bien, debemos tener en cuenta que en múltiples ocasiones un mismo real decreto puede incluir traspasos de competencias de diversos ámbitos. Además, una misma competencia también puede ser traspasada con varios reales decretos. Un ejemplo de esta situación podría producirse bien porque el traspaso de las funciones integradas en una competencia se realiza de forma escalonada o, bien, porque se llevan a cabo ampliaciones en los medios materiales y el personal traspasado.

La Constitución de España define dos vías de traspasar competencias a las Comunidades Autónomas:

[14] Ministerio de Políticas Territoriales y Función Pública (2019).

[15] Confederación Española de Organizaciones Empresariales (2011), p. 7.

a). La establecida en el art. 148 numeral 2 (reforma estatutaria por parte de la Comunidad Autónoma) y
b). La establecida en el art. 150 numeral 2 (traspaso unilateral por parte del Estado a las Comunidades Autónomas).

Ahora bien, el art. 148 establece un listado taxativo de competencias que constitucionalmente les son otorgadas a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, el segundo numeral de ese artículo define que dichas comunidades podrán ampliar de manera sucesiva sus competencias siempre y cuando no contraríe lo dispuesto en el art. 149.

A su vez, el art. 149 funda una reserva de las competencias que son exclusivas del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, el numeral 3 del artículo mencionado anteriormente determina:

> "*Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos*. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas"[16].

Podemos encontrar tanto el numeral segundo del art. 148 y en el numeral tercero del 149 lo que en la doctrina española se denomina como el Principio Dispositivo, definido por Santiago Muñoz Machado como:

> "el poder de disposición estatutario que tiene cada Comunidad Autónoma para elegir las atribuciones que deseen dentro de los parámetros establecidos en la constitución"[17].

Lo anterior ha generado en España una discrepancia competencial entre las Comunidades Autónomas, ya que no se hacen traspasos homogéneos de competencias, lo que trajo como consecuencia la dictación de los Pactos Autonómicos, tanto de 1981 como de 1992, los que buscan recortar esos problemas que trae consigo el ejercicio libérrimo de la potestad dispositiva de cada Comunidad Autónoma, procurando establecer fórmulas para lograr cierta uniformidad en cuanto a la transferencia de competencias.

Como ya mencionamos, los Pactos Autonómicos, en especial los de 1992, buscaron regular esta situación; por lo que en ellos se estableció un

[16] El destacado es nuestro.
[17] Muñoz (1992), p. 2.

procedimiento para la incorporación o traspaso de competencias, mismo que se puede enmarcar en dos grandes fases, mismas que explicamos a continuación:

Primero, tal y como lo manda la Constitución de España, debemos aprobar una ley orgánica general de acuerdo con el procedimiento establecido en el artí. 150.2[18] de la Constitución en la que se van a incluir todas las Comunidades Autónomas afectadas así como las competencias a ser transferidas[19].

Segundo, inmediatamente después de ser aprobada y de entrar en vigor la ley de transferencia o delegación, debemos promover la incorporación de la ampliación de competencias a los estatutos de autonomía de cada Comunidad Autónoma. Una vez aprobados los instrumentos jurídicos, que se traducen en decretos reales de transferencia, que permitan a las Comunidades Autónomas asumir las competencias referidas, las denominadas comisiones mixtas llevarán a cabo los traspasos de medios materiales y personales.

c) Descentralización en Francia: Caso de las leyes de experimentación[20]

El *Glosario de la vida pública* francés define la descentralización como un: "proceso por el cual el Estado transfiere ciertas competencias y los recursos correspondientes a las autoridades locales"[21].

Ahora, el art. 1 de la Constitución de Francia, desde la enmienda constitucional del 17 de marzo de 2003, fija: "la organización de la República Francesa está descentralizada".

En la república francesa se pueden distinguir dos tipos de descentralización: la territorial y la funcional o técnica. En la territorial, las autoridades descentralizadas son autoridades locales (municipalidades, departamentos, regiones, comunidades con estatus especial y colectividades de ultramar). Las autoridades locales y regionales gozan de su propia personalidad jurídica, medios y poderes y, por lo tanto, de un cierto grado de autonomía local (art. 72 de la Constitución y la Carta Europea de Autonomía Local de

[18] "El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado".

[19] Muñoz (1992), p. 2.

[20] Requejo (2006).

[21] Dirección de Información Jurídica y Administrativa (s.f.).

1985). Se ejerce dentro del marco de la ley y bajo el control del Estado. La supervisión que ejerce el gobierno central sobre las autoridades locales es una revisión de legalidad de sus actos.

En la descentralización funcional o técnica, las entidades descentralizadas son instituciones públicas encargadas de administrar un servicio público (universidades, hospitales públicos, museos nacionales) que gozan de personalidad jurídica propia, pero solo tienen un poder de atribución que corresponde al objeto mismo del servicio público que se les transfiere.

La política de descentralización francesa pasa por tres fases[22]:

a). Aprobación de las leyes Defferre[23] en el año 1982-1983;
b). Aprobación de textos que completan las primeras leyes de descentralización e integran la descentralización en la organización territorial;
c). Reforma constitucional aprobada en 2003 relativa a la organización descentralizada de la república francesa.

La reforma constitucional antes mencionada fue complementada por la dictación de cuatro leyes:

I. Ley Orgánica 2003/705 del 1 de agosto de 2003 relativa al referéndum local: precisa el campo de aplicación del referéndum local y determina las condiciones de aprobación de los proyectos de deliberación y acta que se le someten;
II. Ley Orgánica 2003/704 del 1 de agosto de 2003 relativa a la experimentación por las corporaciones locales: define las modalidades de experimentación;
III. Ley Orgánica 2004/758 del 29 de julio de 2004 relativa a la autonomía financiera de las corporaciones locales: define los recursos propios de las corporaciones locales y fija una tasa mínima de autonomía financiera de las corporaciones.
IV. Ley de las Libertades y Responsabilidades Locales del 13 de agosto de 2004: precisa el conjunto de las nuevas competencias que el Estado transfiere a las corporaciones locales.

Hemos decidido enfocarnos en lo que respecta a la experimentación legislativa, misma que tiene su génesis en la reforma constitucional de 2003 cuyo objetivo era reconocer precisamente a las colectividades locales la posibilidad de usar técnicas experimentales y que luego es desarrollada por la Ley Orgánica 2003/704 del 1 de agosto de 2003.

[22] Ministerio de Asuntos Exteriores (2006), p. 1.

[23] Gaston Defferre, exministro del Interior de Francia y precursor de la ley de descentralización de ese país, la ley Defferre introdujo la gran novedad de considerar a las regiones colectividades territoriales de pleno ejercicio. En adelante, los consejos regionales serían elegidos cada seis años por sufragio universal.

En cuanto a la utilización de leyes experimentales podemos decir que es una técnica legislativa conocida en muchos países y que tiene un objetivo primordial el cual es la reducción del riesgo. Es precisamente por esa razón que en Francia se ha elevado a rango constitucional, ya que brinda la oportunidad de probar una determinada norma, en un espacio geográfico definido y por un periodo concreto, bajo el entendido que al final de este "periodo experimental" las autoridades respectivas y el legislador determinen el impacto positivo (o negativo según sea el caso) y la viabilidad de hacer permanente la medida o algún elemento de la misma por medio de una ley que así lo determine.

El Consejo Constitucional francés mediante la decisión n.° 2003-478 DC de fecha 30 de julio establece que se deben reunir ciertos requisitos básicos para poder llevar a cabo la experimentación normativa. Estos son:

a. La existencia de una ley que autorice a las colectividades locales a derogar a título experimental las disposiciones legislativas que rigen el ejercicio de sus competencias (ley habilitante).
b. Que sea voluntaria (la ley no obliga a experimentar, solo fija los requisitos mínimos)
c. Que la experimentación sea a través de actos de carácter general (expresando en este punto el carácter temporal de la medida).

Por último, el gobierno remite un informe a la Asamblea Legislativa donde expone los resultados, ya sean positivos o negativos, para que por medio de una ley se determine si se adopta la medida, o parte de ella, de manera permanente.

Ahora bien, ¿en qué se asemeja todo lo anteriormente expuesto con el caso chileno? Pues en lo relativo a la especie de "experimentación" que hace el artículo cuarto transitorio de la Ley 21.074 que dice:

> "Desde la publicación de la presente ley y hasta el 10 de marzo del año 2022, el procedimiento de transferencia de competencias regulado en el Párrafo 2° del capítulo II del Título Segundo de la ley N°19.175, tendrá las siguientes reglas especiales: ...3. Para cada competencia que se planifique transferir, se deberá realizar una experiencia previa de ejercicio de mínimo de un año y máximo de dos, con la tutela técnica del ministerio o servicio público central. Para ello, la secretaría ejecutiva propondrá al Comité de Ministros su implementación".

Encontramos allí el primer requisito, es decir, la ley habilitante de experimentación (en este caso respecto a la experimentación en cuanto al ejercicio de una competencia traspasada del nivel central al gobierno regional, aquí no se derogan disposiciones legislativas como en el caso francés), asimismo, establece, un segundo requisito, el carácter temporal de la experimentación, dejando a la potestad discrecional del Poder Ejecutivo la posibi-

lidad de elegir el tiempo específico siempre dentro del rango ya establecido. Además, encontramos en el numeral 4 del mismo artículo otro requisito que se origina de la experiencia francesa y es la obligación de evaluar e informar, en este caso, sobre los efectos del ejercicio de la transferencia compartida.

Por último, la última característica con el modelo francés representado en el requisito formal de que al finalizar el periodo de experimentación normativa, se puede crear mediante una ley servicios públicos regionales, según las necesidades y particularidades de cada territorio, conforme a la respectiva evaluación que hace la Comisión de Transferencia de Competencias.

d) El caso de Polonia

Existen dos momentos claves en la transformación del sistema de administración pública en Polonia[24]:

1) 1990: restauración de los gobiernos locales en el ámbito de comunas.
2) 1999: cambio en la división territorial del país (reducción en el sistema de ordenamiento territorial polaco de voivodatos[25] de cuarenta y nueve a dieciséis, y el establecimiento de distritos y de los gobiernos locales de los voivodatos y la introducción del concepto de administraciones combinadas y no combinadas.
3) En la actualidad, el gobierno local en Polonia se subdivide en:
   I. Dieciséis voivodatos, equivalentes a las regiones en Chile. Estas tienen la obligación de planeamiento y apoyo a largo plazo.
   II. 314 poviats[26], equivalentes a los condados. Tienen la obligación de proveer servicios.
   III. 2,478 gminas[27], que tienen la obligación de proveer los servicios públicos más básicos y ser el primer punto de contacto con la población.

Las estrategias regionales de los voivodatos polacos giran alrededor de los siguientes ejes:

I. Estimular la actividad económica.
II. Aumentar la competitividad y la innovación dentro de la región.
III. Procurar el desarrollo sostenible de la región.

[24] Lublinska (2017). Traducción de los autores.

[25] Unidad de mayor extensión en el sistema territorial polaco, equivalente a las regiones en Chile.

[26] Segunda unidad de nivel en el sistema territorial polaco, equivalente a condados en otros países.

[27] Tercera unidad de gobierno local en el sistema territorial polaco, equivalente a las municipalidades en Chile.

Las anteriores estrategias se logran implementar a través de los siguientes instrumentos:

I. Cooperación entre regiones o entre comunas de la misma región.
II. Cooperación con el nivel central de administración.
III. Cooperación con cámaras de comercio, iglesias, ONG, universidades y organismos internacionales.

Otro aspecto relevante del caso polaco es la simplificación que han hecho respecto al planeamiento estratégico, generando una reducción del número de documentos de planeación estratégica de cuarenta y dos a solamente nueve, siendo el principal "la Estrategia de Desarrollo Nacional a Largo Plazo 2030", eficientando y armonizando de este modo los distintos instrumentos con las necesidades de cada región, ya que cada una de estas formula sus propias estrategias de desarrollo, basándose siempre en un marco jurídico preestablecido, que es la ley de autogobierno de los voivodatos. Con esto, Polonia busca alcanzar lo que han denominado como "cohesión social".

Otro instrumento es el denominado "contrato territorial", que es un acuerdo entre el gobierno central y el de la región que define los objetivos y las inversiones que hacen las partes, además del financiamiento y su implementación. Lo anterior se asemeja a los convenios de programación regulados en el art. 113 inc. 9°[28] y 115 inc. 4°[29] de la Constitución de Chile y en el art. 81[30] del

[28] Corresponderá al consejo regional aprobar el proyecto de presupuesto de la respectiva región considerando, para tal efecto, los recursos asignados a esta en la Ley de Presupuestos, sus recursos propios y los que provengan de los convenios de programación.

[29] A iniciativa de los gobiernos regionales o de uno o más ministerios podrán celebrarse convenios anuales o plurianuales de programación de inversión pública entre gobiernos regionales, entre estos y uno o más ministerios o entre gobiernos regionales y municipalidades, cuyo cumplimiento será obligatorio. La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las normas generales que regularán la suscripción, ejecución y exigibilidad de los referidos convenios.

[30] Los convenios de programación a que se refiere el inciso cuarto del art. 115 de la Constitución Política de la República son acuerdos formales entre gobiernos regionales, entre uno o más gobiernos regionales y uno o más ministerios, o entre uno o más gobiernos regionales y uno o más municipios, que definen las acciones relacionadas con los proyectos de inversión que ellos concuerdan en realizar dentro de un plazo determinado. Estos convenios deberán especificar el o los proyectos sobre los cuales se apliquen, las responsabilidades y obligaciones de las partes, las metas por cumplir, los procedimientos de evaluación y las normas de revocabilidad. Los convenios de programación deberán incluir, cuando corresponda, cláusulas que permitan reasignar recursos entre proyectos.

A los convenios de programación se podrán incorporar otras entidades públicas o privadas, nacionales, regionales o locales, cuyo concurso o aporte se estime necesario para la mayor eficiencia en la ejecución del referido convenio de programación.

El cumplimiento de los convenios de programación será íntegramente obligatorio para todas las partes celebrantes. En caso de tener carácter plurianual, cada una de ellas deberá contemplar en la formulación de sus respectivos presupuestos la estimación de todos los re-

DLF n.°1, de 2005, que fija texto refundido de la Ley n.° 19175, Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

En conclusión, el nuevo modelo polaco de política integrada de desarrollo se fundamenta en los siguientes principios:

a. Cooperación.
b. Coordinación.
c. Orientado territorialmente.
d. Fortalecimiento de los potenciales de cada territorio.
e. Competitividad.
f. Participación.

e) Descentralización político-administrativa en Colombia

Colombia se define como una república unitaria y descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, adoptando una forma de gobierno democrático y participativo[31].

Se encuentra dividida en tres niveles territoriales básicos: nacional, intermedio y local; representados en la actualidad por la nación, los departamentos y distritos, y los municipios, respectivamente[32]. Así lo explica el David Soto:

> "La historia republicana en Colombia ha estado marcada por la búsqueda permanente de la reconciliación entre el Estado y el territorio, entre la autonomía regional y el Estado unitario"[33].

Producto de ello podemos apreciar que a lo largo de sus diferentes textos constitucionales, ha existido una serie de ensayo y error en cuanto a su forma de administración territorial, existiendo, incluso, en algún momen-

cursos correspondientes al año pertinente, según las obligaciones adquiridas al momento de la suscripción. El nivel de cumplimiento exigible, respecto de cualquiera de las partes, estará supeditado al monto de recursos que anualmente la Ley de Presupuestos del Sector Público haya aprobado para el respectivo ítem de gasto. Cualquier incumplimiento deberá ser fundado y deberá ser reprogramado por las partes.

Los convenios a que se refiere este artículo deberán ser sancionados mediante decreto supremo expedido bajo la fórmula establecida en el art. 70 del decreto ley n.° 1263, de 1975. Los proyectos que se incluyan en dichos convenios deberán cumplir con lo establecido en el art. 19 bis del mencionado decreto ley.

[31] Art. 1 de la Constitución Política de Colombia de 1991 actualizada a 2016.

[32] Subdere, (2009).

[33] Soto (2003).

to, el intento de un estado federal (1863) el cual tuvo una efímera vida, ya que para el año 1886 se retornó a un modelo centralista.

En cuanto a la descentralización política, se debe destacar que a partir de 1986 los alcaldes son elegidos democráticamente y a partir de 1991 los gobernadores[34].

Ahora bien, la Constitución de 1991 implantó un modelo de república unitaria descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales, entiéndase como un modelo unitario aquel en el que solo existe una única soberanía[35], en este sentido, las divisiones territoriales solo tienen funciones administrativas, estando estas últimas sujetas al llamado "Principio de Tutela" ejercido por el nivel central, el cual implica suspender a los representantes locales, anular sus decisiones y verificar la legalidad de sus actos[36].

La doctrina sobre el tema del debate de la descentralización ha girado en torno a tres preocupaciones[37]:

a. A la porción que de los ingresos nacionales debe corresponder a las entidades territoriales.
b. A la manera de enfrentar la crisis fiscal y racionalizar el gasto fiscal.
c. A las competencias que los diferentes niveles de gobierno deben asumir.

En vista de lo anterior, es necesario ver la experiencia colombiana como una muestra de que en los procesos de descentralización la gradualidad y la experimentación son fundamentales, donde el método de ensayo y error debe verse como una valiosa herramienta. Creemos que en ese sentido, Chile está procurando que su propio proceso de descentralización sea tomando las precauciones necesarias sin que esto implique una dilación del proceso de descentralización. Por último, tal y como lo manifiesta David Soto: "el mayor desacierto del proceso de descentralización en Colombia ha sido decretar la autonomía de manera indiscriminada"[38].

f) Descentralización político-administrativa del Perú

La distribución de competencias se encuentra radicada principalmente en dos cuerpos legales: la Constitución Política y la Ley de Bases de la Descentralización.

[34] Subdere (2009), p. 56.
[35] Soto (2003).
[36] *Op. cit.*, p. 13.
[37] *Op. cit.*, p. 140.
[38] *Op. cit.*

En la actualidad el debate radica sobre todo en lo referente a choque entes las llamadas "competencias exclusivas" y las "competencias compartidas" entre el gobierno central y los departamentales, creando lo anterior confusiones entre ambos niveles de gobierno, ya que en muchos casos ocurre una duplicidad y superposición de funciones, particularmente en los casos de salud y educación[39].

De acuerdo con la Ley de Bases de la Descentralización, el proceso de descentralización se debía realizar por etapas, en forma progresiva y ordenada, conforme a criterios que permitan que las competencias y recursos se asignen y transfieran en el ámbito de gobierno que, estando más cerca de la gente, cuente con la capacidad efectiva para ejercerlas, lo anterior debió realizarse sobre la base de los siguientes principios básicos[40]:

a. Subsidiariedad: para evitar la duplicidad y superposición de funciones.
b. Selectividad y proporcionalidad: se debe tomar la capacidad de gestión efectiva del gobierno regional o local. Esa capacidad debe definirse con criterios técnicos y objetivos.
c. Provisión: La transferencia de competencias debe de realizarse acompañada de los recursos, humanos y materiales, necesarios para garantizar una prestación eficiente.
d. Concurrencia: Entre los tres niveles de gobierno en el ejercicio de las competencias compartidas.

Lo ya manifestado es como debió haber sido, pero la realidad dista mucho de cómo la Ley de Bases de la Descentralización mandaba, es decir, bajo un procedimiento gradual y progresivo que permita la adecuación de todas las instituciones al nuevo proceso de descentralización. Así lo manifiesta la propia Contraloría General de la República del Perú en un estudio sobre el proceso de descentralización en ese país, dicho informe establece:

> "por el contrario, fue un proceso acelerado y a pesar de los distintos esfuerzos, el Estado no ha sido capaz de delimitar las competencias y distribuir funciones de las entidades públicas para una eficiente gestión de los distintos niveles de gobierno"[41].

De nuevo la experiencia comparada nos muestra como apresurarse en un proceso que por su naturaleza debe de ser conducido con cautela puede crear una asimetría entre las competencias y funciones que realizan los distintos niveles de gobierno siendo contrario al fin último, la eficiencia de la administración.

[39] Para más información véase Subdere (2009), p. 60.
[40] Contraloría General de la República del Perú (2014), pp. 12-13.
[41] *Op. cit.*

Un aspecto fundamental que pensamos que se puede ver replicado, en unos más y en otros menos, en los sistemas de descentralización político-administrativa hasta ahora, es el hecho de que al momento de realizar los traspasos de competencias, muchas veces no se toma en cuenta cómo debería, lo que en el informe de la Contraloría General del Perú denomina como la "capacidad de gestión efectiva", que no es más que poseer la aptitud técnica para administrar los recursos financieros, humanos, tecnológicos o de cualquier índole con el objetivo de alcanzar esperados niveles de eficiencia, en otras palabras, previo a la transferencia de competencias, es necesario verificar:

> "el grado de capacidad efectiva que cada una de las entidades requiere para hacerse cargo de la provisión de bienes o servicios transferidos"[42].

Dicho lo anterior y a manera de ejemplo, resulta totalmente infructífero traspasar complejas competencias en materia de salud pública a una región o departamento que no tiene la capacidad ya sea en infraestructura o en recurso humano para hacerse cargo de la misma.

Una de las tantas dificultades encontradas en el proceso de descentralización del Perú se relaciona con la capacidad de gestión efectiva de sus gobiernos subnacionales, ya que la mayoría del andamiaje del proceso de descentralización fue diseñado y elaborado en Lima sin los diagnósticos de lo que pasa en las demás partes del país y sin previa consulta pública (importante a criterio del suscrito ya que agrega legitimidad al proceso).

Sumado a lo ya expuesto debemos agregar, que, junto a cualquier proceso o conjunto de procesos debe de existir un modelo o sistema de indicadores de seguimiento y evaluación que permita medir de manera simple el desempeño de las entidades a las cuales se les traspasa las distintas competencias en relación con el proceso de descentralización[43].

A pesar de lo anterior, consideramos que existen varios puntos de convergencia entre el proceso peruano y chileno (como ser una descentralización política orientada a la democratización de las autoridades regionales y una descentralización administrativa enfocada en aumentar el traspaso de responsabilidades desde el nivel central a los gobiernos subnacionales), donde se puede adquirir valiosa información a futuro respecto a cómo han logrado adecuar el traspaso competencial a la capacidad de gestión efectiva de sus regiones o gobiernos locales, así como el proceso para evaluar el desempeño de estos al ejercer las competencias transferidas.

---

[42] Contraloría General de la República del Perú (2014), p. 15.

[43] Dicha observación es realizada en el informe de la Contraloría General de la República del Perú y en ese caso recomienda revisar la capacidad de rectoría del proceso de descentralización que ejerce el gobierno central para adecuarla integralmente al proceso de descentralización.

g) Descentralización político-administrativa en Ecuador

El organismo rector encargado de la descentralización es el Consejo Nacional de Competencias. A su vez, es el encargado de procurar el fortalecimiento de los llamados Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD) que son veintitrés provinciales, 221 municipales y un régimen especial para Galápagos.

El art. 1 de la Constitución manifiesta que el país se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. Respecto del significado de estas normas, Hernán Batallas Gómez afirma que este:

> "enunciado de orden constitucional se traduce en la idea de que la descentralización no debe ser considerada como una simple herramienta de administración pública sino que representa la propia vía de gobierno que nos conduce a un estado equitativo, solidario, redistributivo y organizado"[44].

El art. 105 del *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización* define a la descentralización como:

> "la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde el gobierno central hacia los gobiernos autónomos descentralizados".

De la definición anterior nos gustaría recalcar las siguientes palabras 'obligatoria', 'progresiva' y 'definitiva', mismas que denotan el carácter decisivo del proceso de descentralización en Ecuador. Otro punto interesante es que se han inclinado por una descentralización administrativa contundente (marcada por la transferencia competencial obligatoria, progresiva y definitiva).

Relacionado con lo ya expuesto, el art. 226 de la Constitución de Ecuador nos vuelve a mostrar la importancia de la capacidad de gestión efectiva que mencionamos anteriormente al establecer que: "la descentralización será obligatoria cuando una entidad seccional la solicite y tenga capacidad operativa para asumirla".

Otro aspecto que consideramos interesante incluir en el artículo en el sistema de transferencias ecuatoriano es la implementación del llamado Sistema Nacional de Competencias, el cual se compone de un conjunto de instituciones, planes, políticas y actividades relacionadas con el ejercicio de competencias que le son conferidas a cada nivel de gobierno. La experiencia

[44] Batallas (2013).

ecuatoriana en ese sentido ha sido positiva, ya que se evita la superposición de funciones, debido a que un solo órgano está a cargo de todo el proceso de transferencia de competencias.

Siguiendo con lo que establece el *Código Orgánico de Organización Territorial*, existe la siguiente clasificación de competencias:

a. Exclusivas: aquellas cuya titularidad corresponde únicamente a un nivel de gobierno.
b. Concurrentes: cuya titularidad corresponde a varios niveles de gestión.
c. Adicionales: las que, al ser parte de los sectores o materias comunes y al no estar asignadas expresamente por la Constitución y la ley, pueden ser transferidas a un gobierno de forma progresiva y bajo el principio de subsidiaridad.
d. Residuales: definidas por la ley como aquellas que, al no estar asignadas en la Constitución o en la norma secundaria y que no forman parte de los sectores estratégicos, competencias privativas o exclusivas del gobierno central, podrán ser asignadas a un gobierno en particular por parte del Consejo Nacional de Competencias.

La gran lección que deja el proceso de descentralización ecuatoriano, similar al peruano, como ya vimos antes, es a nuestro parecer, el complejo proceso de descentralización debe realizarse en un marco de equidad social, económico y territorial atendiendo siempre a la verdadera capacidad de gestión efectiva de los territorios a los cuales se les van a realizar el traspaso de competencias y de esta manera apuntar al fin último: la eficiencia en la gestión pública de territorios heterogéneos.

h) Conclusiones

la composición de dos cámaras

1. Dentro de los distintos casos estudiados y de las recomendaciones de la OCDE, podemos extraer ciertos factores que, en general, han limitado el proceso de descentralización en América Latina:
    a) Existen incongruencias entre la separación de las responsabilidades y competencias entre distintos órganos, lo cual crea en muchos casos una superposición de competencias;
    b) En algunos casos, como en Colombia, hemos procedido a un traspaso de competencias sin la debida asignación de recursos asociados para llevarlas a cabo. Lo anterior genera, obviamente, problemas de eficiencia y eficacia en cuanto a la prestación de los servicios. Además, refleja que hay que tener un mayor cuida-

do en la planificación y sincronización entre la distribución de recursos y la responsabilidad de su asignación. Un buen ejemplo de asignación de recursos nos lo da la experiencia española, que ha traspasado no solo recursos financieros, sino, también, recursos humanos necesarios con el objetivo de mantener el estándar de prestación que existía antes de la implementación del régimen autonómico y que ahora se ve reflejado en comunidades autónomas robustas con los recursos necesarios para ampliar y mejorar los servicios que presta.

c) No se toma en cuenta a cabalidad la capacidad de gestión efectiva de los gobiernos subnacionales a los cuales se les traspasan las competencias.

2. La transferencia de competencias introduce, directa o indirectamente, varios cambios al sistema político nacional y regional[45]:
   a) Eleva la eficiencia del sistema político: pues potencia el papel conductor del nivel central al permitirle una mejor concentración en temas estratégicos, como el diseño y seguimiento de grandes políticas, librándolo de cuestiones menores o burocráticas; le da mayor estabilidad y legitimidad al sistema político.
   b) Potencia el liderazgo político regional: da mayores atribuciones a la autoridad y la hace más responsable frente a la comunidad regional.
   c) La transferencia de competencias moderniza la gestión pública nacional y regional y eleva su productividad.
   d) La incorporación de nuevas competencias obliga al gobierno regional a un riguroso esfuerzo de autoexamen y de planificación estratégica.
3. Por último, consideramos que los distintos procesos de descentralización en América Latina se han visto truncados muchas veces por la falta de compromiso político hacia una verdadera y profunda descentralización, y la evidencia de que es necesario un pacto entre todas las partes involucradas, ya sea gobierno, sociedad civil etc. En el caso de Chile, el proceso actualmente se enfrenta a mucha presión política y se ve con cierto recelo la idea de descentralizar el poder hacia los gobiernos subnacionales, sin embargo, creemos que es una magnífica oportunidad para que de nuevo Chile de un paso al frente y haga de este proceso un rotundo éxito y que nuevamente sirva de ejemplo para los demás países de la región, en un proceso gradual y donde se corrijan errores que se detecten. En este último

[45] Abalos (1998), p. 31.

aspecto, ha sido un gran aporte el informe de la Mesa Técnica de Descentralización, convocada por el Presidente de la República, integrada por expertos de todos los sectores políticos, que señalan en términos generales:

"Esta Mesa Técnica tiene el convencimiento de que los tópicos analizados son susceptibles de perfeccionarse o complementarse, a través de un proyecto de ley que debiera ser enviado al Congreso Nacional en el corto plazo. También, en el transcurso de las discusiones este grupo de trabajo, fueron detectadas nuevas necesidades normativas, que pueden mejorar la implementación del valioso proceso que supone este camino de descentralización"[46].

Nuestro proceso de descentralización se da un contexto de discusión constitucional, puesta en marcha de la elección directa de gobernadores regionales, implementación de la ley que fortalece la regionalización y la discusión de dos proyectos de ley relevantes: Ley Corta de Descentralización, fruto del Trabajo de la Mesa Técnica de Descentralización (2019) y el proyecto de ley que fortalece la descentraliación financiera de los gobiernos regionales, establece normas sobre responsabilidad fiscal y crea fondos que indica (*Boletín* n.° 13.815-05). Es de esperar que el proceso de descentralización chileno se siga desarrollando de manera gradual y con grandes consensos políticos, como ha sido la tónica de las últimas décadas.

Bibliografía

Abalos König, José Antonio (1998). *Descentralización fiscal y transferencia de competencias: aproximación general y propuestas para fortalecer los gobiernos regionales en Chile*. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7398/S9800053_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: Octubre 2020].

Batallas Gómez, Hernán (2013). "El actual modelo de descentralización en el Ecuador: un desafío para los gobiernos autónomos descentralizados". *Foro. Revista de Derecho*, núm. 20, Quito.

Briffault, Richard & Laurie Reynolds (2016). *Cases and Materials on State and Local Government Law*. Saint Paul, Minnesota: West Academic Publishing.

Confederación Española de Organizaciones Empresariales (2011). *Informes y Estudios. El traspaso de competencias en el sector público*. Disponible en www.ccelpa.org/wp-content/uploads/2012/01/Informe%20CEOE%20Traspaso%20

[46] Subdere (2019), p. 5.

Competencias%20Sector%20P%C3%BAblico%20Diciembre%202011.pdf [fecha de consulta: Octubre 2020].

Contraloría General de la República del Perú (2014). *Estudio del proceso de descentralización en el Perú*. Disponible en www.undp.org/content/dam/peru/docs/Gobernabilidad%20democr%C3%A1tica/pe.Estudio%20proceso%20de%20descentralizacion.pdf [fecha de consulta: Octubre 2020].

Dirección de Información Jurídica y Administrativa. (s.f.). *Glosario de la vida pública*. Disponible en www.vie-publique.fr/th/glossaire/decentralisation.html [fecha de consulta: Octubre 2020].

Hamilton, Alexander (1788), *El Federalista* n.° 70.

Lublinska, Malgorzata (2017). *Decentralization and multi-level governance in Poland. Ensuring coherence between national and subnational development strategies/policies*. Disponible en www.oecd.org/regional/regional-policy/Decentralisation-and-multi-level-governance-in-Poland.pdf [fecha de consulta: Octubre 2020].

Ministerio de Asuntos Exteriores (2006). *La France a la Loupe: La Descentralización en Francia*. París: editorial.

Ministerio de Políticas Territoriales y Función Pública (2019). Obtenido de www.seat.mpr.gob.es/portal/areas/politica_autonomica/regimen_juridico.html [fecha de consulta: Octubre 2020].

Muñoz Machado, Santiago (1992). "Los pactos autonómicos de 1992: La ampliación de competencias y la reforma de estatutos". *Revista de Administración Pública*, n.° 128, Madrid.

OECD Multi-level Governance Studies (2019). *Making Descentralisation Work. A handbook for Policy-Makers*. Disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/urban-rural-and-regional-development/making-decentralisation-work_g2g9faa7-en#page1[fecha de consulta: Octubre 2020].

Regional Authority Index. Obtenido de: http://garymarks.web.unc.edu/files/2017/02/Measuring-RAI_country-profile-Spain.pdf

Rodin, Jacques (1985). *Le sacre des Notables* Paris: Fayard.

Requejo Rodríguez, Paloma (2006). "Experimentación normativa y organización territorial del Estado". Disponible en file:///Users/Editor/Downloads/Dialnet-ExperimentacionNormativaYOrganizacionTerritorialDe-1975798.pdf [[fecha de consulta: Octubre 2020].

Sanz, Ixone Alonso (2014). "La descentralización española y el estado autonómico actual: una visión presupuestaria". Disponible en http://asip.org.ar/la-descentralizacion-espanola-y-el-estado-autonomico-actual-una-vision-presupuestaria/ [fecha de consulta: Octubre 2020].

Soto, David (2003). La descentralización en Colombia: Centralismo o autonomía". *Revista Opera*, vol. 3, n.° 3. Disponible en www.redalyc.org/articulo.oa?id=67530307 [fecha de consulta: 12 de marzo de 2019].

Subdere (2009). *Descentralización en América Latina: Un análisis comparado de los casos de colombia, Bolivia, Perú, Brasil y Argentina*. Disponible en https://bibliotecadigital.subdere.gov.cl/bitstream/handle/123456789/344/Descentralizacion_America_Latina.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: Octubre 2020].

Subdere. (2019). Informe Mesa Técnica Descentralización.

Toqueville, Alexis de (1984): *Democracia en América*. Ciudad de México: F.C.E.

UN CONGRESO BICAMERAL: RAZONES PARA MANTENER DOS CÁMARAS

A BICAMERAL CONGRESS: REASONS FOR MAINTAINING TWO CHAMBERS

José Riquelme González[*]

Resumen: En el presente trabajo defiendo la composición de un Congreso con dos cámaras, remitiéndome en forma exclusiva a la dimensión legislativa de este poder del Estado, por cuanto es en este aspecto donde ha radicado el argumento que han planteado quienes abogan por un Congreso unicameral. Tal argumento critica una demora injustificada de parte del Poder Legislativo en la elaboración de políticas públicas oportunas, generando tal demora, una opinión pública adversa a la labor parlamentaria. En este artículo planteo que la velocidad para tramitar proyectos de ley, no depende del diseño bicameral ni del proceso de formación de la ley, porque cuando la necesidad y urgencia son inequívocas, es posible aprobar leyes en forma rápida y oportuna. Para llegar a tal conclusión, muestro los datos de la aprobación de diferentes iniciativas tramitadas desde octubre de 2019 a la fecha en el Congreso. Una de éstas, ni siquiera contó con el apoyo del gobierno en nuestro conocido sistema de presidencialismo reforzado.

[*] Profesor de las facultades de Derecho y de Gobierno de la Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho LLM, con mención en Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Coordinador legislativo del Ministerio de Hacienda. Correo electrónico: jriquelmeg@udd.cl

A pesar de que sé, son los libros los que se dedican y no un simple ensayo de modestas pretensiones, quiero ofrecer unas pocas líneas para expresar mi más profundo respeto y gratitud a todos los funcionarios del Congreso Nacional, que permitieron el funcionamiento del Poder Legislativo en una situación grave para todos, llevando a cabo tareas silenciosas y, sin embargo, tan necesarias. A las comisiones de Hacienda de ambas cámaras (incluyendo por cierto a sus secretarías), por su arduo trabajo durante el último año, en especial, la Comisión de Hacienda del Senado, que fue parte imprescindible del Acuerdo del 14 de junio pasado, entre distintas fuerzas políticas, tanto de oposición como oficialistas y, por cierto, el gobierno. Y por supuesto, al maravilloso equipo del Ministerio de Hacienda con quienes pasamos días y noches de incertidumbre y trabajo incansable, intentando hacer cuanto nos fue posible para ayudar a nuestro país.

Palabras clave: Congreso, derecho parlamentario, bicameralismo, proceso constituyente.

Abstract: In this paper, I defend the composition of a Congress with two chambers, referring exclusively to the legislative dimension of this power of the State, since it is in this aspect where the argument that those who advocate a unicameral Congress have made has been based. This argument criticizes the delay of the Legislative Power in the elaboration of opportune public policies, generating such delay, a public opinion adverse to the parliamentary work. In this article I propose that the speed to process bills does not depend on the design of the bicameral or the law formation process. To reach such a conclusion, I show the data of the approval of different initiatives processed since October 2019. One of these did not even have the support of the government in our well-known system of reinforced presidentialism..

Keywords: Congress, Parliamentary Law, bicameralism, Chilean constituent debate.

I. Introducción

El debate constituyente que se desarrolla en Chile, en particular luego del "Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución"[1] es una oportunidad en la cual se revisará nuestra institucionalidad de nuestro país. La manera en que se estructure el Poder Legislativo estará, en mi opinión, por primera vez más cuestionada de lo que ha sido nuestra tradicional historia constitucional, por cuanto la idea que en 1971 propusiera el entonces presidente Salvador Allende, en cuanto a tener un Congreso unicameral, ha vuelto al debate impulsada en los años 2008, 2013, 2014 y 2019.

La justificación a esta idea, a pesar de las décadas que median entre la propuesta del expresidente Salvador Allende y la moción de 2008 (y así en adelante), ha sido la misma: la lentitud en el actuar del Congreso, ha significado una lenta elaboración de políticas públicas que puedan ayudar a la ciudadanía, generando así una opinión adversa a la labor de los congresistas[2].

[1] Declaración suscrita por fuerzas políticas en forma transversal, respecto a la necesidad de revisar la institucionalidad vigente, suscrito el 15 de noviembre de 2019, luego de una crisis social y de violencia que se sufrió en diferentes partes del país desde el 18 de octubre de tal año. La declaración está disponible en www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].

[2] Si bien la ciencia política distingue entre parlamentarios y congresistas, sobre la base de la existencia de un sistema de gobierno parlamentarista o un sistema presidencialista, en este trabajo me referiré a unos y otros por igual.

Dicho de otra forma: el diseño bicameral conlleva a una falta de eficiencia del Congreso en la creación de leyes para la solución de problemas, lo que trasunta en una mala imagen de este ante la ciudadanía.

Por otra parte, nuestra historia constitucional, ya desde 1822, ha sido uniforme en estructurar al Congreso en dos cámaras o ramas[3], por las razones que expondré en las próximas páginas.

En mi opinión, los datos que desarrollo en este trabajo logran desafiar la idea matriz de esta crítica constante al punto de dejarla lo suficientemente cuestionada, como para no atenderla y, así, mantener un congreso bicameral.

II. La labor legislativa del Congreso Nacional

Se espera en forma natural que sea el Congreso el encargado de hacer leyes. Son los parlamentos o los congresos las instituciones que las personas identificamos creadoras de normas, regulaciones o leyes. Como señala Jeremy Waldron en su trabajo "Representative lawmaking", es aquí donde le decimos a la ciudadanía

> "Aquí es donde se hacen y cambian las leyes. Si tiene una propuesta de elaboración de leyes o si desea ver cómo se realiza la elaboración de leyes, aquí es donde debe ir"[4].

Con todo, es cierto que el Congreso Nacional hace mucho más que aprobar leyes. Su organización y atribuciones están reguladas principalmente en dos cuerpos normativos: la Constitución Política de la República (CPR) de 1980 y la Ley n.º 18918[5], Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (LOC CN). Además, cada cámara tiene su propio reglamento que regula el funcionamiento interno de cada corporación.

Tal y como señala el art. 46 de la CPR, ambas ramas concurren a la formación de las leyes en conformidad a la Constitución. Luego, esta norma dispone que, además, tendrán las cámaras aquellas atribuciones que la misma CPR establece. Así, entonces, un rasgo común, una atribución comparti-

[3] El art 46 de la Constitución Política de la República señala: "El Congreso Nacional se compone de dos ramas: la Cámara de Diputados y el Senado". Dispone, también, que ambas concurren a la formación de las leyes en conformidad a la Constitución y tienen las demás atribuciones que ella establece.

[4] Waldron (2008), p. 336. Traducción es propia.

[5] Disponible en: http://bcn.cl/2fkep [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].

da entre la Cámara de Diputados[6] y el Senado, es que ambas participan en igualdad de atribuciones y competencias, a la formación de las leyes. Como señala el destacado jurista José Luis Cea Egaña respecto de la función colegisladora

> "la realizan por igual ambas ramas del Congreso. Consiguientemente, la Cámara de Diputados y el Senado concurren a la formación de la ley en igualdad de condiciones"[7].

Sin embargo, tienen otras atribuciones, de carácter exclusivas, que, por consiguiente, son diferentes. Mientras la Cámara es una rama principalmente política, el Senado cumple un papel institucional en la conformación del poder.

Es por esta función esencialmente política, que solo la Cámara puede fiscalizar los actos del gobierno y declarar si han o no lugar las acusaciones constitucionales que puedan promover respecto de ciertas autoridades, tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial. Así también, solo en la Cámara de Diputados pueden existir comisiones especiales investigadoras, con el objetivo de reunir informaciones relativas a determinados actos del gobierno.

En cambio, el Senado, en su rol institucional, será quien conocerá y resolverá, como jurado, las acusaciones constitucionales que la Cámara de Diputados entable; conocerá de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia; participará en los nombramientos de ministros del Tribunal Constitucional, en la designación de los ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema y del Fiscal Nacional, de los consejeros del Banco Central, la Comisión para el Mercado Financiero y el Consejo Fiscal Autónomo[8].

Habiendo, por una parte, señalado aquella función común entre ambas ramas del Congreso y, por la otra, nombrando las atribuciones exclusivas de acuerdo al papel diferente entre la Cámara y el Senado, considero necesario abordar, someramente, qué es el proceso de formación de la ley, con sus diferentes etapas, pues es en la dimensión legislativa, este rasgo común entre ambas ramas, que reside el argumento que se ha esgrimido para alterar la composición que el Congreso Nacional ha tenido en la historia de la república.

---

[6] En adelante y en forma indistinta, me referiré a esta simplemente como "la Cámara".

[7] Cea (2013), tomo III, capítulo IX, sección primera, n.° 232.

[8] Para ver todos los nombramientos de los que participan el Senado, véase el siguiente vínculo www.senado.cl/nombramientos-en-que-interviene-el-senado/senado/2012-01-17/182456.html [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2020].

1. El proceso de formación de la ley

El profesor Sebastián Soto define el proceso de formación de la ley como

> "la unión de un conjunto de etapas y actos formales que permiten el estudio, debate, votación y aprobación de un proyecto de ley y en el que toman parte diversas autoridades, funcionarios y demás interesados, a fin de influir en el contenido y tramitación de la ley que, si es del caso, será finalmente publicada"[9].

El proceso de formación (o simplemente "el proceso"), tiene algunas disposiciones de carácter procesal, contenidas en la CPR, tales como:

a) La cantidad máxima de firmantes en una moción;
b) Normas de ingreso reservado: El ingreso perentorio por la Cámara de Diputados en iniciativas sobre tributos, sobre los presupuestos de la Administración Pública y sobre reclutamiento; y por el Senado, aquellos proyectos sobre amnistías e indultos[10];
c) Los plazos de tramitación de la Ley de Presupuestos;
d) Los efectos del rechazo de la idea de legislar, tanto en el primer trámite constitucional, como en el segundo.

En el capítulo V de la Constitución, sobre el Congreso Nacional, en particular desde el art. 65 al 75, están contenidas las normas sobre el proceso de formación de la ley.

Grosso modo, las explico a continuación: ingresado un proyecto de ley por alguna de las dos cámaras, corresponde que, en esta, que se denominará cámara de origen, se vote la idea de legislar. Esta votación es lo que la LOC CN, en su art. 23, aborda como discusión general, entendiendo por esta, aquella que diga "relación sólo con las ideas matrices o fundamentales del proyecto y tenga por objeto admitirlo o desecharlo en su totalidad"[11]. A su vez, el concepto de ideas matrices es desarrollado por esta misma norma, en su inciso final, que señala: "se considerarán como ideas matrices o fundamentales de un proyecto aquéllas contenidas en el mensaje o moción, según corresponda"[12].

---

[9] Soto (2015).

[10] Art. 65, inciso segundo de la CPR.

[11] Art. 23, de la LOC CN.

[12] La discusión sobre las ideas matrices es, en mi opinión, muy interesante y de buen desarrollo en la doctrina chilena. Han escrito sobre esto destacados juristas como Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional* , 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, tomo VII, p. 123; Axel Buchheister Rosas y Sebastián Soto Velasco, "Ideas matrices en los proyectos de ley: inconsistencias del Tribunal Constitucional", en *Sentencias destacadas*, Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo 2004; Arturo Fermandois y José Francisco García,

Quiero hacer una breve precisión: se llama mensaje el proyecto de ley que presente el Presidente de la República, mientras que, aquella iniciativa presentada por uno o más parlamentarios, sin importar sin son diputados o senadores, recibe el nombre de moción[13].

Ahora bien, en los siguientes párrafos intentaré explicar cómo funciona el proceso de formación de la ley, desde una mirada general que tiene relación con las normas constitucionales respectivas; y desde un análisis en particular de las reglas que cada Cámara tiene a propósito del proceso legislativo.

a) Mirada general del proceso de formación de la ley

Aprobada la idea de legislar, se avanza hacia la discusión en particular, donde "se procederá a examinar el proyecto en sus detalles"[14]. Terminada la votación en particular, será la Sala de Sesiones (ya sea de la Cámara de Diputados o del Senado), la que se pronuncie respecto del texto sometido a votación. Si la sala de la cámara de origen aprueba la iniciativa, esta avanzará a su segundo trámite constitucional. En cambio, si la cámara de origen rechaza la idea de legislar, cabe aplicar el art. 68 de la CPR, que señala: "El proyecto que fuere desechado en general en la Cámara de su origen no podrá renovarse sino después de un año". Esa es la regla general. La excepción existe si el proyecto fue presentado por el Presidente de la República (PDR), en cuyo caso, el Ejecutivo puede recurrir al mecanismo de la insistencia, solicitando que el mensaje pase a la otra Cámara.

Pero me mantengo en la regla general para efectos de explicar los rasgos generales del proceso de formación de la ley.

Recibido en la Cámara revisora el proyecto ya aprobado por la de origen, caben las siguientes alternativas:

1. Se aprueba el proyecto sin modificaciones;
2. Se aprueba el proyecto, esta vez, con modificaciones;
3. Se rechaza la idea de legislar el proyecto.

En el mismo orden recién expuesto, (1) si se aprueba el proyecto sin modificaciones, se despachará al Ejecutivo para que el PDR, si también lo

"Origen del presidencialismo chileno: Reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa legislativa exclusiva", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, n.° 2, 2009); y nuevamente José Francisco García, junto a Sergio Verdugo, "Importancia del respeto a las ideas matrices de un proyecto de ley. Jurisprudencia del TC", Congreso Nacional, 2013, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Sin embargo, no desarrollaré mayores comentarios sobre la materia porque no se encuadra dentro del objetivo de este trabajo.

[13] Art. 65, de la CPR.

[14] Art. 23, inciso segundo de la LOC CN.

aprueba, disponga su promulgación como ley[15]. Sin embargo, lo que suele ocurrir, es que la Cámara revisora incorpore modificaciones al proyecto discutido. En tal caso, (2) dichas modificaciones deben ser conocidas por la Cámara de origen, para respetar la igualdad de competencias legislativas entre las cámaras, para que esta se pronuncie a favor o en contra de los cambios efectuados en el segundo trámite constitucional. Si aprueba las modificaciones, el proyecto se despacha al Ejecutivo; si las rechaza, corresponde que el proyecto sea visto por una comisión mixta. Una situación similar ocurre, cuando se rechaza la idea de legislar el proyecto, en la Cámara revisora. También en este caso se constituye una comisión mixta[16].

Terminada la discusión y votación de un proyecto en cualquiera de las comisiones mixtas, la secretaría elabora un informe, el que debe ser votado por ambas cámaras. Primero, por aquella por donde ingresó el proyecto y luego, por aquella que actuó en calidad de revisora.

En términos generales, intentaré graficar el proceso recién descrito en los siguientes cuadros. El primero, contempla el primer y segundo trámite; el segundo, los hitos posibles cuando un proyecto llega al tercer trámite constitucional:

Cuadro 1

<table>
<tr><td rowspan="2">Cámara de Origen</td><td>Aprueba idea de legislar</td><td>Discusión en particular</td><td>Se despacha a la Cámara revisora</td></tr>
<tr><td>Rechaza idea de legislar (art. 68 de la CPR)</td><td colspan="2">Dos posibilidades:
1) Esperar un año para volver a discutir sobre la materia;
2) Hacer uso de la insistencia (sólo en caso de mensajes)</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Cámara Revisora</td><td rowspan="2">Aprueba idea de legislar</td><td>Sin modificaciones (art. 72)</td><td>Se despacha al PDR</td></tr>
<tr><td>Con modificaciones (art. 71)</td><td>Vuelve a la Cámara de Origen (Tercer trámite)</td></tr>
<tr><td>Rechaza idea de legislar (art. 70 de la CPR)</td><td colspan="2">Comisión mixta (Segundo trámite)</td></tr>
</table>

[15] Art. 72 de la CPR.

[16] Si bien estas comisiones mixtas tienen la misma composición, funciones y atribuciones, dado que ambas buscan resolver las controversias que se generan entre las cámaras, las diferencias entre éstas dicen relación (i) con el objeto de la controversia y (ii) con la oportunidad en que ocurren durante el proceso de formación de la ley.

Cuadro 2

<table>
<tr><td rowspan="2">Vuelve a la Cámara de Origen (Tercer trámite)</td><td>Aprueba las modificaciones (art. 72)</td><td>Se despacha al PDR</td><td colspan="3"></td></tr>
<tr><td>Rechaza las modificaciones (art. 71 inc. 2)</td><td>Comisión Mixta</td><td>Votación informe Comisión Mixta Cámara de origen</td><td>Votación informe Comisión Mixta Cámara revisora</td><td>Se despacha al PDR</td></tr>
</table>

b) Análisis en particular de las reglas que cada Cámara tiene a propósito del proceso legislativo

Respecto a la tramitación interna en cada Cámara, la forma en que se tramitan los proyectos es diferente. En la Cámara de Diputados la discusión en general y en particular se desarrolla en la comisión técnica, es decir, aquella a la cual la Mesa de la corporación respectiva remitió el proyecto en forma inicial para su estudio, discusión y votación. El proyecto a continuación, si corresponde de acuerdo con las materias que abarca, pasará por otras comisiones. Ahora bien, si la iniciativa tiene incidencia en materia presupuestaria y financiera del Estado, de sus organismos o empresas, el proyecto debe ser conocido y votado por la respectiva Comisión de Hacienda, en conformidad con el art. 17 de la LOC CN. Este paso por la Comisión de Hacienda es insalvable, es decir, nunca puede ser obviado.

Habiendo sido despachado el proyecto por la o las comisiones respectivas, es informado y discutido en la Sala de Sesiones de la Cámara. En esta instancia, si no hay indicaciones presentadas y urgencias presentadas, la iniciativa, de ser aprobada, pasa al Senado. Así, entonces, podemos observar que la discusión del proyecto se concentra, tanto en general como en particular en un solo estadio; se agotan las discusiones antes de que la iniciativa llegue a la Sala de Sesiones.

En cambio, en el Senado, la tramitación es diferente. Tal y como señala Sebastián Soto

> "a diferencia de la Cámara de Diputados, se distinguen claramente dos momentos en el iter legislativo. El primero es la discusión de las ideas matrices del proyecto en que, por lo mismo, no es admisible modificar el articulado del proyecto, pues solo se debate si legislar o no sobre una determinada materia y no la forma específica de hacerlo. En la segunda etapa –una vez aprobado por la sala el primer informe de la comisión que contenía el debate en torno a la idea de legislar– se analiza en deta-

> lle cada uno de los artículos, pudiendo, en esta oportunidad, introducir modificaciones por la vía de indicaciones"[17].

Así, la tramitación es en un primer momento, por regla general, en la comisión técnica que conoce de la iniciativa y luego, una vez votada la idea de legislar, aprobada o rechazada, pasa a la Sala de Sesiones para que sea esta la que se pronuncie sobre el proyecto y, en caso de aprobarse, se determine un plazo para presentar indicaciones y así continuar hacia la discusión en particular. La manera en que el Reglamento del Senado (RS) fija ciertas reglas para la votación en sala de los proyectos ya despachados por las comisiones, permite observar que existe una "preponderancia a los acuerdos al interior de las comisiones"[18].

He intentado explicar el proceso de formación de la ley, desde una mirada general, hasta una en particular (tramitación interna de cada Cámara). Respecto de la mirada general de la tramitación legislativa, queda claro, aun sin profundizar en otros aspectos relativos a las urgencias y la tramitación del mecanismo de la insistencia y las observaciones (o veto), que existe un trato igual, equitativo por parte de la CPR a las dos ramas del Congreso, cuando se trata de esta dimensión legislativa.

III. El bicameralismo: una tradición histórica

La estructura bicameral de nuestro Congreso se ha mantenido así desde la Constitución de 1822, la

> "segunda Carta Fundamental de Bernardo O'Higgins, cuya autoría se reconoce al Ministro José Antonio Rodríguez Aldea. Desde entonces, salvo en el proyecto de Cámara Única propuesta por el Presidente Salvador Allende en 1971, siempre tuvo esa estructura"[19].

Así, la Constitución de 1822 señalaba en su art. 48 que "Las leyes pueden tener principio en la Cámara del Senado, o en la de Diputados"; la Constitución de 1823, contemplaba al Senado y a una Cámara Nacional[20]. La Constitución Política de la República de Chile de 1828 se refiere a dos cámaras en sus arts. 49 al 55; la Constitución de la República de Chile de 1833, una de las más longevas de nuestra historia, en su art. 40 señalaba la

[17] Soto (2015), pp. 123-124.
[18] *Ibid*.
[19] Cea (2013), tomo iii, capítulo ix, sección primera, n.° 230.
[20] Constitución Política del Estado de Chile de 1823, título vii.

existencia de dos cámaras: el Senado y la Cámara de Diputados. Lo mismo hizo, a su vez, la Constitución de 1925, en su art. 45 y siguientes, y luego, la Constitución Política que actualmente nos rige, desde 1980, en su art. 46, donde se refiere expresamente a la composición del Congreso en dos ramas.

El debate referido a la composición del Congreso fue abordado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (CENC), conocida como Comisión Ortúzar.

Después de varios debates, se acordó ratificar la existencia de un congreso bicameral. Fue en la sesión 347ª, celebrada en miércoles 5 de abril de 1978, que la Comisión Ortúzar acordó mantener la composición del Congreso Nacional, por cuanto hubo acuerdo en la Comisión

> "sobre las características esenciales que revestirá cada una de las ramas del Congreso: la Cámara de Diputados deberá ser un organismo eminentemente regional y político; el Senado, en cambio, deberá ser un organismo nacional, en su doble composición; de carácter consultivo; moderador y no político".

Las razones para mantener y defender esta composición son varias. El profesor Arturo Fermandois sostuvo que la existencia de dos cámaras, es un fenómeno recurrente en diferentes democracias, en países con formas de Estado o de gobierno son distintas. Así, señaló que el bicameralismo es "la regla general más plena, el unicameralismo una clara excepción"[21].

Por otra parte, José Francisco García, sobre la base de un análisis del diseño constitucional y respecto a cómo este afecta a los grupos de interés, por la incertidumbre que existe para la captura e influencia de estos en el proceso legislativo, sostiene:

> "La existencia de una Cámara de Diputados y de un Senado dificulta la acción de los grupos de interés al aumentar las barreras que debe superar una legislación para entrar en vigencia. No basta conseguir el apoyo de un número de diputados, sino que también se hace necesario sumar a la iniciativa a los senadores. Además, ambas cámaras representan intereses que han sido agregados de manera diferente..."[22].

El mismo profesor José Francisco García, junto al profesor Sebastián Soto, argumentan otra razón para justificar el sistema bicameral. Afirman que no ha sido un tema particularmente álgido la mantención de dos cámaras, por cuanto hay una tradición constitucional histórica que "dificulta

[21] Fermandois (1997).
[22] García (2008).

la captura de los grupos de interés y aumenta el consenso necesario para aprobar las leyes"[23].

Finalmente, Sebastián Soto señala que, en atención a nuestra historia constitucional, al hecho de que la existencia de dos cámaras significa un mayor contrapeso a los amplios poderes legislativos con los que cuenta el Presidente de la República, es que este sistema bicameral es,

> "...parte integral de la forma de hacer política, de representar y de administrar el poder. Por ello, eliminar una de las cámaras afectaría, en un grado difícil de predecir, el proceso político y la representación, cuestión que hace desaconsejable una reforma si ésta no se construye sobre bases sólidas y compartidas"[24].

Ahora bien, han existido esfuerzos por modernizar la labor del Congreso. En el año 2015, el entonces senador Patricio Walker, junto al exdiputado Marco A. Núñez, en ese entonces presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados respectivamente, promovieron la creación de un consejo de modernización de la labor legislativa (en adelante El Consejo), con el objetivo plantear propuestas para mejorar la función legislativa[25].

Esta loable iniciativa planteó diversas propuestas con el fin de mejorar lo que he denominado en este trabajo como la dimensión legislativa del Congreso. Respecto al debate sobre si contar con una o dos cámaras, el informe entregado por el Consejo sostuvo que la existencia de un sistema bicameral "encuentra justificación en la medida que cumpla funciones diversas a las de la primera Cámara". Como he expuesto, es claro que ambas cámaras representan papeles diferentes, de acuerdo con lo que dispone la CPR. Por lo mismo, es que no se aprecian en este informe recomendaciones a siquiera considerar innovar en la composición del Congreso para establecer un sistema unicameral.

Por lo demás, la integración de este Consejo goza de una relevancia especial. Fue presidido por Francisco Fernández Fredes, de destacada trayectoria en derecho público y ministro del Tribunal Constitucional. Junto al secretario ejecutivo del Consejo, los once consejeros son todos reconocidos y respetados abogados. Varios de los consejeros han desarrollado de gran forma sus carreras profesionales en el Congreso Nacional, otorgando una mirada práctica de valor imprescindible[26].

---

[23] García y Soto (2009).

[24] Soto (2015).

[25] www.bcn.cl/noticias/consejo-de-modernizacion-de-la-labor-legislativa-entrego-informe-con-propuestas-a-autoridades-del-congreso [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2020].

[26] Los consejeros fueron: María Soledad Aravena Cifuentes, Alan Bronfman Vargas, Julio Cámara Oyarzo, Carlos Carmona Santander, Miguel Ángel Fernández, Luis Rojas Gallardo,

IV. Los argumentos para un congreso unicameral

Como he expuesto en las páginas anteriores, la tradición constitucional chilena, desde hace casi doscientos años, ha mantenido en nuestras constituciones un congreso compuesto por dos cámaras. Sin embargo, en 1971, en la sesión 13ª del 16 de noviembre de dicho año, ingresó formalmente por la Cámara de Diputados una reforma constitucional propuesta por el entonces presidente Salvador Allende, planteando una innovación: avanzar hacia una cámara única.

Sus razones fueron:

i) que un sistema bicameral no se condice con un Estado unitario, como el caso chileno;

ii) de lentitud del Congreso por cuanto un proyecto debe recorrer largas etapas de tramitación legislativa para llegar a ser ley, lo que le resta a la norma gran parte de su efectividad" y que, en definitiva, el bicameralismo

> "al no responder a razones constitucionales claras y fundadas, ha servido de freno a la transformación social ya desde los inicios de nuestra vida republicana"[27].

Por todo esto, sostuvo en su reforma constitucional que:

> "el sistema bicameral no responde a ninguna necesidad real y en la actualidad contribuye a dilatar la adopción de decisiones políticas oportunas, a dificultarlas artificialmente y a crear en la opinión pública una suerte de desconfianza y recelo frente al proceso de formación de la ley que se estima costoso, lento e ineficaz".

Esta línea argumental, se puede sintetizar en que la demora del Congreso por aprobar leyes, dificulta sin justificación la decisión de políticas públicas necesarias para el país, lo que trasunta en una mala imagen hacia el Poder Legislativo, por ser este un poder ineficaz.

Los mismos argumentos se repiten en las propuestas de los años 2008, 2013, 2014 y 2019.

En el año 2008, la diputada Adriana Muñoz, junto a los diputados: Sergio Aguiló, Jorge Burgos, Marcelo Díaz, Marco Enríquez Ominami, Patricio Hales, Fernando Meza, Carlos Montes, Eduardo Saffirio y Marcelo Schilling, presentaron una moción en este sentido, que consideró al sistema

John Smok Kazazian, Sebastián Soto Velasco, Paulina Veloso Valenzuela, Patricio Zapata Larraín y Francisco Zúñiga Urbina.

[27] Mensaje de S.E. el Presidente de la República, proyecto de reforma de la Constitución Política del Estado, de fecha 16 de noviembre de 1971. Sesión 13ª, ordinaria, de la Cámara de Diputados. Legislatura extraordinaria.

bicameral como "un sistema desgastado, ineficiente y deslegitimado"[28] y, por lo tanto, postulaba su fin.

Dentro de algunas de las razones para eliminar el sistema bicameral se esgrimen las siguientes:

- "Vivimos en un mundo ágil y dinámico, en que la prontitud y oportunidad en la toma de decisiones es un factor fundamental de su eficacia";
- "los ciudadanos de nuestros días recelan de organismos que, a riesgo de una pretendida mayor reflexión, tardan largos períodos en adoptar decisiones y lo hacen tras deliberaciones sucesivas en instancias de caracteres similares.

  Lo anterior, de algún modo, contribuye al desprestigio de la labor parlamentaria al hacerla ver como lenta y ajena al ritmo y necesidades de la sociedad y sus habitantes"

Cinco años después, en el marco de su candidatura presidencial, Marco Enríquez-Ominani propuso en 2013 un congreso unicameral integrado por ciento cincuenta parlamentarios, aunque sin profundizar en sus razones[29].

Poco después, el 15 de octubre de 2014, la diputada Yasna Provoste y los diputados: Aldo Cornejo, Daniel Farcas, Ramón Farías, Juan Enrique Morano, Ricardo Rincón, Marcelo Schilling, Gabriel Silber y Guillermo Teiller, todos parlamentarios de la coalición gobernante en ese año, la Nueva Mayoría, presentaron una reforma constitucional con el fin de cambiar hacia un congreso compuesto por una sola Cámara[30]. Dentro de sus fundamentos se repite, en forma literal la calificación de "sistema desgastado, ineficiente y deslegitimado". Se agregaron algunas razones adicionales, señalando que: "Un solo esquema de representatividad en un solo cuerpo legislativo facilita que se acate la voluntad general"; y que

> "La inexistencia de un segundo cuerpo genera más sentido de responsabilidad en el cuerpo único, que no puede entonces descansar en que otro cuerpo revise la medida y corrija los errores.".

[28] "Reforma la Constitución Política de la República estableciendo una Cámara Única en el Congreso Nacional", en *Boletín* n.º 6107-07. Disponible en www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=6107-07 [fecha de consulta: agosto de 2020].

[29] La propuesta de Marco Enríquez-Ominami consistió en una "...Asamblea Nacional Unicameral integrada por 150 miembros elegidos directamente por los ciudadanos, en base a un sistema proporcional que ponga término definitivo al sistema binominal. Respecto del sistema electoral, los progresistas proponemos una propuesta denominada 'sistema proporcional competitivo' ". *Diálogos Constitucionales*, Centro de Estudios Públicos, 2015, p. 454.

[30] "Reforma la Constitución Política de la República estableciendo una Cámara Única en el Congreso Nacional", en *Boletín* n.º 9653-07. Disponible en www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9653-07 [fecha de consulta: agosto de 2020].

La propuesta más reciente es un proyecto de reforma constitucional presentado por parlamentarios del Partido Comunista y el Frente Amplio, las diputadas: Claudia Mix, Maite Orsini, Camila Rojas, Marisela Santibáñez y los diputados: Boris Barrera, Gabriel Boric, Patricio Rosas, Raúl Soto (independiente), Esteban Velásquez y Gonzalo Winter, presentado en junio de 2019.

El argumento es el mismo señalado con anterioridad. La moción sostiene:

> "es necesario que el Estado responde de manera ágil y pertinente frente a las demandas de cambio de la población, y por ello, vemos en la unicameralidad una oportunidad de agilizar el debate legislativo y de eliminar barreras que entorpecen artificialmente la promulgación de leyes"[31].

Así entonces, las ideas que se repiten para fundamentar romper la tradición histórica constitucional de nuestro país, son:

i) que el Congreso actúa en forma tardía para resolver las demandas de la ciudadanía y allegar así las ayudas que sean necesarios y
ii) que tal demora ha significado una mala imagen para el Congreso.

En mi siguiente acápite pretendo contradecir tales argumentos.

V. ¿Es un Congreso bicameral lento e ineficaz ante las necesidades de las personas?

Analizando los datos que se observan en la actividad legislativa que, en particular hemos tenido en el Ministerio de Hacienda, desde que comenzó el gobierno del presidente Sebastián Piñera, puedo concluir que la rapidez en la tramitación de los proyectos de ley, ya sean estos mensajes o mociones, ha dependido en estos treinta meses por sobre cualquier otra consideración, de la voluntad política de los parlamentarios y, por supuesto, de los presidentes de cada corporación y comisión y no, como se ha sostenido, en el diseño bicameral de nuestro Congreso Nacional.

Para llegar a esta conclusión, divido estos treinta meses a los que me referí, en tres periodos:

1. Entre marzo de 2018 y octubre de 2019;
2. Entre octubre de 2019 y marzo 2020;
3. Desde marzo 2020 en adelante.

[31] "Modifica la Carta Fundamental, para consagrar el carácter unicameral del Congreso Nacional", en *Boletín* n.° 12687-07. Disponible en www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12687-07 [fecha de consulta: agosto de 2020].

Además, toda esta actividad legislativa se da, en un congreso que luego de la reforma electoral (Ley n.º 20840[32]), aumentó su número de congresistas, aumentando la Cámara de Diputados de ciento veinte a ciento cincuenta y cinco diputados, y el Senado de treinta y ocho a cuarenta y tres senadores, que llegarán a cincuenta en las próximas elecciones de noviembre de 2021.

Y, si bien tenemos un sistema de presidencialismo reforzado, donde el Ejecutivo tiene amplios poderes legislativos, el PDR ha enfrentado un congreso donde es minoría. El oficialismo tiene setenta y dos diputados y diecinueve senadores. Esto representa un 46% en la Cámara y un 44% en el Senado. En términos de votos, significa que, si toda la coalición votara de la misma forma en cada corporación, no se logra la mayoría simple (bajo el supuesto que estén todos los parlamentarios presentes).

Es probable que sea esta minoría lo que motivó un avance lento de algunas de sus principales proyectos de ley, compromisos adoptados por el programa de gobierno que contó con un rotundo apoyo en las pasadas elecciones presidenciales. Es decir, bien se podría sostener que las ideas que presentó Sebastián Piñera, fueron apoyadas por la ciudadanía mediante el voto, para que se convirtieran en políticas públicas que se aprobaran en forma rápida.

Sin embargo, no es lo que ocurrió en este primer periodo.

Como ejemplos, expongo en forma breve lo que fue y ha sido la tramitación de dos proyectos de ley: la creación del Consejo Fiscal Autónomo y la Modernización Tributaria.

1) El proyecto que institucionalizó legalmente al Consejo Fiscal Autónomo

Esta iniciativa fue presentada el 4 de junio de 2018[33]. Su idea matriz, consistió en crear el Consejo Fiscal Autónomo (CFA), organismo consultivo dependiente del Ministerio de Hacienda cuyo objetivo es la promoción del manejo responsable de la política fiscal del gobierno central.

Un proyecto sobre institucionalidad, y bastante acordado en forma transversal en sus aspectos sustantivos. A pesar de ello, fue tramitado en la Cámara de Diputados durante ciento catorce días, mientras que, en el Senado, ochenta y cuatro. Así, toda la tramitación del proyecto, demoró doscientos veinte días, algo más de siete meses.

[32] Ley nº 20840, que sustituyó el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional.

[33] *Boletín* n.º 11777-05. Para mayor información sobre la relevancia de este Consejo y su tramitación legislativa, véase González y Riquelme (2019).

2) La Modernización Tributaria[34]

La extensión de este proyecto de ley es amplia. Sin duda no comprendo toda su importancia si solo me limito a señalar que fue una iniciativa que buscó avanzar hacia un sistema tributario más simple, equitativo y eficiente, que promueva la inversión y el emprendimiento. Para ello, incorporó una serie de medidas que no son objeto de este trabajo analizar en detalle.

En cuanto al tiempo de tramitación, que sí se ajusta a la materia de este artículo, fue extenso. Tomó mucho tiempo aprobar este proyecto que, dicho sea de paso, requiere para su aprobación de un quórum simple, es decir, la mayoría de los presentes.

Sin embargo, nunca desde el año 1990 el Congreso había tardado tanto en despachar un proyecto de ley. La reforma tributaria de dicho año fue tramitada en setenta y dos días, en el gobierno del expresidente Patricio Aylwin. En el año 2000, durante el gobierno del expresidente RicardoLagos, la reforma tomó doscientos ochenta y siete días. Luego, en el primer gobierno del presidente Sebastián Piñera hubo dos reformas tributarias:

i) en el año 2010, para financiar la construcción y
ii) en 2012, para financiar una reforma educacional. La primera, tomó setenta días de tramitación; la segunda, ciento veinticinco.

Un caso que se ajusta a mi planteamiento, de que es la voluntad política la que impulsa con mayor fuerza el avance de un proyecto de ley, está en la reforma tributaria de 2014. La expresidenta Michelle Bachelet, en su segundo periodo tenía mayoría absoluta en ambas cámaras. El 59% de la Cámara de Diputados y el 63% en el Senado. Por lo mismo, es que, en el primer trámite, esta iniciativa fue discutida por la Comisión de Hacienda en tan solo tres semanas. En total, el proyecto fue despachado en poco más de cinco meses. Tal fue la envergadura de este proyecto, que un año y medio después tuvo que tramitarse una ley que simplificara la reforma anterior. Este proyecto de simplificación tardó cuarenta y cuatro días en aprobarse.

Muy por el contrario, el proyecto de Modernización Tributaria tuvo una tramitación de quinientos veinticuatro días, diecisiete meses aproximadamente, convirtiéndose, así, en el cambio al régimen impositivo de mayor discusión desde la recuperación de la democracia.

El hito que diferencia este primer periodo de los dos siguientes, fue el estallido de violencia desatado el 18 de octubre en Santiago y en diferentes ciudades del país, que llevó al gobierno a decretar Estado de emergencia para las provincias de Santiago y Chacabuco, además de las comunas de Puente Alto y San Bernardo.

[34] Ley n.º 21210. Disponible en http://bcn.cl/2f9fr [fecha de consulta: septiembre de 2020].

Desde esa fecha, el trámite legislativo de varias iniciativas fue considerablemente más rápido, tal y como muestro en el cuadro que sigue:

Título del proyecto	Fecha de presentación	Días de tramitación	Ley n.º
Faculta al Presidente de la República para dejar sin efecto o limitar un alza de tarifas en el transporte público de pasajeros	20 de octubre de 2019	2	21184[35]
Autoriza una capitalización extraordinaria al Banco del Estado de Chile	15 de noviembre de 2019	5	21187[36]
Mejora y establece nuevos beneficios en el sistema de pensiones solidarias	27 de noviembre de 2019	12	21190[37]
Entrega un bono extraordinario de apoyo familiar	4 de diciembre de 2019	14	21195[38]
Contempla diversas medidas tributarias y financieras destinadas a apoyar a las micro, pequeñas y medianas empresas	11 de diciembre de /2019	29	21207[39]

Es innegable que la situación de crisis que se vivió después de octubre de 2019 fue un contexto extraordinario que requirió de soluciones rápidas por parte del gobierno y el Congreso. Con todo, después de la experiencia vivida desde marzo de 2018 hasta octubre de 2019, tener cinco proyectos de ley aprobados en un periodo de ochenta y un días en total, es un resultado al menos peculiar. Y sin duda, encomiable dado el escenario adverso que vivimos producto de la crisis.

Luego, nuestro país fue golpeado por la pandemia del Covid-19. Sus efectos sanitarios y económicos han sido enormes. Por lo mismo, el gobierno ha procurado adoptar las medidas de salud pública que permitan evitar el colapso de la red pública de atención sanitaria, junto con un abanico de proyectos de ley que han buscado proteger los ingresos de las personas, la liquidez de las empresas y la protección del empleo.

Fue así como desde el Ministerio de Hacienda, durante 2020, se diseñaron e implementaron más de cincuenta medidas económicas para afrontar la crisis por la propagación del virus Covid-19.

[35] Disponible en http://bcn.cl/2bvkz [fecha de consulta: octubre de 2020].
[36] Disponible en: http://bcn.cl/2cb2z [fecha de consulta: octubre de 2020].
[37] Disponible en: http://bcn.cl/2cgyf [fecha de consulta: octubre de 2020].
[38] Disponible en: http://bcn.cl/2ckie [fecha de consulta: octubre de 2020].
[39] Disponible en: http://bcn.cl/2cu4g [fecha de consulta: octubre de 2020].

En materia legislativa, gracias al apoyo rápido del Congreso[40], que implicó un gran esfuerzo político y de gestión dio como resultado la aprobación y publicación de más de veinticinco proyectos de ley, algunos de los cuales se enumeran a continuación:

Título del proyecto	Fecha de presentación	Días de tramitación	Ley nº
Misceláneo medidas de apoyo económico Covid-19	20 de marzo de 2020	13	21225[41]
Faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales[42]	25 de marzo de 2020	6	21227[43]
Aumenta el capital del fondo de garantía para pequeños y medianos empresarios (Fogape) y flexibiliza temporalmente sus requisitos	13 de abril de 2020	3	21229[44]
Concede un ingreso familiar de emergencia (IFE)	27 de abril de 2020	16	21230[45]
Modifica la ley n.° 21227 (Protección al empleo)	7 de abril de 2020	30	21232[46]
Beneficios para los trabajadores independientes	27 de mayo de 2020	22	21242[47]
Modifica la ley n.° 21230, para extender y aumentar el ingreso familiar de emergencia (IFE)	16 de junio de 2020	3	21243[48]
Establece un financiamiento con aporte fiscal para la protección de los ingresos de la clase media	15 de julio de 2020	15	21.252[49]

Son varios proyectos más los que se aprobaron con gran celeridad. Sin embargo, considerando solo que, entre el 20 de marzo, cuando ingresó el primer proyecto y, el 30 de julio fue despachado el último de estas ocho

[40] Como así también de la gestión política del gobierno, donde no solo el Ministerio de Hacienda, sino que, también, y principalmente el Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia (Segpres), representan un papel gravitante e irremplazable.

[41] Disponible en: http://bcn.cl/2dj0i [fecha de consulta: octubre de 2020].

[42] Conocida comúnmente como la Ley de Protección al Emple" (LPE).

[43] Disponible en http://bcn.cl/2dkb3 [fecha de consulta: octubre de 2020].

[44] Disponible en: http://bcn.cl/2ds4c [fecha de consulta: octubre de 2020].

[45] Disponible en: http://bcn.cl/2e2gy [fecha de consulta: octubre de 2020].

[46] Disponible en: http://bcn.cl/2jx76 [fecha de consulta: octubre de 2020].

[47] Disponible en: http://bcn.cl/2f9b5 [fecha de consulta: octubre de 2020].

[48] Disponible en: http://bcn.cl/2fz6a [fecha de consulta: octubre de 2020].

[49] Disponible en: http://bcn.cl/2jx6y [fecha de consulta: octubre de 2020].

iniciativas, transcurrieron ciento ocho días. Un quinto de los días que se requirieron para despachar una de las reformas más simbólicas del gobierno.

¿Qué diferencia la velocidad en la tramitación legislativa entre una de las principales propuestas de un gobierno (la Modernización Tributaria) y ocho proyectos de ley variados?

A mi parecer, una razón, es el contexto. Un contexto sumamente adverso como el que vivimos el año 2020, inundado de incertidumbre y, por lo mismo, angustia en muchos casos. Los efectos de la pandemia del Covid-19 no son conocidos todavía a cabalidad. Aquellos que sí conocemos, revisten características dramáticas. Se perdieron miles de vidas y cerca de dos millones de empleos. Ante este entorno desafiante, aquello que fue enarbolado alguna vez por los promotores del unicameralismo, como la solución para la adopción de decisiones políticas oportunas, pierde fuerza. Cuando la necesidad se hizo incuestionablemente urgente, los poderes colegisladores respondieron en forma oportuna. Tanto el gobierno como el Congreso Nacional tuvieron la disposición, el diálogo y el sentido de urgencia para avanzar en un abanico de diferentes proyectos de ley, que fueron tramitados con una celeridad tan inaudita como la crisis que enfrentamos.

La segunda razón: la disposición política. Porque bien se podría suponer, que los ocho proyectos que mencioné (de una lista todavía mayor), tuvieron a su favor el régimen de urgencias, veto e insistencias. Efectivamente, durante el año 2020 el gobierno ha tenido que emplear todas esas herramientas en algunas oportunidades. Sin embargo, una reforma constitucional, a la cual el Ejecutivo se opuso en todas sus instancias legislativas, que no contó jamás con urgencia alguna y que requería para su aprobación altos quórums, se tramitó y despachó con prontitud. Me refiero a la reforma constitucional que permitió el retiro excepcional de los fondos acumulados de capitalización individual (el primer retiro). Si cuento los días desde que ingresó el proyecto, son noventa y cuatro. Con todo, si cuento desde que la reforma comenzó a ser discutida en la Comisión de Constitución de la Cámara, el 1 de julio, resulta sorprendente observar que, en solo veintidós días, el Congreso despachara un proyecto de reforma constitucional, a pesar de la oposición del gobierno, de expertos de diferentes sensibilidades políticas y con críticas a la constitucionalidad del mismo.

Esta tramitación demostró, que a pesar de las facultades legislativas del Presidente de la República, cuando una fuerte y amplia mayoría está de acuerdo, las posibilidades de detener o ralentizar el avance de una iniciativa son pocas[50].

[50] Hablo de pocas, porque sería incorrecto señalar que son nulas. Esto, por la existencia del veto u observaciones. En el veto supresivo, ante la controversia entre el Presidente y el

VI. Conclusiones

La composición del Congreso es y ha sido bicameral desde los inicios de la república. Las razones para su mantención se acogen a la teoría política y las razones esgrimidas por aquellos autores de la doctrina que justifican el bicameralismo, están plenamente vigentes. Al contrario, las razones de quienes sostienen que se debería innovar en una eventual nueva Constitución, han sido superadas por la experiencia legislativa que observable desde octubre de 2019 a la fecha. Sobre la base de lo acontecido, planteo que la prontitud en la toma de decisiones de políticas públicas se ajusta a escenarios o contextos donde la urgencia es inequívoca (como la crisis social y la pandemia) y no, una apreciación legítima sostenida por posiciones políticas (lo que puede ser urgente según el Partido Comunista y el Partido por la Democracia será diferente de aquello considerado urgente por la Unión Demócrata Independiente o Evópoli).

Además, cuando las voluntades de las fuerzas políticas de todo el espectro de partidos están de acuerdo en avanzar, se observa una rapidez y celeridad prácticamente indetenible.

Bibliografía

Cea Egaña, José Luis (2013). *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Ediciones UC, tomo III.

Fermandois, Arturo (1997). "El Senado en el Derecho Comparado". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 24, n.° 2. Disponible en https://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/11534/14722/000178468.pdf [fecha de consulta: 11 de septiembre de 2020].

García García, José Francisco. (2008). "El proceso legislativo sin romance: implicancias para el diseño constitucional chileno". *Ius et Praxis*. Año 14, n.° 2. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200014 [fecha de consulta: 18 de septiembre de 2020].

García García, José Francisco, & Sebastián Soto Velasco (2009). "Una mirada económica al diseño constitucional chileno: Impacto sobre el proceso legislativo y la acción de los grupos de interés". *Ius et Praxis*. Año 15, n.° 1. Disponible en https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100012 [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020].

Congreso, obteniendo los quórums requeridos, no habría ley en la materia. Sin embargo, la amplia mayoría en la aprobación que tuvo dicha reforma constitucional, con más de 3/5 partes de la Cámara y 2/3 del Senado, hacían poco auspicioso el éxito del veto.

González, Hermann y José Riquelme (2019). "Institucionalización legal del Consejo Fiscal Autónomo en Chile". *Actualidad Jurídica*. Año xix, n.º 40. Disponible en https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ40_129.pdf [fecha de consulta: 23 de septiembre de 2020].

Soto, Sebastián (2015). *Congreso Nacional y Proceso Legislativo. Teoría y Práctica*. Santiago: Legal Publishing / Thomson Reuters.

Waldron, Jeremy (2008). Discurso de apertura, simposio sobre "La rama más desprestigiada: el papel del Congreso en el siglo xxi", Facultad de Derecho de la Universidad de Boston, 14 de noviembre de 2008.Disponible en www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume89n2/documents/WALDRON.pdf [fecha de consulta: 30 de agosto de 2020].

Normas

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Otros documentos

Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República. Sesión 347ª, celebrada en miércoles 5 de abril de 1978. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3766/2/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf [fecha de consulta: 13 de septiembre de 2020].

Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución. Disponible en www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf [fecha de consulta: 1 de agosto de 2020].

Informe del Consejo de Modernización de la Labor Legislativa del Congreso Nacional. Disponible en www.bcn.cl/boletinlegislativo/static/Informe%20Consejo%20de%20Modernizacion.pdf [fecha de consulta: 13 de septiembre de 2020].

Mensaje de S.E. el Presidente de la República, proyecto de reforma de la Constitución Política del Estado, de fecha 16 de noviembre de 1971. Sesión 13ª, ordinaria, de la Cámara de Diputados. Legislatura extraordinaria. Disponible en https://play.google.com/books/reader?id=14YLAQAAIAAJ&hl=es_419&pg=GBS.PA942 [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2020].

HISTORIA Y CARACTERÍSTICAS DERECHO PARLAMENTARIO CHILENO

HISTORY AND CHARACTERISTICS OF CHILEAN PARLIAMENTARY LAW

Fernando Saenger Gianoni[*]

Resumen: El presente trabajo tiene por objetivo estudiar de forma resumida la evolución que tuvo el derecho parlamentario en el mundo, y principalmente en nuestro país, para así tener un marco dentro del cual entender las características de las atribuciones y funciones del Parlamento chileno actual.

Es sabido que los cambios que ha sufrido el derecho parlamentario están muy vinculados a los devenires de la historia, de modo que para aproximarnos a este tema es necesario desarrollar algunos de los eventos políticos más relevantes de la historia del Chile independiente, a través de sus distintas Constituciones.

Considerando lo anterior, podremos observar correctamente las funciones, atribuciones y deberes del Parlamento chileno actual, junto con comprender la relevancia de la división de los poderes del Estado. Así, resulta evidente la necesidad de reflexionar sobre las normas que los distintos reglamentos, leyes orgánicas constitucionales y demás leyes ordinarias establecen respecto del Poder Legislativo, sobre todo considerando las álgidas discusiones políticas y legales que este tema genera.

Palabras claves: Poderes del Estado, Poder Legislativo, derecho parlamentario, historia de Chile

Abstract: The purpose of this work is to briefly study the evolution that Parliamentary Law had in the world, and mainly in our country, in order to have a framework within which to understand the characteristics of the powers and functions of the current Chilean Parliament.

[*] Abogado. Profesor de Derecho Político y Constitucional de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Jefe del Departamento de Derecho Público de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo electrónico: fsaenger@ucsc.cl

It is known that the changes that parliamentary law has undergone are closely linked to the events of history, so that to approach this issue it is necessary to develop some of the most relevant political events in the history of independent Chile, through its different Constitutions.

Considering the above, it will be possible to correctly observe the functions, powers and duties of the current Chilean Parliament, together with understanding the relevance of the division of the powers of the State. Thus, the need to reflect on the norms that the different regulations, constitutional organic laws and other ordinary laws establish regarding the Legislative Power is evident, especially considering the heated political and legal discussions that this issue generates.

Keywords: State powers; Legislative power; Parliamentary law; Chile's history.

I. Historia del derecho parlamentario

La expresión 'parlamentario' proviene de la palabra 'parlamentar'. De acuerdo al *Diccionario de la lengua espoñola* significa:

> "hablar o conversar con otra u con otras, o entablar conversaciones con la parte contraria para intentar ajustar la paz, una rendición, un contrato o para zanjar cualquier diferencia"[1].

La expresión 'parlamento? ante el léxico y el derecho político se entiende como la cámara u asamblea legislativa nacional u regional, mientras que 'parlamentario' es lo perteneciente o relativo al parlamento o la persona que va a parlamentar.

Los parlamentos son de antiquísima data, especialmente en España, Francia e Inglaterra, como en numerosos países.

Remontándonos en el tiempo es posible mencionar a la antigua Grecia como cuna de esta institución. Por otra parte, en el derecho público romano se conoció el Senado durante muchos siglos, quedando en la historia como uno de los grandes hitos de esa organización política. No podemos dejar de recordar a Cicerón, que consciente de la importancia del pasado y en su calidad de senador romano dijo: "La historia... testigo de los tiempos, luz de la verdad, vida de la memoria, maestra de la vida, testigo de la antigüedad"[2].

[1] Real Academia Española (2014), tomo ix.

[2] Finley (1986).

Avanzando en el tiempo, es oportuno referirse al Parlamento británico, el cual históricamente ha sido uno de los más trascendentales. Desde sus inicios, está compuesto por el Monarca; la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes. Tras una evolución de más de diez siglos hasta el siglo XXI, se han producido cambios importantes favoreciendo a la Cámara de los Comunes sobre la Cámara de los Lores.

No menos importante es el establecimiento del parlamento en Francia antes y después de la revolución de 1789, y las posteriores revoluciones políticas. Influidos por la filosofía de Jean-Jacques Rousseau, Emmanuel-Joseph Sieyès, se consagró la soberanía de la nación o del pueblo como fundamento del poder en contra de la teoría del derecho divino de los reyes.

La independencia de Estados Unidos en 1776, seguido de la Constitución del año 1787, que dicho sea de paso, es la que rige en la actualidad en aquel país, es otro acontecimiento de gran importancia.

Es en esta Carta Magna donde se consagra por primera vez en el derecho parlamentario el *bicameralismo*, esto es un senado y una cámara de representantes. Evidentemente, esto marca un hito decisivo por el ejemplo que significó para la independencia de los países latinoamericanos, en especial para nuestro país. Esta Constitución comienza consagrando la rama legislativa y todas sus facultades, incluyendo la expresión "organización del Congreso".

Tal como nos enseñó Miguel de Cervantes: "La historia es emula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, y advertencia de lo porvenir"[3]. Así, es esencial para entender esta materia el que nos refiramos de manera breve y sintética a nuestra historia parlamentaria chilena.

II. Historia del derecho parlamentario en Chile

El 18 de septiembre de 1810 es el comienzo de la futura independencia de Chile de la monarquía española. El 14 de agosto de 1811 se promulgó el "Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria de Chile". Por primera vez se emplea la expresión "el Congreso representativo del Reino de Chile".

Este reglamento fue precedido por el histórico sermón en la instalación del mismo, que, redactado por fray Camilo Henríquez, con fecha 4 de julio de 1811, expresaba:

[3] Cervantes (1958), p. 95.

> "Existe una justicia inmutable e inmortal, anterior a todos los imperios: Justitia perpetua est, et inmortalis; y los oráculos de esta justicia, promulgados por la razón y escritos en los corazones humanos, nos revisten de derechos eternos. Estos derechos son principalmente la facultad de defender y sostener la libertad de nuestra nación, la permanencia de la religión de nuestros padres y las propiedades y el honor de las familias".

El Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 consagró un senado compuesto de siete individuos, aunque con muy confusas atribuciones. Lo mismo haría el Reglamento del 27 de marzo de 1814, texto que muy pronto quedaría sin efecto con la reconquista española.

El Congreso como órgano legislativo reaparece en el "Acta de la Independencia de Chile" proclamada el 1 de enero de 1818 en el Palacio Directoral de Concepción y suscrito por Bernardo O'Higgins y sus ministros.

Se dijo:

> "Este último desengaño les ha inspirado, naturalmente, la resolución de separarse para siempre de la Monarquía española y proclamar su independencia a la faz del mundo, reservando hacer demostrables oportunamente, en toda su extensión, los sólidos fundamentos de esta justa determinación. Más, no permitiendo las actuales circunstancias de la guerra la convocatoria de un Congreso Nacional que sancione el voto público, hemos mandado abrir un Gran Registro en que todos los ciudadanos del Estado sufraguen por sí mismos libre y espontáneamente, por la necesidad urgente de que el Gobierno declare en el día la independencia, o por la dilación o negativa"[4].

Esta acta de la Independencia fue seguida por el manifiesto que hace a las naciones el director supremo de Chile de los motivos que justifican su revolución y la Declaración de su Independencia.

Primeras Constituciones del Chile independiente

Uno de los primeros actos de Bernardo O'Higgins al mando de la nación fue nombrar una comisión compuesta por los sujetos más acreditados del momento, considerándose para ello su literatura y patriotismo, de tal manera que le presentaran una Constitución provisoria que pudiera regir hasta la reunión del Congreso Nacional. No nos podemos olvidar, que aún nos encontrábamos en guerra con España y era especialmente compleja la situación en la zona sur del país (asedio de Talcahuano).

[4] Constituciones Políticas de la República de Chile (1810-2015).

Se promulga la Constitución de 1818, la cual en su título tercero fija "la potestad legislativa", instaurando un senado con numerosas facultades, pero ya como un país independiente de toda soberanía extranjera.

En 1822 el gobierno de Bernardo O'Higgins afrontaba graves conflictos políticos internos, culmina en la propuesta de un nuevo texto constitucional en la esperanza de generar una solución para las dificultades que se vivían. Teniendo a la vista el modelo de Estados Unidos e invocando la frase "la felicidad general se cifra en la observancia de las leyes y estas son vanas sin costumbres y espíritu público" se promulga el 23 de octubre de 1822 la nueva Constitución. En esta se instaura un congreso de dos cámaras; La del Senado y la de los Diputados, división que se produce por primera vez en la historia de Chile.

En enero de 1823 se tiene lugar la abdicación de Bernardo O'Higgins.

El 30 de marzo de ese año se promulga un "reglamento de acta de unión del pueblo de Chile", estableciéndose un senado similar al de la Constitución de 1818.

El 29 de diciembre de 1823 un congreso constituyente sancionó la Constitución de ese mismo año, denominada "moralista" por la gran influencia que tuvo Juan y Mariano Egaña en su redacción. Aquí quedo instituido un denominado senado conservador y legislador, y una cámara nacional de consultores con ciertas similitudes a la Cámara de Diputados. Esta Carta Fundamental tuvo cortísima duración, produciéndose su disolución para dar paso a un periodo de interregno en que Chile se constituye mediante leyes en el sistema federal.

Constitución de 1828

En 1828, se promulga la Constitución del mismo año. En este texto constitucional es famosa la intervención del jurista español José Joaquín de Mora bajo el gobierno y patrocinio de Francisco Antonio Pinto. En su capítulo sexto se define que el Poder Legislativo reside en el Congreso Nacional, el cual consta de dos cámaras, una de diputados y otra de senadores. Se precisa con exactitud las facultades de cada uno de estos órganos. Se establece que solo el Congreso General podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de sus artículos.

En 1829 y 1830 tenemos revoluciones, golpes de Estado y otras situaciones de anormalidad constitucional, que darán paso a la elección del presidente José Joaquín Prieto, quien gobernaría desde 1831 hasta 1841.

Constitución de 1833

En cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución de 1828, pero infringiendo abiertamente su texto, se llama a una gran convención. Esta estuvo

compuesta por parlamentarios y personas designadas, aprobándose así la Constitución de 1833, mediante la cual se fija el Congreso Nacional, con dos cámaras; una de diputados y otra de senadores. El Poder Legislativo queda consolidado hasta 1925 en la forma señalada.

Las posteriores reformas a la Constitución de 1833 no alteraron de modo fundamental la composición del Parlamento.

Llegamos al año 1890 bajo el gobierno del presidente José Manuel Balmaceda y la situación política y social se había complicado mucho.

La Constitución de 1833 no había definido en forma precisa y clara si el régimen político era presidencialista o parlamentario. Mientras los juristas, legisladores y políticos tenían argumentos para ambas posiciones. Dentro de las características de aquel sistema encontramos que se permitía la compatibilidad del cargo de ministro y de parlamentario; se censuraban los gabinetes y debían ser cambiados; y las leyes periódicas siempre complicaban la vida cotidiana del país. Todo esto, unido a una serie de otras causas profundas, determinó que en Chile se produjera un clima hostil, que al final derivaría en una guerra civil como nunca la habíamos tenido.

El detonante final ocurrió en el término del año 1890, cuando el Congreso no aprobó la Ley de Presupuesto para el próximo año. El presidente José Manuel Balmaceda en un manifiesto al país señala que para el año 1891 regirá la ley de presupuesto que había sido aprobada para el año 1890. Así entonces, el Congreso se alza en su mayoría en contra del Presidente y se dicta el Acta de Deposición de Balmaceda. Por otra parte, la Escuadra Nacional se le subleva al Presidente y se une al Congreso. El Ejército en tanto, opta en su gran mayoría por apoyarlo. En ese contexto, asume la totalidad del poder público quedando el antiguo Congreso prácticamente disuelto y agudizándose la crisis de la época. Así, no obstante la disolución del Congreso, esto no fue obstáculo para que el aún Presidente nombrara un falso Congreso, el cual estaba compuesto en su totalidad por personas adeptas a él.

Las últimas disputas de la guerra civil ocurren en agosto de 1891 con las batallas de La Placilla y Con-Con, dejando un balance total de más de diez mil personas muertas y numerosos heridos por ambos bandos. El país se encontraba por completo destrozado y en ruinas.

Es bueno recordar el comentario del gran historiador Francisco Antonio Encina:

> "El ejército vencedor tuvo en La Placilla 2,070 bajas, según el cómputo más probable, o sea el 20% de los efectivos con que inició la batalla, testimonio irrecusable de la excelencia de las posiciones enemigas y de la energía con que las defendieron los soldados gobiernistas, salvo pequeños pelotones. De ellas, correspondieron 800 a la 1.° brigada, 780

> a la tercera, 373 a la segunda y el resto a la caballería, la artillería y los cuerpos sueltos. Las bajas del ejército vencido fluctuaron alrededor de 1,115 muertos (Informe del Dr. Page) y más de 2.500 heridos, lo que equivale a; más del 30% de su efectivo"[5].

Terminada la guerra civil, se llama a elecciones siendo elegido el almirante Jorge Montt. Con ello se da comienzo al denominado Periodo Parlamentario Puro, cuya duración llegaría hasta el año 1925. El Parlamento asume un poder gravitante dentro del marco constitucional y político, pero con una enorme inestabilidad ministerial.

Constitución de 1925

En septiembre de 1924 se produce un golpe de Estado y el presidente Arturo Alessandri, previo permiso del Congreso, viaja a Europa. Luego, el Congreso es disuelto por la Junta de Gobierno Militar. En marzo de 1925, Arturo Alessandri regresa y designa una comisión para reformar y cambiar la Constitución de 1833. Esta fue la que elaboró la nueva Constitución, la cual fue aprobada en plebiscito el 30 de agosto de 1925 y entro a regir el 18 de septiembre del mismo año.

En esta Constitución, específicamente en el capítulo cuarto, se mantuvo el tradicional Congreso Nacional el cual estaba compuesto de dos ramas, esto es, la de diputados y el senado. Con la nueva redacción, se incorporaron en forma completa y precisa las atribuciones exclusivas de cada rama del Congreso, como también las atribuciones del Congreso en su globalidad. Se consagró el dominio legal de este órgano al señalar que "sólo en virtud de una ley se puede" junto una enumeración muy grande de materias.

Se instauró un estricto sistema para la formación de las leyes, además del funcionamiento de las sesiones del Congreso. Las sesiones ordinarias empezaban el 21 de mayo de cada año y se cerraban el 18 de septiembre del mismo. El resto eran sesiones extraordinarias.

Uno de los aspectos más relevantes en la historia del Congreso fue el establecimiento en esta Constitución de un tribunal calificador de elecciones para conocer de las votaciones populares en que se elegirían al Presidente de la República, diputados y senadores. Con anterioridad, le correspondía en exclusivo a la Cámara de Diputados y al Senado la atribución de calificar las elecciones de sus miembros, conocer sobre los reclamos de nulidad y admitir su dimisión (arts. 38 y 39 de la Constitución Política de 1833).

Con el tiempo, la Carta Magna de 1925 tuvo numerosas reformas, pero nunca alteraron de manera sustancial las atribuciones de ambas Cámaras.

[5] Encina (1952).

La Cámara de Diputados en su comienzo estuvo integrada por ciento cuarenta siete diputados, luego en 1967 aumentó a ciento cincuenta. El Senado por su parte estaba compuesto por cuarenta y cinco senadores, aumentándose a cincuenta por la reforma de 1967 y completándose efectivamente este número en 1969.

Así llegamos a 1973, aquel 11 de septiembre en que las Fuerzas Armadas asumen el poder y la Constitución 1925 pierde toda su eficacia y queda "destruida", al decir de Carl Schmitt[6].

Gestación de la Constitución de 1980

Sabido es que la Junta de Gobierno en octubre de 1973 designó una comisión de estudios con el objetivo de establecer una nueva Constitución Política que rigiera a Chile hacia el futuro, en vez de la Carta Fundamental de 1925. Esta fue la denominada Comisión Ortuzar, la cual después de varios años de trabajo cristalizó en la promulgación de cuatro actas constitucionales en el año 1976, lo que incluiría capítulos del futuro texto.

El 11 de septiembre 1980 tiene lugar el plebiscito convocado por la Junta de Gobierno para pronunciarse sobre el texto de la nueva Constitución. Tras ser aprobado, la Carta Magna entró a regir el 11 de marzo de 1980. Así, se consagró el Congreso Nacional, el cual solo sería efectivo a contar de marzo de 1990.

El 30 de julio de 1989 tuvo lugar el plebiscito del mismo año, en esa ocasión se reformaron innumerables disposiciones de la Constitución original, varias de las cuales incidieron en el actual Congreso Nacional.

En diciembre del mismo año se realizarían elecciones abiertas siendo elegido Presidente de la República don Patricio Aylwin, quien gobernó por los próximos cuatro años a contar del 11 de marzo de 1990. Al mismo tiempo, en esa votación se elegirían a los futuros integrantes del Congreso. Desde esa fecha y hasta la actualidad, la Constitución se ha reformado en innumerables oportunidades siendo la más importante la del año 2005, bajo el gobierno de Ricardo Lagos Escobar.

Esta reforma incidió en numerosas materias relativas al Congreso Nacional, siendo, sin duda, la más importante, la eliminación de los senadores designados. Con ello, se dio paso a un órgano legislativo completamente elegido por el voto ciudadano.

Precisando en forma directa las normas que rigen al Congreso Nacional actual, debemos recordar que la denominada Comisión Ortuzar tuvo por

[6] "Destrucción de la Constitución: supresión de la Constitución existente (y no de una o varias leyes constitucionales), acompañada de la supresión del Poder Constituyente en que se basaba": Schmitt (1966).

objetivo estudiar esta materia en sus sesiones 320, 322, 389, 400, entre otras. Además, se trató esta materia en el Consejo de Estado en numerosas reuniones.

El informe de la Comisión de Estudios del 16 de agosto de 1978, respecto de la bicameralidad del Congreso Nacional, señaló:

> "La comisión comenzó por considerar detenidamente el tema relativo a la composición del Congreso y si éste en el nuevo ordenamiento institucional debe ser uni o bicameral. En definitiva se inclinó por esté último criterio, en atención, entre otras, a las siguientes consideraciones:
> a) La composición bicameral ha sido tradicional en nuestro país y la experiencia que hemos tenido de más de siglo y medio ha sido positiva, lo que no significa, por cierto, desconocer las deficiencias o excesos que, por otras razones, tuvo nuestro sistema de legislar;
> b) Pensamos que en una democracia moderna y estable el Parlamento debe ser la expresión de un justo y conveniente equilibrio entre dos fuerzas: una, renovadora, política, fiscalizadora y representativa de todas las regiones del país, y que debe ser la Cámara de Diputados; y otra, que debe tener un carácter moderador, nacional, de Cámara revisora y consejera, constituida por el Senado;
> c) Como lo han reconocido numerosos constitucionalistas, el sistema bicameral impide el despotismo del Parlamento, peligro no sólo por ser despotismo, sino porque implica una tiranía colectiva, por ende, irresponsable. Para evitar estos peligros, la división del cuerpo legislativo en dos Cámaras parece el medio adecuado.
> d) Una segunda Cámara, constituida de una manera diferente, que tienda a asegurar su idoneidad, sirve como freno contra una legislación apresurada e irreflexiva y conduce a una consideración serena y cuidadosa de los proyectos. Es cierto que podría provocar la lentitud legislativa, pero ello se puede salvar por medio de la agilización de los procedimientos y de una adecuada integración técnica de las comisiones, de modo que los asuntos que está llamada a considerar sean el producto de un estudio consciente y responsable, con lo cual se logra el propósito de que la función legislativa tenga la dinámica que la consideración de los problemas actuales requiere.
> e) Finalmente, la existencia de dos Cámaras, con una integración, atribuciones y características diferentes, como la que os proponemos, contribuye a evitar o atenuar los conflictos que se pueden producir entre el Parlamento y el Gobierno"[7].

[7] Entre otros, se registra en la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8, n.°s 1-6, 1981 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago.

Lo anterior es lo que llevo a Alejandro Silva Bascuñán en su obra *Tratado de Derecho Constitucional* a señalar lo siguiente:

> "El derecho parlamentario chileno se concreta no sólo en las normas señaladas sino en muchas otras fuentes, provenientes de la misma experiencia vivida a lo largo de cerca de dos siglos de emancipación, fruto en buena parte de la evolución de las tradiciones emanadas principalmente de Inglaterra, en alto grado de Francia y tal vez, en tercer término, con importancia ya en este siglo, de los Estados Unidos. Revisten influencia, asimismo, los precedentes derivados de la aprobación de los informes evacuados por las comisiones del Parlamento, principalmente de aquella denominada en ambas ramas de 'Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento'. Revisten también valiosa significación jurídica las decisiones que pronuncie el Tribunal Constitucional, tanto en sus dictámenes obligatorios como en los fallos que resuelven las cuestiones de constitucionalidad o en las decisiones especiales que adopte en ejercicio de la atribución que otorga el art. 82, N° 11 sobre inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo parlamentario"[8].

Incorporación de la mujer en el Parlamento

Es importante recordar, que durante gran parte de la historia de Chile, la calidad de ciudadano había quedado reservado para los hombres, debiendo las mujeres realizar una larga lucha para participar en igualdad de condiciones tanto en la vida política como en la cultural.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que ya desde los inicios de nuestra historia independiente, importantes mujeres comienzan a influir políticamente en Chile. El caso más emblemático corresponde al de Javiera Carrera, quien tuvo una reconocida participación en los círculos de la élite aristocrática que fomentaron el progreso de la independencia.

Su creciente participación en la vida política permitió que al dictarse la Ley Electoral del año 1874, ya existieran algunas que protestaran al no estar consideradas como electoras o ciudadanas con derecho a sufragio. Así, en 1875 las católicas de clase alta generaron revuelo al intentar inscribirse en los registros electorales de La Serena y San Felipe.

Otro evento importante para el empoderamiento de las chilenas ocurrió en 1877, cuando el entonces ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Miguel Luis Amunátegui Aldunate decretó su ingreso a la universidad desde aquel año. Lo anterior, junto con su creciente integración a las

[8] Silva (2000).

tareas profesionales y económicas del país, fue permitiendo que tanto en el ámbito nacional como internacional su participación se aceptase cada día más en la opinión pública y, con ello, surgiera la voluntad de manifestarlo en los distintos cuerpos legales.

De esta manera, el 30 de mayo del año 1931 se legisla por primera vez en favor del sufragio femenino. El presidente Carlos Ibáñez del Campo publicó el decreto con fuerza de ley n.° 320, el cual otorgó un muy restrictivo derecho a votar en las elecciones municipales a algunas. Así, el decreto mencionado tenía por título "Sobre organización del registro municipal de electores" y establecía un engorroso sistema de registros, de manera que en su artículo octavo comienza distinguiendo;

> "Art. 8. El Registro de la Primera Categoría se denominará 'Registro General'.
>
> Tendrán derecho a inscribirse en este Registro: los chilenos VARONES que reúnan los requisitos de saber leer y escribir, haber cumplido veintiún años de edad y tener residencia en la respectiva comuna, conforme la ley establece para tener derecho a la inscripción en el Registro Electoral"[9].

Por otra parte, el artículo noveno letra b), junto con el artículo décimo letra b) de la misma norma, incorporan la mencionada modificación al señalar;

> "Art. 9. El Registro de la Segunda Categoría se denominara: 'Registro de Propietarios'.
>
> Tendrán derecho a inscribirse en este Registro:
>
> b) LAS MUJERES de nacionalidad chilena, mayores de veinticinco años, que sepan leer y escribir, y sean propietarias de un bien raíz situado en la comuna de su residencia, figurando inscrito a su nombre en el respectivo Rol de Propietarios de la comuna, y acrediten el pago de la contribución fiscal correspondiente a lo menos por dos semestres inmediatamente anteriores a la fecha de su inscripción";
>
> "Art. 10. El Registro de la Tercera Categoría se denominará: 'Registro da Patentados'.
>
> Tendrán derecho a inscribirse en este Registro:
>
> b) Las MUJERES de nacionalidad chilena, mayores de veinticinco años, que sepan leer, y escribir, y que, ejerciendo independientemente

[9] Decreto con fuerza de ley n.° 320 "Sobre Organización del Registro Municipal de Electores", promulgado el 20 de mayo de 1931 y publicado el 30 de mayo del mismo año bajo la presidencia de Carlos Ibáñez del Campo.

> alguna actividad profesional, industrial o de comercio, figuren en el respectivo Rol de Patentes Municipales de la comuna de su residencia por pago de impuesto correspondiente no inferior a sesenta pesos anuales, y acrediten su servicio a lo menos desde cuatro semestres inmediatamente anteriores a la inscripción"[10].

Este decreto deja de manifiesto, que para los legisladores de la época, aún no era percibida como un sujeto en igualdad de condiciones frente a los hombres, lo cual se manifiesta en lo que señalaba el art. 16 del mismo decreto, esto es: "Cada inscripción da derecho al elector a 'un voto', dentro de la respectiva categoría del Registro Municipal". Con esto, se entiende que siempre tendría más requisitos que los hombres para ejercer el derecho a sufragio y su voto era de menor valor.

Si bien se trataba de un voto bastante restringido, esto solo género que se organizaran y presionaran con aún mayor fuerza, siendo relevantes en este periodo las clases medias laicas, lideradas por Ester la Rivera de Sanhueza quien fundó el Partido Cívico Femenino.

Posteriormente, tras la creación del "Comité pro derechos civiles de la mujer" y el "Movimiento pro emancipación de la mujer chilena" la presión femenina genera la dictación de la Ley n.° 5357 del año 1934, norma que redujo de forma significativa las limitaciones para sufragar.

Esta ley fue denominada "Norma que fija las normas relativas a las elecciones, registro, inscripciones, tribunal calificador de elecciones, requisitos e inhabilidades para ser elegido regidor; y sobre organizacion, instalacion y constitucion de las municipalidades". En ella, destaca principalmente los arts. 18 y 19, en cuanto señalan:

> "Art. 18.- Tienen derecho a inscribirse en el Registro General, los chilenos varones mayores de 21 años, que sepan leer y escribir y estén domiciliados en la respectiva comuna".
> "Art. 19.- Tienen derecho a inscribirse en el Registro Municipal:
> a) Las mujeres de nacionalidad chilena, mayores de 21 años, que sepan leer y escribir y residan en la comuna correspondiente; y
> b) Los extranjeros, varones y mujeres mayores de 21 años, con más de cinco años consecutivos de residencia en el país, que sepan leer y escribir y que residan en la comuna correspondiente"[11].

[10] Decreto con fuerza de ley n.° 320...., *op. cit*.

[11] Ley n.° 5357 "Fija las normas relativas a las elecciones, registro, inscripciones, tribunal calificador de elecciones, requisitos e inhabilidades para ser elegido regidor; y sobre organizacion, instalacion y constitucion de las municipalidades" promulgado el 15 de enero de 1934 y publicado el 18 de enero del mismo año bajo la presidencia de Arturo Alessandri Palma.

Podemos apreciar, que, si bien la presión femenina había incidido en el Parlamento, todavía los legisladores no concebían que estuviese en condiciones de inscribirse en el Registro General y decidir sobre los cargos parlamentarios o sobre el Ejecutivo.

Sin embargo, la mencionada Ley n.° 5357 también realizó otra importante modificación en el ámbito de las elecciones municipales a través del art. 56 del mismo cuerpo legal, en cuanto fija:

"De los requisitos e inhabilidades para ser elegido Regidor.
Art. 56.- Para poder ser elegido Regidor, se requiere.
a) Ser chileno;
b) Tener los requisitos necesarios para inscribirse en los Registros Electorales Municipales;
c) Tener residencia en la comuna por más de un año; LAS MUJERES podrán también ser elegidas"[12].

Con esta modificación, finalmente también podrían ser elegidas como regidoras de sus respectivos municipios, reafirmando con ello el valor de los grupos detrás de sus legítimas protestas. Sin duda, destacó en estos grupos la participación y entusiasmo de Elena Caffarena y de María de la Cruz Toledo, quien sería la primera senadora de la República.

Por último, bajo la administración de Gabriel González Videla, el 8 de enero del año 1949 se promulga la Ley n.° 9292, la cual le concede el voto político plenamente. Dicha norma, denominada "MODIFICA LA LEY 'GENERAL SOBRE INSCRIPCIONES ELECTORALES' EN SU TEXTO REFUNDIDO EN LA FORMA QUE SEÑALA": establece la modificación del antiguo art. 23, en cuanto señala;

"El artículo 23 se reemplaza por el siguiente:
Artículo... Están obligados a inscribirse en los Registros Electorales los chilenos que reúnan los siguientes requisitos:
a) Haber cumplido 21 años de edad, y
b) Saber leer y escribir"[13].

Como vemos, fue la simple supresión de la distinción por género, es decir, hombres o mujeres, lo que concedió el voto igualitario. Tendrían que transcurrir casi ciento treinta años de república independiente de Chile para que el género del humano no fuese una limitante para ejercer derechos políticos.

[12] Ley n.° 5357...., *op. cit*.

[13] Ley n.° 9292 que "MODIFICA LA LEY 'GENERAL SOBRE INSCRIPCIONES ELECTORALES' EN SU TEXTO REFUNDIDO EN LA FORMA QUE SEÑALA" promulgado el 8 de enero de 1949 y publicado el 14 de enero del mismo año bajo la presidencia de Gabriel González Videla.

Así, desde la promulgación de esta norma hasta la fecha ha habido ciento nueve mujeres que han integrado el Congreso Nacional.

En nuestro siglo también se han dictado leyes importantes para la participación política femenina, reflejándose lo anterior en la última redacción de la Ley n.° 18700 Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, la que en su art. 3 bis establece:

> "De la totalidad de declaraciones de candidaturas a diputado o senador declaradas por los partidos políticos, hayan o no pactado, ni los candidatos hombres ni las candidatas mujeres podrán superar el sesenta por ciento del total respectivo. Este porcentaje será obligatorio y se calculará con independencia de la forma de nominación de las candidaturas".

Otro hito de nuestros tiempos, fue la creación de una comisión permanente "De mujeres y equidad de género"[14], que tuvo su sesión constitutiva el día miércoles 1 de agosto de 2018.

III. Fuentes del derecho parlamentario

Si nos referimos a las fuentes del derecho parlamentario obligadamente debemos señalar que existen las denominadas fuentes reales o materiales y las fuentes formales.

En cuanto a las fuentes reales o materiales contemplamos los antecedentes histórico-culturales, religiosos, sociológicos, psicológicos y económicos que influyen en la generación de una norma.

Por otra parte, las fuentes formales están constituidas por la ley, la Constitución, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina jurídica, junto con el acto jurídico y el acto corporativo.

En nuestro caso, sin duda, las fuentes formales son las más trascendentes y significativas. Así, la Constitución Política en su capítulo quinto, art. 46 y siguientes, consagra al Congreso Nacional, como "compuesto de dos ramas: La Cámara de Diputados y el Senado" y agrega: "Ambas concurren a la formación de las leyes en conformidad a esta Constitución y tienen las demás atribuciones que ella establece". En el mismo capítulo se establece tanto la composición, como la generación de las dos ramas.

Hasta este instante, en ninguna parte del texto constitucional se nos menciona la expresión "Parlamento" o "Derecho Parlamentario", como equi-

[14] Sesión n.° 34 del 12 de junio de 2018, cuando la sala de la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de acuerdo que modifica el Reglamento de la Corporación.

valente al Congreso Nacional. Siempre se emplean expresiones tales como "Para ser elegido diputado; para ser elegido senador" o "Se entenderá que los Diputados tienen por el sólo ministerio de la ley su residencia en la región correspondiente". Así, sólo el art. 51 comienza a emplear la expresión "Los Parlamentarios" y en adelante lo hará en varias expresiones similares. En consecuencia, diputado o senador para la Constitución equivalen a la palabra 'parlamentario'.

Otro punto de relevancia es el de asimilar la expresión "Congreso Nacional" con la de "Poder Legislativo". Esta materia fue abordada por la Comisión Ortuzar, especialmente en la sesión n.° 33915. Para comprender mejor esta relación basta recordar la lección de Alejandro Silva Bascuñán, en cuanto señala:

> "Atendiendo a la estructura básica de nuestro ordenamiento es, pues inadmisible convertir en sinónimos 'Congreso Nacional' y 'Poder Legislativo'; afirmarlo representa una impropiedad que no sólo aparecía notoria ya en las constituciones chilenas precedentes, sino que se robustece vigorosamente en la actual, debido a que, según su preceptiva, como lo expresa explícitamente el mismo art. 42, ambas (ramas) concurren a la formación de las leyes en conformidad a esta Constitución y tienen las demás atribuciones que ella establece"[16].

Representación política y Congreso Nacional

La representación política es para el *Diccionario de la lengua española*: la que ejercen los elegidos en votaciones democráticas que no está sometida a mandato imperativo[17].

Para Carlos S. Fayt:

> "la representación es una forma de racionalización de la actividad del poder en el Estado. Convierte al gobierno en responsable de las decisiones que adopta en nombre de la comunidad política"[18].

Las bases fundamentales de la Teoría de la representación política libre son los siguientes caracteres:

1) El representado es la sociedad global completa de un Estado.
2) El representante es un órgano pequeño. Congreso, Parlamento, Duma, Cámara, etcétera.

[15] Véanse las páginas 2016 y 2017 de la sesión n.° 339 de dicha Comisión.
[16] Silva (2000), p. 8.
[17] Real Academia Española (2014), tomo vii.
[18] Fayt (2002), p. 193.

3) Los que eligen o votan es solo el cuerpo electoral, siempre más pequeño que la población.
4) La técnica son las elecciones y sus múltiples sistemas.
5) No existe entre electores y sus representantes un mandato civilista. Se trata de un mandato colectivo y libre, o sea, el representante no tiene que rendir cuentas. Actúa como lo desea.
6) Es irresponsable el mandatario ante el electorado.
7) No hay transferencia precisa de facultades del electorado al delegar. No al mandato imperativo.
8) No se requiere ratificación de los electores.

La elaboración de La Teoría general de la representación política se entronca en numerosos autores tales como Jean-Jacques Rousseau, Emmanuel-Joseph Sieyés y Montesquieu. Se consagra con la Revolución francesa.

Posteriormente, grandes tratadistas tales como: Robert von Mohl; Georg Jellinek; Raymond Carré de Malberg, Max Weber; Maurice Duverger y Georges Burdeau dedicaron gran profusión de escritos para fundamentar el concepto de representación libre. En Argentina descolló no hace muchos años Mario Justo López o Linares Quintana, entre otros. Por otra parte, en Italia ha sido muy importante en las últimas décadas Giovanni Sartori.

En materia de representación política, destaca la opinión de Edmund Burke en cuanto señaló:

> "Ciertamente, caballeros, la felicidad y la gloria de un representante, deben consistir en vivir en la unión más estrecha, la correspondencia más íntima y una comunicación sin reservas con sus electores. Sus deseos deben tener para él gran peso, su opinión máximo respeto, sus asuntos una atención incesante. Es su deber sacrificar su reposo, sus placeres y sus satisfacciones a los de aquéllos; y sobre todo preferir, siempre y en todas las ocasiones el interés de ellos al suyo propio. Pero su opinión imparcial, su juicio maduro y su conciencia ilustrada no debe sacrificároslos a vosotros, a ningún hombre ni a grupo de hombres. Todas estas cosas no las tiene derivadas de vuestra voluntad no del derecho y la constitución. Son un depósito efectuado por la Provincia, de cuyo abuso es tremendamente responsable. Vuestro representante os debe, no sólo su industria, sino su juicio, y os traiciona, en vez de serviros, si lo sacrifica a vuestra opinión".
>
> "Dar una opinión es derecho de todos los hombres; la de los electores es una opinión de peso y respetable, que un representante debe siempre alegrarse de escuchar y que debe estudiar siempre con la máxima atención. Pero instrucciones imperativas, mandatos que el diputado está obligado ciega e implícitamente, a obedecer, votar y defender, aunque sean contrarias a las convicciones más claras de su juicio y su conciencia,

son cosas totalmente desconocidas en las leyes del país y surgen de una interpretación fundamentalmente equivocada de todo el orden y temor de nuestra constitución".

"El Parlamento no es un congreso de embajadores que defienden intereses distintos y hostiles, intereses que cada uno de sus miembros debe sostener, como agente y abogado, contra otros agentes y abogados, sino una asamblea deliberante de una nación, con un interés: el de la totalidad; donde deben guiar no los intereses y prejuicios locales, sino el bien general que resulta de la razón general del todo. Elegís un diputado; pero cuando habéis escogido, no es el diputado por Bristol, sino un miembro del Parlamento. Si el elector local tuviera un interés o formase una opinión precipitada, opuestos evidentemente al bien real del resto de la comunidad, el diputado por ese punto, debe, igual que los demás, abstenerse de ninguna gestión para llevarlo a efecto"[19].

Funciones del Congreso Nacional

Según el *Diccionario de la lengua española* la palabra 'legislar' significa; "Dar, hacer, o establecer leyes". Mientras que 'legislador', es el "que legisla". Por su parte, la expresión 'legislativo', significa "dicho especialmente de un organismo que legisla o perteneciente o relativo a la legislación"[20].

Ninguna duda cabe que la función legislativa es de la esencia del Congreso Nacional. Ejemplo de esto es el art. 63 de la Carta Magna, el cual refiere las materias que solo pueden ser objeto de ley, donde encontramos veinte numerales que abarcan la plenitud de las actividades del Estado. Esto es el Dominio Legal Máximo.

En la actualidad, y hasta 2022, el Senado está compuesto por cuarenta y tres senadores elegidos democráticamente. La Ley nº 20840 establece que habrá cincuenta senadores, número que se completará en las elecciones de 2021. Por otra parte, la Cámara de Diputados está compuesta por ciento cincuenta y cinco escaños, desde marzo del año 2018.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la Constitución Política, en las "votaciones populares el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario". De esto se deduce que estamos en presencia de la institución denominada "Representación" política. El *Diccionario* nos dice que la palabra 'representación' significa; "acción y efecto de representar. Conjunto de personas que representan a una entidad, colectividad o corporación"[21].

[19] Burke (1984).

[20] Real Academia Española (2014), tomo vii.

[21] *Op. cit.*, tomo x.

Otras atribuciones del Congreso Nacional

Las facultades de ambas Cámaras no se limitan solo a legislar. Un ejemplo de esto lo encontramos en materia de reforma a la Constitución, que de acuerdo con el capitulo quince de la Carta Fundamental, le atribuye al Congreso facultades de Poder Constituyente Derivado, como se regula tanto en su art. 127 y siguientes.

Por otra parte, tanto la Cámara de Diputados como la del Senado están revestidos de las denominadas atribuciones exclusivas. Así, por ejemplo, la Cámara de Diputados fiscaliza los actos del gobierno; puede citar a un Ministro de Estado; puede crear comisiones investigadoras y declarar sí o no ha lugar respecto de las acusaciones constitucionales en contra de diversos funcionarios del Estado.

Por su parte, el Senado también tiene atribuciones exclusiva, como son, entre otras, las de conocer las acusaciones constitucionales y resolverlas como jurado; decidir si o no ha lugar a la admisibilidad de acciones judiciales en contra de ministros de Estado, conocer contiendas de competencia y otorgar la rehabilitación de la ciudadanía.

Finalmente sobre este punto, es importante recordar también, que el derecho parlamentario fija atribuciones exclusivas al Congreso Nacional en materia de suma trascendencia, como lo son las relativas a los tratados internacionales y en cuanto a los Estados de excepción constitucional.

Funcionamiento del Congreso Nacional

Para referirnos al funcionamiento del Congreso tendremos que remitirnos a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la cual ha sido reformada en los últimos años. Un ejemplo ilustrativo de esto, está en el hecho de que en un principio el periodo de legislativo anual duraba desde el 21 de mayo hasta el 21 de septiembre en lo que se denominada la Legislatura Ordinaria, lo cual evidentemente se ha debido ampliar por razones de carga legislativa.

Existen normas comunes tanto para los diputados como para los senadores. Entre ellas podemos mencionar las relativas a inhabilidades, incompatibilidades, incapacidades y las causales de cesación en el cargo.

Siguiendo con las normas comunes, es bueno mencionar, además, que diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos tanto en sesiones de sala como en comisiones. Asimismo, gozan de un fuero especial establecido en el art. 61 de la Carta Magna, el cual procede desde el día de su elección o su juramento. En este caso, para un eventual desafuero deberá intervenir

el tribunal de alzada de la jurisdicción respectiva declarando ha lugar a la formación de causa, siendo esta decisión apelable a la Corte Suprema.

Respecto a una materia muy actual y discutida, el derecho parlamentario mediante la Constitución consagra que los diputados y senadores percibirán como única renta una dieta equivalente a la remuneración de un Ministro de Estado, incluidas todas las asignaciones que a estos correspondan.

Otra importante institución del derecho parlamentario la constituye la autorización del Congreso Nacional, cuando a petición del Presidente de la República, el Ejecutivo pretenda dictar decretos con fuerza de ley por un plazo superior a un año.

La dictación de decretos con fuerza de ley dentro de las fuentes del derecho parlamentario fue una costumbre constitucional desde el año 1925 hasta 1970. El 4 de noviembre de 1970 se incorporó a la Constitución expresamente y, desde luego, esto ha continuado hasta la situación actual con innumerables dictaciones de normas de este tipo.

En cuanto a la formación de la ley, está contemplado en un parágrafo comprendido en los arts. 64 a 75 de la Constitución Política, en los cuales se detalla de forma minuciosa todo lo relativo a esta importante materia.

El Congreso Pleno

Parece oportuno dedicar algunas palabras para el denominado Congreso Pleno. En el capítulo cuarto de nuestra Constitución, en lo relativo al gobierno y con relación al Presidente de la República, se menciona que el Presidente con fecha 1 de junio de cada año dará cuenta al país del estado administrativo y político de la nación ante el Congreso Pleno, es decir, la reunión en conjunto de la Cámara de Diputados y del Senado.

Conforme al art. 27 de la Carta Magna, el Congreso Pleno debe reunirse en sesión pública el día en que cese en su cargo el Presidente en funciones, debiendo el próximo Presidente prestar juramento o promesa delante de ambas Cámaras.

En el caso de vacancia presidencial, es decir, faltando menos de dos años para la próxima elección presidencial, el Presidente será elegido por el Congreso Pleno.

Son diversas las disposiciones legales y constitucionales que le han conferido otras atribuciones tanto a la Cámara de Diputados como de senadores. Se pueden señalar a modo ejemplar; la designación de ministros de la Corte Suprema; la designación de Fiscal Nacional; las facultades para remover al Fiscal Nacional y fiscales regionales; la designación de cuatro ministros del Tribunal Constitucional, dos por la Cámara de Diputados y dos por el Senado; la designación de consejeros del Servicio Electoral por el Senado y

las facultades para solicitar su remoción; la posibilidad de ser miembro del Tribunal Calificador de Elecciones para los expresidentes o exvicepresidentes de cualquier de las dos Cámaras; el dar su acuerdo para la designación del Contralor Nacional; el ser informados del decreto supremo del Presidente relativo a llamar a retiro a los comandantes en Jefe de Fuerzas Armadas y al director de Carabineros; el que tanto el presidente del Senado como el de la Cámara de Diputados integren el Consejo de Seguridad Nacional; la designación de los consejeros del Banco Central previo acuerdo del Senado[22] y la designación de los miembros del directorio de Televisión Nacional[23].

Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional

Otra fuente relevante del derecho parlamentario lo constituye la Ley n.° 18918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, datada con fecha 5 de febrero de 1990, aunque con numerosas modificaciones posteriores. Este texto legal regula en detalle el funcionamiento del Congreso, estableciendo numerosas normas relativas, por ejemplo, a la probidad y transparencia, al control ético, a la asistencia a las sesiones entre otras importantes materias.

En el título segundo de esta ley se regulan: las normas básicas de la tramitación interna de los proyectos de ley, las observaciones o vetos del Presidente de la República a los proyectos de ley o de reforma constitucional, la tramitación de las acusaciones constitucionales, las comisiones especiales investigadoras, la aprobación de los tratados internacionales, el Consejo Resolutivo de asignaciones parlamentarias y del Comité de Auditoria Parlamentaria.

Especial mención merece la norma legal que permite a las Cámaras, como facultad privativa, dictar sus propias normas reglamentarias para regular su organización y funcionamiento interno e, igualmente, el reglamento relativo a la comisión de régimen interior de la Cámara. Estas materias no están consagradas en la Constitución Política, pero, sin duda, son relevantes para el derecho parlamentario.

[22]"Artículo 7°.- El Consejo estará constituido por cinco consejeros, designados por el Presidente de la República, mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio de Hacienda, previo acuerdo del Senado". Ley n.°18840.

[23] "Artículo 4.- La administración de la empresa la ejerce un directorio compuesto de siete miembros, designados de la siguiente forma:

... b) Seis directores propuestos por el Presidente de la República al Senado para su aprobación. El Presidente hará la proposición en un solo acto, cuidando que el directorio quede integrado en forma pluralista y paritario en cuanto a sexo.

El Senado se pronunciará sobre el conjunto de las proposiciones, en sesión especialmente convocada al efecto, y su aprobación requerirá del voto favorable de la mayoría absoluta de los Senadores en ejercicio. De no reunirlos, se tendrá por rechazada". Ley n.° 19132.

En total, nuestra Cámara de Diputados tiene treinta comisiones permanentes, además de las comisiones investigadoras, especiales y mixtas. Por su parte, el Senado tiene veintitrés comisiones permanentes, junto con las comisiones especiales y las subcomisiones especiales mixtas de presupuesto.

Las comisiones en ambas ramas tienen una función de gran relevancia, pues es allí donde en forma especializada se estudian los proyectos, los vetos y, en general, todo lo concerniente a la tramitación de una ley o de una reforma constitucional.

Reglamentos del Congreso Nacional

Es indispensable referirse como una fuente del derecho que nos preocupa a los reglamentos respectivos. En cada Cámara, los reglamentos son cientos de artículos que se refieren a las materias más disimiles, pero no menos importantes del diario vivir del Congreso Nacional.

Así, el Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile regula diversas materias divididas en cinco libros.

En el libro primero denominado "De la Cámara de Diputados" se regulan todas las materias relativas a esta Cámara, tales como: La instalación; Las funciones del presidente de la Cámara; Los comités parlamentarios, sesiones y sus clasificaciones; El uso de la palabra; La asistencia a tribunas; Las faltas al orden; Los informes de las comisiones; Las discusiones; Las clausuras; Las votaciones, Los pareos y Las observaciones del Presidente de la República.

En el libro segundo llamado "De las comisiones", destacan la regulación de las comisiones en materias relativas a las comisiones permanentes, unidas y mixtas; La comisión de régimen interno y administración; La comisión de hacienda; El trabajo de las comisiones; Las comisiones unidas; Las comisiones bicamerales y mixtas de senadores y diputados; Las visitas inspectivas; El presidente de la comisión; Las sesiones; El acta; La cuenta; La tabla de fácil despacho; El orden del día; Los trámites; Las discusiones; Las clausuras; Las votaciones y Los informes.

En el libro tercero denominado "De la información, fiscalización, comisiones especiales investigadoras, especial de control del sistema de inteligencia del Estado, preguntas a los ministros de Estado y acusación constitucional" regulan las materias que su propio nombre describe, como son; La fiscalización de los actos del gobierno, Las comisiones especiales investigadoras y La acusación constitucional.

En el libro cuarto llamado "De la comisión de ética y transparencia y de sus procedimientos", a su vez, las materias más relevantes son: las facultades de la comisión, la publicidad de sus actuaciones, los deberes de los

diputados, las sanciones, el procedimiento por falta a los deberes y procedimiento por reparos u observaciones en el uso de las asignaciones parlamentarias

Por último, en el libro quinto denominado "Del secretario y demás funcionarios", se regulan materias propias de este tipo de funcionarios.

En cuanto al Reglamento del Senado, se encuentra clasificado en dieciocho títulos, más un título final. En este caso, los diversos títulos de este reglamento regulan materias tales como: la Sede del Senado y Legislaturas ordinaria y extraordinaria; Los senadores y comités; La Presidencia; Las comisiones; Las sesiones; Las discusiones; La clausura del debate; Las urgencias; Las votaciones y elecciones; La tramitación de los acuerdos; La reapertura del debate y archivo; Las observaciones del Presidente de la República; Las atribuciones exclusivas del Senado; La Ley de Presupuestos; El Congreso pleno; La aplicación y reforma del Reglamento; El personal; Los recursos y La Comisión de Ética y Transparencia del Senado.

Conclusión

Finalizando esta exposición, cabe preguntarse, ¿cuál es el sentido de recordar y repasar de forma periódica la historia del Congreso Nacional y sus características?

A la luz de los siglos, vemos que el Poder Legislativo, manifestado en Chile sobre todo a través del Congreso Nacional, ha sido esencial para el desarrollo y progreso del país. El aporte de una reflexiva discusión de las leyes, junto al compromiso en la defensa de los diversos ideales en pugna, resulta esencial para asegurar una democracia viva y plural.

Además, sin la separación de los poderes del Estado y la oportuna fiscalización entre ellos, específicamente del Congreso Nacional frente a los otros poderes, es difícil imaginar una democracia sólida y un Estado de derecho pleno.

Así, la historia del Congreso Nacional es al mismo tiempo la historia de la democracia representativa, que a través de su pluralidad ha permitido a Chile y al mundo occidental, reformar una y otra vez sus instituciones para adaptarse al tan cambiante mundo contemporáneo.

Como colofón, podemos concluir que el derecho parlamentario, dentro del derecho público es vital y esencial para el funcionamiento no solo de Congreso Nacional, sino de toda la institucionalidad de un Estado Republicano y Democrático como es Chile.

Bibliografía

Burke, Edmund (1984). *Textos políticos. Discurso a los electores de Bristol*. Primera reimpresión. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Cervantes Saavedra, Miguel de (1958). *Don Quijote de la Mancha*. Barcelona: Editorial Juventud. Primera parte, capítulo ix.

Constituciones Políticas de la República de Chile (1810-2015). *Diario Oficial de la República de Chile*. 2ª ed. Santiago.

Encina, Francisco Antonio (1952). *Historia de Chile*. Santiago: Editorial Nascimento, tomo vigésimo.

Fayt, Carlos S. (2002). *Teoría de la política en el siglo xxi. La representación política*. Buenos Aires: Fondo Editorial De Derecho y Economía, capítulo xvi.

Finley, Moses (1986).*Historia antigua: problemas metodológicos.* Barcelona: Ediciones Crítica.

Real Academia Española (2014).*Diccionario de la Lengua Española*. 23ª ed. Edición del Tricentenario. Madrid, Espasa Calpe, tomo ix.

Schmitt, Carl (1966). *Teoría de la Constitución*. *Conceptos derivados de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Silva Bascuñán, Alejandro (2000). *Tratado de derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo sexto.

Normas

Ley n.°18840 Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile.

Ley n.º 19132 Crea Empresa Televisión Nacional de Chile.

LOS DERECHOS SOCIALES Y EL DEBATE CONSTITUYENTE CHILENO

SOCIAL RIGHTS AND THE CHILEAN CONSTITUTION-MAKING DEBATE

Sergio Verdugo[*]

Resumen: El modo cómo la futura Constitución chilena debe proteger los derechos sociales, ha generado controversia entre académicos chilenos, quienes suelen discutir, por ejemplo, si ellos son genuinos derechos, si deben someterse al mismo estatuto que los derechos civiles y políticos, y si los mismos deben poseer algún tipo de garantía judicial. Aunque el debate es más complejo, las posiciones se suelen agrupar en dos frentes. Ambos son vulnerables a ataques basados, por ejemplo, en diversas concepciones de la democracia, del papel de los jueces, de la necesidad y del modo de producir cambios sociales relevantes. Al mismo tiempo, los constitucionalistas chilenos todavía no han prestado suficiente atención a la posibilidad de diseñar modelos alternativos (diferentes de los modelos tradicionales de tutela judicial) para la protección de los derechos sociales. En este contexto, este ensayo tiene dos objetivos. El primero es descriptivo: sintetizar algunos modelos que el debate político no ha considerado todavía, tomando los casos de Nueva Zelandia, el Reino Unido, Canadá y dos provincias de Australia. El segundo es normativo: sugerir que, tomando estos casos como ejemplos, es posible diseñar un modelo que reduzca las debilidades de las posiciones que, hasta el momento, han sido predominantes en Chile.

Palabras clave: Derechos sociales, control constitucional, debate constituyente chileno.

[*] Profesor asociado de la Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Investigador del Centro de Justicia Constitucional de dicha casa de estudios. Doctor en Derecho, Universidad de Nueva York. Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, Pontificia. Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl

Agradezco a María Luisa Avilés Aguayo por su colaboración revisando las referencias y el listado bibliográfico incorporado al final de este trabajo.

Abstract: Chilean scholars disagree on how the future constitution should protect social rights. For example, they disagree on whether social rights should be treated as true legal rights, if those rights should have the same status and regulations than the civil and political rights, and if the constitution should provide a judicial mechanism to protect them. Even though the discussion is complex and needs a nuanced analysis, the diverse positions are often grouped in two fronts. Both fronts are vulnerable to arguments based on, for example, a specific conception of democracy, the proper judicial role, the need to achieve significant social transformations. At the same time, Chilean scholars have paid little attention to models other than the ones offering a judicial legal action. In this context, this brief essay advances two goals. The first is descriptive: to introduce and synthetize some alternative models that have yet to be considered by Chilean scholars, using the cases of New Zealand, the UK, Canada and two states of Australia. The second is normative: to suggest that, taking these countries as examples, it is possible to design a rights' model reducing the weaknesses of the Chilean predominant approaches to social rights protections.

Keywords: Social rights, judicial review, chilean constituent debate.

I. Introducción

Una gran parte del debate chileno sobre los derechos sociales tiene un punto de partida definido. Aunque el debate es más complejo, y el mismo ha estado condicionado por la discusión existente en torno al modo como opera o debe operar la acción de protección, es importante tener presente que las posiciones suelen agruparse en dos frentes. Por un lado, se encuentran aquellos que promueven el reconocimiento de dichos derechos y de garantías de justiciabilidad (por ejemplo, siguiendo el modelo sudafricano)[1]. Por otro lado, están aquellos que niegan su carácter de derechos o, que aceptando dicha naturaleza, rechazan la conveniencia de hacerlos justiciables[2]. Aunque ambas posiciones pueden estar basadas en argumentos jurídicos relativamente persuasivos, ellas suelen no poder responder a todas las críticas cuando las mismas se hacen en un contexto prescriptivo. En otras palabras, cuando el debate deja de ser jurídico-positivo y nos preguntamos por el modo cómo *debemos* redactar la Constitución en el futuro, las posiciones existentes en la literatura chilena no

[1] La literatura es abundante. Véase, por ejemplo, Figueroa (2009a) y 2009b).

[2] Véase, por ejemplo, Martínez (2010) y Soto (2014).

han logrado, todavía, hacerse cargo de todas las debilidades posibles. Mientras la posición favorable al reconocimiento y justiciabilidad de los derechos sociales debe hacerse cargo del posible costo democrático, de política pública y de regresividad asociada a este tipo de derechos[3], la segunda tiene la difícil tarea de identificar las diferencias entre los derechos de diferentes generaciones[4], de justificar otras formas de dar protección a las pretensiones sociales que se encuentran detrás de los derechos sociales y de dar una respuesta satisfactoria a la necesidad de realizar cambios sociales relevantes en determinadas áreas.

En este breve ensayo, discuto algunos modelos alternativos para argumentar

1) que las alternativas que se han servido como punto de partida en la discusión chilena representan un falso dilema y
2) que existen modelos intermedios que pueden reducir los costos asociados al reconocimiento y justiciabilidad de los derechos sociales.

Para ello, es importante que la política, desde el Congreso, pueda enriquecer el debate en torno a las prestaciones sociales y generar mecanismos de supervisión y argumentación constitucional parlamentarias, estimulando la formación de coaliciones legislativas que permitan llevar adelante estos programas. Los jueces no deben ser los protagonistas de la agenda política asociada a los derechos sociales, pero pueden prestar un servicio útil al identificar problemas en la aplicación de las leyes o hacer más visibles algunas infracciones graves a derechos fundamentales. Para reconciliar estas ideas, hay tres órdenes de arreglos institucionales que pueden considerarse. En primer lugar, una reforma al régimen de gobierno (que no discutiré acá). En segundo lugar, la generación de mecanismos legislativos que estimulen una forma de constitucionalismo político (*political constitutionalism*), combinado con un control preventivo no judicial de los proyectos de ley (*pre-enactment review*). Estos dos últimos pueden fortalecer la deliberación política en la materia y, además, permitir un monitoreo parlamentario permanente respecto de la implementación de programas contenidos en leyes dictadas. En tercer lugar, la creación de modelos débiles de control constitucional. Eventualmente, también podría considerarse la adopción del modelo de directrices, que no discurité en este ensayo, también podría considerar la adopción del modelo de directrices[5].

[3] Para un análisis de algunos de los problemas asociados a los derechos sociales, véase, por ejemplo, Cross (2001).

[4] Véase Holmes & Sunstein (2002).

[5] Sobre los modelos de directrices, sus características y ventajas normativas, véase Weis (2017); Khaitan (2018) y (2019).

Esta propuesta está inspirada en los modelos asociados a los países de la Commonwealth británica, aunque también ha estado presente (con matices) en experiencias pasadas de algunos países latinoamericanos[6]. En palabras de Janet Hiebert, estos modelos se caracterizan por

1) permitir la discrepancia política sobre sentencias judiciales y
2) establecer mecanismos de evaluación de los proyectos de ley que consideren una interpretación de los derechos fundamentales[7].

Aunque estos modelos no están diseñados específica y necesariamente para dar garantía a los derechos sociales (normalmente se trata de modelos de protección general de los derechos), sugiero explorar la utilización de una versión similar a estos modelos para la regulación de este tipo de derechos. Esto no significa, por supuesto, que los derechos civiles y políticos no puedan estar sujetos a estándares similares. No obstante, respecto de estos últimos derechos, me parece importante que exista un control de constitucionalidad fuerte cuando la violación de estos pueda producir un cuestionamiento a las precondiciones procedimentales de la democracia o a las fallas del mercado político[8], siguiendo las propuestas de autores como John Hart Ely[9] y de Stephen Gardbaum[10].

Hago presente que este ensayo no tiene por objetivo contribuir a avanzar la disciplina correspondiente. Si bien este trabajo puede contribuir a introducir en Chile algunos modelos poco explorados por constitucionalistas nacionales, lo hace de manera breve y exploratoria. Para que podamos avanzar a llenar este vacío de la literatura chilena, y el debate político pueda considerar un diagnóstico más completo respecto de los modelos alternativos, se requiere del desarrollo de casos de estudio más profundos que este documento no pretende ofrecer.

II. Algunas observaciones metodológicas previas

Primero, es relevante determinar si las pretensiones sociales relevantes (vivienda, educación, etc.), debieran asumir la *forma* de derechos fundamentales. Si bien cada vez más países reconocen estas pretensiones bajo la forma de derechos[11], lo

[6] Véase algunos ejemplos en Colón-Ríos (2014).

[7] Hiebert (2006), pp. 7-28.

[8] Previamente he avanzado algunas ideas similares en Verdugo (2013). También, véase Verdugo (2021).

[9] Ely (1977), (1978) y (1980).

[10] Gardbaum (2020).

[11] Por ejemplo, de las 193 constituciones vigentes que aparecen en la base de datos de constituteproject.org, sesenta y dos reconocen el derecho a acceder a la educación superior,

hacen con diferencias importantes, no todas incluyen garantías jurisdiccionales en el sentido tradicional (incluyendo ejemplos de nuestra propia historia constitucional), y no todos los modelos alternativos consideran a dichas pretensiones como derechos. Así, por ejemplo, la Constitución australiana determina que es atribución del Parlamento legislar para determinar prestaciones en materia de maternidad, desempleo y servicios médicos, entre otros (art. 51.xxiiiA).

Segundo, parte del debate constituyente ha asumido una visión *estática* sobre el diseño institucional. Para dicha visión, se asume que las reglas institucionales condicionarán y permitirán predecir la manera cómo los jueces las interpretarán en el futuro. Esto es un error. Por definición, la existencia de jueces formal y materialmente independientes implica asumir que habrá un espacio para que dichas normas (que incluyen principios con altos niveles de indeterminación y, en algunos casos, normas de textura abierta o de contenido controvertible) sean interpretadas, actualizadas e, incluso, alteradas mediante desarrollos jurisprudenciales futuros. Nada garantiza absolutamente que las normas serán aplicadas en el sentido previsto por sus redactores, ni que los objetivos de un diseño institucional concreto se cumplirán. Ejemplos abundan. Así, en India el sistema de "directivas" (tomado de Irlanda) no fue capaz de impedir el desarrollo jurisprudencial de un modelo de derechos sociales especialmente fuerte[12]. Otro ejemplo es el de los preámbulos. En varias jurisdicciones (incluyendo Francia[13]) el diseño de preámbulos no vinculantes ha sido desconocido por una jurisprudencia de derechos que los ha utilizado con valor hermenéutico y como fuente de incorporación de derechos[14]. Un ejemplo más cercano se relaciona con la manera como, en Chile, algunos autores han sostenido que el desarrollo expansivo de la jurisprudencia de los derechos sociales ha hecho "mutar" la Carta de 1980[15].

Garantizar completamente que los objetivos de los arreglos institucionales diseñados por los constituyentes se cumplan en el futuro, podría dañar la independencia de los jueces que interpreten las reglas respectivas. Por supuesto, aunque este costo es demasiado alto para ser tolerado, esto no significa que el diseño carezca de importancia. Por ejemplo, sabemos que una técnica de redacción vaga como resultado de acuerdos incompletos (frecuen-

ochenta y siete reconocen el derecho a algún estándar mínimo de vida, setenta y seis el derecho a la vivienda (aunque se utiliza más la expresión 'shelter' que 'housing').

[12] Abeyratne (2020).

[13] Stone (1992).

[14] La lista es, por supuesto, más larga. Países que han utilizado sus preámbulos como guía interpretativa incluyen a: Sudáfrica, Irlanda, Alemania. Países que los han utilizado como fuente de derecho positivo incluyen a: Francia, Estonia, India y Macedonia. Véase Orgad (2010).

[15] Bassa y Aste (2015), pp. 215-244.

tes en procesos constituyentes llevados a cabo mediante negociaciones[16]) puede hacer más impredecible su implementación, una técnica de redacción clara puede hacer más difícil que un juez pueda desatender el tenor literal, y un contenido excesivamente axiológico puede dar más herramientas argumentativas a jueces que pretendan desconocer dichos objetivos, entre otras posibilidades. Mientras más claro y moderado sea el texto, más herramientas existirán para hacer visible un caso de activismo judicial[17].

Tercero, los modelos de *pre-enactment* review existen en países como Canadá, Australia, Nueva Zelandia, Irlanda, Japón y el Reino Unido. En todos estos modelos el resultado debe explicarse por una combinación entre el diseño institucional, la dificultad para modificar la Constitución, las prácticas políticas y jurisprudenciales. No obstante, en algunos casos, el diseño institucional formal ha generado efectos relativamente predecibles. En otros casos, el sistema es inentendible si no se consideran las prácticas políticas y judiciales desarrolladas al margen de lo que disponen las reglas formales[18]. En Japón, por ejemplo, la Corte Suprema establecida por la Constitución de 1947 debía funcionar de manera similar a su par estadounidense[19]. Pero el establecimiento del Cabinet Legislation Bureau, unido a un sistema político poco competitivo y a una cultura judicial formalista, hicieron que el control constitucional no sirviera para limitar el poder del partido político dominante e incumbente, y la Corte Suprema se volviera políticamente poco relevante[20]. En el Reino Unido, el Human Rights Act y la creación de la Corte Suprema, modificaron la manera cómo los ingleses entendieron el principio de soberanía parlamentaria, pero probablemente no fue hasta la sentencia Thoburn, que consolidó la prohibición del *implied repeal*, que el sistema inglés hizo que sus jueces fueran constitucionalmente relevantes, doctrina que sería discutida también (con matices importantes) en otras jurisdicciones que también reconocieron alguna forma de soberanía parlamentaria[21].

---

[16] En la práctica, estos acuerdos incompletos pueden funcionar como decisiones postergadas. Dixon & Ginsburg (2011).

[17] La idea del "activismo judicial" ha sido discutida por la literatura. Varios sostienen que se trata de un concepto inútil o ideológico. Aunque es cierto que su utilización ha sido, con frecuencia, desafortunada. Se trata de una idea que, formulada con una metodología relativamente clara y consistente, puede ilustrar de manera cualitativa la manera en que los jueces se han excedido de sus competencias para avanzar una agenda específica. Sobre el modo cómo la idea de activismo judicial puede ser utilizada, véase García y Verdugo (2013).

[18] Dixon (2019) pp. 904-930.

[19] Kawagishi (2007), pp. 308-331; Satoh (2008), pp. 603-628.

[20] Law (2011), pp. 1425-1466; Matsui (2011), pp. 1375-1423; Ramseyer & Rasmusen (2001), pp. 331-344.

[21] Goldsworthy (2018), pp. 109-145; Prebble (2005), pp. 291-318.

III. El modelo de los derechos sociales justiciables

Los modelos de justiciabilidad de los derechos sociales que solemos discutir en Chile normalmente implican la siguiente estructura:

1) acción ante una Corte,
2) sentencia,
3) respuesta estatal (o privada, en algunos casos) y, en algunos casos,
4) una nueva acción judicial de seguimiento[22].

Frecuentemente se asume, para bien o para mal, que el juez tendrá la última palabra o que, al menos, dichos jueces tendrán un poder lo suficientemente grande como para declarar inconstitucionalidades y obligar (o presionar) a los legisladores y al aparato administrativo a innovar en el ordenamiento jurídico. Los modelos extranjeros más fuertes se suelen asociar al denominado "constitucionalismo transformador", que además consideran constituciones maximalistas que siguen una agenda igualitaria y, en ocasiones, refundacional[23]. Entre estos modelos, probablemente el más citado entre los chilenos es el diseño de las "tutelas", que opera en Colombia. En algunos casos, los jueces son llamados a colaborar con el régimen transformador (el mismo que dictó la Constitución y continúa gobernando), lo que implica, en ocasiones, sacrificar su independencia judicial[24]. Por supuesto, aunque han existido tendencias relativamente "transformadoras" en Europa[25], ellas no han tenido el carácter partisano ni han sido acompañadas por regímenes que reemplazan sus constituciones para alcanzar transformaciones particulares.

Las objeciones al modelo de derechos sociales justiciables son numerosas. Además de las clásicas críticas democráticas que cuestionan el papel de los jueces y prefieren que sea el proceso político democrático el que tome las decisiones y respecto del cual recaiga la responsabilidad frente a la ciudadanía. Así, por ejemplo, se ha sostenido que estos modelos pueden desincentivar protestas y movilizaciones sociales para pedirle cambios al sistema político y reemplazar dichas movilizaciones por acciones judiciales organi-

[22] Es común que los modelos de justiciabilidad de los derechos sociales sigan una estructura similar, la que adapté del trabajo de Gauri & Brinks (2008), pp. 1-37.

[23] La idea fue desarrollada originalmente en Sudáfrica para describir un modelo políticamente comprometido que aspiraba a utilizar a los jueces para la implementación de una agenda progresista e igualitaria. El término y su conceptualización originales se le suele atribuir a Klare (1998).

[24] Esto fue lo que ocurrió en Venezuela, Ecuador y Bolivia. Véase, por ejemplo, Landau & Dixon (2020); Sánchez (2011) y Verdugo (2019).

[25] Sobre la idea del constitucionalismo transformador, véase la discusión en Alemania en Hailbronner (2017).

zadas[26]. Esto afecta la capacidad del sistema de dar respuestas satisfactorias con una mirada más amplia y puede reducir el interés del proceso político por avanzar en dichas respuestas. Otro tipo de argumentos sostiene que el modelo de derechos sociales tiene problemas importantes de eficacia y, de acuerdo con los datos presentes en la literatura, no existe un vínculo causal entre la presencia de derechos sociales y la satisfacción de las prestaciones asociadas a ellos[27]. Así, existen países que tienen sistemas de bienestar exitosos sin derechos sociales, y otros que poseen modelos de derechos sociales que han sido insuficientes para cubrir las necesidades asociadas. Por otro lado, existe evidencia de Colombia, Brasil, Hungría, Sudáfrica e India, para señalar que, en ocasiones, el *enforcement* de derechos sociales puede terminar beneficiando a estratos socioeconómicos medios o, incluso, altos[28]. Es más probable que los tribunales protejan los derechos de grupos organizados, por ejemplo, funcionarios públicos que claman por derechos de seguridad social, que para los grupos más desaventajados, difusos o menos organizados[29]. Si bien David Landau encuentra evidencia de que soluciones estructurales impulsadas desde los tribunales pueden solucionar problemas de los más pobres, y dichas sentencias pueden ser valiosas en contextos donde las estructuras representativas han funcionado de manera altamente defectuosa, estas sentencias estructurales son demasiado costosas para el sistema democrático como para ser promovidas entre nosotros.

También los críticos de los derechos sociales no han logrado, en general, distinguir los distintos modelos existentes (algunos son más débiles que otros, siendo Colombia y Sudáfrica los casos más citados, pero ambos tienen diferencias importantes). Varios tampoco han podido argumentar con éxito qué se requiere para que un interés pueda tener el estatus de "derecho" ni distinguir el tipo de prestaciones o acciones que los "derechos" debieran cubrir. En ocasiones, esto también ha significado dar respuestas poco satisfactorias a quienes promueven cambios sociales utilizando mecanismos judiciales. Si bien la vía judicial para lograr dichos cambios puede tener problemas importantes, no basta con señalar que esa es facultad de quienes fueron electos en

[26] Chilton & Versteeg (2018), p. 323.

[27] Así, por ejemplo, un estudio que utiliza una muestra de 186 países concluye que la existencia del derecho a la salud y a la educación no está estadísticamente correlacionada con un aumento en el gasto público en estas áreas, véase Chilton & Versteeg (2016). Otro trabajo muestra que, luego de examinar 66 países, no existe una correlación entre el tamaño del Estado y la existencia del derecho a la educación y a la salud Ben-Bassat & Dahan (2008).

[28] Landau (2012). También, véase evidencia del caso brasileño Hoffman & Bentes (2008). Algo similar ha ocurrido en Chile con la litigación asociada a las isapres.

[29] Existe evidencia adicional para respaldar este argumento. Véase Chilton & Versteeg (2015).

procesos democráticos. Es relevante tener presente que es posible que, si bien la inclusión de derechos sociales no garantice su satisfacción inmediata ni sea causa suficiente (ni tampoco necesaria) para su protección, es posible que el reconocimiento de los derechos sociales puede generar otros efectos. Así, por ejemplo, su reconocimiento explícito podría impedir, como ha ocurrido en algunos estados de Estados Unidos, que ellos impidan interpretaciones constitucionales aberrantes como las que predominaron durante la era *Lochner*[30]. Si el proceso democrático es deficitario, entonces existen buenas razones para empoderar a los jueces en materias relevantes[31]. El problema es que las soluciones de largo plazo necesitan de procesos políticos. Es en este punto donde el debate sobre los contenidos de una nueva Constitución puede dar soluciones.

IV. El constitucionalismo débil y el constitucionalismo político

Por lo anterior, propongo discutir las recomendaciones dadas por autores como Cass Sunstein, Mark Tushnet y Rosalind Dixon[32], quienes sugieren implementar mecanismos de diálogo o de *weak* judicial *review* que acompañen la protección de los derechos sociales. Para estos autores, los jueces pueden servir para identificar fallas de los sistemas de protección social que después son consideradas por el legislador. Es en este punto donde los mecanismos de diálogo se vuelven útiles.

Aunque el modelo del constitucionalismo débil no fue diseñado ni pensado, para los derechos sociales (sino que para todos los derechos), nada obsta a que el mismo pueda ser insertado dentro de un catálogo de derechos sociales o de directrices de política social. Este modelo asume que, si bien las Cortes constitucionales tienen un papel relevante en la interpretación de los derechos fundamentales, la decisión de estas Cortes no es *final*[33]. Por supuesto, los tribunales resuelven y adjudican la controversia concreta, pero la pregunta sobre la constitucionalidad de la medida sujeta a evaluación queda abierta y entregada al proceso político. Los jueces carecen de la última pala-

[30] Es uno de los efectos que se han encontrado en algunos Estados de Estados Unidos, donde se han incluido derechos sociales para impedir que existan interpretaciones cercanas a la jurisprudencia de la era *Lochner*. Véase Zachin (2013).

[31] Aunque no se enfocan en derechos sociales, este argumento ha sido utilizado cuando los canales representativos no funcionan apropiadamente. Véase, por ejemplo, Scheppele (2005); Barroso (2016), (2019).

[32] Tushnet (2008) y Dixon (2007), pp. 391-418.

[33] Sigo en esto la clásica definición de Tushnet (2004), (2011).

bra y el control de constitucionalidad es el resultado de un proceso político que comienza al momento de legislar. Si la interpretación de una Corte se consolida, es porque ello ha sido querido (o tolerado) por los actores políticamente relevantes y no por la autoridad de la Corte. De esta manera, el constitucionalismo débil incrementa los niveles democráticos de rendición de cuentas por los actos inconstitucionales y puede reducir la importancia de las críticas identificadas en la sección previa.

Al mismo tiempo, el constitucionalismo débil también puede darle un papel (no protagónico) a los jueces. Como bien ha señalado Rosalind Dixon, incluso en países cuyas democracias están funcionando relativamente bien (que no es el caso de muchos países latinoamericanos, por supuesto), es común que la tarea legislativa ordinaria produzca "puntos ciegos" (*blind spots*) y "cargas de inercia" (*burdens of inertia*), los que se producen como resultado de dinámicas partidistas al interior del proceso legislativo, limitaciones de tiempo o de restricciones institucionales específicas[34]. Los "puntos ciegos" se producen debido a las limitadas capacidades legislativas para predecir el modo en que se aplicarán e interpretarán los proyectos de ley que se están redactando, generando vacíos no previstos o consecuencias no queridas[35]. Las "cargas de inercia" se producen en todo periodo legislativo debido a la escasez de tiempo y de voluntad política para priorizar una agenda que tenga el apoyo intenso de una mayoría. Ellas también se pueden producir, por ejemplo, por la necesidad política de eludir la regulación de materias que dividen a la coalición mayoritaria[36]. Los jueces pueden cumplir una función útil identificando puntos ciegos y haciendo presente la existencia de cargas de inercia, en tanto están en una posición más privilegiada que los legisladores para evaluar el modo de aplicación práctica de la ley. Así, los jueces pueden colaborar a que el proceso político tome nota (y corrija) la existencia de vacíos, consecuencias imprevistas y situaciones no cubiertas por la legislación.

El constitucionalismo débil se diferencia de aquellos países que carecen de judicial review (como el Reino Unido antes del Human Rights Act, Israel antes del desarrollo jurisprudencial de las leyes básicas y los Países Bajos antes de la implementación de la Convención Europea de Derechos Humanos[37]), en tanto los jueces poseen algún grado de influencia en la eva-

[34] Dixon (2017).

[35] *Op. cit.*, pp. 2208-2209.

[36] *Op. cit.*, pp. 2209-2212.

[37] Israel ha desarrollado un modelo de judicial review fuerte, donde tests como la proporcionalidad y la dignidad han representado un papel. Véase, por ejemplo, Shinar (2013). Se suele decir que los Países Bajos carecen de un modelo de revisión judicial de la ley. Esto no es correcto hoy. Besselink (2013).

luación de las leyes. No obstante, también se diferencia de los países que poseen un modelo de control constitucional fuerte (como Estados Unidos, Alemania y Colombia[38]), ya que en dichos países es difícil separar la idea de supremacía constitucional de la idea de supremacía judicial, tal y como lo han promovido algunas corrientes "departamentalistas" en Estados Unidos. En otras palabras, el constitucionalismo débil asume que la Constitución es superior a las leyes (y estas, por lo tanto, deben sujetarse a la misma), pero no hace descansar única y finalmente en los jueces el papel de interpretar las normas constitucionales de manera definitiva, siendo más compatible con posiciones asociadas al *political constitutionalism*.

De esta manera, la objeción contramayoritaria a la justicia constitucional se debilita. Jeremy Waldron (uno de los principales críticos del control judicial de la ley), por ejemplo, ha sostenido que su crítica al judicial review no tiene lugar tratándose de mecanismos débiles[39]. Otro ejemplo es el de Richard Bellamy, quien sostiene que su argumento a favor del constitucionalismo político es compatible con el Human Rights Act[40]. Como lo ha reconocido la literatura, es posible que las Cortes representen un papel más "dialogante" dentro del proceso político (restringiendo su papel de veto)[41] y se fortalezcan las propiedades deliberativas del proceso legislativo[42].

Aunque existen críticos que sostienen que este tipo de modelos no han tenido los resultados deseados en la práctica, en tanto los legisladores rara vez utilizan su poder de enfrentar a una Corte (como en Canadá), o las Cortes rara vez invocan sus poderes débiles (como en NZ y Australia)[43], estas críticas no son lo suficientemente persuasivas como para derrotar las razones democrático-normativas que justifican el establecimiento de modelos débiles. Lo anterior se debe a que el número de acciones cuantificadas es menos relevante que el número de omisiones producidas por los efectos disuasivos de estas reglas institucionales (los que, por supuesto, no pueden cuantificarse). Por ello, es mejor aproximarse a estos modelos con una perspectiva estratégica que entienda los juegos institucionales de distintos actores del proceso político[44] que con estadísticas descriptivas.

[38] Aunque parece ser una posición minoritaria, Jorge Roa sostiene que el modelo colombiano es, en realidad, mixto. Véase Roa (2019).

[39] Waldron (2006), p. 115.

[40] Bellamy (2011), pp. 86-111.

[41] La literatura al respecto es muy abundante. El trabajo seminal corresponde a un análisis del modelo canadiense. Véase Hogg, Bushell & Wright (2007), Hogg & Bushell (1997).

[42] Dixon (2017), pp. 2193-2232.

[43] Véanse algunos datos relevantes en Dixon (2011).

[44] Por ejemplo, aunque en el contexto de Estados Unidos, véase Ferejohn & Weingast (1992); Ferejohn & Weingast (1992a) y Whittington (2003).

Evidencia asociada al Attorney General de Irelanda y del Cabinet Legislation Bureau japonés han hecho surgir otras críticas[45]. A veces, ellos tienen el efecto de reducir las competencias de los jueces, y de promover formas poco transparentes de discusión política. No obstante, moderar el poder de revisión judicial, a diferencia de lo que ha ocurrido con la Corte japonesa en un contexto de sistema de partido dominante, es algo deseable en materia de derechos sociales. Respecto de los procedimientos poco transparentes, el objetivo es que los mecanismos diseñados operen en diálogo con la oposición parlamentaria, lo que reduce las posibilidades de opacidad. Lo anterior sugiere que no debemos prestar tanta atención al modelo japonés. Los modelos que parecen más atractivos, y que serán brevemente explicados a continuación, son el de Nueva Zelanda, el de Canadá, el del Reino Unido, el de Canadá y el de Australia.

1. Nueva Zelanda (NZ) y el New Zealand Bill of Rights Act (NZBORA)

Originalmente inspirado en la teoría de John Hart Ely[46], la que habría influido en los redactores del Bill of Rights Act, NZ dictó el NZBORA en 1990. Sin embargo, el experimento de NZ, que asumía la existencia de un control constitucional fuerte en materias que pudieran generan imperfecciones del mercado político, finalmente se transformó en un modelo débil de control constitucional[47]. Este modelo sirvió para dejar atrás al clásico sistema Westminster, basado en la soberanía del Parlamento[48] y permitió que los jueces ingresaran al diálogo constitucional sobre los derechos fundamentales. Aunque los jueces en NZ no alcanzaron la fuerza de sus pares ingleses (la tesis del *implied repeal*, descrito más adelante, fue rechazada en NZ)[49], y todavía existen razones para implementar una Constitución que pueda ser entendida como *higher law*[50], NZ logró que sus jueces utilizaran su jurisprudencia para generar presión política en el Parlamento, sin perjuicio de ser, probablemente, el sistema más débil de los sistemas de la Commonwealth[51].

[45] Véase Kenny & Casey (2020).

[46] En síntesis, y arriesgando una explicación demasiado simplificada, la tesis de John Hart Ely justifica el judicial review para proteger una versión procedimental de la democracia y aquellos derechos que permiten ensanchar la representación y participación de grupos minoritarios insulares y aislados. El trabajo más importante donde presentó estas ideas es Ely (1980).

[47] Geiringer (2019).

[48] Erdos (2013), pp. 322-342.

[49] Prebble (2005), pp. 291-318.

[50] Palmer (2019).

[51] Erdos (2013), p. 329.

El sistema de NZ incluye un listado importante de derechos de contenido obligatorio para todos, incluyendo al legislador y a jueces (sección 3), aunque el énfasis está en los derechos civiles y políticos (recuerden que la inspiración es la teoría procedimental de John Hart Ely)[52]. Se permite limitar estos derechos mediante legislación que establezca (1) límites razonables y (2) justificados en una sociedad libre y democrática (sección 5), pero los jueces tienen la prohibición de declarar la invalidez o ineficacia de una ley, y también de dejar de aplicar la ley (sección 4). Sin perjuicio de eso, los jueces están autorizados a interpretar las leyes de un modo que sea compatible con el NZBORA, lo que le da a dicho instrumento un estatus superior al de la ley simple. Dicho estatus puede ser amenazado por una mayoría parlamentaria (el NZBORA se modifica como ley simple). Así, aunque técnicamente el NZBORA no sea una constitución en el sentido formal[53], este sistema dispone de un costo adicional a aquella mayoría parlamentaria que quiera contradecir los derechos fundamentales: hacer explícita la contradicción. Ello permite asignar los costos políticos de infringir derechos fundamentales a aquella mayoría parlamentaria electa.

El NZBORA garantiza un debate parlamentario sobre los derechos fundamentales que hace al Parlamento responsable políticamente de las infracciones que puedan cometerse[54]. Cada vez que un proyecto de ley es ingresado al Parlamento, y que pueda aparecer como contrario al NZBORA, el *Attorney-General* debe informar respecto de la compatibilidad de dicho proyecto con el NZBORA (sección 7), generando un debate sobre los límites de los derechos fundamentales. Si bien se trata de un control preventivo de constitucionalidad que no es vinculante, los reportes del *Attorney-General* son relevantes para hacer visibles las posibles inconstitucionalidades, hacer presente el estado de la jurisprudencia en la interpretación de los derechos fundamentales y, a veces, sirve de base para modificar los proyectos de ley.

Pese a su carácter débil, el sistema del NZBORA ha producido efectos. Cuando el Poder Ejecutivo está interesado en rechazar una ley promovida por el Parlamento (NZ tiene un sistema parlamentario y multipartidista donde el partido del Primer Ministro rara vez goza de mayoría, estimulando

[52] Una posible excepción son los derechos de minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, quienes tienen el derecho de "gozar" de la cultura respectiva (art. 20).

[53] Gardbaum (2013), p. 130.

[54] No estoy utilizando la idea de "responsabilidad política" en el sentido jurídico formal, por supuesto. Me refiero a aquella forma de responsabilidad que la ciudadanía puede hacer valer mediante procesos electorales. Así, por ejemplo, un legislador puede no ser reelecto cuando sus votantes evalúan su desempeño de forma negativa. La responsabilidad política, así entendida, tiene un fuerte componente democrático y representativo.

pactos de gobernabilidad), una unidad especial del Ministerio de Justicia desarrolla un informe revisando la compatibilidad del proyecto de ley con el NZBORA[55]. Luego de que el proyecto es ingresado, cuando hay dudas de constitucionalidad, el *Attorney-General* ha ayudado a identificar treinta u nueve infracciones a derechos fundamentales que no pudieron ser evitadas en el proceso legislativo[56]. No obstante, varios proyectos han logrado ser modificados producto de cuestiones de constitucionalidad planteadas durante el proceso legislativo. El incentivo político es evitar, en la medida de lo posible, la intervención del *Attorney-General*, lo que ha desarrollado la práctica de ofrecer altas justificaciones sobre el cumplimiento de los límites establecidos por el NZBORA[57]. El propio Parlamento ha diseñado un sistema para hacer seguimiento a los proyectos de ley, los que deben ser *interpretadas* por los jueces, de manera que dichos proyectos puedan ser implementados reconciliando el contenido de las leyes, en lo posible, con NZBORA.

Los tribunales de NZ han utilizado el NZBORA es cuestiones criminales y procedimientos policiales. Entre 1990 y 2005, existieron trece casos de inconsistencias declaradas judicialmente[58]. Respecto del poder interpretativo de los jueces, el mismo generó un fuerte debate en torno a la línea que existiría entre interpretar y crear derecho (algo que no sorprende, por ser un problema común a toda jurisdicción constitucional que he estudiado). Sin perjuicio de ello, los tribunales de NZ han desarrollado una reputación de "moderados"[59], y han evitado hacer declaraciones de incompatibilidad (pese a que han reafirmado explícitamente la existencia y vigencia de dicho poder). Un ejemplo de moderación en el uso de la técnica interpretativa, es la interpretación de la ley de matrimonio civil en 1998, donde la Corte aludió a la intención original del legislador de 1955 para impedir una interpretación que reconciliara dicho estatuto con el matrimonio igualitario. Si el matrimonio igualitario iba a reconocerse en NZ, debía ser por ley (como ocurrió el año 2013). En otros casos, la jurisprudencia ha obligado al Parlamento a legislar en materias donde no se respeta suficientemente los derechos de las personas. Un ejemplo es la decisión de la Corte de asignar altas indemnizaciones de perjuicios por daños que violan derechos fundamentales en materia penal, lo que presionó al Parlamento para dictar una ley regulando el sistema indemnizatorio. Otro ejemplo es la misma sentencia sobre matrimonio igualitario, lo que impulsó al *Attorney-General* a presen-

[55] Gardbaum (2013), p. 132.
[56] Palmer (2019).
[57] Gardbaum (2013), p. 133.
[58] Dixon (2011), p. 8.
[59] Gardbaum (2013), p. 136.

tar informes a propósito de proyectos de ley relacionados con derecho de familia, dando cuenta de las desigualdades que se estaban generando. Esto sirvió de base para que, en el año 2004, se pudiera dictar la ley de acuerdo de unión civil, que sirvió de precedente a la ley de matrimonio igualitario que se dictó años después.

2. El Reino Unido y el Human Rights Act (HRA)

La aprobación del HRA en 1998 (que hace obligatoria la Convención Europea de DD.HH. en el Reino Unido) y la implementación posterior de una Corte Suprema, cambiaron las prácticas políticas y judiciales del Reino Unido, y su sistema de fuentes. Ello dio origen a un debate importante entre los escépticos del judicial review y sus partidarios[60]. Finalmente, el HRA fue aceptado por quienes proponían mantener un esquema de constitucionalismo político[61].

El modelo del HRA establece un doble control: uno político y uno judicial. El político consiste en obligar a los ministros respectivos a argumentar si un proyecto de ley nuevo es compatible o no con el HRA. Los ministros tienen la opción de no efectuar dicha declaración. No obstante, si utilizan esta opción, deben explicitar que no son capaces de hacerlo. Si el gobierno cree que la ley es contraria al HRA, puede seguir tramitando el proyecto siempre y cuando argumente su intención explícita de modificar parcialmente dicho instrumento (sección 19). En la práctica, se ha seguido la costumbre reiterada de que el gobierno presente un memo argumentando la compatibilidad del proyecto de ley[62], lo que enriquece el debate legislativo sobre los derechos.

Por su parte, el judicial permite a los jueces dictar declaraciones de incompatibilidad sin efectos vinculantes (sección 4), y también permite dictar sentencias interpretativas que intenten reconciliar las leyes evaluadas con el HRA "so far as it is possible to do so" (sección 3). Además, el HRA obliga a los jueces ingleses a tomar en consideración la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (sección 2). El sistema está diseñado para que las declaraciones de incompatibilidad solamente sean procedentes si una sentencia interpretativa no es posible.

Las declaraciones de incompatibilidad se han utilizado poco, como era esperable, no son vinculantes ni para el legislador ni para las partes del

[60] El debate entre Ronald Dworkin y Waldron es un ejemplo de lo anterior. Véase Dworkin (1990), Waldron (1999).

[61] Bellamy (2011), pp. 86-111.

[62] Una autora cuenta que, hasta el año 2014, solo hubo un caso de una declaración de incompatibilidad. Kavanagh (2015) p. 1050.

caso (sección 4.6), y ellas hacen posible la coexistencia de dos estatutos inconsistentes (que formalmente tienen la misma jerarquía, pero que no se derogan mediante el criterio cronológico para resolver conflictos de leyes). No obstante, dichas sentencias pueden generar efectos políticos relevantes. El HRA declara la obligación de respetar los derechos contenidos en dicho estatuto (sección 6), y la Corona y algunas autoridades políticas deben ser informadas de estas sentencias de incompatibilidad (sección 5)

El sistema se ha desarrollado con un dinamismo que, a veces, hace que el poder de los jueces se vuelva más robusto[63]. La técnica interpretativa ha sido utilizada de manera más creativa por parte de jueces ingleses. Asumiendo que el legislador *no quiso* violar el HRA, dichos jueces han cambiado el sentido a varias normas. Ello ha generado una jurisprudencia que, asumiendo que los legisladores no quisieron modificar el HRA, las leyes posteriores no derogan o modifican dicho instrumento salvo que dicha derogación o modificación sea explícita. De esta manera, en otras palabras, no se permite el *implied repeal* de un estatuto considerado constitucional. Así, si el legislador decide infringir derechos fundamentales reconocidos en el HRA, debe hacerlo de manera explícita y exponerse a asumir los costos políticos que ello puede traer. En consecuencia, el HRA ha adquirido un estatus o categoría especial en la práctica.

Esta doctrina es interesante en términos democráticos, ya que no les quita facultades legislativas a los parlamentarios electos y les exige asumir los costos políticos de sus decisiones. Si quieren violar normas como el HRA, deben ser capaces de argumentar públicamente que así lo hacen[64]. Esta doctrina ha modificado el principio de soberanía parlamentaria y ha dado lugar a una discusión sobre algunos estatutos que serían considerados como superiores y, también sobre si la voluntad del legislador para rechazar este cuerpo legal u otras leyes que posean un estatus constitucional (o cuasiconstitucional) similar, debe ser explícita o basta con que sea suficientemente clara. Esta discusión se hizo más rica tratándose del debate sobre la ley dictada por el Parlamento inglés que regula el Parlamento de Escocia (Scotland Act 1998)[65].

La discusión se ha centrado en los límites de la autoridad interpretativa de los jueces ingleses. Siguiendo a Aileen Kavanagh, el *leading case* es Ghaidan v. Mendoza, donde los jueces discutieron si una persona que sobrevive a la muerte de su pareja homosexual puede asumir como arrendatario

[63] Por esta razón, hay algunos autores que se resisten a calificar el sistema inglés con el nombre estático de *weak*. Véase, por ejemplo, Kavanagh (2015).

[64] Ahmed & Perry (2017), pp. 461-481.

[65] Ahmed & Perry (2014), pp. 514-535.

en lugar de la persona fallecida[66]. La ley de arrendamiento solo establecía este derecho para personas casadas heterosexuales y, por lo tanto, no debía beneficiar a la pareja sobreviviente no casada. La Cámara de los Lores estimó que el fin de la ley (dar seguridad habitacional a parejas estables—*loving and stable couples*) podía compatibilizarse con al HRA para no discriminar a parejas homosexuales que, efectivamente, habían tenido estabilidad en su relación. Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta a que el legislador pueda, en el futuro, reafirmar las reglas originales de la ley de arrendamiento (los jueces no pueden evitarlo). No obstante, si una futura mayoría parlamentaria decide dictar una ley modificando los efectos de la sentencia citada, debe hacer el *repeal* de manera explícita y, de esta manera, asumir los costos políticos asociados a la contravención de los derechos fundamentales del HRA.

Por este motivo, si bien las sentencias interpretativas pueden ser criticadas por tratarse de un caso de creación judicial de derecho (jueces reescribiendo las leyes)[67], en el caso del HRA esta crítica es menos importante debido a que es más fácil (a lo menos formalmente) utilizar la regla de mayoría para contradecir dicha interpretación.

3. Canadá y el Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter)

Canadá tiene, probablemente, el modelo menos débil de los países que siguen modelos de control de constitucionalidad de este tipo[68]. El sistema fue construido de manera incremental. Comenzó con un Bill of Rights dictado en 1960, cuyo propósito era hacer que el Parlamento pudiera hacerle rendir cuentas al Ejecutivo. Así se estableció la obligación de que el ministro de Justicia tuviera que evaluar la consistencia de todos los proyectos de ley con el Bill of Rights e informar al Parlamento al respecto. En 1982, Canadá aprobó el Canadian Charter of Rights and Freedoms, que funciona como su Constitución actual, y bajo el cual se estableció el poder de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes. El C*harter* reconoce derechos civiles y políticos tradicionales, además de un conjunto de derechos asociados al uso del lenguaje. Dentro de ellos, hay algunos derechos sociales asociados a la educación. Una norma sustantiva importante, es aquella que determina que los derechos pueden restringirse bajo justificaciones consistentes con una "sociedad libre y democrática". El poder de revisar la constitucionalidad de las leyes implicó la facultad de las Cortes de invalidar leyes y un poder

[66] Kavanagh (2015), p. 1016.
[67] Ferreres (2004), pp. 1705-1736.
[68] Hiebert (2006), p. 11.

correlativo del Parlamento federal y de los parlamentos provinciales, incluido en la denominada Notwithstanding Clause de la sección 33[69]. La sección 33 le permite al Parlamento o a los parlamentos, por mayoría simple, dejar sin efecto temporal la sentencia de inconstitucionalidad, dictaminando que la ley inconstitucional operará aun a pesar de dicha sentencia, siendo una excepción al catálogo de derechos. La decisión del Parlamento dura un plazo máximo de cinco años, pudiendo ser ratificada o rechazada por el Parlamento electo en el periodo siguiente. Así, el poder para discrepar de una sentencia opera como una táctica para posponer el problema y asegura que, en el caso de existir una decisión final, la misma va a ser adoptada mediante un parlamento electo[70].

El C*harter*, debido a algunas sentencias de la Corte Suprema declarando la inconstitucionalidad de algunas normas tuvo el efecto de hacer que la discusión sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley fuera más rigurosa y profunda[71], y algunos autores reportan numerosos casos en que sentencias de la Corte Suprema han producido la necesidad de legislar, que el Parlamento ha respondido a esa necesidad, y que los incentivos institucionales habrían generado una suerte de sistema dialógico donde los jueces carecen de la última palabra[72]. Hubo cincuenta y cuatro sentencias de inconstitucionalidad entre 1982 y 2004, las que generaron catorce intentos de declaraciones parlamentarias que dejaron sin efecto dichas sentencias[73].

Desde entonces, el Parlamento ha utilizado muy poco la sección 33. El gobierno canadiense ha estimado que es políticamente costoso invocar dicha sección[74], lo que ha hecho que las Cortes canadienses operen, en la práctica, con un control constitucional más robusto que el esperado. Los

[69] "S 33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)".

[70] Hiebert (2006), p. 11.

[71] *Op. cit.*, p. 12.

[72] Por supuesto, la idea de diálogo funciona mejor como metáfora que como explicación. Véase Hogg & Bushell (1997). Esta posición ha sido criticada. Véase una respuesta en Hogg Bushell & Wright (2007). Véase una crítica en Tremblay (2005).

[73] Dixon (2011), p. 11.

[74] Hiebert (2006), p. 11.

reportes del ministro de Justicia utilizan el lenguaje del C*harter* (incluyendo la cláusula sobre los límites a los derechos), parecen estar dirigidos más a los tribunales que al Parlamento, y se ha generado una cultura política que impide la presentación de proyectos de ley que han sido informados negativamente por el ministerio, o que presionan por su modificación[75].

Pese a que los resultados del modelo canadiense han sido controvertidos en la literatura, es importante precisar que varias Constituciones han importado el modelo de la sección 33 canadiense. Entre estos países, Stephen Gardbaum menciona a Polonia, Mongolia, Bélgica, Luxemburgo y Finlandia[76].

4 Victoria y la Capital de Australia

Australia ha discutido la implementación de un Bill of Rights en muchas oportunidades, pero hasta el momento (por lo menos hasta 2019) no ha logrado aprobar uno. El sistema de control judicial de la ley en Australia solo protege cuestiones orgánicas y procedimentales, y unos pocos derechos que están reconocidos constitucionalmente, como el derecho a voto, el derecho a no ser expropiado en términos injustos y el derecho a no ser discriminado por razón de residencia. Así, en teoría, existe supremacía constitucional (y control constitucional robusto), limitado a cuestiones estructurales como la separación de poderes y el modelo federal, pero no existe supremacía constitucional (ni judicial) respecto de derechos fundamentales. El principal control constitucional existente, es el que el Parlamento bicameral realiza sobre los actos del Ejecutivo[77]. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de los tribunales ha protegido derechos implícitos (como la libertad de expresión), que se vinculan con la necesidad constitucional de mantener el sistema democrático y parlamentario. Algunos autores indican que la jurisprudencia de la Alta Corte australiana ha permitido desarrollar una suerte de "Constitución invisible" que se aleja de aquellas simplificaciones que dicen que en Australia no hay judicial review[78]. Además, existen distintas leyes especializadas que prohíben la discriminación (como aquella que prohíbe la discriminación de género y la discriminación racial) y una comisión de derechos humanos (equivalente al Instituto Nacional de Derechos Humanos chileno, INDH) que supervisa el cumplimiento de dichas leyes.

Algunas provincias, como Victoria (VCHRR, 2006) y la capital de Australia (ACTHRA, 2004), han adoptado modelos débiles de control constitucional en materia de derechos. Dichos instrumentos también enfatizan

[75] Hiebert (2006), p. 12.
[76] Gardbaum (2013).
[77] Stone & Barry (2014), pp. 767-785.
[78] Dixon & Stone (2018) pp. 3-20.

los derechos civiles y políticos más que los derechos sociales[79]. Estos modelos siguen, en general, la declaración de incompatibilidad no vinculante y la declaración interpretativa inglesa, pero con algunas modificaciones que aspiran a superar los problemas que se observaron en dicho país. Así, por ejemplo, introducen una cláusula general que permite justificar límites a los derechos[80], regulan indemnizaciones de perjuicios asociadas a las violaciones de los derechos, y establece un deber general para que autoridades públicas que tomen decisiones deban "considerar" los derechos humanos. Además, se exigen justificaciones de "compatibilidad" entre los proyectos de ley y los derechos durante los procesos legislativos (los parlamentos deben acompañar las leyes que proponen con una suerte de declaración de compatibilidad)[81], se mandata a comisiones parlamentarias estudiar e informar sobre la afectación que los proyectos de ley puedan generar en los derechos humanos, y se crean comisiones similares al Instituto Nacional de Derechos Humanos, que opera en Chile..

[79] Aunque se protegen algunos derechos que son más difíciles de clasificar. El VCHRR, por ejemplo, reconoce el derecho a la cultura.

[80] Por ejemplo: VCHRR. S(2). "A human right may be subject under law only to such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society based on human dignity, equality and freedom, and taking into account all relevant factors including– (a) the nature of the right; and (b) the importance of the purpose of the limitation; and (c) the nature and extent of the limitation; and (d) the relationship between the limitation and its purpose; and (e) any less restrictive means reasonably available to achieve the purpose that the limitation seeks to achieve. S(3). Nothing in this Charter gives a person, entity or public authority a right to limit (to a greater extent than is provided for in this Charter) or destroy the human rights of any person".

[81] Statements of compatibility: (1) A member of Parliament who proposes to introduce a Bill into a House of Parliament must cause a statement of compatibility to be prepared in respect of that Bill.

(2) A member of Parliament who introduces a Bill into a House of Parliament, or another member acting on his or her behalf, must cause the statement of compatibility prepared under subsection (1) to be laid before the House of Parliament into which the Bill is introduced before giving his or her second reading speech on the Bill.

Note

The obligation in subsections (1) and (2) applies to Ministers introducing government Bills and members of Parliament introducing non-government Bills.

(3) A statement of compatibility must state.

(a) whether, in the member's opinion, the Bill is compatible with human rights and, if so, how it is compatible; and

(b) if, in the member's opinion, any part of the Bill is incompatible with human rights, the nature and extent of the incompatibility.

(4) A statement of compatibility made under this section is not binding on any court or tribunal.

Si los jueces australianos dictan una sentencia de incompatibilidad, los respectivos *Attorneys-General* tienen el deber de reportar el caso al Parlamento y al Ministro responsable, lo que incrementa la presión política sobre el problema identificado por las Cortes[82]. Ambos (Parlamento o Ministro), tienen la obligación de preparar una respuesta escrita en el plazo de seis meses[83]. Por otra parte, el VCHRR utiliza el modelo del *override* canadiense (descrito más atrás). Además, los parlamentarios que introduzcan proyectos de ley implementando dicho *override*, tienen el deber de argumentar explicando la manera cómo el criterio de respetar los derechos se satisface. Sin perjuicio de lo anterior, el modelo del *override* ha sido criticado en Australia por el poco uso práctico que ha tenido. Sin perjuicio de eso, es importante considerar que es difícil medir la eficacia de estos instrumentos, en tanto ellos funcionan no solamente como herramientas de acción positiva, sino, también, como elementos disuasivos que aspiran a generar conductas negativas difíciles de identificar y cuantificar.

Ambos instrumentos (el VCHRR y el ACTHRA) consideraron plazos para que el Parlamento produjera y discutiera efectuar una evaluación de su implementación. En general, esos reportes establecen que, en ambos casos, la deliberación política sobre las leyes fue más profunda, se tuvieron en consideración cuestiones de derechos fundamentales que, de otra manera, no se habrían considerado. Esto resultó en algunas modificaciones legislativas, en la creación de "guidelines" de conducta, aunque hubo algunas críticas al papel de los *Attorneys-General*[84]. También generó bastante trabajo. Por ejemplo, en Victoria el año 2009, treinta y siete de ciento nueve proyectos de ley generaron comentarios parlamentarios sobre los derechos humanos, y cuarenta y dos de noventa el año 2010.

V. Conclusión

Dadas las fuertes discrepancias que poseen los académicos chilenos en torno al modo de reconocer y proteger derechos sociales, el debate nacional se vería beneficiado de la exploración de modelos alternativos que permitan reducir las críticas que las distintas posiciones han recibido. La ausencia de un análisis más profundo respecto de dichos modelos alternativos es un vacío de la literatura chilena que sería útil llenar. El primer objetivo de este ensayo es comprender

[82] Hiebert (2006), p. 16.

[83] Esto hace que el modelo australiano sea más "fuerte" que el modelo inglés. Hiebert (2006), p. 16.

[84] Gardbaum (2013), pp. 210-213.

y desarrollar brevemente los rasgos centrales de algunos de dichos modelos. Por supuesto, tratamientos que puedan identificar las consecuencias de las reglas adoptadas en dichos países, con mayor profundidad, requieren de un estudio separado. El objetivo, por ahora, se ha limitado a introducir al lector chileno sobre la existencia y características de esos modelos.

Dichas características sugieren que es posible diseñar un sistema de protección de derechos sociales que pueda responder o reducir significativamente los defectos existentes en los distintos frentes del debate chileno. Mientras algunas posiciones están sujetas a una crítica democrática importante y a una manera de ver el papel de los jueces que puede generar consecuencias regresivas y problemas de *accountability* en nuestro sistema, las otras suelen ser criticadas por no responder adecuadamente, por ejemplo, a demandas sociales legítimas y no mostrar un compromiso con transformaciones sociales que se estiman como necesarias. El objetivo de este ensayo no ha sido responder a estas críticas ni defender una posición concreta, sino solamente mostrar el modo en que una propuesta basada en los distintos modelos alternativos descritos podría hacerse cargo de estas. Aunque dichos modelos no fueron diseñados para proteger derechos sociales en particular, ni ellos son la única alternativa disponible (véase, por ejemplo, el sistema de las *directive principles* de Irlanda), ellos ofrecen ventajas que podrían ser útiles para el debate constituyente chileno.

En efecto, los mecanismos de constitucionalismo político tienden a corregir problemas de *accountability* al asignar las facultades (y las responsabilidades políticas consiguientes) en autoridades electas. Asimismo, tienden a generar un mejor espacio para que expertos en políticas públicas específicas puedan dialogar mejor con especialistas en derecho constitucional, derechos fundamentales y derechos humanos. Ello se debe a que estos sistemas tienden a generar un debate constitucional sobre dichas políticas desde que las mismas son diseñadas. Por otro lado, el sistema de revisión judicial débil (weak judicial review) tiene menos posibilidades de generar los efectos regresivos que los sistemas judiciales tienen, posibilitando un mejor diálogo entre las diferentes instituciones involucradas. Este sistema puede servir para que los jueces colaboren identificando problemas asociados a los "puntos ciegos" y "cargas de inercia", considerando los argumentos constitucionales que fueron tenidos a la vista al interior del proceso político, y posibilitando que ellos sean resueltos más allá de las controversias particulares, haciendo que la agenda asociada a dichos derechos pueda volver al proceso democrático correspondiente.

Aunque estas consecuencias no están aseguradas, por supuesto, en tanto el desarrollo preciso de sistemas como estos no dependen exclusivamente de su diseño (sino, también, de las prácticas políticas y judiciales que los

acompañan), ellas pueden ser capaces de producir incentivos institucionales para que se reduzcan los problemas identificados. Junto con ello, es posible adaptar estos modelos con un diseño que permita construir modelos de protección judicial que dependan de la existencia de una ley precisa, generar herramientas de disciplina fiscal que moderen el eventual poder de los jueces sin afectar su independencia y no deterioren el protagonismo que deberían tener los políticos electos y los técnicos.

Bibliografía

Abeyratne, Rehan (2020). "Enforcing Socioeconomic Rights in Neoliberal India". *Minnesota Journal of International Law*, vol. 29, issue 1.

Ahmed, Farrah & Adam Perry (2014). "The Quasi-Entrenchment of Constitutional Statutes". *The Cambridge Law Journal*, vol. 73, issue 3.

Ahmed, Farrah & Adam Perry (2017). "Constitutional Statutes". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, issue 2.

Barroso, Luis Roberto (2016). "Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts", en Thomas da Rosa de Bustamante & Bernardo Gonçalves Fernandes (eds.). *Democratizing Constitutional Law* . Springer International Publishing.

Barroso, Luis Roberto (2019). "Counter-Majoritarian, Representative and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies". *The American Journal of Comparative Law*. vol. 67 issue 1.

Bassa Mercado, Jaime y Bruno Aste Leiva (2015). "Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 1.

Bellamy, Richard (2011). "Political constitutionalism and the Human Rights Act", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, issue 1.

Ben-Bassat, Avi & Momi Dahan (2008). "Social rights in the constitution and in practice". *Journal of Comparative Economics*, vol. 36, issue 1.

Besselink, Leonard F.M. (2013). "The Proliferation of Constitutional Law and Constitutional Adjudication, or How American Judicial Review Came to Europe After All". *Utrecht Law Review*, vol. 9, issue 2.

Chilton, Adam S. & Mila Versteeg (2015). "Do Constitutional Rights Make a Difference?". *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics*, issue 694. Research Paper.

Chilton, Adam S. & Mila Versteeg (2016). "Rights Without Resources: The Impact on Constitutional Social Rights on Social Spending". *University of Chicago Law School*. Working Papers.

Chilton, Adam S. & Mila Versteeg (2018). "Court's Limited Ability to Protect Constitutional Rights". *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, issue 2.

Colón-Ríos, Joel (2014). "A New Typology of Judicial Review of Legislation". *Global Constitutionalism*, vol. 3, issue 2.

Cross, Frank (2001). "The Error of Positive Rights". *UCLA Law Review*, vol. 48.

Dixon, Rosalind (2007). "Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, issue 3.

Dixon, Rosalind (2011). "Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism". *Public Law and Legal Theory Working Paper - University of Chicago*, issue 348.

Dixon, Rosalind (2017). "The Core Case for Weak-Form Judicial Review". *Cardozo Law Review*, vol. 38.

Dixon, Rosalind (2019). "The forms, functions, and varieties of weak(ened) judicial review". *International Journal of Constitutional Law*. vol. 17, issue 3.

Dixon, Rosalind & Tom Ginsburg (2011). "Deciding not to Decide. Deferral in Constitutional Design". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, issue 3-4.

Dixon, Rosalind & Adrienne Stone (2018). "The Invisible Constitution in Comparative Perspective", in Rosalind Dixon & Adrienne Stone (eds.). *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*. New York: Cambridge University Press.

Dworkin, Ronald (1990). *A Bill of Rights for Britain. Why Liberty Needs Protecting*. London: Chatto Counter Blasts.

Ely, John Hart (1977). "Constitutional Interpretivism: Its Allure And Impossibility". *Indiana Law Journal*, vol. 53, issue 3.

Ely, John Hart (1978). "Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review". *Maryland Law Review*, vol. 37, issue 3.

Ely, John Hart (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Erdos, David (2013). "New Zealand: Abandoning Westminster?", in Denis James Galligan & Mila Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press.

Ferejohn, John A. & Barry R. Weingast (1992). "A Positive Theory of Statutory Interpretation". *International Review of Law and Economics*, vol 12.

Ferejohn, John & Barry Weingast (1992). "Limitation of Statutes: Strategic Statutory Interpretation". *Georgetown Law Journal*, vol. 80, issue 3.

Ferreres Comella, Víctor (2004). "The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism". *Texas Law Review*, vol. 82.

Figueroa, Rodolfo (2009a). "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, n.° 3.

Figueroa, Rodolfo (2009b). "Justificación del rol de las Cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, n.º 2.

García G. José Francisco y Sergio Verdugo R. (2013). *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?* Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo.

Gardbaum, Stephen (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*. Cambridge University Press.

Gardbaum, Stephen (2020): "Comparative Political Process Theory". *International Journal of Constitutional Law*. vol 18 issue 4.

Gauri, Varun, & Daniel M. Brinks (2008). "The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights", in Varun Gauri & Daniel M. Brinks (eds.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press.

Geiringer, Claudia (2019). "When Constitutional Theories Migrate: A Case Study". *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, issue 2.

Goldsworthy, Jeffrey (2018). "The Implicit and the Implied in a Written Constitution", in Rosalind Dixon & Alec Stone (eds.). *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*. New York: Cambridge University Press.

Hailbronner, Michaela (2017). "Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 65, issue 3.

Hiebert, Janet L. (2006). "Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?". *Modern Law Review*, vol. 69, issue 1.

Hoffman, Florian & Fernando Bentes (2008). "Accountability for social and economic rights in Brazil", in Varun Gauri & David M. Brinks (eds.). *Courting Social Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.

Hogg, Peter W. & Allison A. Bushell (1997). "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)". *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, issue 1.

Hogg, Peter W., Allison A. Bushell & Wade K. Wright (2007). "Charter Dialogue Revisited-Or "Much Ado About Metaphors". *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, issue 1.

Holmes, Stephen & Cass Sunstein (1999). *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company.

Kavanagh, Aileen (2015). "What's so weak about "weak-form review"? The case of the UK Human Rights Act 1998". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, issue 4.

Kawagishi, Norikazu (2007). "The Birth of Judicial Review in Japan". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, issue 2.

Kenny, David & Conor Casey (2020). "Shadow Constitutional Review: The Dark Side of Pre-Enactment Political Review in Ireland and Japan". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, issue 1.

Khaitan, Tarunabh (2018). "Directive principles and the expressive accommodation of ideological dissenters". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, issue 2.

Khaitan, Tarunabh (2019). "Constitutional Directives: Morally-Committed Political Constitutionalism". *Modern Law Review*, vol. 82, issue 4.

Klare, Karl E. (1998). "Legal Culture and Transformative Constitutionalism". *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, issue 1.

Landau, David (2012). "The Reality of Social Rights Enforcement". *Harvard International Law Journal*, vol. 53, issue 1.

Landau, David & Rosalind Dixon (2020). "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy". *UC Davis Law Review*, *Forthcoming*, vol. 53.

Law, David S. (2011). "Why has Judicial Review Failed in Japan?". *Washington University Law Review*, vol. 88, issue 6.

Martínez, José I. (2010). "Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena". *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n.° 2.

Matsui, Shigenori (2011). "Why is the Japanese Supreme Court so Conservative?". *Washington University Law Review*, vol. 88, issue 6.

Orgad, Liav (2010). "The Preamble in Constitutional Interpretation". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, issue 4.

Palmer, Sir G. (2019). "Preparing a Written, Codified Constitution for New Zealand: Is there a Need that can be Met?", in Richard Albert & Joel Colón-Ríos (eds.). *Quasi Constitutionality and Constitutional Statutes.* New York: Routledge.

Prebble, Rebecca (2005). "Constitutional Statutes and Implied Repeal: The Thoburn Decision and the Consequences for New Zealand". *Victoria U. Wellington Law Review*, vol. 36, issue 2.

Ramseyer, J. Mark & Eric B. Rasmusen (2001). "Why are Japanese Judges so Conservative in Politically Charged Cases?". *American Political Science Review*, vol. 95, issue 2.

Roa Roa, Jorge (2019). *Control de Constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador.* Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

Sanchez Urribarri, Raúl A. (2011). "Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court". *Law & Social Inquiry*, vol. 36, issue 4.

Satoh, Jun-ichi (2008). "Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight". *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 41 issue 2.

Scheppele, Kim Lane (2005). "Democracy by Judiciary. Or, why Courts Can be More Democratic than Parliaments", in Adam Czarnota, Martin Krygier & Wojciech

Sadurski (eds.). *Rethinking the Rule of Law After Communism*. Budapest: Central European University Press.

Shinar, Adam (2013). "Accidental Constitutionalism. The Political Foundations and Implications of Constitution-Making in Israel", in Denis James Galligan & Mila Versteeg (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press.

Soto, Sebastián (2014). "Derechos sociales y la eficacia de su constitucionalización: Un análisis aplicado", en José Francisco García García (ed.). *¿Nueva Constitución o reforma? Nuestrapropuesta: Evolución constitucional*. Santiago: Legal Publishing / Thomson Reuters.

Stone, Alec (1992). *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*. New York: Oxford University Press.

Stone, Bruce & Nicholas Barry (2014). "Constitutional Design and Australian Exceptionalism in the Adoption of National Bills of Rights". *Canadian Journal of Political Science*, vol. 47, issue 4.

Tremblay, Luc B. (2005). "The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures", in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, issue 4.

Tushnet, Mark (2004). "Marbury v. Madison Around the World". *Tennessee Law Review*, vol. 71.

Tushnet, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

Tushnet, Mark (2011). "The Rise of Weak-Form Judicial Review", in Tom Ginsburg & Rosalind Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Verdugo, Sergio (2013). "La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes. Diseño institucional y modelos constitucionales". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.° 1.

Verdugo, Sergio (2019). "The Fall of the Constitution's Political Insurance. How the Morales Regime Broke the Insurance of the 2009 Bolivian Constitution". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, issue 4.

Verdugo, Sergio (2021). "Limited Democracy and Great Distrust. John Hart Ely in Latin America". *International Journal of Constitutional Law*, Forthcoming.

Waldron, Jeremy (1999). *Law and Disagreement*. Oxford University Press.

Waldron, Jeremy (2006). "The Core of the Case Against Judicial Review". *The Yale Law Journal*, vol. 115.

Weis, Lael K. (2017). "Constitutional Directive Principle". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, issue 4.

WHITTINGTON, Keith E. (2003). "Legislative Sanctions and the Strategic Environment of Judicial Review". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, issue 3.

ZACHIN, Emily (2013). *Looking for Rights in all the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO 9 - N° 17 - OCTUBRE DE 2020

Revista del Centro de Justicia Constitucional
ISSN 0719-2959
www.derechoiberoamericano.cl

Presentación

Estudios

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Ligia de Jesus Castaldi; El caso Manuela y Las 17+ contra El Salvador: Un fraude ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la comunidad internacional

Teoría política y constitucional

Juan Fernando Segovia: Democracia, tolerancia religiosa y libertad de conciencia en Baruch de Spinoza y Pierre Bayle

Alejandro Lago Torres: El extraño sistema semipresidencialista entre el mito y la realidad ¿es adecuado para Chile?

Diego Miranda Reyes: ¿Los enemigos de tus enemigos son tus amigos? Abuso del derecho y neoconstitucionalismo. Comentarios a propósito de un proyecto de reforma constitucional

Derecho constitucional privado

Germán Ovalle Madrid: Origen y evolución de la teoría de la simulación de los negocios jurídicos en el derecho español

Arturo Salazar Santander: Orígenes y desarrollo de la *laesio enormis* y la doctrina del precio justo

Comentarios de jurisprudencia

Eduardo Soto Kloss: El decaimiento en el derecho administrativo chileno: ¿extinción del procedimiento administrativo? ¿extinción del acto administrativo? Del derecho como literatura de ficción

Recensiones

Fernando Gil Cantero: *La experiencia común* de Giuseppe Capograssi

Instrucciones para los autores

ÍNDICE
REVISTA *IUS PUBLICUM* N.º 45/2020
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Estudios

Fernando Moreno Valencia: *Reflexiones sobre la democracia, sociedad y valores*
Héctor H. Hernández: *Garantismo abolicionista y falsa compasión*
Sixto Mihura: *La violación de la justicia (Apuntes genéricos)*
Eduardo Soto KLoss: *Aún sobre la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos en el Derecho chileno*
José Luis Lara A. y Florencia Portales P.: *Administración del Estado y Covid-19: Análisis y Crítica*

In Memoriam

Fernando Moreno Valencia *(8.5.1936-10.5.2020)*
Padre Pedro de la Noi Ballacey *(28.6.1935-20.5.2020)*

Crónica

Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas:* Axel Kaiser, Ricardo Escobar, Jorge Bofill, Enrique Navarro Beltrán, Sebastián Soto Velasco, Natalia González, Carlos Peña, Pedro Trevijano, José Antonio Guzmán Cruza

Documentos

Magisterio pontificio: Papa Francisco: Mensaje a los miembros de la Asociación de Prensa Católica con motivo de la Conferencia de Medios Católicos (30 de junio al 2 de julio) sobre el tema "Juntos mientras estamos separados" 30 de junio de 2020. Discurso a los participantes en el Congreso Internacional "La riqueza de los años", Sala Regia, viernes, 31 de enero de 2020. Discurso a los participantes en el Seminario "Nuevas Formas de Solidaridad", organizado por la Pontificia Academia de las Ciencias Sociales Casina Pío IV, miércoles, 5 de febrero de 2020. Carta del Papa Emérito Benedicto XVI con motivo de los 100 años del nacimiento del Papa San Juan Pablo II, Ciudad del Vaticano, 4 de mayo de 2020. Magisterio episcopaL: Las llagas de Cristo... y

de la Iglesia (Mons. Héctor Aguer). Obispos de Estados Unidos a la Corte Suprema: "Nuestro sexo es parte del plan de Dios para la creación y para nuestras vidas". Varia: Lo que un católico debe saber sobre el calentamiento global. (Stefano Fontana).

Actualidades

Chile:
I. Recuerdos Históricos
II. La revolución de octubre de 2019

Jurisprudencia

Corte Suprema (13.4.2020). Namoncura Godoy, Clodomiro c/Superintendencia de Seguridad Social (Nulidad de derecho público acogida/¿imprescriptible?) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)
Corte Suprema (23.6.2020). Luna Oviedo c/Municipalidad de San Javier (Revocación acto administrativo/improcedencia) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)
Segundo Juzgado de Familia de Santiago (8.6.2020). Reclamación de filiación de hijo de dos personas del mismo sexo femenino (Comentario de Hernán Corral Talciani)
Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 7774-2019 (25 de junio de 2020). Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 12, inciso final, de la Ley No 20.830 y de la frase "Siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer" contenida en el artículo 80, inciso primero de la Ley n.o 19.947 (Comentario de Hernán Corral Talciani)
Corte Suprema (29.5.2020). Schuster Pinto y otros c/Fisco (condena Fisco por accidente isla J. Fernández muerte ing. Arnolds). Rol 5.572-19, de 29.5.2020 (Nota de Eduardo Soto Kloss)
Corte Suprema de Justicia (11.03.2019). Servitrans Servicio de Limpieza Urbana S.A. c/Municipalidad de Cerro Navia. Licitación pública declarada desierta/ concesión de servicio público de recolección de residuos sólidos domiciliarios y aseo de ferias (Casación en el fondo - Rol 3032-2018) (Luis Alfonso Herrera Orellana)

Recensiones y reseñas bibliográficas

Recensiones de libros
Ediciones *Ius Publicum*

ACTUALIDAD JURÍDICA

Formulario de Suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T. Correo electrónico

Tipo de suscripción

Nueva Renovación 1 año 2 años

Emitir cheque cruzado a nombre de
"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."
por la suma de $ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCIÓN*	1 AÑO (2 revistas)	2 AÑOS (4 revistas)
Nacional	$ 22.000	$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o correo electrónico a:
Ediciones Universidad del Desarrollo

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56 2 299 92 71
Fax: 56 2 299 92 71
E–mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56 41 268690
Fax: 56 41 268669
E–mail: cferrando@udd.cl