

Sergio Diez Urzúa

PERSONAS Y VALORES

SU PROTECCION CONSTITUCIONAL

Editorial Jurídica de Chile

SERGIO DIEZ URZUA

PERSONAS Y VALORES
SU PROTECCION CONSTITUCIONAL

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

PROLOGO

La Constitución Política de 1980 ha sido objeto de numerosos análisis a la luz de la doctrina jurídica constitucional. Paralelamente existen abundantes y notables interpretaciones jurisdiccionales efectuadas por el Tribunal Constitucional, que sientan una orientadora jurisprudencia sobre nuestra ley fundamental. Finalmente, la Constitución ha sido discutida, controvertida y hasta impugnada en el nivel político, sobre todo en lo tocante a la organización constitucional del Estado.

Debe señalarse además que, a diferencia de las otras Constituciones chilenas, ésta fue aprobada por una gran mayoría popular en el plebiscito del 11 de septiembre de 1980 y luego en el plebiscito del 31 de julio de 1989, que ratificó el consenso constitucional, votado a favor por el 85,7 por ciento de los sufragios emitidos.

Esta Constitución, tan discutida como desconocida a veces, es la que ha tenido más respaldo popular en la historia política de Chile.

No obstante la reflexión casi permanente que ha suscitado la Constitución durante los diecinueve años de su vigencia, el punto de vista que aborda el senador Sergio Diez para analizarla es original y no se había destacado ante la opinión pública con fuerza comparable a la que ha tenido el debate sobre la organización política del Estado. En efecto, este libro afirma el contenido valórico de la Constitución, profundiza en las normas que revelan tal contenido, demuestra el carácter obligatorio y aun imperativo de esas normas, y describe el modo como ellas se infiltran en el complejo ramaje ético-jurídico de la Car-

ta, se dedica a reconocer y definir los derechos de las personas y las libertades públicas, para terminar con el estudio de los mecanismos constitucionales de defensa de tales derechos y libertades.

Sergio Diez Urzúa, abogado sobresaliente, parlamentario desde su juventud, senador, prestigiado constitucionalista, profesor del ramo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile y miembro de la Comisión Redactora de la Constitución de 1980, tiene autoridad indiscutible para entrar profundamente en la sustancia de nuestra Carta Fundamental.

La labor del profesor Diez y la de los otros redactores de la Constitución se desarrolla en un período histórico muy singular. Después de todo un siglo sacudido por las luchas y terribles experimentos humanos de las ideologías globales y totales que desgarraron el planeta, se vivía el derrumbe de esas iniciativas, proceso que culminaría con la caída del muro de Berlín. Continentes y naciones habían hecho sus respectivas experiencias en estos sistemas cerrados, totales y agresivos. Chile también había pasado por la prueba, felizmente por corto tiempo y sin llegar a los extremos, pero con graves trastornos sociales y económicos. A raíz de esa experiencia, el país había aprendido a valorar bajo una nueva luz el carácter sagrado de la existencia de las personas, de su dignidad y de su destino.

El valor de las personas como centro y fin de la sociedad, a veces distorsionado por concepciones individualistas y relativistas, comenzaba a abrirse paso de nuevo y a señalarle un camino al mundo actual, ansioso de una vida más digna y más libre para todos los hombres y mujeres.

Hubo consenso en la Comisión Redactora en el propósito de sentar bases definidas y defensas eficaces de los derechos de las personas. Este objetivo no se logró en la Constitución de 1925, cuyo carácter formal permitía que el Gobierno o mayorías pasajeras endosaran constitucionalidad a conceptos, políticas y normativas del todo contrarias al espíritu y esencia del orden constitucional.

La Comisión Redactora, en que el autor tuvo parte decisiva, como lo subraya en estas mismas páginas, advirtió la necesidad de introducir en el texto de la Carta no sólo disposiciones orgánicas, sino firmes principios humanistas que superaran la

neutralidad ideológica de la Constitución de 1925, mediante unas "Bases de la Institucionalidad" que, pudiendo estar implícitas en los antiguos textos constitucionales, llegaron a desconocerse por no existir una formulación expresa de tales principios en la Constitución. La nueva Carta señala tales principios no como un mero enunciado programático, sino como normas dispositivas plenas que obligan imperativamente a su observancia.

"La Constitución de 1980, afirma el autor, es esencialmente una constitución valórica, porque señala los valores sociales preferentes de nuestra sociedad, los explicita y detalla para poder defenderlos, guiar una conducta legislativa y dar una línea de interpretación eficaz para la aplicación de su texto."

En estos valores básicos se apoyan las garantías constitucionales, de tal modo que ellas han de ser interpretadas y respetadas en armonía con aquellas bases de la institucionalidad. El autor añade que la violación de esos principios hará incurrir en los correctivos y sanciones previstos para salvaguardar sus normas, desde los controles preventivos hasta el juicio político y el recurso de protección.

Punto clave de la innovadora tarea de los redactores de la Carta fue determinar si la soberanía, que reside en la Nación, es o no absoluta. El texto demuestra que coincidieron en que la soberanía es limitada en su ejercicio. Así lo dice el inciso 2º del artículo 5º: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Esta norma vigoriza todo el sistema de protección a los derechos que establece la Constitución.

A lo largo del libro el autor se detiene en el análisis pormenorizado de las bases de la institucionalidad, a saber: la libertad originaria; la igualdad en dignidad y derechos; la familia como núcleo de la sociedad; los grupos sociales intermedios; el bien común y la seguridad nacional.

El autor demuestra que éstos puntos básicos no son una referencia de portada o una manifestación meramente declarativa, sino que penetran profundamente en el sistema constitucional y explican y fundamentan las instituciones. Así, por ejemplo, del concepto de libertad nace el respaldo antropológico y jurídico de la propiedad, y a la sombra de ambos principios

surgen las normas protectoras de la libertad de trabajo y empresa, de la libertad de asociarse o de no asociarse y de pertenecer o no a un sindicato. Asimismo, de la libertad e igualdad de los individuos y de la noción de bien común surge la concepción de la subsidiariedad del Estado, que exige por una parte la función activa y vigilante de la autoridad, y por otra, la no intromisión inútil o perjudicial del Estado que apague o anule la legítima actividad de los particulares. La idea de la subsidiariedad del Estado no implica debilitamiento o degradación del poder del Estado, sino que por el contrario reclama la presencia ágil de éste como defensor genuino del bien común, a fin de que asuma su tarea propia, elevada e insustituible.

Una luminosa explicación del contenido de los derechos de las personas y las libertades públicas extiende ante el lector el amplio y bien trabado sistema de defensa de las personas, que constituye la esencia de la Constitución de 1980. Exposición que se complementa y enriquece con la descripción del orden público económico y con los recursos y acciones constitucionales destinados a dar eficacia a sus normas. La presentación de este cuadro jurídico sólido y armonioso, orientado a la defensa de los derechos de las personas, justifica plenamente el título de este libro: "Personas y valores. Su protección constitucional".

El senador Sergio Diez ha mostrado, con la lucidez de pensamiento que lo caracteriza, la sustancia auténticamente humanista de la Constitución de 1980 y la viva actualidad de sus disposiciones, enteramente acordes con las necesidades y aspiraciones de la sociedad moderna, que se caracteriza precisamente por apostar al desarrollo de las personas en un clima de justicia, libertad y pluralidad.

Esta documentada y esclarecedora investigación trasciende los círculos de especialistas y está llamada a servir a todos aquellos que se interesan por el curso profundo de nuestra vida política y de las instituciones democráticas, así como a muchos ciudadanos que no han tenido la oportunidad de advertir que la Constitución es un instrumento de gran eficacia para la defensa actual de sus libertades y derechos.

ARTURO FONTAINE ALDUNATE.

INTRODUCCION

Es un gran honor comentar a modo de introducción, este libro sobre la Constitución de 1980 que nos brinda el senador Sergio Diez Urzúa, pues se trata de un documento que emana de un hombre que ha destinado una parte importante de su vida al servicio público, a la enseñanza y a la reflexión sobre el Derecho, en general, y la estructura del Estado, en particular. Unese a éstas, de por sí, sobresalientes características, que el comentario a la Constitución de 1980 proviene, además, de uno de sus autores más destacados.

Sergio Diez Urzúa inició su carrera política en el año 1957, siendo durante tres períodos diputado, para luego ser elegido senador en el año 1973. Durante el Gobierno de las Fuerzas Armadas y Carabineros fue Embajador ante la Organización de las Naciones Unidas, siendo luego elegido en el año 1989 Senador por la XV Circunscripción (Novena Región de la Araucanía Sur) y reelecto en el año 1997. En la Cámara alta ha jugado un rol determinante en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento como en la Comisión de Educación, siendo Presidente del Senado entre los años 1996 y 1997. Esta dilatada y fructífera vida pública, unida a una exitosa actividad profesional como abogado, ha otorgado a Sergio Diez Urzúa una profundidad y amplitud de análisis sobresaliente, que le permite mantenerse fiel a los principios básicos de nuestra sociedad cristiana occidental aún en los temas más complejos, como percibir con facilidad las implicancias prácticas de las regulaciones jurídicas en el campo político, social y económico.

Sin embargo, una de sus labores más perdurables ha constituido la enseñanza y el trabajo legislativo, que se ha expresado en el desarrollo de su vocación como profesor universitario y de gestor intelectual de numerosos e importantes cuerpos legales.

De esta manera, el estudio de la Constitución de 1980 que nos entrega el profesor y senador Sergio Diez Urzúa, tiene la virtud de unir en una persona el conocimiento teórico de las aulas, el jurídico del abogado de foro con las vivencias y la práctica respecto de las normas jurídicas del hombre público.

El senador Diez Urzúa tiene el honor de poder decir que la Constitución de 1980 empezó a gestarse en su oficina profesional. Esto es tal, pues incluso antes que la Junta de Gobierno nominara oficialmente a quienes integrarían la comisión encargada de estudiar y redactar la Constitución de 1980, mediante el Decreto Supremo N^o 1.064 de fecha 12 de noviembre de 1973, el hasta entonces senador Sergio Diez Urzúa, versado en estas materias y respetado por sus conocimientos, ya se le había encargado, junto a los profesores Jaime Guzmán Errázuriz, Enrique Ortúzar Escobar y Jorge Ovalle Quiroz, integrar una comisión de reforma Constitucional para Chile. Así, este grupo, al cual se unirían luego otros connotados profesores universitarios, se reunió el 24 de septiembre de 1973, eligiéndose, a proposición del senador Sergio Diez Urzúa, a don Enrique Ortúzar Escobar presidente de la entonces "Comisión Constituyente". Interesante es destacar, que de los miembros de la Comisión de Estudio únicamente el actual senador Sergio Diez Urzúa se encontraba en posesión de un cargo parlamentario a septiembre de 1973, lo que permitió conciliar adecuadamente los conocimientos doctrinarios con la práctica constitucional y la técnica legislativa.

En dicha primera sesión de trabajo, don Sergio Diez Urzúa señaló que "a su juicio, la Comisión está abocada al estudio de una nueva Constitución y no sólo a introducirle enmiendas de parche a la actualmente vigente", visión que sería señera y que se impondría en definitiva. Igualmente sostuvo la necesidad de precisar en quién residiría la soberanía de la nación y cuál sería la proporción de dicha soberanía que correspondería al sufragio universal. Si bien estimó importante la participación de los gremios y organismos colegiados, ésta debía ser minoritaria y para

fines específicos. Además, fue partidario de establecer leyes de carácter normativo y general y de incorporar "leyes constitucionales de categoría especial", aumentando la potestad reglamentaria del Presidente de la República y estableciendo un estricto control de constitucionalidad. A la luz de la realidad imperante, consideró indispensable incorporar en el texto constitucional un estatuto de los partidos políticos, precisando que debían organizarse democráticamente y dedicarse únicamente a sus fines propios. Requirió, igualmente, un estatuto que regulara la participación de las Fuerzas Armadas en la Constitución, pues ello "era evidente y plausible en este momento de nuestra historia".

De esta manera, la Constitución de 1980 recibió en materias trascendentales la gran influencia del comisionado Sergio Diez Urzúa, realizando en esta Comisión una fructífera labor, interrumpida sólo por el ejercicio de sus labores diplomáticas ante la Organización de las Naciones Unidas.

El libro objeto de este comentario tiene la virtud de estar escrito por un experto en Derecho Constitucional en un lenguaje y con un estilo que lo hace accesible también a quien no domine con profundidad estas materias. Así, el autor aprovechando su experiencia académica, realiza plenamente su cometido de difundir el porqué de las normas constitucionales, cómo dichos preceptos se han plasmado en normas legales, los debates parlamentarios a que han dado lugar su concreción en el campo legal e igualmente la forma como el Tribunal Constitucional ha resuelto estos conflictos de constitucionalidad.

Especial dedicación le ha otorgado el senador Sergio Diez Urzúa a las Bases de la Institucionalidad, pues la Constitución actual difiere, en forma radical, de las Constituciones chilenas previas, no sólo porque está anclada en el concepto de la libertad individual, sino porque el ser humano y su dignidad constituye el fundamento y legitimación del actuar jurídico. En este aspecto, y gracias a la influencia de Sergio Diez Urzúa y de otros comisionados, nuestra Constitución tiene un marco valórico que necesariamente debe ser considerado por el intérprete, pues ella no es una simple estructuración y organización del poder, toda vez que reconoce los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como fuente y limitación del ejercicio del poder soberano.

En este sentido, la libertad individual garantizada en todos los ámbitos, expresada con especial fuerza como el derecho activo a elegir en aspectos políticos, económicos, culturales, etc., pero también con energía como el derecho pasivo a no ser conminado a ejercer dicha libertad y, por tanto, a no asociarse, expresarse, etc., es una característica que el autor analiza con detención, especialmente en materia económica.

Otra de las características relevantes de nuestra Constitución está dada por una especial preocupación por evitar que el Estado de Derecho pudiera ser desbordado. A esta idea obedece el surgimiento de nuevos órganos constitucionales, tales como el Banco Central y el Consejo de Seguridad Nacional, pero también el fortalecimiento del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República.

La obra del senador Sergio Diez Urzúa es especialmente interesante, pues brinda una interpretación de la Constitución por uno de sus más destacados autores, aporta un estudio concordado de dichas normas con cuerpos legales actuales y proporciona sólidos fundamentos para defender sus principios y valores.

TEODORO RIBERA NEUMANN
Doctor en Derecho

NOTA DEL AUTOR

Este libro pretende introducir a la opinión pública ilustrada, y no especialista en la materia, en el análisis de los principios básicos y motivaciones de la Constitución Política de la República, ley fundamental sobre la que estamos construyendo nuestra democracia.

Creemos que esta publicación es oportuna porque se ha hecho evidente, en diversos conflictos suscitados en la vida política o entre los diversos órganos del Estado, el desconocimiento de la Constitución.

En la polvareda de interpretaciones más o menos doctas o más o menos apasionadas, originadas en el debate político y reproducidas por la prensa, se ha desconocido a menudo el verdadero espíritu y los valores permanentes que nuestra Constitución juzga necesario y beneficioso esclarecer y defender.

He participado como protagonista o testigo directo de muchos hitos históricos de los últimos 50 años. En particular, formé parte de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, que redactó el proyecto constitucional de 1980, como Profesor de Derecho Constitucional la he enseñado, y como Presidente del Senado he debido interpretarla y defenderla a menudo en el Senado de la República.

Pienso que de la lectura de estas páginas se podrá apreciar que la Constitución de 1980, que fue precedida de una profunda crisis constitucional y nació de las cenizas de nuestro Estado de Derecho, es comparable a las Constituciones más modernas de las actuales democracias occidentales y es la causa primordial de nuestra estabilidad política, del desarrollo social y del auge económico que nuestro país exhibe.

Septiembre de 1999

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES
DE LA CONSTITUCION DE 1980

A) REALIDAD JURIDICO-POLITICA

La Constitución de 1980 marcó profundas modernizaciones en el Estado chileno.

Es precisamente esta Constitución, tan discutida a veces en aspectos intrascendentés u orgánicos, la que dio nacimiento a los más modernos conceptos del Estado y a su nuevo funcionamiento acorde a los tiempos en que vivimos, conceptos que en parte importante no existían en las Constituciones que la precedieron.

En efecto, materias tales como las limitaciones del Estado, como un todo, frente a las personas, y los medios de defensa de las personas frente al Estado; las obligaciones de proteger la naturaleza y preservar el medio ambiente, por citar ejemplos relevantes, son disposiciones novedosas de esta Constitución.

En la Constitución de 1925, a la que llamaríamos “neutra o mecánica” no se encuentra ninguna disposición que se refiera al fin del Estado ni a su esencia; sus disposiciones se reducían a organizar el funcionamiento de los poderes y órganos del Estado. Este sentido limitado y eminentemente práctico de sus disposiciones desembocó en definitiva en una profunda crisis institucional y permitió confundir el Estado con la sociedad, de tal modo que lo que era bueno para el Estado era bueno para la sociedad, y al ser administrador del Estado un determinado gobierno, resultó en definitiva que lo que era bueno para el gobierno debía ser necesariamente bueno para la sociedad.

La Constitución de 1925 señalaba que la soberanía residía en la Nación y no tenía limitaciones a su actuación; se nos enseñaba que era la fuente del poder y la autoridad suprema y absoluta de la sociedad. En ella el Estado era la cabeza de la sociedad y nada podría suceder sin ser hecho, ordenado o consentido por el Estado.

Así, cuando el Presidente Salvador Allende se propuso hacer de este país un Estado socialista, nada hubo en la Constitución que se lo impidiera. Tampoco hubo obstáculo a otras políticas indeterminadas e inciertas, como la llamada vía no capitalista para el desarrollo. De esta manera, multitudes de personas que desconocían en realidad el contenido de estas teorías o francamente las rechazaban, se vieron empujadas inexorablemente a cambios sustanciales en su modo de vida y de subsistencia.

El país entero, su sistema político, educacional, la propiedad de los medios de producción, el sistema monetario, y hasta su administración de justicia, no encontraron en nuestra Carta Fundamental los asideros sólidos que les permitieran resistir en forma eficiente los avatares de estos ensayos políticos que los arrastraban tras sí.

Agravó la situación anterior la inexistencia de mecanismos que garantizaran el gobierno de la mayoría, porque no existía una disposición que obligara a la segunda vuelta en la elección presidencial cuando ninguno de los candidatos obtuviere la mayoría absoluta, permitiendo con ello que asumiera el poder un gobierno de minoría, lo cual es especialmente relevante en un país en que una gran parte de la soberanía está delegada precisamente en el Presidente de la República.

Lo anterior nos lleva a hacer una declaración que quizás sorprenda al lector: la Constitución de 1925 no era esencialmente una constitución democrática, conforme a nuestro modo de pensar.

Decía al respecto el profesor constitucionalista don José Luis Cea, en febrero de 1977, que:

“en la Constitución de 1925 quedaron por desgracia deficiencias preceptivas que, no siendo numerosas, eran potencialmente cruciales. Estaban concentradas de preferencia

en la parte orgánica de ella y, en su esencia, pueden resumirse diciendo que posibilitaban la imposición de la voluntad de la minoría a la correspondiente de la mayoría.

Este defecto entrañaría ulteriormente las peores consecuencias para la legitimidad, estabilidad y eficacia del régimen constitucional. Pues si la minoría estaba en situación de dominar el sistema sin quebrar formalmente el marco legislativo fundamental, *ello significaba que la Carta no era realmente democrática*, adolecía de auténtica legitimidad y por la superposición de tensiones que provocaría al ser implementada llevaría en sí el motivo de su propia destrucción”.¹

B) BASES CONCEPTUALES

Los pueblos contemporáneos tienen un problema esencial que dilucidar. De la respuesta que den a este problema va a depender en gran medida su propia permanencia en democracia y su propia estabilidad social. Me refiero a las bases en que está fundada la sociedad.

Hay personas que afirman que la sociedad está fundada principalmente en el respeto a la dignidad y a la libertad de las personas, y que esto excluye toda posibilidad para la sociedad como tal, de una búsqueda de la verdad, y para la legislación de esa sociedad, de imponer normas éticas. En el nombre de la libertad, estiman quienes creen que las normas éticas objetivas representan un matiz totalitario, obscurantista o conservador, que lo esencial es que el hombre decida todo por sí mismo, y que su ética sea determinada fundamentalmente por el consenso, es decir, creen en una ética relativista.

Otro grupo de personas sostiene, en cambio, que existen valores que podríamos llamar absolutos, más bien definitivos, que son objetivos y que no pueden ser cambiados por el consenso. Estas personas creen que ni aun la soberanía ejercida

¹ José Luis Cea, “Contribución al Estudio de una Nueva Constitución para Chile”, volumen 4, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1977, pág. 164.

plenamente podría modificar los valores que emanan de la naturaleza del hombre, tales como su derecho a la vida, a su dignidad, a su libertad, lo que llamamos fundamentalmente “derechos humanos”.

Los relativistas se autodenominan “progresistas” y evidentemente respetan los derechos de las personas; sin embargo, debilitan fundamentalmente su base. Si no hay valores objetivos y todo depende del criterio subjetivo de cada persona, ¿cuáles serían los fundamentos “sólidos” de los valores que se llaman “derechos humanos”? Suele sostenerse, en respuesta a esta interrogante, que en realidad estos valores existen, pero son contruidos por factores externos, sociales, económicos, históricos, etc., que no tienen objetividad en sí mismos, es decir, no están relacionados con la naturaleza del hombre.

Esta tesis proporciona una muy débil base a los derechos humanos. Recordemos la historia: ¿acaso no fueron esos factores externos expresados en mayorías las que impusieron los regímenes totalitarios de Alemania y de Italia después de la Primera Guerra Mundial? Nadie puede negar hoy, a la luz de investigaciones históricas formales, que hubo consenso en la forma como se ordenaron y administraron esos países, cuyos regímenes causaron a la humanidad tanto dolor, injusticia, muerte e ignominia.

Entonces, si no es garantía suficiente la mayoría electoral, que puede variar de una elección a otra, y tampoco el consenso, que también obedece a signos externos, que los tiempos han demostrado poseen cambiante fragilidad, ¿qué queda como base de los derechos humanos en la conciencia de cada uno y, en consecuencia, en la sociedad?

Lo absoluto, lo firme, es fundamento indispensable de una sociedad bien constituida. Si lo absoluto no existe, todo es cambiante, incluso la concepción del hombre y sus derechos; nada hay fundamental, nada hay inmutable. La existencia de valores permanentes y, por decirlo de alguna manera, absolutos y no relativos, es mirada entonces como un desprecio a la libertad, a la dignidad de cada uno, al derecho de discernir de cada persona, y no como garantía de su permanencia.

Si no hay valores objetivos sociales y sólo existen los valores subjetivos individuales, de acuerdo a las tesis de los relati-

vistas, puede sostenerse que limitar la soberanía por los derechos que emanan de la naturaleza humana es un error, porque significa reconocer algo que es objetivo: la naturaleza humana.

La afirmación con carácter de evidencia es, en resumen: si no existen valores objetivos y todo es relativo, es débil la base de la sociedad y en consecuencia el respaldo a los derechos del hombre. La democracia contemporánea debe responder al dilema planteado. La Constitución Política de 1980 ha tomado el partido de una Constitución valórica; es decir, se ha edificado sobre valores objetivos y permanentes y, por lo tanto, ha puesto fin a esa ambigüedad existente entre los derechos del hombre y la soberanía popular, conceptos que nacieron con la Revolución Francesa, propulsora e inventora de ambos.

Los “progresistas” que realmente quieran defender contra los avatares de la historia el concepto del hombre, de su dignidad y de sus derechos, tienen que admitir que éstos son valores objetivos, y que, en consecuencia, el relativismo puede aplicarse a la moda, a las costumbres, pero no puede ser aplicado a los valores en sí mismos.

Si los derechos del hombre son absolutos, la soberanía no puede ser absoluta. Nuestra Constitución eligió este camino, al establecer que la soberanía no es absoluta, que está limitada “por los derechos que emanan de la naturaleza del hombre”.

Ese artículo de la Constitución, que, dicho sea de paso, fue inicialmente propuesto por el autor de estas líneas, señala la filosofía central de nuestra Carta Fundamental. De ahí se desprenden algunos conceptos fundamentales que vamos a analizar con mayor amplitud más adelante: el concepto acerca de la finalidad del Estado, que es promover el bien común; el concepto de que los hombres nacen “iguales en dignidad y derechos”; el concepto de que la Constitución reconoce derechos anteriores a sí misma. Lo cambiante, lo relativo, pueden ser las disposiciones orgánicas constitucionales, que dicen relación con el manejo político de las sociedades, pero las líneas gruesas de convivencia esenciales en una Constitución Política, son permanentes y definitivas; son “cláusulas pétreas”, como las llamaría un constitucionalista moderno, y no pueden ser modificadas por la soberanía, porque ella está limitada en la propia Consti-

tución por el poder constituyente originario, en otras palabras, por los “derechos del hombre”.

Nuestra Constitución es, en efecto, como lo hemos demostrado y como nadie discute, una Constitución humanista, es decir, una Constitución basada en el hombre y en su naturaleza, pero también esta línea plantea otra incógnita: ¿de qué humanismo estamos hablando?

Al respecto, y frente a las principales corrientes espirituales de la cultura occidental en relación al humanismo, me permito citar, como introducción al tema, parte de un artículo del profesor Henri Hude, doctor en Filosofía de la Universidad de Sorbona, titulado “En torno al respeto”, publicado por la *Revista Humanitas* de la Pontificia Universidad Católica de Chile:

“Nos encontramos en un punto preciso de fricción entre las dos principales corrientes espirituales de nuestra época, un humanismo cristiano y un humanismo antropocéntrico. Están ligados por la misma inspiración humanista, por el mismo deseo de cultivar, liberar y salvar la naturaleza humana, por la misma aspiración a la divinización y a la libertad infinita, pero ambas corrientes son inevitablemente divergentes. Para los humanistas antropocéntricos Dios es la humanidad y el hombre se diviniza a sí mismo tomando conciencia de su ser o procurando crearse. Los cristianos verán en esta concepción la forma indudablemente más noble, pero también más esencial, del orgullo. Entre tanto, una vez disociado de todo panteísmo, el tema de respeto del hombre-dios no dejaba de encontrar profunda resonancia en quienes creen que Dios se hace hombre en Jesucristo.

De ahí surge en nuestra cultura la mezcla de dos formas de respeto a la persona humana, por una parte el respeto de la persona humana, es decir, la humanidad entendida como una especie de principio divino inmanente a la humanidad misma; por otra parte, el respeto cristiano de las personas humanas en razón de su dignidad de criaturas y del hecho de asumir Dios la naturaleza humana en la encarnación. Así, en nuestra cultura, el respeto del hombre es una noción ambigua. Probablemente la noción del derecho humano participa también de esta ambigüedad: ciertamen-

te si el hombre no es Dios no podemos atribuirle el tipo de respeto propiamente debido sólo al primer principio; pero es lícito preguntarse si es posible respetar por mucho tiempo al hombre cuando únicamente lo respetamos a él".²

En los debates de la Comisión Constituyente quedó absolutamente en claro que estábamos hablando de un humanismo cristiano, y si no incluimos en él las definiciones expresas de respeto al derecho natural, se debió a que no quisimos que la Constitución tomara partido en una controversia de carácter filosófico o metafísico, además de político. Los constituyentes estábamos formados por el concepto de una sociedad cristiana, y en el debate de innumerables instituciones se dejó constancia que el sentido que tienen algunas como el matrimonio, la propiedad, la libertad, etc., es precisamente el sentido que el cristianismo les atribuye.

Por otra parte, y a mi juicio, no cabe duda que Chile es una sociedad cristiana, y que, aunque una fracción de su población no forma parte de las iglesias cristianas, la cultura general de la sociedad, aun de estos grupos disidentes, en su forma de vivir y de pensar tiene como sustrato de fondo el concepto de una sociedad occidental y cristiana.

Esta base filosófica se dejó consignada expresamente entre las motivaciones del antecedente constitucional inmediato del actual Capítulo I de la Constitución, "Bases de la institucionalidad", cual fue el Acta Constitucional N° 2, "Bases esenciales de la institucionalidad chilena", aprobada por el Decreto Ley N° 1.551, de 1976.

El considerando 4° letra a) de esa Acta Constitucional dispuso que entre los valores esenciales en que estas bases se sustentan, coincidentes con la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno de Chile, de 11 de marzo de 1974, se encontraba:

"a) La concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad, que considerará a aquél como un ser dotado

² Henri Hude, "En torno al respeto", *Revista Humanitas*, Pontificia Universidad Católica de Chile, tomo V, pág. 88.

de una dignidad espiritual y de una vocación trascendente, de las cuales se derivan para la persona derechos naturales anteriores y superiores al Estado, que imponen a éste el deber de estar a su servicio y de promover el bien común.

Dentro de esta concepción, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y es deber del Estado protegerla y propender a su fortalecimiento, como asimismo es deber suyo reconocer a los grupos intermedios entre el hombre y el Estado, conforme al principio de subsidiariedad”.

En cualquier caso, lo que nos interesa subrayar en este momento es el hecho de que nuestra Constitución es humanista, y no relativista; valórica, y no neutra.

Su Santidad el Papa Juan Pablo II al dirigirse al Consejo Pontificio de Justicia y Paz, en noviembre de 1996, sobre el tema “Democracia y Valores”, expresó:

“El tema central de vuestra asamblea plenaria es la relación entre la democracia y los valores, que ya he recordado muchas veces. Se trata de una serie de cuestiones entre las más actuales y decisivas para *mantener y mejorar* los sistemas democráticos. La doctrina social de la Iglesia *condena todas las formas de totalitarismo*, puesto que niegan la dignidad trascendente de la persona humana (cf. *Centesimus annus*, 44); y, además, *expresa su estima por los sistemas democráticos* (cf. *ib.*, 46), concebidos para *asegurar la participación de los ciudadanos* (cf. *Gaudium et spes*, 75), según el sabio criterio del *principio de subsidiariedad*. Este principio supone que el sistema político reconoce el papel esencial de las personas, de las familias y de los diferentes grupos que componen la sociedad civil.

Sin embargo, existe un motivo de inquietud: en numerosos países la democracia, tanto si se ha afirmado después de mucho tiempo como si ha comenzado recientemente, puede correr peligro por puntos de vista o conductas que se inspiran en la indiferencia o el relativismo en el campo moral, ignorando el auténtico valor de la persona humana. Una democracia que no se funda en los valores propios de

la naturaleza humana corre el riesgo de comprometer la paz y el desarrollo de los pueblos”.³

Estas consideraciones también motivaron a la Constitución de 1980, nacida después de la más profunda crisis de nuestra historia, a preocuparse no sólo de lo orgánico, sino, además, de introducir en su texto los principios filosóficos básicos que inspiran la organización social de la República. Esos mismos principios que, aunque considerados tácitamente implícitos desde siempre en nuestra sociedad humanista, no habían sido respetados, porque no tenían apoyo claro en el texto de la Constitución.

La Comisión Constituyente discutió largamente la conveniencia o inconveniencia de redactar un articulado que contuviera los principios básicos que la motivaban. Hubo posturas dentro de ella contrarias a introducir en la Carta Fundamental declaraciones teóricas o doctrinales, pero la mayoría constató su necesidad. Se decidió incluirlos en los primeros artículos para señalar claramente que ellos eran los inspiradores, con el fin de que su contenido iluminara la interpretación de las normas siguientes.

El solo nombre del Capítulo I: “Bases de la institucionalidad”, señala la importancia que le dio el constituyente y también la esfera de su aplicación, que evidentemente está extendida a toda la Constitución.

La necesidad de que este capítulo contuviera reglas que consagraran principios básicos de orientación del ordenamiento constitucional fue apoyada, en mayor o menor medida, por todos los miembros, y la discusión se centró en la forma de introducirlos para darles un efecto normativo claro y determinante.

El autor de estas líneas incluso afirmó en esa oportunidad que, siendo enemigo de las declaraciones teóricas, era partidario de establecer en el texto constitucional no sólo la declaración de principios como una declaración programática, sino también como una parte dispositiva:

³Juan Pablo II, “Democracia y Valores”, *Revista Humanitas*, Pontificia Universidad Católica de Chile, tomo V, pág. 147.

“Confiesa que una de las cosas que más le preocupa es que la colectividad, cuando cambie este concepto humanista por otro, tenga conciencia de lo que está cambiando y que, en consecuencia, necesita modificar o el preámbulo o la declaración de principios de la Constitución, y que no se pretenda usar esta misma Constitución concebida con un criterio humanista, para construir un régimen absolutamente contrario a la idea fundamental que tuvo en vista el constituyente. En este orden, el Gobierno anterior expresó que usaría la ‘legislación burguesa’ para construir una sociedad totalmente contraria a la idea matriz de la Constitución, interpretación que es inaceptable”.⁴

La diferencia de interpretación entre lo programático o meramente declarativo y lo dispositivo que manda, prohíbe o permite, es en la vida moderna muy difusa, ya que ciertas disposiciones para unos resultan meramente programáticas y para otros son imperativas. Por eso, es necesario reafirmar el carácter imperativo e imponer las sanciones posibles para resguardar los principios y evitar que ellos aparezcan como meras declaraciones programáticas.

Pero aun cuando en algunas ocasiones no puedan imponerse medidas coercitivas, por la naturaleza de una disposición, vale la pena consagrar en el texto algunas disposiciones que contengan principios fundamentales, con la intención de orientar la vida de la Constitución, su interpretación, la jurisprudencia y la vida política.

La Constitución de 1980 es esencialmente una constitución valórica, porque señala los valores sociales preferentes de nuestra sociedad, los explicita y detalla para poder defenderlos, guiar una conducta legislativa y dar una línea de interpretación eficaz para la aplicación de su texto.

Los valores que señala la Constitución Política de 1980 sirven de marco de referencia para determinar, en definitiva, lo que es políticamente legítimo, y se han estructurado en base a principios y garantías

⁴ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 1, capítulo primero, septiembre 1973 a julio 1974, Sesiones 1-54. Talleres Gráficos Gendarmería de Chile, Santiago 1975. Sesión 37, celebrada en 2 de mayo de 1974, pág. 12.

que recorren todo el campo de la vida y actividad de las personas en los ámbitos sociales, culturales, económicos, etc.

En su articulado específico, las garantías constitucionales son desarrolladas de acuerdo con los valores contenidos en la Constitución, señalándose en forma precisa las posibles limitaciones a su ejercicio, que son de carácter excepcional y por tener tal carácter, siempre deben interpretarse restrictivamente.

Por otra parte, la conveniencia de contener principios y valores en el texto constitucional es que permite difundirlos, compartirlos, enseñarlos, y así facilitar la organización de la sociedad en torno a ellos. Del grado de correspondencia entre los valores que se promueven y las instituciones llamadas a hacerlos efectivos dependerá, en gran medida, la estabilidad y la coherencia de la República.

En resumen, los principios y valores que se exponen en nuestra Constitución Política no constituyen una declaración romántica de buena voluntad, sino son parte de la norma que permite ilustrar una interpretación integral, poseen la fuerza vinculante aun en ausencia de una norma positiva específica, y determinan el marco dentro del cual debe constreñirse el ejercicio de la autoridad.

La violación de estos valores y principios encuentra en la Constitución la corrección o sanción correspondiente, mecanismos tales como el control previo del Tribunal Constitucional; el recurso de inaplicabilidad ante la Corte Suprema; el juicio político y los recursos de amparo y protección.

C) LA SOBERANIA Y SU LIMITACION

La soberanía consiste en la facultad que tiene un pueblo para darse la organización política que estime más conveniente. Facultad originaria, porque no deriva de ninguna autoridad establecida; suprema, porque no tiene otra autoridad superior y es en consecuencia independiente; poder moral, porque precisa el fin de la sociedad que rige y la conducta de personas o grupos. Finalmente su principal característica es que goza de "imperio", que refuerza con medidas de "coacción".

En la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución no hubo duda alguna que la soberanía residía esencialmente en la Nación y tampoco que su ejercicio se hace efectivo por medio de elecciones periódicas o a través del plebiscito y por las autoridades que ella establece. De estos conceptos, quizás lo único que convendría explicar es la última expresión.

De los poderes del Estado, el Poder Judicial, por ejemplo, ejerce soberanía: hace cumplir obligatoriamente sus resoluciones; tiene poder y ese poder emana de la Constitución, pero no directamente del sufragio universal.

Por otra parte, todas las autoridades que la Constitución establece, en forma más cercana o más lejana, se originan desde la Nación, que es el titular de la soberanía.

Hemos citado el Poder Judicial como ejemplo que emana de la soberanía indirectamente, porque, en el caso de los ministros de la Corte Suprema, es el Presidente de la República, elegido por votación popular, el que los designa de las quinas que hace la misma Corte, con acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. A su vez, los ministros que elaboran las quinas han sido también nombrados por un Presidente de la República. La Constitución quiso dejar constancia de que estas autoridades tienen soberanía, es decir, gozan de poder.

Al establecer esta disposición, el constituyente tuvo presente fundamentalmente al Poder Judicial, cuyas resoluciones fueron desconocidas por el Poder Ejecutivo durante los últimos años de la vigencia en plenitud –formalmente– de la Constitución de 1925.

El verdadero debate en esta materia se produjo al analizar la inclusión de la siguiente frase en el texto constitucional:

“el ejercicio de la soberanía reconoce, como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

Esta disposición es nueva. No estaba en las Constituciones anteriores, y tampoco se encuentra en la mayoría de las Constituciones contemporáneas, en la forma y con el alcance que aquí se expresa.

El texto corresponde al concepto general, manifestado tantas veces en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, que la sociedad que se pretende reglar es una sociedad occidental, cristiana y humanista. En consecuencia, el hombre es superior al Estado y al ser el hombre superior al Estado, era necesario y lógico afirmar que el hombre no podía ser atropellado por el ejercicio de la soberanía.

En la sesión 40, celebrada el 14 de mayo de 1974, se dio cuenta de la siguiente indicación del autor de este libro:

“En el orden interno, la soberanía no reconoce otras limitaciones que las que impone esta Constitución, especialmente en lo relativo a las garantías fundamentales”.⁵

Este planteamiento dio origen a un debate acerca de si la soberanía debía ser o no limitada, lo que se discutió en muchas sesiones, y en definitiva se llegó a una conclusión que expresó el profesor constitucionalista don Enrique Evans con mucha claridad en la sesión 49, de 27 de junio de ese año:

“no sólo es legítimo establecer limitaciones a la soberanía sino además conveniente”.⁶

En la misma sesión 49 sostuve que esta disposición:

“nació de una indicación que presenté a la Comisión y que tenía por objeto, primero, dejar constancia de que la soberanía no es absoluta, que tiene limitaciones, y luego, salvar la dificultad que era establecer que la soberanía estaba limitada por el derecho natural, porque eso significaba entrar en un aspecto conceptual que no es conveniente disponerlo en la Constitución”.

⁵ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 1, ya citado, anexo sesión 40, pág. 23.

⁶ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 1, ya citado, sesión 49, pág. 15.

Expresé en seguida que:

“los derechos fundamentales del hombre y su expresión política, que es el régimen democrático, son su limitación, pero no el funcionamiento ni los órganos, ni las garantías, ni la implementación de estas dos cosas. Por eso, le gusta mucho más la redacción propuesta por don Enrique Evans, que dice: ‘la soberanía no reconoce otras limitaciones que las que imponen el régimen democrático y las garantías fundamentales que esta Constitución establece’. Es decir, la soberanía está limitada a la esencia del régimen democrático y no al funcionamiento; está limitada por la esencia de las garantías individuales y no por la forma en que éstas se deben hacer efectivas o la forma cómo se puedan proteger”.

Concluí señalando que:

*“Aquí sólo cabe dejar constancia de la declaración doctrinaria que la soberanía no es absoluta, que está limitada por los derechos fundamentales del hombre y por su expresión política que es el régimen democrático”.*⁷

En el curso del debate, en la misma sesión, el ex senador profesor don Jaime Guzmán manifestó que estaba de acuerdo con la inspiración de este inciso, pero no así con su materialización, porque creía que la soberanía no puede tener ni tiene ningún límite en el campo del derecho positivo:

“Estima que pretender establecer límites en este orden lleva a la doctrina de las llamadas cláusulas pétreas de la Constitución, sistemas de reforma de la Constitución extremadamente exigentes que le parecen irreales y que, además, dificultan la adecuación de la estructura constitucional a la evolución social.

⁷ Idem nota 6, pág. 16.

Cree que no puede haber normas de la Constitución que se pretendan irreformables; no debe admitirse la noción de cláusulas pétreas ni tampoco pretenderse que por la vía de la exigencia de quórum exagerados en materias de reformas constitucionales, es como deben preservarse determinados valores. Le parece que eso es dar una solución muy rígida a un problema que siendo tan válido requiere soluciones más profundas y siempre reales dentro de una comunidad y no simplemente escritas en un texto. En ese sentido, considera que decir que el régimen democrático es un límite a la soberanía no es correcto, no tiene sentido, porque por régimen democrático se puede entender muchas cosas y muy diferentes, sobre todo si se puede estimar de la esencia del régimen democrático aspectos opuestos por las diferentes personas. Si la mayoría del pueblo chileno el día de mañana quiere darse un régimen distinto, cree que tiene perfecto derecho a hacerlo, aunque seguramente ese régimen también se llamará democracia. Recuerda que los regímenes de las naciones marxistas leninistas se denominan democracias populares, porque en el mundo hoy día ningún régimen acepta no ser democrático. Todos se llaman así, sólo que se caracterizan de manera diversa.

En su opinión resulta mucho peor todavía sostener que los límites son las garantías fundamentales que ésta Constitución contempla. La Constitución no está obligada a contemplar todas las garantías fundamentales de la persona humana”.

En seguida el señor Guzmán agrega:

“que en el fondo la solución está en la idea que don Sergio Diez se limitó a soslayar sin concretar: la soberanía tiene un solo límite fundamental, que es el derecho natural. Concuerta en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga, para muchos doctrinaria, y tal vez innecesariamente conflictiva. Pero sí se podría hablar del respeto ‘a los derechos fundamentales que arrancan de la persona humana’. Ese le parece que es un límite de la soberanía, porque tiene

que ser algo que esté por encima del derecho positivo para que limite a la soberanía”.⁸

El señor Ortúzar declara:

“que la disposición en la forma que se está proponiendo conforma un régimen en la Carta Fundamental que ni siquiera por la vía de la reforma constitucional o por la del plebiscito podría destruirse, y eso es de extraordinaria trascendencia”.

Solicita, en seguida, el acuerdo para aprobar el inciso redactado en los siguientes términos: “La soberanía no reconoce otra limitación que el respeto a los derechos que arrancan de la naturaleza humana”.

“El señor Ovalle anuncia su voto en contra por las razones que dio en la sesión anterior y que pueden resumirse en una oposición a toda declaración teórica sin sentido dispositivo. Por las mismas consideraciones fue contrario a consagrar el principio de la soberanía en la forma en que lo aprobó la mayoría de la Comisión”.

“El señor Ortúzar (Presidente) declara aprobado el inciso con el voto en contra del señor Ovalle”.⁹

He creído importante, por la naturaleza de lo debatido, citar aquí los puntos fundamentales de la discusión sobre la limitación de la soberanía suscitada en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

De ella se desprende con claridad que ningún intérprete puede discutir el alcance del concepto que la soberanía está limitada por los derechos que emanan de la naturaleza del hombre. *De esta manera la Constitución chilena, en su disposición quizás más relevante, establece la limitación del origen del poder y señala que los derechos del hombre no pueden ser conculcados por el ejercicio de aquél.*

En la discusión don Jaime Guzmán expresó, como se ha visto en la cita, que él no era partidario de las cláusulas pétreas;

⁸ Idem nota 6, pág. 17.

⁹ Idem nota 6, pág. 19.

pero que al mismo tiempo creía que el derecho positivo no podía violentar la naturaleza del hombre.

Felizmente, como se desprende del texto, el presidente de la Comisión, don Enrique Ortúzar, al poner en votación la disposición que se señala, dejó claramente establecido, como se lee en su propia intervención, que ésta es verdaderamente una cláusula pétrea.

Al contrario de la tesis del señor Ovalle, el autor estima que la disposición tiene un gran sentido práctico, porque sirve para la interpretación de la Constitución, y otorga facultades al Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional una ley contraria a la naturaleza del hombre.

Un ejemplo, que puede ser objeto mañana de una controversia, sería una ley que autorizara, en contra de la naturaleza del hombre, la eutanasia o la eugenesia. Dicha ley sería inconstitucional, porque excedería el alcance de la soberanía, y, en consecuencia, sobrepasaría los límites del Poder Legislativo que la aprobó.

El significado de la disposición del artículo 5º acerca del ejercicio de la soberanía, al afirmar como limitación de la misma los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, es aplicable a todas las instituciones de la Constitución.

En efecto, si el origen del poder, que es la soberanía, tiene esta limitación, con mayor razón y fuerza ella abarca a todos los delegatarios del mismo poder.

Si se analiza esta disposición con los artículos que la siguen a continuación en la Constitución, la conclusión anterior no sólo parece lógicamente indiscutible, sino que es confirmada por el texto del artículo 6º, que dispone:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

A su vez el artículo 7º dispone, en su inciso 2º:

“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Las consideraciones anteriores no constituyen, pues, un mero razonamiento teórico, sino que tienen significación especial para interpretar el alcance y modo de ejercer las facultades de los estados de excepción constitucional a que se refiere el artículo 39.

Los artículos anteriores obligan a someterse a la Constitución a todos los órganos del Estado y prohíben expresamente la invocación de la figura jurídica de “circunstancias extraordinarias”.

En materia de derechos de las personas el constituyente fue aún más cuidadoso en su protección, al consagrar en el artículo 19 N° 26:

“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

El artículo citado es una reafirmación de la limitación al ejercicio de la soberanía, y un llamado de atención al legislador acerca del respeto debido a la jerarquía que dentro de la Constitución tienen sus diversas disposiciones.

El contenido del artículo 5° en comento constituye, a juicio del autor, una de aquellas disposiciones constitucionales inmodificables por el poder constituyente derivado, como se denominan en doctrina al Poder Legislativo y al Presidente de la República cuando modifican la Constitución.

Los tratadistas llaman a estas disposiciones constitucionales “cláusulas pétreas”. En algunas Constituciones su naturaleza está expresamente señalada en el texto, como aquellas en que se prohíbe sustituir el régimen democrático por otro, en el caso de países que estuvieron históricamente sometidos a gobiernos autoritarios de diversa naturaleza.

En nuestro país no cabe duda de que ésta es una “disposición pétrea”, ya que a ella están sujetos los titulares del poder

constituyente derivado. Aun más, en recta filosofía jurídica y de acuerdo con la primacía del hombre sobre el Estado, ella no es ni siquiera modificable por el poder constituyente originario que se ejerce mediante plebiscito.

D) FINALIDAD DEL ESTADO

Desde las primeras reuniones habidas para establecer el proyecto del texto definitivo de nuestra Carta Fundamental, se hizo evidente la necesidad de señalar explícitamente el concepto de bien común como finalidad del Estado.

Los acontecimientos políticos anteriores a la aprobación de esta nueva Constitución se produjeron precisamente porque el Gobierno que existió hasta 1973 sostuvo que la finalidad de su acción era transformar a este país en un Estado socialista y no propender al bien común, todo ello contraviniendo el espíritu de la Constitución de 1925, mas no su letra, ya que no existía texto expreso que señalara cuál era la finalidad del Estado.

Dada la importancia del tema, el análisis de los fines del Estado y sus obligaciones se hará conjuntamente con el análisis del artículo 1º de la Constitución, disposición en la que el constituyente estableció los principios básicos de la Carta Fundamental y cuyo debate enriquece la interpretación de todo su texto.

E) BASES DE LA ORGANIZACION POLITICA

En sus aspectos propiamente políticos, podemos señalar que la Constitución de 1980 consagra resueltamente el fortalecimiento de la autoridad presidencial de acuerdo a nuestra tradición histórica y a nuestra realidad práctica, siguiendo una línea de continuidad con las tres grandes reformas constitucionales que la precedieron, impulsadas por don Arturo Alessandri Palma en 1925, don Juan Antonio Ríos en 1943 y por don Eduardo Frei Montalva en 1970, quienes también pretendieron robustecer el poder presidencial frente al Parlamento.

Históricamente, las excesivas influencias parlamentarias han tenido resultados nefastos en la tradición política chilena, ya

que los parlamentarios, a veces empujados por el electoralismo y sin la limitación que impone la responsabilidad del ejercicio del gobierno, impusieron durante épocas determinadas un gobierno a merced de los grupos de mayor presión social, lo que impedía o perjudicaba el desarrollo normal de la sociedad.

La Constitución de 1980 tomó opción por el presidencialismo, pero limitado por el concepto de Estado subsidiario (lo analizaremos en detalle más adelante); mantuvo las atribuciones parlamentarias para legislar precisando su ámbito y competencia; robusteció el poder del Congreso para acusar y juzgar constitucionalmente a las más altas autoridades del país, pero no extendió ni dio eficacia a la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados sobre los actos del Gobierno.

Como contrapeso al poder del Estado en su conjunto, consagró también un fortalecimiento de los derechos personales, principalmente con la creación del recurso de protección, que afianza y amplía la eficacia de los tribunales de justicia para velar que sean respetados.

Además, otorgó al Poder Judicial imperio para ordenar directamente a la fuerza pública llevar a efecto sus resoluciones, lo que bajo la Carta de 1925 no era posible, sino a través de la autoridad política, con todas las consecuencias que conocimos de la subordinación de la justicia al poder político. Es pertinente recordar la frase del Presidente Allende, quien dijo que se reservaba el derecho a formular "juicios de valor y oportunidad" frente al cumplimiento, por la fuerza pública, de las resoluciones judiciales.

La Constitución de 1980 materializó la existencia de un Tribunal Constitucional compuesto por personalidades de carácter profesional, dotado de imparcialidad política e independencia respecto del Gobierno de turno, capaz de resguardar la supremacía constitucional y ajeno a las presiones del poder público.

Restringió los decretos de insistencia sólo al caso en que la Contraloría represente el decreto por ilegalidad, porque suprimió la posibilidad de dictarlos y obligar al Contralor General de la República a tomar razón, cuando se trate de decretos inconstitucionales o dictados fuera del marco de la ley delegatoria. Esta materia fue traspasada al Tribunal Constitucional,

cuya decisión es inapelable, para resguardar el Estado de Derecho.

Prohibió a la Contraloría dar curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución, ordenándole que, al igual que en el caso anterior, remita copia íntegra de los antecedentes a la Cámara de Diputados.

Elevó el Bancó Central a rango constitucional, de manera de separar la política del manejo económico y financiero, prohibiendo al Estado y a sus empresas endeudarse o constituirse en aval frente al mismo, para evitar el despilfarro del Estado y clarificar el manejo de las finanzas públicas.

Por último, la Constitución de 1980 estableció un Consejo de Seguridad Nacional, que permite a las Fuerzas Armadas y Carabineros participar junto con las más altas autoridades del país en el quehacer nacional de una manera institucional y eficaz, y ejercer por este medio su calidad de garantes de la institucionalidad democrática.

Algunos de estos temas serán tratados más extensamente en los capítulos siguientes.

Podemos concluir con certeza que la Constitución chilena consagró un Estado de Derecho, en el cual existe una división de poderes del Estado, un imperio de la ley entendida como una expresión de la voluntad general, un reconocimiento real y una protección efectiva de los derechos y las libertades fundamentales, y una Administración del Estado que debe sujetarse a un principio de legalidad controlada judicialmente.

En otras palabras, la Constitución Política es un reflejo de la realidad chilena, un producto surgido de la discusión con participación de diferentes sectores sociales y políticos, que fue aprobada en un referéndum que expresó la voluntad general, a pesar de sus imperfecciones y carencias. La historia muestra que ha obtenido la realización efectiva de una vida constitucional y política, en el más amplio sentido de estos términos.

Bajo el imperio de esta Constitución, el Estado es sólo una parte de la sociedad con funciones específicas que cumplir y no está al servicio de las ideas políticas, que si bien pueden iluminar el camino del bien común, no pueden apropiárselo, como lo hicieron en el pasado.

“El Estado no es más que un órgano habilitado para hacer uso del poder y la coerción y compuesto de expertos o especialistas en el orden y el bienestar públicos; es un instrumento al servicio del hombre. Poner al hombre al servicio de este instrumento es una perversión política. La persona humana en cuanto individuo es para el cuerpo político, y el cuerpo político es para la persona humana. Pero el hombre no es en modo alguno para el Estado. El Estado para el hombre”.¹⁰

¹⁰ Jacques Maritain, *El Hombre y el Estado*, traducción de Juan Miguel Palacios. Coedición de la Fundación Humanismo y Democracia con Encuentro Ediciones. Primera edición española, Madrid, julio 1983, pág. 27.

CAPITULO II

BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD
Y SU IMPORTANCIA.

A) LA LIBERTAD

Artículo 1º inciso 1:
"Las personas nacen libres..."

El artículo 1º se inicia destacando que los hombres nacen libres; éste es el concepto fundamental de la Constitución. Interpretar esta frase en un sentido tan restrictivo y pobre como decir que "nacen libres" significa que en Chile no hay esclavos; es evidentemente una interpretación errónea, por incompleta y al mismo tiempo antihistórica.

Al hablar de libertad, la Constitución se está refiriendo al concepto amplio y ontológico de libertad, no sólo al concepto sociológico de la misma, que significa ausencia de esclavitud o de cualquier sometimiento de la persona a la voluntad de otras.

"Nacen libres" significa que los hombres son libres desde el comienzo de su vida; que la libertad no es un bien o un derecho adquirido, sino inseparable de la condición humana y consecuencia de su naturaleza.

El hecho de que la libertad comience con el nacimiento no excluye que su ejercicio sea el que corresponde a la edad de cada persona; pero tiene el valor de afirmar que siempre se es libre y que, de manera adecuada y racional, debe permitirse el ejercicio de esta libertad en cualquier época de la vida.

Comienza la Constitución diciéndonos que los hombres nacen libres, después que en el país se intentó la construcción de

un régimen colectivista con otro concepto del hombre, del Estado, de sus funciones y derechos.

“Nacen libres” significa qué cada cual posee la libertad, es decir la posibilidad de elegir entre alternativas legítimas que se presenten a su entendimiento o a su vida. De manera que no es el Estado el que debe tomar la elección por los individuos, sino las personas las que deben tomar su propia decisión.

Esto no es sólo una declaración programática, es una disposición de carácter dogmático. Además, es imperativa y, en consecuencia, sirve para interpretar el sistema jurídico; ésta es una interpretación con certeza, por el sentido natural de la expresión, la historia del establecimiento de la norma, la precisión de los textos usados, y la concordancia con el resto de la Carta Fundamental y la legislación en general.

La lógica nos indica que en presencia de una *Constitución que proclama y garantiza la existencia de un hombre libre, no es válida cualquier interpretación del contenido del concepto de bien común que pueda significar un concepto colectivista. Un Estado de hombres libres no puede ser un Estado que sacrifique la libertad personal del hombre, con cualquier propósito que sea.*

En nuestra sociedad la decisión la toma el hombre, y al hacerlo con libertad, afronta la responsabilidad por sus acciones. De manera que aquí la iniciativa y la acción corresponden a la persona y, como consecuencia, la responsabilidad también.

Me atrevería a afirmar que si la legislación colocara al hombre en la necesidad de pedir permiso del Estado para hacer cosas que no son delitos, estaríamos contraviniendo el artículo de la Constitución y su espíritu. Cosa diversa es cumplir con los requisitos de cada acto. El sentido de todo el sistema constitucional es la existencia de la libertad de las decisiones y de los actos de cada cual.

Para entenderlo, basta dar como ejemplo la libertad de prensa, donde está establecido el correcto sentido de la libertad, porque las opiniones se pueden emitir sin permiso y sin censura, pero se responde por ellas. Esta es la normal aplicación de nuestro sistema jurídico.

La propia Constitución no sólo establece y consagra el principio de la misma, sino que incluye en detalle los aspectos de la libertad que le parecen más relevantes, como lo veremos en el

capítulo de los derechos y deberes fundamentales de la persona. *Por eso, prohíbe la obligatoriedad de pertenecer a colegios profesionales, sindicatos o cualquier otra asociación: la Constitución Política no acepta la libertad creadora que atenta contra la libertad de otros.*

En esto la Constitución de 1980 es concordante con el principio amplio de libertad, y demuestra lo primitivo y limitado del concepto en la Constitución de 1925.

Al exaltar la libertad, la Constitución se limita a reconocer un hecho objetivo propio de la naturaleza humana, de la esencia del espíritu del hombre, cual es su capacidad de decidir entre el bien y el mal, empleando su inteligencia y su voluntad, porque posee objetividad, universalidad, goza de posibilidad de conceptualización y tiene conciencia de sí mismo, a diferencia del animal, determinado por el entorno y el instinto.

Al mismo tiempo de reconocerla, la Constitución la garantiza, porque ella adquiere su pleno valor sólo cuando es libertad garantizada.

Esto implica la obligación del Estado de proveer el componente material indispensable para una existencia real de la libertad, y de las medidas institucionales y procesales que permitan su efectividad.

El ejercicio de la libertad está íntimamente relacionado con el derecho de propiedad y así lo consideró la Comisión Constituyente desde sus primeras sesiones.

“Será menester fortalecer el derecho de propiedad, base esencial de las libertades, ya que el control económico es el medio de ejercer el control político; todo con las debidas limitaciones que exija el bien común”.¹¹

La libertad no sólo se relaciona con la propiedad, sino con el sistema económico de una sociedad, como lo demuestra la historia. Por ello el autor, en la sesión N^o 36, de 30 de abril de 1974, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sugirió que la subcomisión relativa al derecho de propiedad

¹¹ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 1, ya citado, sesión 3^a, celebrada el 26 de septiembre de 1973, pág. 3.

estudiara la formulación de las líneas básicas de la actividad económica.

“El señor Diez señala, con el objeto de aclarar la idea que planteó, que no está solicitando a la Subcomisión se aboque en detalle al estudio del régimen económico, porque ello no le corresponde; pero los principios generales de una sistemática económica sí que son propios de la Constitución. Decir, por ejemplo, que la economía está al servicio del hombre y que, en consecuencia, debe sujetarse a determinadas normas; que hay libertad para desarrollar ciertas actividades; que el Estado no puede pretender monopolizar algunas actividades económicas, etcétera, son principios de carácter constitucional que la Comisión debe considerar y que, a su juicio, son indispensables consagrar después de la época que ha vivido el país, en que gran parte del concepto del marxismo radica principalmente en la centralización del capital y de las actividades económicas en manos del Estado. En consecuencia, una Constitución que se empieza a elaborar después de esa época de marxismo, es obvio que tiene que consignar los principios generales de la sistemática económica. No pretende el señor Diez que la Constitución consagre el tipo de empresa, ni tampoco el estatuto de la actividad minera o industrial, ya que no tienen por qué estarlo. *Pero los principios generales que rigen la filosofía de una democracia en cuanto ésta se traduce en algunas normas económicas —porque la filosofía política tiene alguna traducción en las normas económicas— deben estar en la Constitución*”.¹²

Respecto del ejercicio de la libertad, la Comisión Constituyente se planteó el problema de la “justa distribución de libertad” en la comunidad, que no se soluciona espontáneamente. Al respecto, se consignó en la primera minuta que elaboró sobre las Metas Fundamentales para la Nueva Constitución que:

¹² *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 1, ya citado, sesión 36, pág. 17.

“Deberá asegurarse el correcto y adecuado ejercicio de las libertades públicas a fin de evitar que su abuso lesione el derecho de los demás. En el caso particular de la libertad de expresión, deberán contemplarse disposiciones que vean eficazmente por las buenas costumbres y por la honra de los ciudadanos”.¹³

Será rol del Estado delimitar racionalmente *el campo del ejercicio de las libertades de las personas, sólo con el objeto de resguardar el respeto a los derechos de cada una de ellas y el funcionamiento pacífico del cuerpo social, sin alterar su esencia.*

Por último, por su vigencia actual y como corolario de las reflexiones precedentes, me permito citar nuevamente a Maritain:

“Desde el último período del siglo XIX la intervención del Estado se ha revelado necesaria para compensar la indiferencia general respecto de la justicia y la solidaridad humana que había prevalecido en las primeras fases de la revolución industrial”.¹⁴

“Para las democracias de hoy el esfuerzo más urgente es el de desarrollar la justicia social y mejorar la organización económica mundial y el de defenderse ellas mismas contra las amenazas totalitarias del exterior y contra la expansión totalitaria en el mundo. Mas la prosecución de esos objetivos entrañará inevitablemente el riesgo de ver demasiadas funciones de la vida social controladas desde arriba por el Estado y nos veremos inevitablemente obligados a aceptar ese riesgo mientras nuestra noción del Estado no haya sido restaurada sobre verdaderos y auténticos fundamentos democráticos y mientras el cuerpo político no haya renovado sus propias estructuras y su conciencia de sí, de tal manera que el pueblo se encuentre preparado de modo más eficaz para la práctica de la libertad y el Estado llegue a ser verdaderamente un instrumento al servicio del bien común de todos”.¹⁵

¹³ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 1, ya citado, sesión 3ª, de 26 de septiembre de 1973, pág. 3.

¹⁴ Jacques Maritain, *El Hombre y el Estado*, obra citada, pág. 33.

¹⁵ Jacques Maritain, *El Hombre y el Estado*, obra citada, pág. 32.

B) LA IGUALDAD

Artículo 1º inciso 1º:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Esta igualdad referida a la dignidad y los derechos no es la simple igualdad; en efecto, los hombres naturalmente no son ni nacen iguales. Al relacionar la igualdad con la dignidad y los derechos, la Constitución *está señalando una meta al Estado: luchar por construirla propendiendo hacia la igualdad de oportunidades y creando las condiciones sociales para que estos hombres libres alcancen un desarrollo digno.*

Como sostiene el cientista político y profesor Georges Burdeau, el principio fundamental de la democracia social es la igualdad, no sólo la igualdad política, sino la igualdad de oportunidades y de medios, así como lo concerniente a los provechos y a las cargas, que deben ser repartidas equitativamente entre todos los miembros de la comunidad nacional.

Pienso que los hombres que viven en una sociedad democrática aprecian y valoran sus derechos, tienen conciencia de que ellos deben ser respetados y de que el sistema jurídico debe proveer de elementos para defenderlos en forma permanente.

Resulta inconcebible una democracia en que los derechos o su ejercicio sean distintos para personas o sectores de la población, cualquiera que sea el grado de diferencia que entre ellos se cree. La norma que señala que los hombres “nacen iguales en derechos”, es la inspiradora de toda la Constitución y debe tenerse siempre presente al interpretarla.

Esto, que parece obvio, no es siempre tan claro, sobre todo en el campo de la creación de la ley, donde las materias regladas y sus circunstancias, los intereses y reclamos de las partes afectadas, hacen a menudo perder de vista la organización general del cuerpo social y el respeto a sus normas básicas.

La “igualdad en dignidad y derechos” es la regla general que el Estado debe considerar determinante en esta materia, como se explica al estudiar las garantías constitucionales relativas a las personas.

Obviamente, la existencia de los derechos de libertad y de igualdad plantea un conflicto en todas las democracias modernas, y la solución de este conflicto pasa por la idea de solidaridad.

El concepto de solidaridad es comúnmente usado, pero quizás sin entender con claridad su contenido y origen.

Juan Pablo II, en el discurso que pronunció en la CEPAL el 3 de abril de 1987, nos dijo a los chilenos:

“La solidaridad como actitud de fondo implica, en las decisiones económicas, sentir la pobreza ajena como propia, hacer carne de uno mismo la miseria de los marginados y, a la vista de ello, actuar con rigurosa coherencia.

No se trata sólo de la profesión de buenas intenciones, sino también de la decidida voluntad de buscar soluciones eficaces en el plano técnico de la economía, con la clarividencia que da el amor y la creatividad que brota de la solidaridad.

Creo que en esa economía solidaria ciframos todas nuestras mejores esperanzas para la región. Los mecanismos económicos más adecuados son algo así como el cuerpo de la economía; el dinamismo que les da vida y los torna eficaces –su ‘mística interna’– debe ser la solidaridad. No otra cosa significa, por lo demás, la reiterada enseñanza de la Iglesia sobre la prioridad de la persona sobre las estructuras, de la conciencia moral sobre las instituciones sociales que la expresan”.¹⁶

La dignidad se refiere al respeto debido a toda persona en su calidad de tal, y es un atributo de las personas en cuanto a seres creados a imagen y semejanza de Dios que la Constitución reconoce, al mencionar como su finalidad su mayor realización espiritual y material posible.

Siendo el hombre espíritu encarnado, su dignidad exige niveles básicos de provisiones materiales y es deber del Estado permitirle el acceso a ellos, velando por suprimir las condiciones de vida que atentan contra la dignidad del hombre. Así el

¹⁶ Juan Pablo II, discurso pronunciado en la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), el 3 de abril de 1987. En *El Papa Juan Pablo II. Recado a Chile*. Editado por la Fundación de Beneficencia Hogar de Cristo, Santiago, diciembre de 1987, págs. 83-84.

Estado asume la obligación de proyectar para los ciudadanos determinados niveles de bienestar y seguridad, aunque señale sólo ideales de su ordenamiento jurídico y metas de actuaciones políticas y administrativas.

Cualquier legislación o acto que ocasione diferencias y discrimine en favor de unos o en perjuicio de otros, o desmejore a un grupo en el goce de su libertad y derechos, será inconstitucional, y cualquier ley que discrimine en razón de raza, credo o condición social, no sólo será injusta, sino además inconstitucional.

La dignidad es independiente de la edad; también tiene dignidad el que está por nacer.

Es también independiente de la capacidad intelectual y el estado de conciencia; es decir, *la dignidad humana es consustancial a la existencia de vida humana* y, por lo tanto, un atributo que pertenece sólo a las personas naturales a causa de la existencia única e irrepetible de cada individuo.

Esta dignidad es la importancia que se concede a un ser con independencia de la forma como se comporta. Ni siquiera un comportamiento indigno priva a la persona de alguno de los derechos que le son inherentes en cuanto tal.

Podríamos afirmar, para mayor claridad del contenido del concepto, que dignidad es el tratamiento que corresponde a las personas de acuerdo a su naturaleza. Así ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales y cartas fundamentales.

A título ejemplar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos le dedica los dos primeros párrafos de su preámbulo, consagrándolo como uno de sus principios inspiradores:

“Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo *tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana* y de sus derechos iguales e inalienables.

Reconociendo que *estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...*”.

Por otro lado, el Pacto de San José de Costa Rica estatuye en su artículo 11.1 que “*toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad*”.

La Constitución alemana declara que “la dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección” (artículo 1º); la española afirma que “la dignidad de la persona, los derechos inmutables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1), y la italiana establece que “todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social” (artículo 3º; inciso 1º).

Como dice el tratadista español Luis Sánchez Agesta, el respeto de esa dignidad es la base del derecho, y un Estado de Derecho significa no sólo que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sino que éste debe realizar lo que es adecuado para que la persona tenga su plena dignidad y pueda desarrollar libremente su personalidad.

El texto original de la Constitución de 1980 decía “Los hombres nacen...” fue modificada por la expresión “Las personas nacen...” por reforma constitucional de fecha 16 de junio de 1999, con el objeto de usar una expresión neutra que comprendiera “hombres y mujeres” para asegurar la no discriminación en razón de sexo. Reforma gramaticalmente inútil porque el plural “hombres” comprende también a las mujeres; pero se planteó y aprobó como manera de dar cabida a lo que la senadora Carmen Frei llamó una respuesta “a una de las aspiraciones más sentidas por las mujeres de nuestro país, como es establecer con rango constitucional la igualdad de las personas sin consideraciones respecto a su sexo”.

Como algunos parlamentarios expresaron su temor que esto debilitaría la protección de los no nacidos y facilitaría el aborto interpretando torcidamente el Código Civil que el autor expresó:

“Deseo dejar constancia de que, a mi juicio, la reforma no puede ser entendida, bajo ningún punto de vista, como un pronunciamiento, una legalización o una apertura hacia el aborto. Ello ni siquiera ha sido tomado en cuenta en la discusión del proyecto; al contrario, sólo existen salvedades para señalar que eso no ocurra.

Estimo que los debates de la Comisión de Estudios de la

Nueva Constitución, al acordar tanto el artículo 1º como el número 1º del artículo 19 de la misma, no dejan duda alguna de que el aborto es contrario a nuestro sistema constitucional.

Además, decidió traspasar a la Carta Fundamental la disposición del Código Civil que establece: 'La ley protege la vida del que está por nacer'. De manera que cualquier legislación que afecte a la vida del que está por nacer requiere de una reforma constitucional.

Asimismo, deseo llamar la atención sobre el texto del inciso segundo del número 1º del artículo 19 de la Constitución Política que dice: 'La ley protege la vida del que está por nacer'. No habla de 'la persona', sino 'del que está por nacer', 'del ser que está por nacer', haciendo uso exacto de la contracción de los términos 'de' y 'el'. Por tal motivo, la norma establecida en ella evita toda duda al respecto".

El texto propuesto por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución expresaba textualmente "El hombre y la mujer gozan de iguales derechos", inciso que fue eliminado del N° 2 del artículo 19 sin que se conozcan los fundamentos, seguramente por considerarlo innecesario frente a todo el texto constitucional. La reforma citada lo reprodujo al expresar: "Hombres y Mujeres son iguales ante la ley".

C) LA FAMILIA

Artículo 1º inciso 2º:

"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad".

Artículo 1º inciso 5º:

"Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta..."

Adherimos a la definición de familia como "aquella primera sociedad natural perfecta que tiene como finalidad la propaga-

ción de la especie humana sobre la base de la unión estable entre un hombre y una mujer”.

La realidad familiar adquiere desde sus inicios un contenido socio-jurídico, como consecuencia de la aplicación en su interior de ciertas normas, identificación de funciones, responsabilidad de roles, principios de autoridad, etc. A través de ella el individuo se enlaza con la más amplia estructura social.

Tenemos clara conciencia del momento de transición que atraviesa la familia hoy día, y estamos acostumbrados ya a considerar dos realidades antagónicas en la familia: un modelo que confiere a la familia la primacía sobre sus respectivos componentes individuales y otro que concede la prioridad de los componentes por encima de la familia. Ambos modelos son parciales y encierran una cierta verdad.

No puede dudarse que la dimensión institucional de la familia constituye un valor que debe respetarse, en cuanto garantiza el compromiso y la duración; pero tampoco es posible cuestionar el hecho de que la persona, dentro de la familia, puede legítimamente obtener protección y promoción de sus exigencias privadas. Está claro que el vínculo jurídico de la familia debe conjugarse con otros valores, porque la ausencia de estos valores empobrece la comunión familiar y puede reducirla a una asociación de socorro mutuo.

Nosotros estamos por la definición de familia contenida en la “Carta de los Derechos de la Familia”, de la Santa Sede, de fecha 22 de octubre del año 1983, que la definió como una comunidad de amor y solidaridad, una comunidad que no encuentra su fundamento último ni en la ley que la reglamenta, ni en la utilidad que pueden sacar de ella sus componentes, sino en la capacidad típica del hombre de amar familiarmente y de fundar sobre este amor una comunidad de vida.

En esta definición de familia no hay privilegios del todo sobre las partes, ni de las partes sobre el todo, porque, como una comunidad de amor y solidaridad, la familia satisface las más profundas exigencias del ser del hombre, un ser que pide amor y puede dar amor, que pide solidaridad y puede dar solidaridad.

Esta definición contradice la de aquellos que sostienen que la familia es una construcción sociológica fortuita nacida de no

se sabe qué situaciones de poder y autoridad y de las estructuras económicas que la sostienen, o que se trata de la unión socialmente aprobada de un hombre, una mujer y sus hijos. Así sólo puede presentarla quien considere al propio hombre como un resultado de la casualidad y vea en la utilidad material de la existencia familiar su elemento más característico.

Al referirse a la familia como el núcleo, la Constitución quiere decir que ella es el centro y el elemento primordial de la sociedad toda, reconociéndola como la célula básica y la agrupación más importante del hombre, tras la cual coexisten otras comunidades menores.

La familia es, pues, la primera sociedad.

León XIII, en su encíclica *Rerum Novarum*, se expresaba de la familia como sigue:

“Ninguna ley humana puede quitar al hombre *el derecho natural y primario que tiene a contraer matrimonio*, ni puede tampoco ley ninguna humana poner en modo alguno límites a la causa principal del matrimonio cual la estableció la autoridad de Dios, en el principio: Creced y multiplicaos. *He aquí la familia* o sociedad doméstica, pequeña, a la verdad, pero verdadera sociedad y anterior a todo Estado, y que, por lo tanto, debe tener derechos y deberes suyos propios, y que de ninguna manera dependan del Estado”.¹⁷

Y decía en otra parte de esta encíclica:

“Como la familia o sociedad doméstica se concibe y de hecho existe antes que la sociedad civil, síguese que los derechos y deberes de aquélla son anteriores y más inmediatamente naturales que los de ésta”.¹⁸

Cien años más tarde, Juan Pablo II insistía en estos conceptos:

¹⁷ Encíclica Pontificia *Rerum Novarum*, de S.S. León XIII, sobre la Cuestión Obrera, de 15 de mayo de 1891, Editorial del Pacífico S. A., Santiago de Chile, 1953, párrafo 22, págs. 9-10.

¹⁸ Encíclica Pontificia *Rerum Novarum*, ya citada, párrafo 23, pág. 10.

“La primera estructura fundamental a favor de la ‘ecología humana’ es la familia, en cuyo seno el hombre recibe las primeras nociones sobre la verdad y el bien; aprende qué quiere decir amar y ser amado, y por consiguiente qué quiere decir en concreto ser una persona. *Se entiende aquí la familia fundada en el matrimonio*, en el que el don recíproco de sí por parte del hombre y de la mujer crea un ambiente de vida en el cual el niño puede nacer y desarrollar sus potencialidades, hacerse consciente de su dignidad y prepararse a afrontar su destino único e irrepitable”.¹⁹

Por estos motivos, conviene destacar que la familia a la cual se le otorga protección constitucional no es cualquier familia, como se ha querido interpretar, sino el modelo mayoritario de la familia chilena, conformada de acuerdo a los hábitos de la civilización occidental cristiana, o sea, la fundada en el matrimonio. No es cualquier otra organización que pueda constituir “familia” conforme a las normas de otras culturas y civilizaciones.

Ya mencionamos que el Acta Constitucional N° 2, de 1976, dejó constancia de que uno de los valores esenciales de las bases de la institucionalidad es “la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad”, y que:

“Dentro de esta concepción, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y es deber del Estado protegerla y propender a su fortalecimiento...” (Considerando 4º, letra a).

El artículo 2º, inciso 3º, de esa Acta Constitucional, que recogió esas ideas y es el precedente directo de la norma vigente, estableció que:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado la protegerá y propenderá a su fortalecimiento”.

No pueden haber dudas de que, dentro de la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad, la familia es

¹⁹Juan Pablo II, *Centesimus Annus*. Carta encíclica en el centenario de la *Rerum Novarum*, Ediciones Paulinas, Santiago de Chile, mayo de 1991, pág. 77.

una comunidad fundada en el matrimonio, porque sólo con los elementos característicos de éste, en cuanto a su unidad e indisolubilidad, pueden cumplirse en plenitud los fines de la familia, que se encaminan al bienestar de los hijos y la complementación entre un hombre y una mujer. El constituyente, orientado claramente por esa precisa concepción filosófica, no dejó abierta la posibilidad, como algunos han pretendido sostener, de que el legislador sea quien defina, en cada momento histórico, lo que se entiende por familia. Vulneraría la Carta Fundamental la ley que pretendiera reconocer al grupo originado en una unión extramatrimonial una calidad similar o idéntica a aquel que emana del matrimonio, sin perjuicio, por cierto, de admitir que la mera convivencia pueda traer consigo efectos jurídicos.

Examinando la historia de la discusión que precedió a la aludida norma en la Comisión Constituyente, se advierte que en la sesión N^o 191, de marzo de 1976, hubo acuerdo en que la Constitución se refiriera a la familia como la que debe ser objeto de protección y de fortalecimiento por parte del Estado, en su carácter de célula básica de la sociedad. Sin embargo, fueron objeto de discusión los deberes precisos que permitían concretar estos objetivos.

Personalmente, manifesté mi deseo de que la Constitución recogiera el concepto de “integridad de la familia”, y advertido por el Presidente de la Comisión que de esta manera se prohibía la disolución del vínculo matrimonial, ratifiqué esa intención.²⁰

De esta manera, al consagrar la obligación del Estado de defender la integridad de la familia, la aprobación mañana de cualquier ley de divorcio con disolución de vínculo requeriría previamente de una reforma constitucional. Reitero aquí, como lo dije entonces, que no se trata de la imposición de una determinada creencia religiosa, sino que se trata simplemente de una prevención política, por cuanto se ha demostrado que la exigencia básica de un ordenamiento social pasa por evitar la desintegración de la familia.

²⁰ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 6, Capítulo Tercero, enero a mayo 1976, sesiones 182-214, Talleres Gráficos Gendarmería de Chile, Santiago, 1977, sesión 191, págs. 20-21.

La sugerencia no fue aprobada por la Comisión Constituyente, y en definitiva quedó redactada la referencia a la familia, como figura actualmente, en dos incisos diferentes del artículo 1º. Se dejó constancia expresa que la resolución del problema de la disolución de la familia es de resorte del legislador.

Consagra a la familia, en el inciso 2º del artículo 1º, del Capítulo I, entre las Bases de la Institucionalidad, declarándola el núcleo básico fundamental de la sociedad, situándola a continuación de la disposición que reconoce la igualdad, libertad y dignidad de los hombres, y encabezando la institución de los grupos intermedios.

Luego en el inciso 5º, donde se detallan los deberes del Estado, incluye el de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento.

La familia constituye uno de los grupos intermedios a los cuales la Constitución otorga protección, pero es también superior a todos los grupos intermedios, por cuanto compromete íntegramente a la persona.

En la familia, el interés general en favor del grupo familiar está antes que el interés particular de las personas que la conforman. De esta manera, la familia no puede considerarse sólo como una institución de carácter privado, sino que cumple una función ético-social de gran importancia; es por eso que la Constitución la reconoce y la ampara.

Incluso algunas Constituciones han detallado ciertas características suyas, imponiendo deberes al Estado en relación con la familia, y a la familia con respecto al Estado.

Es también de común ocurrencia en los anales constitucionales que el Estado no sólo en forma meramente declarativa, sino que imperativamente, promueva su formación y conservación mediante la consagración de diferentes medidas, incluso de orden económico, en relación con el suministro de empleos, exenciones tributarias, preferencias en la adjudicación de viviendas, etc.

Entre las Constituciones europeas, por ejemplo, la española declara que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia" (artículo 39.1); la alemana establece que "el matrimonio y la familia gozarán de especial protección del ordenamiento estatal" (artículo 6.1), y

la italiana dispone que “la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio” (artículo 29, inciso 1º).

En América Latina, la Constitución de la República de Venezuela señala que “el Estado protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y velará por el mejoramiento de su situación moral y económica” (artículo 73, inciso 1º); la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos expresa que “el varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia” (artículo 4º, inciso 2º) y la Constitución de la Nación Argentina encomienda a la ley “la protección integral de la familia” (artículo 14, inciso final).

Similar reconocimiento de la importancia de la familia consta en diversos instrumentos internacionales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, suscrito en Nueva York, en diciembre de 1966, dispone en su artículo 23 N° 1:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969, declara en términos similares en su artículo 17:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

También se han referido a ella el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el artículo 6º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), y el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966), el cual sostiene que debe concedérsele la más amplia protección y asistencia posibles, “especialmente para su constitución”.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que el concepto de familia en occidente se encuentra en entredicho, den-

tro del contexto de una crisis generalizada de valores, inserta en el relativismo ético y el hedonismo que sufre el hombre actual, que concluye inexorablemente modificando toda la estructura de pensamiento del individuo sobre su existencia y sus metas.

En este contexto, la protección constitucional de que goza la familia en Chile se ha visto afectada en diversas iniciativas legales, lo que demuestra de paso la importancia de incluir en la Constitución Política materias valóricas. Me referiré sólo a dos de ellas, a vía de ejemplo.

1. RÉGIMEN DE FILIACIÓN

El primer tema que reviste especial trascendencia en relación con la familia es el de la *filiación*, objeto de la Ley N° 19.585, de 1998, que modificó el Código Civil.

El fundamento de esta ley fue la situación de injusticia de los niños ilegítimos o naturales en relación con sus derechos y deberes respecto de sus padres. Naturalmente no hay hijo sin padres, y hoy las pruebas biológicas permiten determinar con certeza la paternidad y la maternidad. Nadie puede estar de acuerdo con la situación anómala de no conocer a sus progenitores, que es a todas luces perjudicial para el hijo, y se origina en falta de responsabilidad de sus padres.

Era sin duda necesaria una reforma legal que permitiera al sistema de reclamación de paternidad y maternidad hacer uso de las ventajas científicas.

La iniciativa comenzó por dejar de lado la distinción entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos del Código Civil, propia de una época donde la prueba de la filiación dependía sólo de la buena voluntad del padre y de la madre y que involucraba un sentido peyorativo que siempre debió aplicarse más bien a éstos. Se reglamentaron asimismo en sus disposiciones los procedimientos de reclamación de paternidad y maternidad, de impugnación de estas calidades, prescripción, etc.

La ley dispone denominarlos a todos "hijos", sin apelativos, y concederles los mismos derechos. Pero no *pudo desconocer que la forma de determinar la filiación es diferente si hay matrimonio o no*

lo hay, por lo que creó las categorías de filiación matrimonial y filiación no matrimonial. La primera se produce por el ministerio de la ley, por el solo hecho de que la criatura nazca dentro del matrimonio de sus padres. La segunda, en cambio, ha de ser probada, y exige el reconocimiento de los padres o la determinación judicial de la paternidad o maternidad mediante sentencia firme.

Tampoco pudo desconocer que la modalidad del ejercicio de sus derechos y obligaciones por parte de los padres y de los hijos, recíprocamente, es distinta según la vinculación que tengan los progenitores, en cuanto a si viven juntos o separados.

Ello es una consecuencia lógica de la existencia o no existencia de matrimonio entre sus padres, es un hecho objetivo, que naturalmente da lugar a consecuencias distintas, sin que ello importe una discriminación arbitraria.

Durante el debate presenté una serie de indicaciones al proyecto, todas ellas tendientes a la protección de la familia y de sus miembros, porque consideré que las soluciones simplistas podrían acarrear nuevas injusticias, esta vez para los hijos nacidos bajo el imperio del matrimonio de sus padres —incluso contraído con posterioridad a su nacimiento— o para los cónyuges, que verían afectados su patrimonio por la concurrencia de nuevos herederos sobre la misma masa de bienes, casi siempre constituida por la vivienda familiar; o, aplicándose sin prudencia, las acciones judiciales y las pruebas podrían destruir situaciones consolidadas de paternidad y maternidad incluso de orden matrimonial, sin que resultase beneficiado el hijo, produciendo una inestabilidad perjudicial en la familia, lo que nuevamente plantearía cuestiones de constitucionalidad, puesto que significa apoyar conductas que desincentivan el matrimonio.

No es posible prescindir de la naturaleza misma de lo que es una familia, porque en ésta no sólo se dan los obvios vínculos biológicos, sino también los afectivos, de espiritualidad, de auxilio, de solidaridad, de unidad, de pertenencia a una institución determinada, formada en el amor, de un modo tan importante que nuestra Constitución la considera como núcleo fundamental de la sociedad.

Sería absurdo que nuestra Carta Fundamental la considerara así, ordenara prestarle protección y le adjudicara una rele-

vancia que supera esta organización por encima de los individuos particulares que la componen, si ella fuera pura y exclusivamente el resultado de una relación biológica.

La familia, por su propia naturaleza, es una unidad, y por eso a una familia no se le pueden extraer miembros, y tampoco admite que artificialmente se le introduzcan miembros que estuvieran fuera de la vida en común, que es la característica de ella.

Por eso, buscando el bien de los hijos nacidos fuera del matrimonio, no pueden vulnerarse innecesariamente los derechos de los otros hijos de la familia e ignorar el hecho de que la gran mayoría de las familias chilenas están basadas en el matrimonio. En una de las encuestas serias sobre la familia, realizada en 1993 por CEP Adimark, se señala que el 87% de quienes viven en pareja declaró hacerlo felizmente casado con su cónyuge legal y recordó que el matrimonio era para toda la vida. El propio censo de 1992 clasificó a la población civil mayor de 21 años, constatando que el 58,5% estaba casado; el 25%, soltero, siendo los convivientes un 6,2% y los separados el 3,9%. De manera que, en el caso de los hijos que son concebidos fuera del matrimonio, se demuestra que los padres mantienen la ilusión de contraer matrimonio y lo hacen poco tiempo después del nacimiento del hijo.

Lo ideal sería que todos, sin excepción, pertenecieran a una familia y pudieran disfrutar plenamente de ella, participando de esta manera de todas las ventajas, virtudes y afectos que conlleva. Sin embargo, ello no ocurre. Existe un número importante de personas que, por diversas causas, participan de una familia distinta, en grados diferentes y en relación a grupos familiares más o menos incompletos, hecho que motiva también diversidades en su legislación y esencia.

Esos problemas familiares importantes deben solucionarse para mejorar la situación de las personas. Pero constitucionalmente no es posible hacerlo a un costo que desmerezca el concepto de familia y la limite, en el hecho, a la pura relación sexológica del hombre.

Una familia basada en el matrimonio, institución civil regulada por ley, da origen a situaciones civiles de carácter matrimonial, que se desprenden de la naturaleza jurídica del matrimonio. Hay

otras relaciones familiares que están basadas en situaciones de hecho, distintas de la matrimonial, y que, en consecuencia, se han originado fuera de la institución del matrimonio.

Las disposiciones legales que diferencian la situación de los hijos se limitan a ordenar el estado civil, sin ninguna pretensión de menoscabo, sino como modo de calificar la situación civil en que se encuentra una persona determinada.

En el caso de los hijos, el hecho de haber sido concebidos o nacidos dentro del matrimonio o sin que medie matrimonio entre sus padres en nada afecta su condición social, ni su valor como persona. Las relaciones familiares organizadas en torno al contrato matrimonial no pueden ser iguales a las que lo son por situaciones de hecho. En definitiva, la no discriminación e igualdad de derechos no puede significar que la ley desconozca que algunas personas se rigen por las normas generales relativas al matrimonio, por pertenecer a familias constituidas de acuerdo a preceptos legales establecidos, mientras que otras requieren de normas especiales, porque no se encuentran en la misma situación.

Las diferencias creadas artificialmente molestan con razón, porque atentan contra la virtud de la justicia, eterna aspiración de los hombres. Nosotros somos entusiastas partidarios de eliminar las discriminaciones entre los hijos, efectuadas por la ley en razón de una situación familiar que en definitiva nunca dependió de ellos mismos.

No corresponde hacer diferencia entre los hijos en relación con quienes han sido efectivamente sus padres, porque el aspecto esencialmente igual en cualquier organización de familia es la relación entre los padres y los hijos, relación que ha emanado de la misma naturaleza del hombre, y que vincula al padre o la madre, o a ambos, con su hijo. Ella no puede en forma alguna, y de hecho, verse alterada por el solo ministerio de la ley. Es precisamente en ese vínculo donde se da la igualdad plena, cualquiera que sea el marco jurídico que se produzca, justamente porque está basada en la propia naturaleza. Todos los hijos son iguales con respecto a su padre en su situación pecuniaria, en sus derechos hereditarios, en su situación alimentaria, en su sometimiento a la patria potestad y a la administración de sus bienes.

En cambio, sostuve en el Senado, la relación padre-madre e hijo se extiende de manera distinta a los hermanos y ascendientes, dependiendo de si hay o no situación de matrimonio de los padres, y ésta es una realidad que no se puede obviar, porque emana de la convivencia al interior de una familia.

Este es el motivo por el cual estimé que las obligaciones que se pretenden imponer, en beneficio de los hijos, a otras personas de la familia ligadas a ella sólo por vínculos de sangre, no pueden aceptarse, salvo que estén basadas en la libre voluntad de las personas, o en una convivencia que permita suponer la existencia real, aunque no institucional, de una familia.

En esta vinculación afectiva se basa la voluntad de los abuelos, por ejemplo, de cooperar en la mantención y educación de sus nietos, de hacerlos partícipes de su herencia. Ellos pueden obligarse voluntariamente, o incorporarlos entre sus herederos. Pero esta obligación debe estar basada en la existencia de un vínculo afectivo, el que sólo puede establecerse con la convivencia familiar, y no por el ministerio de la ley. Preocuparse de establecer sin otra consideración el vínculo biológico produce situaciones socialmente destructivas de la armonía de la familia.

La cadena biológica prolongada más allá del padre o de la madre significa dar a la vinculación biológica el carácter legal de un hecho jurídico, con consecuencias para terceros que no concurrieron al hecho en que se originan las obligaciones y que a lo mejor ni siquiera conocen a los beneficiarios de los derechos. Esto resulta básicamente injusto y puede ser objeto de toda clase de reconocimientos y manipulaciones para alterar las situaciones patrimoniales y hereditarias de las familias.

Por lo tanto, traté de proteger los intereses legítimos de las familias legalmente constituidas en torno de un matrimonio que reúne toda la calidad humana (del amor, el auxilio, la solidaridad), sin desmerecer la necesidad de que se inste a los padres a asumir su responsabilidad con sus propios hijos; parte importante del propósito se cumplió con la reafirmación de la filiación matrimonial a través de las presunciones del Código Civil y la prohibición absoluta a terceros de poder impugnarla, lo que hace primar el matrimonio sobre la investigación biológica como causa de filiación.

Lo hice porque creo que defender a la familia no significa solamente reconocer las obligaciones de los progenitores hacia los hijos que han ayudado a concebir, sino que admitir que más allá de la biología, el hombre vive una realidad espiritual y afectiva que a nuestro ordenamiento jurídico le corresponde proteger.

Mi posición, compartida por varios senadores, en particular por el senador Hernán Larraín, no logró en definitiva el respaldo de la mayoría en el Senado, frente a lo cual, no obstante, procuramos lealmente contribuir a perfeccionar la iniciativa.

Creo que lo conseguimos, no sólo porque los cambios que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento que integramos fueron aprobados por el Senado en el segundo trámite constitucional y por la Cámara de Diputados en el tercero, sino por las disposiciones sustantivas que se incorporaron al Código Civil en esta materia, que hace que la iniciativa se enmarque dentro de las normas sobre protección de la familia que establece la Constitución Política.

En efecto, se indican diferencias entre las filiaciones y los padres unidos en matrimonio y los que no lo están. Es decir, establece una diferencia en la filiación, y no sólo hablamos del parentesco por consanguinidad, sino también del surgido por afinidad. De manera que estamos en presencia de dos filiaciones: una amparada por la presunción de paternidad que emana del matrimonio, y la otra determinada mediante el acto voluntario del reconocimiento o la declaración judicial.

Por otro lado, ningún tercero puede pretender impugnar la paternidad o maternidad del hijo nacido en el matrimonio. Sólo está permitido al marido, dentro de los términos que fija la ley; a la madre; al hijo o a los herederos. Respecto de estos últimos, no es novedad jurídica, por cuanto son los continuadores de la persona del difunto. Esto es realmente importante: el matrimonio está defendido, en la presunción de la filiación matrimonial de sus hijos, por disposiciones absolutamente claras de nuestra legislación, que primero señalan a quiénes corresponde la acción, y, en seguida, precisan que exclusivamente tendrán derecho a ejercerla los titulares que indica. De manera que el matrimonio ha sido diferenciado; las presunciones matrimoniales han sido respetadas; las impugnaciones

son de diversa clase, y se ha protegido el matrimonio frente a terceros.

Además, la iniciativa se preocupa fundamentalmente de aquellos matrimonios que necesitan de la protección de la ley, que son los de nivel socioeconómico medio o bajo, por el camino de favorecer al cónyuge sobreviviente.

Por un lado, se establece el carácter de heredero que tendrá el cónyuge sobreviviente y el hecho de corresponderle el doble de la legítima rigurosa de un hijo, como regla general.

Pero se llegó aún más allá: en el hecho la casa familiar de los hogares modestos adquiridas generalmente a través del plan habitacional chileno, es prácticamente el único bien importante en cientos de miles de casos. Los que tenemos experiencia parlamentaria hemos podido comprobar que son las mujeres las que constituyen los comités para lograr una vivienda. Ellas son quienes hablan con las autoridades y quienes han demostrado su voluntad de lucha inquebrantable para obtener una casa.

A estas mujeres, fallecido el marido —y lo digo porque, según las estadísticas, los cónyuges sobrevivientes son en su mayoría mujeres—, se les podría presentar una situación sumamente dolorosa si no alcanzando el valor de su cuota hereditaria para adjudicarse la casa, tuvieran que abandonarla. Al respecto, esta iniciativa dispone que si ello sucede, la mujer podrá pedir en su favor derechos de uso y habitación con carácter de gratuitos y vitalicios, para seguir viviendo en su casa y usando su mobiliario.

Por lo tanto, la protección al matrimonio que contemplará el Código Civil es muy clara. Honestamente, no podría decir que la imagen de protección al matrimonio consagrada por la Constitución se ha visto disminuida, porque se consiguieron dos cosas: en primer lugar, establecer la igualdad entre los hijos, lo que, evidentemente, significa el cumplimiento no sólo de la Carta Fundamental, sino también de los principios morales más profundos que tenemos, y en segundo lugar, proporcionar al matrimonio una situación diferenciada que, evidentemente, demuestra toda la simpatía y protección del legislador hacia la familia.

2. DIVORCIO VINCULAR

Es claro que la institución consustancial a la familia es el *matrimonio*, por cuanto la familia perfecta, la que mejor permite “a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad su mayor realización espiritual y material posible”, es la que está basada en el matrimonio indisoluble. Por este motivo es posible confrontar los proyectos de ley de divorcio con el imperativo de protección a la familia establecido en nuestra Carta Fundamental, concluyendo que cualquier proyecto de ley relativo al matrimonio involucra a la familia y debe respetar, por tanto, los preceptos constitucionales al respecto.

Reconocen los detractores del matrimonio indisoluble que, durante los últimos mil años la estructura de la familia occidental ha persistido invariable, pero esto debe cambiar, dicen, porque la familia está al servicio del hombre y el hombre actual es muy diferente, debido a que tiene noción de su “autonomía personal y de su valoración social”. Tampoco, dicen, se puede poner al hombre al servicio de instituciones. A su juicio, es la familia la que está al servicio del hombre. En definitiva, buscan “modernizar” la institución del matrimonio para adecuarla a un concepto “de familia actual”, que resulta más conveniente para las iniciativas que propugnan.

Estos argumentos no resisten ninguna lógica. ¿Habrán que cambiar cada concepto que presente excepciones o que no pueda ser respetado? Y si se trata de poner la institución de la familia al servicio de sus miembros, ¿qué pasa cuando los propósitos de sus miembros son contrapuestos? Obviamente en este tema ya han hecho su elección los propulsores de estas iniciativas, en favor del más fuerte.

El fundamento de esta aspiración, que no se oculta, es incluir “familias en las que no se dan todas las relaciones que se dan en el matrimonio”: familias en crisis, violentas, donde han desaparecido el respeto, los afectos, las lealtades, “que también socializan y también educan”. Nuevamente el argumento es ilógico: ¿qué modificación del carácter indisoluble del matrimonio podrá ayudar a las familias en crisis?

Variadas son las iniciativas legales que aspiran establecer una ley que permita el divorcio vincular y, no siendo el objeto

específico de este texto el análisis de las mismas, nos referiremos a ellas sólo globalmente, agrupándolas en dos grandes categorías:

Las que propugnan directa o indirectamente un matrimonio disoluble

En general estos proyectos plantean derechamente que por definición el matrimonio sea un contrato disoluble, sea por fallecimiento de uno de los cónyuges o por sentencia de divorcio. Este último puede ser solicitado, en algunos proyectos, por ambos cónyuges, o uno con el consentimiento del otro, o sólo por uno.

Los fundamentos de estas mociones dicen relación con adecuar las normas jurídicas del matrimonio a los principios constitucionales que garantizan la igualdad, la libertad y la justicia. Consideran a la familia como núcleo importante de socialización y estiman que necesita ser redefinida porque en muchas de ellas no se dan todas las relaciones que se dan en el matrimonio. La ley que define al matrimonio como indisoluble es una aspiración que no se compadece con la realidad. Las exigencias de la sociedad moderna han provocado cambios de los roles tradicionales. El matrimonio no puede ser considerado un fin en sí mismo, sacrificando en función de este fin la vida de los cónyuges e hijos. La familia está al servicio del hombre. Se trata de reconocer las faltas éticas del sistema legal chileno, que basado en viejos tabúes, prolonga artificialmente una supuesta unión y acepta soluciones deshonestas, como recurrir al fraude de la incompetencia del oficial del Registro Civil.

Las que propugnan un matrimonio indisoluble, pero con causales de nulidad más amplias que las actuales

Basan su presentación en argumentos tales como el perfeccionamiento de la legislación sobre el matrimonio, atendiendo a la mayor autonomía personal que trae consigo la modernidad. Consideran que el matrimonio se plantea como indisoluble, pero la naturaleza imperfecta del hombre no siempre lo permite. El divorcio, dicen, sería una excepción.

La mayoría de estos proyectos incluyen causales de nulidad de matrimonio extraídas del derecho canónico, y suprimen la posibilidad de anular un matrimonio por incompetencia del oficial del Registro Civil ante el cual se celebró.

Estos proyectos en general propenden a un divorcio con disolución de vínculo, otorgado por diferentes motivos que se originan en causales determinadas en la propia ley, basadas tanto en la culpa de alguno de los cónyuges, como en causas objetivas no imputables a ninguno de ellos, cuando previamente ha transcurrido un tiempo de separación.

Como sostuve en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, la defensa de la integridad de la familia es obligación del Estado. Eso supone que la acción permanente del Estado se encuentra destinada a promover la integridad de la familia y a dificultar las causas que atenten contra ella. El Estado no puede luchar contra los hechos. Si un matrimonio vive separado, el Estado no falta a su concepto fundamental si no lo obliga a juntarse. Pero la legislación sí debe tender a que marido y mujer vivan juntos, con sus hijos.

Ello, porque este tema concierne a una obligación fundamental del Estado, y no a una simple decisión de los individuos. No hay en esto un punto de vista religioso, sino un punto de vista de la organización de la sociedad, porque es indispensable para una sociedad democrática la estabilidad e integridad de la familia.

Una de las crisis importantes que sufre la sociedad contemporánea, y que abre paso a una serie de males, es la desintegración de la familia y la pérdida de los valores morales que nacen de una familia desintegrada. Esta circunstancia va íntimamente asociada a la debilidad con que las legislaciones han establecido las obligaciones respecto de esta institución, y quisiéramos mantener un ordenamiento social que haga imposible que ello suceda en Chile.

D) GRUPOS INTERMEDIOS

Artículo 1º inciso 3º:

“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

Podríamos definir las sociedades intermedias como los grupos que forman personas con una misma vocación o con intereses comunes, que unen sus esfuerzos en forma duradera con miras a obtener objetivos que superen la capacidad y los medios de que disponen individualmente cada uno de ellos.

Las sociedades intermedias o grupos intermedios se han multiplicado a medida que la sociedad se hace cada vez más compleja, de modo tal que hay objetivos que son prácticamente inalcanzables para las posibilidades y acciones individuales.

Bajo el amparo de la Constitución de 1980, surgen como manifestación de la libertad de asociación, de manera que todas pueden existir libremente, cualquiera que sea su propósito, salvo que tengan objeto ilícito o atenten contra la moral o buenas costumbres.

A menudo se confunde la libertad de asociación, que es la fuente de los grupos intermedios, con la personería jurídica, es decir, con la aptitud para poseer derechos y contraer obligaciones, referentes fundamentalmente al plano patrimonial.

Los grupos intermedios pueden constituirse, tener sus propios estatutos y actuar en la sociedad, sin que sea necesario que tengan personalidad jurídica constituida o reconocida. Ejemplo de lo anterior son los miles de clubes deportivos que existen en esta condición en el país y nuevas comunidades religiosas. Numerosas sentencias de la Corte Suprema lo han reconocido, por ejemplo una de 30 de junio de 1981:

“Los cuerpos intermedios de la sociedad que conforman entes de hecho, sin personalidad jurídica, han sido reconocidos en la Carta Fundamental en forma expresa. Ellos tienen, en consecuencia, derechos en el plano constitucional, acorde

con su peculiar naturaleza, por ejemplo de asociación, de reunión, de expresión, consustanciales a su existencia”.²¹

La garantía constitucional respectiva, contemplada en el artículo 19, N° 15, de la Carta Fundamental, diferencia tres situaciones con claridad: el derecho de asociación, que puede ser ejercido en forma directa por cualquier persona, con el único límite de que no afecte la moral, el orden público o la seguridad del Estado; la concesión de personalidad jurídica, que debe ser obtenida de acuerdo a la ley, y el caso particular de los partidos políticos.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 24 de febrero de 1987, Rol N° 43, ha señalado con precisión:

“11° Que de un análisis de esta disposición se deriva, con claridad meridiana, que la Carta Fundamental regula tres institutos jurídicos a los cuales les atribuye distintos alcances, no obstante su íntima vinculación. Ellos son: el derecho de asociación en general, las asociaciones que deseen gozar de personalidad jurídica y los partidos políticos.

12° Que el derecho de asociación concebido en su más pura y natural expresión, como la facultad de una persona para unirse con otras, en forma voluntaria y con cierto grado de permanencia para la realización común de un fin determinado, se encuentra ampliamente asegurado por el constituyente, quien ni lo somete a prescripción legal alguna para su ejercicio ni dispone que requiera de permiso previo, imponiéndole sólo la limitación de no ser contrario a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado.

Cualquier persona al solo amparo de la norma constitucional puede ejercer este derecho sin más restricción que la antes anotada.

13° Que, en este primer aspecto, la Constitución de 1980 garantiza el derecho de asociación en forma más amplia que la Carta de 1925, ya que mientras hoy el ejercicio de

²¹ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas: Constitución Política de la República de Chile 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, marzo de 1993, pág. 2.

este derecho no está subordinado a la ley, en cambio en la Constitución anterior sí lo estaba, desde el momento que su artículo 10, N^o 5 lo aseguraba a todos los habitantes de la República, sin permiso previo, pero siempre que se ejerciera de acuerdo a la ley.

Sin embargo, cabe destacar, desde luego, que esta mayor amplitud no se observa en el actual ordenamiento constitucional cuando se trata de conceder la personalidad jurídica ni tampoco en lo concerniente a los partidos políticos, como se evidencia en los considerandos siguientes.

14^o Que, en efecto, tratándose de la personalidad jurídica de las asociaciones, la actual Constitución dispone que para gozar de ella 'deberán constituirse en conformidad a la ley'. De lo anterior se infiere que las entidades que deseen formarse como un ente jurídico distinto de los miembros que la integran, habilitado para actuar en el campo jurídico por sí mismo, ejerciendo derechos y contrayendo obligaciones, debe ceñirse a los requisitos y trámites que la ley exija para ello.

De este modo, la diferencia que establece la Constitución entre el derecho de asociación en general y el derecho de asociación con personalidad jurídica resulta evidente. El primero, el género, no requiere de ley para su ejercicio; el segundo, la especie, debe cumplir las prescripciones que establezca el legislador con tal objeto.

15^o Que, por último, tratándose de partidos políticos, otra forma de expresión del derecho de asociación, la Constitución va más lejos y no sólo entrega a una ley orgánica constitucional regular las materias que les conciernan, con la amplitud que quedó demostrada en el considerando 6^o de esta sentencia, sino que entra a imponer directamente otras limitaciones, en orden a la actividad de los partidos políticos, a su rol en la participación ciudadana, a sus registros y contabilidad y, en fin, a sus estatutos, en cuanto éstos deberán garantizar una efectiva democracia interna".²²

²² Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992. Recopilación e índices de Rafael Larraín Cruz, Secretario del Tribunal Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, febrero de 1993, págs. 36-37.

En lo que atañe a las asociaciones que deben gozar de personalidad jurídica, es preciso observar que la Constitución de 1925 le entregaba al Presidente de la República la atribución de conceder personalidad jurídica a las corporaciones privadas y cancelarla, lo que fue eliminado en la Carta de 1980.

No obstante, sobre la base de que ésta, en su artículo 19, N° 15, inciso 2º, prescribe:

“Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley”,

el Tribunal Constitucional ha entendido subsistente el Título XXX del Libro I del Código Civil, que responde al antiguo concepto estatal, declarando:

“que existiendo las normas legales contenidas en el Código Civil relativas al otorgamiento y privación de la personalidad jurídica de las corporaciones y fundaciones, el Presidente de la República está facultado para dictar los decretos respectivos en tal sentido ejerciendo la potestad reglamentaria de ejecución de ley que le otorga el artículo 32, N° 8 de la Constitución Política” (Sentencia de 18 de junio de 1991, Rol N° 124, considerando 13º).²³

Para lograr la plena armonía entre la Constitución de 1980 y el Código Civil, hay un proyecto de ley presentado por el autor, ya aprobado por el Senado, que se encuentra pendiente en la Cámara de Diputados y que persigue hacer efectivo el propósito del constituyente de liberalizar la existencia de las personas jurídicas.

Con ello no se hace sino seguir la tendencia del legislador, que desde hace años optó por mantener sin modificaciones las reglas del Código Civil, pero ha aprobado leyes especiales que permiten la creación de asociaciones para fines determinados, las cuales deben someterse a procedimientos mucho más expeditos para obtener su personalidad jurídica.

²³ *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, pág. 386.

En líneas generales, el procedimiento reduce la injerencia de la Administración del Estado a la recepción de los estatutos, que se depositan en una entidad pública, la inscripción en el respectivo registro de esas personas jurídicas, y la posibilidad de formularles observaciones dentro de un plazo preestablecido. Por el solo hecho del depósito, queda constituida la nueva persona jurídica. Si posteriormente se les formulan objeciones a los estatutos, ésta debe corregirlos, bajo apercibimiento de tener por caducada la personalidad.

Ese es el mecanismo que se aplica para constituir organizaciones sindicales, esto es, sindicatos, federaciones, confederaciones y centrales sindicales (Código del Trabajo, artículos 222, 223, 269, 282 y 283), asociaciones de funcionarios del sector público (Ley N^o 19.296, artículos 9^o y 10^o) y juntas de vecinos (Ley N^o 19.418, artículos 4^o y 7^o), por ejemplo.

Las asociaciones gremiales y las asociaciones de pensionados, a las que son aplicables sus disposiciones, tienen algunas particularidades en su constitución, como son que la personalidad jurídica se obtiene por el hecho de publicar en el Diario Oficial un extracto de su acta constitutiva, incluyendo el número de registro en el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que se asignó al momento de depositar el acta, y que la cancelación de la personalidad jurídica, si no se subsanan las deficiencias de su constitución o no se conforman sus estatutos a las observaciones que formule el Ministerio, se produce mediante resolución que éste dicta al efecto.

Las principales características de estos procedimientos, que consisten en la obtención de la personalidad jurídica de pleno derecho, y su caducidad también por el solo ministerio de la ley si no se conforman sus estatutos al marco legal —salvo en el aludido caso de las asociaciones gremiales—, esto es, con fundamento directo en las disposiciones legales y no en actos administrativos, se ajustan mucho más al espíritu y a la letra de la Constitución que la fórmula consagrada en el siglo pasado en nuestro Código Civil.

Considero importante destacar el hecho que los grupos intermedios han nacido como una proyección de la libertad del hombre, una manifestación de su capacidad jurídica y de la autonomía de su voluntad, de manera que la Constitución sólo

reconoce estos derechos, pero no se los otorga, puesto que son consustanciales en la naturaleza humana.

Este concepto por sí mismo da seguridad a la acción social del hombre, restringe las facultades de la ley; está protegido por la limitación de la soberanía establecida en el artículo 5º, y por la seguridad que los preceptos legales no pueden afectar los derechos en su esencia ni limitar su libre ejercicio, de conformidad al artículo 19, Nº 26, de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse en varias ocasiones para determinar si el legislador al establecer requisitos para la constitución de determinadas personas jurídicas, lo hizo respetando la libertad de asociación o conculcándola, por entorpecerla más allá de lo razonable o hacerla irrealizable.

En relación con las juntas de vecinos, advirtió lo siguiente:

“Que si bien el inciso segundo del citado Nº 15 del artículo 19 de la Constitución preceptúa que ‘para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley’, no podría entenderse que el contenido que tuvieran las disposiciones de esa legislación fueran congruentes con las normas constitucionales si a través de esas disposiciones el legislador pudiere imponer requisitos de tal naturaleza a la concesión de personalidad jurídica que ellos llegaren a significar una imposibilidad de constituir una determinada asociación, una restricción a asociarse que no estuviera fundada en las prohibiciones que la propia Constitución establece, o una desigualdad de oportunidades para ejercer el derecho de asociación y para poder actuar con plenitud en el cumplimiento de sus fines” (Sentencia de 14 de mayo de 1991, Rol Nº 126, considerando 7º).²⁴

Por ello, primero estimó inconstitucional la exigencia puesta en el proyecto de ley, sólo podía existir una junta de vecinos en cada unidad vecinal, y a su vez en una misma comuna únicamente podía constituirse una unión comunal de juntas de vecinos.

²⁴ Fallos del Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 395.

Posteriormente consideró asimismo inconstitucional el precepto contenido en otro proyecto sobre la materia, que exigía para constituir una junta de vecinos, la concurrencia de a lo menos un veinte por ciento de los vecinos residentes en la unidad vecinal.

Tuvo en cuenta para ello que ese porcentaje del 20% se elevaba sustancialmente al aplicarse sobre el total de los vecinos que tengan más de 18 años de edad, requisito que también se estableció; que la determinación de esas personas es una cifra cambiante día a día y con obvias características de imprecisión, debido a que las personas cumplen esa edad en diferentes fechas y a que constantemente varía la población vecinal, por traslados, nacimientos y defunciones, y que los volúmenes poblacionales de las diferentes unidades del país son eminentemente diversos, con lo cual la exigencia en cuanto al número de personas que pueden dar origen a una junta de vecinos será muy distinta en cada caso.

Todo lo anterior lo llevó a concluir que la referida exigencia...

“entra a configurar un requisito que impide el libre ejercicio del derecho de asociación en una junta de vecinos y afecta el principio de igualdad de oportunidades para originar y constituir una organización comunitaria como es una junta de esta especie, vulnerándose de esta manera lo establecido en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y lo dispuesto en el artículo primero de la misma Carta Fundamental” (Sentencia de 14 de noviembre de 1994, Rol N° 200, considerando 13^o).²⁵

Respecto de la autonomía de los grupos intermedios para darse la organización interna que estimen más conveniente, ha dicho con acierto la Corte Suprema en sentencia de 23 de enero de 1985:

“La autonomía de los grupos intermedios garantizada por la Constitución permite a éstos incorporar a sus estatu-

²⁵ Aún no publicada.

tos, escrituras o acuerdos, finalidades propias y específicas no previstas en la ley".²⁶

Hay que hacer notar que la obligación de los grupos intermedios de acatar sus propios estatutos obedece a razones de seguridad jurídica, que persiguen que puedan desarrollarse en paz y eficazmente, y también de autotutela, que significa que sus conflictos se resuelvan internamente, de modo que sólo lleguen a los tribunales si sus órganos máximos de decisión adoptan medidas contrarias a los propios estatutos por los que deben regirse.

Los particulares están también sujetos a la supremacía constitucional, y en el aspecto a que aludimos, al respeto a garantías como el debido proceso o la no discriminación arbitraria. Si una decisión, como la expulsión de uno de los asociados, se toma con manifiesto desconocimiento de tales principios, es susceptible de ser revisada y, en su caso, enmendada por los Tribunales de Justicia, sin que pueda aceptarse la invocación de la autonomía del cuerpo intermedio como justificante de una actuación inconstitucional de sus órganos de administración.

Por último, no está de más resaltar que el reconocimiento y amparo a los grupos intermedios que consagra el artículo 1º de la Constitución se explica porque *en una Nación bien constituida hay siempre un propósito de integración de la sociedad en el Estado. Esta sociedad la conforman obviamente las personas, la familia y estos grupos intermedios. Todos ellos se integran a la sociedad para asumir funciones y cumplir tareas, de tal manera que al Estado sólo le corresponde asumir directamente aquellas que las personas y las sociedades intermedias no están en condiciones de cumplir, o porque desbordan sus posibilidades o porque son de tal importancia para la colectividad que no es aconsejable dejarlas entregadas a grupos particulares, como la defensa nacional, la prevención masiva de la salud, etc.*

²⁶ *Repertorio...*, ya citado, pág. 2.

E) BIEN COMUN

Artículo 1º inciso 4º:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Es indispensable definir el bien común, ya que constituye el fin supremo del Estado. Precisar su contenido aparece como necesario, porque no está de más recordar que en aras de este mismo concepto, se han organizado estructuras políticas esencialmente injustas, en que el bien común ha sido políticamente manejado para justificar la existencia de tales formas de organización.

El concepto básico del humanismo cristiano nos ayuda a iniciar el conocimiento del tema. Jacques Maritain recuerda:

“La persona está directamente ordenada a Dios como a su fin último absoluto; y esta ordenación directa a Dios trasciende todo el bien común creado, bien común de la sociedad política y bien común intrínseco del universo”.²⁷

Esta fue la posición tomista, basada en la doctrina de Aristóteles. El propósito fundamental del bien común es asegurar que ninguna interferencia rompa el orden de la creación, y en ese orden está el desarrollo de la personalidad humana con sus requerimientos naturales y sociales; por su parte, la sociedad tiene la obligación positiva de contribuir a crear un entorno que facilite la obtención del fin último del hombre.

²⁷ Jacques Maritain, *La persona y el bien común*, versión castellana de Leonardo Sesma. Dedebe, Ediciones Descleé, de Brouwer, Buenos Aires, Argentina, 1948, pág. 17.

La persona no es lo mismo que el individuo. En cuanto somos *individuos*, cada uno de nosotros es una parte de la especie, una existencia material sometida al determinismo del mundo físico; pero al mismo tiempo somos *personas*, y en cuanto a personas, cada uno de nosotros existe por la realidad de tener un alma espiritual, y ésta es un principio de unidad creadora, de independencia y libertad.

En esta tradición metafísica occidental se caracteriza a la persona por su independencia, como una realidad que, subsistiendo espiritualmente, constituye un universo aparte, un todo independiente del gran todo del universo y cara a cara al Todo Trascendente.

La dignidad de la persona humana proviene en lo más hondo y esencial de ser imagen de Dios, de parecersele en propiedad.

El individuo y la persona son realidades distintas, pero co-existentes en el ser. Todo yo soy individuo en razón de lo que poseo por la materia, y todo entero, persona, por lo que poseo además por el espíritu.

El hombre no será verdaderamente una persona sino en la medida que ejerza su libertad, teniendo en cuenta su realidad espiritual y su naturaleza material.

La sociedad debe proporcionar a la persona las condiciones de existencia y desenvolvimiento que necesita, porque la persona humana requiere en la vida en sociedad, para su perfección y para la atención de las necesidades que derivan, de su individualidad material.

Así tenemos a la persona como "unidad social" enfrentada al bien común, como fin del todo social. Ahora bien, el fin de la sociedad es el bien del cuerpo social, pero se trata de un cuerpo social constituido por personas.

Debemos distinguir que el "bien común" no es sinónimo de bien público, ni es la simple colección de los bienes privados, ni el bien propio de un todo que se beneficia con el sacrificio de las partes. Este bien común es común al todo y a las partes, sobre las cuales se difunde y que con él deben beneficiarse, si no quiere desvirtuar su misma naturaleza.

Implica y exige el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, y encierra como valor principal el más

elevado acceso posible de las personas a su vida de tales y a su libertad, desenvolvimiento y perfección última.

El bien común incluye, como elemento esencial, la máxima posibilidad de libertad, de modo que las personas concretamente alcancen en la más alta medida posible la independencia, siempre sin perjudicar al bien de otros; independencia que debe ser asegurada por las garantías sociales, políticas y económicas, y ejercida con propiedad de derechos políticos, de las virtudes morales y la cultura de espíritu.

Es importante destacar que en el funcionamiento de la sociedad las personas comprometen sus valores más importantes, sus vidas, sus bienes y su honor. El bien común se desnaturaliza si no es el bien de todas las personas.

Lo contrario ocurre en otros grupos intermedios, donde en su bien común sólo están comprometidos los intereses exclusivos del grupo.

En el orden material el bien común de todos es superior al bien individual; *sin embargo, la persona está por sobre la comunidad política*. Por eso la comunidad jamás podrá legítimamente cercenar su libertad; el hombre ha sido hecho para Dios y para la vida eterna antes de ser parte de la sociedad; también es parte de la sociedad familiar antes de ser parte de la sociedad política.

En el hecho, la definición ordinaria sostiene que bien común es el bienestar general de la población. Esta definición es política y filosóficamente incorrecta, porque bienestar general de la nación lleva a concluir necesariamente que el cuerpo social, en sí mismo, necesita de un bien común, prescindiendo de las personas.

Sería este bien común una especie de valor estadístico, que pretendería que toda la sociedad expresada en una cifra o porcentaje esté mejor, aunque bajo este bienestar general se oculten desbalances graves entre grupos sociales que no afectan el cálculo estadístico del bienestar general, de bienes y servicios.

Es impreciso e incorrecto hablar del bien común como el bienestar general, porque el bien común es en realidad el bien de todos, es decir, el bien de cada una de las personas que forman la sociedad. De esta manera, se precisa y señala una finalidad fundamental del Estado; presente en la Constitución Política de 1980 y en la legislación en general, cual es la función asistencial del Estado.

En otras palabras, es parte de la promoción del bien común tratar de lograr que todas las personas alcancen un cierto nivel de bienestar. Al definir el bien común como el bien de todos y de cada uno, se logra incluir en este concepto el bienestar de grupos sociales postergados, y no se habrá conseguido en plenitud el bien común si persisten condiciones desfavorables para estos grupos, aunque la estadística muestre buenos índices de bienestar general.

Un segundo aspecto del bien común que es necesario precisar se refiere a ampliar este concepto a otros ámbitos. En efecto, es erróneo pensar que el bien común consiste exclusivamente en la suma de bienes y servicios que se ofrecen a las personas.

Esta conclusión limitaría al bien común a un aspecto exclusivamente economicista, próximo al concepto marxista, que postula que lo económico es esencial en el funcionamiento de la sociedad, omitiendo de paso aspectos fundamentales, más profundos o incluso más importantes para el fin del hombre, que no dicen relación con bienes y servicios a los que puede aspirar y cuya obtención y providencia forma también parte de la función del Estado; como la promoción de una sociedad valórica, donde tengan lugar e importancia otros aspectos que, en sí mismos, no constituyen algo material, pero que son fundamentales en la vida de las personas.

Así, por ejemplo, la educación no es sólo un servicio al cual el Estado directa o indirectamente coopera o presta a las personas para impartirles conocimientos y capacitarlos para determinado trabajo o profesión, sino que comprende otros aspectos que el bien común no puede omitir, y que son los aspectos valóricos, de moralidad y de conducta, de principios y hábitos esenciales para construir una sociedad que cumpla con su propósito en forma integral.

Limitar la acción del Estado a una lucha contra la pobreza da a la acción del Estado un acento parcial y por lo tanto distorsionado. El bienestar de la persona comprende no sólo los bienes y servicios a los que accede, sino también su derecho a una sociedad que le permita adquirir, cultivar y transmitir valores fundamentales.

De esta manera, por ejemplo, la función de bien común del Estado comprende el deber de velar porque los medios de comunicación respeten la moral y las buenas costumbres, y

comprende también las acciones destinadas a promover hábitos de convivencia social.

En este sentido, sin ir más lejos, podemos citar las acciones que en el pasado reciente emprendió el Estado y los agentes políticos con el propósito de crear un clima de reconciliación nacional después de la violencia que había imperado en las últimas décadas, acción que evidentemente constituye una función destinada a los propósitos de bien común que hemos señalado. En efecto, tales acciones no constituyeron bienes o servicios ni se tradujeron en bienestar material alguno, sino que pretendieron inducir un comportamiento social destinado a olvidar las divisiones, aunando las voluntades de las personas frente a su destino común.

El análisis del contenido del concepto de bien común resulta importantísimo y fundamental para el modelo de sociedad y en consecuencia para el modelo político que un país elige, porque la expresión "bien común" ha permitido una serie de variadas y contradictorias interpretaciones. Por ejemplo, la interpretación marxista lo transforma en el bien de una colectividad que disminuye y aplasta el desarrollo de las personas. Sin embargo, los filósofos y estadistas marxistas han considerado que éste es el concepto del bien común.

¿De qué concepto de "bien común" está hablando nuestra Constitución? No cabe duda de que es el que hemos estado señalando, no sólo porque así está expresado en las actas de estudio de la Constitución, sino porque sería imposible cumplir con el texto de este artículo en análisis si se adoptara un criterio diferente. Es el mismo texto de la Constitución el que nos permite precisar el sentido de la expresión "bien común".

Constituye un grave error de interpretación considerar el concepto de bien común, consagrado en la Constitución como finalidad del Estado, como un valor puramente moral, y, en consecuencia, carente de valor imperativo y de fuerza vinculante respecto de la ley y de las demás normas jurídicas.

El bien común que señala la Constitución y que se indica como meta del Estado es una norma moral, pero también una norma jurídica que tiene una fuerza imperativa respecto de todos los órganos públicos.

De acuerdo con la Constitución, esta finalidad de bien común debe orientar la acción del Estado y debe hacerse con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Así, si el Estado o cualquiera de los órganos públicos utilizaran algunas de estas potestades públicas lesionando total o parcialmente derechos y garantías establecidos por la Constitución en favor de las personas, bajo el pretexto de un hipotético bien común, el acto sería inconstitucional y, por lo tanto, nulo, y además podría perseguirse la responsabilidad del Estado y la del funcionario que tomó parte en esa decisión.

Cuando el autor de estas líneas propuso, en las primeras reuniones en que se trataba el articulado de la Constitución, incorporar en el artículo 1º el deber del Estado de promover el bien común, tuvo muy presente la idea de que las palabras se usan en sentido distinto y por eso son necesarias las precisiones.

Por este motivo propuse a la Comisión Constituyente, como consta en la Sesión Nº 40, de fecha 14 de mayo de 1974, concretamente para el artículo 1º de la Constitución, establecer que la acción del Estado “está encaminada al bien común, a procurar un desarrollo pleno de la personalidad humana y a asegurar su libertad y el respeto a su dignidad”.²⁸

De esta manera, se contenía la finalidad del Estado de propender al bien común, y se señalaba que él mismo debe procurar el desarrollo pleno de la personalidad humana. Por último, como puede existir una acción del Estado que no respete, con el pretexto de desarrollar plenamente al hombre, ni su dignidad ni su libertad, se establecían dos limitaciones a la acción del Estado en la aplicación del concepto de bien común: asegurar la libertad y respetar la dignidad del ser humano. Esta frase fue reemplazada por la expresión más general de respetar los derechos y garantías de la Constitución.

Esta redacción cumplía dos objetivos muy precisos: por una parte, recogía la idea del bien común como inseparable del

²⁸ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, obra ya citada, sesión 40, pág. 23.

pleno desarrollo de la personalidad humana, y por la otra mantenía un criterio de latitud para que el término “bien común”, al igual que otros términos como “orden público” y “buenas costumbres”, manteniendo su esencia, tengan el alcance concreto que cada generación les vaya dando, como corresponde a una Constitución Política llamada a trascender.

A medida que el hombre va comprendiendo y progresando en sus instituciones comienza a descubrir nuevas aplicaciones de este principio, lo que demuestra la utilidad de contemplarlo en forma expresa, porque obliga al legislador y al intérprete a someterse, en su búsqueda del bien común, a las disposiciones constitucionales que reglan los derechos de las personas. Aquellas leyes que se aparten de estos principios deberán ser declaradas inconstitucionales por los órganos encargados de velar por la supremacía de la Constitución.

El autor no duda que la acción del Estado será enriquecida paulatinamente por el estudio, el pensamiento, el desarrollo y el progreso de las ideas políticas en Chile.

Pero la explicitación de algunos aspectos que dicen relación con el bien común, no podrá realizarse sino a la luz de este artículo 1º; a la luz de una sociedad de hombres libres, y de un Estado cuya finalidad es facilitar a hombres libres el cumplimiento de sus fines individuales.

F) SEGURIDAD NACIONAL

Artículo 1º inciso 5º:

“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional...”

El concepto de seguridad nacional que contiene este inciso quinto del artículo 1º comprende la misión de resguardar la integridad del territorio del Estado, la defensa de la soberanía y el mantenimiento del orden.

Estos conceptos de seguridad nacional fueron tratados por la Comisión Constituyente en su sesión N° 59, que celebró el 1º de agosto de 1974. La primera discusión que se suscitó dijo

relación con el criterio de incorporar en el capítulo preliminar del texto constitucional alguna disposición que hiciera referencia a la seguridad nacional.

Sus miembros concordaron en que la preservación de la seguridad nacional era tarea fundamental de las Fuerzas Armadas, pero que se trataba de incorporar en la Constitución un concepto de seguridad nacional que comprendiera todos los valores que se encierran dentro del concepto contemporáneo de seguridad.

Se discutió entre los miembros de la Comisión acerca de la conveniencia de introducir estos conceptos en el capítulo preliminar, y fui partidario de introducir precisamente un texto escueto sobre seguridad nacional, ya que en ese capítulo se contenían los conceptos doctrinarios fundamentales y la filosofía de lo que debían ser las funciones del Estado.

En el apéndice del acta de la sesión a que he aludido, se consignaron algunos conceptos de seguridad nacional, entre ellos el siguiente:

“Es la condición de orden y estabilidad que permita un desarrollo mínimo que satisfaga el bien común de los ciudadanos y que permita enfrentar las eventuales calamidades públicas y los conatos contra la paz social y el orden público interior y los atentados extranjeros contra la soberanía y autodeterminación de la República”.²⁹

Y una definición más escueta, que señala:

“Es la capacidad que tiene la Nación para obtener sus fines y que le permite afrontar con éxito situaciones de catástrofes, conmoción interna o guerra”.³⁰

En los Estados modernos este concepto tiene especial trascendencia y comprende no sólo la defensa de la integridad territorial y de la soberanía nacional, sino también el logro del desarrollo en el país, pues obviamente un país que se encuen-

²⁹ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, obra ya citada, sesión 59, pág. 10.

³⁰ *Idem*, pág. 11.

tra desarrollado está en mejores condiciones económicas para precaver y superar con éxito cualquier situación de emergencia que pueda afectarlo.

En relación con la materia, el libro *Lucha ideológica en torno a la seguridad nacional*, de Arturo Lane, contiene conceptos clarificadores:

“La seguridad nacional de un Estado democrático en el ámbito interno debe servir al propósito de afianzar la libertad del ciudadano y al progresivo desarrollo económico y social de la población. Sólo es posible realizar tales fines si la sociedad logra organizar unas instituciones públicas capaces de proporcionar seguridad al pueblo en el orden interno y, además, cautelar lo externo.

Cada nación debe formularse su propia concepción de la seguridad nacional. Ella depende de factores objetivos relativos a la geografía, recursos naturales y humanos, historia nacional y valores éticos y culturales.

*Porqué se trata de una función política del Gobierno de un Estado y no de una técnica militar, corresponde al ordenamiento jurídico y político. La seguridad nacional garantiza el marco dentro del cual funciona el sistema político. Servirá su objetivo según sea el carácter del sistema al que pertenece. Será un elemento decisivo para el funcionamiento de la democracia si las instituciones del país son democráticas y si las Fuerzas Armadas están imbuidas de los principios que le sirven de fundamento”.*³¹

Hay en estos párrafos tres conceptos esenciales que traducen fielmente la inquietud del constituyente, responden a una Constitución finalista y valórica, y son inseparables de una Constitución democrática:

Primer concepto. La seguridad nacional tiene por principal objeto el garantizar la libertad y favorecer el desarrollo de la sociedad.

³¹ Arturo Lane Ortega, *Lucha ideológica en torno a la seguridad nacional*, CEDENAC, Centro de Estudios de la Nacionalidad, Santiago de Chile, 1989, Prólogo, pág. 9.

Segundo concepto. Cada Nación debe darse su propia concepción de seguridad nacional, es decir, ella se desprende de la tradición del país, de su ordenamiento jurídico y de su sistema político. En consecuencia, no es válida la interpretación basada en filosofías políticas o contenidas en doctrinas ajenas a la realidad propia de cada Nación.

Es frecuente el principio y la crítica del concepto de “seguridad nacional”, identificándola con posturas más o menos totalitarias de origen foráneo. Ello es un error, que confunde y es peligroso, porque puede originar una interpretación ajena a nuestra propia concepción de seguridad nacional.

Tercer concepto. Como es “un deber del Estado” y no una materia técnica militar, su resguardo corresponde al ordenamiento jurídico y político.

Dentro de este sistema jurídico y político hay un rol propio para las Fuerzas Armadas que la propia Constitución señala; pero una cosa debe quedar muy claramente explicitada: las Fuerzas Armadas actúan dentro de la ley, la que no pueden ni siquiera interpretar, porque esta función corresponde a otros poderes públicos.

En nuestro sistema, el Consejo de Seguridad Nacional, como se verá en el capítulo respectivo, es el principal órgano para recibir el aporte de las Fuerzas Armadas en el importante tema de la seguridad nacional.

Sostiene este autor que la seguridad es una condición para la realización del bien común, y encuentra su base en el temor al “peligro”.

Así, la doctrina de la seguridad nacional se fundamenta en la naturaleza del hombre, en la experiencia de la sociedad, en la historia social, sin que tenga ninguna asociación con escuelas filosóficas.

Por otra parte, la práctica de la seguridad nacional es un concepto relativo. La primera condición para tener seguridad es, obviamente la disposición humana de enfrentar los desafíos y no la de construir barreras físicas contra potenciales enemigos.

Todos los pueblos han tenido su propia noción del problema de la seguridad y Chile ha sido una nación particularmente sensible a este problema. La seguridad ha sido históricamente una constante preocupación: las guerras de Arauco, los conflictos externos y los terremotos han estado presentes en la vida

nacional. Chile no necesita que nadie le invente una doctrina de la seguridad nacional a la medida de otro país.

Nadie puede discutir que una de las funciones del Estado es asegurar la seguridad nacional, es decir, asegurar en primer lugar su propio régimen político y crear los instrumentos jurídicos que permitan defenderlo. En consecuencia, la sociedad tiene derecho a establecer toda clase de instituciones, procedimientos, acciones que preserven el Estado de Derecho y el orden público y, al mismo tiempo, establezca las atribuciones y límites dentro de los cuales las instituciones y sus Fuerzas Armadas puedan garantizar la vigencia del sistema político.

Por otra parte, no hay que perder de vista que el derecho humano más importante es el derecho a no ser víctima de un delito, y esto supone una organización social capaz de prevenir estos hechos y de sancionar a los culpables de manera de evitar su repetición y aumento. Nosotros hemos vivido recientemente esta dimensión del orden público. Es deber del Estado garantizar un derecho humano que no está escrito en la Constitución, pero que sin duda es el compendio de lo que ella contiene.

La sociedad contemporánea debe pesar debidamente dos situaciones que al respecto se presentan: primero, la obligación social de promover y permitir la rehabilitación de las personas que han cometido delito, y la segunda, que es la más importante, garantizar a la población que su sistema de funcionamiento social la resguarda de ser víctima de delito. La realidad ha demostrado que muchas veces un sentimiento rehabilitador mal entendido ha traído dolorosas, trágicas y generalizadas consecuencias para el resto de la población.

También son importantes las reflexiones siguientes:

“La discusión en torno a la doctrina de la seguridad nacional es un debate respecto al régimen político. La polémica ha sido llevada al extremo de cuestionar la idea misma de la seguridad nacional. En consecuencia, no se trata sólo de discutir sobre una determinada doctrina. Se ha llegado a cuestionar el derecho de la sociedad a otorgarse los instrumentos jurídicos que le permitan defender al propio régimen político.

Quienes sostienen el principio de que la sociedad tiene derecho a establecer instituciones que preserven el Estado

de Derecho y el orden público mediante una doctrina constitucional que establezca las atribuciones y límites dentro de los cuales puede actuar la fuerza armada para garantizar la vigencia del sistema político, ven cuestionada esta premisa esencial para la supervivencia de cualquier régimen de convivencia civilizada.

Ciertamente, hay varias opciones políticas, según sea la concepción del hombre y la sociedad que se sostenga. Esta es la fuente, en consecuencia, de la cual se extraen los fundamentos ideológicos del sistema político y de la doctrina de la seguridad que servirá de sostén al régimen establecido. Hay diferencias esenciales entre la doctrina de la seguridad nacional de un Estado totalitario y otro democrático. Afirmar por ello que toda doctrina de seguridad nacional es opresiva constituye un error.

Su contenido depende del régimen político a cuyo servicio se encuentra. Si éste es democrático, dicha doctrina será garantía de la libertad, de la justicia, del humanismo integral. Sólo en este caso puede hablarse de seguridad de la nación. Porque bajo un régimen totalitario lo que se persigue es sólo la seguridad del Estado".³²

G) INTEGRACION ARMONICA Y PARTICIPACION

Artículo 1º inciso 5º:

Es deber del Estado... "*promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*".

I. INTEGRACIÓN ARMÓNICA

Este párrafo del inciso 5º, que dispone que el Estado debe promover la "integración armónica" de todos los sectores de la

³² Arturo Lane, obra citada, págs. 198-199.

Nación, apunta a la necesidad de conservar y preservar la unidad básica del cuerpo social, que es también un deber esencial del Estado.

La expresión “integración armónica” debe ser entendida en el sentido que nos indica el bien común, es decir, buscando que ningún sector tenga poder dominante sobre otro.

Con estas palabras nuestra Constitución está señalando implícitamente que rechaza la doctrina que considera la sociedad como escenario de enfrentamiento de clases sociales y propende en cambio a la unidad nacional, a través de iniciativas y propósitos de integración armónica de todos los sectores de la vida nacional. Esa unidad es la que en definitiva hará posible la obtención de los objetivos de mayor importancia y más gravitantes para la preservación de la integridad física del territorio y moral de la nación y su identidad histórico-cultural.

En ese sentido se pronunció expresamente el constituyente en el Acta Constitucional N° 2, de 1976, “Bases esenciales de la institucionalidad chilena”.

El artículo 2º, inciso 2º de ese texto fundamental declaró:

“El Estado propenderá a la integración armónica de todos los sectores de la Nación. En consecuencia, se rechaza toda concepción de la sociedad inspirada en el fomento de antagonismos sociales”.

Los fundamentos fueron, asimismo, consignados con claridad en los considerandos 1º y 4º letra b) de esa misma Acta. De acuerdo con ellos, entre los valores de las bases esenciales de la institucionalidad se encuentra:

“b) El concepto de unidad nacional, expresado a través de un propósito de integración armónica de todos los sectores de la Nación que persigan los grandes objetivos señalados en el considerando primero –o sea, la soberanía de la Nación, los valores superiores y permanentes de la chilenidad, la identidad histórico cultural de la Patria y su grandeza espiritual y material– y rechaza, en consecuencia, toda concepción que fomente antagonismos sociales”.

Pero lo cierto es que la Constitución tendría un alcance muy limitado si la exigencia de promover la integración armónica de “todos los sectores de la Nación” se entendiera referida solamente a los sectores ideológicos o corrientes de pensamiento que coexistan en su interior.

El sector es un grupo o una colectividad que presenta caracteres peculiares, que lo distinguen de otros. En la medida en que las personas habitan en distintos lugares geográficos de nuestro país, no escapa al requerimiento de la Carta Fundamental que se procure la integración armónica entre ellas, también desde el punto de vista territorial.

Por ello, la reforma constitucional contenida en la Ley Nº 19.097, de 1991, incorporó expresamente en el artículo 104 de la Constitución Política, la idea de que en materias de gobierno y administración interior del Estado:

“Se observará como principio básico la *búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo*. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo *criterios de solidaridad entre las regiones*, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos”.

Lo que es válido para la región y las provincias lo es también para las comunas y al interior de ellas. Por tal motivo, en virtud de la reforma constitucional contenida en la Ley Nº 19.526, de 1997, se establece en el artículo 107 de la Constitución que:

“Las municipalidades podrán establecer en el ámbito de las comunas o agrupación de comunas, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva, territorios denominados unidades vecinales, con el objeto de *propender a un desarrollo equilibrado* y a una adecuada canalización de la participación ciudadana”.

Ese postulado también tiene una manifestación explícita en el ámbito financiero municipal: la existencia de “un mecanismo de redistribución solidaria de los ingresos propios entre las

municipalidades del país con la denominación de fondo común municipal” (artículo 111).

Desde otro punto de vista, constituyen asimismo “sectores de la Nación” las distintas comunidades étnicas que viven en Chile, particularmente aquellas que se encontraban en este suelo desde antes de la conquista española.

La Ley N° 19.253, de 1993, ha sido el último de los cuerpos legales sistemáticos que han abordado la tarea de reforzar la integración de esas comunidades, sin ahondar la pérdida de su respectiva identidad, que se ha visto inexorablemente afectada por los inevitables cambios culturales que se registran en toda sociedad.

Sin perjuicio de las observaciones que pueda merecer la regulación jurídica contemplada en ese cuerpo legal o la aplicación práctica que se haya hecho de sus disposiciones, no cabe duda de que los supuestos sobre los cuales descansa, y que están reflejados en su artículo 1º, se inscriben perfectamente dentro del deber del Estado que estamos comentando:

“Artículo 1º. El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.

El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.

Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.

Otro esfuerzo del Estado en el sentido de dar cumplimiento a su deber de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación es el contenido en la Ley N° 19.284, de 1994, cuyo objeto, según se declara en su artículo 1º, es:

“Establecer la forma y condiciones que *permitan obtener la plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad*, y velar por el pleno ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a todas las personas”.

Podríamos agregar numerosos otros ejemplos de la forma en que el legislador, primordialmente, ha procurado “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación”.

Bastan los señalados, no obstante, para confirmar que el cumplimiento de este deber por parte del Estado ha de expresarse en forma concreta; se trata que el Estado provea los medios que estime prudentes para obtener esta unidad de sus habitantes y para que todos ellos convivan en mutuo respeto y en pleno derecho. La concreción de este deber implica para el Estado una labor muy compleja, en la que se encuentran involucradas la educación y la formación cívica de los ciudadanos, única manera en que puede llevarse a efecto esta integración armónica a la que le obliga la Constitución Política de la República.

2. PARTICIPACIÓN VECINAL

La “participación en igualdad de oportunidades en la vida nacional” supone la actividad permanente de búsqueda de modalidades que contribuyan a crear en cada persona la capacidad necesaria para que pueda construir en libertad su propia vida. En este campo la educación aparece nuevamente como elemento irremplazable de una política destinada a crear condiciones de igualdad.

El concepto de participación implica “formar parte” de la vida nacional, y ello se puede hacer individual o colectivamente. En este último caso, la garantía se relaciona con libertad para asociarse y constituir grupos intermedios de la sociedad, a

que acabamos de referirnos. Sin esta capacidad de asociarse no sólo se disminuye la participación en sí misma, sino que también la igualdad de oportunidades se hace más difícil de lograr.

Así lo determinó expresamente el Tribunal Constitucional, al examinar las juntas de vecinos y las uniones comunales, que constituyen las organizaciones comunitarias de carácter territorial más difundidas:

“4º Que los referidos grupos intermedios constituyen una de las vías contempladas por la Constitución Política para favorecer la participación de las personas en la vida nacional y, por lo mismo, de conformidad con el inciso final del artículo 1º de la Carta Fundamental, constituye un deber del Estado asegurar que el derecho a esta participación se ejerza “con igualdad de oportunidades”.³³

Los requisitos que se pretendían imponer de que en cada unidad vecinal sólo existiese una junta de vecinos y que en una comuna sólo hubiese una unión comunal, desde este punto de vista fue considerado inconstitucional, acertadamente, teniendo en cuenta:

“11º Que no resulta posible considerar estos impedimentos para asociarse como una simple consecuencia de la aplicación de requisitos para obtener personalidad jurídica, pues las normas impugnadas no estarían dando ninguna oportunidad a los que no desearan incorporarse a la junta de vecinos única a constituir otra que tuviere similar naturaleza, funciones y reconocimiento, lo que atenta incuestionablemente al principio constitucional de asegurar que la participación de la comunidad se pueda materializar ‘con igualdad de oportunidades’, como lo señala el artículo 1º de la Carta Fundamental en su inciso final;

12º Que de las disposiciones impugnadas en examen se deduce irredargüiblemente que la junta única de vecinos que de acuerdo con ellas se permitiría constituir en la unidad vecinal correspondiente, adquiriría una singu-

³³ *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra citada, págs. 394 y 396.

laridad excluyente de toda otra entidad de similar naturaleza, advirtiéndose que la alternativa que se ofrece a los ciudadanos de no incorporarse a ella y de dar origen a otra organización distinta, no les permitiría actuar en igualdad de condiciones en comparación con aquella junta única ni disponer de personalidad jurídica con homólogo tratamiento” (Sentencia de 14 de mayo de 1991, Rol N° 126).³⁴

3. PARTICIPACIÓN COMUNAL Y REGIONAL

El carácter de órgano de participación en la vida comunal que tienen las unidades vecinales ha sido reconocido expresamente por el constituyente en el inciso séptimo del artículo 107, a que ya nos hemos referido, que entrega a la ley orgánica constitucional de municipalidades la posibilidad de establecer:

“territorios denominados unidades vecinales, con el objeto de propender a un desarrollo equilibrado y a una adecuada canalización de la participación ciudadana”.

A esa ley le corresponde también establecer:

“las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales” (inciso 2° del artículo 107).

Lo anterior es absolutamente pertinente desde el momento en que la Carta Fundamental, al definir a las municipalidades, les asigna dos grandes finalidades:

“satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna” (inciso 4° del artículo 107).

³⁴ *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra citada, págs. 394 y 396.

En la región, el concepto de participación es también el que inspira la creación del consejo regional, el cual, conforme a la Constitución, es el

“encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional” (artículo 102, inciso 1^o).

Es importante destacar que tanto en el caso de la participación comunal como de la participación regional, a través de los mecanismos que desarrollan las respectivas leyes orgánicas constitucionales, se trata de una actuación no frente al Estado, sino que al interior del Estado, en que las personas coadyuvan en los procesos de adopción de las decisiones regionales y comunales.

Pero la participación de las personas al interior de sus comunas, por ejemplo, sería absolutamente ilusoria si las decisiones que se tomaran estuviesen condicionadas o sujetas a una fiscalización externa.

Por eso, aunque aparezca como un tema desvinculado de la participación, la autonomía municipal es un elemento indispensable, que permite hacerla realidad y darle eficacia.

Ese es uno de los motivos por el cual el autor de estas líneas se opuso decididamente durante 1991, en el curso de la tramitación de la reforma constitucional que se tradujo en la Ley N^o 19.097, a que se estableciera una suerte de fiscalización del Ejecutivo sobre las municipalidades, que se intentó justificar en la administración de los recursos públicos que éstas efectúan.

Recordé en aquella oportunidad:

“El Alcalde dispondrá de mayores facultades, según la Ley Orgánica de Municipalidades, y será fiscalizado por el Concejo, órgano elegido por los habitantes de la comuna en votación popular. Pero no existe la fiscalización por parte del Ejecutivo. Eso es indiscutible. Estamos en presencia de un organismo autónomo. Si pretendemos contar con entes de carácter, de integración comunal y con concejales elegidos por sufragio universal, debemos correr los riesgos de la autonomía. Y lo que se hace, de acuerdo con la Constitución y con el texto aprobado por la Comisión, es precisamente correr los riesgos de esa autonomía”.

Agregué lo siguiente:

“Por ello, no se justifica la preocupación de dejar ‘municipios sueltos’, como aquí se ha dicho generalmente. ¿Sueltos para qué? Lo que estamos haciendo nos molesta un poco. Nos cuesta, en nuestra evolución política, admitir que también la libertad individual es un riesgo y que también los hombres andamos sueltos. *Estamos creando organismos libres, autónomos, lo que también tiene riesgos. ¡Dios quiera que éstos no sean grandes, porque creo que vale la pena correrlos en aras de una organización municipal autónoma y participativa!* Además, vamos a contar con Concejos Comunales, Económicos y Sociales que podrá establecer la ley. Y me parece que la Ley Orgánica de Municipalidades tiene una tarea que emprender en esta materia. Constitucionalmente, la ley no podría otorgar poderes fiscalizadores al Presidente de la República; pero no hay duda de que puede fortalecer los poderes fiscalizadores del Gobierno central respecto de los fondos que entrega y aumentar las atribuciones fiscalizadoras del Concejo Municipal y así disminuimos los riesgos y mantenemos el principio —muy importante, a mi juicio— de la autonomía municipal per se” (Sesión del Senado de 27 de agosto de 1991).

Esos planteamientos se relacionaban con la necesidad de que las municipalidades no se transformasen en órganos dependientes del Poder Central, sino que tuvieran una autoridad real. También, sin embargo, decían relación con que la pregona participación comunal de las personas se tradujese en los hechos en una verdadera influencia en las resoluciones que se adoptasen y, por ende, en la consecuente actividad comunal que se realice. Lo otro sería, lisa y llanamente, un engaño para la comunidad, porque se le haría creer que sus opiniones y esfuerzos serían considerados, y, como es natural, desembocaría prontamente en una discusión más, en justificadas críticas, y en el abandono de actividades que nuestra Carta Fundamental considera relevantes, desde el momento en que no se puede dejar exclusivamente a órganos del Estado y a los grupos de poder que los controlan la obtención del bien común, que es tarea de todos.

Por otro lado, es pertinente señalar que esta disposición que asegura para todas las personas la posibilidad de participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, supone que hemos terminado con el “Estado Proveedor” que se limitaba a subsanar los síntomas de las enfermedades sociales, y hemos vuelto, en cambio, al Estado que *está obligado a precaver estas enfermedades sociales, proveyendo a las personas de niveles de educación que les permitan efectivamente ejercer en condiciones de igualdad todas las oportunidades que se ofrecen.*

4. PARTICIPACIÓN POLÍTICA

El concepto de participación que menciona este inciso 5º del artículo 1º comprende, entre otros aspectos, el de tomar parte en el poder político del Estado, ya sea mediante el sufragio para generar el poder político o participando directamente en el mismo como representante electo.

Ya decía Santo Tomás que todo régimen político debe permitir la expansión y el libre desarrollo responsable de la persona, la necesidad de participar activa y efectivamente en el gobierno. Cualquier sistema o régimen político que no contemple estos elementos atenta contra el desarrollo de la plenitud de las personas y contra los derechos esenciales del hombre. Añadía que la buena organización exige una condición esencial, a saber, que todos tengan alguna parte en el gobierno.

De manera que en el concepto mismo de participación está también la idea de ejercer una parte del poder político del Estado. Es utópico pensar que todos los ciudadanos puedan participar de manera inmediata en todas las decisiones políticas, pero la aspiración de la democracia es que las decisiones estatales sean tomadas en la forma más participativa posible.

La aplicación de la norma que comentamos a la participación en la vida política del país tampoco ha escapado a la visión del Tribunal Constitucional:

“El inciso final de este artículo señala como uno de los deberes fundamentales del Estado, ‘asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en

la vida nacional'. Esta norma es de vastas proyecciones, pero sin duda adquiere especial relevancia en los procesos electorales y plebiscitarios, ya que a través de ellos el pueblo ejerce la soberanía nacional manifestando su parecer sobre las personas que estarán a cargo de llevar adelante las funciones básicas del Estado en procura de obtener su finalidad primordial: contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece" (Sentencia de 5 de abril de 1988, Rol N° 53, Considerando 12º).³⁵

La participación a la que se refiere este inciso de nuestra Constitución Política comprende, por tanto, matices muy ricos, que encierran una participación regional, una participación comunal, una participación política, una participación vecinal y en diversos otros órdenes, pero también implica oportunidades de participar en todos los beneficios que el Estado ofrece a sus ciudadanos.

Eso es lo que desea la Constitución, porque participación implica que el hombre es parte de la vida nacional, por lo que es necesario que asuma su protagonismo, su papel, su función, dentro de ella.

³⁵ *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, págs. 130-131.

CAPITULO III

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS Y LAS LIBERTADES PUBLICAS EN LA CONSTITUCION DE 1980

El hombre, por el hecho de existir, ha tenido que enfrentarse a realidades individuales, familiares y sociales, y tuvo en consecuencia derechos y deberes relativos a esos órdenes; estos derechos fueron conformando a través de la historia instituciones y sistemas destinados a protegerlos y a limitar su ejercicio en protección de los demás.

Su existencia y análisis como concepto empírico para Occidente se remonta al mundo clásico greco-romano, enriquecido por la cultura judeo-cristiana, que da relevancia a la dignidad del hombre en cuanto a persona.

A) CONCEPTOS

Se han entregado numerosas definiciones de la expresión “derechos humanos”: Unas son meramente formales, que no expresan su contenido y se limitan a señalar que corresponden a todos los hombres y que de ellos nadie puede ser privado; otras, que son llamadas “definiciones tautológicas”, se refieren a ellos como derechos que se desprenden de la naturaleza y les corresponden a todos por el sólo hecho de ser hombres.

Las “definiciones teleológicas” ponen el acento en el aspecto valórico, señalando que son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social y el desarrollo de la civilización. Definiciones todas éstas que contienen aspectos importantes de los derechos humanos que compartimos plenamente.

Sin embargo, desde un punto de vista constitucional, los derechos del hombre son espacios que la Constitución Política reconoce que pertenecen a la persona para que ejerza plenamente todas sus potencialidades y obtenga su realización como ser.

Así, los derechos del hombre serían el conjunto de garantías, facultades e instituciones que en un momento de la historia concretan las exigencias de la existencia, dignidad, libertad e igualdad humanas, corresponden a todos los hombres y están destinadas a permitirles el logro de sus fines en armonía con su naturaleza.

Estas garantías y facultades se encuentran reconocidas y amparadas por los ordenamientos jurídicos de cada Estado y sus Constituciones Políticas, siendo anteriores y superiores a ellos.

En este sentido, citamos a Jacques Maritain, quien sostiene:

“La persona humana tiene derechos por el hecho de ser una persona, un todo dueño de sí y de sus actos, y que por consiguiente no es sólo un medio, sino un fin; un fin que debe ser tratado como tal. La dignidad de la persona humana: esta frase no quiere decir nada si no significa (que) por la ley natural la persona tiene el derecho de ser respetada y, sujeto de derecho, posee derechos”.³⁶

De manera que los derechos del hombre existen y los posee el sujeto, independientemente de que hayan sido o no reconocidos por el derecho; vale decir, no dependen en su esencia del derecho positivo. Están por lo tanto fuera de la voluntad y merced de quienes detentan el poder estatal.

Estos conceptos permiten sostener que los derechos del hombre son:

- imprescriptibles, porque no son susceptibles de perderse por el no uso voluntario o compulsivo;
- necesarios, porque derivan de las exigencias de la misma naturaleza humana;
- inalienables e irrenunciables, precisamente porque pertenecen indisolublemente a la esencia del hombre;

³⁶ Jacques Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural*, traducción de Alfredo Weïss y Héctor F. Miri, Colección Orfeo, Biblioteca Nueva, Buenos Aires, Argentina, 1ª edición, septiembre de 1943, pág. 75.

– absolutos, ya que su respeto se puede exigir indeterminadamente;

– universales, toda vez que pertenecen a todos los hombres; y son inherentes a todos los seres humanos desde el momento en que comienzan su existencia.

La evolución histórica ha demostrado que la consagración de los derechos humanos en el orden jurídico positivo, primero interno y luego internacional, ha sido una labor de siglos.

Una de las grandes aspiraciones de Naciones Unidas es precisamente lograr el respeto universal de los derechos del hombre; así, en el ámbito internacional la violación grave y sistemática de estos derechos puede llegar a significar incluso un crimen de Estado. El mantenimiento de la paz; el derecho de la libre determinación de los pueblos; las obligaciones especiales para la salvaguardia del ser humano, tales como los acuerdos que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid; la protección de la naturaleza y del medio ambiente, y la obligación de tomar medidas contra la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares, son metas de la Carta de Naciones Unidas, en esta su más importante esfera de acción.

Para que existan estos derechos son necesarios, a la vez, la garantía de su ejercicio normal, la protección de la sociedad y el respeto de terceros frente a los mismos.

Toda persona tiene derecho a la libertad; pero el ejercicio de su derecho está condicionado por razones de interés general. La ley debe conciliar la libertad de cada uno con la de los demás, para la mantención del bien común de todos.

Los derechos del hombre pueden ser sólo restringidos por ley en los casos especiales que la Constitución autoriza; por cuanto sólo la ley es la expresión legítima de la voluntad de la Nación.

Al ser consustanciales los derechos del hombre con la propia persona, el Estado no puede suprimirlos. Sin embargo, en estados de excepción puede suspender o restringir el ejercicio pleno de ciertos derechos por un tiempo limitado; teniendo siempre presente que debe guardar la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas, para que no sean discriminatorias ni violatorias de los derechos del hombre.

El Tribunal Constitucional ha precisado que es posible:

“distinguir en la aplicación de la ley lo que sean ‘restricciones’ a una determinada garantía constitucional por limitarse a *‘circunscribir o reducir a menos límites’* temporalmente el ejercicio de un determinado derecho amparado por esa garantía, y la ‘suspensión’ de ese determinado derecho al *‘impedirse temporalmente su ejercicio’*, o al dejar temporalmente sin vigor todos los derechos contenidos en esa garantía.

En otros términos, habrá suspensión no sólo cuando se impida del todo temporalmente el ejercicio de la garantía constitucional misma, sino también en aquellos casos en los cuales se impida temporalmente del todo el ejercicio de un determinado derecho amparado por esa garantía” (Rol N° 29, sentencia de 7 de junio de 1985, considerando 7°).³⁷

La Constitución quiere prevenir los intentos del legislador de reducir el alcance o contenido que los derechos humanos tienen en su esencia o de entorpecer su libre ejercicio por circunstancias que, a veces, tienen sólo un contenido político contingente y no necesario; con esta finalidad y como garantía de la eficiencia de sí misma, estableció en su artículo 19 N° 26:

“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

También en concepto del Tribunal Constitucional, puede decirse que:

“un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le *‘priva de aquello que le es consustancial’* de manera que deja de ser reconocible y que se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos

³⁷ Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional entre el 4 de mayo de 1981 y el 24 de septiembre de 1985. Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y Autos Acordados, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, junio de 1986, pág. 192.

casos en que el legislador lo *somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica*” (Rol N° 43, sentencia de 24 de febrero de 1987, considerando 21).³⁸

Ahora bien, es necesario tener presente, como advierte el Tribunal Constitucional:

“que toda pretendida limitación o restricción a un derecho constitucionalmente asegurado, puede establecerse únicamente en los casos o circunstancias que en forma precisa y restrictiva indica la Carta Fundamental; y que, además, tales limitaciones deben ser señaladas con absoluta precisión, a fin de que no sea factible una incorrecta o contradictoria interpretación. Asimismo, esa exigida precisión debe permitir la aplicación de las restricciones impuestas de una manera igual para todos los afectados, con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen o cesan” (Rol N° 226, sentencia de 30 de octubre de 1995, considerando 47).³⁹

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ratifica la plena vigencia del principio de legalidad que condiciona la conducta de las autoridades públicas, y que además, en una sociedad democrática, está vinculado al principio de la legitimidad constitucional.

Por otra parte, el principio de legalidad es complementado con el principio de la razonabilidad; así las leyes que restrinjan el goce y el ejercicio de los derechos del hombre han de ser dictadas por razones de interés general, su aplicación debe conformarse al propósito para el cual fueron dictadas, y no deben perder de vista que su único fin es asegurar el bien común para permitir a los demás ejercer también sus derechos, preservando la seguridad de todos.

³⁸ *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, pág. 38.

³⁹ Aún no publicada.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los derechos de las personas a la vida y a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la protección a las familias; el derecho al nombre; los derechos del niño; la nacionalidad y derechos políticos, nunca pueden ser suspendidos, por grave que sea la emergencia.

La principal garantía del respeto de los derechos humanos es la vigencia plena de un régimen democrático, entendido no sólo como medio de elegir las autoridades, sino como una organización política al servicio del hombre. Derechos humanos y sistemas democráticos aparecen como inseparables en la historia política contemporánea.

La democracia en sí misma no evita la posibilidad de que estos derechos sean violados, no sólo por la autoridad, sino también por otras personas; pero contiene por su propia naturaleza recursos efectivos para su protección, fuertes y eficaces frente a las autoridades, apoyados por una opinión pública informada y libre, que es capaz de responsabilizar a sus actores y sancionar sus abusos mediante la alternativa del poder.

El mundo contemporáneo, que se caracteriza por la universalización de una gran parte de sus realidades, es también garantía para las personas, por la existencia de compromisos internacionales sobre la materia, cada vez de mayor alcance, incorporados como tales en muchos Estados a su legislación interna para asegurar su cumplimiento, y la gran incidencia que la conducta de los Estados con respecto de los derechos del hombre tiene en las relaciones internacionales.

B) ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CAPITULO III

Desde sus inicios, en 1973, la Comisión Constituyente comenzó a debatir sobre los derechos humanos y garantías constitucionales y acerca de la conveniencia de introducirlos o no en el texto de lo que sería el Proyecto de Constitución Política.

En la Sesión N^o 11, de 30 de octubre de ese año, don Gustavo Lorca expuso diversas ideas de juristas de Valparaíso, algunas de las cuales no compartía, entre la que se consignaba la siguiente:

“Es dudoso determinar si debería o no estar contemplada en el cuerpo de la Carta una sección referente a derechos humanos o garantías constitucionales, puesto que la mera adhesión a la Carta de los respectivos Derechos de Naciones Unidas podría salvaguardar dentro del derecho interno lo que allí el país se ha comprometido a respetar, y en todo caso una mención expresa bastaría”.⁴⁰

En la misma sesión se acordó delegar en algunos comisionados la redacción de un memorándum que se sometería a la consideración de la Junta de Gobierno, y en el que se contendrían los objetivos de la nueva Carta Fundamental.

En la Sesión N^o 18, de 22 de noviembre de 1973, se debatió ese memorándum, que elaboraron los señores Diez, Evans, Ortúzar y Ovalle, el cual fue aprobado luego por la Junta de Gobierno. Se denominó: “Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República”.

A propósito de los derechos humanos, este documento en su Capítulo 2 —que se reproduce íntegramente por su importancia tanto en la interpretación de la Constitución como en la comprensión global de la misma— expresó textualmente:

“Desde la iniciación de nuestra vida republicana independiente hasta la última reforma, conocida como Estatuto de Garantías, la evolución constitucional chilena se ha caracterizado por un proceso de perfeccionamiento de sus preceptos en materia de Derechos Humanos.

La Constitución, cuya finalidad básica es, precisamente, regular la convivencia colectiva de una sociedad de pleno respeto a los Derechos Humanos, mantendrá y robustecerá el cuadro completo de libertades públicas y derechos esenciales, que denomina Garantías Constitucionales, y que, sin discriminaciones, ampara a todos los habitantes del territorio de la República.

Tendrá, además, fundamentalmente presente tanto la señalada tradición de la institucionalidad chilena, que reci-

⁴⁰ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, obra ya citada, sesión 11, pág. 17.

be del pasado hispánico el sentido de la ley y de la dignidad humana, como el contenido de los documentos internacionales que se han ocupado de la vigencia de los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo, entre los que sobresalen la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración de los Derechos del Niño.

Conforme a esas inspiraciones, la normativa constitucional se fundará en los siguientes principios:

1) La afirmación de que *los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y no nacen del reconocimiento que les brinde determinado Estado*, siendo, por tanto, anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico;

2) La comprobación histórica de *la fe del pueblo de Chile en un sistema de convivencia basado en los derechos fundamentales del hombre*, en su dignidad y en la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer;

3) La certidumbre de que *la sociedad civil tiene como fundamento el que todo ser humano es persona dotada de inteligencia y voluntad libre, y con derechos y deberes inviolables e inalienables*, y

4) La aceptación de que *el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos*, y de que los derechos y los deberes se integran recíprocamente en toda actividad o relación social y política, en términos de que si los derechos expresan la libertad, los deberes sostienen la dignidad de esa libertad.

La Constitución chilena, por consiguiente, ampliando y perfeccionando los preceptos que le son tradicionales, reconocerá y asegurará a todos los habitantes las garantías de igualdad, fundadas en la igualdad ante la ley; las libertades de conciencia, de culto y de enseñanza; la de libre expresión, consultando una efectiva responsabilidad por los delitos y abusos en que se incurra; la personal, la de residencia y entrada y salida del país; la protección contra la privación arbitraria de libertad y contra los apremios personales ilegítimos.

Fortalecerá, asimismo, el derecho de propiedad, al cual es inherente una función social. Sin él, las libertades públicas constituyen una ilusión. Es un hecho, en efecto, que la inter-

vención excesiva del Estado en las actividades económicas deja entregada la subsistencia de los ciudadanos al entero arbitrio de las autoridades públicas, con lo cual el ejercicio real de todas las libertades se resiente o desaparece.

La nueva estructura constitucional afianzará también el derecho de los padres a educar a sus hijos, sin perjuicio de las funciones propias del Estado; la libertad de trabajo; la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones; los derechos de reunión, petición, asociación y participación; todos los beneficios sociales que amparan al trabajador; el derecho de asociación sindical y gremial en general; los derechos de la madre, del niño, del anciano, y los que emanan de las más modernas expresiones de la seguridad social.

El Estado reconocerá el libre acceso a la salud, considerándola como un todo indivisible en sus acciones para promoverla, protegerla, restituirla o revalidarla. *Será su deber, en cumplimiento de su fundamental misión de velar por la vida de los ciudadanos, implícita en todas las Constituciones del mundo, consagrar normas que tiendan a evitar la contaminación del medio ambiente.*

La nueva Constitución señalará igualmente un conjunto de deberes fundados en valores como el patriotismo, la solidaridad, la responsabilidad, la honradez y el mutuo respeto y la convivencia fraterna, a fin de destacar la existencia de obligaciones de servicio a la Nación y a la comunidad, de trabajo, de obediencia a la ley y de participación cívica. El sistema educacional será elemento fundamental para crear y desarrollar en la niñez y en la juventud la adhesión consciente a esos valores, de tanta relevancia para su formación cívica y moral y para el futuro de la Nación.

Finalmente, y como instrumento esencial para la adecuada protección de los Derechos Humanos, la Constitución chilena establecerá mecanismos expeditos para prestar eficaz e inmediato amparo al afectado, en todos los casos en que una garantía de libertad o un derecho básico esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones arbitrarios de una autoridad o de particulares”.⁴¹

⁴¹ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, obra ya citada, sesión 18, págs. 23 a 25.

El párrafo relativo a establecer normas que eviten la contaminación del medio ambiente había sido propuesto por el autor de estas líneas y acogido por la Comisión después del siguiente debate:

“El señor Ovalle estima que, desde el punto de vista de los principios del Derecho Constitucional, la contaminación del medio ambiente no puede figurar en la Carta Fundamental, porque si bien es cierto que es un deber del Estado buscar los arbitrios necesarios para asegurar las más óptimas condiciones ambientales para el desarrollo físico y moral de las personas, no es menos cierto que dicha materia —por importante que sea— no debe tener, en este aspecto, jerarquía o rango constitucional.

El señor Diez expresa que su sugerencia obedece a que la mantención de un ambiente sano es un derecho de todos los hombres, razón por la cual considera adecuado establecerlo en el texto mismo de la Constitución.

El señor Silva Bascuñán sugiere tratar el tema relativo a la contaminación en el capítulo quinto, acerca del Estado, porque ésta debe ser una de las preocupaciones preferentes del Estado, inserta en su objetivo fundamental que es el bien común.

El señor Evans estima que esta materia debe tratarse conjuntamente con las garantías y derechos individuales, porque la preocupación por el medio ambiente forma parte de la superestructura de la seguridad social.

El señor Ortúzar (Presidente) expresa que también deben incorporarse en el memorándum algunas ideas relativas al derecho a la salud, en términos que el Estado reconocerá el libre acceso a la salud, considerándola como un todo indivisible en sus acciones para promoverla, protegerla, restituirla o revalidarla.

A indicación del señor Diez, se acuerda tratar conjuntamente los temas relacionados con el derecho a la salud y sanidad del medio ambiente, en el capítulo relativo a los Derechos Humanos.”⁴²

⁴² Idem nota 41, pág. 19.

La cita anterior se hace completa para precisar el alcance del Capítulo III de la Constitución, titulado “De los derechos y deberes constitucionales”, que se originó a partir del documento mencionado.

El Capítulo III de nuestra Constitución mereció el siguiente juicio al distinguido jurista alemán Dieter Blumenwitz, profesor de la Universidad Bávara Julio Maximiliano de Würzburg:

“Se reitera la parte correspondiente a los derechos fundamentales de la Constitución de 1925. Las siguientes garantías constitucionales de 1925 fueron ampliadas y suplementadas:

- La igualdad ante la ley.
- Distribución equitativa de los impuestos.
- El derecho a la libertad y seguridad individual.
- Prohibición de la sanción de la confiscación de bienes.
- Derecho a indemnización en caso de equivocación judicial.
- Derecho de reunión.
- Derecho de petición.
- Derecho de asociación.
- La libertad de opinión y de información.
- La libertad de educación.
- El derecho de propiedad.
- El derecho de minas.
- El derecho de aguas.
- El derecho a la salud.
- El derecho de seguridad social.
- El derecho de formar asociaciones profesionales.

A las anteriores se sumaron las siguientes innovaciones:

- El derecho a la vida.
- La igualdad en materia de derechos.
- El derecho a la dignidad.
- El derecho a la educación.
- La libre iniciativa privada para el despliegue de las actividades económicas.
- La igualdad de trato económico por parte del Estado u organismos y autoridades del Estado.

- El derecho a vivir en un mundo no contaminado.
- El derecho a la propiedad”.⁴³

Concluyó que:

“En resumen, todo indica que la reserva de derechos a la libertad de la Constitución de 1925 fue conservada y aun ampliada y precisada, fortaleciéndose también la garantía legal”, y que:

“aparte de los derechos fundamentales a la libertad, la nueva Constitución de Chile reconoce también derechos sociales fundamentales y con un grado de extensión sin precedentes en una Carta Fundamental”.⁴⁴

Eso fue lo que la Comisión pretendió en definitiva: que los derechos de la persona humana, su libertad, su iniciativa creadora y su dignidad, principios anteriores y superiores al Estado y al ordenamiento jurídico, encontraran definitivamente en la Constitución de 1980 un reconocimiento explícito, asegurando para ellos, de parte del Estado, una eficaz y amplia protección.

Una vulneración de estos principios constituirá un acto ilícito contrario al ordenamiento institucional, y como tal se proveen los medios para evitar su ocurrencia y permitir su sanción.

C) CLASIFICACION

Por simples motivos pedagógicos podemos clasificar los derechos del hombre en:

1. *Los derechos de la persona*, encontrándose dentro de éstos los derechos que afirman la integridad física y moral de la persona, como expresiones concretas de su derecho a la vida, dignidad y libertad.

⁴³ Dieter Blumenwitz, *La nueva Constitución de la República de Chile*, traducción de Martin Bruggendieck, Editorial Andrés Bello, con la colaboración de la Pontificia Universidad Católica de Chile, junio de 1983, págs. 80-81.

⁴⁴ Dieter Blumenwitz, obra citada, pág. 23.

De los derechos señalados nacen el derecho a la intimidad, inviolabilidad de domicilio, honor, secreto de las comunicaciones, nacionalidad, y lógicamente a la vida y a la integridad física.

Por su parte, los valores de la libertad ven su expresión en los derechos que consagran la libertad y la seguridad personal, la libertad de residencia y circulación, la libertad ideológica de conciencia y religiosa y las libertades consustanciales a una democracia, como son la libertad de expresión, de reunión, de asociación y de enseñanza.

2. *Los derechos civiles* son los del ciudadano; constituyen este grupo el derecho a la debida investigación penal y al debido proceso, a la defensa y legalidad penal, a la protección de la persona, materializado en el recurso de amparo constitucional; también son parte de los derechos civiles la independencia de la justicia y el derecho a recibir indemnización por errores judiciales.

3. *Los derechos políticos*, entre los cuales se encuentra el derecho a la participación política y al sufragio, tanto activo como pasivo, es decir, para ser elector y ser elegible, el derecho de asociación política, de reunión, petición, etc. Es a través del ejercicio de estos derechos que se posibilita la legitimación democrática del poder.

Los derechos que hemos señalado constituyen una gran familia de los derechos del hombre, a los que se han llamado las *libertades públicas*.

Luego tenemos otro gran rubro, que son:

4. *Los derechos económicos, sociales y culturales*, los cuales explicitan las exigencias de los valores de igualdad y solidaridad, así como las libertades públicas concretan y desarrollan los valores de la libertad y la dignidad humana.

Objetivamente entendemos por derechos sociales el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función de bien común de disminuir las desigualdades sociales; en un sentido subjetivo implica la facultad individual y de grupo para participar de los beneficios de la vida social traducidos en derechos, y en el acceso a prestaciones determinadas por parte de los poderes públicos.

a) *Los derechos económicos* son los derechos que han ido incorporando las Constituciones modernas, al recoger las experiencias que indican que sobre los derechos económicos se basa el ejercicio real de una libertad garantizada.

Los derechos económicos resaltan la libertad de trabajo, de emprender actividades en el marco de una economía social de mercado, el derecho de propiedad y el derecho a herencia para los individuos, y la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes.

Es deber de los poderes públicos remover los obstáculos y promover las condiciones económicas para que ellos sean efectivos; sin perjuicio de proveer paralelamente formas de propiedad pública o bienes de dominio público subordinados al interés general, como patrimonio histórico, artístico, cultural, riquezas naturales del país, etc.

En relación con la actividad económica la Constitución establece la obligación del Estado de proteger la naturaleza.

b) Por su parte, dentro de los *derechos sociales* encontramos el derecho a la libre sindicalización; a la libre elección de la profesión u oficio; a la remuneración justa y suficiente; el fomento de las políticas de pleno empleo; el derecho a negociación colectiva, que implica el derecho a huelga; el mantenimiento de un régimen público de seguridad social; la seguridad e higiene en el trabajo; limitaciones de la jornada laboral; el derecho al descanso y a las vacaciones pagadas. También forman parte de los derechos sociales, el derecho a la protección de salud y a una adecuada política de previsión.

c) Los *derechos culturales*, por último, se refieren al derecho a la educación y a la cultura, ya que no puede darse un ejercicio pleno de la libertad humana y un funcionamiento efectivo de una sociedad democrática, si ambas no están sustentadas en una base cultural.

La educación y la cultura suponen prolongaciones de la libertad de ideas y manifestación del pensamiento; tienen como actores principales al hombre, a la familia y al Estado en subsidio, y son condición indispensable para la existencia de una más completa libertad.

Es sobre estas grandes clases de derechos sobre los que

giran todas las Constituciones democráticas del mundo y también la nuestra, que es una de las más completas y modernas.

D) LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES DE CHILE

En la reforma constitucional de 1989 se modificó el artículo 5º de la Constitución Política, que dice relación con la soberanía. El texto original, como lo hemos analizado, señala como limitación de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

La aludida reforma agregó al final la frase siguiente:

“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”.

De manera que nuestra legislación positiva en materia de derechos humanos no está integrada sólo por la Constitución Política, sino que también por los convenios internacionales que al respecto Chile ha ratificado.

Estos convenios son, principalmente, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto promulgatorio es el Decreto Nº 778, publicado en el Diario Oficial el 29.4.89; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales promulgado por Decreto Nº 326, publicado el 27.5.89, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, promulgado por el Decreto Nº 873, publicado el 5.01.91.

Algunos tratadistas incluyen entre las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos los acuerdos o declaraciones de la Asamblea de Naciones Unidas sobre la materia. Sin embargo, los acuerdos no son obligatorios, salvo que se transformen en instrumentos generados y ratificados como tratado. Las únicas resoluciones obligatorias para los Estados partes son las adoptadas en tal carácter por el Consejo de Seguridad.

La disposición constitucional en comento puede originar dos problemas jurídicos; el primero dice relación con la apro-

bación de los tratados futuros, que se refieran a disposiciones relativas a los derechos humanos; y el segundo con las disposiciones constitucionales relativas a los estados de excepción constitucional.

1) APROBACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS SOBRE LA MATERIA

El primer conflicto se presenta porque la Constitución requiere para la modificación del capítulo relativo a los derechos constitucionales un quórum de los dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio, y en cambio la aprobación de los tratados internacionales se obtiene por simple mayoría.

En el hecho, cada vez que el Congreso ha aprobado un tratado internacional que ha tenido relación con materias de leyes de quórum especial, ha adoptado el criterio de exigir ese mismo quórum para aprobarlos. Esta interpretación de la Constitución es la correcta, porque respeta la coherencia interna de sus disposiciones, aunque literalmente sólo disponga en esta parte: "La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley" y no se refiera de modo expreso a los quórum para su aprobación.

La interpretación constitucional que ha motivado esta práctica legislativa fue consagrada en un informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 19 de octubre de 1993, en el cual se efectuaron los siguientes razonamientos:

"1) De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 50, N° 1, de la Constitución Política, la aprobación de los tratados debe someterse a los trámites de una ley, lo que significa que en el procedimiento aprobatorio deben cumplirse las formalidades y requisitos contemplados en los preceptos de la Carta Fundamental que contienen las normas que regulan la formación de las leyes.

2) En términos generales, los tratados internacionales son instrumentos por los cuales un Estado se relaciona con otro, por lo que, en principio, no deberían significar modificaciones a la legislación interna vigente. Sin embargo, en

aquellos casos en que un tratado modifique una norma legal de quórum calificado u orgánica constitucional, el proyecto de acuerdo respectivo debe cumplir los trámites correspondientes, de la misma forma que los proyectos de ley, incluidos los requisitos existentes en materia de quórum, en atención a que tales requisitos tienen por objeto dar estabilidad a nuestra legislación.

En efecto, el propósito del constituyente al establecer la existencia de las leyes orgánicas constitucionales y de quórum calificado fue asegurar que la regulación de ciertas materias particularmente importantes sólo pudiera ser acordada por las mayorías especiales que la propia Ley Suprema establece, por lo que una interpretación armónica y sistemática del texto constitucional lleva a concluir que la exigencia de que concurren tales mayorías debe aplicarse a cualquier normativa modificatoria de las mismas, aunque la disposición de que se trate no revista formalmente las características de una ley propiamente tal. De otra manera la intención del constituyente podría ser fácilmente burlada mediante el expediente de sancionar por simple mayoría proyectos de acuerdo aprobatorios de convenios internacionales que incidan en materias que, de acuerdo a la Constitución, necesitan de quórum especiales de aprobación.

3) El inciso tercero del artículo 50 de la Carta Fundamental estatuye que, "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 61".

Sobre el particular, cabe destacar que entre las normas que son aplicables a la mencionada autorización, de acuerdo a lo señalado en el precepto anteriormente indicado, está la contenida en el inciso segundo del aludido artículo 61, que establece que ella no podrá extenderse, entre otras materias, a aquellas "que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado". Es decir, si el Congreso Nacional resuelve delegar facultades en el Presidente de la República para la ejecución de los preceptos o:

acuerdos de un tratado, tal delegación no puede recaer en materias respecto de las cuales el precepto señalado la prohíbe, lo que significa que el constituyente entiende que el nivel normativo de las leyes puede, según la materia de que se trate, ser aplicado a las disposiciones de un tratado internacional, por cuanto, de no ser así, no le habría hecho aplicable la norma citada del régimen de delegación de facultades legislativas, y

4) Según lo preceptuado en el inciso segundo del tantas veces mencionado artículo 50 de la Ley Suprema, 'las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley'.

De lo expuesto se desprende que tanto el Presidente de la República como, en su oportunidad, el Congreso Nacional deben discernir si en un tratado existen o no normas que versen sobre materias que sean propias de ley, sin que haya motivo para excluir de ese análisis lo concerniente a la mayoría requerida para la aprobación de aquellas disposiciones que sean propias de ley".

En relación con los tratados que impliquen una reforma de la Constitución el problema es distinto, ya que para su reforma la Carta Fundamental tiene reglamentaciones específicas, distintas a los trámites de un proyecto de ley, que están establecidas en su capítulo final.

La situación podría presentarse políticamente de la siguiente manera:

1) El Presidente de la República al encontrarse abocado a la celebración de un tratado que implique modificaciones constitucionales, opta por el camino lógico de no celebrarlo mientras no haya sido modificada la Constitución, ya que ello no está bajo la esfera de su competencia exclusiva.

2) Celebra el tratado y, con anterioridad a pedir su aprobación por el Congreso, espera la vigencia de la reforma constitucional respectiva, procedimiento que también responde a la lógica.

3) Celebra el tratado y lo envía al Congreso para su aprobación sin más trámite. En este último caso, el Congreso podría rechazar el tratado por inconstitucional, o suspender su tramitación mientras se aprueba la reforma constitucional respectiva.

Si se pretendiera aprobarlo con la Constitución vigente, sin modificar, se estaría violando la Constitución, salvo que se considerara el tratado, como sucede a menudo con los convenios originados en las organizaciones internacionales, como un conjunto de normas de conducta de los Estados, en cuanto éstos deben, dentro de su legislación positiva, adoptar las medidas indispensables para cumplir con ellos. Todo esto, siempre que la naturaleza del tratado lo permita, lo que será probable, ya que convenios que reformen la Constitución sólo pueden referirse a normas de conducta de los Estados y no propiamente a obligaciones en materias determinadas.

De esta manera, estaríamos en presencia de un compromiso del Estado de reformar la Constitución, por lo que sólo podría contraerse con la aprobación de los respectivos quórum de reforma constitucional, de acuerdo a la interpretación acertada del Congreso Nacional aplicada a las materias regladas por leyes de quórum calificado. Por lo demás, la sola prudencia aconseja este modo de proceder, ya que el Congreso, como parte del Estado, estaría voluntariamente contrayendo dicho compromiso.

De esta manera, las personas no pueden invocar los derechos que estos tratados les otorgan o reconocen mientras la legislación positiva no los haya incorporado como tales al sistema jurídico, con los procedimientos y los quórum que son propios a la materia de que se trate.

El autor participa de este modo de pensar, porque en la aprobación de los tratados internacionales el Congreso se ve limitado a aprobar o a rechazar de un modo global la proposición del Ejecutivo; de manera que no es racional que la participación de los representantes de la soberanía en materia tan importante como los derechos de las personas se vea circunscrita a una mera aprobación o rechazo de todas las disposiciones, en circunstancia que algunas de ellas puede que no estén de acuerdo con nuestra evolución o nuestra idiosincrasia, pero otras, en cambio, lo estén, y sean convenientes.

Es obligación de los Estados adaptar su legislación a las normas de conducta contenidas en los tratados que celebren, a través de una ley nacional, dentro de los procedimientos y quórum constitucionales establecidos; todo esto no sólo por la lógica del sistema constitucional vigente, sino porque los derechos de las personas están protegidos en la Constitución con recursos especiales, como el de amparo y protección, lo que obligaría para cumplir de buena fe los tratados internacionales, a extender estos mecanismos de garantía a los nuevos derechos, en consonancia con la obligación de respeto y promoción de los derechos que contempla el inciso 2º del artículo 5º.

Los tratados vigentes con anterioridad a la Constitución tienen fuerza legal obligatoria, porque ésta expresamente así lo dice.

De manera que los tratados futuros que modifiquen, en general, materias constitucionales deben seguir en el Congreso el sistema de aprobación de los tratados y, en su caso, obligan a presentar un proyecto de reforma constitucional para cumplir con sus disposiciones.

En esto también está envuelto el principio de la supremacía de la Constitución. La Constitución no puede ser reformada sino en la forma que ella lo establece, y en consecuencia hay que aplicar su capítulo relativo a la reforma constitucional cada vez que se pretendan alterar, en un sentido o en otro, las disposiciones relativas a los derechos de las personas.

No resulta sustentable la tesis contraria, de que se podría seguir la norma general de aprobación de los tratados internacionales por la simple mayoría de la Cámara de Diputados y el Senado, sin someterse ni siquiera a la garantía del quórum que figura en la Constitución, para modificar el Capítulo III "De los derechos y deberes constitucionales". Este modo de pensar contraría todas las reglas de interpretación, la jurisprudencia y la doctrina.

La eventual contradicción entre una regla de derecho internacional público convencional sobre derechos humanos y un precepto de la Constitución Política, por tanto, como ha señalado el Tribunal Constitucional,

“resulta improcedente, habida consideración de que de existir tal conflicto, él debería ser resuelto, como bien lo afirma Kelsen, ‘sobre la base del derecho nacional correspondiente’ (Prin-

cipios de Derecho Internacional Público, pág. 359), esto es, en el caso en estudio, de acuerdo con la Constitución Política de Chile. De conformidad a ella, según se infiere del contexto de los artículos 6º, 32 Nº 17º, 50 Nº 1º y 82 Nº 2º, entre otros, las normas constitucionales en el orden interno prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales.

28) Que la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario” (Rol Nº 46, sentencia de 21 de diciembre de 1987, considerando 27 y 28).⁴⁵

2. REGLAMENTACIÓN INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

El segundo problema se refiere a la reglamentación de los estados de excepción constitucional, contenida en los tratados que ya tenemos celebrados y que se encontraban vigentes a la fecha de entrada en vigor de la reforma constitucional de 1989. Estos tratados establecen ciertas normas con respecto a la restricción de las libertades personales. Al efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 4º, dispone:

“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obli-

⁴⁵ Fallos del Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 73.

gaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color; sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7 y 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

La suspensión que no autorizan los artículos que se han citado se refiere al derecho a la vida; a la prohibición de tortura; a la no aplicación de penas inhumanas o degradantes, esclavitud o servidumbre; a no ser encarcelado por el solo hecho de no cumplir con una obligación contractual; a no ser condenado por hechos u omisiones que no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional; a las garantías procesales que tiene todo ser humano; al reconocimiento de su personalidad jurídica, y a conservar su libertad de pensamiento, de conciencia o religión, con todas sus consecuencias.

Estos derechos no pueden ser suspendidos en los estados de excepción constitucional. Como este tratado estaba vigente en el momento que se promulgó la reforma constitucional de 1989, la disposición citada es obligatoria para el gobierno chileno y, a mi juicio, no es contradictoria con los textos actuales de nuestra Constitución ni con la práctica constitucional chilena.

La Convención Americana de Derechos Humanos, que entró en vigencia interna después de la aludida reforma constitucional, agregó en su artículo 27 algunos derechos que tampoco pueden ser suspendidos, como el derecho de protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos del niño; el derecho a la nacionalidad; los derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos.

Tampoco en esas materias la Convención contradice ni el texto de la Constitución ni la práctica de la aplicación de los estados de excepción en Chile; pero contiene una cosa que es muy importante: la prohibición de suspender *las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos rige en los estados de excepción.*

E) ALGUNOS DERECHOS RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCION

La Constitución Política asegura a todas las personas diversos derechos, como el de petición, que es esencial en el régimen democrático y cuyo propósito es garantizar la existencia de un permanente diálogo entre gobernantes y gobernados, de manera que los primeros conozcan los reclamos y opiniones de los otros.

Tenemos también, en este sentido, la libertad de reunión, inherente a todo sistema político democrático, que importa la libertad de los individuos de organizar y participar en reuniones, sean éstas individuales, colectivas, públicas o privadas, espontáneas o convocadas.

El principio que rige esta materia es el de la libertad de reunión, sin permiso previo de la autoridad, siempre que la reunión sea pacífica y sin armas.

Sin embargo, cuando la reunión se efectúa en lugares de uso público, debe sujetarse a las disposiciones generales de policía. Estas se encuentran contenidas en el decreto supremo N° 1.086, del Ministerio del Interior, de 1983, y consisten, básicamente, en la necesidad de dar aviso al intendente o gobernador con dos días hábiles de anticipación, a lo menos, y en la atribución que tienen estas autoridades para no autorizar la reunión en calles de circulación intensa o la que perturbe el tránsito público, en plazas y paseos en las horas que se ocupan habitualmente para el esparcimiento o descanso de la población o en parques, plazas, jardines y avenidas con sectores plantados.

A continuación me referiré a algunos de los derechos que reconoce y garantiza la Carta Fundamental, que, a mi juicio, merecen comentarios especiales.

1. EL DERECHO A LA VIDA

a) *Concepto*

Artículo 19 N° 1º:

“El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”.

El derecho a la vida implica el derecho a disfrutar plenamente de la vida humana desde la concepción hasta la muerte natural. La privación de este derecho constituye el daño más grave, más severo que pueda sufrir un ser humano, dado su carácter definitivo e irreparable.

Forma parte también del derecho a la vida el derecho a una muerte natural. También el derecho a la vida implica el derecho a la integridad física y psíquica.

El derecho a la vida aparece en todos los textos de las Constituciones del mundo y comprende el derecho a que la vida y la integridad física y psíquica de cada persona no sean amenazadas, perturbadas, limitadas o destruidas; también a defender la propia vida y a gozar de la protección de la ley a partir del momento de la concepción y hasta la muerte.

Relacionadas con el derecho a la vida están las normas legales sobre la pena de muerte, la prohibición del aborto, la eugenesia y la eutanasia; la fecundación asistida y la donación de órganos; todas ellas no se pueden apartar del pleno goce y ejercicio del derecho a la vida y a la integridad física, desde la penetración del gameto masculino o espermatozoide en el gameto femenino, u óvulo, hasta la muerte de la persona de acuerdo con la ciencia médica. Una correcta interpretación lleva, en casos de dudas, a respetar el derecho a la vida por sobre otra consideración.

Respecto del derecho a la vida dice Maritain:

“El simple hecho de existir, digámoslo de paso, ni es el bien supremo ni ninguno de los bienes absolutos a los que la persona como tal está ordenada; es no obstante la primera condición que se requiere para su ordenación a estos bienes. Menos preciosa que el bien moral y que el deber de asegurar la salud de la comunidad, y que el patrimonio humano y moral de la comunidad, y que el papel humano y moral asignado a lo largo de los siglos a la comunidad, la vida de un hombre es sin embargo, en cuanto es la vida de una persona, un bien superior a cualquier valor de simple utilidad social, por tratarse de la vida de una sustancia dotada de un alma espiritual y con derecho a su existencia”.⁴⁶

Como apunta la doctrina, el derecho a la integridad física y psíquica implica la preservación sin detrimento del cuerpo y de la mente, y excluye por tanto las penas, procedimientos y tratamientos que tengan por resultado la privación o la inhabilitación intencional de alguna parte del cuerpo o de algunas de las facultades de la mente. Sólo se exceptuarían ciertos fines médicos, como los casos de trasplantes de órganos consentidos entre personas vivas.

a.1) *El derecho a la vida frente a actos propios*

Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de agosto de 1984, contiene una serie de elementos importantes para precisar el sentido que da nuestra legislación al derecho a la vida. La sentencia recayó en un recurso de protección presentado por los directivos de una universidad en contra de un grupo de alumnos, que estaban en huelga de hambre por más de un mes en el interior de una parroquia que les había sido facilitada por el párroco.

El razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago es rico en puntos de vista fundamentales; establece textualmente:

⁴⁶Jacques Maritain, *La persona y el bien común*, obra citada, págs. 72-73.

“El atentado contra la vida y la integridad física que están realizando los ayunantes es un hecho ilegal e ilegítimo, que si bien no está penado por la ley, infringe todo nuestro sistema social y jurídico que impide y sanciona todo atentado contra la vida, ya sea bajo la forma de homicidio o la de colaboración al suicidio”.

Citando un tratadista, expresa:

“Que la imposibilidad de sancionar a su autor, si éste ha consumado su propósito, no legitima de ningún modo el hecho aludido. Donde se aprecia claramente la ilegalidad en que están inmersos la tentativa de suicidio y el suicidio, es en la sanción que se aplica al cooperador de este acto ilícito”.

Prosigue afirmando:

“Los huelguistas y el cura, quien estaba al momento de la interposición del presente recurso prestándoles albergue para la realización de su propósito, han procedido con arbitrariedad, esto es, contrariando a la razón y a la justicia, pues es de derecho natural que el derecho a la vida es el que tenemos a que nadie atente contra la nuestra, pero de ningún modo consiste en que tengamos dominio sobre nuestra vida misma, en virtud del cual pudiéramos destruirla si quisiéramos, sino en la facultad de exigir de los otros la inviolabilidad de ella”.

Cita a continuación lo expresado por el Profesor don Rafael Fernández Concha, en su *Tratado de Filosofía del Derecho*, con el que estudiamos en la Universidad:

“El derecho a la vida no consiste ni se funda en el dominio directo sobre la vida, por cuanto tal dominio no lo tiene ningún hombre, respecto de la propia. En efecto, el dominio importa necesariamente una relación entre un sujeto y un objeto diferente, en tanto que el hombre y su vida se identifican y son una misma cosa”.

Siguiendo este razonamiento, la Corte afirma:

“La inviolabilidad de la vida por uno mismo, o por otra persona, es fruto de la civilización judeo-cristiana, que ha inspirado toda nuestra legislación y ha sido recogida invariablemente por la Teología y el Derecho Natural, ya sea en sus corrientes tomistas o racionalistas”.

Basada en todas estas consideraciones, la Corte acogió el recurso de protección, ordenó poner término de inmediato a la huelga por parte de las personas que la estaban haciendo; puso término al permiso concedido por el cura, y ordenó a la Asistencia Pública prestar la atención médica necesaria.⁴⁷

Esta sentencia establece con claridad que nosotros no somos dueños de nuestra vida. *Que lo que se llama el derecho a la vida es el derecho para que nadie atente contra la nuestra, pero que en ningún caso consiste en que nosotros seamos dueños de nuestra existencia y podamos tomar decisiones sobre ella.*

a.2) *El derecho a la vida y las creencias religiosas*

La preeminencia que da nuestro sistema constitucional al derecho a la vida aparece en evidencia en el caso de una persona enferma que se negó a recibir transfusión de sangre por sus convicciones religiosas contrarias y fue objeto de un recurso de protección presentado por el director del establecimiento hospitalario. La sentencia fue pronunciada por la Corte de Apelaciones de Rancagua y confirmada por la Corte Suprema el año 1995.

Consideró la Corte que:

“Constituye una obligación de los médicos tratantes de la persona en cuyo favor se ha recurrido el procurar por todos los medios y técnicas que integran la *lex artis* médica, el mantener la vida de sus pacientes utilizando la transfusión

⁴⁷ *Revista Gaceta Jurídica* N° 50, pág. 76.

de sangre cuando fuere necesario, aun contra la voluntad del paciente y de sus familiares que por motivos religiosos se niegan a aceptar tal tratamiento, en razón de que debe primar la preservación de la salud y la vida de las personas sobre cualquiera otra consideración, aunque sea de índole religiosa, que ponga en riesgo innecesariamente la vida del enfermo”.

Termina la sentencia ordenando notificar al director del establecimiento hospitalario para que disponga, aun contra la voluntad del enfermo o de sus familiares, la transfusión de sangre y la terapia que sea necesaria para la enfermedad que éste padece, incluida la transfusión sanguínea para recuperar su salud y mantenerlo con vida.⁴⁸

Hemos citado esta sentencia porque aquí hay varios hechos que conviene destacar: primero, la absoluta primacía del derecho a la vida sobre cualquier otro derecho de las personas; segundo, la primacía del derecho a la vida sobre las consideraciones de la misma persona, aunque estas consideraciones sean las que más respeta nuestro sistema jurídico, como son las religiosas; tercero, la obligación de los médicos y de las personas encargadas de la salud de las personas de aplicar todos los conocimientos de su profesión, que la Corte llama “lex artis médica”, para salvar su vida.

Esta jurisprudencia corresponde absolutamente a la idea general de nuestra Constitución. Nuestra Constitución es una Constitución humanista: lo primero es el hombre, y lo esencial del hombre es salvar su vida contra cualquiera, aun contra sí mismo y sus propias ideas.

a.3) *Integridad psíquica*

Existe otra sentencia, recaída en un recurso de protección, que dice relación con el concepto de integridad psíquica, interpuesto por una señora contra su yerno, quien se negaba a abandonar la casa habitación de su suegra, a pesar del hecho

⁴⁸ *Revista Gaceta Jurídica* N° 184, págs. 51 a 54.

de no vivir ya en ella su mujer. La recurrente pide amparo a sus derechos constitucionales, invocando en primer lugar su derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1°), y la supresión de las circunstancias que afectan el respeto a su vida privada y mínima tranquilidad para vivir en lo suyo.

La Corte Suprema, revocando el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que desestimó el recurso, dejó en claro que de acuerdo con la sentencia de primera instancia, la casa estaba ocupada por el yerno de la recurrente contra su voluntad, no obstante que la cónyuge ya no estaba en la casa, y que esto perturbaba el derecho de dominio de la suegra respecto a su facultad de usar y gozar exclusivamente el bien constituido por su casa habitación. En seguida agregó: si bien lo expuesto precedentemente es bastante para acoger el recurso intentado en autos, debe dejarse constancia que el recurrido también *ha vulnerado el derecho de la integridad psíquica, artículo 19 N° 1° de la Constitución Política, al imponerle por la vía de hecho su permanencia en la vivienda después que las continuas dificultades con su mujer obligaron a ésta a alejarse, todo lo cual provoca a la autora una neurosis de angustia que justifica asimismo la medida cautelar solicitada.*

Es feliz el fallo de la Corte Suprema, pronunciado el 8 de enero de 1986, cuando dice que alguien que causa una neurosis o la angustia injustificada a una persona, está atentando contra la integridad psíquica protegida por la Constitución, y que esta protección obliga a los tribunales a disponer las medidas destinadas a cautelarla en la especie, ordenando al recurrido retirarse del inmueble inmediatamente de notificado el cumplimiento de la sentencia, bajo apercibimiento de ser lanzado de la propiedad con el auxilio de la fuerza pública.⁴⁹

El caso aparece menor; las consideraciones jurídicas, escasas, y los razonamientos no convenientemente desarrollados; pero con una certera decisión final: la integridad psíquica de una persona está amparada por la Constitución, y aquel que injustificadamente causa a una persona angustia o le provoca una neurosis, está actuando en contra del sistema jurídico. Está

⁴⁹ Revista Gaceta Jurídica N° 67, pág. 28.

vulnerando un derecho establecido, y en consecuencia puede ser objeto de las medidas que, con la latitud que da el recurso de protección, pueden adoptar los tribunales para proteger los derechos del ofendido.

b) *Pena de muerte*

En nuestra legislación se mantiene la pena de muerte como una sanción penal impuesta para delitos muy graves en cumplimiento de una sentencia ejecutoriada de un tribunal competente, dictada en conformidad con una ley de quórum calificado que haya establecido tal pena con anterioridad a la comisión del delito. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena, y mientras esta solicitud esté pendiente de decisión, no puede ejecutarse la sentencia que la estableció.

Es conveniente dejar constancia que la pena de muerte en estos casos es siempre una facultad de la justicia, ya que las penas tienen una escala que a veces termina en la muerte, y es el juez el que decide, de acuerdo al mérito del proceso. Además, para imponerla se necesita la unanimidad del tribunal colegiado que siempre la revisa; es decir, basta que uno de sus miembros manifieste su voto disidente para que se aplique la pena inmediatamente inferior.

Las circunstancias antes descritas hacen de la pena de muerte una sanción impuesta con muy poca frecuencia en nuestro país, transcurriendo a veces varios años de intervalo entre un caso y otro. Podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que la pena de muerte tiene, en nuestra legislación, un efecto presencial y disuasivo.

Juan Pablo II, en la carta encíclica *Evangelium Vitae*, de 1995, manifiesta que la autoridad pública debe reparar la violación de los derechos personales y sociales mediante la imposición al reo de una adecuada expiación del crimen, como condición para ser readmitido al ejercicio de la propia libertad. De este modo, la autoridad alcanza también el objetivo de preservar el orden público y la seguridad de las personas, no sin ofrecer al mismo reo estímulo y una ayuda para corregirse y enmendarse.

Considera evidente que para conseguir todas esas finalidades, la medida y la calidad de la pena deben ser valoradas y decididas atentamente; *sin que se deba llegar a la medida extrema de eliminación del reo* salvo en casos de absoluta necesidad, es decir, cuando la defensa de la sociedad no sea posible de otro modo. Estima que hoy, gracias a la organización cada vez más adecuada de la institución penal, estos casos son ya muy raros, *por no decir prácticamente inexistentes*.

Las disposiciones procesales chilenas estrictísimas para aplicar la pena de muerte; las políticas de indulto para rebajar la pena a presidio perpetuo; la gravedad extrema de sólo algunos delitos en que eventualmente se puede aplicar, y la creciente opinión en su contra, hacen que la legislación y las prácticas chilenas estén muy próximas al pensamiento de Juan Pablo II.

c) Aborto y fecundación asistida

La Constitución expresa: “La ley protege la vida del que está por nacer”.

En nuestro país, el estudio en el Senado de una ley que regula las técnicas de la fecundación asistida ha planteado una profunda interrogante sobre el concepto del inicio de la vida humana: ¿desde cuándo hay vida?, ¿cuándo comienza la vida humana qué goza de la protección de la Constitución?

Muchos procedimientos experimentales y científicos han comenzado a distinguir entre “vida” y “vida humana”, o entre “vida” y “persona humana”, argumento que permite experimentar y destruir vidas humanas. Para quienes así piensan, la vida que protege la Constitución sería la vida humana o la persona humana, la que comenzaría su existencia en momentos que la ciencia estaría en condiciones de precisar.

Para que exista vida es indiscutible que se necesita algo más que la materia. No hay vida en la materia misma; ella requiere de una fuerza, de una energía que la dinamice, energía que ya Aristóteles llamó alma, substancia y causa de vida de la materia, que es la forma del ser viviente. Por lo tanto, sin alma no hay vida.

La persona humana, entonces, se encuentra presente desde el inicio de la vida, desde la concepción, aun cuando el embrión

sea persona en potencia y el bebé sea persona en acto, porque la vida que protege la Constitución no puede ser sino la vida desde el primer instante de la fecundación y hasta la muerte.

Luego, la disposición constitucional citada significa que en Chile también goza del derecho a la vida el ser que ha comenzado a gestarse y que aún no nace, al contrario de lo que existe en muchos países, donde no se garantiza la vida del que está por nacer, donde no se la considera digna de protección, y se autoriza el aborto.

Son países donde por sobre el derecho a la vida del que no puede ejercer ni defender su derecho, prima la voluntad de la madre, su autonomía, el derecho de ésta a ejercer su libertad de optar por no dejarlo nacer.

El texto de nuestra Constitución es claro y terminante; de manera que cualquier ley que autorice o permita el aborto por cualquier causa es inconstitucional.

La manipulación de embriones humanos o incluso de óvulos fecundados, primera expresión de vida humana, no es entonces ajena al derecho constitucional que garantiza la vida del que está por nacer; pese a la legislación de corte liberal que mantienen muchos países, que sorprendieron con la inmensa cantidad de embriones que las técnicas de fecundación asistida desechan o abandonan. En Chile estas técnicas, en la medida que atenten contra la vida del producto de la concepción en cualquiera de sus etapas, representan un atentado contra el derecho a la vida que la Constitución consagra.

Por este motivo, estamos conscientes de la necesidad de una legislación que encauce el curso de la ciencia, que en el campo de la medicina reproductiva ha registrado importantes avances acerca de la vida humana, para que su incursión en los secretos mismos del origen de la vida esté realmente al servicio de la vida misma, por encima de intereses científicos experimentales siempre presentes o de utilitarismos meramente materialistas.

Las técnicas de fecundación asistida fueron desarrolladas en un comienzo como una solución médica para parejas infértiles; pero, con el tiempo, la técnica superó largamente los propósitos terapéuticos y significó la posibilidad de engendrar un hijo para personas que naturalmente eran incapaces de lo-

grarlo por motivos perfectamente naturales, como es el caso de parejas mayores y de parejas del mismo sexo, y asimismo de personas entre las cuales no existe ningún tipo de vínculo.

Considero que el primer deber de la sociedad, que se dice pluralista, es el respeto de la vida humana, que en definitiva hace posible el ejercicio de la libertad. Sin embargo, en aras de una verdadera idolatría por la libertad individual, amplios sectores justifican la manipulación de la vida e incluso han logrado obtener de numerosos gobiernos la impunidad y la autorización, y hasta la colaboración gratuita, para practicar las técnicas de manipulación de la vida con absoluta libertad.

La destrucción de más de tres mil embriones humanos congelados en Gran Bretaña es un hecho concreto y real. A esto se suman los más de tres millones de abortos anuales que se legalizan en Gran Bretaña, según informa una editorial del diario *Daily Telegraph* de julio de 1996. El origen de esta sobrepoblación de embriones humanos en Gran Bretaña puede encontrarse en una muy liberal ley de fecundación asistida. Existen leyes similares en muchas partes del mundo que están creando una gigantesca superpoblación de embriones humanos, personas para quienes creemos que la vida se inició desde el instante mismo de la concepción.

La Organización Mundial de la Salud, en un informe emitido a propósito del éxito de estas técnicas de fecundación asistida, ha dado a conocer que, por su propia naturaleza, estos tratamientos arrojan excedentes de alrededor de cinco millones de embriones humanos que están almacenados en el mundo, y su número aumenta en razón de cincuenta mil por año. Ello, porque el óvulo fecundado presenta mejores cualidades que los gametos para las técnicas de la criopreservación, esto es, para su conservación en frío.

Para nosotros, reiteramos, la existencia de un individuo humano por nacer, que menciona nuestra Constitución Política, comienza desde que se inicia la fecundación, es decir, desde que la cabeza de un determinado espermio penetra en el óvulo y produce automáticamente la impermeabilización de éste, de manera que ningún otro será admitido y se da comienzo a su existencia como un cigoto determinado, un ser humano, que contiene en sí toda su organicidad, toda su identidad.

Filosóficamente, la fecundación marca el inicio de una persona humana distinta, única e irrepetible, persona que debe ser protegida por mandato constitucional. Las características de este proceso de criopreservación de embriones, atentatorio contra la vida por su propia naturaleza, ha llevado a sus partidarios a buscar distinciones sutiles en el proceso de gestación que les permitan diferenciar etapas según su conveniencia, de manera de dejarse espacios que la ley no regule y por lo tanto no proteja.

Para algunos parlamentarios sólo debería protegerse el producto de la concepción desde la singamia, que equivale a una fotografía de un momento en el proceso, aquel en que se produce la alineación de los cromosomas, diferenciando un nuevo individuo distinto de sus padres. Pero el proceso completo no dura más de veinte horas. Por este motivo nos inclinamos por fijar el instante de la concepción en el momento de la fecundación, es decir, cuando la cabeza del espermio penetra en el óvulo e inicia este proceso. Por lo demás, para precisar si se cumple o no con la ley, ¿qué autoridad se atreverá a ordenar la descongelación de un embrión con el riesgo inminente de causarle la muerte sólo para averiguar si su morfología corresponde a una u otra etapa?

Pretendemos que la ley regule estrictamente todas las técnicas de fecundación asistida que operen con embriones, para que, respetando el derecho a la vida, concluya exigiendo la implantación de todos los óvulos que se fecundaron con una real oportunidad de sobrevivencia y desarrollo. No pueden justificarse los verdaderos homicidios cometidos al deshacerse de embriones humanos sobrantes.

Tangencialmente, debemos mencionar que la fecundación asistida podría afectar indirectamente a la familia, que está centrada en el matrimonio, en la medida que se permitiera que aspiren a estas técnicas también las "parejas estables". Con ello no sólo se crearía un nuevo estado civil, el de "pareja estable", sino que se desprotegería al niño, que tiene derecho a que sus padres le proporcionen desde los primeros instantes de su existencia la estabilidad, la protección jurídica y el rango de una familia bien constituida.

Por lo demás, la creación de esta institución de pareja estable no se compadece con la estrictez con que el legislador

examina hoy, de acuerdo a su ley de adopción, a los potenciales padres adoptivos, ni con la preocupación que se ha demostrado con el status jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio.

Un último aspecto importante en este proyecto de ley de fecundación asistida es el hecho de admitir la donación de gametos, lo que constituye una suerte de manipulación, que ha provocado ya toda clase de conflictos jurídicos en países donde está permitido, en relación a la voluntad del donante y a la filiación del futuro embrión. Creemos que esto es moralmente ilícito, porque la capacidad generadora del padre o de la madre es una capacidad personalísima, que no admite subrogaciones que conforman una abierta violación a su dignidad. Esta donación de gametos contradice en sí misma el espíritu terapéutico de la fecundación asistida, porque no se trata ya de la ciencia médica puesta para ayudar a parejas infértiles, en la que uno o ambos cónyuges sufren del problema de la infertilidad, sino que se trata de sustituir al miembro de la pareja culpable de la infertilidad, o de sustituirlos a ambos, en lo que constituye una manipulación atentatoria contra la dignidad misma de los cónyuges y el orden de la naturaleza. Mañana esta técnica servirá para determinar el sexo y las características genéticas del nuevo ser. La ingeniería genética de hoy es capaz de producir seres humanos a pedido, como no lo imaginó ni el mismo Huxley en sus premonitorias crónicas modernistas.

Pero, con prescindencia de la aprobación en el futuro de esa iniciativa de ley que regula la fecundación humana asistida, lo cierto es que en la actualidad, sólo existe sobre la materia una Resolución Exenta, N° 1.072, de 1985, del Ministerio de Salud, que no se hace cargo de la complejidad ética de este tema, y a cuyo amparo se están aplicando estas técnicas. Esto es, un aspecto tan crucial como la vida humana se encuentra regulado por un mero acto administrativo.

Esta situación habría causado extraordinarias dificultades con la reciente modificación del Código Civil en materia de filiación, que facilita la indagación de la paternidad y maternidad biológica. Por ello, mediante la Ley N° 19.585 el Senado incorporó un nuevo artículo 182 al Código Civil, en cuya virtud:

“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”, no un extraño, ni siquiera en caso de que se utilizaran gametos de un tercero. El padre y la madre son quienes se sometieron al proceso de fecundación, quienes querían recibir un hijo y que lo consiguen de esa manera. En virtud de dicha norma y mientras no se dicte una ley en contrario, ellos tres tendrán entre sí la relación de filiación.

Y para reafirmar eso se la separa de todos los métodos de investigación de paternidad (entre ellos el análisis del ADN), al preceptuarse, en el inciso segundo: *“No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta”*. Es decir, aquella pareja que ha decidido someterse a estos procedimientos para engendrar un descendiente, tiene la certeza de que la filiación no puede ser contradicha por terceros extraños, bajo ningún pretexto.

Por esa razón —y únicamente por esa razón—, porque habrá niños que nacerán mientras se tramita la ley sobre reproducción humana asistida, voté a favor de aprobar el artículo.

d) *El derecho a la muerte natural*

En el extremo opuesto al derecho a la vida, está el derecho a la muerte natural.

La Constitución no menciona expresamente el derecho a la muerte, pero un suceso como éste, que hasta hace poco tiempo aparecía tan evidente e inevitable, poco a poco ha dejado de serlo. En efecto, las nuevas técnicas médicas han implementado terapias de resucitación hasta límites inconcebibles, y el apoyo de la función cardíaca y de la respiratoria por respiradores artificiales, junto con los sistemas de alimentación parenteral, permiten mantener con vida a pacientes que, en cualquier otro contexto, estarían inexorable y naturalmente muertos.

Como todas las técnicas médicas, en su origen fueron planteadas para suplir momentáneamente la ausencia de estas funciones vitales en pacientes accidentados, mientras se realizaban las intervenciones quirúrgicas o se superaban los traumatismos

que permitirían lograr la sobrevida del paciente. Pero el éxito de la técnica superó estas expectativas, y aun cuando no sea ya posible devolver la salud al paciente, los sistemas de apoyo señalados demuestran ser capaces de sustituir con bastante eficiencia los sistemas naturales colapsados.

Profusamente han aparecido en la prensa los casos de personas que llevan años en coma cerebral profundo, pero se encuentran perfectamente "vivos" gracias al empleo de estas técnicas.

¿Cuán cierta o cuánta "vida" hay en esas personas? ¿Hasta cuándo debe mantenerse el auxilio médico extraordinario que les permite "vivir"? No hay en Chile legislación al respecto, por lo tanto, ¿dependerá del criterio de la familia, a quien corresponde la decisión sobre su aplicación primero y luego sobre su suspensión? ¿En beneficio de quién debe utilizarse esta técnica?

Inicialmente el pronóstico acerca de la posibilidad de recuperación del paciente indicaba cuándo debían aplicarse estas técnicas o cuándo debían suspenderse. Pero hoy el asunto no es sencillo; complejos y legítimos intereses de terceros interfieren con esta decisión, que pertenece al único afectado: el paciente.

Entre estos terceros se encuentran pacientes cuya sobrevida o mejores condiciones de sobrevida dependen exclusivamente de la posibilidad de acceder a un trasplante de órganos, que precisamente los cadáveres, o las personas en proceso de muerte encefálica, están en condiciones de proporcionar.

Para estos efectos, se había vuelto insuficiente y anacrónica la ley de "Aprovechamiento de órganos, tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo y de la utilización de cadáveres o parte de ellos con fines científicos o terapéuticos" que existía en Chile ya desde el año 1982, con el N° 18.173. Esa ley de trasplante de órganos había sido incorporada en el Libro IX del Código Sanitario, bajo el título transcrito, constando de 8 artículos. El objetivo de esta norma fue igualmente permitir a las personas donar gratuitamente y con fines terapéuticos sus órganos después de la muerte o en vida. En definitiva, como lo sostiene su título, se refería más bien a trasplantes entre vivos (donación de órganos como riñones, etc., que permiten al do-

nante continuar viviendo) o donaciones de partes u órganos de cadáveres de personas (córneas, por ejemplo) acorde con la realidad médica de ese tiempo, pero sus normas resultaban del todo insuficientes para la realidad médica actual en materia de trasplantes.

En efecto, ese cuerpo legal no contenía normas específicas suficientes para el caso de los pacientes que, en realidad, no eran cadáveres, sino que se encontraban sólo encefálicamente muertos, ni, lo que resultaba más grave para los practicantes de esta técnica, contenía normas para suplir eficientemente la voluntad del donante que nada hubiera manifestado al respecto.

Para que fuese posible realizar un trasplante de órganos, la norma antigua exigía que se acreditase la muerte mediante el certificado de dos facultativos, los que no podían pertenecer al equipo que realizaría el trasplante, uno de los cuales debía ser neurólogo o neurocirujano. La certificación se otorgaba luego de comprobarse la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, requisito que no siempre resulta fácil de cumplir por la ausencia de los equipos adecuados y de especialistas. Por otra parte, la voluntad de ser donante debía expresarse por escrito, mediante un acta suscrita en el hospital donde se efectuaría el trasplante con las formalidades dispuestas en el reglamento, acta que también debía suscribir un médico que debía informar al donante sobre los riesgos que correría con motivo del trasplante, todo por supuesto sin posible aplicación en el caso de muerte encefálica. Las donaciones debían inscribirse, por último, en un registro que llevaba el Ministerio de Salud.

Este modo de operar, como puede concluirse, no se comparaba en nada con la creciente necesidad de órganos para trasplante ni con el progreso alcanzado por la ciencia médica en esta materia.

Originalmente, como disponía la ley antigua, esta técnica médica consideraba el trasplante consentido por el donante y el donatario. Pero por un lado la posibilidad de mantener "artificialmente" vivo a un potencial donante significó, sin duda, una probabilidad mayor de contar de manera más permanente con potenciales donantes, reduciendo los costos de tratamientos y operaciones; al mismo tiempo, la enorme cantidad de

accidentes del tránsito aporta circunstancialmente, como posibles donantes, a una cantidad de jóvenes, quienes tampoco se habían planteado como posibles donantes voluntarios.

Por otro lado, los pacientes que dependen de la técnica del trasplante para sobrevivir, en la medida que la técnica consigue ser exitosa, también se han incrementado.

Estimo sin duda que es loable el propósito de dar vida y es también beneficioso que la ciencia permita la posibilidad de que un órgano que no sirve a alguien permita la sobrevivencia de otra persona; sin embargo, durante la discusión misma de la ley, se planteó la inexistencia de un diagnóstico unánime y universal sobre el momento de la muerte, que sin duda oscurece el tema. Porque resultó no ser indiferente la determinación de ese momento ni para la ley ni para la técnica del trasplante.

Para la medicina, el concepto de muerte, sobre todo después del éxito en el uso de los sistemas de resucitación, es relativo o sería, más bien, un proceso con características de consideración individuales según cada paciente. Así, la ciencia no puede responder con precisión cuándo se puede hablar de muerte, o su definición en lenguaje familiar sería algo así como "la muerte se produce cuando ya no se pueda hacer nada"; en otras palabras, para la medicina el éxito de estas técnicas representa un triunfo que permite ilusionarse con la derrota, al menos transitoria, de la muerte.

Para la fe católica, la muerte es el fenómeno natural e irreversible que permite la separación del alma del cuerpo. Tampoco ha precisado el momento en que se produce.

Pero la ley, llamada a resguardar y proteger prioritariamente la vida, requiere de una certeza objetiva sobre la muerte como un hecho irreversible para permitir la extracción de órganos de un paciente. De otro modo, se estaría legislando sobre un ilícito, que significa autorizar una muerte.

Circunstancialmente, de la oportunidad de concluir la calidad de muerto encefálico de una persona, depende en gran medida el éxito de las técnicas de trasplante de órganos, puesto que el organismo humano, como una unidad, está expuesto a deteriorarse rápidamente; en otras palabras, no es indiferente a esta técnica la mayor o menor premura en obtener esta calificación respecto de un paciente determinado.

Además, frente a este hecho a menudo concurren intereses contrapuestos; para quien espera ansiosamente y depende de un trasplante para sobrevivir, mientras antes se declare a un sujeto, potencial donante de órganos, clínicamente muerto, mejor; para los familiares, mientras persista un hálito de vida aún hay esperanza, sin reparar que mantener con vida a un paciente con estos métodos extraordinarios implica altos costos que, por último, constituyen ingresos para los centros médicos, que les permiten financiar más y mejores equipos.

Todos estos acontecimientos plantearon la necesidad urgente de una legislación; en primer lugar para que, en resguardo de la vida y de sus derechos como persona, se informara a los eventuales donantes de la posibilidad de consentir en la donación de órganos en caso de encontrarse en situación de ser declarado muerto encefálico, y luego, formalizar y obtener el consentimiento del presunto donante, antes que se encuentre incapacitado de prestarlo, o el de sus familiares cuando ya no le sea posible hacerlo. También era necesario determinar legalmente, de acuerdo con los últimos descubrimientos de la ciencia, cuándo y en qué circunstancias puede, responsable y ciertamente, declararse la muerte encefálica de una persona, a partir de la cual es posible hacer efectiva su declaración de voluntad o la de otros que la suplieron y, en consecuencia, proceder a extraer sus órganos para trasplante.

Con estos propósitos se aprobó en 1996 la Ley N° 19.451, sobre nuevas normas de trasplante de órganos, que consta de 18 artículos y un artículo transitorio.

En directa relación con el derecho a la vida, merecen citarse algunas de sus normas. En primer lugar, a diferencia de las normas anteriores, esta ley se refiere específicamente, en su título III, a la extracción de órganos a "personas en estado de muerte". Para estos efectos, crea otro tipo de muerte, diferente a la natural, señalando en su artículo 7° que: "para los efectos de la presente ley se considerará como muerte la referida en el artículo 11" (de la misma ley); este otro tipo de muerte es la muerte clínica, que sufre quien gracias a apoyos artificiales presenta signos vitales de funcionamiento cardíaco y respiratorio, pero padece de muerte cerebral, de manera que sus órganos pueden ser utilizados para trasplante.

Poco afortunada considero esta disposición, porque permite que subsistan distintos tipos de muerte, la común y la encefálica, las cuales además no son siquiera compatibles. La muerte es sin duda un hecho natural que produce consecuencias legales, y no puede confundirse la certificación de la muerte, exigida para efectos legales, con la muerte misma. Por estos motivos, no puede la ley establecer la circunstancia de la muerte respecto de nadie y ésa es la razón por la que el Código Civil habla de "muerte presunta" cuando busca que se produzcan las consecuencias legales que origina la muerte respecto de una persona desaparecida; no la declara muerta, sino "presuntamente" muerta, y regla los efectos de su eventual reaparición.

El citado precepto, contenido en el artículo 11, no hace otra cosa que reglamentar los requisitos exigidos para acreditar la existencia de este nuevo tipo de muerte, mencionándose, entre otros, la necesidad de un certificado unánime e inequívoco otorgado por un equipo de médicos (la ley deja al Reglamento determinar el número de médicos que constituyen un equipo), uno de los cuales debe ser neurocirujano o neurólogo. El certificado se otorgará cuando se haya logrado la certeza diagnóstica de que hay abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas. Dispone la ley que el Reglamento debe considerar como mínimo para declarar la muerte encefálica de una persona que se cumplan las siguientes condiciones: Ausencia de movimiento voluntario observado durante una hora; Apnea luego de tres minutos de desconexión del ventilador y Ausencia de reflejos troncoencefálicos.

No señala la ley el orden en que deben tomarse los exámenes, lo que no parece una consideración banal: indudablemente, el último de los señalados debe ser el primero y la verificación que requiere que se desconecte al paciente, la última, porque es riesgosa para el paciente y puede inducir a que los otros síntomas se presenten.

En segundo lugar, en el artículo 10 se contiene una serie de disposiciones cuyo objetivo es sustituir la voluntad del donante que se encuentra en estado de muerte encefálica, o sea, "que está muerto para los efectos de esta ley". Dispone este artículo que se pueden extraer los órganos de personas en estado de muerte, aunque no hayan expresado su autorización en los

términos de esta ley, o de menores de edad o legalmente incapaces, si así lo autoriza el cónyuge o en subsidio su representante legal; a falta de ambos, la mayoría de parientes consanguíneos en línea recta presentes; a falta de éstos, otros consanguíneos, y a falta de ellos, los colaterales hasta tercer grado. Si se considera lo dispuesto en la misma ley, puede colegirse que se transparenta la intención del legislador de promover el trasplante, aunque esto signifique no respetar el sistema de expresar la voluntad del donante.

En efecto, el artículo anterior (artículo 9º) dispone que la voluntad positiva puede manifestarse: ante notario; al renovar su cédula de identidad, oportunidad en que debe ser informado y consultado al respecto; al renovar su licencia de conducir, donde debe también ser informado y consultado de la misma forma, y finalmente, al ingresar a un establecimiento hospitalario. Puede concluirse entonces que una persona que no hizo uso de ninguna de estas oportunidades para entregar la donación, simplemente no quiso ser donante.

Por estos motivos, se suscitó durante su tramitación una controversia de constitucionalidad de los artículos comentados, pero en definitiva el requerimiento no prosperó y el Tribunal Constitucional sólo declaró inconstitucional la referencia al reglamento que hacía el artículo 11. De este modo, quedan como requisitos para determinar la calidad de muerto para los efectos de esta ley, los señalados en esa norma. Inquietante situación, puesto que los presuntos muertos encefálicos pueden tener estos síntomas en diferentes grados; hay quienes se han recuperado completamente, incluso una mujer encefálicamente muerta llevó a término un proceso de gestación y dio a luz su hijo; también algunas drogas producen síntomas similares de muerte encefálica transitoria, y los niños no responden a los mismos parámetros para determinarla. Es evidente que, eliminada la referencia al reglamento, la ley quedó incompleta en esta importante materia.

2. LIBERTAD PERSONAL Y SEGURIDAD INDIVIDUAL

La Constitución, dada la importancia de la materia, tiene una disposición inusualmente extensa sobre ella que cubre valiosos

aspectos, algunos de los cuales vamos a estudiar por su relevancia y por los problemas que al respecto se han originado.

a) *Libertad de residencia, de circulación y las limitaciones de su ejercicio*

El derecho de circulación y residencia se refiere a la libertad de que goza el individuo para entrar, permanecer, transitar o salir del territorio del Estado chileno.

Sin embargo, *este derecho no es absoluto, y de hecho se imponen requisitos y limitaciones para su ejercicio, en lo relativo a la circulación internacional*, pasaportes, visas, permisos de trabajo, etc. El autor no duda que esta situación no responde fielmente a la tesis, aceptada por la mayoría de los países, de que el hombre es superior al Estado o a los acuerdos entre Estados.

Antes de la Constitución de 1980 se impusieron requisitos para salir del país. En general, fueron de dos categorías; el primero, estar al día en las obligaciones tributarias, y el segundo, pagar un impuesto que se denominó impuesto de viaje.

El autor sostuvo en el Parlamento, con anterioridad a 1973, que ambas situaciones eran abiertamente inconstitucionales, porque ninguna *disposición constitucional había permitido un absurdo de tales proporciones: vincular los derechos de las personas al pago de impuestos de cualquier naturaleza, y más aún, establecer gravámenes para gozar de derechos que emanan de la naturaleza del hombre*. No obstante lo anterior, el sistema fue aplicado.

Bajo el imperio de la Constitución vigente esto resulta imposible, no sólo por su espíritu, sino por su texto expreso, ya que la Carta Fundamental dispone que *la ley no puede afectar a la esencia de los derechos ni entorpecer su libre ejercicio*. A nadie cabe duda que el Tribunal Constitucional objetaría las leyes o decretos que pretendieran imponer tales tributos. Además, este derecho a la libre circulación está amparado por el recurso de protección.

Por otra parte, las omisiones de la autoridad que entorpecían el ejercicio de los derechos también son objeto del recurso de protección. Esto impide que se repita lo que sucedió en el pasado tantas veces: la demora en entregar pasaportes o documentos de

viaje mientras no se acreditara el cumplimiento de los requisitos de impuesto.

Los pasaportes *son medios de establecer el derecho a la nacionalidad*, que implica que todo ser humano debe ser considerado de una determinada nacionalidad, de manera que goce de un amparo jurídico y de la protección de un Estado. De otro modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de todos los derechos civiles que se basan en la nacionalidad del individuo, ya que la nacionalidad es un vínculo jurídico-político que liga a una persona con un Estado determinado, y por medio de este vínculo el ciudadano se obliga con relaciones de lealtad y fidelidad hacia el Estado y se hace acreedor de su protección.

b) *Derecho a la libertad personal*

La Constitución garantiza que nadie puede ser privado de la libertad, como también que ésta no puede ser restringida sino en los casos y formas determinados por la Constitución y las leyes. Estas últimas deben someterse a las disposiciones constitucionales, no sólo en cuanto a su letra, sino que también en lo relativo a su espíritu, en una materia tan importante como la reglamentación de la libertad.

En seguida, la Constitución entra a explicitar la forma como se puede perder la libertad y establece que nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de un funcionario público, expresamente facultado por la ley y después de ceñirse a todos los procedimientos legales, salvo que hubiese sido sorprendido en delito flagrante, y, en este caso, con el único objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las 24 horas.

También, para prevenir situaciones anómalas, dispone que si cualquiera autoridad ordena arrestar a una persona o detenerla, tiene que ponerla a disposición del juez competente dentro de 48 horas. *Esto significa poner físicamente al detenido a disposición del juez competente*; no significa sólo dar aviso al juez competente que lo tiene detenido. La Constitución le da al juez la posibilidad de ampliar este plazo hasta por cinco días,

que puede ser necesario para la investigación, y hasta por diez, en el caso que se investiguen conductas terroristas.

En su finalidad, de proteger al detenido, la Constitución ordena que *el lugar del arresto o la detención no puede ser sino el domicilio del detenido o lugares públicos destinados a este objeto*. Esta precisión es importante, porque de ello depende no sólo la seguridad del detenido y la transparencia del proceso, sino su defensa y la posibilidad de hacer valer sus derechos. Los lugares públicos están sometidos a una reglamentación que la propia Constitución se encarga de precisar: para recibir en ellos a cualquier persona en calidad de detenido tienen que dejar constancia de la orden correspondiente, ver que ella emane de una autoridad legal y establecer esto en un registro, que será público. Esto no se podría cumplir si las personas pudiesen ser detenidas en lugares distintos de los públicos.

La Constitución establece además responsabilidades y obligaciones para el encargado de la casa de detención; le da facultades de conversar con el detenido aun cuando el juez lo haya declarado incomunicado. *La Constitución es terminante en el sentido de que ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario visite al arrestado o detenido* que se encuentra en la casa que está a su cargo. Este detenido tiene la facultad de pedir al encargado de la casa de detención que transmita al juez competente copia de la orden de detención, porque ésta puede emanar de otras autoridades; o si el detenido no tiene copia, puede pedirla para hacer efectivos sus derechos. Cabe llamar la atención sobre el hecho de que la Constitución entra en detalles como si fuera una legislación específica, por la importancia que tiene para los derechos de las personas el actuar en libertad.

En seguida, en el mismo artículo de la libertad personal se encuentra un tema que ha sido muy discutido: la libertad provisional. La Constitución señala que esta libertad provisional la otorga el juez y que *ella procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea necesaria para la investigación o para la seguridad del ofendido o de la sociedad*.

Todo esto lo deja la Constitución al criterio del juez. Es el juez el que tiene que decidir si necesita tenerlo detenido o preso porque es necesario para la investigación, o si esta persona es peligrosa para el ofendido o para la sociedad. Su criterio, fundado en la apreciación de

los hechos de cada caso concreto, es el que está llamado a predominar siempre, porque cualesquiera que sean las disposiciones legales que se aprueben sobre la materia, la Constitución tiene supremacía sobre ellas; de manera que ninguna ley podría privar al juez de esa facultad de decisión.

De manera que muchas críticas que se han oído acerca de los defectos de la legislación por estas libertades provisionales en el caso de reincidentes o de delincuentes que han participado en hechos graves y repetidos, como robos con violencia o intimidación, etc., no tienen justificación, atendida la letra de la Constitución. Parece lógico que un juez considere peligroso para la sociedad el caso de un reincidente y también parece lógico que el juez considere con sumo cuidado la situación de aquellos delincuentes que cometen robos a viviendas o en la vía pública, por el peligro que estos hechos envuelven para la vida social y familiar. No entraremos aquí a analizar las legislaciones que se han dictado, pero sí a precisar que la *Constitución es muy clara: nadie que sea considerado peligroso para la sociedad por el juez, puede estar en libertad.*

Si bien la Constitución deja al juez de la causa la determinación si concede o no la libertad provisional, teniendo en cuenta principalmente la existencia o no de una peligrosidad social por la libertad del procesado, ello no es obstáculo para que la ley le señale circunstancias que debe considerar al respecto, tales como la reincidencia, la violación de la libertad condicional o vigilada, sus condenas no cumplidas, el actuar en grupo o banda o pandillas, etc.

Esta legislación ha sido necesaria por la repetición de delitos graves contra las personas cometidos por delincuentes o ex delincuentes que se encontraban en las situaciones descritas.

La libertad provisional en los delitos que constituyen conductas terroristas deberá siempre elevarse en consulta, y ésta o la apelación de las resoluciones que se pronuncien sobre la excarcelación, deberán ser conocidas por el tribunal superior, compuesto exclusivamente por miembros titulares; no por abogados integrantes. La Constitución en este caso es sumamente cuidadosa, casi reglamentaria, y requiere que el acuerdo que apruebe la libertad tiene que ser por unanimidad, es decir, basta que un ministro de la Corte exprese su reserva para que la libertad sea denegada.

La Constitución chilena mantiene también una disposición similar a lo que se llama la “quinta enmienda” de la Constitución norteamericana, ya que establece que en las causas criminales *no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento por hecho propio*; ni tampoco podrán ser obligados a declarar los ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que señale la ley en contra del inculpado. Por eso es que a menudo se oye la frase “no presto declaración porque esto me incrimina”.

En el mismo párrafo de la libertad y la seguridad individual, la ley establece una serie de garantías de carácter patrimonial, algunas importantes como la *que prohíbe como sanción la pérdida de los derechos previsionales*; es decir, ninguna ley en ningún caso puede establecer como consecuencia de cualquier delito la pérdida de los derechos previsionales del inculpado. Esta prohibición se incorporó en la Constitución porque en el pasado se estableció como sanción por ciertas conductas la pérdida de esos derechos, lo que es incongruente con la circunstancia de que, por su naturaleza de seguridad social, están pensados para atender estados de necesidad que afecten a la persona, como la vejez, la invalidez, etc.

Tampoco puede la ley establecer la pena de la confiscación de bienes, es decir, ninguna sentencia puede privar de bienes al inculpado. Esto significa una confirmación del derecho de propiedad que corresponde a la filosofía de la Constitución: una persona responde de sus delitos personalmente, y para que responda con parte de sus bienes, se establecen los casos de multa; también responde de los efectos de sus hechos delictuosos debiendo indemnizar a los perjudicados; pero la pena por sí misma no puede significar confiscación de bienes, salvo en el caso de las asociaciones ilícitas. Todo lo anterior es sin perjuicio de la disposición constitucional que permite a la ley penal establecer el comiso, esto es, la pérdida del producto del delito—o sea, las cosas que se adquirieron gracias a él— y de los instrumentos con que se ejecutó.

Al mismo tiempo, se establece la indemnización por los errores judiciales, al consagrarse el derecho de toda persona que hubiese sido sometida a proceso o condenado en cualquier instancia por una resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, a ser indemnizada por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya

sufrido. A esta materia nos referiremos en el capítulo referido a las acciones constitucionales.

3. IGUAL PROTECCIÓN DE LA LEY EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

La Constitución de 1980 es mucho más explícita que la de 1925 en materia de protección al ejercicio de los derechos; sigue de esta manera su conducta general en materia de derechos de las personas: garantizarlos y al mismo tiempo crear las condiciones para que estas garantías constitucionales no sean meramente teóricas o tengan tales defectos en la forma de su aplicación que se dificulte su pleno ejercicio.

Este inciso en primer lugar establece *el derecho de defensa jurídica*, en forma que ninguna autoridad o persona pueda impedir, restringir o perturbar la acción de un abogado si hubiese sido requerida. Al mismo tiempo ordena a la ley arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quien no tiene los recursos para hacerlo. En cumplimiento de esta obligación impuesta al legislador existen las Corporaciones de Asistencia Jurídica y está recién iniciando su trámite el proyecto de Defensoría Pública.

En seguida, asegura la imparcialidad de la judicatura y el correcto proceder de la misma al disponer "nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se haya establecido con anterioridad por ésta" y al mismo tiempo obliga que toda sentencia de cualquier órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Esta disposición del llamado en la doctrina "debido proceso" fue incluida a petición del autor, el que además insistió en dejar constancia que las exigencias del "debido proceso" se aplica también a todo órgano que ejerce jurisdicción. Es decir a las autoridades administrativas o de otro orden.

A continuación la Constitución *obliga a la ley establecer siempre las garantías de un "racional y justo procedimiento"*. Hoy la exigencia es extendida también a la investigación por el Ministerio Público, a indicación del autor en el Proyecto de Reforma Constitucional que lo creó.

Sobre esta materia el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la Ley Orgánica del Ministerio Público expresó:

“17º. Que, es conveniente recordar que el precepto constitucional del artículo 19, Nº 3º, inciso quinto, fue modificado por el artículo 1º de la Ley de Reforma Constitucional que contempló el nuevo Capítulo VI A, Ministerio Público, por estimarse, precisamente, que la norma constitucional sobre el debido proceso no sólo debía regir para los órganos que ejercen jurisdicción, sino también para aquellos que, como el Ministerio Público, no tienen tales facultades, por lo que se estimó indispensable incorporar, también, a las exigencias de que sea el legislador el que fije la racionalidad y justicia de los procedimientos, los relativos a la dirección de la investigación que se le encomienda al nuevo organismo autónomo que se crea;

18º. Que, aun cuando la actual norma del artículo 19 Nº 3º inciso quinto de la Carta Fundamental, es de meridiana claridad, respecto a lo sostenido en el considerando anterior, es conveniente tener presente que la modificación pertinente tuvo su origen en una indicación de los senadores señores Diez y Piñera que la formularon en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que estudió la reforma constitucional pertinente. Fundando la indicación, el señor Diez expresó que ella: ‘apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente sentado que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento’. (Diario de Sesiones del Senado, Sesión Nº 53 (anexo de documentos), de mayo de 1997, pág. 6200.) Rol 293, de 28 de septiembre de 1999, aún no publicado”.

Es conveniente recordar la sentencia del Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre Inscripciones Electorales y Servicio Electoral del año 1986 que establecía la inconstitucionalidad de la autorización legal para cancelar una inscripción sin

establecer “entre otras garantías ni el emplazamiento a la persona respectiva, ni la oportunidad de defenderse, ni tampoco la posibilidad de deducir recurso alguno”, sentencia que tiene el valor de precisar las características generales del debido proceso; conocimiento, derecho a defenderse, a rendir pruebas y a interponer recursos ante otras autoridades.

La disposición en análisis continúa su preocupación por establecer las reglas apropiadas para el proceso y garantizar el derecho a su objetividad, requisito imprescindible del derecho de defensa, al disponer: “*La ley no puede presumir de derecho la responsabilidad penal*”. Es decir no sólo la presunción de inocencia mientras no sea declarado culpable; sino, además, la existencia garantizada de poder siempre alegar la inocencia y destruir las presunciones de culpabilidad por los medios que la ley permite o establece.

La Constitución de 1980, preocupada de varios precedentes de las llamadas “leyes penales en blanco”, o leyes genéricas sobre conductas delictuales no específicamente determinadas, las prohíbe terminantemente: “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 2 de abril de 1999, aún no publicada al pronunciarse sobre la ley que fortalece las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, sujeta a su control, declaró inconstitucional el siguiente artículo 30 A:

“Artículo 30 A. Las personas que entorpezcan las investigaciones que instruya la Fiscalía Nacional Económica en el ámbito de sus funciones, podrán ser apremiadas con arresto hasta por 15 días.

El que, sin perjuicio de lo anterior, continuare entorpeciendo la investigación o se rehusare a proporcionar antecedentes que conozca o que obren en su poder, será penado con presidio menor en su grado mínimo. Si se tratare de un funcionario público será, además, penado con la pérdida del empleo.

La orden de arresto y el proceso criminal, en su caso, se dará e instruirá, respectivamente, por el juez letrado con jurisdicción en lo criminal que sea competente según las reglas generales, a requerimiento del Fiscal Nacional Económico, previa autorización de la Comisión Resolutiva”.

El tribunal al respecto, con la evidente intención de reafirmar su criterio sobre la prohibición de las “leyes penales en blanco” señala con precisión la interpretación del texto constitucional en su considerando N° 6:

“Que, el inciso 2° del artículo 30 A, sometido a control de constitucionalidad, vulnera lo preceptuado en el artículo 19 N° 3° inciso final de la Constitución, pues la conducta que proyecta sancionar como delito no cumple con la exigencia de encontrarse expresamente descrita en él.

En efecto, la vaguedad e imprecisión con que se encuentra redactado el precepto no se compadece en forma alguna con el principio de certeza jurídica que inspiró al constituyente al disponer la exigencia de tipificar las figuras delictivas y, por el contrario, abre un peligroso espacio al subjetivismo para el intérprete de la norma. La descripción del delito que se hace en ella, sin ninguna otra exigencia o complementación, es extraordinariamente genérica y ello permite que cualquier conducta pueda ser calificada como suficiente para configurar el delito que se propone establecer.

A mayor abundamiento, las hipótesis delictivas consultadas en la disposición en referencia, pueden erosionar seriamente las garantías del imputado, particularmente la contemplada en la letra f) N° 7° del artículo 19 de la Carta Fundamental”.

4. LA LIBERTAD RELIGIOSA, SU APLICACIÓN Y VIGENCIA

Las libertades espirituales e intelectuales dicen relación con la libertad de religión y la libertad de culto, e involucran el derecho a educar a los hijos en las propias creencias, el de no padecer discriminaciones que tengan como fundamento motivos religiosos, el de contar con asistencia espiritual en establecimientos penitenciarios, militares u hospitales, y el de no ser obligado a participar en actos o ceremonias propias de otras creencias ni a prestar juramento contrario a los preceptos de la fe.

Así también las iglesias y asociaciones religiosas ejercen plenamente los derechos a organizar y desarrollar los actos requeridos por sus dogmas y principios. Los límites al ejercicio de

este derecho están constituidos por el derecho de los demás y representados por el orden, la moral pública y por la ley penal.

Al escribir estas líneas, el Congreso Nacional acaba de finalizar el tratamiento de la ley que regula la "constitución jurídica y el funcionamiento de iglesias y organizaciones religiosas".

Esta ley pretende desarrollar la garantía constitucional de libertad religiosa y de igualdad ante la ley en este ámbito; reglamentar la personalidad jurídica de las iglesias; regular la posesión y transferencia de sus bienes, otorgándoles franquicias tributarias, y reafirmar la libertad de darse sus propias reglas constitutivas y de funcionamiento.

La ley en análisis se refiere más bien al derecho de asociación que a la libertad de conciencia, perfectamente contenida en la Carta Fundamental, cuya interpretación no ha originado duda alguna;

"Art. 19 N° 6°: La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas.

Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones".

La libertad de conciencia supone el derecho a crear organizaciones religiosas, a fundar iglesias, y a que dichas organizaciones o iglesias gocen de personalidad jurídica que les permita actuar en la vida civil, adquirir bienes y tener patrimonio. La ley llena este vacío creando la "personalidad religiosa" para diferenciarla de la simple personería jurídica; pero a la vez separándola del Estado, al que lo relacionaría una "personalidad jurídica de derecho público".

Párrafo aparte en estas materias merece la situación de la Iglesia Católica, no porque ella pretenda privilegios que afectan la igualdad ante la ley en esta delicada y personalísima

garantía, sino por la realidad histórica. La Iglesia Católica existe antes que el Estado chileno, goza de personalidad jurídica reconocida internacionalmente; estuvo unida al Estado de Chile hasta la Constitución de 1925; fue la religión oficial según las Cartas Fundamentales anteriores.

La Iglesia Católica se rige por su derecho, el derecho canónico, que señala sus autoridades y procedimientos.

Esta ley no varía la situación de la Iglesia Católica, ni la de la Arquidiócesis Católica Ortodoxa de Chile, ambas regidas por disposiciones anteriores a esta ley que les reconocen su personalidad jurídica y su derecho a darse sus propias reglas.

Lo que dispone la ley en comento es un trato de acuerdo con la "igualdad ante la ley" establecida en la Constitución que actualmente gozan esas instituciones, de manera que la legislación actual de las Iglesias Católica y Ortodoxa no es signo de diferencia alguna en el trato de la ley, sino un reconocimiento a su situación histórica que se mantiene idéntica.

La posición de la Iglesia Católica sobre la libertad religiosa es absolutamente clara desde el Concilio Vaticano II, donde afirmó que la libertad religiosa pertenece a todo hombre, con todas sus consecuencias.

La encíclica *Dignitatis Humanae*, de 7 de diciembre de 1965, declara que la persona humana tiene derecho a la libertad religiosa. Esta libertad consiste en que todos *los hombres deben estar inmunes de coacción*, tanto por parte de personas particulares como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y ello de tal manera que, *en materia religiosa, ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos.*

Sobre los derechos de las asociaciones religiosas, sostiene que las comunidades religiosas tienen *el derecho de no ser impedidas por medios legales o por la acción administrativa de la autoridad civil en la selección, formación, nombramiento y traslado de sus propios ministros*, en la comunicación con las autoridades y comunidades religiosas que tienen su sede en otras partes del mundo, en la erección de edificios religiosos y en la adquisición y disfrute de los bienes convenientes.

A juicio del autor, no podría resumirse mejor el contenido de nuestro propio sistema jurídico, tanto constitucional como legal.

Por último, para evitar dudas, la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* advierte que la Iglesia Católica no pone su esperanza en privilegios dados por el poder civil; más aún, *renunciará al ejercicio de ciertos derechos legítimamente adquiridos* tan pronto como conste que su uso puede empañar la pureza de su testimonio o las nuevas condiciones de vida exijan otra disposición.

5. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La “libertad de expresión” corresponde a lo que la Constitución denomina libertad de opinión y libertad de información, que tienen particular trascendencia en el caso de los medios de comunicación.

La prensa escrita, radio y televisión contribuyen a la formación de la opinión pública. Por esa razón, el ejercicio de la libertad de expresión a través de los medios de comunicación debe alcanzar su máximo nivel de protección; pero debemos tener presente que de ningún modo la formación de opinión pública es misión exclusiva de los medios de comunicación.

Algunos autores afirman que *la libertad de expresión es todavía una libertad a medias, que requeriría de una participación plural e igualitaria en el acceso y utilización de los medios de comunicación social, para constituirse y para estimular un discurso verdaderamente libre en todos los temas, y no sólo sobre los que han seleccionado los grupos de opinión dominante.*

Este planteamiento ha de tomarse, a lo menos, con mucha cautela, porque se traduce en una eventual justificación para imponer la obligación de informar o para establecer limitaciones a la propiedad de los medios de comunicación, alternativas que presentan serios problemas de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional ha sido enfático al puntualizar que no puede obligarse a los medios de comunicación social a publicar o difundir ciertos hechos u opiniones. Entre otras razones, sostuvo que:

“No debe olvidarse que, a este respecto, la libertad de expresión, opinión, o información, supone la libre elección —sin interferencias de nadie— de las noticias u opiniones

que se difundan, en cuanto los titulares de los medios de comunicación consideran que son de importancia, trascendencia o relevancia, en concordancia con sus principios o línea editorial. Interferir en ello es precisamente vulnerar esta libertad y el pluralismo de medios que se persigue”.

Añadió que también se vulnerarían las facultades esenciales de uso y goce propias del derecho de propiedad,

“al interferir gravemente sus atribuciones de administración referente a lo que se ha de informar o no, la oportunidad de divulgación o difusión, y su forma, extensión o alcance. Desde que se interfiere en sus facultades de administración, ello significa en el mismo momento violar la autonomía de este ente asociativo y, por tanto, el artículo 1º, inciso tercero, de la Carta Fundamental. Cabe agregar aún que se da también una clara vulneración de un atributo esencial del derecho de propiedad, como es su exclusividad, desde que esta interferencia que plantea el proyecto permite la intervención de un tercero ajeno en las decisiones del medio de comunicación sin que tenga título jurídico válido para ello” (Rol Nº 226, sentencia de 30 de octubre de 1995, considerandos 35 y 36).⁵⁰

En cuanto a la limitación del dominio de los medios de comunicación, sea estableciendo un porcentaje del mercado informativo, o restringiendo el número de medios de comunicación que pueden tenerse en dominio por una misma persona, el Tribunal Constitucional concluyó que, entre otras infracciones, violarían el derecho a desarrollar cualquiera autoridad económica lícita, y el derecho de propiedad, que permite limitaciones solamente en la medida que deriven de su función social, y no consistan en privación del derecho, como es el caso (misma sentencia, considerandos 41 y 46).

La forma apropiada de abordar este tema es a través de la normativa general destinada a evitar abusos y anomalías derivados de situaciones contrarias a la libre competencia, porque, en rigor, las actividades de los medios de comunicación social

⁵⁰ Aún no publicada.

no están excluidas de la proscripción legal de todo hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, y que es aplicable a todas las actividades económicas.

En el seno de la Comisión Constituyente se tomó en cuenta que el derecho de emitir opinión y el de informar tienen como contrapartida el derecho de recibir las expresiones *que los demás quieren transmitir, o sea, la información que se dé*. Este aspecto ha sido recogido por el Tribunal Constitucional, quien manifestó que:

“si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales” (fallo recién citado, considerando 19).

Precisó, coincidiendo con el criterio de la Comisión, que este derecho a recibir informaciones sólo se ajusta a la Carta Fundamental en el entendido de que:

“se refiere a que, *proporcionadas*, por los medios de comunicación, nace el derecho. *Ello no significa en ningún caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones*. Si así fuera y se entendiera que la autoridad puede obligar a las personas o a los medios a informar, se estaría atentando contra claros preceptos constitucionales, como son la autonomía de los grupos intermedios, que está consagrada en el artículo 1º, inciso tercero, de nuestra Ley Fundamental y la libertad de opinar y de informar sin censura previa” (misma sentencia, considerando 21).

Reflexionó el Tribunal Constitucional:

“Tan sensible es esta libertad, que su reconocimiento desde antiguo en nuestro régimen republicano se ha expresado con fórmula lapidaria: *‘sin censura previa’*, término cuyo *quid conceptual hoy no es otro que ‘sin interferencias’ de nadie*” (considerando 31 del fallo mencionado).

La libertad de expresión es condición necesaria para el ejercicio de otros derechos fundamentales, porque si no hay una amplia libertad de expresión, el ejercicio de derechos de participación política, el derecho a voto, el derecho a constituir partidos políticos o grupos de interés, se reduciría a veces a un puro formulismo; así, cualquier limitación a la libertad de expresión repercutirá en el correcto desenvolvimiento de los otros derechos, perjudicando la vida democrática.

La libertad de expresión constituye un importante medio de control político, y siendo la democracia un sistema de gobierno sometido continuamente al control de los ciudadanos, es necesario que este control, tradicionalmente ubicado en las instituciones parlamentarias, sea también ejercido por los medios de comunicación; cuya tarea es la de informar plenamente sobre los asuntos de interés colectivo y sobre los privados en cuanto incidan en materias de interés general. A través de todos estos controles podrá lograrse una transparencia en el ejercicio del poder y producirse la crítica necesaria para que la democracia funcione y las irregularidades y la corrupción sean descubiertas y sancionadas.

Paralelamente con este derecho coexiste el derecho de aclaración o de rectificación, que puede ser ejercitado por cualquier persona que haya sido ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social.

Este derecho se relaciona con la advertencia que hace la Constitución en el sentido de que el ejercicio de estas libertades es correlativo a la obligación de responder de los delitos o abusos que se cometan, en conformidad a la ley, que debe ser de quórum calificado.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional, es:

“sin perjuicio de las responsabilidades consecuenciales por el delito o abuso que se haya cometido en el ejercicio de tal libertad y sin perjuicio del respeto que el aludido ejercicio ha de tener de los derechos de las personas, como su honra, privacidad u otros” (sentencia citada, considerando 31).

La circunstancia de que el derecho de aclaración o de rectificación sea de rango legal no tiene nada de particular,

“puesto que universalmente tanto la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.

Nuestra Carta Política en el artículo 5º, inciso segundo, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.

Es así como bajo el texto de la Constitución de 1925 no estaba consagrado el derecho a la vida, derecho que jamás nadie se atrevió a negar. Igualmente, hay derechos que los reconoce la ley, como, por ejemplo, el derecho de réplica antes de la reforma de la Carta de 1925, que era de jerarquía legal y nunca se alegó su inconstitucionalidad por ser rango legal” (considerando 25).

Esta materia nos lleva al tema de la relación entre la libertad de expresión y el respeto a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.

6. LA VIDA PRIVADA Y LA HONRA

En efecto, al referirse al respeto a la vida privada y a la honra, el N° 4º del artículo 19 de la Constitución lo relaciona de inmediato con los medios de comunicación social:

“El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.

La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determi-

na la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan”.

Es indudable que este derecho amplía el margen de protección constitucional preexistente y que se mantiene en el número siguiente del mismo artículo 19, que asegura “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”.

La inviolabilidad del domicilio comprende todo el ámbito en el cual, aunque fuere en forma transitoria, se desenvuelve la actividad humana; así, salvo en casos de extrema urgencia, la autoridad no podrá ingresar en el domicilio de una persona sin una orden judicial. Dentro de la inviolabilidad de las comunicaciones se ampara, por su parte, el secreto profesional y la reserva de las conversaciones telefónicas, grabaciones, fotografías e incluso los datos de informática.

Nuestra Carta Fundamental prefirió no entrar en definiciones ni en especificaciones acerca de los derechos que se comprenden en la vida privada, para evitar que fuese entendida restrictivamente y, al mismo tiempo, para ofrecer suficiente flexibilidad, toda vez que es uno de aquellos “conceptos jurídicos indeterminados” de que habla la doctrina española, que dejan entregada la apreciación de la concurrencia de alguno de sus elementos a la labor judicial. Por razones sistemáticas, únicamente puede entenderse excluyente de los aspectos que la propia Constitución trata en forma separada, como los ya aludidos de la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, aun cuando, en estricto rigor, también los incluyen.

Al proteger la vida privada, la Constitución está amparando el derecho a la propia imagen, a la intimidad personal y familiar, al anonimato y la reserva; en suma, a una vida tranquila, sin hostigamientos ni perturbaciones.

El derecho a la imagen consiste en la facultad de la persona de reproducir su imagen externa y publicarla si lo desea, o de prohibir que terceros lo hagan. La intimidad, por su parte, es

aquella zona espiritual y reservada de una persona que, principalmente pero no únicamente, se identifica con la familia, y la Constitución asegura a las personas el control sobre los derechos y la información que se refieren a ellas y a sus familias. El anonimato y la reserva, por su parte, son expresiones del derecho de cada cual a estar solo o únicamente en la compañía que desee. Ellos son solamente algunos de los aspectos que están incluidos en este derecho.

La determinación de las fronteras de la vida privada de una persona, y la precisión de la esencia del derecho a la honra, es una tarea que la doctrina y la jurisprudencia deben abordar de manera urgente, puesto que, de otra manera, tendrá que ser el legislador quien la asuma, como ocurrió en España, que aprobó una ley sobre estas materias en 1982.

Numerosas veces no se los ha tratado como derechos autónomos, sino que se ha subordinado uno al otro; o se ha entendido que es preciso que se haga una afirmación falsa de una persona para que se lesione sus derechos, en circunstancia que son dos cosas diferentes. Si se entiende que lo privado es todo aquello que legítimamente se mantiene fuera del conocimiento público, habrá de admitirse la posibilidad de que se cause daño con la sola divulgación, independientemente del que emane de la eventual deshonra que pueda seguirse de la difusión.

La necesidad de precisar el ámbito de protección que comprenden los distintos derechos se aprecia con mucha claridad de dos situaciones idénticas, resueltas de modo distinto por los tribunales.

En un caso los padres recurrieron de protección en contra de un diario que habitualmente publica fotos de mujeres ligeras de ropa, por el hecho de que publicó fotografías de sus hijas menores de edad, que disfrutaban sus vacaciones en la playa, y estaban naturalmente vestidas con trajes de baño, porque las consideraron afectadas tanto por la publicación en ese medio de comunicación social como por las leyendas de tono pretendidamente festivo que las acompañaron.

La Corte de Apelaciones rechazó el recurso creyendo que bastaba que los hechos se hubiesen desarrollado en un lugar público para concluir que la persona no los consideró privados,

y de ello desprendió que no pudo afectarse la honra de la afectada y de su familia.⁵¹

En cambio en otro caso, en 1993, por el contrario, razonó que la circunstancia de que el periódico presenta frecuentemente en su portada fotografías de mujeres jóvenes, en poses sugestivas, exhibiendo las partes eróticas del cuerpo, al desnudo o medio cubiertas, con sólo sus prendas íntimas, "crea, obviamente, una imagen en el público desfavorable a la dignidad, respeto y consideración de quien aparece en ese recuadro, y por ese solo hecho". Al haberse publicado las fotos sin contar con el conocimiento de la menor y menos con su anuencia o la de sus padres, se afectó indudablemente su vida privada y su honra, en el círculo de quienes la conocen y pudieron percatarse de que era ella, "al quedar expuesta a que se la asocie, en alguna medida, con aquellas mujeres que exhiben su cuerpo en forma liviana y aun provocativa, situación que resulta inconfortable e inconveniente".⁵²

Los dos ejemplos anteriores demuestran la necesidad de profundizar el estudio sobre la esencia de estos derechos garantizados constitucionalmente, nadie puede sostener en este grado de progreso del derecho que la diferencia entre la vida pública y la vida privada de una persona depende únicamente del lugar en que realice sus actividades, como sostiene el primero de estos fallos; además, ellos ponen en evidencia la estrecha relación que existe, en general, entre los atentados de mayor gravedad contra estos derechos y las actividades informativas de los medios de comunicación social, por la difusión masiva que éstos tienen debido a su propia naturaleza.

Esa fue una de las consideraciones que llevó al Presidente del Consejo de Estado de la época, don Jorge Alessandri, a proponer que se incorporara un precepto en la línea del actual inciso segundo del número que se comenta:

"Los avances logrados en los medios de publicidad han sido extraordinarios, ellos tienen ahora un alcance y una influencia que resultaban inconcebibles hace dos siglos, y ocurre

⁵¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVI, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1º de agosto de 1989, págs. 126 a 129.

⁵² *Revista Gaceta Jurídica* Nº 160, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 26 de abril de 1993, págs. 143 a 145.

que cualquier individuo puede fundar un órgano informativo y lograr éxito con una receta muy simple: explotar el escándalo y el sensacionalismo” (Sesión 60 del Consejo de Estado, de 26 de diciembre de 1978, pág. 374).

El equilibrio entre ambos grupos de derechos, el de las personas a su vida privada y a su honra y la libertad de expresión, toca un punto valórico, indispensable para el funcionamiento democrático de la sociedad.

En parecer de algunas personas, debería primar la libertad de expresión, por tratarse de un derecho que beneficiaría a la comunidad en general, ya que permite evaluar ideas y conductas públicas, en términos de que la sociedad puede juzgarse a sí misma; y porque quienes mantienen que debe indemnizarse a los afectados en su vida privada o su honra están creando una limitación gravísima a la libertad de expresión, en la medida que generaría una prensa tímida, opaca, lo que es peligroso para la sociedad, en su conjunto.

Para otros, la prioridad la tiene la protección a la vida privada y a la honra, porque son atributos de particulares muchas veces indefensos; porque es un principio general de derecho que todo daño que se cause debe ser reparado, y un medio de comunicación social no queda exento de esta obligación.

Lo cierto es que no puede entenderse uno de estos derechos como absoluto frente al otro. Vale la pena acotar que la Constitución española de 1978, en su artículo 20, da expresamente primacía a los derechos de la esfera privada por sobre la libertad de información, pero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha precisado que, cumpliéndose ciertos requisitos, prevalece la libertad de información.

En todo caso, es evidente que la protección de la honra adquiere connotaciones distintas si el afectado es un personaje público o un particular, puesto que en el primer caso hay consideraciones de valor social que explican que el amparo de la libertad de expresión sea más intenso que en la otra situación.

7. LA LIBERTAD DE TRABAJO

La libertad de trabajo encuentra también consagración constitucional. El individuo tiene el derecho a escoger la actividad lícita en la

que quiere trabajar, sea en el comercio, la industria o en cualquier otro rubro, que se encamine a la satisfacción de sus necesidades.

El trabajo es una de las fuentes de realizaciones humanas y del derecho de propiedad; en *la libertad de trabajo se comprende el derecho a elegir el trabajo que se desee, a cambiarlo o a terminarlo y el derecho de percibir una compensación justa fijada de común acuerdo, por el trabajo realizado.*

Esta es una "libertad", no un "derecho al trabajo", porque no implica que se pueda exigir al Estado o a los particulares un puesto laboral. No es un derecho subjetivo, sino que debe entenderse como una obligación de la comunidad y del Estado, la de crear o estimular el crecimiento de la economía de manera tal que se generen fuentes de trabajo.

La Constitución establece en su artículo 19 N° 16° que *el Estado no puede prohibir ninguna clase de trabajo, salvo que él se oponga a la moral, a la seguridad o la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.*

También establece una prohibición que tiene antecedentes históricos: *nadie puede exigir como requisito para desarrollar una actividad o trabajo, la afiliación a entidad alguna.* Es decir, se establece la prohibición constitucional de la práctica que perturbó nuestro desarrollo laboral: exigir la pertenencia a un sindicato para efectuar determinado trabajo; ejemplos históricos fueron los portuarios, panaderos, taxistas, etc. Los miembros de esa organización laboral monopolizaban la oferta de mano de obra, impidiendo que trabajaran personas extrañas a la entidad, de modo tal que la calidad del miembro del sindicato constituía un privilegio reservado para unos pocos. En el caso de los trabajadores portuarios, como las agencias marítimas sólo podían recurrir a un grupo reducido de personas, se llegó al extremo de que un mismo trabajador resultaba llamado para desempeñarse simultáneamente en la estiba o desestiba de varias naves, lo que le permitía "arrendar" los puestos de trabajo a otras personas, a cambio de recibir la mitad del salario del efectivo trabajador. A esto se le llamó "medio pollo", e incluso "cuarto de pollo" cuando a su vez el tercero subarrendaba la plaza de trabajo vacante, y constituye casi un ejemplo digno de la mafia de Chicago.

Por otra parte, tampoco se puede exigir la desafiliación de cualquier institución como requisito del trabajo. Es inconstitucional deman-

dar una renuncia a la asociación a que pertenezca el trabajador para que éste pueda ingresar o mantener su ocupación.

La no prohibición de actividades legítimas y la no exigencia de afiliación o desafiliación a asociaciones constituyen la esencia de esta garantía.

Dentro de la libertad económica, y como una limitación a su ejercicio, existe la intervención estatal de la economía y el principio de subsidiariedad del Estado, materias que no serán mencionadas en este capítulo, puesto que se tratarán en el Capítulo IV, que se refiere al orden público económico.

8. EL DERECHO DE PROPIEDAD

Entre los derechos patrimoniales merece destacarse especialmente el derecho de propiedad, definido *simplemente como el derecho del hombre a poseer bienes de cualquier clase*. Corresponde por naturaleza a todos los seres humanos, quienes pueden usar y disponer libremente de sus bienes y de los frutos de sus bienes y transmitirlos por herencia.

Es consecuencia del trabajo poder retener o traspasar el producto del mismo. He aquí uno de los fundamentos de la legitimidad del derecho de propiedad.

La doctrina social católica, proclamando ambos aspectos, agrega la obligación de responder a una función social, al sostener que existe un deber moral de emplear las riquezas para aliviar las necesidades de los demás. Así lo ha señalado en numerosos documentos, entre los cuales destacamos las encíclicas *Rerum Novarum*, de León XIII, *Quadragesimo Anno*, de Pío XI, y *Centesimus Annus*, de Juan Pablo II.

En palabras del Papa Pío XII:

“El reconocimiento de este derecho se mantiene firme o se desploma con el reconocimiento de la dignidad personal del hombre, con el reconocimiento de los derechos y deberes imprescriptibles, inseparablemente inherentes a la personalidad humana, que ha recibido de Dios. Sólo quien rehúsa al hombre esta dignidad de persona libre puede admitir la posibilidad de sustituir el derecho a la propiedad

privada (y, por consiguiente, la propiedad privada misma) por no sabemos qué sistema de seguros o garantías legales de derecho público”.⁵³

“Si es verdad que la Iglesia ha reconocido siempre ‘el derecho natural de propiedad y de transmisión hereditaria de los bienes propios’ (encíclica *Quadragesimo Anno*), no es menos cierto, sin embargo, que esta propiedad privada es de manera especial el fruto natural del trabajo, el producto de una intensa actividad del hombre, que la adquiere gracias a su voluntad enérgica de asegurar y desarrollar con sus fuerzas su existencia propia y la de su familia, de crear para sí y para los suyos un campo de justa libertad no sólo económica, sino también política, cultural y religiosa”.

“La Iglesia aspira más bien a conseguir que la institución de la propiedad privada sea cual debe ser, conforme a los designios de la divina sabiduría y a las disposiciones de la naturaleza: un elemento del orden social, un presupuesto necesario para las iniciativas humanas, un impulso al trabajo en beneficio de los fines temporales y trascendentes de la vida, y, por lo tanto, de la libertad y de la dignidad del hombre, creado a imagen de Dios, Quien desde el principio y para su provecho le concedió el dominio sobre las cosas materiales”.⁵⁴

La Comisión de Estudios para la nueva Constitución nombró una subcomisión especial para tratar esta materia, la que elaboró un informe notable, que hoy se debe tener presente cuando se quiere profundizar en la interpretación de las disposiciones respectivas.

Existen límites al derecho de propiedad y han sido fijados en la propia Constitución, que permite la expropiación de la propiedad por razones de interés público, para ser empleada en provecho de la comunidad, pero exige como contrapartida

⁵³ Alocución a los congresistas del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, de 20 de mayo de 1948. Citada en *La Economía Social en el pensamiento de Pío XII*. Selección y ordenamiento de textos pontificios por César H. Belaúnde, Instituto Católico de Cultura, Emecé Editores S.A., Buenos Aires, Argentina, 1954, pág. 120.

⁵⁴ Párrafos del radiomensaje en el 5º aniversario de la Segunda Guerra Mundial, 1º de septiembre de 1944. Citado en *La Economía Social...*, obra ya mencionada, págs. 122 y 123.

una indemnización, que corresponde al daño patrimonial efectivamente causado.

En el capítulo relativo al orden público económico, analizaremos el alcance de este derecho.

9. EL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

Artículo 19 N° 8º:

“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.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Cuando se explicaron los antecedentes históricos de los derechos constitucionales, se citó el documento relativo a las metas u objetivos fundamentales de la nueva Constitución Política, aprobado sobre la base del memorándum elaborado por los señores Diez, Evans, Ortúzar y Ovalle, en el que se incluyó, a indicación mía, la necesidad de evitar la contaminación del medio ambiente, estableciendo normas que conduzcan a ese fin para dar protección al derecho a la vida de los ciudadanos, implícito en todas las Constituciones del mundo.

Posteriormente, en la sesión 186, del 9 de marzo de 1976, al analizar el texto de los “Derechos y deberes constitucionales”, el miembro de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución profesor don Enrique Evans propuso un texto para establecer el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Para su explicación y contenido, quizás la mejor forma es citar, aunque sea parcialmente, el debate de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución:

“Prosigue el señor Evans diciendo que desea recordar a la Comisión cuál ha sido el desarrollo de estas ideas.

Expresa que, en primer lugar, fue el señor Diez quien planteó en

esta Comisión la necesidad de que el texto constitucional contuviera preceptos relativos al medio ambiente, la no contaminación y al equilibrio ecológico en general. El tema pareció al señor Evans extraordinariamente atrayente, por lo que solicitó al Profesor de Derecho Político don José Luis Cea Egaña –quien estuvo becado en los Estados Unidos, país en el cual este tema constituye preocupación primordial, en todos los Estados de la Unión– que le entregara sus ideas en un anteproyecto sobre la materia. El señor Cea le hizo llegar un trabajo muy interesante, del cual recogió las ideas matrices de una proposición; ésta se trajo a la Comisión y luego se envió a la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, que emitió dos informes, uno preliminar y otro definitivo. El informe definitivo contiene el documento a que se ha aludido. Debe reconocer que, esencialmente, dicho informe recoge las ideas que habían considerado, primero, el señor Diez y, luego, el señor Cea, las cuales el señor Evans vació en su indicación”.⁵⁵

“El señor Diez manifiesta que se felicita de la redacción que ha propuesto el señor Evans, pues considera que es más precisa que la de CONICYT.

Desde luego, añade, establece el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. La única observación que tiene consiste en que suprimiría la palabra ‘toda’, porque la civilización lo ha hecho imposible, y dejaría, simplemente, la frase ‘libre de contaminación’. Esta expresión la entiende referida al sentido natural de un ambiente que permita desarrollar la vida humana en condiciones normales, porque, en realidad, no existe en la civilización un ambiente libre de ‘toda’ contaminación”.⁵⁶

En esta sesión la indicación de los señores Evans y Diez fue resistida por el profesor don Alejandro Silva Bascuñán, no en su concepto, sino porque fue partidario:

“de que no se estatuya como derecho que se asegura a todos los habitantes de la República, debido a que lo funda-

⁵⁵ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 6, obra ya citada, sesión 186, pág. 6.

⁵⁶ *Idem* nota 55, pág. 7.

mental que se asegura a todos es que el Estado va a ser manejado dentro del bien común. Y ello no es materia de una enunciación de tabla de derechos”.⁵⁷

Reproducimos las expresiones de los señores Ortúzar y Diez, en el mismo debate.

El señor Ortúzar expone:

*“que no ve inconveniente alguno para que el medio ambiente figure como garantía fundamental, no obstante la relación que reconoce que puede haber entre el bien común y la garantía relativa al medio ambiente. Indudablemente, se trata de un derecho íntimamente vinculado al derecho a la vida e íntimamente vinculado al derecho a la salud. Y el derecho a la salud es también muy genérico. También podría decirse que resulta difícil en un momento dado usar los mecanismos de protección que la propia Constitución establece, y no por eso, sin embargo, va a dejar de consagrarse como garantía constitucional”.*⁵⁸

“El señor Diez indica que, primero, está en desacuerdo con el señor Silva Bascuñán, porque, tal como el señor Presidente, cree que éste es un derecho. Y, además, es un derecho *de las personas individualmente consideradas; es un derecho individual a vivir en ambientes libres de contaminación, por lo que debe ser puesto entre los derechos. Que la manera de hacer efectivo este derecho todavía no aparezca claro no es obstáculo, porque una institución tiene que partir con algo. Debe partirse con que es un derecho de las personas, de todos los habitantes de la República, el vivir en un ambiente libre de contaminación.*”⁵⁹

“Piensa que la Comisión debe establecerlo como derecho individual, para dar a las personas o a los grupos de personas o a instituciones la oportunidad de recurrir a los tribunales. Todos los derechos individuales establecidos en la Constitución deben cubrirse con algún tipo de recurso. Debe estudiarse alguna fórmula que permita dar competencia a algún tribunal para que pueda velar

⁵⁷ Idem nota 55, pág. 10.

⁵⁸ Idem nota 55, pág. 10.

⁵⁹ Idem nota 55, pág. 11.

por tales derechos. Por eso le agrada que se establezca como derecho individual".⁶⁰

La Comisión, después de este debate, se preocupó de darle sentido a estas declaraciones de "asegurar la vida en un ambiente libre de contaminación", determinando las conclusiones constitucionales que había que incorporar si se quería hacer efectivo ese derecho. Al efecto, adoptó dos resoluciones: primero, señalar como deber del Estado proteger este derecho de vivir en un ambiente libre de contaminación y velar porque no sea afectado, y, segundo, establecer también como obligación del Estado la de preservar la naturaleza.

Aunque ubicada en el párrafo de los derechos de las personas, por su relación con el ambiente en que ellas viven, la obligación de preservar la naturaleza es en realidad uno de los fines del Estado. La Constitución le encomienda una labor que no puede ser desarrollada en la extensión y perspectiva adecuada por ningún otro organismo, sino sólo por el Estado, por lo que a este respecto éste será siempre principal y nunca subsidiario.

Esta función comprende finalidades más allá de la protección del medio ambiente. En este sentido la expresión "preservar la naturaleza", dentro de una adecuada interpretación finalista de la Constitución, deja al legislador un amplio campo que le permite recoger el progreso de las ideas sobre la materia y los avances de la técnica y cada día tendrá más relevancia. El autor de estas líneas propuso la incorporación de este mandato en la Constitución, porque siendo esta Constitución una Constitución finalista, no podía dejar de considerar esta materia.

En relación con los derechos de las personas, se aprobó por la Comisión el inciso 2º que establece:

"La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

El autor de estas líneas recordó que nosotros habíamos suscrito y ratificado el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y que había derechos que no se podían restringir, lo

⁶⁰ Idem nota 55, pág. 12.

que se analizará en este mismo capítulo al analizar los derechos humanos y los tratados internacionales.

También se dejó constancia de que la libertad de trabajo puede ser restringida para proteger el medio ambiente, y que lo mismo sucede con la libertad de movimiento. Incluso el señor Evans apuntó que podía ocurrir con algunas facultades del dominio. El señor Diez

“agrega también que algunas facultades del derecho de propiedad pueden ser restringidas para salvaguardar el derecho a un medio ambiente libre de contaminación; pero que no se podrían restringir aquellas libertades que realmente son fundamentales, y ello bajo ningún respecto. Por eso, insiste, le agrada la ubicación del derecho y es partidario de consignar el inciso segundo”.⁶¹

El legislador advirtió la necesidad de regular este derecho para cautelar en mejor forma que sea efectivamente respetado, y aprobó en 1994 la Ley N^o 19.300, sobre bases generales del medio ambiente.

Entre las medidas preventivas que contempla ese cuerpo legal, está la creación de un sistema de evaluación de impacto ambiental, aplicable a determinados proyectos que sólo pueden ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, y la obligación de informar a la comunidad organizada para que pueda participar en ese procedimiento de evaluación. Asimismo, se confía a decretos supremos la dictación de normas primarias de calidad ambiental, que definan los niveles que originan situaciones de emergencia; normas sobre emisión y planes de prevención o de descontaminación de cumplimiento obligatorio en zonas latentes o saturadas. También se contempla un Fondo de Protección Ambiental, destinado a financiar proyectos o actividades orientadas a la protección o reparación del medio ambiente, de preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental.

Por otro lado, dicha ley consagra la obligación de indemnizar perjuicios que recaen sobre el que causó daño ambiental, y

⁶¹ Idem nota 55, pág. 13.

establece una "acción ambiental", cuyo único propósito es obtener la reparación del medio ambiente, y que puede ejercer no sólo quien haya sufrido el daño, sino que las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

Dicha acción ambiental es sin perjuicio del amparo que tiene este derecho por medio del recurso de protección, en la forma que se estudiará en el capítulo relativo a las acciones constitucionales.

F) EL ACCESO A LA INFORMACION DEL ESTADO

Buena parte de los derechos reconocidos por la Constitución Política no podrían ejercerse apropiadamente si las personas desconocieran las actuaciones que realizan los órganos del Estado y los documentos en que se basan.

Tampoco podría la opinión pública fiscalizar adecuadamente el desempeño de las autoridades y cerciorarse de que está efectivamente encaminado hacia el bien común.

Por eso, desde hace tiempo se ha planteado la necesidad de que la función pública se ejerza con transparencia, lo que involucra la posibilidad cierta que tengan los ciudadanos de tomar conocimiento de lo que hacen los órganos estatales.

Haciéndose cargo de esos planteamientos, la Comisión Nacional de Ética Pública, que creó el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle en 1994, consideró evidente:

"que el buen éxito de una política de promoción de la ética pública depende, en parte fundamental, del nivel de información, compromiso y organización de la sociedad civil para desempeñar un rol de activo contralor en esta materia.

El control social supone, en primer lugar, suficiente y oportuna información respecto de lo público. Chile goza de amplia libertad de prensa y expresión. No obstante, nuestro país carece de una legislación que garantice el acceso periodístico a la información relacionada con la gestión pública. Adicionalmente, y por lo general, en nuestro país no existe la tradición, ni la obligación legal, que hagan exigir

bles a los órganos del Estado rendir cuentas públicas y periódicas de sus planes, objetivos, actividades y resultados”.⁶²

“La Comisión considera que sólo los ciudadanos debidamente informados acerca de lo que ocurre en la gestión pública pueden ejercer un control activo a su respecto. La transparencia, sistematicidad y fluidez de la información pública es, por tanto, un objetivo social de primera importancia.

A partir de tal convencimiento, la Comisión estima necesario legislar sobre el acceso de la ciudadanía a la información, estadísticas e informes sobre materias públicas que hayan sido generados en, u obren en poder de, la Administración Pública”.⁶³

En 1996, con motivo de un proyecto de reforma constitucional presentado por el Ejecutivo, que introducía diversas enmiendas a la Carta Fundamental, se planteó la consagración en un nuevo artículo 8º, de los principios de probidad y transparencia en la función pública, de modo que fuesen considerados como integrantes de las bases de la institucionalidad.

El principio de transparencia se traducía en la afirmación constitucional de la publicidad de las actuaciones de los órganos estatales y de los documentos que la ley estableciere, sin perjuicio del secreto o reserva de tales actuaciones o documentos por causas excepcionales, que eran el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

La propuesta fue compartida en los diferentes sectores del Senado; pero en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, algunos Senadores propusieron incorporar el principio de probidad en el artículo 38 sobre bases de la Administración del Estado, y el de publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado en la norma sobre libertad de expresión, así como también hacer aplicables estos principios al Congreso Nacional y al Poder Judicial, en los correspondientes capítulos.

⁶² *Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública: Ética Pública, Probidad, Transparencia y Responsabilidad al servicio de los ciudadanos.* Santiago de Chile, julio de 1994, pág. 52.

⁶³ *Idem*, pág. 53.

El Gobierno discrepó de ese punto de vista, estimando preferible que los referidos principios quedaran consagrados en el artículo 8º, que forma parte de las bases de la institucionalidad, por la importancia que revisten y a fin de enfatizar que son aplicables a todos los órganos del Estado, al igual que acontece con los artículos 6º y 7º, que lo precederían.

Propuse, junto con el entonces Senador Miguel Otero, que se dejara entregado no a una ley común, sino que a una ley orgánica constitucional, determinar las funciones y actuaciones a que se refería ese nuevo artículo, establecer las excepciones de reserva y secreto y regular las responsabilidades por infracción a tales normas.

El Ministro Secretario General de la Presidencia de la época, don Genaro Arriagada, no estuvo de acuerdo con nuestro punto de vista, sosteniendo que era

“necesario aplicar la posibilidad de establecer excepciones justificadas al principio de publicidad, toda vez que de lo contrario se puede afectar seriamente el funcionamiento del Estado, los derechos de las personas o la seguridad e interés nacionales.

Apuntó que en determinados casos la reserva es indispensable, como por ejemplo el secreto judicial en la fase del sumario, ciertas deliberaciones de las autoridades económicas, algunas diligencias de los órganos de fiscalización, etc.

Por lo expuesto, consideró que entregar la regulación de este asunto a una ley orgánica constitucional, como lo propone la indicación de los HH. Senadores Diez y Otero, es rigidizar demasiado la materia, por lo que el Gobierno no está de acuerdo con esta parte de la proposición, estimando que ello debe hacerse mediante una ley común.

El H. Senador señor Diez, a su vez, hizo presente que le parecía una cuestión de principio y de mínima coherencia estatuir que la materia relativa a la reserva sea regulada por una ley, a lo menos, de quórum calificado, toda vez que hay indicaciones, tanto de los HH. Senadores señores Hamilton y Zaldívar (don Andrés), como del H. Senador señor Otero y suya, en el sentido de incluir en el artículo 19, número 12º, de la Carta Fundamental, el derecho de las personas a ser infor-

madras de las actuaciones de los órganos del Estado y de los documentos que obren en su poder, destacando que la disposición vigente también remite a una ley de quórum calificado la regulación de la forma en que se responderá de los delitos y abusos que se cometan en ejercicio de la libertad de emitir opinión y de informar” (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de 1º de abril de 1996).

La mayoría de la Comisión, en este punto, se inclinó por la postura del Ejecutivo, y en ese sentido se hizo la proposición a la sala. En ella, sin embargo, a consecuencia de otras modificaciones que se introducían en la Constitución Política, que no eran aceptadas mayoritariamente, se desechó la reforma constitucional, al no reunirse el quórum necesario.

El tema fue nuevamente planteado más adelante con ocasión del estudio en el Senado del proyecto de ley sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. En esa oportunidad, a sugerencia del Senador Hernán Larraín, complementada por el Senador Otero, se incorporó un artículo que establece la publicidad de los actos administrativos de los órganos estatales y de los documentos de cualquier naturaleza u origen que les sirvan de sustento o complemento, agregando los informes y antecedentes que las empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público.

Además, se estableció en forma detallada la forma que permite hacer operativa esa publicidad, en el sentido de que si la información no es proporcionada libremente, el interesado puede requerirla al jefe del servicio. Si éste también deniega su petición, o no proporciona la información dentro de 48 horas, se puede reclamar al juez civil correspondiente, en un procedimiento expedito.

Poco después, a propósito del proyecto de ley sobre probidad administrativa de los órganos de la Administración del Estado, la referida Comisión del Senado resolvió reproducir esa disposición también en la Ley Nº 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, toda vez que, en efecto, está llamada a constituir uno de los elementos fundamentales a que se debe someter la actividad administrativa en nuestro país.

Es útil advertir que esta iniciativa legal, además, ajusta la ley orgánica constitucional de la Administración del Estado en mejor forma a la Constitución Política, considerando las reformas de que ha sido objeto, fundamentalmente en materia de regionalización.

Por eso, el nuevo artículo 3º propuesto reformula las finalidades de la Administración, y hace explícitos los principios en que debe basar su actividad:

“Artículo 3º. La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

En ese contexto, se quiere insertar un nuevo artículo 11 bis, que en su parte pertinente dispondrá lo siguiente:

“La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos de cualquier naturaleza u origen que les sirvan de sustento o complemento, como también los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fis-

calización y que sean de interés público. Lo anterior, sin perjuicio de la reserva o secreto que procedan en conformidad a la ley, o en caso de que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Tanto el proyecto de ley sobre las libertades de opinión e información como el que modifica las bases generales de la Administración del Estado se encuentran concluyendo su tramitación legislativa.

Cuando entren en vigencia, el Congreso Nacional habrá consagrado el principio general de la transparencia y publicidad de las actuaciones y documentos de los órganos del Estado, incluyendo tanto los documentos originados por ellos como los que reciban, lo que importa una transformación radical de la práctica tradicional que éstas han mantenido desde la época colonial, que rodea a las actuaciones de los poderes públicos de la reserva y el sigilo.

Si bien se analiza, esa consagración legal, en rigor, sólo importará el reconocimiento de uno de los derechos esenciales de la persona que no aparecen mencionados en forma expresa en la Constitución Política. Su confirmación en la ley, sin embargo, promoverá de manera más eficiente el adecuado conocimiento ciudadano de los fundamentos de las resoluciones adoptadas en ejercicio de la función pública, contribuyendo de manera importante a “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, y la actuación del Estado con “pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, como exige el artículo 1º de la Carta Fundamental.

CAPITULO IV

ORDEN PUBLICO ECONOMICO

A) ANTECEDENTES HISTORICOS

La situación de la economía chilena en septiembre de 1973 nos parecería hoy una pesadilla, por su destrucción total y generalizada.

Desde el punto de vista de la propiedad de los medios de producción, piedra angular de una economía de mercado, podemos señalar que el estatismo era la norma (la banca se encontraba nacionalizada en gran parte) y el Estado dominaba el sistema financiero.

La Corporación de Fomento de la Producción, ente estatal, controlaba más de quinientas empresas industriales y comerciales; había 4.490 predios agrícolas expropiados, que abarcaban 6,5 millones de hectáreas, equivalentes al 74% de la superficie disponible para la agricultura, entre las regiones V y XI:

Permanecía bajo el control del Estado el 40% de la industria nacional; el 70% del transporte; el 85% de la minería; el 85% del sector financiero; el 100% de las producciones de electricidad, agua y gas. Es decir, el Estado había llegado prácticamente a absorber y a ocupar los espacios que la actividad privada normalmente debía tener en sus manos.

El manejo de esas empresas había contribuido mayoritariamente a originar un déficit fiscal cercano al 30% del producto interno bruto, y la inflación en los doce meses anteriores a septiembre de 1973 alcanzaba el récord de un ¡400% anual!

El Estado dominó la economía, intervino directamente el mercado, impuso el control de precios, que extendió no sólo a

los productos que denominaba esenciales, sino a muchos otros que producían en ese entonces los sectores público y privado.

El resultado fue el desabastecimiento en grado crítico para la población de artículos tan básicos como harina, pan, leche, carne, aceite, detergentes y hasta pasta dentífrica, vestuario, productos para el hogar, etc., y la aparición de un creciente mercado negro, cuya fuente de abastecimiento eran precisamente las empresas estatizadas y los organismos oficiales o políticos de distribución.

Para aplicar las políticas económicas señaladas, que formalmente aparecían respetando la legislación, el gobierno de la Unidad Popular aplicó lo que se llamó "teoría de los resquicios legales"; ubicar dentro de la legislación vigente palabras o conceptos que permitieran construir a través de ellos una medida con apariencia legal, pero arbitraria, distinta o violatoria del espíritu de la legislación y contraria a la práctica de la vida chilena.

El autor de estas líneas, en su calidad de diputado y después senador, apreció personalmente en los hechos cotidianos la situación del país, y vio con angustia cómo se profundizaba la destrucción de la economía, lo que, a su vez, fue produciendo el deterioro del sistema de vida social, desde las normas de conducta moral y de convivencia, hasta el funcionamiento mismo de los Poderes Públicos.

El resumen anterior tiene como única intención situar al lector en el tiempo histórico en que se iniciaba el estudio de un sistema constitucional, que deseábamos mejor que el anterior, que permitió el desastre, y asegurara tener capacidad de resistir los avatares que producen los gobiernos totalitarios, reforzados y perpetuados a través de la colectivización de la economía.

La caótica situación económica, del país influyó, como era lógico, en los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y bajo esa motivación histórica comenzó el estudio del proyecto constitucional. *Desde las primeras sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el autor de estas líneas planteó la necesidad de que la Constitución, estableciera determinadas garantías económicas, agrupadas bajo el concepto de "orden público económico", con jerarquía de norma constitucional, normas a las cuales estarían sujetos todos los ciudadanos y que obli-*

garían al propio Estado a cumplirlas como principios fundamentales de funcionamiento social.

Pensaba en ese entonces, como ahora, que una democracia no se puede construir si no se funda en un sistema económico también democrático, porque la influencia desmedida del poder económico de los Estados no sólo es perturbadora, sino que se encamina siempre a la destrucción de la libertad, base indispensable de un gobierno democrático.

En efecto, si el Estado es el gran empleador, el gran productor, y el gran educador, en definitiva es el Estado el que domina la sociedad. Entonces, la alternancia en el poder se vuelve imposible y la libertad de las personas, utópica y absolutamente teórica, como sucedía con la antigua Constitución Política de la Unión Soviética, que en forma pomposa y definitiva garantizaba la libertad y derechos permanentemente desconocidos, cuya existencia no pasó nunca del papel donde estaban escritos. Por eso, desde las primeras sesiones de la Comisión Constituyente:

“El señor Diez reitera que a su juicio la nueva Constitución Política debe contener *las normas básicas en que se debe sustentar nuestro régimen institucional*, dejando entregada a la ley complementaria –de carácter intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria– el desarrollo de las materias que harán posible la aplicación de las disposiciones propiamente constitucionales. *Estas dirán relación, por ejemplo, con los principios básicos del sistema económico*” (Sesión 9ª, celebrada el 23 de octubre de 1973).⁶⁴

Sugerí a la Comisión Constituyente, y así quedó consignado en las “Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República”, que ésta contemplara las “bases para el desarrollo económico”, como se denominó el capítulo 13 de ese documento.

El presidente de la Comisión, don Enrique Ortúzar, expresó en la sesión 68, de 5 de septiembre de 1974:

⁶⁴ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, obra ya citada, sesión 9ª, pág. 9.

“Al reanudarse la sesión, el señor Ortúzar (Presidente) agradece la presencia de los miembros de la Subcomisión de Derecho de Propiedad y expresa que la invitación fue producida a raíz de un planteamiento formulado por el señor Diez, al tratarse las disposiciones fundamentales que debería contener el capítulo primero.

Explica que el señor Diez *sugirió la posibilidad de consignar algunas normas sobre lo que él llamó ‘el orden público económico’, es decir, sobre el gran papel del Estado en la economía, sobre su función subsidiaria, en cierto sentido, de la actividad privada y, al mismo tiempo, acerca de cómo la economía debe estar al servicio del hombre, y no éste al servicio del Estado o de la economía. Dicho planteamiento hizo necesaria la consulta a la Subcomisión de Derecho de Propiedad para conocer la opinión de sus miembros que, en algunos aspectos, entiende que es disímil del planteamiento del señor Diez*”.⁶⁵

En efecto, varios miembros de esa Subcomisión estimaron inconveniente la sugerencia, porque, como sucede a menudo con las cosas nuevas, no se encontraba la fórmula de explicitar el concepto en la Constitución, ni tampoco de fijar los límites que debiera tener esta incursión constitucional en la economía.

Las principales objeciones planteadas decían relación con la oposición a que la Constitución contuviera una definición tajante de orden económico, que de alguna manera significara que se había tomado partido por alguna de las doctrinas económicas existentes, disminuyendo flexibilidad en la materia; circunstancia que daría a la Constitución una característica de temporalidad que quería evitarse, ya que al adscribirla a una orientación político-técnica muy marcada en el campo económico, al cambiar la orientación del gobierno, se haría necesario modificar la Constitución.

También se argumentó que incluir preceptos de orden constitucional de carácter económico significaba en realidad involu-

⁶⁵ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, obra ya citada, volumen 2, sesión 68, pág. 12.

crar grandes principios teóricos y enunciaciones programáticas que no serían propiamente normas jurídicas, como corresponde a nuestra concepción constitucional.

Por último, también había una objeción de carácter formal, porque un orden público económico demasiado definido, comprometido, concreto y detallado, podría llevar a que el texto constitucional fuera muy extenso, porque, siguiendo este orden de razonamiento, deberían incluirse otros capítulos, otras especies de "orientaciones constitucionales" que resultarían fundamentales para concretar cualquier ideal de derecho que quisiera sostener la Constitución.

En sentido contrario opinaron otros miembros de la Subcomisión, que concordaron en que cualquier ideal del Estado de Derecho no se encuentra completamente fundamentado y garantizado socialmente si no abarca además al aspecto económico.

Consideraron que los principios generales constituyen un antecedente de importancia para la interpretación constitucional y el funcionamiento de los mecanismos de control constitucional, y que sería muy práctico y concreto que la Constitución estableciera una línea de separación entre la actividad estatal y la actividad privada en el orden económico, porque no permitiría que la ley fuese más allá.

Sostuvieron que nada se obtiene con garantizar el derecho de propiedad adquirido si, al mismo tiempo, no se garantiza el ámbito de acción patrimonial.

Precisamente porque no se trataba de establecer normas específicas que regulasen situaciones determinadas, sino de establecer reglas generales, que respondiesen a las Bases de la Constitución, ellas estaban llamadas a constituir normas indispensables en una Carta Fundamental moderna, de una filosofía democrática, comprometida con las personas y no neutra.

Para cumplir con este objetivo, me pareció necesario incluir, en un principio, normas marco de orden público económico, dejando los detalles de su concreción a una ley complementaria, que definiera, por ejemplo, el estatuto de la empresa, el régimen de la administración pública y que estableciera la descentralización del país, a fin de permitir la existencia y la participación de organismos sociales regionales.

La sola circunstancia de que esas disposiciones sean generales no obsta para que sean precisas y claras, imprescindibles para conformar la expresión de una definición del ideal de derecho que ilumine todo el cuerpo legal, y faciliten la labor de interpretar los textos de los que forman parte. Incluso era conveniente para la vida democrática que se pretendía, asegurar y consignar los medios y recursos para lograr su permanencia. De otro modo dejaríamos la tarea inconclusa.

Las normas del sistema económico resultan absolutamente inseparables, en la vida del hombre moderno, de su libertad individual y del funcionamiento del sistema político.

Bajo estos conceptos, la Constitución debía señalar al Estado cuáles son sus facultades y límites, y reconocer a los particulares el ámbito donde éstos desean desarrollar sus actividades.

En las Constituciones anteriores, las actividades económicas que podían desarrollar las personas no estaban plenamente garantidas; esto había sido evidente en los tres años del gobierno de la Unidad Popular, que había vulnerado impunemente los derechos y las libertades en que descansaban.

Así, la necesidad de ciertas normas económicas protegidas por el rango constitucional resultaba imprescindible, y los mismos hechos hicieron que las reservas de los juristas clásicos, a quienes les parecía inconveniente que estas disposiciones estuvieran en la Constitución, fueran disipadas, porque estaba de por medio la urgente necesidad del cuerpo social.

Era preciso crear un sistema que impidiera que actos de un gobierno, incluso leyes aprobadas por mayorías accidentales, mediante el uso de resquicios jurídicos, vulneraran esta idea central de libertad de la Constitución. Esto haría obligatorio crear un marco definido por ella misma, donde el trabajo de las personas y las consecuencias de ese esfuerzo resultarían amparados por disposiciones y acciones constitucionales suficientes.

La inclusión de estos principios en la Constitución no significaría, por cierto, desconocer el papel que le corresponde al Estado como orientador de la economía, ni privarlo de sus facultades destinadas a asegurar la libre competencia; simplemente fijaría el ámbito de la acción del Estado, de manera que no invada los campos que la Constitución entrega a los particu-

lares, precisamente para que éstos ejerzan su libertad en el campo económico.

Por lo anterior, no se pretendió incluir en la Constitución normas para consagrar el tipo de empresa, ni los estatutos de la actividad minera o industrial, sino sólo los principios generales que rigen la filosofía de una democracia, en cuanto ésta se expresa en normas económicas; la filosofía política inspira las normas económicas y en consecuencia éstas deben estar contenidas en la Constitución:

No hay duda alguna de que puede sostenerse, válidamente, que esta intención también estuvo implícita en la Constitución de 1925, pero el nuevo constituyente, a la luz de la experiencia histórica, debía explicitarla. Precisamente porque su contenido implícito no había sido suficiente para que en el pasado cercano las libertades económicas fueran respetadas; empezando por la violación masiva del derecho de propiedad, mediante confiscaciones, expropiaciones y el nombramiento de interventores estatales en las empresas privadas.

La iniciativa particular no puede existir, mantenerse y proyectarse como lo requiere el desarrollo del país, sin un fortalecimiento del derecho de propiedad, verdadero fundamento de todas las libertades públicas.

Es por este motivo que los principios generales de un sistema económico se han consagrado también internacionalmente, como propios de una Constitución Política moderna; la historia los ha mostrado como indispensables para consagrar firmemente las propias garantías individuales.

Pensé entonces que el orden público económico no lograría establecerse plenamente en este primer intento constitucional, que las disposiciones que se incorporarían sólo constituirían la primera piedra para lograrlo; pero el comportamiento de estas normas, durante el tiempo transcurrido, ha ido bastante más lejos y ha logrado una sorprendente asimilación a nivel nacional. El convencimiento acerca de la necesidad de su fortaleza constituye hoy uno de los pilares en el que se apoya nuestra idea de democracia.

La inclusión de las normas de orden público económico ha permitido al ciudadano conocer la existencia de un ámbito donde puede ejercer sus actividades con libertad. Es la Constitución la que le garantiza la creatividad e iniciativa individual,

dentro del marco del bien común al cual la organización y el funcionamiento del Estado debe propender.

Un antecedente valioso para el estudio de las normas de orden público económico fue el análisis que realizó la señora Alicia Romo, integrante de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución. Estuvo de acuerdo en la necesidad de incorporar normas sobre esta materia en la Constitución, considerando que son muy importantes en la vida moderna, en la que la política económica, según el camino que adopte, podría determinar de manera consustancial y absoluta las bases mismas de la libertad del individuo, y ser paralela a los fundamentos jurídicos, incluso de derecho natural. La Constitución, dijo, debe desarrollar el principio de subsidiariedad del Estado, señalándole que su actividad debe restringirse sólo a los campos en que los particulares no quieren o no pueden actuar, y siempre que una ley especial así lo disponga. Ello conduciría:

*“a consagrar la libre iniciativa en materia económica como una expresión de la libertad individual, lo que se puede expresar en los siguientes términos: toda persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad, ya sea en forma individual o a través de una empresa que organice o adquiera, sin más limitaciones que aquellas que le imponga la ley en razón de la moral, las buenas costumbres, el orden y la salubridad pública”.*⁶⁶

Se agregaría que, por estar limitado su campo como consecuencia específica de la subsidiariedad, el Estado no podrá, en forma directa ni indirecta, por medio de empresas de su dominio o dependientes, desarrollar actividades industriales o comerciales, con excepción de aquellas que expresamente sean autorizadas por una ley especial.

En definitiva, normas en este sentido tomaron cuerpo en el texto de la Constitución, incluyendo algunas reglas básicas del funcionamiento de la economía, que indudablemente fueron

⁶⁶ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República.* Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile. Santiago de Chile, 1981, volumen 11, sesiones 371-417. Sesión 384, de 14 de junio de 1978, pág. 2821.

mucho más allá de las antiguas garantías de la libertad de trabajo y del derecho de propiedad contempladas en las Constituciones anteriores.

Ello se explica porque la vida y la ciencia moderna han creado una serie de actividades económicas que deben insertarse en el sistema jurídico, porque originan derechos y responsabilidades; derechos que tienen que incorporarse a los patrimonios de las personas y responsabilidades que tienen por objeto proteger los derechos de los demás.

Un ejemplo de esta situación son las consecuencias de la informática y los problemas que origina, tanto respecto del derecho de propiedad de los programas, los contenidos de la información que se recopila y procesa, y las limitaciones que debe tener, por los efectos que puede producir en relación con la vida privada de las personas.

El debate que se promovió en el seno de la Comisión tuvo relación con la determinación de cuáles serían estos principios económicos que debían contenerse en la Constitución. Se opinó que la regulación de la actividad económica debía reflejar no sólo el concepto del derecho de propiedad, sino que también el de los otros derechos humanos. Lo anterior no era sino consecuencia del concepto cristiano del Estado, de la sociedad y del gobierno como inspirador de las deliberaciones de la Comisión Constituyente.

Era necesario, en consecuencia, formular constitucionalmente el principio filosófico de la economía al servicio del hombre, no en forma declarativa o teórica, sino precisamente a través de las consecuencias prácticas que se obtienen de la aplicación de ese principio a las diversas situaciones que las personas o la sociedad enfrentan en el área.

No estimé suficientemente específicos o de clara aplicación por el legislador o por la justicia, los conceptos que podrían desprenderse del artículo 1º de la Constitución. Era necesario que la filosofía de este artículo se expresara en forma concreta en materia económica; por lo que solicité se incluyeran en el texto constitucional los principios generales del sistema económico. No las materias puntuales, del todo cambiantes que no son propias de una Constitución y son diariamente modificadas por el progreso tecnológico, científico o los hábitos mercantiles. Estas, por naturaleza, pertenecen a la legislación común y

no son de rango constitucional; al contrario, lo que se pretendía era que los principios generales se tradujeran en tres o cuatro normas simples, que no entraran en el detalle de reglar situaciones económicas específicas, pero que hicieran realidad la intención del constituyente de promover un sistema jurídico que garantizara al hombre que la economía estaba sometida a su libertad y la finalidad de ella era su servicio.

En la Comisión hubo concordancia en buscar la solución constitucional sobre la base de principios jurídicos de aplicación general, en ciertas materias que resultan indispensables de abordar en el derecho constitucional moderno. Al respecto, se recordó que incluso la Constitución de 1925 había contemplado "materias económicas" como la Reforma Agraria y la Gran Minería del Cobre, que evidentemente constituían, aunque basadas en equivocadas concepciones, la aceptación de que ciertos principios tienen jerarquía constitucional, sin perjuicio de dejar a la ley el amplio campo de aplicación de los principios, a medida que las condiciones lo fueran exigiendo.

La inclusión de esta idea fue compartida por algunos prestigiosos tratadistas de ideologías políticas distintas a las del Gobierno Militar, como el ex Ministro de Justicia don Francisco Cumplido, quien estuvo de acuerdo en establecer las bases fundamentales de un orden económico social democrático en la Constitución Política, dejando entregada la definición de los modelos aplicables a la decisión política de las mayorías.

Las posibles bases fundamentales del orden político social que debería consagrar la Constitución Política, en su opinión, eran incluso considerablemente más amplias. Entre ellas estaban la plena satisfacción de las necesidades básicas de los chilenos, propender a un mayor bienestar colectivo y a una distribución cada vez más justa de la riqueza y del ingreso, y la creación de una real y mayor autonomía en materias económicas, que impulsen el desarrollo científico tecnológico del país, mejoren la calidad de la vida y preserven el medio ambiente.

También propició una organización económica que fomentara el pleno desarrollo, la iniciativa y la creatividad individual, para lo cual estimó que debía consagrarse el funcionamiento

del mercado como un importante instrumento de asignación de recursos. Expresó que correspondía al Estado un rol activo como promotor del desarrollo nacional, concordando en que las funciones que le corresponde desempeñar en materias económico-sociales se determinen de acuerdo a la voluntad popular mayoritaria, según establezca la Constitución y la ley, y destacó la necesidad de evitar toda concentración excesiva de poder económico que pudiera constituir una amenaza a la vigencia real de las libertades democráticas.

En relación con la propiedad y gestión de las empresas, se pronunció a favor del pluralismo económico; en el sentido de posibilitar la coexistencia, en efectiva igualdad de condiciones, entre empresas privadas y públicas, mixtas, cooperativas, o autogestionadas, o de cualquier otra naturaleza.

Fue partidario también de que la ley estableciera obligatoriamente la forma en que pueden crearse empresas estatales, o en que el Estado puede adquirir activos o asociar capital a empresas privadas nacionales o extranjeras de cualquier tipo.

En definitiva, se aprobó como "regla de oro" del *orden público económico* la contenida en el N^o 21^o del artículo 19, que se refiere al derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, sin perjuicio de que el Estado y sus organismos puedan desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, pero sólo si una ley de quórum calificado los autoriza.

De manera que el Ejecutivo no puede libremente decidir, desarrollar o crear una actividad empresarial o participar en ella; para hacerlo necesita una ley de quórum calificado. La Constitución llega más allá para evitar que el rol subsidiario del Estado sea vulnerado por medios indirectos al disponer textualmente: *"En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado"*.

Para asegurar el correcto cumplimiento de esta disposición se creó luego el recurso de amparo económico, que trataremos separadamente.

B) ASPECTOS CONCEPTUALES DE CARACTER GENERAL

El orden público económico es el conjunto de “normas marco” o generales contenidas en la Constitución Política, que regulan los derechos y libertades de orden económico de las personas, la actividad económica del Estado y las relaciones de carácter económico entre ellos.

Las normas de orden público económico o normas sobre relaciones económicas comprenden no sólo lo relativo a las actividades empresariales del hombre y sus bienes, sino, también, normas relativas a los derechos de los trabajadores, previsión, etc. De esta manera, la Constitución señala algunos parámetros que corresponden a su filosofía, basada en la tradición chilena, humanista y cristiana.

“Debe a este respecto recordarse la definición de orden público de don Luis Claro Solar, cuando lo consideró como:

‘El arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas’ y agrega que ‘en este sentido orden público es sinónimo de orden social’, ob. cit., tomo XI. A su vez el profesor José Luis Cea Egaña, al tratar del orden público económico, indica que es éste el ‘conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución’. Consiguientemente, el orden público, y *el orden público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas; y, por su parte, las regulaciones de las actividades económicas se refieren a las facultades legales conferidas a los órganos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades*” (Tribunal

Constitucional, Rol N^o 207, sentencia de 10 de febrero de 1995, considerando 72).⁶⁷

Cabe destacar que estas normas de orden público económico no son exclusivamente garantías individuales; lo son en cuanto la Constitución es una garantía de los gobernados frente a los gobernantes, pero no se ajustan a lo que clásicamente se ha denominado garantías individuales.

No hay duda, por ejemplo, que la propiedad minera, en virtud de la cual el concesionario es dueño de su concesión, está amparada por la garantía del derecho de propiedad; pero las normas que rigen la propiedad minera no son propiamente garantías individuales. Concluirlo así sería extender demasiado el concepto de garantías individuales y, a la postre, debilitarlo.

Similar cosa ocurre con los derechos de los particulares sobre las aguas: la propiedad sobre ellos, la forma en que la establece la ley, está protegida por la garantía del derecho de propiedad; pero la reglamentación de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados con respecto a las aguas no es propiamente una garantía constitucional.

Contrariamente a lo que ocurre con casi todas las materias constitucionales, las normas de orden público económico no fueron incluidas en un capítulo especial, sino que se incorporaron entre los diferentes artículos de la Constitución Política, principalmente en relación con los derechos y obligaciones del Capítulo III.

No fue casual la ubicación de estas normas en el texto constitucional. Recuerdo haber recibido, mientras era representante de Chile ante Naciones Unidas, una carta de don Enrique Ortúzar, presidente de la Comisión Constituyente, en la cual me consultaba sobre el criterio para decidir la ubicación y el desarrollo de estas normas de orden público económico.

Me manifesté contrario a incluirlas en un solo capítulo bajo este nombre, y preferí distribuirlas en el texto constitucional, separadas unas de otras según la materia a la que aplicaban. Consideré que, de esta manera, serían menos vulnerables.

⁶⁷Aún no publicada.

Ellas fueron incluidas en el capítulo de los derechos y garantías constitucionales, para que resultaran fortalecidas, al requerirse para su modificación el quórum de dos tercios de los parlamentarios en ejercicio; ser susceptibles de amparo mediante el recurso de protección, y por último, dejarlas también a cubierto de los excesos de la propia ley, si ésta afecta a su esencia o a su libre ejercicio.

La inserción de estas disposiciones en dicho capítulo facilita, al mismo tiempo, que sean interpretadas en su debido contexto, de manera armónica con los demás preceptos constitucionales.

Así fluye con claridad de los razonamientos que ha efectuado el Tribunal Constitucional:

“41) Que, en lo que se refiere a la violación del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita conviene señalar que *este derecho fundamental amparado y protegido por la Constitución, no es sino expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común.* Se trata, pues, de un derecho de fundamental importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas.

42) Que, el derecho reconocido por el artículo 19, N° 21º, es consecuencia, por lo tanto, de esa primacía de la persona, que establece de manera precisa y plena de consecuencias jurídicas la Constitución en su artículo 1º, y que reitera su artículo 5º al imponer al Estado, y a cada uno de sus órganos, cualquiera sea su naturaleza, función o jerarquía, el deber de respetar los derechos de las personas e incluso de promover su ejercicio, a fin de que puedan, además, participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

43) Que, como lo ha expresado este Tribunal (Roles 146 y 167), el ejercicio del derecho fundamental que reconoce y asegura el referido N° 21º del artículo 19 citado, ha de realizarse sin contravenir la moral, el orden público o la

seguridad nacional 'respetando las normas legales que las regulen' (*inciso primero*), es decir, las normas que el legislador —y sólo el legislador— dicte al efecto, pero en caso alguno éste puede, bajo pretexto de regular una actividad económica, llegar a impedir su libre ejercicio" (Rol N° 226, sentencia de 30 de octubre de 1995).⁶⁸

Ello confirma que la ubicación de estos preceptos resulta lógica, por cuanto se relacionan con diferentes aspectos de la actividad humana. Visto con la perspectiva de los años de vigencia del sistema, la fórmula que en definitiva se adoptó ha sido exitosa.

C) PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se abocó al análisis de las disposiciones relativas al orden público económico en la Sesión N° 384, de 14 de junio de 1978, sobre la base de ciertos principios fundamentales, en torno a los cuales se desarrolla el concepto.

1. PRINCIPIO DE LIBERTAD.

El principio de libertad económica quedó consagrado en la Constitución Política de la República, en el artículo 21, que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Significa que, constitucionalmente, existe libertad de empresa, en el sentido que le da el diccionario a este vocablo, de "intento o designio de hacer una cosa", o de "obra o designio llevado a efecto, en especial cuando en él intervienen varias personas".

Equivale a la libertad de trabajo, en la acepción más amplia de este término, que es la de aplicar a un determinado objetivo

⁶⁸ Aún no publicada.

la actividad humana, pero generalmente se le da a esta otra libertad un sentido más restringido, próximo a la actividad de tipo personal, realizada en forma más o menos directa.

El Tribunal Constitucional ha destacado, correctamente, que la disposición aludida:

“es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Añadiendo que:

“las normas del Capítulo I de nuestra Constitución constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que vienen a *limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares*” (Rol N° 167, sentencia de 6 de abril de 1993, considerandos 9° y 10).⁶⁹

La actividad económica que se protege debe ser lícita, esto es, no debe ser “contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”. Esas tres causas son las únicas que habilitan para que el legislador imponga la prohibición de ejercer alguna actividad.

Lo ha dicho expresamente el Tribunal Constitucional:

“De acuerdo al artículo 19, N° 21°, de la Constitución Política, *las únicas prohibiciones que pueden imponerse al derecho a desarrollar una actividad económica son las que se sustentan en el orden público, la moral y la seguridad nacional.*”

El Decreto Supremo N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, de 1992, cuya constitucionalidad se cuestiona, no se fundamenta en ninguno de los conceptos mencionados, muy por el contrario, tanto el Presidente de la República en

⁶⁹ Aún no publicada.

su contestación, como la Contraloría General de la República argumentan sosteniendo la necesidad de proteger el medio ambiente y además de que se trataría de un caso en que la ley permite que la autoridad administrativa reglamente ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos garantizados por la Carta Política.

No invocan, en consecuencia, los únicos sustentos que permitirían prohibir el desarrollo de una actividad económica. Las normas reglamentarias no están facultadas conforme al artículo 19, N° 8°, que consagra el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, para restringir, limitar o prohibir el ejercicio de los derechos constitucionales, pues esta atribución es exclusiva de la ley. Además, para que la autoridad administrativa pueda reglamentar ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales, debe estar autorizada por la Constitución, autorización que no existe en relación a esta materia en el artículo 19, N° 21°, de la Carta Fundamental antes transcrito” (Rol N° 146, sentencia de 21 de abril de 1992, considerando 13).⁷⁰

Por otro lado, para que merezca protección, la actividad económica debe ejercerse “respetando las normas legales que la regulen”.

De ello emanan dos consecuencias. La primera es que:

“sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad” (misma sentencia, considerando 9).⁷¹

Dicho en otras palabras,

“regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso

⁷⁰ Fallos del Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 497.

⁷¹ Fallos del Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 496.

alguno bajo pretexto de ‘regular’ un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21º, de la Constitución Política” ((Rol N° 167, sentencia de 6 de abril de 1993, considerando 14).⁷²

La segunda es que:

“el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse” (Sentencia del 21 de abril de 1992; considerando 11).⁷³

Vale decir:

“12º. Que, si bien por ‘regular’, conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: ‘Ajustado y conforme a reglas’, ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión “las normas legales que la regulen”, pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del artículo 19, N° 21º, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución” (Sentencia ya citada de 6 de abril de 1993).

Dentro de ese marco, la Constitución asegura a todas las personas la libertad de producir, de intercambiar bienes y servicios, en general, de realizar cualquier actividad económica.

⁷² Aún no publicada.

⁷³ *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, pág. 496.

2. PROPIEDAD: EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA LIBERTAD PARA ADQUIRIR EL DOMINIO

La Comisión Constituyente fue extremadamente cuidadosa al analizar la garantía constitucional del derecho de propiedad, y lo fue por razones obvias: en las décadas precedentes este derecho había sido nominal, es decir, sólo aparente, para varias áreas de la economía.

Los tratadistas contemporáneos están de acuerdo que sin derecho a la propiedad privada, la democracia no es posible; las relaciones entre gobernantes y gobernados se alejan del equilibrio y respeto e impiden la extensión del plano de libertad que los gobernados necesitan para ejercer los derechos característicos de una sociedad democrática.

Un Estado que domine fundamentalmente la actividad económica o que tenga acción predominante sobre ella, la tiene también sobre los medios de comunicación social, tan extensos y penetrantes en el mundo contemporáneo. *La democracia es ilusoria si no existen en estos medios de comunicación social pluralismo y libertad para el cumplimiento de su deber de informar en forma veraz y oportuna; sin éstos la democracia no existe, o funciona, pero sin alcanzar sus objetivos.*

Algunas personas creen que la defensa del derecho de propiedad dice relación en forma exclusiva con el patrimonio de una persona, los bienes familiares y el derecho a herencia. *Esto no es así, hoy día hay consenso en afirmar que es esencial para el funcionamiento de un sistema democrático una propiedad absolutamente garantida, de contenido amplio, que cubra todas las actividades del hombre en sus efectos patrimoniales.*

El desarrollo económico es imposible sin el restablecimiento del pleno respeto por el derecho de propiedad, y si éste no abarca todas las especies de propiedad que el derecho moderno ha ido creando o permitiendo.

Por esta razón la Constitución fue tan detallada con respecto al alcance del derecho de propiedad, y los intérpretes no vacilamos en señalar que *por sobre toda circunstancia que produzca efectos patrimoniales, existe un derecho de propiedad; esto hace que el concepto de propiedad se extienda con la amplitud necesaria para la protección del patrimonio.* En resumen, a cualquier acción del

Estado o de terceros que origine un desmedro en la situación patrimonial de una persona le es aplicable la protección de esta garantía constitucional.

No debe olvidarse, al analizar el Derecho de Propiedad o los modos de adquirir que el N° 8° del artículo 19 de la Constitución, señala *“que es deber del Estado tutelar la preservación de la naturaleza y el medio ambiente”* y la consecuente facultad que la misma disposición otorga a la ley para establecer *“restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”*.

Estas disposiciones tienen como primer efecto el establecer la “protección de la naturaleza” como causal de expropiación, porque no hay duda que ella, al ser señalado como “deber del Estado”, constituye un caso de “interés nacional”. Al mismo tiempo, tanto el ejercicio del derecho de propiedad como la reglamentación de los modos de adquirir, especialmente la ocupación, que por su esencia tiene relación con la naturaleza, como la minería, la pesca o la explotación de bosques, pueden sufrir restricciones específicas en su ejercicio.

Todo esto cambia la visión general del derecho de propiedad, que si bien siempre ha tenido como limitación lógica el bien común, hoy éste aparece precisado en relación con la protección de la naturaleza.

En el N° 24° del artículo 19 la Constitución asegura a las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes, corporales e incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Nadie puede ser en caso alguno privado de su propiedad, del bien sobre el que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública. Siempre habrá derecho a reclamar sobre la expropiación y, a falta de acuerdo, la indemnización debe ser pagada en dinero efectivo y al contado.

Era necesario resguardar el derecho de propiedad, aclarando que comprende no sólo el bien en sí mismo, sino que los atributos y facultades esenciales del derecho de dominio; es decir, cualquier acción que afecte a su carácter de exclusivo,

absoluto y perpetuo, o al uso, goce o disposición del bien, vulnera el ámbito protegido del derecho de propiedad.

La jurisprudencia ha ido precisando su sentido en situaciones complicadas por intereses contrapuestos, por ejemplo, en materia de pensiones integrantes de un sistema de seguridad social, "esta garantía sólo ha amparado y ampara el otorgamiento del respectivo beneficio y el monto global que éste hubiere alcanzado, pero no se ha extendido ni se extiende a los sistemas de actualización, reajustabilidad, reliquidación u otra forma de incremento o base referencial de cálculo", de acuerdo con la ley interpretativa, N° 18.152, declarada constitucional por el Tribunal Constitucional, con constancia de que no se comprende el nuevo sistema de pensiones contenido en el Decreto Ley 3.500, de 1980.

Tampoco se vulnera el derecho de propiedad cuando el legislador regula la situación de los contratos colectivos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley y una vez extinguidos, porque no se viola derecho adquirido alguno que se haya incorporado al patrimonio de las personas involucradas en los contratos de trabajo (Rol N° 15, sentencia de 29 de noviembre de 1982).⁷⁴

Tampoco se quebranta cuando el legislador impide que los propietarios de predios provenientes de la reforma agraria enajenen separadamente el predio y los derechos de aprovechamiento de aguas, en tanto mantengan pendiente el pago de la deuda fiscal, a menos que caucionen el cumplimiento de tal obligación en las condiciones que establezca el reglamento. Ello, porque no priva al dueño del derecho de aprovechamiento de aguas de su facultad, inherente al dominio, de disponer de ese derecho, sino que se limita a establecer determinados resguardos, tendientes a caucionar el cumplimiento de su obligación por el saldo de la deuda que aún mantenga vigente. (Rol N° 47, sentencia de 1° de septiembre de 1987).⁷⁵

Por el contrario, se viola en el caso de los dueños de las fajas adyacentes de los caminos, que en su calidad de propieta-

⁷⁴ Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 72.

⁷⁵ Fallos del Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 109.

rios de dichos espacios sólo podrían ver afectado el ejercicio de su derecho de propiedad por normas legales y que además deriven de su función social y que no afecten la esencia del derecho de propiedad, si en virtud de una norma reglamentaria se les han impuesto limitaciones al ejercicio de su derecho de propiedad sobre estos terrenos, que les impiden usar de dichos espacios y gozar de los legítimos beneficios que podrían aportarles los contratos de arriendo u otras convenciones que celebraren para los efectos de propaganda comercial o publicidad caminera (Rol N° 146, sentencia de 21 de abril de 1992, considerando 18).⁷⁶

Asimismo, se vulnera el derecho de dominio, sin causa prevista en la Constitución, si se deroga una disposición legal que contempla el derecho de los dueños de las acciones que gozan de preferencia para acordar que no se les reparta dividendos y que las sumas que les hubieren correspondido por tal concepto se capitalicen por el solo ministerio de la ley y se emitan acciones preferidas que tengan derecho al total del dividendo, en la proporción resultante entre el aumento del capital pagado y el total del capital pagado y reservas de la empresa al término del ejercicio, descontadas las pérdidas acumuladas (Rol N° 207, sentencia de 10 de febrero de 1995, considerandos 54 y 55).⁷⁷

Por otra parte, era necesario resguardar también el derecho de propiedad estableciendo procedimientos de expropiación reglados, en que se contemplan con rango constitucional las principales normas o directrices para cualquier ley futura que se refiera a ellas, tales como:

– Que son causales de expropiación la utilidad pública o el interés nacional, calificado por el legislador, de cuya procedencia puede reclamarse ante el juez, el que puede decretar la suspensión de la toma de posesión material del bien expropiado.

– Que siempre habrá derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que, a falta de acuerdo entre expropiante y expropiado, debe ser cancelada en dinero efectivo al contado.

⁷⁶ *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, págs. 498-499.

⁷⁷ Aún no publicada.

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución advirtió, sin embargo, que era insuficiente la sola garantía del derecho de propiedad, porque éste supone la adquisición del dominio, y se limita, en este aspecto, a entregar a la ley la facultad de establecer “el modo de definir la propiedad”.

De esa forma, un aspecto decisivo de la garantía, cual es la posibilidad de adquirir el dominio, aparecía insuficientemente resguardado.

Por ello, en el artículo 19, N° 23°, la Constitución asegura a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Sólo una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, puede establecer limitaciones y requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

El sentido y alcance de los dos citados numerales del artículo 19 de la Constitución Política, el 23° y el 24°, fueron esclarecidos por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

“21° Que con tal objeto, el Tribunal puntualiza que el ámbito de aplicación del indicado numeral 23° del artículo 19 de la Carta Fundamental es el correspondiente al *derecho a la adquisición de bienes cuya propiedad no se tiene*, consagrando una plena libertad para adquirirlos, con la sola limitación de aquellos ‘que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así’;

22° Que debe tenerse presente que, justamente en consideración a la importancia y trascendencia que la Constitución ha dado al resguardo de esta ‘libertad para adquirir’, el inciso segundo de este mismo numeral ha agregado que ‘una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes’. El constituyente ha expresado así su voluntad, exigiendo que el establecimiento de limitaciones o requisitos para ‘adquirir el dominio’ sólo puede imponerse por medio de una ley aprobada por mayorías superiores a las que precisa una ley común;

23º Que, con el mismo objeto, el Tribunal hace constar que el ámbito de aplicación del numeral 24º del artículo 19 de la Carta Fundamental, *corresponde al derecho de propiedad que ya existe*, sea cual sea su especie y que se radica en 'toda clase de bienes corporales o incorporales'. De este derecho de propiedad, y confirmando con ello ese ámbito, es del que, como en el mismo numeral se señala, 'nadie puede, en caso alguno, ser privado' sino en virtud de una expropiación debidamente ajustada a la ley;

24º Que debe observarse debidamente que el mismo referido numeral 24º agrega en su inciso segundo dos preceptos diferentes que no corresponde confundir. El primero de ellos es el que señala que 'sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella', con lo que el constituyente ha consagrado que un modo de adquirir no puede sino provenir de una norma de carácter legal, negando que pueda originarse en una de otra especie. El segundo precepto dispone que sólo la ley puede establecer con respecto a la propiedad 'las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social' agregando que esta función social 'comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio nacional'. En estos casos, al no exigir quórum o mayoría especial, la ley aplicable para estos efectos es de carácter común y en virtud de ella sólo podrán establecerse limitaciones u obligaciones para que el derecho de dominio de que se goce se adapte en su ejercicio a las necesidades derivadas de la función social que le es inherente;

25º *Que se desprende de lo expuesto en los considerandos precedentes, que la Constitución Política ha hecho una diferenciación entre el acceso a la propiedad y el ejercicio del derecho de dominio, destinando para cada uno de estos ámbitos dos diferentes numerales del artículo 19: el 23º para el primero y el 24º para el segundo.* De ello también se concluye que para establecer 'limitaciones o requisitos para la adquisición' ha exigido que sólo pueda hacerse por medio de una ley de quórum calificado; y que para establecer 'limitaciones u obligaciones' que se

deriven de la función social de la propiedad, ha preceptuado que sólo pueda hacerse por ley sin adicional requerimiento de quórum" (Rol N° 115, sentencia de 3 de diciembre de 1990).⁷⁸

Es obvio que si el Estado tiene el control de la actividad económica y de la voluntad del gobernante depende la posibilidad de adquirir ciertos bienes o el mantenimiento de la propiedad; el poder que aquél tendrá en una sociedad es desequilibrante, y afectará seriamente a la libertad del gobernado, incluso para juzgar actos gubernativos y para actuar en la vida pública, por el natural temor que existe del poder que ejercen los órganos del Estado y de las medidas que pueden tomar precisamente para acallar personas o grupos que no están de acuerdo con el modo de pensar de las autoridades de gobierno.

Por este motivo, las garantías señaladas de libertad para adquirir el dominio y del derecho de propiedad se extienden a personas naturales y personas jurídicas privadas, como clara protección frente al Estado y a las potestades públicas de que está investido.

3. NO DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA

En seguida, entre los derechos de las personas, el N° 22° del artículo 19 garantiza la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

"Por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia irracional o contraria al bien común", ha dicho el Tribunal Constitucional (Rol N° 203, sentencia de 6 de diciembre de 1996, considerando 11).⁷⁹

De esta forma, la Constitución desarrolla una de las manifestaciones más importantes en el ámbito económico del prin-

⁷⁸ *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, págs. 344-345.

⁷⁹ Aún no publicada.

cipio de la igualdad ante la ley y, por extensión, como postulan los especialistas en derecho administrativo, de la igualdad ante la Administración.

Esta es una igualdad económica de las personas o de las entidades o grupos intermedios que formen las personas frente al Estado.

El tema ha sido debatido, entre otras ocasiones, con motivo de la modificación al artículo 24 del Decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre rentas municipales, que elevaba el monto máximo a pagar por concepto de patentes municipales de mil a cuatro mil unidades tributarias mensuales.

Concluyó en esa oportunidad el Tribunal Constitucional que:

“La circunstancia de que sólo se modifique el límite máximo del tributo que, eventualmente, pueda aplicarse por la autoridad local no significa que se contemplen, por ese solo hecho, diferencias arbitrarias entre los distintos contribuyentes” (Rol N° 203, sentencia ya citada de 6 de diciembre de 1996, considerando 12).

Ha precisado también el Tribunal que el solo hecho de que una disposición legal sea transitoria no constituye discriminación, puesto que únicamente representa la voluntad del legislador en orden a que no tenga duración permanente, sino temporal (Rol N° 28, sentencia de 8 de abril de 1985, considerando 9°).⁸⁰

Por otro lado, el N° 22° del artículo 19 de la Carta Fundamental exige de ley para beneficiar a un sector, actividad o zona geográfica determinada o para establecer gravámenes especiales, manteniendo el requisito de que con ello no se esté discriminando arbitrariamente.

A este respecto, dicho numeral precisa en su inciso siguiente:

“Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que

⁸⁰ Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 183.

afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”.

Es importante esta garantía económica, porque la ley puede autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector o área geográfica, como existen para las zonas extremas del país, pero siempre que ello no signifique discriminación arbitraria en el trato que el Estado y sus organismos deben dar a los particulares en materia económica. Es decir, debe existir siempre una justificación constitucional de la diferencia del trato, con fundamentos reales, aceptables constitucionalmente, que expliquen la desigualdad normativa.

4. ESTADO SUBSIDIARIO

a) *Conceptos*

La “Declaración de Principios de la Junta de Gobierno”, de 11 de marzo de 1974, consignó, entre las normas fundamentales de la sociedad, la característica de subsidiariedad del Estado en la vida de la nación.

Esta conclusión fue fruto de un análisis filosófico que comparto y que cito:

“Si la sociedad superior nace para cumplir fines que la inferior no puede realizar sola, si ésta es su justificación, resulta evidente que no le es legítima la absorción del campo que es propio de la menor, y dentro del cual ésta debe tener una suficiente autonomía. La órbita de competencia de la sociedad mayor empieza donde termina la posibilidad de acción adecuada a la menor.

Tal idea matriz es lo que da origen al llamado principio de subsidiariedad. En virtud de él, ninguna sociedad superior puede arrogarse el campo que respecto de su propio fin específico pueden satisfacer las entidades menores, y, en especial, la familia, como tampoco puede ésta invadir lo que es propio e íntimo de cada conciencia humana”.

El régimen político actual, cuya estructura básica es la Constitución de 1980, es distinto del establecido en la Constitución de 1925, vigente en septiembre de 1973. Una de las características que originan las más importantes diferencias entre ambos, es el principio de subsidiariedad, convertido en una de las bases de la institucionalidad.

La necesidad de consagrar el principio de la subsidiariedad del Estado en la Constitución Política se explica porque es una de las claves para la existencia de una sociedad realmente libre, y aparece como una reacción originada en el momento cúlpe del estatismo y de los experimentos socializantes que tuvieron lugar hasta el año 1973; experimentos que terminaron ahogando completamente la iniciativa creadora de los empresarios y la capacidad de los trabajadores chilenos.

De acuerdo con la definición del Diccionario de la Lengua Española, la palabra "subsidio" significa "socorro, ayuda o auxilio extraordinario". Estado subsidiario sería el que da o envía socorro o auxilio extraordinario. Se aplica a la acción o a la responsabilidad que suple o robustece otra principal.

El objetivo de este principio es, precisamente, establecer como regla general que el Estado debe abstenerse de intervenir como agente principal, en todo campo y actividad que son de competencia y responsabilidad de los particulares. De esta manera se asegura que en el modelo de sociedad exista un espacio reservado a la iniciativa privada, amplio y seguro, de acuerdo con la propia naturaleza de la persona y su libertad, permitiendo a su vez al Estado cumplir con su misión trascendente de bien común, liberado del peso que supone el desempeño de actividades que pueden ser asumidas por los particulares.

Es en el concepto de bien común donde se fundamenta el principio de subsidiariedad de nuestra Constitución Política, pues si bien el Estado debe actuar en persecución del bien común, su intervención no puede ni debe inhibir ni absorber al individuo o a los grupos intermedios en sus iniciativas, porque una actuación de este tipo contraría la naturaleza misma del hombre y su dignidad en libertad, que el Estado está llamado a proteger y respetar.

Pío XI, en su encíclica *Quadragesimo Anno*, destacó la conveniencia de que la autoridad pública suprema deje a las asocia-

ciones inferiores tratar por sí mismas aquellos asuntos que ellas puedan resolver, de menor importancia, en los cuales por lo demás perdería mucho tiempo o le sería de grandísimo impedimento para cumplir con mayor libertad, firmeza y eficacia cuanto a ella sola corresponde, pues es de su exclusiva competencia, a saber, dirigir, vigilar, estimular, reprimir, según los casos y la necesidad lo exijan. Añadía que, por lo tanto, *debían entender los gobernantes que mientras más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie y a salvo este principio de la función subsidiaria del Estado, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más eficaz y más próspera la condición del Estado.*

Es evidente que la perfección humana no es algo que cada individuo pueda obtener separadamente. El bien del hombre en sí es un bien común, una perfección de la que participan todos, que se difunde entre los miembros del cuerpo social, de manera que el bien común es, además, una obra común que realizan todos quienes contribuyen a lograrlo.

Es por eso que el *bien común no puede ser solamente responsabilidad del poder político, sino de todos los miembros de la sociedad, como una exigencia de justicia general. Así, si el individuo y los grupos tienen responsabilidades propias que permiten lograr este bien común, es obvio que deben tener, al mismo tiempo, derechos para realizar las acciones que sean conducentes a ese logro.*

La acción del Estado debe comprender, principalmente, el desarrollo de funciones sociales cuya naturaleza misma impide que sean realizadas correctamente por los particulares en forma privada. Entre éstas se encuentran actividades tales como defensa, justicia y la satisfacción de las necesidades básicas en salud, alimentación, educación, vivienda y algunas obras de infraestructura.

El Estado, abocado al cumplimiento de sus obligaciones de bien común, debe asumir en plenitud su papel subsidiario. Si éste se cumple con eficiencia, el poder del Estado resulta fortalecido y prestigiado.

Pero en este punto es indispensable destacar que la necesidad de satisfacción de las necesidades de los más pobres, en términos absolutos, es un tema importante en el cual el Estado debe concentrar recursos y energía.

Por tal motivo, las ventajas teóricas y prácticas del principio de la subsidiariedad y el mismo principio de libertad que la subsidiariedad permite, no son compatibles, en su plena vigencia, con un porcentaje elevado de ciudadanos en la miseria, porque ello afecta la dignidad consustancial a la persona humana y el principio de “servicialidad” del Estado, estampado en el precepto constitucional que indica que el Estado está al servicio de la persona humana; en esas condiciones algunos sufrirán la tentación totalitaria de creer que si en este sistema carecen del mínimo para subsistir, quizás la preeminencia del Estado podría proveerles de un mejor nivel de vida.

La desigualdad de oportunidades puede convertirse realmente en un factor de descrédito y de debilitamiento del principio de subsidiariedad del Estado, que exige como contrapartida la solidaridad de los privados.

Juan Pablo II ha sido extraordinariamente preciso para referirse a esta materia:

“El Papa insiste sobre *un principio elemental de sana organización política*, a saber, que los individuos cuanto más indefensos están en una sociedad tanto más necesitan el apoyo y el cuidado de los demás, en particular, la intervención de la autoridad pública”.⁸¹

En consecuencia, agrega:

“Para conseguir estos fines el Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones

⁸¹ Juan Pablo II, *Centesimus Annus*, carta encíclica en el centenario de la *Rerum Novarum*, de 1º de mayo de 1991, Ediciones Paulinas, mayo de 1991, Santiago de Chile, pág. 21.

de trabajo, y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro”.⁸²

La subsidiariedad del Estado reviste una cardinal importancia en relación con la familia.

Dijo el Papa en la *Carta a las Familias*:

“Los padres son los primeros y principales educadores de sus propios hijos, y en este campo tienen incluso una competencia fundamental: son educadores por ser padres. Ellos comparten su misión educativa con otras personas e instituciones, como la Iglesia y el Estado. Sin embargo, esto debe hacerse siempre aplicando correctamente el principio de subsidiariedad. Esto implica la legitimidad e incluso el deber de una ayuda a los padres, pero encuentra su límite intrínseco e insuperable en su derecho prevalente y en sus posibilidades efectivas. El principio de subsidiariedad, por tanto, se pone al servicio del amor de los padres, favoreciendo el bien del núcleo familiar”.⁸³

Advirtió que, en consecuencia:

“El Estado está llamado entonces a intervenir en base al mencionado principio: allí donde la familia es autosuficiente, hay que dejarla actuar autónomamente; una excesiva intervención del Estado resultaría perjudicial, además de irrespetuosa, y constituiría una violación patente de los derechos de la familia; sólo allí donde la familia no es autosuficiente, el Estado tiene la facultad y el deber de intervenir”.⁸⁴

Es deber del Estado respetar esta autonomía para que las acciones de los individuos sean posibles. Respecto de esas actividades, la función pública del Estado será de asistencia, de

⁸² Idem nota 81, pág. 32.

⁸³ Juan Pablo II, *Carta a las Familias*, de 2 de febrero de 1994, Ediciones San Pablo y Ediciones Paulinas - Hijas de San Pablo, 1ª edición, Santiago, Chile, febrero de 1994, pág. 60.

⁸⁴ *Carta a las Familias*, ya citada, Juan Pablo II, págs. 67-68.

ayuda y del establecimiento, en general, de condiciones que hagan posible su acción eficaz. En este sentido, en la Constitución de 1980 se incluyen importantes disposiciones que, por la vía de regular la actuación del Estado, contribuyen a reforzar el principio de subsidiariedad, principalmente el artículo 19, Nº 21º, sobre la libre iniciativa económica y las excepcionales actividades empresariales del Estado.

b) *Ejemplos de subsidiariedad*

El aspecto más difundido del principio de subsidiariedad es el relativo a la actividad económica; sin embargo, hay variadas funciones de un Estado moderno en las cuales esta subsidiariedad alcanza niveles más imaginativos que se traducen en un progreso evidente, porque permiten destinar esfuerzos y dineros públicos a materias y sectores de carencias más urgentes.

La evolución de nuestra sociedad presenta claros ejemplos de lo anterior. Es una función del Estado el dirimir las controversias, función que el Estado ejerce directamente a través de *la Administración de Justicia*. La tendencia moderna es crear un sistema en el cual algunas materias permanezcan dentro de la competencia del Estado y otras controversias se resuelvan sin su intervención.

En nuestro país hay un proyecto de ley, ya aprobado por el Senado, referido a arbitraje, que dispone que determinadas materias de índole comercial y económica de cierta cuantía, deben obligatoriamente ser resueltas por medio de árbitros. La razón de lo anterior es disponer que quien tiene capacidad y recursos, cuando celebre determinados contratos en ciertas materias mercantiles, debe también prever la forma de solucionar los conflictos a su propio costo, sin recargar al Estado con gastos y tareas que el particular está en condiciones económicas y culturales de asumir. De esta manera descongestionamos nuestra recargada Administración de Justicia, y le damos mayor eficacia en áreas en que el bien común requiere una acción directa del Estado, como es el área penal, familiar, laboral o de protección de incapaces, como niños o ancianos.

También en materia de reclusión es posible sustituir el rol del Estado. En el caso de delitos de índole económica, o cuando se

trate de reos que no representan potenciales atentados contra la seguridad de las personas, es posible y quizás conveniente delegar en particulares la administración de los recursos carcelarios. De hecho, se realiza hoy en algunos estados de los Estados Unidos de América, que están empleando con gran éxito el sistema de concesiones privadas para crear y mantener lugares de reclusión.

La subsidiariedad del Estado en el área de las obras públicas ha tenido en nuestro país progresos evidentes a partir de la legislación de concesiones. Esto ha permitido que la inversión del Estado se haga en otras áreas donde lo exige el nivel social, pero en las cuales las rentabilidades económicas no existen o son menores.

En el área de la educación se ha construido un completo sistema para promover la iniciativa privada desde los estudios básicos hasta los estudios superiores, así como en capacitación de los trabajadores, en especial los jóvenes que recién se incorporan a la actividad laboral, mediante subvenciones, aportes fiscales, becas, créditos a los educandos, etc. Los resultados han sido prometedores y la vinculación de toda la sociedad al perfeccionamiento y extensión de la educación y capacitación demuestran lo fecundo que puede ser el protagonismo de los grupos intermedios y de las personas en áreas esenciales para el desarrollo.

Análoga experiencia tenemos en salud pública, donde la intervención de instituciones privadas, como clínicas e Isapres, etc., han mejorado nuestro nivel de atención de salud y eficiencia, y permitido que el uso de los recursos públicos relacionados con este derecho sean focalizados en los sectores de menores ingresos.

En nuestro sistema previsional, hoy modelo en el mundo contemporáneo, la acción de los particulares y el rol subsidiario del Estado se expresan también en el régimen de los afiliados a las administradoras de fondos de pensiones (AFP), que han tenido un comportamiento excelente y cuya experiencia y legislación se va perfeccionando con el tiempo, llevando tranquilidad previsional, de la que carecían los trabajadores chilenos de cualquier nivel afectados por las contingencias de vejez o invalidez, así como sus cargas de familia, afectadas por la muerte del afiliado.

La subsidiariedad del Estado, entendida como la hemos explicado, no disminuye las funciones de éste, sino que las concentra y las hace más eficaces, permitiendo intervenir en su cumplimiento a las personas y los grupos intermedios que muestran su capacidad creadora y su propia iniciativa; el Estado no sólo debe asegurar su autonomía, sino que ha de promover, por medio de sus políticas públicas, su participación creciente en la construcción social. Todo a la luz del bien común, cuya consecución es finalidad esencial del Estado.

5. INDEPENDENCIA MONETARIA Y CAMBIARIA

La Constitución establece que es materia de ley autorizar al Estado, sus organismos o municipalidades para "contratar empréstitos", los que deben destinarse a fines específicos (en la Constitución de 1925 esta limitación regía sólo para el Estado y no existía la obligación de señalar los fines específicos).

La ley que autoriza al Estado para endeudarse debe también indicar las fuentes de recursos con los que se servirá la deuda y si el plazo excede al período presidencial, debe aprobarse con quórum calificado (art. 60, N^o 7^o de la Constitución Política). Con esta norma se pretendió precaver el excesivo endeudamiento del Estado y que este endeudamiento pudiera realizarse por vía administrativa, al margen del conocimiento de los ciudadanos e incluso con cargos al ejercicio financiero de futuros gobiernos, como ocurrió en el pasado.

Estas normas son iniciativa exclusiva del Presidente de la República (art. 62 N^o 3^o), quien es el directamente responsable de la administración financiera del Estado. Por eso, en general, tiene la iniciativa exclusiva de todas las leyes "que tengan relación" con "la administración financiera y presupuestaria del Estado". Indirectamente, este sistema contribuye a tener el control del volumen del dinero circulante y lograr un ajuste de las cuentas externas, evitar el déficit fiscal y mantener índices adecuados de inflación.

Con estas finalidades, los artículos 97 y 98 de la Constitución Política de la República consagran un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado

Banco Central, y disponer que sólo podrá efectuar operaciones con instituciones financieras, sean públicas o privadas. De manera alguna podrá otorgar a ellas su garantía, ni adquirir documentos emitidos por el Estado, sus organismos o empresas. Prohíben además que se financie cualquier gasto público o préstamo con créditos directos o indirectos del Banco Central. Más adelante nos detendremos en algunas de las disposiciones por las que se rige el Banco Central.

Las normas que conforman el orden público económico en la Constitución no sólo están comprendidas en instituciones como el Banco Central o en los derechos o libertades que hemos mencionado. Hay una serie de otras normas que evidentemente podemos catalogar como de orden público económico y a ellas nos vamos a referir en seguida.

D) EL ORDEN PUBLICO ECONOMICO EN OTROS ASPECTOS RELEVANTES

I. DERECHOS DE LAS PERSONAS

Los derechos y libertades de las personas tienen incidencia en las distintas actividades del hombre, pero hay algunos que tienen incidencia específica sobre materias económicas y que están tratadas de maneras muy diversas.

Por ejemplo, en el derecho a la *protección a la salud* se establece la libertad de las personas para elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado (Nº 9º del artículo 19).

En el *derecho a la educación* se señala que el Estado debe financiar un sistema gratuito de educación básica, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población. Ello, naturalmente, es sin perjuicio del principio general de que son los padres los que tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos (Nº 10º del artículo 19).

En la *libertad de enseñanza* se establece el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, reconociéndose a la vez el derecho de los padres a escoger libremente el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

También tiene relación con el orden público económico la *libertad de trabajo*, a que ya nos referimos. Cabe agregar que la Constitución asegura la libre elección de trabajo con una justa retribución; y consagra la negociación colectiva con la empresa en que laboren como un derecho de los trabajadores, ordenando al legislador establecer modalidades y procedimientos para lograr en ella una solución justa y pacífica. (Nº 16º del artículo 19).

En el *derecho a la seguridad social* se contempla el otorgamiento de prestaciones básicas uniformes a través de instituciones públicas o privadas. (Nº 18º del artículo 19).

La *propiedad intelectual* y la *propiedad industrial*, por su parte, con la particularidad de que se reconocen por el tiempo que señala la ley, quedan sujetas en todo lo demás a las reglas de la propiedad común (Nº 25º del artículo 19).

Si bien aparentemente éstas no son disposiciones que se refieren al orden público económico, no hay duda que contienen principios del mismo. *La existencia de dos sistemas de salud, la libertad para elegir entre uno y otro, la libertad de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, y, al mismo tiempo, la libertad para escoger entre ellos, la obligación del Fisco de financiar la educación básica, etc., evidentemente tienen un significado económico, porque garantizan en estos servicios, la participación de la libre iniciativa individual e impiden el monopolio del Estado.*

2. TRIBUTOS

La garantía del Nº 20º del artículo 19 es decisiva e imprescindible: 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 este número no sólo se encuentra esta norma, que es claramente de orden público económico, sino otras dos que son igualmente importantes y que no existían en las Constituciones anteriores. La primera es que:

“En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados e injustos”.

He aquí una regla esencial de orden público económico. *El legislador, que tiene libertad para imponer tributos, tiene limitada su autonomía en esta materia, porque tiene que respetar la proporción de los tributos y la relación de la justicia del mismo, que constituye un derecho de las personas frente al Estado.*

El Tribunal Constitucional ha recordado que esta disposición:

“fue aprobada en la sesión N^o 398, de julio de 1978, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, de cuya lectura se desprende que la intención de los comisionados fue establecer una norma *que impidiera que se pudieran imponer tributos de carácter expropiatorios o confiscatorios o que impidieran el ejercicio de una actividad*” (Rol N^o 203, sentencia de 6 de diciembre de 1994, considerando 8^o).⁸⁵

Al conocer el requerimiento que se le hizo para que examinara la constitucionalidad del aumento del monto máximo a pagar a título de patentes municipales, que se contemplaba en el proyecto de ley modificatorio de la Ley de Rentas Municipales, razonó del modo siguiente:

“9^o. Que, este Tribunal ponderando el alza del límite superior de la aplicación del tributo de 1.000 unidades tributarias mensuales a 4.000 unidades tributarias mensuales, ha estimado que del mérito del proceso no se desprende que el límite máximo del tributo sea desproporcionado o injusto.

De aceptarse el criterio sustentado por los requirentes podríamos llegar a considerar cualquier alza de un tributo en relación con el anterior como manifiestamente desproporcionada e injusta.

No hay que olvidar, además, la historia de la norma que quiso evitar que se impusieran tributos que vinieran a representar una expropiación o confiscación o impedirán el ejercicio de una actividad;

10^o. Que, en razón de lo expuesto no es posible a este Tribunal entrar a considerar como ‘manifiestamente des-

⁸⁵ Aún no publicada.

proporcionada o injusta' el alza del límite del tributo establecida en la modificación a la Ley de Rentas Municipales".

Además, las prohibiciones constitucionales deben ser siempre interpretadas con un criterio restrictivo y no es posible al respecto que se aplique un criterio amplio o extensivo para entender prohibiciones de rango fundamental (misma sentencia recién citada).

Con posterioridad, tuvo nuevamente ocasión de referirse a este derecho. Reiteró que el objeto de la disposición es:

"evitar que el legislador aprobara tributos que tuviesen un carácter confiscatorio o expropiatorio o que afectasen en su esencia o impidiesen el derecho de desarrollar una actividad económica lícita".

Agregó a continuación:

"7º. Que esencialmente reúnen el carácter de impuestos confiscatorios o expropiatorios aquellos que por su monto afectan el patrimonio o la renta de una persona y así lo sostuvieron los comisionados cuando trataron la materia y aprobaron la disposición constitucional en la sesión N° 398, de 11 de julio de 1978. En ningún caso, el constituyente en el inciso segundo del numeral 20º del artículo 19 de la Constitución, fijó un monto o rango para este tipo de gravámenes, pero sí señaló al legislador un límite conceptual que le impide desproporcionaciones injustificables o irracionales, y ellas se producen cuando son manifiestas, esto es, al tenor de la definición del Diccionario de la Lengua Española, cuando son descubiertas, patentes, claras;

8º. Que en materia de impuestos indirectos que gravan el consumo, la desproporcionalidad o injusticia de la tasa del tributo es difícil de determinar, pues existen múltiples factores, todos de hecho, que inciden en su calificación. Entre ellos cabe destacar la capacidad de pago del contribuyente, la calificación del bien común como de uso o consumo habitual o de carácter suntuario o prescindible o si con su imposición se impide el desarrollo de una actividad eco-

nómica, factores todos que implican a juicio de este Tribunal apreciaciones eminentemente valóricas, según tuvo oportunidad de señalarlo en el Rol N° 203, de 1994. Se trata de situaciones de hecho no fáciles de precisar y que deben acreditarse fehacientemente para que puedan fundar una decisión al respecto;

9°. Que no obstante lo anterior, este Tribunal no puede dejar de señalar que *un impuesto podría, entre otras situaciones, ser manifiestamente desproporcionado o injusto si con su imposición o monto se impide del todo o se limita de tal manera que hace imposible el libre ejercicio de una actividad económica o impide la adquisición del dominio de los bienes que afecte el impuesto*. Lo anterior, a juicio del sentenciador, no ocurre con los impuestos establecidos en los artículos 1° y 2° del proyecto de ley objetado, pues estamos en presencia de alza de tasas en relación al monto de un impuesto anteriormente existente, sin que haya antecedentes de que la legislación que los estableció haya sido objetada constitucionalmente” (Rol N° 219, sentencia de 31 de julio de 1995, considerandos 6° a 9°).⁸⁶

La otra norma es la contenida en los incisos restantes de este numeral, donde se establece que los tributos no pueden estar afectados a un destino determinado, salvo los dos casos de excepción que se contemplan:

“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”.

⁸⁶ Aún no publicada.

En palabras también del Tribunal Constitucional, lo que:

“se desprende de una interpretación armónica de la norma, y es lo que el constituyente ha querido, es que no haya una relación absoluta dependiente y directa entre lo que se recauda por concepto de impuestos y el destino que se da a lo recaudado. Así, el constituyente quiere evitar un vínculo directo y subordinado de un tributo a un gasto determinado” (Rol N^o 219, antes citado, considerando 2^o).

Es necesario observar, particularmente respecto de la prohibición de imponer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos, que además del examen que pueda hacer el Tribunal Constitucional, a requerimiento de más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados o del Senado, cuando estos tributos sean eventualmente cobrados judicialmente por el Fisco, cualquiera de los demandados tiene derecho a pedir a la Corte Suprema que declare la inaplicabilidad de la ley, basándose precisamente en que estos tributos son desproporcionados o injustos. *Será ese Tribunal de Justicia, en tal evento, el que va a tener que apreciar y decidir, según las circunstancias de hecho, la calificación jurídica correspondiente, o sea, si el tributo es proporcional a la materia que está gravando y si responde a la justicia; en este caso hablamos de justicia distributiva, es decir, de equidad en la distribución de las utilidades entre el Fisco y los que las producen.*

Esta es una materia muy importante respecto de la cual, hasta donde conozco, no se han planteado controversias ante los tribunales. Hemos vivido épocas normales donde ha habido una estabilidad tributaria razonable, producida por acuerdos políticos; pero eso no garantiza que en el futuro no se puedan presentar.

Esta disposición, en verdad, no sólo es de *orden público económico, sino que tiene una categoría especial, porque limita el poder del Estado, para impedir que a través de los tributos ejerza influencias ilegítimas en el campo económico.*

3. ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

Además de lo expuesto, existen otras disposiciones en el texto de la Constitución que dicen relación con el orden público económico, pero que generalmente no son consideradas, como son las situaciones que pueden presentarse en estados de excepción constitucional, regulados en los artículos 39 a 41 de la Constitución y en la Ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción.

El artículo 39 establece que:

“El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado en las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública”.

En caso de guerra externa se puede declarar “estado de asamblea”; si hay guerra interna o conmoción interior, “estado de sitio”; en el tercer caso de los señalados en ese artículo, “estado de emergencia”, y en el último, “estado de catástrofe”.

En virtud de esas declaraciones, que efectúa el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, salvo la segunda, en que se requiere acuerdo del Congreso, el Primer Mandatario queda facultado para suspender o restringir ciertos derechos, y para adoptar medidas que afectan al ejercicio del derecho de propiedad.

Los decretos y libertades de orden económico, sin embargo, específicamente la *libertad de trabajo* y el *derecho de propiedad*, sólo pueden ser afectados en el estado de asamblea, esto es, en caso de guerra externa; y en el estado de catástrofe, o sea, cuando ha habido calamidad pública, ocasión en la que se agrega la posibilidad de *restringir el transporte de mercaderías*.

El derecho de propiedad sólo se puede afectar en cuanto el Ejecutivo puede disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho. Pero de adoptarse estas medidas, el artículo 41, N° 8°, advierte lo siguiente:

“Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho

a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y con ello se cause daño”.

En otras palabras, las actividades económicas no pueden restringirse ni suspenderse bajo ningún estado de excepción constitucional, salvo el de asamblea y el de catástrofe, y únicamente en lo que respecta a la facultad que se confiere al Ejecutivo para “restringir” la libertad de trabajo, y para disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad; adicionalmente en el estado de catástrofe, para “restringir” el transporte de mercaderías.

De acuerdo al artículo 12 de la Ley N° 18.415, se restringe una garantía constitucional cuando “se limita su ejercicio en el fondo o en la forma”, pero no se impide del todo. Esto es, en nuestro país nunca podrá impedirse por completo el ejercicio de la libertad de trabajo ni el transporte de mercaderías.

4. NORMAS DE GASTO PÚBLICO

En seguida, tenemos la disposición que *obliga al Congreso Nacional a financiar todas las leyes que impliquen gastos*. Esta es una limitación a la autonomía del Congreso, que se contempla en el artículo 64:

“No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto.

Si la fuente de recursos otorgada por el Congreso fuere insuficiente para financiar cualquier nuevo gasto que se apruebe, el Presidente de la República, al promulgar la ley, previo informe favorable del servicio o institución a través del cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General de la República, deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea su naturaleza”.

Esta es una disposición de enorme importancia para la normalización del gasto del Estado, que tiene una influencia económica indudable, porque si el gasto no es financiado y se efectúa, se produce un déficit en el presupuesto. Al producirse déficit, no solo se genera la tendencia a aumentar los impuestos para financiarlo, sino que se empieza a recorrer el camino de empujar hacia arriba la inflación. De esta manera, *la disposición, aunque no afecte directamente a la actividad privada, constituye indiscutiblemente una norma de orden público económico que la protege.*

En relación con las finanzas públicas, *la iniciativa del Presidente de la República en cualquier proyecto que tenga incidencia en la administración financiera o presupuestaria del Estado, particularmente los que signifiquen mayor gasto, es también una norma de orden público económico*, porque nos da la garantía de que el responsable de la administración del país no va a ver dificultado su trabajo por iniciativas parlamentarias que, en el pasado reciente, se presentaban con ánimo de solucionar problemas existentes en el país o compensar carencias educacionales, sociales, de cualquier especie que careciendo de un financiamiento adecuado, producían efectos contrarios a los esperados, dañaban la economía del país, aumentaban la inflación y agravaban a la postre las circunstancias socioeconómicas que querían corregir.

5. SUPRESIÓN DE LOS DECRETOS DE INSISTENCIA SOBRE GASTOS.

Por último, podemos estimar *como norma que establece garantías de orden público económico, la contemplada en el artículo 88, inciso primero, en el sentido de que el Presidente de la República ya no puede dictar decretos de insistencia en materia de gastos públicos sobre el límite fijado en la Constitución.* Por consiguiente, no resulta posible hacer lo que ocurría en el pasado, en que, con la firma de todos los Ministros, se obligaba al Contralor a tomar razón de un decreto que implicaba gastos no autorizados.

La supresión de los decretos de *insistencia en esta materia tiene una relación indirecta con la economía, pero evidentemente puede considerarse como una garantía del orden público económico, ya que*

generalmente estos decretos de insistencia aumentaban el gasto público más allá del presupuesto o violentaban la estructura legal, garantía de las actividades de las personas.

E) ORDEN PUBLICO ECONOMICO EN SU ASPECTO INSTITUCIONAL

1. ESTADO EMPRESARIO

a) *Antecedentes históricos*

A pesar de que las Constituciones que precedieron a la actual no mencionan al Estado como empresario, los antecedentes históricos nos permiten afirmar que Chile ha sido y es "Estado empresario", desarrollando actividades económicas desde los primeros albores de nuestra historia.

Al principio, participaba en las actividades económicas a través de los servicios que integraban la Administración Pública Central, pero posteriormente lo hizo también creando instituciones fiscales, dotadas de personalidad jurídica, que fueron abarcando áreas como el crédito, el fomento, actividades industriales y actividades comerciales. Poco a poco, fue quedando de lado el aspecto social de las primitivas intervenciones para asumir un carácter mayoritariamente económico.

La Constitución de 1925, en su artículo 45, inciso tercero, dispuso que era materia de ley, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las *empresas fiscales* y en las instituciones semifiscales.

Fue la primera vez que el concepto de *empresa fiscal* aparecía en nuestra Constitución Política y el término se refería a empresas que realizaban actividades industriales y comerciales, que pertenecían al Estado, pero que tenían personalidad jurídica y patrimonio propio, diferentes de la personalidad jurídica y patrimonio del Estado propiamente tal.

La historia de la intervención económica del Estado bajo la Constitución de 1925 no sólo se tradujo en este nuevo concep-

to; sino que, mediante la Ley N^o 16.615, de 20 de enero de 1967, se modificó el tenor del artículo 10 N^o 10 de la Constitución Política de 1925, relativo a la garantía de la propiedad privada, y se dispuso:

“Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción y otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país”.

La norma recién citada, cuya *trascendencia se desprende de su solo texto, parece hoy como imposible de imaginar, porque deja a la ley, y en consecuencia al arbitrio del Estado, la facultad de excluir de la actividad económica de los gobernados cualquier tipo de propiedad o actividad que el Estado decida.*

El derecho de propiedad, bajo esta disposición, no tenía relación con el hombre en sí mismo ni era inherente a él, sino que dependía del Estado, que podía establecer que se reservaba el dominio exclusivo de los recursos naturales, bienes de producción y otros, que tuviesen, en su criterio, importancia para la vida económica, social o cultural del país.

La disposición citada *parece hoy realmente increíble, y demuestra hasta qué punto Chile estuvo en el límite de transformarse en un país donde el totalitarismo del Estado era su característica fundamental.* Esta disposición sólo es posible en países de capitalismo de Estado absoluto y sin límites; sin embargo, fue aprobada durante el Gobierno de don Eduardo Frei Montalva, antes del Gobierno de la Unidad Popular.

Hago esta reflexión para que el lector pueda ver de qué manera el país iba cayendo *en el plano inclinado de la sociedad totalitaria, y cuán importante es la preocupación por participar en la vida política, para defender sistemas y derechos que a todos nos parecen incommovibles; pero que en el hecho, dependen siempre de las mayorías políticas.*

Históricamente, primero se creó el concepto de “empresas del Estado” o “empresas fiscales”, pero no existiendo ninguna disposición constitucional que fijara el límite hasta dónde podría llegar la actividad empresarial del Estado, este sector no

quedó sujeto a ninguna restricción en su crecimiento; de manera que pudo acceder a la economía con carácter monopólico en muchos campos, incluso usando "resquicios legales", sin ni siquiera respetar la norma que disponía que para crear nuevas empresas públicas se requería autorización legal.

A partir de la segunda modificación constitucional de 1967, que hemos mencionado, se empezó a conformar fuertemente un sector estatal en la economía, retroalimentado por el propio Estado, que asumió y mantuvo monopolios en determinadas actividades económicas en abierta discriminación con los particulares. Estos, de hecho, pasaron a ser subsidiarios de un Estado principal en muchos campos de la actividad económica.

Bajo este espíritu, no extrañó la dictación de la Ley Nº 17.450, del 16 de junio de 1971, que modificó nuevamente el texto de la Constitución, esta vez para permitir la nacionalización de la Gran Minería del Cobre, comprendiendo además otras materias relativas a la propiedad, nacionalización minera y contratos leyes..

Desde ese momento, no en forma sistemática, sino que con disposiciones dispersas, pero en una política congruente y expansiva, se fue configurando un sector de empresas estatales y se estimuló el fortalecimiento de las mismas, con evidente desmejoramiento del sector privado. Esta actividad empresarial creciente del Estado fue mermando las libertades públicas y permitiendo incluso su control respecto de los medios de comunicación.

Como era previsible, este Estado económico y político no tenía capacidad de mantenerse. El 11 de marzo del año 1974, en la "Declaración de Principios de la Junta de Gobierno" aparecieron claramente determinados los principios limitativos de la actividad del Estado en la economía, motivados por la necesidad imperiosa de devolver los derechos a los ciudadanos y disminuir el poder del Estado, ejercido entre otras maneras a través de este sinnúmero de empresas estatales que representaban gran parte del patrimonio nacional.

Esclarecedores resultan, al respecto, los conceptos contenidos en el informe que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución dirigió al Presidente de la República el 16 de agosto de 1978 sobre las ideas precisas que contendría el ante-

proyecto de Constitución, en el que se exponen los motivos que se tuvieron en vista para establecer la norma que restringía la actividad del Estado. Dice en lo pertinente:

“En relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de las empresas del Estado, se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así.

Sólo por excepción podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, cuando una ley con quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, dicha actividad estará sometida a la legislación común que rija este tipo de actividades para los particulares”.⁸⁷

b) *Legislación vigente*

Artículo 19 N° 21° inciso 2°:

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

La norma básica de la actividad empresarial del Estado la constituye entonces, precisamente, el precepto de la Constitución recién citado.

⁸⁷ “Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos”. Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile. Santiago, s/f, págs. 29-30.

El Tribunal Constitucional se preocupó de dejar de manifiesto la concordancia entre esta norma, que exige quórum calificado, y el artículo 62, inciso cuarto, de la Constitución, que requiere de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, para crear nuevos servicios públicos.

Precisó el Tribunal que si bien es cierto que bajo el sistema de la Constitución de 1980 cuando el Estado actúa en la actividad empresarial las empresas deben ser generadas por ley, esa ley que las crea o que autoriza su creación debe aprobarse con quórum calificado.

“De aceptarse el criterio que la Constitución de 1980 contempla dos tipos de empresas públicas, unas destinadas a desarrollar actividades empresariales y que requieren de ley de quórum calificado y otras que el Presidente de la República podría proponer crear por ley, en conformidad al artículo 62, inciso cuarto, N° 2º, de la Carta Fundamental, y que serían servicios públicos creados por ley bajo la forma de empresas, ello significaría que el Estado, a través de esta facultad, burlaría lo dispuesto en el artículo 19, N° 21º, de la Constitución, pues bastaría para ello con crear empresas públicas bajo la forma de servicios que ejerzan potestades públicas, con lo que quedaría sin aplicación la norma del artículo 19, N° 21º, de la Carta, cuya intencionalidad está claramente expresada en su letra, *cual es que cada vez que el Estado quiera ejercer actividades empresariales tendrá que hacerlo bajo la forma de empresas creadas por ley de quórum calificado y que se rijan por el derecho común y, en consecuencia, no puedan ejercer potestades públicas*” (Rol N° 80, sentencia de 22 de septiembre de 1989, considerando 13).⁸⁸

La Contraloría General de la República, acertadamente, ha expresado sobre el alcance de la norma que estamos comentando:

⁸⁸ Fallos del Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 237.

“A diferencia de lo que ocurre con los particulares, y a modo de resguardo y garantía del derecho que les asegura, la Ley Suprema en el inciso segundo del N° 21° de su artículo 19, establece significativas limitaciones para que el Estado o sus organismos puedan desarrollar actividades en el campo empresarial.

Estas disposiciones apuntan a dejar establecido, por una parte, la preeminencia de la actividad empresarial privada y, por la otra, el carácter subsidiario del Estado en el campo económico. De ello se desprende que la regla general es la libre iniciativa individual para el desarrollo de cualquier actividad económica lícita, encontrándose el Estado impedido para actuar en ese ámbito, a menos que exista una habilitación legal de quórum calificado, y siempre que esa actuación se realice, sin privilegios ni estatutos especiales, en condiciones de igualdad con los particulares y sujetándose al régimen jurídico común aplicable a éstos, salvo las excepciones que por motivos justificados se establezcan” (Dictamen N° 22.683, de 1996).

Es claro que el texto constitucional se refiere a la actividad empresarial del Estado, sin distinguir entre la forma de empresa pública o de empresa privada que adopte para efectuarla, y que, cualquiera que ésta sea, la deja sometida, por regla general, a la legislación común aplicable a los particulares.

De hecho, las empresas públicas no tienen hoy día un régimen jurídico unitario, sino que presentan, al menos, tres posibilidades de regulación: hay algunas creadas por ley, que se rigen por normas de derecho administrativo, esto es, corresponden propiamente a una modalidad de servicio público descentralizado, ya casi en desuso; otras, también creadas por ley, han sido sometidas por el legislador en cuanto a su funcionamiento a la legislación privada, fundamentalmente de sociedades anónimas, y por último, existen empresas creadas como sociedades anónimas abiertas.

Todo ello en el marco del proceso de liberación de la normativa aplicable al campo empresarial del Estado, que, con distintos matices, es compartido por la gran mayoría de los actores políticos nacionales en la actualidad, y que no hace sino dar cumplimiento a lo que dispone la Carta Fundamental, en

el sentido de que la actividad empresarial del Estado debe realizarse dentro de un determinado contexto, dado, fundamentalmente, por las normas que permitan la libre concurrencia y por el derecho común.

Para permitir que el tráfico económico se realice en igualdad de condiciones entre todos los entes que participan en el mercado, el legislador no sólo ha autorizado la constitución de sociedades anónimas, sino que ha dispuesto directamente, en los distintos casos, que las antiguas empresas públicas dejen de ser tales y pasen a actuar como sociedades anónimas abiertas, regidas por las disposiciones de las sociedades anónimas abiertas, sujetas al sistema de estas sociedades y al tipo de control propio de ellas.

En concordancia con lo anterior, el artículo 6º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Nº 18.575, ordena lo siguiente:

“Artículo 6º. El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales.

Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”.

En virtud de esa norma orgánico-constitucional, la ley que autorice al Estado para actuar como empresario no sólo tiene que aprobarse con quórum calificado, sino que debe dictarse en cada oportunidad en que el Estado trate de desarrollar una actividad económica, de manera que en esta materia no existen “cheques en blanco”; precisamente porque otorgarlos sería quebrantar el importante principio de subsidiariedad.

No sólo existe esta limitación para las actividades, sino que también para los aportes que estas empresas reciban, de manera que cada vez que el Estado o sus organismos quieran aumentar este aporte, tendrán que requerir una nueva autorización legal.

Esa es la forma correcta de entender que la participación del Estado, mayoritaria o minoritaria, en las empresas debe ser autorizada siempre por ley.

No puedo compartir, por tanto, el punto de vista que el Tribunal Constitucional consignó al conocer un requerimiento en que se le pidió la declaración de inconstitucionalidad del proyecto de ley que autorizaba el incremento de hasta 3.085 millones de pesos en el Presupuesto de la Corporación de Fomento de la Producción, con el objeto de aportarlos a la Empresa Nacional del Carbón S.A., mediante aumento de capital.

Consideró el Tribunal:

“que no ha habido violación al artículo 19, N° 21°, de la Carta Fundamental, con el proyecto de ley en análisis, puesto que cuando en el Presupuesto de la Nación se contempla una partida para que el servicio público Corporación de Fomento de la Producción reciba una suma de dinero destinada exclusivamente a aumentar el capital accionario de una sociedad anónima, de la cual es su principal accionista, *no está el Estado generando una nueva actividad empresarial ni participando en ella, ya que la empresa beneficiaria de este aumento, ENACAR S.A., mantiene su misma actividad y objeto social, por lo que no resulta aplicable el quórum calificado para la aprobación de la ley que así lo autorice*” (Rol N° 249, sentencia de 4 de noviembre de 1996, considerando 6°).⁸⁹

A juicio del autor, el requisito impuesto en la Constitución de exigir ley expresa con quórum especial se aplica no sólo a *la creación de nuevas empresas, sino también, por simple lógica, en cada caso en que se modifique cualquier circunstancia prevista por el legislador al autorizar su creación; entre ellas el aporte de nuevos recursos, distintos de los que la misma empresa genere.*

Del fallo del Tribunal Constitucional parece deducirse que sólo es necesario una ley de quórum calificado cuando se modifica la actividad o el objeto social de la empresa. Para el autor, el propósito es más amplio, se requiere este quórum en cualquier cambio en la situación de la empresa que signifique de hecho una empresa distinta, no sólo por el objeto sino también por el tamaño e importancia económica que ella ten-

⁸⁹ Aún no publicada.

ga en la vida nacional diferente de aquélla que autorizó el legislador. Esto significa respetar la intención de la Constitución que exige ley de quórum calificado porque desea que el Poder Legislativo conozca y se pronuncie por mayoría especial sobre la empresa cuya creación autoriza lo que es indispensable para el equilibrio de los poderes políticos y el cumplimiento de la obligación del legislador de mantener el rol subsidiario del Estado.

Como se puede apreciar, el accionar económico del Estado no sólo ha originado disposiciones constitucionales para limitar su objetivo y regular las entidades con las que opera, sino que, además, la Constitución se ha preocupado de fijar normas para evitar desigualdades entre el Estado y los actores privados en el campo empresarial, ya que por medio de ellas se crearían privilegios contradictorios con el rol subsidiario del Estado.

F) RECURSO DE AMPARO ECONOMICO

I. ANTECEDENTES

La Ley N^o 18.971, de mayo de 1990, creó un recurso para resguardar lo dispuesto en el N^o 21^o del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, que es la regla básica de la libertad empresarial y restringe la actividad económica del Estado.

El derecho de las personas a desarrollar cualquier actividad económica a que se refiere el inciso primero del mismo número, está resguardado además con el recurso de protección.

Este es un recurso distinto del recurso de protección por la materia de que se trata. En el recurso de amparo económico hay una acción procesal destinada por una parte a obligar al Estado a someter su acción en el área económica al imperio de la Constitución, es decir, para sancionar una violación del sistema jurídico de parte del Estado, y por la otra, defender el derecho a desarrollar libremente una actividad económica.

Este recurso de amparo económico equivale a crear una acción popular para obligar al Estado a cumplir la ley cuando éste la viola en materia de su actividad empresarial. Por eso es que la Ley N^o 18.971 dispone:

“El actor que lo interponga no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados”.

Para mayor claridad es bueno hacer una comparación entre el recurso de protección y el recurso de amparo económico:

El titular de la acción en el recurso de protección es la persona que ve de alguna manera afectados o comprometidos los derechos individuales establecidos en la Constitución Política del Estado. El recurso de amparo económico es una acción destinada exclusivamente a defender la libertad en el campo de las actividades económicas de las personas y a someter al Estado y a los particulares a la legislación vigente en esta materia y en consecuencia a obligarlos a respetar las disposiciones que protegen el principio de subsidiariedad del Estado y la libertad económica. Es de acción pública, como se desprende de la disposición constitucional recién citada.

En el recurso de protección la Constitución no señala plazo, porque los derechos de las personas son irrenunciables e imprescriptibles. El plazo de 15 días que señala el auto acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre tramitación del recurso, a mi juicio, excede de la facultad de la Corte y contradice el texto de la Constitución Política del Estado, que no fija plazo para la interposición del recurso.

La ley que crea el recurso de amparo económico fija 6 meses de plazo para interponerlo, por una razón lógica; aquí hay una situación jurídica que produce efectos patrimoniales, que no puede quedar en posición dudosa.

Si el Estado desarrolla alguna actividad y nadie ejerce esta acción durante el plazo de seis meses, la ley hace caducar esta acción de manera que la actividad económica del Estado no puede impedirse o reglarse por medio de este recurso. Podrá hacerse por medio de acciones ordinarias cuando perjudique a alguna persona; pero la acción popular que cualquiera puede ejercer, aunque no tenga interés actual comprometido, caduca al cumplirse el plazo de seis meses.

La existencia de este recurso de amparo económico no significa que no puedan aplicarse también en el campo de la actividad económica todos los recursos que señala la ley.

El recurso de amparo económico tiene por principal finalidad hacer más efectivo el resguardo de lo que podríamos llamar “derechos empresariales de las personas”, por eso tiende a hacer realidad los límites de la actividad empresarial del Estado, para evitar que éste intervenga en áreas productivas en perjuicio de los particulares, ya que históricamente ha sido el Estado el limitante de esta libertad.

En relación con el Estado es necesario tener presente que este recurso se aplica no sólo para restringir el ámbito de su acción económica, en cuanto a las actividades en sí mismas; sino que también para mantener la libre competencia cuando las condiciones en que está operando una empresa del Estado impliquen privilegios no gozados por la actividad privada, con infracción a la Constitución, que obliga a que el Estado, cuando desempeña actividades empresariales, esté sometido a las mismas leyes, reglamentos y principios que la misma actividad privada, salvo los reducidos casos de excepción que señala.

La Constitución contempla diversas acciones para velar por la aplicación de sus preceptos, a las que nos referimos en un capítulo separado; pero este aspecto tan importante y que tiene tanta influencia en el desarrollo económico del país y en el ejercicio real de libertades públicas, no estaba protegido por una acción judicial expedita que permitiera reclamar por las infracciones. El recurso de amparo económico, en este sentido, vela por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales que dicen relación con las actividades empresariales.

Los regímenes políticos de América Latina, en el último cuarto de siglo, han demostrado que el Estado es casi siempre mal empresario y que no puede compararse ni en su eficiencia, ni en su imaginación, ni en su papel creativo, con el empresario privado. Muchas de las empresas públicas, aun manejadas en forma normal, llenaron un campo en que la actividad privada pudo desenvolverse con mucha mayor eficiencia y rendimiento; porque el empresario privado, a diferencia de los agentes del Estado, trabaja con lo propio, corre sus propios riesgos y, en consecuencia, es mucho más cuidadoso en la administración de sus recursos.

Conviene, por último, no olvidar que existe el peligro de que el Estado conduzca la economía y también sus empresas

con criterio político. Vienen a nuestra memoria los casos en que los gobiernos buscaron satisfacer demandas de diversos grupos de presión y tendieron a fijar objetivos no económicos a las empresas, comportamiento que conduce en definitiva a una deficiente asignación de los recursos, con enorme perjuicio para toda la comunidad. En Chile, quizás el ejemplo típico sea la empresa estatal del carbón.

El recurso puede interponerse ante la Corte de Apelaciones respectiva, dentro de los seis meses contados desde que se produzca la infracción; el Tribunal debe investigar la infracción denunciada, dar curso progresivo a los autos hasta pronunciar sentencia contra la cual existe un recurso de apelación para ante la Excelentísima Corte Suprema que debe interponerse dentro del plazo de cinco días. Si la sentencia establece fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor que la interpuso será responsable de los perjuicios que hubiese causado.

2. APLICACIÓN CON RELACIÓN AL ESTADO

El primer recurso de amparo económico fue interpuesto con fecha 27 de agosto de 1990 ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Desde entonces, se han dictado varias sentencias que han aplicado, a mi juicio, con un sano criterio interpretativo las disposiciones constitucionales sobre la actividad empresarial del Estado. Hay otras, en cambio, que merecen serios reparos.

Merece especial comentario la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, fechada el 5 de diciembre de 1991, que redactó el abogado integrante y profesor de Derecho Administrativo don Manuel Daniel y recayó en el recurso interpuesto por la Asociación de Impresores contra el Ejército de Chile, de quien depende el Instituto Geográfico Militar. Esta sentencia es especialmente feliz en cuanto establece que las actividades empresariales que puede desarrollar el Estado o sus organismos son expresa y específicamente aquellas que se refieren a los fines del servicio. *Establece de esta forma un principio que es muy útil recordar: el carácter excepcional de la actividad empresarial del Estado.*

El Instituto Geográfico Militar, frente al requerimiento de la Asociación de Impresores, adujo que estaba actuando en lo que denominó "Área Marginal", que aunque no dice relación con su fin específico, está dentro de sus acciones naturales para cumplir con el objeto que la ley le ha asignado, lo que demostraría el hecho de haber sido autorizado para confeccionar los boletos del sorteo de la Polla Chilena de Beneficencia.

La sentencia no aceptó ese argumento, haciendo ver que la especialidad del Instituto son trabajos de índole geográfica y de levantamiento y elaboración de cartas del territorio nacional, y que la misma prueba de la limitación de su actividad está en que se necesitó una ley para que pudiese imprimir esos boletos, a pesar de que la Polla Chilena de Beneficencia no percibe fines de lucro y está relacionada con el Estado de manera importante.

El Instituto Geográfico Militar sostuvo que también probaba su competencia el hecho que la ley lo hubiera autorizado para contratar empleados civiles, que pagaba con los ingresos por servicios prestados. La sentencia observa, a este respecto, que el uso de los fondos por los servicios que presta dentro de su propia competencia y actividad y autorizados por la ley sólo le permite una relativa autonomía presupuestaria, pero ello no significa que la ley le esté otorgando por la vía indirecta la potestad para exceder el ámbito propio de sus actividades específicas.

Acogiendo el recurso, la sentencia declaró que el Instituto Geográfico Militar debía abstenerse de realizar trabajos de impresión gráfica a terceros que no pertenezcan al área propia de su especialidad, que está determinada en las leyes orgánicas que lo regulan.⁹⁰

No han prosperado, en cambio, otras acciones entabladas contra La Nación S.A. y la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.

En cuanto a la primera, afirmaron la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema en 1997 que como La Nación

⁹⁰ Un comentario favorable a esta sentencia, de don Waldo Ortúzar, aparece en *Informe Constitucional*, N° 224, de 20 de diciembre de 1991.

S.A. se sirve por la legislación común aplicable a los particulares, puede constituir otras sociedades –en la especie, “Base de Datos del Diario Oficial S.A”. o “Anfitrión S.A”.– sin necesidad de la autorización legal especial que rige la Constitución Política.⁹¹

Respecto de la segunda, manifestaron en 1998 que al haberse interpuesto el recurso respecto de todos los servicios “Metrobús”, y no sólo los que operan en la Línea 5 del Ferrocarril Metropolitano, el plazo para interponer el recurso estaba vencido. Añadieron que la Ley N° 18.772 faculta al Estado para desarrollar actividades empresariales de servicio público de transporte de pasajeros mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos “u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos”, dentro del cual se comprendería el “Metrobús”.⁹²

En estos casos, por diversos motivos, no se alcanzaron los propósitos tenidos en vista por el constituyente, en circunstancia que es absolutamente claro que se trata de organismos del Estado que, directamente o mediante otras sociedades, están realizando actividades empresariales que desbordan el campo determinado por el legislador.

Es importante destacar que sostener que las empresas del Estado, por el hecho de someterse a la legislación común aplicable a los particulares, podrían constituir las sociedades que quisieran sin autorización legal, conduce a un abierto desconocimiento del tenor y el espíritu del mandato constitucional.

Un aspecto central de esta materia, en el que incumbe responsabilidad tanto al legislador como a los jueces, es la situación de todos aquellos órganos del Estado que realizan actividades empresariales y están regidos por disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la actual Carta Fundamental.

Respecto de ellos, livianamente podía sostenerse que esas reglas se encuentran amparadas por la disposición quinta transitoria de la Constitución, la cual entiende que las leyes en vigor a esa fecha sobre materias que conforme a la Constitución deben

⁹¹ Sentencias de 4 de septiembre de 1997 y 6 de octubre de 1997, respectivamente, comentadas en *Informe Constitucional*, N° 1.658, de 19 de diciembre de 1997.

⁹² Sentencias de 24 de abril de 1998 y 14 de mayo de 1998, respectivamente, comentadas en *Informe Constitucional*, N° 1.774, de 19 de junio de 1998.

ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o –como ocurre en la especie– aprobadas con quórum calificado, “cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

La supervivencia de tales leyes, no obstante, si bien se aprecia, está condicionada al hecho de que “no sean contrarias a la Constitución”. Ello obliga al juzgador a examinar esa adecuación al mandato constitucional del artículo 19, N° 21º, esto es, si esa autorización para desarrollar actividades empresariales está conforme con el referido precepto fundamental.

Desafortunadamente, al menos en dos casos, la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema se han limitado a aplicar la disposición quinta transitoria sin indagar si concurría ese presupuesto indispensable. Así ocurrió en 1992 con la Casa de Moneda de Chile y en 1997 con la Empresa de Correos de Chile S.A., en sendos recursos de amparo económico interpuestos en su contra.

Todo ello podría, en el hecho, hacer peligrar la obtención de la finalidad de la Ley N° 18.971, cual es complementar la Constitución, concediendo una acción judicial para resguardar el principio de subsidiariedad.

3. APLICACIÓN CON RELACIÓN A LOS PARTICULARES

La Empresa Hidroeléctrica Pullinque S.A. recurrió de protección y amparo económico contra Endesa en 1991, aduciendo que acciones u omisiones de parte de esta última vulneraban el derecho del recurrente a desarrollar libremente su producción y venta de energía eléctrica. La Corte no consideró acreditados los hechos y desechó el recurso; pero en su considerando 4º expresa el alcance del recurso de amparo económico:

“4º. Que, a su vez, el N° 21º del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, lo que significa que todas

las personas tienen el derecho de que se trata, libremente, personalmente o en sociedad, organizada en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad y con las limitaciones ya indicadas; y la obligación de no atentar en contra de esta garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda otra autoridad, sino también a otros particulares que actúen en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleve al cierre o la quiebra. Pero es contrario a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien está cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país”.⁹³

Esta sentencia tiene la importancia de señalar en el considerando citado que es “contrario al orden público económico” cualquier acuerdo o arbitrio que “den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país”.

El análisis de la sentencia pronunciada en 1992 en el recurso de amparo interpuesto por Entel contra C.T.C. sobre reajustabilidad de tarifas nos permite precisar aún más el alcance de la acción en comento.

La Corte expresa que la acción popular está establecida para:

“denunciar las infracciones a dicho artículo 19 N° 21° de la Constitución Política, y, por lo tanto, aquellas conductas que entraben o conculquen el derecho a desarrollar cualquier actividad económica dentro del marco en que dicho derecho se encuentra garantido, como también el desarrollo de una actividad económica que no se encuadre en el

⁹³ Sentencia de 19 de marzo de 1992, Rol N° 5.770-91, transcrita en *El recurso de amparo económico*, de Ismael Ureta Silva, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1997, pág. 113.

orden moral público o de seguridad nacional; o bien la infracción de la normativa legal que regula el desarrollo de una actividad económica”.⁹⁴

A continuación precisa que las “normas legales” tienen un sentido amplio y comprenden las normas emitidas “por la autoridad potestativa del órgano administrativo del Estado”; pero distingue si ellas tienen alcance general o regulan únicamente aspectos de interés particular.

Finalmente concluye:

“En consecuencia, su transgresión o falta de aplicación por una de las empresas concesionarias en su relación comercial con otras de dichas empresas, no ha impedido a la recurrente afectada por la conducta de su contratante, el desarrollo de su actividad económica; como tampoco ha infringido el orden público económico en el sentido que el propio recurrente ha invocado como fundamento de su recurso, pero dentro de la amplitud y trascendencia necesarias para el mantenimiento del carácter de acción popular del recurso de amparo económico precisadas en el considerando 7º”.⁹⁵

4. CONCLUSIONES DE LA JURISPRUDENCIA

a) El recurso es aplicable al Estado cuando ejerce actividades económicas no constitucionalmente autorizadas.

b) También es aplicable cuando las actividades del Estado gozan de privilegios sobre las privadas, salvo las excepciones constitucionales.

c) Protege la libertad de emprender actividades económicas contra cualquier acción u omisión que las perturbe, causadas por cualquier entidad o persona, pública o privada.

d) Comprende las acciones destinadas a hacer cumplir “las normas legales que rigen la actividad económica”, con excep-

⁹⁴ Sentencia de 15 de junio de 1992, Rol N° 2.762-92, transcrita en *El recurso de amparo económico*, obra citada, pág. 119.

⁹⁵ Obra citada, pág. 120.

ción de aquellas que regulan situaciones de interés particular y no impiden dicha actividad.

G) BANCO CENTRAL

I. ANTECEDENTES

La necesidad de la existencia de un Banco Central independiente del Estado apareció con mayor evidencia que nunca con motivo del desenvolvimiento que tuvo nuestra economía entre los años 1970 y 1973, en que el país llegó a tener niveles de inflación del 400%, basado fundamentalmente en el endeudamiento del Estado con el Banco Central para obtener recursos fuera de presupuesto, que generó una emisión descontrolada de dinero.

Por lo anterior, la Constitución de 1980, a diferencia de las Constituciones anteriores, contiene normas respecto del Banco Central, al que dio un carácter autónomo.

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución concordó en la necesidad de contar con un organismo independiente que detentara la autoridad monetaria y cambiaria y tuviera un reconocimiento constitucional similar al de la Contraloría General de la República.

La finalidad de estas disposiciones constitucionales era facilitar una política monetaria y cambiaria que privilegiara la estabilidad, evitando el manejo por parte de los gobiernos de las cuentas del Banco Central y de las emisiones monetarias.

De esta manera se pretendía que el Banco Central fuera el árbitro que marcara la política económica, manejara las tasas de interés y de cambio, que son índices indispensables para realizar los ajustes, fomentar el ahorro y otras medidas para lograr objetivos macroeconómicos de un país moderno y estable.

Así lo consignó la Comisión en el informe que dirigió al Presidente de la República el 16 de agosto de 1978:

“Es un hecho que el poder político ha tenido históricamente, entre otros, dos instrumentos para distorsionar el proce-

so económico: la fijación de la paridad cambiaria y la emisión del circulante. El uso indebido e inorgánico de este último ha sido determinante del fenómeno de la inflación que ha debido soportar el país y que en el hecho constituye un impuesto regresivo que afecta fundamentalmente a quienes viven de un sueldo y un salario.

A fin de evitar estos problemas que revisten tanta gravedad para el futuro nacional y recogiendo la inquietud expresada por V.E. en su oficio a la Comisión de noviembre último, en el sentido de crear una instancia técnica e independiente destinada a procurar que la emisión monetaria no sea manejada como señuelo de promesas o acciones demagógicas, el anteproyecto consagra constitucionalmente al Banco Central como un órgano autónomo encargado de fijar y regular la política monetaria y cambiaria.

Lo anterior no implica privar al Presidente de la República de la conducción económica del país, sino darle intervención a un organismo especialmente capacitado para que tenga facultades en el manejo de las variables técnicas”.⁹⁶

El Consejo de Estado añadió la “política crediticia” a la política monetaria y cambiaria, como aquellas que debía fijar y manejar el Banco Central, pero en definitiva, con el objeto de darle la máxima amplitud a la ley orgánica constitucional respectiva, se dejó entregada a ella determinar las funciones y atribuciones de este organismo.

2. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

“Art. 97. Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional”.

“Art. 98. El Banco Central sólo podrá efectuar operaciones con instituciones financieras, sean públicas o privadas. De ma-

⁹⁶ *Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos*, ya citados, págs. 277-278.

nera alguna podrá otorgar a ellas su garantía, ni adquirir documentos emitidos por el Estado, sus organismos o empresas.

Ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos del Banco Central.

Con todo, en caso de guerra exterior o de peligro de ella, que calificará el Consejo de Seguridad Nacional, el Banco Central podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas.

El Banco Central no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza”.

La inclusión de estas disposiciones en nuestra Constitución Política no tiene precedentes. El solo hecho de dedicarle al Banco Central un capítulo significa el reconocimiento de parte de la Carta Fundamental de 1980 de la trascendencia de las funciones que tiene la institución y significa, de paso, la confirmación del propósito de la Constitución de ajustarse tanto a la realidad nacional como de reconocer que en el mundo de hoy la economía de los países, si quiere ser exitosa, debe respetar cada vez más las normas de las ciencias económicas.

El carácter técnico del Banco Central hace indispensable la autonomía del mismo. Si la Constitución hubiese dispuesto un organismo técnico, pero dependiente de la autoridad política, no hay duda alguna de que su estructura sería débil y contradictoria. Al establecer la autonomía, es decir, su “no dependencia” de otro, su libertad para tomar sus propias resoluciones, está permitiendo la conservación, a través de los vaivenes de la política contingente, de una política económica lógica, consistente y que tenga metas de mediano y largo plazo, difíciles de establecer cuando se depende de autoridades políticas que por la propia naturaleza del sistema democrático se van renovando periódicamente.

La autonomía del Banco Central fue cuestionada cuando la Junta de Gobierno aprobó el proyecto de ley orgánica constitucional de dicha entidad. La objeción de inconstitucionalidad se basó en que esa iniciativa, al otorgarle autonomía al Banco Central con las atribuciones que contempla, cercenaría faculta-

dés que la Constitución confiere al Presidente de la República, específicamente la de ejercer la administración económica del Estado, llegó a sostenerse, por algunos, que constituiría un Estado dentro del Estado.

El Tribunal Constitucional dejó constancia que tanto el gobierno como la administración del Estado, que corresponden al Presidente de la República, debe ejercerlos dentro del marco de la Constitución y de la ley, por lo que queda sujeto a la fiscalización y control de otros órganos del Estado y a las limitaciones que la Carta Fundamental establece.

Luego de revisar las distintas restricciones y limitaciones que la propia Carta Fundamental establece para el Jefe de Estado, concluyó:

“Es de acuerdo a los conceptos anteriormente expresados, que el artículo 24 de la Carta le confiere al Presidente de la República el gobierno y la administración del Estado; esto es, *con todas las limitaciones y restricciones que ella establece*.

Es por esto que su facultad de administrar no comprende ni puede comprender a los organismos autónomos que contempla la Constitución, como la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades” (Rol. N° 78, sentencia de 20 de septiembre de 1987, considerando 13).

Sostuvo más adelante:

“18. Que ninguno, pues, de los organismos autónomos que contempla o permite la Constitución puede decirse que estén plenamente sometidos al gobierno y administración del Estado que compete al Presidente de la República. Ellos se rigen por sus respectivas leyes;

19. Que pretender que el Banco Central esté sujeto al poder jerárquico del Presidente de la República sería inconstitucional, pues la Constitución lo crea como un ente autónomo” (Sentencia ya citada).⁹⁷

⁹⁷ Fallos del Tribunal Constitucional..., obra ya citada, págs. 211 y 214.

Con posterioridad, el Tribunal tuvo ocasión de volver sobre este mismo tema.

Refirió:

“11º. Que de acuerdo a lo anterior la autonomía del Banco Central de Chile se expresa en el hecho de ser un órgano de rango constitucional y de tener personalidad jurídica y patrimonio propio y que su organización y funcionamiento están entregados a la Constitución y a su respectiva ley orgánica constitucional;

12º. Que en cuanto a la extensión de su autonomía y a la relación que debe existir entre la independencia de este órgano con la autoridad o Poder Central le corresponde al legislador orgánico establecer las normas que permitan una adecuada compatibilización de estos principios” (Rol Nº 216, de 17 de julio de 1995).⁹⁸

Consideró que:

“la Ley Nº 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central, *si bien estableció normas que configuran una relación entre las atribuciones de administración y de gobierno del Presidente de la República y el Banco Central, en ninguna de ellas hay atribuciones del Ejecutivo que impliquen que pueda imponerse la voluntad del Poder Central sobre el Consejo del Instituto Emisor, el que tiene a su cargo la dirección y administración del Banco Central*” (Fallo recién citado, considerando 18).

Reforzando estos conceptos fundamentales, la Constitución tiene disposiciones terminantes que dicen relación con la Administración del Estado, de acuerdo con las cuales debe financiarse con sus propios recursos, y no, como ocurría en el pasado, con préstamos del Banco Central que originaban emisiones que producían inflación y que en definitiva hacían que el peso de la mala administración recayera fundamentalmente en los

⁹⁸ Aún no publicada.

que gozaban de un sueldo, que veían la disminución del poder adquisitivo de sus ingresos día a día.

Por estas razones, la Constitución dispone que ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos del Banco Central y señala, además, que el Banco no puede adquirir documentos emitidos por el Estado, sus organismos o sus empresas, cosa que también ocurría ordinariamente. El procedimiento era muy simple, tanto así que hubo Ministros de Hacienda que les dijeron a los Presidentes que mientras ellos estuvieren en el cargo nunca les iba a faltar el dinero: la Tesorería General de la República emitía pagarés, el Banco Central compraba los pagarés y el Estado disponía de dinero cuya circulación evidentemente causaba un deterioro económico y una inflación que hacía imposible el desarrollo que el pueblo de Chile tenía derecho a lograr con su trabajo y su inteligencia.

Por eso es que la Constitución es tan categórica. La única excepción de todo esto es lógica: se trata del caso de guerra exterior o de peligro de ella, lo que será calificado, no por el poder político, sino que por el Consejo de Seguridad Nacional, que está integrado por las más altas autoridades del país y también por los Comandantes en Jefe de nuestras Fuerzas Armadas, con competencia para poder apreciar estas materias propias de la seguridad nacional.

Por otra parte, no puede olvidarse la reiteración de un principio básico del orden público económico, el de la no discriminación arbitraria en el trato que el Estado y sus organismos deben dar a los particulares, que se estimó conveniente incluir expresamente en el caso del Banco Central, en el inciso final del artículo 98.

El cumplimiento de esta disposición, en situaciones concretas, ha sido examinado también por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, con ocasión de la intervención y liquidación de varios bancos e instituciones financieras que tuvo que disponer la autoridad en 1985.

A propósito del proyecto de ley que permitía al Banco Central adquirir activos y asumir los pasivos de dichas entidades, señaló el Tribunal:

“4º. Que en el análisis de los artículos antes mencionados en relación con las disposiciones constitucionales que podrían serle aplicables, en particular las referentes expresamente al Banco Central, se debatió en forma especial la contenida en el inciso final del artículo 98, que señala que “no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza;

5º. Que, como se enunció en el considerando 3º, los artículos sometidos a control constitucional establecen dos tipos de exigencias que las instituciones financieras deben reunir para que el Banco Central pueda ejercer la facultad legal que se le está otorgando.

El primero de ellos es que se encuentren tales instituciones en una situación anormal, como es la liquidación forzosa, en un caso, o bajo administración provisional con ciertas condiciones previas, en el otro.

El segundo tipo de exigencias es que esa situación legal anormal exista a la fecha de vigencia de la ley para el primer grupo de instituciones o al 1º de noviembre de 1984, para el último;

6º. Que la facultad que se otorga al Banco Central, en lo que dice relación con el primer tipo de exigencias, o sea, el de que las instituciones financieras se encuentren en la situación anormal a que se hizo referencia, *comprende a todas las instituciones en tal situación, sin hacer distinciones o diferencias de ninguna naturaleza. Por consiguiente, esa norma desde ningún punto de vista, puede ser calificada como discriminatoria;*

7º. Que la otra clase de exigencias, en cuanto dispone que tales instituciones financieras se encuentren en la situación normal antes aludida a la fecha de vigencia de la ley, en el primer caso, y al 1º de noviembre de 1984, en el segundo, contiene *una idea complementaria que no hace otra cosa que darle a la norma legal el carácter de transitoria;*

8º. Que no existe en la Constitución ni en la legislación chilena ningún impedimento para que una norma legal,

aun cuando ella sea parte de una ley orgánica constitucional, pueda tener el carácter de transitoria;

9º. Que *el solo hecho de la transitoriedad de una norma legal no constituye por sí misma una discriminación*, sino que representa la voluntad del legislador en orden a que la aplicación de esa norma o sus efectos tengan una duración temporal, en oposición a lo permanente;

10º. Que, en consecuencia, no siendo discriminatorias las normas a que se ha hecho referencia, no pueden pasar a serlo por la sola circunstancia de que puedan tener el carácter de transitorias” (Rol N° 28, sentencia de 8 de abril de 1985).⁹⁹

3. LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

Como lo hemos expresado, la Constitución ordena la aprobación de una Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, que entró a regir en octubre de 1989, bajo el N° 18.840.

De esta ley orgánica hay que destacar algunos puntos fundamentales:

a) *Legislación aplicable*

El artículo 2º, inciso primero, establece al respecto:

“El Banco, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, se regirá *exclusivamente* por las normas de esta ley orgánica y no le serán aplicables, para ningún efecto legal, las disposiciones generales o especiales, dictadas o que se dicten para el sector público. Subsidiariamente y dentro de su competencia, se regirá por las normas del sector privado”.

Conclusiones que se desprenden de esta disposición:

⁹⁹ *Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, págs. 182-183.

1º. Que al realizar sus actuaciones el Banco Central no tiene que someterse a las normas que rigen los actos de las autoridades públicas, sino sólo a su ley orgánica.

2º. Que no está sometido a la fiscalización de la Contraloría General de la República, porque no se le aplican las normas del sector público y tampoco cae dentro de las facultades que la Constitución da a la Contraloría.

3º. Que, en subsidio, en lo que no disponga la Ley Orgánica del Banco Central, a éste le son aplicables las normas del sector privado y no las normas del sector público.

Esta disposición, además de las conclusiones que he señalado, significa reafirmar la independencia del Banco Central de todo el aparato político y administrativo del país, con el que se relaciona en la forma que establece su propia Ley Orgánica y que vamos a ver resumidamente más adelante.

Esta diferencia del Banco Central con la Administración Pública también se extiende al personal del Banco, y así, el artículo 81 de la ley orgánica establece:

“Las relaciones de los trabajadores del Banco con la institución se regirán por las disposiciones de esta ley y, en subsidio, por las del Código del Trabajo y demás normas legales aplicables al sector privado. En ningún caso se aplicarán al personal del Banco las normas generales o especiales dictadas o que se dicten para el sector público”.

La sola lectura de esta disposición denota su trascendencia y la reiteración de su independencia. Los funcionarios del Banco Central no están regidos por las leyes que rigen la Administración Pública, sino por la Ley Orgánica del Banco Central y, en subsidio, por las normas del sector privado. En consecuencia, los nombramientos, remociones, sanciones, etc., se aplican de acuerdo con la Ley Orgánica, que da al Consejo del Banco Central una amplitud similar a la que existe en el sector privado.

Es preciso apuntar, sin embargo, que esa exclusión normativa de las reglas del sector público, que está destinada a reforzar la autonomía operativa o funcional del Banco Central, no le quita, por cierto, su carácter de órgano público y su pertenencia en términos amplios a la “Administración del Estado”, como

concepto que agrupa a una serie de entidades que no pertenecen ni al Congreso Nacional ni al Poder Judicial.

No obsta a lo anterior el hecho de que el artículo 90 de la Ley Orgánica establece que no se aplicará al Banco, entre otras disposiciones, la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

La Ley N° 18.575 comprende al Banco Central, junto con otros órganos constitucionales autónomos, como la Contraloría General de la República y las municipalidades, en el concepto genérico de "Administración del Estado".

Ha precisado al respecto el Tribunal Constitucional que:

"El artículo 1° de la citada ley orgánica, en cuanto menciona los órganos y servicios que comprende la Administración del Estado, *sólo se ha limitado a señalar su estructura general con relación a los vínculos que puedan existir entre ellos y el Poder Central*" (Rol N° 78, ya citado, considerando 24).¹⁰⁰

A su turno, el artículo 9° de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ordena a todos los "organismos de la Administración del Estado" proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por cualquiera de las Cámaras o por los organismos internos que señalen los reglamentos de ellas.

La Contraloría General de la República, frente a una consulta que le efectuó la Oficina de Informaciones del Senado, concluyó que el Banco Central, por ser un organismo integrante de la Administración del Estado, se encuentra obligado a cumplir esa obligación, exceptuando los antecedentes sobre los cuales esté legalmente obligado a guardar reserva, frente a cualquier persona que no sea el interesado (Dictamen N° 27.729, de 1991). Ese pronunciamiento se ha reiterado frente a dos solicitudes de reconsideración hechas por el Banco Central, en los dictámenes N°s 28.091, de 1992, y 27.951, de 1993.

¹⁰⁰ Fallos del Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 216.

La ley sobre probidad administrativa de los órganos de la Administración del Estado, impone la obligación de efectuar una declaración de intereses a todas las autoridades y funcionarios directivos, profesiones, técnicos y fiscalizadores de la Administración del Estado, que se desempeñen hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente. La misma ley modifica la ley orgánica del Banco Central para imponer la misma obligación a los Consejeros del Banco Central y los demás funcionarios que ocupen cargos hasta el nivel mencionado. Reafirmando así la separación del Banco Central de los otros órganos de la administración.

b) *Objeto*

El artículo 3º de la Ley se preocupa de precisar el objeto del Banco y las atribuciones con que cuenta, señalando textualmente:

“El Banco tendrá por objeto velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos.

Las atribuciones del Banco, para estos efectos, serán la regulación de la cantidad de dinero y de crédito en circulación; la ejecución de operaciones de crédito y cambios internacionales, como, asimismo, la dictación de normas en materia monetaria, crediticia, financiera y de cambios internacionales”.

c) *Facultades*

El Título III de la Ley se encarga de regular esta materia.

Las más importantes se refieren a la potestad exclusiva del Banco para emitir billetes y acuñar monedas de acuerdo con las normas de esta misma ley, y las facultades para regular la cantidad de dinero en circulación y de créditos.

Los medios que puede usar el Banco Central para cumplir con su finalidad son de diversa naturaleza, como abrir líneas de crédito a empresas bancarias, operaciones de descuento y redescuento, fijar las tasas de encaje, fijar las tasas de interés,

comisiones y sistemas aplicables a las operaciones que señale el Banco Central con entera libertad, sin sujeción a la ley común, sino que sólo a su ley orgánica.

Además el Banco puede ejecutar una serie de operaciones en relación con depósitos, documentos, carteras, emisión de títulos, tiene la facultad de comprar y vender en el mercado abierto valores inmobiliarios, etc.; la verdad que las facultades del Banco Central son extensísimas en esta materia, destinada a regular la cantidad de dinero que está en circulación.

En uso de sus facultades, el Banco también *regula el sistema financiero y el mercado de capitales* con una serie de atribuciones que dicen relación con las empresas bancarias, sociedades financieras, cooperativas, captaciones de créditos y fondos del público ya sea como depósito, mutuo, participación, etc. A esto se agrega una serie de facultades que antes pertenecían a la Superintendencia de Bancos y que hoy, en lo que dice relación con lo que es propiamente la economía bancaria, están regidas por la Ley Orgánica del Banco Central y bajo la facultad de su Consejo.

El Banco tiene atribuciones en materia internacional, como las de representar al gobierno de Chile ante los organismos financieros internacionales y operar con ellos; aplicar las disposiciones de los convenios en que sea parte, ya sea el Estado de Chile o el Banco Central específicamente; contratar créditos en el exterior, otorgar créditos a Estados extranjeros, abrir depósitos a Estados extranjeros, mantener y administrar sus reservas internacionales en el país y en el exterior.

En materia de operaciones internacionales, la Ley Orgánica del Banco Central establece el principio de que toda persona puede efectuar libremente las operaciones de cambios internacionales; pero las somete lógicamente a la reglamentación y a los requisitos que el mismo Banco puede exigir para determinadas operaciones internacionales de cambio. Así, toda la base de la regulación del mercado cambiario formal, informal, etc., está contenida en la Ley Orgánica del Banco Central por medio de facultades otorgadas al Consejo del mismo.

El Banco Central tiene también la calidad de Agente Fiscal; es decir, a solicitud del Ministro de Hacienda, el Banco puede actuar como agente del Fisco en la contratación de créditos internos y externos y encargarse del servicio y la amortización de la deuda

externa directa o indirecta que tiene el Estado de Chile. Para evitar dudas, la ley expresa que el deudor es el Fisco, aun cuando todo o parte de los préstamos haya estado o esté destinado al financiamiento de actividades compatibles con las finalidades del Banco, y el dinero no haya sido ingresado en arcas fiscales y sea mantenido en el poder del Banco para cumplir sus finalidades. El deudor siempre es el Fisco; el Banco Central es el mandatario e incluso la ley dispone que tiene derecho a cobrar al Fisco una retribución por este mandato. En consecuencia, se trata de un mandato remunerado.

La Ley Orgánica del Banco Central se preocupa de precisar la obligación del Fisco de proporcionar previamente al Banco, a través de Tesorería, los fondos necesarios para el servicio de los créditos en que éste actúa como agente fiscal.

La sola mención de estas facultades nos demuestra la importancia del Banco Central en la vida económica nacional.

d) *Dirección y administración*

La dirección y administración superior están encargadas al Consejo, a quien corresponde cumplir con las funciones del Banco y ejercer las atribuciones que le da la ley.

El Consejo tiene una conformación distinta a todos los consejos que contempla nuestra legislación, primero por su duración: el Consejo está constituido por cinco consejeros que duran diez años en su cargo y pueden ser renovados. La renovación de estos consejeros se hace por parcialidades, cada dos años, de manera que a cada Presidente de la República en un período de seis años le corresponde como máximo designar tres consejeros de los cinco del Banco Central, garantizando de esta manera la permanencia de las políticas monetarias a largo plazo.

Los consejeros son nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado. El Presidente del Consejo, que lo es también del Banco, es nombrado por el Presidente de la República de entre los miembros del Consejo y dura cinco años en el cargo.

Los miembros del Consejo pueden ser removidos por dos grandes causales generales: primero, por resolución judicial.

Ante una acusación que fuera interpuesta por el Presidente de la República, por el Presidente del Banco o a lo menos por dos consejeros, la Corte de Apelaciones de Santiago puede destituir a un consejero que haya obtenido, para sí o para terceros, beneficios directos o indirectos de su desempeño como tal.

La segunda causal de pérdida del cargo es la destitución por el Presidente de la República, previo consentimiento del Senado.

El Presidente de la República puede destituir al Presidente del Banco a petición fundada de tres de los miembros del Consejo del Banco, en razón de incumplimiento de las políticas adoptadas o de las normas impartidas por el Consejo.

También los demás consejeros pueden ser removidos individualmente, o la totalidad del Consejo, por el Presidente de la República, previo consentimiento del Senado, fundado en que el o los consejeros hubiesen votado favorablemente acuerdos del Banco que impliquen un grave y manifiesto incumplimiento de su objeto y siempre que dicho acuerdo haya sido la causa principal y directa de un daño significativo a la economía del país.

En el caso que se produzcan estas circunstancias, correspondé al Presidente de la República decidir soberanamente si pide al Senado la destitución. El o los consejeros afectados pueden pedir ser oídos por el Senado.

Esto transforma al Senado en un verdadero tribunal, en que el Presidente de la República es el acusador, los motivos están señalados en la ley ya citada, y los consejeros pueden ejercer su defensa, de manera que la resolución del Senado para acoger esta eventual petición de destitución del Presidente se asemeja bastante a una resolución judicial y los tratadistas podrían calificarla como una de las "atribuciones judiciales del Senado" de alta trascendencia e importancia.

e) *Relaciones con otros poderes públicos*

La regla general es la independencia del Banco Central, pero el Consejo del Banco, al tomar sus acuerdos, debe tener presente la orientación general de la política económica del Go-

bierno. Esta disposición legal está complementada por una serie de obligaciones del Banco Central que vamos a analizar a continuación.

e.1) *Presidencia de la República*

El Banco Central debe informar al Presidente de la República de sus políticas y de las normas que dicte en el ejercicio de sus atribuciones y deberá asesorarlo cuando éste lo solicite en todas aquellas materias que digan relación con sus funciones. El Ministro de Hacienda, representante del Poder Ejecutivo y del Presidente de la República, debe asistir a las sesiones del Consejo. En estas sesiones del Consejo el Ministro tendrá derecho a voz y no a voto, pero el Ministro puede proponer al Consejo, verbalmente o por escrito, la adopción de determinados acuerdos. El Consejo deberá pronunciarse sobre estas proposiciones en la sesión siguiente y deberá en consecuencia incluirlo en la tabla respectiva. Al mismo tiempo, el Ministro de Hacienda tiene el derecho de suspender en la misma sesión a que asista, la aplicación de cualquier acuerdo o resolución que adopte el Consejo del Banco y esta suspensión no podrá ser por un plazo superior a 15 días.

La excepción de este derecho a suspender es que la totalidad de los consejeros insistan en su aplicación, en cuyo caso no regirá la suspensión del acuerdo tomado. Sin embargo, si de conformidad con estas normas se suspendiera la aplicación de algún acuerdo, el Ministro, mientras se encuentre vigente dicha suspensión, puede requerir al Presidente del Banco que celebre una sesión extraordinaria con el objeto de analizar la medida que ha originado la suspensión, y esta sesión debe tener lugar dentro de los tres días hábiles siguientes al requerimiento del Ministro.

Esta relación del Banco Central con el Poder Ejecutivo, Presidente y Ministro de Hacienda, no le resta al Banco Central su carácter autónomo. Las sugerencias del Ministro de Hacienda no son vinculantes para el Consejo del Banco Central. Lo único que éste debe hacer es pronunciarse expresamente sobre ellas, porque ni siquiera el derecho a suspender el cumplimiento de acuerdos que tiene el Ministro de Hacienda puede apli-

carse contra la unanimidad del Consejo del Banco. Todo ello, siguiendo la norma general de que el Banco Central debe tener en consideración la política económica del Gobierno.

Ahora la pregunta que el lector puede hacerse es: ¿qué pasa en caso de conflictos entre el Banco Central y el Gobierno? La regla general es que en materias propias que la Ley Orgánica señala al Banco Central, el Banco Central es autónomo para tomar sus resoluciones y el Gobierno debe acatarlas. No obstante, como vimos cuando analizamos las causales de cesaciones en el cargo, si estas resoluciones implican incumplimiento grave y manifiesto del objeto del Banco y son causal de un daño significativo en la economía del país, el Presidente de la República puede pedir la destitución de los consejeros que decida y esta solicitud será resuelta por el Senado.

e.2) *Tribunales*

Los miembros del Consejo del Banco no están obligados a comparecer ante los Tribunales de Justicia como testigos o para absolver posiciones en los juicios en que el Banco intervenga. En tales casos, la declaración se prestará mediante informe que será remitido al tribunal dentro del plazo que éste señale, el cual no podrá ser inferior a 10 días hábiles contados desde el requerimiento. Esto, indiscutiblemente, es una excepción al sistema ordinario de funcionamiento de los Tribunales de Justicia.

También en materia judicial, el Banco Central, con acuerdo del Consejo, puede pedir la intervención del Consejo de Defensa del Estado en los juicios en que existe un interés público comprometido, en que sea parte o tenga interés el Banco.

e.3) *Senado*

El Banco Central está obligado a informar al Senado, al igual como lo está con el Presidente de la República, respecto de las políticas y normas generales que dicte en el ejercicio de sus atribuciones. Esto se cumple asistiendo el Consejo del Banco Central al Senado en sesiones especiales destinadas al efecto, dos veces al año, en las cuales el Banco presenta una memoria y cuadros estadísticos que está obligado a confeccionar de acuer-

dó con la ley. El Senado debate delante del Consejo del Banco Central su memoria y, lógicamente, se hacen los comentarios y las sugerencias del caso. Estas sugerencias del Senado no afectan a la independencia del Banco Central, pero indiscutiblemente tienen influencia en su funcionamiento, ya que es el Senado el que debe aprobar el nombramiento de los consejeros y el que también debe pronunciarse sobre la destitución de ellos cuando sea pedida por el Presidente de la República; de manera que, por esta vía indirecta, los planteamientos del Senado tienen peso relativo frente al Consejo del Banco Central.

f) *Evaluación actual del Banco Central*

La Ley Orgánica, como lo hemos visto, dispone que tanto el nombramiento como la destitución de los miembros del Consejo del Banco Central, que tienen tal cantidad de poder económico en sus manos, corresponde a iniciativas del Presidente de la República que deben ser aprobadas por el Senado.

Esta aprobación del Senado es para garantizar el equilibrio de sus decisiones, y para que en sus designaciones estén representadas las distintas ideologías políticas con participación sustancial en el Senado de la República. Esto le da al Banco, además, una base política de representatividad. Respetando este espíritu, el Presidente Pinochet, en el primer Consejo del Banco, procedió a designar los primeros consejeros; dos de ellos fueron simpatizantes de la Concertación; dos de la actual oposición y un independiente de gran preparación económica, que presidió el Banco.

Los años siguientes no han demostrado a veces la voluntad política de respetar este equilibrio. La tentación de dominación del gobierno de turno lo ha impulsado a reemplazar con personeros políticamente cercanos al mismo, las sucesivas renuncias o reemplazos por cumplimiento de los períodos de cargo del Consejo. Se han mantenido, es cierto, las altas exigencias de la calidad académica de los personeros que integran esta entidad, pero paulatinamente se ha favorecido la politización del Consejo. Esta no es una buena señal; el hecho de que los cargos sean ejercidos por personas capacitadas no es más

que una demostración de buen criterio ejercido dentro de los parámetros de sus propias ideologías políticas.

La fórmula de formación del Consejo es adecuada, a pesar de que muchos auguraron en sus primeros tiempos la falta de independencia que tendría el primer Consejo, no ha sido así. El Consejo ha mantenido hasta hoy una altura de miras y sus decisiones han sido eminentemente técnicas y, pese a desacuerdos puntuales con personeros del equipo económico gobernante, que en el hecho se han producido, el Banco ha mantenido su posición, conservando y haciendo respetar su independencia, que constituye sin duda un pilar de la institucionalidad, sobre el cual se apoya en gran medida nuestro admirado éxito económico.

Ejemplo de esta política independiente y técnica es la campaña del Banco en contra de la inflación.

CAPITULO V
LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES

La Constitución Política en diversas ocasiones deja entregada al legislador la determinación de las acciones judiciales que podrá invocar el particular para el resguardo de sus derechos. Pero en otras oportunidades ha preferido reglar directamente ciertas acciones que es posible interponer ante los tribunales de justicia o ante otros órganos de rango constitucional.

Estas acciones, que pueden ser ejercidas por cualquier afectado, se agregan a los mecanismos destinados a proteger la integridad de las disposiciones constitucionales, a los que ya hemos aludido, tal como el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y constituyen también medios de proteger los derechos de las personas reconocidos por la Constitución.

La filosofía por la cual se prefirió establecer estas acciones en la propia Constitución Política y no simplemente en ley común o procesal responde, en general, a varias consideraciones. En primer lugar, la Constitución está destinada a defender a la gente frente a la autoridad y a los grupos de poder. Estas acciones responden al principio de la supremacía de la Constitución y, por lo tanto, aunque pueden ser propiamente recursos procesales en relación a determinados derechos, la razón de su existencia es defender la aplicación de la Constitución y por lo tanto la globalidad de los derechos.

Si estas acciones o recursos no existieran, la declaración extensa y puntualizada de los derechos de las personas y las libertades públicas que hemos señalado en este mismo texto serían meramente ilusorias y carecerían de fuerza efectiva y de eficacia. Por ese motivo, y considerando que quien se encuen-

tra con el poder para afectarlos con mayor gravedad es la autoridad, la misma Constitución que los consagra optó por no dejarlos entregados al criterio legislador, sino crear y reglar directamente las acciones para defenderlos e impetrar su cumplimiento, ya sea por la autoridad o por cualquier persona.

En segundo lugar, la mayoría de estas acciones son de conocimiento del Poder Judicial, lo que se explica porque a éste le corresponde fundamentalmente la aplicación de las normas constitucionales sobre los derechos de las personas. Era imprescindible que la Constitución en su postura de defensa de los derechos de la gente reforzara el ámbito de jurisdicción de los tribunales, en consonancia con los mecanismos que aseguran la independencia de este poder del Estado, quien será el que decida en definitiva cómo han de hacerse efectivos los derechos y obligaciones que consagran las garantías constitucionales, mediante sentencia que reviste la autoridad de cosa juzgada.

El Poder Judicial, llamado a conocer de las acciones interpuestas, no sólo debe decidir acerca de las mismas, sino que además ha de disponer de medios apropiados y eficaces para restablecer el imperio de un derecho que ha sido violentado, o permitir el ejercicio del que no puede ejercerse debidamente, o declarar la existencia del que no ha sido integralmente reconocido. Estas acciones interpuestas judicialmente corresponden a los denominados "recursos procesales" de la Constitución.

El cumplimiento de las resoluciones judiciales por la fuerza pública no necesita como antes de la autoridad administrativa. Es el mismo Poder Judicial el que goza del "imperio" para hacerlas efectivas.

En tercer lugar, tratándose de ciertos casos específicos, el órgano competente para conocer de estas acciones no son los tribunales de justicia, sino que otros organismos de rango constitucional, como el Senado o los tribunales electorales regionales. Ello explica que el constituyente haya consagrado en la propia Carta Fundamental las materias que deja entregadas a su pronunciamiento.

A continuación, revisaremos las principales disposiciones que la Constitución Política contiene sobre el particular.

A) NULIDAD DE DERECHO PUBLICO

El artículo 7º de la Constitución Política, a que nos hemos referido con anterioridad, dispone lo siguiente:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

La reforma de 1989 hizo desaparecer las dos menciones que el texto original de la Constitución Política hacía a la existencia de tribunales especiales en materia contencioso-administrativa.

Con ello se hizo aplicable la regla general de competencia de los tribunales ordinarios sobre las “causas civiles y criminales”, en virtud de la cual están habilitados para conocer no sólo la responsabilidad patrimonial del Estado que derive de sus actuaciones, sino que también la declaración de nulidad de los actos de la Administración del Estado, que corresponde al otro gran orden de materias sobre las cuales habrían estado llamados a pronunciarse los tribunales contencioso-administrativos.

En alguna medida, ya había avanzado en este sentido la jurisprudencia, al estampar en diversos fallos la doctrina de que estando obligados los tribunales a aplicar la ley, en caso de que se hubiese dictado un acto administrativo ilegal, debían dejarlo sin aplicación para el caso particular. Esto es, aplicó correctamente el principio de jerarquía de las normas de derecho, declarando la supremacía de la ley sobre el acto administrativo.

El legislador ha desarrollado esta acción de nulidad en diversas oportunidades, entre las cuales podemos citar el reclamo de ilegalidad que procede contra actos municipales de acuerdo a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, y el recla-

mo de ilegalidad contra actos del Gobierno Regional, en virtud de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

B) RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

En estrecha vinculación con lo anterior, el artículo 38, inciso segundo, de la Carta Fundamental dispone:

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

La doctrina está de acuerdo en que se consagra, de esa manera, la responsabilidad objetiva del Estado por sus actuaciones, sean materiales o jurídicas, y sean lícitas o ilícitas, en términos de que si con ellas lesiona derechos de particulares, queda obligado a indemnizarlos.

Desarrolla este precepto el artículo 4º de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, que se está perfeccionando en el proyecto de ley sobre probidad administrativa de los órganos de la Administración del Estado; y cuya redacción aprobada por el Senado, hasta el momento, es la siguiente:

“El Estado y los organismos de la Administración del Estado con personalidad jurídica que lesionen derechos de cualquier persona estarán afectos a responsabilidad patrimonial por los daños que causen, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Pero no solamente la Administración del Estado puede ocasionar perjuicios a particulares. Es posible que ellos emanen, incluso, de los mismos tribunales de justicia que conozcan las causas criminales.

Por eso estatuye el artículo 19, N^o 7^o, letra i):

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

La Corte Suprema, mediante auto acordado de 10 de abril de 1996, publicado en el Diario Oficial de 24 de mayo de ese año, ha reglamentado el procedimiento aplicable al efecto.

La enorme mayoría de las solicitudes que se han presentado ante la Corte Suprema han sido desechadas, porque si bien se ha concluido que las resoluciones han sido erróneas o arbitrarias, no se ha considerado que el error o la arbitrariedad haya sido “injustificada”. Si bien este requisito limita fuertemente la acción, lo cierto es que si se piensa que son los tribunales los llamados a aplicar el derecho, y que existen los recursos necesarios para que las resoluciones que dicten sean revisadas por los tribunales superiores, es explicable que la responsabilidad del Estado frente a los perjuicios que se causen a los afectados se vea reducida a aquellos casos excepcionales en que la resolución que los sometió a proceso o los condenó sea injustificada.

Ha dicho la Corte Suprema, en fallos de 11 y 16 de agosto de 1989 (Revista Gaceta Jurídica N^o 110), que para que una resolución tenga el carácter de errónea o de arbitraria en grado de injustificable, es necesario que además de ser contradictoria con la razón, se haya decretado de manera irregular o caprichosa. Debe carecer rotundamente de motivación y racionalidad, porque si tal resolución, que después resulta errónea, se hubiere fundamentado en antecedentes que llevaron al juez a apreciar como hecho punible o como grado de responsabilidad un comportamiento que con posterioridad se determine que no es tal, el error producido en la resolución que sometió

a proceso al inculpado o en el fallo condenatorio sería razonable, y por ende no susceptible de indemnización alguna.

C) PRIVACION DE LA NACIONALIDAD

La nacionalidad es uno de los atributos de la personalidad, un elemento muy importante para la radicación de diversos efectos jurídicos. Es la vinculación jurídica de una persona con un Estado permanente determinado. Ya el Código Civil en su artículo 56 empieza diciendo:

“Son chilenos los que la Constitución del Estado declara como tales”.

Tan importante es la nacionalidad de una persona, que el legislador consideró necesario que la Constitución Política de la República resguardara ese vínculo, para impedir ejercicios abusivos de la medida de cancelación de la nacionalidad.

El artículo 12 de la Constitución Política expresa lo siguiente:

“La persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir, por sí o por cualquierá a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos”.

Cabe destacar que la Corte Suprema “conocerá como jurado”, esto es, debe emitir su veredicto en consécuencia, y que por la importancia que le atribuye el constituyente a este tema, que consiste en definitiva en decidir sobre la desvinculación jurídica de un chileno con su patria, ha decidido que sea conocido por el pleno de la Corte, lo que es excepcional, puesto que lo habitual es que funcione dividida en salas.

D) REHABILITACION DE LA CIUDADANIA

El artículo 17 N° 2° de la Carta Fundamental establece que la calidad de ciudadano se pierde por condena a pena aflictiva, esto es, superior a tres años y un día de privación de libertad.

Añade la primera parte del inciso segundo:

“Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal señalada en el número 2° podrán solicitar su rehabilitación al Senado, una vez extinguida su responsabilidad penal”.

Consecuentemente el artículo 49 N° 4) contempla dentro de las atribuciones exclusivas del Senado la de otorgar la rehabilitación de la ciudadanía, en el mencionado caso.

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en informe de 19 de octubre de 1990, que también suscribí, precisó:

“que el requisito de encontrarse extinguida la responsabilidad penal, contenido en el precepto constitucional en análisis, *debe entenderse referido exclusivamente a la pena principal privativa de libertad*, que es temporal y extingible, y que, en consecuencia, tal exigencia no se extiende a la pena accesoria de inhabilitación perpetua para derechos políticos, toda vez que ésta, atendido su carácter perpetuo y las normas legales existentes sobre la materia, no sería extingible, excepto mediante una ley de amnistía”.

Continuamente el Senado está conociendo de solicitudes de rehabilitación de ciudadanía, previo informe de la Comisión especializada de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

E) ILEGALIDAD DE LA EXPROPIACION E INDEMNIZACION DEL DAÑO PATRIMONIAL EFECTIVAMENTE CAUSADO POR ELLA

La garantía real del derecho de propiedad, en último término, no es la prohibición de ser privado del bien sobre que recae o de

alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, porque esa privación es posible, en los términos que la Constitución señala, sino la de exigir que la expropiación se haga con arreglo a la ley, y que se indemnice la totalidad del daño que causa.

El artículo 19. N° 24° incisos tercero –en la parte pertinente– y cuarto, asegura al efecto:

“El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado”.

Pero la experiencia histórica ha demostrado que una cosa es que el expropiado litigue durante años sobre la legalidad de la expropiación o sobre el monto de la indemnización que le corresponde recibir, y otra es que durante todo ese tiempo se encuentre privado del bien, porque el órgano expropiante ya ha tomado posesión material de él.

Debido a esta circunstancia, añade el inciso quinto del mismo numerando:

“La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión”.

F) EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

Hasta el 16 de septiembre de 1997, fecha de la publicación de la reforma constitucional contenida en la Ley N° 19.519, la acción penal destinada a perseguir la responsabilidad de los partícipes en hechos constitutivos de delito, estaba reglada sola-

mente en la ley común, particularmente en el Código de Procedimiento Penal.

Al crearse el Ministerio Público, que tendrá a su cargo —además de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado— el ejercicio de la acción penal pública, se estimó indispensable hacer la salvedad de que puede también ejercer la acción penal, esto es, querrellarse quien haya sido ofendido por el delito.

Creo que la facultad de poner en movimiento la institucionalidad represiva de los delitos que tiene el Estado era una función que necesitaba perfeccionarse, pero no podía privarse a quienes han sido víctimas de ellos, o, en su caso, a sus familiares, de la posibilidad de ejecutarlos directamente. Así se consigna expresamente en el artículo 80 A inciso 2º:

“El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”.

No está de más acotar que el propio texto constitucional, reformado, le encarga asimismo al Ministerio Público la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos.

En esta forma se logra la coherencia necesaria entre el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos que asegura la Constitución Política y la posibilidad real de castigo de las conductas que más gravemente los lesionan, como son los delitos:

G) ADMISIBILIDAD DE LA ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN CONTRA DE UN MINISTRO DE ESTADO

El artículo 36 de la Constitución consagra la obligación de los Ministros de Estado de indemnizar el daño que causen con sus actos, en los siguientes términos:

“Los Ministros serán responsables individualmente de los actos que firmaren y solidariamente de los que suscribieren o acordaren con los otros Ministros”.

Sin embargo, no es posible para cualquier persona que se sienta afectada demandar directamente al Secretario de Estado o a los Secretarios de Estado involucrados. Es preciso, previamente, que solicite al Senado que declare admisible dicha acción.

Lo dispone así el artículo 49 N° 2), al contemplar dentro de las atribuciones exclusivas del Senado la de:

“Decidir si ha o no lugar la admisión de las acciones judiciales que cualquier persona pretenda iniciar en contra de algún Ministro de Estado, con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido injustamente por acto de éste en el desempeño de su cargo”.

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado ha dejado de manifiesto que:

“la referida norma constitucional tiene por única finalidad evitar que los Secretarios de Estado puedan ser continuamente perturbados en el ejercicio de sus funciones por demandas infundadas, que no se sustenten en antecedentes razonables”.

Esa Comisión especializada del Senado

“llegó a la conclusión de que la correcta inteligencia de la atribución que confiere al Senado el artículo 49 N° 2) de la Constitución Política puede ser resumida en los siguientes puntos:

a) Que la decisión que corresponde adoptar a la Corporación en ejercicio de esta atribución tiene el carácter de un simple permiso o pase previo que habilita al particular para ocurrir ante los Tribunales de Justicia con el objeto de perseguir la responsabilidad civil de los Ministros de Estado;

b) Que al conocer de los casos particulares que se sometan a su consideración, al Senado solamente le corresponde determinar si se trata de un acto personal del Ministro en ejercicio de su cargo y si, de los antecedentes que se acompañen, aparecen fundamentos racionales de controversia jurídica acerca de la eventualidad de que tal acto pudiere haber ocasionado perjuicios injustos al solicitante, y

c) Que en armonía con lo anterior, la declaración de inadmisibilidad por parte de la Corporación de la acción judicial pertinente, en los casos de que conozca, no implica un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de los eventuales perjuicios, ni acerca de si ellos son justos o injustos, materias que por su naturaleza corresponderá a los tribunales de justicia” (Informe de fecha 19 de marzo de 1991).

H) CALIFICACION DE LAS ELECCIONES GENERALES Y DE GRUPOS INTERMEDIOS

El artículo 85, inciso primero, de la Constitución establece

“Habrá *tribunales electorales regionales* encargados de conocer el escrutinio general y la calificación de las elecciones que la ley les encomiende, así como de resolver las reclamaciones a que dieren lugar y de proclamar a los candidatos electos. Sus resoluciones serán apelables para ante el Tribunal Calificador de Elecciones en la forma que determine la ley. Asimismo, *les corresponderá conocer de la calificación de las elecciones de carácter gremial y de las que tengan lugar en aquellos grupos intermedios que la ley señale*”.

Esta disposición es plenamente congruente con la autonomía de los grupos intermedios consagrada en la Carta Fundamental, en la medida que establece una acción judicial ante un tribunal especializado, para asegurar la rectitud de las elecciones internas. El correcto uso de la autonomía, en cuanto a que el grupo intermedio o sus dirigentes no intervengan indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, está también contemplado en la citada disposición.

La competencia de los tribunales electorales regionales, de acuerdo al artículo 10 de su Ley N° 18.593, consiste principalmente en:

a) Conocer de las reclamaciones que se interpongan con motivo de las elecciones de carácter gremial y de las de cualesquiera otros grupos intermedios, las que deben ser formuladas por, a lo menos, diez de sus miembros, y

b) Declarar las incompatibilidades que deriven de la aplicación del artículo 23 de la Constitución Política y las inhabilidades que, de acuerdo a esa norma constitucional, establezca la ley. El aludido artículo 23 de la Carta Fundamental prevé que:

“Los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados en conformidad a la ley. Son incompatibles los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos.

La ley establecerá las sanciones que corresponda aplicar a los dirigentes gremiales que intervengan en actividades político partidistas y a los dirigentes de los partidos políticos que interfieran en el funcionamiento de las organizaciones gremiales y demás grupos intermedios que la propia ley señale”.

De esta forma, materias que son de suyo delicadas para el normal funcionamiento de la sociedad son conocidas por un tribunal electoral regional compuesto por tres miembros, uno de los cuales es ministro de la Corte de Apelaciones respectiva y los otros dos son designados por el Tribunal Calificador de Elecciones, cuyas resoluciones son apelables ante este mismo tribunal.

I). EL RECURSO DE AMPARO

El recurso de amparo existía ya antes de la aprobación de la Constitución de 1980; sin embargo, por primera vez en la historia de esta República se consagró como una garantía constitucional en forma expresa, en el artículo 21 del Texto Fundamental.

Vale la pena destacar que la Constitución de 1980 reconoce expresamente la posibilidad de que el recurso de amparo sea deducido con carácter preventivo, es decir, frente a amenazas contra el derecho a la libertad personal o a la seguridad individual, aunque no se halle consumada ninguna privación o perturbación de estos derechos.

El recurso de amparo puede definirse como el poder jurídico que tiene toda persona para pedir al órgano jurisdiccional la protección de su derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, en los casos y en las formas que determinen la Constitución y la ley.

Este es el recurso que posee, entonces, cualquier persona para pedir de la Corte de Apelaciones respectiva la protección de su derecho de libertad personal y de seguridad, y evitar ser arrestada, detenida o enviada a prisión ilegítimamente, violando las disposiciones de la Constitución y la ley. Así, el recurso puede ser interpuesto en favor de cualquier persona que se vea privada de libertad o que sufra perturbación o amenaza en su libertad o seguridad personal. El recurso puede plantearlo el propio afectado o cualquiera puede hacerlo en su nombre.

El proceso a que da origen la interposición del recurso es también de naturaleza constitucional, sin formulismos procesales, con carácter de urgente y sumario, toda vez que está destinado a que se corrijan de inmediato los vicios procesales que hayan ocurrido en el procedimiento de detención, notificando a la autoridad para que ésta proceda a rectificarlo (debe fallarse dentro de las veinticuatro horas desde que queda para fallo).

Puede recurrir de amparo todo individuo arrestado, detenido o preso con infracción a lo dispuesto en la Constitución y la ley. Puede recurrir de amparo también en favor de personas que ilegalmente sufran privación, perturbación o amenaza.

Mediante este recurso se solicitará a la autoridad judicial que ordene se guarden las formalidades legales debidas o se adopten todas las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del ciudadano. Interpuesto el recurso, la magistratura que lo recibe puede ordenar que traigan a su presencia a la persona detenida o, conociendo los antecedentes, puede decretar de inmediato su libertad y que se subsanen los errores legales que motivaron fuera detenida, o ponerla a disposición del juez competente.

El objetivo del recurso, en definitiva, es el resguardo:

1) Del derecho de las personas para residir y permanecer en cualquier lugar del país, trasladarse y salir del territorio.

Parece difícil imaginarse que este derecho pudiera ser amagado por autoridad alguna, pero como recordé en su momen-

to, bajo el imperio de la Constitución de 1925 se impusieron dos requisitos para salir del país: el primero, estar al día en sus obligaciones tributarias, y el segundo, pagar un impuesto de viaje, que en la práctica conculcaron el derecho de las personas a viajar fuera del país.

Si bien la evolución política del país hace que hoy todas las tendencias estén en desacuerdo con este sistema aplicado por años, siempre conviene tener presente que en un tiempo se aplicaron con la aceptación de sectores democráticos.

Bajo el imperio de esta Carta Fundamental, lo anterior resulta absolutamente imposible, ya que, conforme a su artículo 19, número 26°, la ley no puede afectar a la esencia de los derechos ni entorpecer su libre ejercicio.

Por otra parte, también están protegidas las personas de las omisiones de la autoridad. Esto impide lo que sucedió tantas veces, cual era la clásica demora en otorgar pasaportes y documentos de viaje por razones políticas. De lo anteriormente expuesto quedó constancia en las sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

2) Del derecho a que nadie puede ser privado de su libertad personal, ni pueda ser su libertad personal restringida, sino en los casos y en las formas que determinan la Constitución y la ley, al cual también hicimos mención precedentemente. Implica que nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de un tribunal competente, orden de arresto que debe serle notificada debidamente. Está la excepción, en la Constitución, de las personas que pueden ser detenidas por delitos flagrantes, pero para el solo efecto de ser puestas a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

La autoridad está obligada constitucionalmente a comunicar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al juez competente, el arresto o la detención de alguna persona para ponerla a su disposición, y sólo por resolución fundada podrá este juez ampliar este plazo hasta por cinco días. En el caso de conductas calificadas por la ley como terroristas, este plazo puede ampliarse hasta por diez días para investigar estos hechos.

Por su parte, los encargados de las cárceles no pueden recibir en ellas a nadie, en ninguna calidad, sin dejar constancia de la orden de arresto o de detención correspondiente, examinando

que esta orden haya, efectivamente, emanado de una autoridad que tenía la facultad legal de emitirla, y este registro es público.

El recurso de amparo está reglamentado en el Código de Procedimiento Penal, que desarrolla de esta manera esta garantía procesal.

En la reforma constitucional que crea el Ministerio Público, Ley N° 19.519 de 16 de septiembre de 1997, se introdujo una reforma en el N° 3° del artículo 19 de la Constitución, a indicación del autor de este libro, que consistió en reemplazar la redacción de su inciso 5° expresando textualmente: “corresponderá al legislador establecer siempre la garantía de un procedimiento y una investigación racional y justa”.

De manera que el Ministerio Público por mandato de la Constitución tiene la norma básica de su investigación y ella debe ser racional y justa. A juicio del autor, el recurso de amparo principalmente el recurso de amparo preventivo defiende a cualquier persona de una investigación que no fuera racional o no fuera justa; por ejemplo: se cite reiteradamente a una persona a prestar declaración sobre los mismos hechos respecto de los cuales ya ha depuesto o se prolongue la investigación más allá de lo debido. Lo anterior autoriza a ejercer el recurso de amparo preventivo fijado en la Constitución de 1980, que equivale a establecer un recurso para proteger el derecho a la vida tranquila, es decir a la vida sin perturbación y amenazas.

Presenté la indicación porque de otra manera los “procedimientos judiciales debían ser racionales y justos”, pero la investigación que la Constitución separaba y que entregaba a un organismo especial llamado Ministerio Público, no dependiente del Poder Judicial, quedaba sin un requisito explícito en la Constitución y por eso la indicación propuesta fue en definitiva aprobada.

En la discusión de la Ley Orgánica que crea el Ministerio Público, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y en el primer informe de esta materia, dejé constancia que a mi juicio las personas estaban protegidas de la acción del Ministerio Público, no sólo por el Juez de garantía sino también y, en todo caso, por el recurso de amparo tanto el recurso de amparo normal, si las circunstancias así lo ameritan, como del recurso de amparo preventivo cuando las medidas del Fiscal del Ministerio Público sin llegar a consti-

tuir violación de la garantía de libertad, por la forma como son ejercidas, perturbara o amenazara la vida de las personas.

El texto del inciso 3º del artículo 21 de la Constitución expresa textualmente: "El mismo recurso" (refiriéndose al de amparo), "y en igual forma podrá ser deducido a favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho de asegurar la debida protección del afectado".

Al establecer la Constitución, como obligación de la investigación, que ésta sea racional y justa permite a los Tribunales de Justicia pronunciarse si la acción del Ministerio Público es ilegal o no, es decir si ella tiene las características de justicia y racionalidad que demanda la Constitución.

Creo que frente a la nueva experiencia del Ministerio Público que ha sido objeto de tantas esperanzas de perfeccionamiento en nuestro procedimiento penal, era necesaria una acción constitucional directa, como muchas otras que tiene la Constitución, para proteger los derechos de las personas. De ahí la razón de la indicación del autor.

J) EL RECURSO DE PROTECCION

1. ANTECEDENTES

El recurso de protección es, sin duda, la novedad más importante que en materia de defensa de derechos de las personas se contempla en la Constitución de 1980.

Durante el imperio de la Constitución de 1925, algunos derechos estaban protegidos por el recurso de amparo, principalmente; pero la mayoría de los otros derechos no estaban amparados por ningún recurso especial. Los hechos hicieron lamentar que muchos de ellos, relativos a la libertad de trabajo, a las libertades políticas o al derecho de propiedad, no tuviesen un procedimiento eficaz, urgente, similar al del recurso de amparo.

Por vía ejemplar, puede citarse la situación del derecho de propiedad. En la época inmediatamente anterior al comienzo de los debates de la Comisión de Estudios vimos cientos de ocupaciones de predios agrícolas, fundamentalmente medianos y pequeños, que quedaron sin protección, porque el ejercicio de las acciones penales correspondientes se veía entrabado por la falta de cumplimiento de las resoluciones judiciales por parte de la autoridad, que se negaba a proporcionar la fuerza pública. Así, el derecho de propiedad en esta área pasó en realidad a tener un estado sumamente precario, no sólo frente a las acciones administrativas o políticas del llamado proceso de reforma agraria, sino que también frente a las tomas ilegales que sucedían a diario en numerosas regiones del país.

Esta situación originó que algunos profesores del Departamento de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile elaboraran un proyecto de reforma constitucional que intentaba solucionar el problema. Cuando lo conocí me pareció adecuado. El proyecto estaba bien hecho, llenaba un vacío constitucional que existía, y por eso, ejerciendo las facultades de mi cargo, lo presenté en la Cámara de Diputados, conjuntamente con el diputado señor Mario Arnello, pero no alcanzó a ser despachado en el año 1972. Elegido senador en 1973, persistí en presentar el proyecto, esta vez en el Senado, acompañándome con su firma el entonces presidente del Partido Nacional, senador don Sergio Onofre Jarpa.

Este proyecto tampoco alcanzó a ser despachado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, por cuanto las diversas circunstancias surgidas durante los últimos meses del gobierno de la Unidad Popular monopolizaron prácticamente el trabajo de la Comisión. El día 11 de septiembre de 1973 este proyecto estaba en tabla en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; la idea era tratarlo en la legislatura extraordinaria, lo que era posible bajo la Constitución de 1925, conforme a la cual se podían tratar los proyectos de reforma constitucional durante la legislatura extraordinaria de sesiones, aunque no fueran incluidos por el Presidente de la República en su convocatoria.

En esas circunstancias se produjo el pronunciamiento militar y la Junta nombró la Comisión de Estudios de la Nueva

Constitución, de la que formaron parte, inicialmente, Enrique Ortúzar, Jaime Guzmán, Enrique Evans, Jorge Ovalle y el autor de estas líneas. La primera preocupación de esta Comisión fue analizar el contenido que tendría su labor y la dirección fundamental en que se iba a construir la nueva Constitución. En la primera sesión, celebrada el 24 de septiembre de 1973, en mi oficina de la calle Agustinas, porque todavía no teníamos lugar donde sesionar, empezamos el trabajo de la Comisión de Estudios. En esa misma sesión yo señalé que:

“la labor fundamental que debe cumplir toda Constitución puede resumirse en dos aspectos: a) Dar organización al Estado y b) Garantizar los derechos de los gobernados ante los gobernantes”.¹⁰¹

La experiencia histórica de los últimos años vividos en Chile nos mostraban con claridad que la Constitución de 1925 no había cumplido con los objetivos fundamentales de una Constitución.

De la sesión segunda, celebrada en el mismo lugar, al día siguiente, el 25 de septiembre de 1973, el acta deja constancia:

“El señor Diez manifiesta que en la conversación con la H. Junta deben precisarse algunas ideas básicas sobre la institucionalidad futura a fin de que las medidas contingentes que se adopten puedan irse aplicando en torno de ellas”.¹⁰²

Es decir, queríamos establecer una concordancia entre el actuar diario de la Junta de Gobierno y las ideas fundamentales que iba a tener la Constitución; para ello, entre otros, tres asuntos fundamentales: estricto control de la juridicidad entregado a los tribunales; generación, especialización y autonomía del Poder Judicial; y protección de las personas frente a la autoridad, como asimismo a todos sus derechos, perseverando

¹⁰¹ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 1, obra ya citada, sesión 1ª, pág. 7.

¹⁰² *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 1, obra ya citada, sesión 2ª, pág. 5.

en la voluntad política de cubrir con un recurso constitucional todos los derechos de las personas.

El debate de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución concluyó en el documento a que antes he hecho referencia, denominado “Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República”, que fue entregado a la Junta de Gobierno y que posteriormente se aprobó por ésta y por el Presidente de la República de ese entonces.

En este documento se incluyó, a petición del autor, lo siguiente, que da cuenta la sesión 18ª, del 22 de noviembre de 1973:

“Finalmente, y como instrumento esencial para la adecuada protección de los Derechos Humanos, la Constitución chilena establecerá mecanismos expeditos para prestar eficaz e inmediato amparo al afectado, en todos los casos en que una garantía de libertad o un derecho básico esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones arbitrarios de una autoridad o de particulares”.¹⁰³

Tanto en la Subcomisión que se preocupó de este estudio como en la propia Comisión, insistí en la necesidad de aprobar el proyecto elaborado por los profesores de la Universidad de Chile y presentado a la Cámara de Diputados y al Senado, del cual hice entrega, y, al mismo tiempo, subrayé que era absolutamente indispensable darle al Poder Judicial el imperio del cual ya hemos hablado en este libro y tiene tanta importancia.

El proyecto de reforma constitucional, en su artículo 1º, agregaba al artículo 11 de la Constitución Política de 1925 un inciso del siguiente tenor:

“Quien por procedimientos, actos u omisiones arbitrarios o ilegales de las autoridades políticas o administrativas o quien quiera, sea perturbado o privado del legítimo ejercicio de sus libertades, bienes, trabajo o derechos garantizados por la Constitución y las Leyes podrá concurrir por sí o por

¹⁰³ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, obra ya citada, sesión 18ª, pág. 25.

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 al afectado, sin perjuicio de las acciones que se ejerciten ante los tribunales correspondientes. La Corte Suprema acordará lo necesario para la rapidez y eficacia de este procedimiento y del señalado en el artículo 16, los que estarán exentos de todo tributo”.

Para diferenciar este recurso, especialmente eficiente, del clásico recurso de amparo, el constitucionalista señor Enrique Evans propuso en la sesión N° 213 de la Comisión Constituyente, de 20 de mayo de 1976, que le llamáramos recurso de protección.¹⁰⁴ Como da cuenta la sesión N° 214, de 25 de mayo, no hubo unanimidad en la Comisión para aceptar este recurso, e incluso don Alejandro Silva Bascuñán estimó, textualmente, que:

“organizado debidamente lo contencioso-administrativo y reconocida como función propia de los Tribunales la de resolver ellos mismos todo problema que surja de la vulneración o quebrantamiento de las libertades y derechos que la Constitución establece, el recurso propuesto pudiera ser no necesario.

Si se piensa en otras instituciones vinculadas a esta materia, como por ejemplo el caso del Ombudsman en Noruega, Dinamarca, Suecia, etcétera, o el caso del Mediador francés o el caso de una institución análoga creadá en Inglaterra en estos últimos años, se ve que son sistemas de garantías entregados a un funcionario y que tiene la confianza del Parlamento, supuestamente la confianza de toda la nacionalidad, y que está llamado a buscar soluciones a los casos que se presenten o simplemente a referir los casos que se presenten al órgano estatal apropiado, pero sin tener él el encargo directo de hacerlo”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 6, obra ya citada, sesión 213, pág. 19.

¹⁰⁵ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 6, obra ya citada, sesión 214, pág. 5.

Sin embargo, la mayoría de la Comisión estuvo por establecer el recurso de protección, caracterizándolo como un procedimiento de emergencia cuyo objeto era que mientras se discutía ante la justicia ordinaria en forma lata y profunda el problema planteado, se restableciera el imperio del derecho que había sido afectado.

La Comisión concedió especial importancia a la frase contenida en el recurso de protección que lo hacía procedente “sin perjuicio de las acciones que se ejerciten ante los tribunales correspondientes”, porque esta frase permitía insertar el recurso de protección en el sistema jurídico general, dándole el carácter de un recurso especial, de acción y resolución inmediata, distinto de la acción corriente de quien se cree afectado en el disfrute legítimo de sus derechos por acción de otros.

Concordamos en crear este recurso no conocido en nuestros hábitos jurídicos, en materia de garantías constitucionales era necesario un sistema especial de protección que diera a los tribunales la amplitud para operar frente a todas las situaciones imaginables que pudieran presentarse y que vulneraran garantías consagradas en la Constitución.

Para obviar algunas de las dificultades planteadas por don Alejandro Silva Bascuñán, en relación con eventuales conflictos de competencia entre los distintos poderes del Estado en la aplicación de este recurso, la Comisión concluyó que debían señalarse cuáles serían estos determinados derechos que obtendrían esta protección inmediata. Textualmente cito al señor Enrique Evans, por la claridad respecto del recurso de protección contenida en este párrafo:

“para que esas libertades y derechos constitucionales merezcan tal protección especial a través de un recurso nuevo, de una ampliación del recurso de amparo, debe exigirse que sean de carácter personal; que sean una garantía que se ejerce continuamente en la vida diaria de la gente, en forma general; o una libertad de carácter personal consagrada en la Constitución”.¹⁰⁶

¹⁰⁶ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 6, obra ya citada, sección 214, pág. 9.

Continuó este mismo constitucionalista señalando:

“que consagraría expresamente cuáles son las garantías constitucionales que quedarían protegidas por esta nueva institución. Le parece que deben ser la libertad de conciencia y de cultos, la libertad de opinión, la libertad de los medios de comunicación social, la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, el derecho a la privacidad y a la honra personal, el derecho de propiedad, la libertad de trabajo y la libertad sindical”.¹⁰⁷

Así se generó el estudio del recurso de protección.

2. FINALIDAD Y ALCANCES

Yo creo importante, antes de entrar a un detalle jurídico del mismo, que está en los libros de texto, hacer un comentario inicial acerca de la importancia de este recurso y de su intención, más allá de la exposición de motivos consignados en los proyectos de reforma constitucional que le dieron origen.

La primera finalidad del recurso es proteger todos los derechos que no tenían protección en la Constitución, a través de un mecanismo contemplado en la propia Carta Fundamental, y que estuviese resguardado también frente a la ley, porque ésta no podría disminuir la eficacia de este recurso, tanto en lo que atañe a la competencia de los tribunales como en cuanto a las facultades que este recurso les daba. Ubicándose este recurso en el Capítulo III, relativo a los derechos de las personas, su modificación requiere del altísimo quórum de los dos tercios de los parlamentarios en ejercicio. De esta manera, el recurso queda fortalecido ante cualquier tentativa política, que muchas veces hemos visto en la historia de nuestro país, de modificar o suprimir disposiciones legales que limiten el ejercicio del Poder Ejecutivo, ante las quejas de este último de ver perturbada su acción por los otros poderes públicos.

¹⁰⁷ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 6, obra ya citada, sesión 214, pág. 9.

Creo necesario explicar dos efectos que tiene el recurso de protección que no han sido debidamente analizados. El primero de ellos es que este recurso constituye una puerta para que la jurisprudencia vaya creando el derecho y los medios de protegerlo.

El modo específico de protección constitucional frente a la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de los derechos y las garantías de las personas permite al Poder Judicial precisar el contenido de dichas privaciones, perturbaciones o amenazas, lo que amplía el campo de interpretación de las garantías constitucionales, las que, por otra parte, la Constitución explícita y detalla en sus alcances, su extensión y resguardo.

Esto, evidentemente, es de importancia, porque no sólo puede interpretarse el contenido, sino que, además, la Constitución da a los tribunales *la facultad de adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para dos efectos: restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado*.

Con la expresión "*las providencias que juzgue necesarias*" queda de manifiesto que estamos en presencia de un poder creador de la jurisprudencia para establecer en cada caso concreto las medidas que más eficazmente resguarden el imperio del derecho y protejan a las personas afectadas.

Este caso es una ventana que, más allá del positivismo jurídico, es decir, más allá de la ley escrita, da a los tribunales la facultad de apreciar en cada caso concreto lo que es una privación, una amenaza o una perturbación, y además, lo que es muy importante, la de aplicar las medidas que considere necesarias. Es decir, la Constitución deja las medidas al criterio de los tribunales, lo que evidentemente enriquece el derecho y las formas de su defensa.

3. FISCALIZACIÓN EN MANOS DE LAS PERSONAS

También creo conveniente analizar la relación entre la autoridad y las personas a través del recurso de protección. Este permite a cualquier persona revisar la conducta de la autoridad, por actos u omisiones que digan relación con el amplio campo de sus derechos individuales, y además solicitar a los tribunales

de justicia todas las medidas que estimen convenientes para corregir estos actos arbitrarios o ilegales de la autoridad.

Me atrevería a afirmar que esto guarda similitud con la fiscalización, porque la fiscalización consiste en juzgar los actos del Gobierno y señalar frente a él el pensamiento de los representantes de la ciudadanía. En la situación en análisis, el poder jurídico de cuestionar un acto del Gobierno corresponde a cada persona en particular, de forma que bien puede decirse que la amplitud del campo del recurso de protección se traduce en una extensión del campo de fiscalización individual. Por otra parte, las resoluciones de los tribunales de justicia sobre los diversos problemas que suscita la acción del Gobierno en este campo, va contribuyendo a crear normas de conducta para las autoridades, a medida que se conocen las determinaciones de los tribunales de justicia sobre la legalidad o arbitrariedad de sus decisiones o procedimientos.

Los elementos básicos de lo que se podría llamar fiscalización, cuales son juzgar los actos del Gobierno y tratar de corregir la conducta del mismo, están presentes en el recurso. Es cierto que este poder de fiscalización individual no tiene la facultad de juzgar al alto funcionario por su responsabilidad en hechos, como ocurre en el juicio político, pero sí tiene la posibilidad de obtener que se deje sin efecto ese acto arbitrario o ilegal y de buscar la corrección correspondiente a través de resoluciones de los tribunales de justicia. A mi juicio, eso significa *dejar las actuaciones del Poder Público sujetas al juicio y a la acción de la ciudadanía en un campo tan vasto como son hoy los derechos de las personas en la Constitución. Esto constituye, sin duda alguna, un perfeccionamiento del accionar del Estado y del sistema político ejercido a través de la acción de las personas.* Por eso creo que, aquí, nuestro sistema jurídico ha creado una verdadera y efectiva fiscalización individual.

Los tribunales, en los años que han transcurrido desde la existencia del recurso de protección, han sido sumamente diligentes en entender el contenido del mismo y en imponer, a través de la jurisprudencia, normas de conducta al Poder Público que han garantizado la supremacía constitucional en el campo tan importante de los derechos de los gobernados frente al poder de los gobernantes.

4. CONCEPTO

El artículo 20 de la Constitución Política establece el recurso de protección señalando:

“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 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º 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, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º 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 N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

El recurso de protección opera sólo taxativamente respecto de las garantías expresamente señaladas en esa disposición, y una importante característica suya es que su interposición no inhibe a quienes lo interponen del derecho a ejercer otras acciones legales ante los tribunales correspondientes, paralelamente, tanto para obtener un pronunciamiento de fondo respecto del derecho conculcado como para obtener la indemnización del daño causado, si procede. De manera que el recurso de protección no agota los recursos, ni los derechos de defensa de la persona que ha sufrido la perturbación, la privación o la amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos, porque aun con la interposición del recurso de protección, seguirá teniendo las acciones para hacer valer otros derechos ante la autoridad y los tribunales, por la vía ordinaria de los recursos.

Este recurso no tiene otro objetivo que el de mantener el statu quo vigente en cuanto a los derechos, impidiendo acciones de hecho que alteren ese orden público. En consecuencia, el recurso de protección no pretende consagrar derechos patrimoniales; tampoco sus fallos pueden producir efecto respecto de quien es el titular de determinado derecho, porque para esto existen otras acciones e instancias judiciales que irán al fondo del asunto.

Para interponer el recurso de protección se requiere que exista un acto u omisión arbitrario o ilegal. Arbitrario quiere decir injusto, motivado en un acto irracional, contrario a la justicia y a la razón, e ilegal quiere decir que quebranta de alguna manera el orden jurídico positivo.

La Constitución al regular el recurso de protección con respecto al medio ambiente sustituyó la expresión “actos u omisiones arbitrarios o ilegales” que aplica en general al recurso, por “acto arbitrario e ilegal”. Eliminando como causa las “omisiones”, porque ello originaría imprevisibles recursos contra las autoridades, no posibles de sancionar dentro del actual estado de nuestro desarrollo; pero al mismo tiempo estableció como requisitos copulativos “la arbitrariedad” y “la ilegalidad”, lo que no tiene explicación lógica.

El cambio lo hizo el Consejo de Estado sin que se conozcan las razones que tuvo para ello.

Hay actualmente en trámite un Proyecto de Reforma Constitucional, que reemplaza la expresión “acto arbitrario e ilegal” por “acto u omisión ilegal”, lo que parece colocar el texto en la forma correcta ya que desaparecen las exigencias copulativas y en esta materia se puede con lógica jurídica sancionar la “omisión ilegal”, es decir, el no cumplimiento de obligaciones impuestas por la Constitución y la ley.

Ese acto u omisión a lo menos debe constituir una amenaza para el legítimo ejercicio de los derechos, es decir, puede recurrirse de protección cuando los derechos garantizados por la Constitución no han sido perturbados ni privados efectivamente, pero existe una posibilidad real de que se vean amagados en el futuro.

La referencia del artículo al legítimo ejercicio del derecho se refiere a que se trata de derechos reconocidos, no puede

servir el recurso de protección para la defensa de derechos patrimoniales eventuales, debe tratarse de derechos adquiridos.

En una ocasión, la Corte de Apelaciones de Santiago se declaró competente para conocer de un mensaje del Presidente de la República al Parlamento, y en otra, la Corte de Apelaciones de Valparaíso se declaró competente para conocer un recurso de protección que se interpuso contra una decisión adoptada por el Senado en un juicio político. Estimamos que ambas decisiones fueron equivocadas, ya que la amplitud del recurso de protección no puede servir para sostener que confiere a una autoridad, como la judicial, más facultades o atribuciones que las que expresamente le confiere la Constitución Política. En el caso del Senado, en el juicio político se pronunció sobre la culpabilidad de un funcionario cuestionado, lo que es una atribución exclusiva suya, y es por este motivo que el Poder Judicial no tiene jurisdicción.

Sin embargo, las resoluciones judiciales son susceptibles de ser recurridas mediante el recurso de protección, y se han producido casos en que los efectos de una de ellas han afectado derechos de terceros que han debido recurrir de protección a fin de que les sean respetadas sus garantías constitucionales. Por ejemplo, en el caso de un juez del crimen que incautó un automóvil de un tercero que había sido usado en un delito, estimó la Corte que había actuado arbitrariamente.

Al referirse a la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de los derechos, el legislador se está refiriendo a la situación de anticipación de un peligro, lo que abre el plazo para interponer este recurso, ya que la amenaza puede ser permanente, temporal o ininterrumpida, a la turbación, entorpecimiento, de algún modo, del ejercicio de un derecho, y a quitarle a alguien un derecho del que gozaba.

Al iniciarse el referido precepto con "el que", deja en evidencia que el sujeto activo del recurso de protección puede ser cualquier persona natural o jurídica, e incluso grupos o asociaciones que no tengan personalidad jurídica. Cualquier ente individual o colectivo puede interponerlo por sí, y existiendo acción pública, cualquier otra persona está habilitada para deducir el recurso de protección en nombre de otro, siempre que el derecho de aquél se encuentre efectivamente comprometido.

5. EL RECURSO EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

Cabe destacar, por último, que el recurso de protección, de acuerdo al artículo 41 N° 3° de la Constitución Política, no suspende los efectos de las medidas decretadas en virtud de los estados de excepción, que de alguna manera hayan afectado los derechos y garantías constitucionales que han debido suspenderse o restringirse, pero ello es sin perjuicio de lo que los tribunales resuelvan en definitiva respecto de tales recursos. Esta redacción, establecida en definitiva por la reforma constitucional de 1989, zanja adecuadamente esa tensión entre los bienes jurídicos muy diferentes que sustentan ambas instituciones, sobre los cuales el autor de estas líneas y en general los miembros de la Comisión de Estudios tenían una seria inquietud.

Así lo hicimos saber cuando el artículo 14 del Decreto Ley N° 1.553, de 1976, Acta Constitucional N° 4, relativa a los regímenes de emergencia, que señalaba:

“Los recursos de protección y de amparo establecidos en los artículos 2° y 3° del Acta Constitucional N° 3, sólo serán procedentes en la medida que sean integralmente compatibles con las disposiciones legales que rijan las referidas situaciones de emergencia”.

fue sustituido al año siguiente por el Decreto Ley N° 1.684, cuyo artículo único dispuso:

“Derógase el artículo 14 del Acta Constitucional N° 4, de 1976, y sustitúyese por el siguiente: ‘El recurso de protección establecido en el artículo 2° del Acta Constitucional N° 3 será improcedente en las situaciones de emergencia, sea de las contempladas en el Acta Constitucional N° 4, de 1976, o en otras normas constitucionales o legales’”.

La Comisión de Estudio hizo una declaración disidente en este cambio, y a esta situación me referí en la Sesión 276, celebrada el 15 de marzo de 1977:

“El señor Diez expresa que lamenta no haber estado en las sesiones a que se ha hecho referencia, porque tenía viva preocupación, por las noticias de prensa que fue conocien-

do, de todo el desarrollo de las modificaciones del Acta Constitucional N° 4.

Hace presente su conformidad con la declaración, y que no puede hacer sugerencias por los trámites que ella sufrió. No obstante, agrega *que quisiera dejar constancia, por lo menos en Acta, de una preocupación central que tiene: que en la medida en que existan las situaciones de emergencia y, en consecuencia, las facultades que el Ejecutivo tenga, es necesario que el Poder Judicial disponga de atribuciones para examinar si esas medidas han sido tomadas de acuerdo con la ley o no. De manera que cree que estos recursos —y ellos han tenido cuidado en no disminuir las atribuciones del Poder Ejecutivo— tienen por finalidad que esas atribuciones, que no quieren disminuir, sean ejercidas de acuerdo con las normas generales de la legislación vigente, y que el Poder Judicial tenga facultad para analizar si el Ejecutivo está actuando dentro de las normas fijadas por la ley de emergencia o no; comprendiendo, aun más, que en un caso extremo, que no es el presente, puedan los tribunales, por la vía de estos recursos, pronunciarse y aplicar incluso la teoría del abuso del derecho.*

Por eso, para él es fundamental la teoría del recurso de protección.

Lamenta, reitera, no haber estado en esas sesiones para decir dos palabras: que en estos estados de emergencia, y sin que los recursos constituyan limitación, es necesario, más que nunca, dar competencia a los tribunales para que examinen si la ley de emergencia se ha cumplido o no.

El señor Ortúzar (Presidente) le responde que ello está dicho cuando se expresa: ‘...situación que correspondía, obviamente, ponderar a los Tribunales de Justicia’.

El señor Diez aclara que lo que quiere señalar es que él habría recalcado que una de las finalidades *para la cual se crea el recurso de protección es, precisamente, dar a los tribunales la posibilidad de examinar si las atribuciones de un estado de emergencia están siendo cumplidas de acuerdo con las leyes*, y que en caso extremo, que no es el que están viviendo, por la fuerza de la jurisprudencia, incluso pudiesen aplicar la teoría del abuso del derecho.

El señor Evans dice que quiere recordar que esta opinión dada por el señor Diez es, en el fondo, la misma que

sostuvieron el señor Guzmán y él mismo –no recuerda si algún otro miembro también la tuvo–, la que retrocedió un poco en su énfasis a raíz de una indicación de la señora Alicia Romo, quien encontraba que la referencia al Poder Judicial, hecha en forma tan categórica, podría causar problemas o molestias en determinados sectores, especialmente del Gobierno. De manera que le quiere decir al señor Diez que su pensamiento coincide plenamente con lo que por lo menos se había aprobado al principio. Posteriormente, vuelve a repetir, la redacción se morigeró, pero la verdad es que lo primero que se había aceptado y acordado contenía esencialmente el criterio que acaba de manifestar el señor Diez, el que está absolutamente cierto que es compartido por la Comisión”.¹⁰⁸

6. PROCEDIMIENTO

En primer lugar, es preciso señalar que las formalidades del recurso de protección debieron y deben ser mínimas, las estrictamente indispensables para poder tramitarlo. En segundo lugar, a diferencia de otros procedimientos civiles, aquí se impone al tribunal un papel inquisitivo, porque básicamente no es un procedimiento contradictorio y no se fundamenta en derecho. El recurrente y el tribunal son las “partes en el proceso”, que es concentrado. No existen períodos de prueba ni de discusión, ni se exigen las formalidades típicas de otros recursos, salvo el de amparo; incluso puede interponerse por fax o teléfono.

La Corte de Apelaciones es el tribunal competente para conocer el recurso de protección y la llamada a calificar si ha existido o no arbitrariedad o ilegitimidad, y su decisión es susceptible de apelación ante la Corte Suprema.

Por mandato del Acta Constitucional N° 3 de 1976 que consagró por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el

¹⁰⁸ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*, volumen 8, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, Santiago, 1980. Sesión 276, págs. 727-728.

recurso de protección, la Corte Suprema reguló el mismo mediante auto acordado de 29 de marzo de 1977. Luego, ya bajo la vigencia de la Constitución de 1980, por auto acordado de fecha 24 de junio de 1992, publicado en el D. O. el 27 del mismo mes, la Corte Suprema reemplazó el auto acordado señalado por otro en que modificó la tramitación del recurso de protección. Señaló la Corte en sus considerandos:

“Que la Constitución Política de la República no señaló la forma en que debería tramitarse la acción de protección de garantías constitucionales que consagra en su artículo 20, ni entregó expresamente a la ley su reglamentación”.

“Que hasta ahora, este recurso se ha venido tramitando en conformidad al procedimiento regulado por esta Corte mediante el auto acordado de 29 de marzo de 1977, sobre tramitación del recurso de protección de las garantías constitucionales a que se refiere el artículo 2º del Acta Constitucional número tres, de 11 de septiembre de 1976 y que se dictó de acuerdo con la facultad que se le confirió en el inciso 2º de dicho precepto”.

“Que en estos años transcurridos desde la respectiva vigencia de la normativa constitucional que estableció el expresado recurso, ha quedado de manifiesto que éste se ha consolidado como una acción jurídica de real eficacia para la necesaria y adecuada protección jurisdiccional de los derechos y garantías individuales sujetos a la tutela de este medio de protección constitucional”.

“Por esta misma circunstancia ha podido apreciarse una utilización cada vez más creciente del mismo y por ende un progresivo aumento del volumen de ingreso de estos recursos de las Cortes de Apelaciones del país y, por consiguiente también en esta Corte Suprema por la vía de la apelación de la sentencia recaída en estas causas”.

Estos considerandos dan un testimonio muy interesante de la importancia y la utilización cada vez más creciente del recurso, que ha sido estimado como una acción de real eficacia para la necesaria y adecuada protección de los derechos y garantías de las personas.

No puedo dejar de señalar, sin embargo, que la constitucionalidad de este auto acordado es discutible, puesto que la competencia de la Corte Suprema para dictar el auto acordado de marzo de 1977 estaba claramente establecida en el artículo 2º del Acta Constitucional N° 3, de 1976. Sin embargo, una vez dictado éste se agotó con su ejercicio la habilitación que la Corte Suprema tenía para estos efectos. Más aún, el órgano constituyente que le había otorgado la competencia se encontraba disuelto, y el Acta Constitucional que la habilitó en su momento había sido orgánicamente derogada por la Constitución de 1980, que no dijo nada al respecto.

Es indispensable tener en cuenta, por otro lado, que cualquier regulación procesal de una acción de rango constitucional que involucre el ejercicio de derechos fundamentales y sus garantías es materia legislativa y, todavía más, de competencia exclusiva del Congreso Nacional, tanto así que incluso ésta no lo puede delegar en el Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política.

Desde el punto de vista de la armonía del texto fundamental, puede argumentarse que este auto acordado, no obstante contener materias de ley de trascendencia constitucional, ha escapado de todo control de constitucionalidad, precisamente al no ser regulado mediante la única fuente formal del derecho puesta por el constituyente, cual es la ley.

En este sentido considero peligroso y equivocado que el propio auto acordado justifique su dictación en el "ejercicio de las facultades económicas de las que está investida esta Corte", porque dichas facultades económicas no le confieren a la Corte Suprema un poder normativo de carácter general sobre materias que siguen siendo propias de una ley. Esas facultades apuntan a otro ámbito, cual es regular el régimen interno de los tribunales de justicia, su administración, su organización, su funcionamiento, materias propias de la Corte Suprema como superior jerárquico y que sólo obligan a quienes le están subordinados.

En esa época tuve la inquietud que la Corte Suprema estimara que podía seguir dictando en el futuro otros autos acordados que fueran estableciendo mayores requisitos para el recurso de protección y que, quizás con la buena intención de hacerlo más expedito, más claro, con una tramitación más pre-

cisa, impusieran objetivas limitaciones al pleno ejercicio del recurso, de manera que pudiera restarle eficacia como un medio de protección de las garantías individuales.

Desde la dictación del primer auto acordado ha promulgado ya dos modificaciones a dicho auto acordado modificando substancialmente su tramitación y el contenido de la misma.

Procesalmente "tramitación" es sinónimo de substanciación, por lo tanto la habilitación que recibió la Corte Suprema por parte del constituyente fue sólo para regular la tramitación del recurso, después de ser entablada la acción, perteneciendo todo lo que dice relación con el contenido mismo de la acción sólo a la ley constitucional y no al auto acordado.

Así, la acción para interponer el recurso, como conviene a su naturaleza, se mantiene siempre como un derecho autónomo, como un derecho sustantivo para reclamar la intervención del tribunal.

En el artículo 1º de su primer auto acordado, la Corte Suprema estableció para el recurrente un plazo fatal de 15 días corridos desde que tuvo conocimiento de la acción u omisión, para interponer el recurso de protección, disminuyendo el derecho sustantivo con una caducidad que nunca estuvo contemplada en la norma que la facultó para establecer su tramitación y que tiende a favorecer el procedimiento jurídico por sobre la justicia y la protección que se buscó en la creación de dicho recurso.

Es objetable desde todo punto de vista que la Corte Suprema estableciera dicho plazo, al hacerlo vulneró y debilitó la protección a los derechos humanos amparados por este recurso que no están resguardados por el recurso de amparo. De paso contradujo expresamente lo expuesto en el considerando Nº 10 del Acta Constitucional Nº 3 sobre derechos y deberes constitucionales: "Que por muy perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección. Uno de los más trascendentales lo constituye la creación de un nuevo recurso de protección de los derechos humanos en general, con lo cual el resguardo jurídico no queda sólo limitado al derecho a la libertad personal y al recurso de amparo, sino que se extiende a aquellos derechos cuya naturaleza lo permita".

Difícil es pensar que sea posible que la acción establecida en la propia Constitución para la protección de un derecho que ella garantiza se “extinga” luego de 15 días por haberlo dispuesto así la Corte Suprema. Volverían a ser ilusorios muchos de los derechos de las personas consagrados en la Constitución y la fortaleza del sistema si por la vía de reglamentar su tramitación se permitiera legalmente a la Corte Suprema o a cualquier otro poder del Estado, reducir notoriamente su ejercicio, como en el hecho ha ocurrido con los autos acordados en comento.

Pero sin duda alentada por la indiferencia con que el mundo jurídico aceptó caducidades no contempladas en la Carta Fundamental y presionada por un constante aumento en el número de los recursos interpuestos, la Corte Suprema se permitió dictar un segundo auto acordado que reformó el primero, esta vez basándose en su capacidad de mejorar lo que ella misma había hecho. De manera que habiendo dictado el primero, sus facultades eran indefinidas y autosustentables, y así dispuso:

“Presentado el recurso, el tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación. Si en opinión unánime de sus integrantes su presentación ha sido extemporánea o adolece de manifiesta falta de fundamento, lo declarará inadmisibles desde luego por resolución someramente fundada, la que no será susceptible de recurso alguno, salvo el de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro del tercer día”.

Del inciso transcrito se desprende que para la Corte Suprema cada día es más importante en este recurso, por sobre la esencia de protección del derecho que conlleva, el plazo que ella misma le impuso, convirtiéndose el requisito de cumplimiento del plazo de interposición en la primera causal señalada para declararlo inadmisibles.

Los argumentos expuestos por la Corte en los téngase presente que anteceden a los artículos reformativos en el auto acordado del 1992 nada dicen en relación a la causa del establecimiento de este plazo.

Esclarecedora resulta en este sentido una sentencia del 7 de junio de 1988, Rol N° 12.541, dictada aun antes del segundo auto acordado, que sostiene en su considerando 6°:

“Que el plazo de 15 días no procede desde la fecha en que el agraviado dice haber tenido conocimiento del hecho que se refuta arbitrario e ilegal, por cuanto ello implicaría dejar a su arbitrio la determinación del mismo”.

En el acta oficial de la Comisión Constituyente, sesión 215, celebrada el miércoles 26 de mayo de 1976, se destaca que entre las últimas intervenciones de los señores Silva Bascuñán, Ortúzar y Lorca, señalaran que sería ineficaz todo lo obrado si la reglamentación del recurso quedara entregada a la dictación de una ley y que la Corte Suprema tuviera facultades para dictar el auto acordado que estimara conveniente a fin de hacer más rápida y eficaz la tramitación del procedimiento.

Aunque la Comisión recalcó siempre como importante el hecho de que el recurso debía ser tramitado en forma rápida para que realmente consiguiera reponer los derechos conculcados, nunca hubo una intervención que sugiriera la intención de ponerle un plazo a su interposición en los que establecieron y crearon el recurso.

Es fácil imaginarse los múltiples casos en que la existencia del plazo perjudica gravemente al agraviado, sobre todo si se considera el hecho que será el agraviado el que deberá probar que tuvo conocimiento del hecho arbitrario o injusto sólo en los últimos quince días, cosa que muchas veces resulta difícil probar. Así el tema del derecho vulnerado es de menor importancia para la Corte que el requisito del transcurso del tiempo, y otorga a conductas violadoras de un derecho una presunta impunidad al suponer que la tolerancia del afectado la legítima.

El agraviado queda de este modo cargado del peso de la prueba de la fecha en que comenzó la conducta que vulneraba su derecho, cosa que hace menos expedita la tramitación de este recurso y degenera la naturaleza inquisitiva de este procedimiento, desviando la atención hacia un requisito de naturale-

za procesal sin duda mucho menos importante que los derechos constitucionales del agraviado, cuya protección constituye la esencia del recurso.

Todo ello ha suscitado un fundado interés en el seno del Congreso Nacional, de estudiar una ley que regule directamente la tramitación del recurso de protección, y hay iniciativas ya presentadas con ese propósito.

7. APLICACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Para examinar cómo este recurso, aun con los tropiezos aludidos, ha significado una forma eficiente de resguardo de los derechos constitucionales, presentaremos la doctrina jurisprudencial contenida en diversos fallos emitidos por las Ilustres Cortes de Apelaciones o la Excelentísima Corte Suprema, acogiendo recursos de protección o rechazándolos.

a) *El derecho a la vida*

El N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política consagra la garantía constitucional del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas. Entre los recursos que se han interpuesto, ya hemos hecho referencia al que se tramitó en 1984 ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en que se acogió la protección solicitada en favor de estudiantes universitarios que estaban en huelga de hambre, en el interior de una parroquia.

También aludimos al que permitió a la dirección de un hospital practicar una transfusión sanguínea a un paciente, aun contra su voluntad.

En otro recurso de protección, presentado en julio de 1993, algunos vecinos reclamaron contra la instalación de un servicentro para expendio de parafina, bencina y combustible que se ubicaría en Cerro Alegre de Valparaíso. La Corte, luego de oír a los organismos públicos involucrados, llegó a la conclusión de que efectivamente la instalación del servicentro afectaba y amenazaba el derecho a la vida y a la

integridad física de los recurrentes, por lo que acogió el recurso.¹⁰⁹

También fue acogido un recurso de protección en septiembre de 1993, mediante el cual se recurría contra un local comercial situado en un edificio que tenía instalados motores de aire acondicionado, que producían ruidos molestos por encontrarse averiados, de manera que afectaban la integridad psíquica y física de las personas que laboraban en ese edificio.¹¹⁰

Múltiples son los recursos en que se ha solicitado protección policial, en atención a que las personas que los interponen han sido objeto de reiteradas amenazas contra su vida e integridad física, ya sea a través de cartas, panfletos o llamadas telefónicas. En todos estos casos, aun cuando se ha ignorado quién o quiénes serían los responsables de los hechos denunciados, apareciendo fundados los temores, se han acogido los recursos de protección disponiendo por un plazo determinado servicio policial de vigilancia en resguardo de los recurrentes.

En cuanto a recursos rechazados en relación con esta garantía constitucional, en 1986 se desechó el que interpuso una Isapre en contra de una resolución del Ministerio de Salud, estimando que ella constituía apremio ilegítimo que conllevaría la intención de cancelar su registro. La Corte de Apelaciones de Santiago estableció que esta garantía dice relación con la vida psíquica y biológica de las personas naturales y con su integridad corporal, y careciendo de estos atributos, las personas jurídicas no están amparadas por esta garantía constitucional.¹¹¹

La resolución de la Corte fue ajustada a derecho, por cuanto en este mismo número se señalan en la Constitución los derechos del que está por nacer y la pena de muerte, de manera que obviamente se está refiriendo a la vida de personas naturales y no a la extinción de las personas jurídicas.

Erradamente, en un caso presentado también en 1986 ante la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, la Corte rechazó el recurso interpuesto por la madre de una estudiante

¹⁰⁹ *Revista Fallos del Mes* N° 415, pág. 360.

¹¹⁰ *Revista Fallos del Mes* N° 418, pág. 746.

¹¹¹ Sentencia de 29 de julio de 1986. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* N° 36, pág. 22.

universitaria, quien manifestó haber recibido una carta de una organización nacionalista que amenazaba la vida y la integridad física de la menor. El argumento para rechazar el recurso fue el de ignorar la identidad de los amenazantes y no conocer la autoridad la existencia de la organización frente estudiantil. Agregó el fallo que no podía cumplir con lo dispuesto en el auto acordado de solicitar informe al causante del agravio y concluyó diciendo que el recurso no era el medio idóneo para practicar investigaciones.¹¹²

El fallo parece carente de fundamentación lógica jurídica y no respondió adecuadamente a la naturaleza del recurso que estaba tramitando. En efecto, mediante este recurso se solicitaba la protección de la vida y la integridad física ante una amenaza grave, y no que se individualizaran o se castigaran los autores de la misma. Las disposiciones del auto acordado no pueden ser interpretadas con carácter restrictivo y formalista. Encontrándose acreditada la existencia de las amenazas, la Corte debió acoger la protección solicitada con independencia de la identidad de los agraviantes.

La *Revista Fallos del Mes* de agosto de 1994 consigna un recurso de protección rechazado, mediante el cual un paciente recurrió de protección contra un médico, quien le había negado la entrega de su ficha clínica. El argumento de la Corte fue que no aparecía de este hecho quebrantada la garantía concerniente al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y si bien tiene alguna relación, esa actuación no puede considerarse por sí sola atentatoria contra su integridad física.¹¹³

La misma revista, en su número de enero de 1995, da cuenta de otro recurso de protección presentado en contra del Servicio de Salud de Valparaíso, mediante el cual un particular reclamó contra la instalación de un establecimiento para enfermos de sida en el inmueble próximo a su casa, estimando con ello amenazado su derecho a la vida y a la salud. El recurso fue rechazado, considerando que la autoridad sanitaria había tomado todas las providencias necesarias para evitar todo riesgo

¹¹² *Revista Gaceta Jurídica* N° 75, pág. 46.

¹¹³ *Revista Fallos del Mes* N° 429, pág. 460.

de contagio a los habitantes del sector, según constaba en los documentos oficiales y técnicos allegados al recurso por el recurrido.¹¹⁴

b) Igualdad

En el N° 2° del artículo 19 de la Constitución Política se asegura a todas las personas la igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y los que pisen su territorio quedan libres. Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias.

El recurso de protección procede en este caso cuando es la autoridad la que incurre en discriminaciones arbitrarias, ya que si es la ley la que las establece, el afectado podrá solicitar su inaplicabilidad por ser inconstitucional a través del recurso previsto en el artículo 80 de la Constitución.

Ejemplificador de la protección prestada a esta garantía constitucional resulta ser el recurso que aparece en la *Revista Gaceta Jurídica* N° 47 de 1984, mediante el cual reclamó el padre de un ex oficial de Carabineros, a quien se le había negado el conocimiento de un sumario instruido por la muerte de su hijo, poniéndole como condición que debía ser entregada su defensa a un oficial de fila o asimilado a Carabineros de Chile. La Corte acogió el recurso por estimar arbitraria la diferencia que hacía la autoridad policial, y dispuso el acceso al sumario administrativo por parte de un abogado particular del recurrente.¹¹⁵

También es interesante el recurso de protección del que conoció la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, actual Corte de Apelaciones de San Miguel, en el año 1985. Lo entabló un médico en contra de una resolución dictada por el Ministerio de Salud, en virtud de la cual, junto con ponerle término a sus servicios para el Servicio Nacional de Salud, le prohibía desempeñarse como profesor universitario de Medici-

¹¹⁴ *Revista Fallos del Mes*, N° 434, pág. 1069.

¹¹⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 11 de marzo de 1984, *Revista Gaceta Jurídica* N° 47, pág. 50.

na, estimando el recurrente que la última restricción resultaba arbitraria y lesionaba la igualdad ante la ley. La Corte acogió el recurso, y dispuso que la autoridad correspondiente debía facilitar al recurrente el desempeño de sus labores, considerando que constituía diferencia arbitraria el impedir a un médico ejercer labores universitarias por la sola circunstancia de no tener nombramiento.¹¹⁶

Ilustrativo, asimismo, de esta garantía constitucional es el recurso presentado por un socio de un club deportivo, quien en 1986 recurrió de protección ante la prohibición interpuesta por el presidente de su institución para que ingresara a la sede social. Considerando que las causas en que se fundó la prohibición no parecían justificadas, la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efecto la medida y dispuso que el interesado podía ingresar como cualquier persona al local.¹¹⁷

c) *Protección al ejercicio de los derechos*

El N° 3º del artículo 19 de la Constitución consagra la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 20 existe la posibilidad de interponer el recurso de protección sólo en lo que se refiera al inciso 4º de este número 3º, que establece la igualdad ante la justicia, disponiendo que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se haya establecido con anterioridad por ésta.

En relación con esta garantía, en 1985 un médico recurrió contra el Ministerio de Salud por estimar que se le había aplicado una medida punitiva con incidencia en sus labores docentes universitarias, sin juicio previo y sin derecho a defensa. La Corte consideró que el académico podría ser sancionado conforme a los estatutos de la Universidad a que pertenecía, pero que el Ministro de Salud no estaba llamado a juzgar el desempeño universitario del docente, de manera que acogió el recurso.¹¹⁸

¹¹⁶ *Revista Fallos del Mes* N° 323, pág. 681.

¹¹⁷ *Revista Gaceta Jurídica* N° 67, pág. 54.

¹¹⁸ *Revista Gaceta Jurídica* N° 64, pág. 41.

También da cuenta la *Revista Gaceta Jurídica* N° 78, del año 1986, de un recurso de protección interpuesto por un médico en contra del Colegio Médico de Chile A.G., por cuanto el Colegio le aplicó en forma arbitraria e ilegal la medida disciplinaria de eliminación de los registros de esa entidad. La Corte Suprema acogió el recurso, estimando que el Colegio había traspasado los límites de su jurisdicción meramente doméstica y había extendido su competencia a asuntos de carácter público, convirtiéndose en una comisión especial de aquellas que prohíben el precepto que se examina de la Constitución.¹¹⁹

Entre los recursos rechazados hay varios de estudiantes universitarios que estimaron que su expulsión aplicada por el Rector era un procedimiento seguido por una comisión especial, en que sólo podían haber sido sancionados por tribunales del crimen o de policía local. La Corte rechazó los recursos porque en materia de alumnado universitario rigen los reglamentos pertinentes y las medidas habían sido adoptadas por la autoridad universitaria, facultada legalmente para juzgar las conductas relativas a la disciplina estudiantil.¹²⁰

d) *Vida privada y honra*

El N° 4° del artículo 19 de la Constitución Política asegura el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia.

Entre los recursos acogidos en relación con esta garantía constitucional, aparece el de un factor de comercio quien en 1987 recurrió porque la Cámara de Comercio se negaba a publicar la aclaración de protesto de pagarés, en los cuales figuraba como codeudor solidario, pese a haber celebrado un contrato de transacción con el banco tenedor de los mismos. La Corte Suprema ordenó publicar las aclaraciones, por cuanto no correspondía a la Cámara de Comercio desconocer los términos de la transacción invocada por el recurrente.¹²¹

¹¹⁹ *Revista Gaceta Jurídica* N° 78, pág. 17.

¹²⁰ *Revista Gaceta Jurídica* N° 54, del año 1984, pág. 84, y N° 71 de 1985, pág. 33.

¹²¹ *Revista Gaceta Jurídica* N° 84, pág. 107.

En 1982, un recurso se desechó, por estimar que no atentaba contra esta garantía la publicación de un álbum con fotografías y datos de identificación de jugadores de fútbol, sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer ante la autoridad o tribunales correspondientes.¹²²

Otro recurso de protección desechado en relación con esta materia, en 1984, fue el de un industrial que recurrió en contra del Superintendente de Bancos, quien había ordenado a un banco cerrar su cuenta bancaria. La Corte consideró que la Superintendencia había obrado en cumplimiento de lo preceptuado en la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, agregando que la actuación del Superintendente tampoco había sido arbitraria, toda vez que había sido pronunciada en base a antecedentes precisos y categóricos que la justificaban.¹²³

e) *Inviolabilidad del hogar y comunicaciones*

Con respecto al N° 5° del artículo 19 la Constitución Política de 1980, que promueve las garantías de inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, podemos citar el caso de un cliente de un banco que fue informado por el gerente de su institución que Impuestos Internos le había exigido que exhibiera fotocopias de la cuenta de ahorro del recurrente y de toda la documentación que correspondía. La Corte procedió a acoger el recurso, por estimar que el Servicio de Impuestos Internos había perturbado gravemente esta garantía constitucional y que la medida excedía las atribuciones de fiscalización del Servicio.¹²⁴

En lo que se refiere a inviolabilidad del hogar, en 1984 se interpuso un recurso de protección en contra de una empresa de agua potable, por cuanto ésta, a petición de una arrendadora, procedió a cortar el suministro de agua a determinado inmueble, en circunstancias que sus pagos estaban al día. La empresa admitió haber actuado de la manera indicada a petición

¹²² *Revista Fallos del Mes* N° 284, pág. 178.

¹²³ *Revista Gaceta Jurídica* N° 49, pág. 84.

¹²⁴ *Revista Fallos del Mes* N° 275, pág. 419.

de la dueña del inmueble, quien mantenía una demanda en juicio de comodato precario contra el recurrente. La Corte procedió a acoger el recurso, declarando que no existiendo sentencia en el juicio de comodato precario, resultaba ilegal y arbitrario el corte del suministro de agua, que implicaba perjudicar gravemente el hogar del recurrente, y ordenó que se restableciera de inmediato el suministro de agua potable.¹²⁵

f) *Medio ambiente*

El N° 6º se refiere a la garantía que consagra el N° 8º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, relativo al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Durante 1985, al conocer de un recurso de protección presentado por un propietario de un establecimiento fuente de soda, en contra del administrador de la comunidad del edificio en que se encuentra su local comercial, debido a la privación arbitraria e ilegal del uso del ducto a través del cual se extraen los gases e impurezas derivados del ejercicio de la actividad comercial, la Corte de Apelaciones de Santiago dispuso de inmediato el acceso del propietario al referido ducto.¹²⁶

Otro se interpuso en 1986 contra el dueño de una empresa recuperadora de plásticos, por cuanto los gases y emanaciones de su industria resultaban ser altamente tóxicos y de mal olor, contaminando el ambiente que rodeaba la fábrica. Después de recibir el informe del Director del Servicio de Salud Metropolitana del Ambiente, cuyo contenido fue desfavorable a la industria, la Corte decidió acoger el recurso, ordenando la clausura temporal del establecimiento mientras el propietario no tomara las medidas de prevención para evitar la contaminación del medio ambiente.¹²⁷

En 1987, la Digerder de la VIII Región recurrió de protección contra una fábrica de productos alimenticios, porque su

¹²⁵ *Revista Gaceta Jurídica* N° 44, pág. 50.

¹²⁶ *Revista Gaceta Jurídica* N° 64, pág. 28.

¹²⁷ *Revista Gaceta Jurídica* N° 67, pág. 51.

actividad industrial contaminaba el ambiente, teniendo especial gravedad esta contaminación, ya que afectaba los espacios físicos destinados a la práctica de los deportes. Informó el Departamento de Programa del Ambiente del Servicio de Salud de Concepción-Arauco, que la fábrica no había cumplido con la exigencia de ventilación mecánica exigida. La Corte de Apelaciones de Concepción, en definitiva, acogió el recurso y ordenó a la fábrica que se abstuviera de elaborar productos contaminantes mientras no cumpliera con las especificaciones técnicas dispuestas por el Servicio Nacional de Salud.¹²⁸

Entre los recursos rechazados presentados por particulares referentes a esta garantía constitucional, se encuentra el que se presentó en 1985 contra el dueño de un local de diversiones alegando que los equipos de música causaban grave perturbación a los vecinos. La Corte Suprema lo desechó después de recibir un informe técnico en el sentido de que los ruidos emanados del local de diversiones no excedían los límites de sonoridad permitidos en la disposición reglamentaria sobre ruidos molestos.¹²⁹

Interesante también desde un punto de vista jurídico es el recurso de protección interpuesto en 1985 por un abogado contra el intendente de la Región Metropolitana y contra el alcalde de Santiago y otras autoridades por el acto ilegal y arbitrario que cometen al permitir que circulen por la calle Bandera vehículos de locomoción colectiva que contaminan el ambiente de la ciudad emitiendo humos visibles. La Corte consideró que existían mecanismos para controlar la contaminación, admitiendo sin embargo que éstos resultaban inoperantes.¹³⁰

g) *Libertad de enseñanza*

El N° 11° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, se refiere a la libertad de enseñanza y específicamente incluye dentro de ella el derecho de abrir establecimientos educacionales,

¹²⁸ *Revista Gaceta Jurídica* N° 81, pág. 21.

¹²⁹ *Revista Gaceta Jurídica* N° 67, pág. 30.

¹³⁰ *Revista Gaceta Jurídica* N° 63, pág. 31.

organizarlos y mantenerlos, sin más limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. Complementando estas limitaciones, la Carta señala que la enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político-partidista alguna.

Consagra, asimismo, el derecho de los padres para escoger libremente el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

Por último, establece que una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos de exigencia para la enseñanza básica y media y las normas de general aplicación necesarias para que el Estado vele por su cumplimiento. Además, los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos de todo nivel.

De las Actas Constitucionales respectivas se pueden extraer una serie de orientaciones respecto a las ideas fundamentales que el constituyente tuvo en cuenta para el establecimiento de esta garantía en los términos descritos, de las que he extraído someramente algunas para clarificar el sentido y alcance de este literal.

Respecto al primero de los aspectos reseñados, esto es, “la libertad de enseñar”, se sostuvo que podría desarrollarse en varias vertientes de acción: uno totalmente privado; otro decididamente estatal, y un tercero en que el esfuerzo de los particulares está llamado a combinarse con el del Estado, todo ello para lograr el establecimiento de un sistema de educación que responda adecuadamente a las necesidades de la comunidad. Lo anterior se ha materializado en los ámbitos municipal, privado y de financiamiento compartido con que hoy contamos.

En cuanto al segundo —el derecho de elección de los padres—, cabe señalar que está directamente con la amplitud con que se concibió el derecho de enseñar, en la medida en que este último supone que podrá impartirse la más amplia diversidad de concepciones. En otras palabras, garantiza a cada grupo o individuo que desee entregar determinados conocimientos en forma sistemática, que pueda hacerlo válida y libremente, dándose la estructura que estime conveniente, escogiendo la orientación programática que desee, con las solas limitaciones constitucionales a que se ha hecho mención y cumpliendo los requisitos mínimos que la ley establezca.

En cuanto al último de los elementos tocados —requisitos mínimos y normas de general aplicación—, el constituyente estimó que se trata de garantizar que tales requisitos y normas al reunir condiciones de imparcialidad y objetividad, obliguen igualmente a establecimientos educacionales públicos y privados. El tema se vincula, además, con los denominados objetivos fundamentales y contenidos mínimos de los diversos niveles de enseñanza, esto es, el problema relativo a la extensión y profundidad de los conocimientos que debe impartir cada uno de esos niveles.

La perturbación de esta libertad ha sido invocada en más de una oportunidad, conjuntamente con otros derechos conculcados, sin que obtenga un pronunciamiento separado y directo de los tribunales, de manera que en la materia hay poca jurisprudencia.

Entre los fallos, se encuentra la interposición de un recurso de protección por parte de un grupo de alumnos de la Universidad Austral, quienes recurrieron en contra de su Federación de Estudiantes, porque promovía actividades que impedían el desarrollo normal del quehacer docente. La Corte, después de recibir el informe del Rector y de la Federación de Estudiantes, acogió el recurso y dispuso que las fuerzas de Carabineros de Chile mantuvieran la debida vigilancia de los accesos a la Universidad a fin de que las actividades docentes pudieran realizarse en forma normal. La Corte Suprema consideró que si bien la perturbación y privación de derechos afectaban las garantías de los N^{os} 1 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, la principal garantía afectada era la libertad de enseñanza.¹³¹

Acertada y precisa sobre el ámbito de la libertad de enseñanza es la sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de septiembre de 1998, en la apelación de un recurso de protección interpuesto contra un establecimiento educacional de la ciudad de Valdivia, que había sido acogido por la Corte de Apelaciones de dicha ciudad, sobre exigencias del reglamento

¹³¹ *Revista Gaceta Jurídica* N^o 75, pág. 31.

del colegio sobre presentación personal de los alumnos que impedía el pelo largo y los aros en los varones y la tintura de diversos colores en las niñas.

La Corte de Apelaciones estimó que estas exigencias afectaban los derechos constitucionales de los alumnos. La Corte Suprema al revocar el fallo expresó:

“Que en virtud de la libertad de enseñanza, plenamente ejercida, pueden los establecimientos educacionales imponer normas de presentación personal y de conducta para sus alumnos, las que se encuentran naturalmente inspiradas en sus propósitos de enseñanza, formativos y valorativos que pretenden transmitir a sus educandos”.

A continuación, interpretando fielmente la finalidad de la Constitución en esta garantía, reafirmó los conceptos:

“Que esta pluralidad de visiones de los colegios es esencial para que los padres de familia puedan ejercer realmente su derecho a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos que establece la Constitución en el N° 11° del artículo 19. Este proceso de elección debe ser precisamente la ocasión para que los padres conozcan los valores que inspiran la acción educadora y las normas pedagógicas usadas para transmitirlos”.

La Federación de Instituciones de Educación Particular (FIDE) al comentar la sentencia citada reproduce las palabras de Juan Pablo II, aparecidas en *L'Osservatore Romano*, del 18 de septiembre de 1998:

“El comienzo de un año escolar brinda la ocasión para reflexionar en lo que la escuela está llamada a ser. En la organización escolar muchas cosas se pueden y, probablemente, se deben mejorar. Pero debe quedar clara una cosa: la escuela no puede limitarse a ofrecer a los jóvenes nociones en los diversos campos del conocimiento; también debe ayudarles a buscar, en la dirección correcta, el sentido de la vida.

De ahí deriva su responsabilidad, especialmente en una época como la actual, en la que los grandes cambios sociales y culturales amenazan a veces con poner en duda incluso los valores morales fundamentales.

La escuela debe ayudar a los muchachos a saber captar esos valores, favoreciendo el desarrollo armonioso de todas las dimensiones de su personalidad: la física, la espiritual, la cultural y la relacional. Cumple esta función acompañando a la familia, a la que corresponde la tarea primaria e inalienable de la educación. Por eso los padres tienen, entre otras cosas, el derecho-deber de elegir la escuela que responda mejor a sus propios valores y a las exigencias pedagógicas de sus hijos”.

h) *Libertad de opinión*

La libertad de emitir opinión y la libertad de información están consagradas en el N° 12° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En relación a esta garantía constitucional, puede citarse un recurso de protección interpuesto por la Asociación Nacional de Avisadores contra el Consejo Nacional de Televisión, por la adopción de un acuerdo del Consejo que ordenaba que “toda publicidad que se difunda por canales de televisión debe ser producida en Chile”.

El recurso fue rechazado tanto por la Corte de Apelaciones como por la Corte Suprema, la que expresó, entre otros argumentos, que el contenido de la garantía constitucional que se decía trasgredida, entendido de acuerdo a la recta aceptación gramatical de su término, no ha sido amenazado ni perturbado por el acto reclamado, porque dicho acuerdo no impide en modo alguno el derecho de los recurrentes para informar su propaganda por medio de la televisión, sin someter el contenido de esa información a censura previa de ninguna clase, ni al control de especie o autoridad alguna en cuanto a la entrega oral, escrita o gráfica del contenido de lo que va a informarse o hacerse saber al público.¹³²

¹³² *Revista Gaceta Jurídica* N° 72, de 1986, pág. 13.

i) *Derecho de reunión*

El derecho a reunión está consagrado en el N° 13° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Podemos ilustrar esta garantía con el fallo recaído sobre un recurso de protección interpuesto por el Comité de Ahorrantes de Fondos Mutuos en contra del Ministro del Interior, quien les negó esta autorización para reunirse un determinado día en un teatro de la capital, sosteniendo que los ahorrantes eran más de 150.000 en el país y no cabían en el teatro, lo que afectaba la seguridad de los asistentes. La Corte acogió el recurso y autorizó la reunión a quienes habían otorgado poder al Comité, disponiendo que debía ser controlada la entrada y los asistentes no exceder de 1.500 personas, que correspondían a la capacidad de la sala.¹³³

j) *Libertad de asociación*

La libertad de asociación se encuentra consagrada en el N° 15° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En relación con esta garantía, en un recurso de protección acogido, el representante de una asociación gremial reclamó de protección ante las objeciones formuladas a los estatutos por la Subsecretaría del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, observaciones que habrían sido efectuadas fuera del plazo fatal de 90 días que señala la ley para este efecto. Solicitado el informe a la autoridad, ésta afirmó que el transcurso del tiempo no produce el saneamiento de los vicios que contenían los estatutos de la asociación gremial en formación, y argumentó además que para las instituciones públicas no existían plazos fatales. Sin embargo la Corte, a nuestro juicio en forma acertada, concluyó que efectivamente las observaciones fueron formuladas fuera del plazo fatal que establece la ley, y agregó, a mayor abundamiento, que el artículo 49 del Código Civil no hace distinción

¹³³ *Revista Gaceta Jurídica* N° 34, del año 1983, pág. 59.

alguna entre la persona o la entidad que puede estar sujeta a un plazo determinado.¹³⁴

Se rechazó, en cambio, el recurso interpuesto contra una resolución dictada por el Subsecretario del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que declaró disuelta y ordenó la liquidación de una Cooperativa, fundada en un estudio del Departamento de Cooperativas que daba cuenta de la existencia de irregularidades comprobadas en la administración de esta Cooperativa, lo que configuraba la causal de disolución del artículo 51 de la Ley General de Cooperativas. La Corte de Santiago resolvió que la resolución administrativa tenía fundamento legal y que se encontraba amparada por presunción de legitimidad.¹³⁵

Un segundo recurso rechazado es el interpuesto por una corporación educacional en contra de un decreto del Ministerio de Justicia que cancelaba su personalidad jurídica, estimando que dicho acto era ilegal y arbitrario. Requerida la autoridad, ésta informó que había actuado en ejercicio de sus atribuciones legales, acompañando además los antecedentes que acreditaban el incumplimiento de los objetivos para los cuales había sido creada la institución recurrente. Con el mérito de estos antecedentes, la Corte dictaminó que el acto de la autoridad no era ilegal ni arbitrario.¹³⁶

k) *Libertad de trabajo*

La garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección, está señalada en el N° 16° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Es frecuente observar en los recursos de protección que se invoca la vulneración de esta garantía conjuntamente con la del N° 21°, que consagra el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, lo que no es de extrañar, porque ambas corresponden a un mismo género.

¹³⁴ *Revista Gaceta Jurídica* N° 67, de 1986, pág. 37.

¹³⁵ *Revista Gaceta Jurídica* N° 41, de 1983, pág. 35.

¹³⁶ *Revista Gaceta Jurídica* N° 75, de 1986, pág. 28.

Entre los recursos acogidos que ilustran esta garantía constitucional tenemos el de un comerciante que recurrió de protección ante la negativa del Jefe de Rentas y Patentes de una municipalidad para girar la orden de pago de su establecimiento comercial, fundamentada en un reclamo de la junta de vecinos por ruidos molestos originados en el local del recurrente. La Corte de Apelaciones de Temuco consideró que desde el punto de vista legal no se justificaba la medida de la autoridad sin antes haber consultado al Servicio de Salud, de acuerdo al Código Sanitario.¹³⁷

En otra ocasión un fabricante de grasas recurrió contra una resolución del alcalde de Santiago que ordenaba la clausura de su establecimiento. El alcalde justificó el decreto de clausura por el hecho de que los propietarios no habían cumplido con el trámite de recalificación como industria inofensiva. La Corte de Apelaciones de Santiago, por el mérito del informe, rechazó el recurso, pero la Corte Suprema revocó el fallo y lo acogió, por estimar que la industria cumplía con los requisitos que evitaban la contaminación y funcionaba sin molestar a la comunidad, y por consiguiente la clausura decretada por el alcalde era arbitraria y perturbaba el legítimo ejercicio de la libertad de trabajo, ordenando dejar inmediatamente sin efecto la medida.¹³⁸

Un jugador profesional de fútbol solicitó protección ante la negativa de la Asociación Central de Fútbol para otorgarle un certificado de su carácter de jugador en libertad de acción, considerando que ello vulneraba su libertad de trabajo en forma arbitraria. Los recurridos sostuvieron en su informe que habían actuado dentro del reglamento, pero la Corte consideró que las disposiciones reglamentarias invocadas contradecían el principio de libertad de trabajo que consagraban la Constitución y la ley. Acogió el recurso y ordenó al club recurrido conceder al jugador la libertad de acción para poder ser contratado en cualquier otro club.¹³⁹

¹³⁷ *Revista Gaceta Jurídica* N° 57, de 1984, pág. 92.

¹³⁸ *Revista Gaceta Jurídica* N° 67, de 1986, pág. 40.

¹³⁹ *Revista Gaceta Jurídica* N° 62, de 1985, pág. 54.

l) *Derecho de sindicación*

El N° 19° del artículo 19 de la Constitución Política asegura el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley.

En virtud de este derecho, se ha acogido un recurso presentado por el directorio de un sindicato de trabajadores independientes contra el ex presidente de la organización, quien se negaba a hacer entrega al nuevo directorio del local y bienes patrimoniales del sindicato, argumentando que la elección de directorio se encontraba viciada, por cuanto se cometieron fraudes. La Corte de Apelaciones de Santiago estimó que acreditada la elección de la directiva del sindicato de acuerdo con la ley, y no habiéndose declarado su nulidad, debía concluirse que ella es válida.¹⁴⁰

También se acogió el recurso presentado por un sindicato contra Codelco-Chile, cuando reorganizó su estructura y creó una nueva división. Sostuvo Codelco que ésta constituiría una nueva empresa, en los términos del artículo 3° del Código del Trabajo, pretendiendo que su sola creación provocaría la automática e inmediata desafiliación al sindicato de los trabajadores que laboran en esa sección. La Corte dio por establecido que la nueva división no constituía una empresa distinta e independiente de la anterior, por lo cual la posición asumida por el recurrido de atribuirle la calidad de tal, con las consecuencias de desafiliación que ello conlleva, justificaba suficientemente la aceptación del recurso.¹⁴¹

m) *Libre iniciativa económica*

El N° 21° del artículo 19 contempla el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

Se aceptó el recurso del ocupante de un local comercial, interpuesto porque la firma propietaria del edificio le había cortado el suministro de luz y aire acondicionado, lo que era

¹⁴⁰ *Revista Gaceta Jurídica* N° 53, de 1984, pág. 46.

¹⁴¹ *Revista Gaceta Jurídica* N° 151, de 1993, pág. 97.

vital para el desarrollo de su actividad comercial. Aunque el ocupante del local no había suscrito un contrato de promesa de compraventa y no era dueño ni arrendatario, existía un acta de entrega del local, lo que movió a la Corte a hacer lugar al recurso, ya que mientras no se fallara la causa que estaba pendiente por el incumplimiento de la obligación de suscribir el contrato de promesa de compraventa, la firma propietaria no podía tomar represalias contra el ocupante.¹⁴²

Del mismo modo, se acogió el recurso de protección deducido por una empresa que concluyó la construcción de un edificio de departamentos con los permisos municipales pertinentes, contra el Director de Aseo y Ornato de la Municipalidad, porque negó el permiso para talar un árbol ubicado en la vereda frente al edificio, que obstaculizaba el paso de vehículos a los estacionamientos subterráneos. La Corte tuvo presente que estaba fundada la necesidad de extraer el árbol y que, al conceder permiso para construir el edificio con sus subterráneos, la Municipalidad debió verificar el cumplimiento íntegro de las exigencias previstas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y en las Ordenanzas Municipales aplicables.¹⁴³

Así también se acogió la protección solicitada por el dueño de una panadería y almacén, porque no obstante cumplir con todas las condiciones legalmente exigibles para el otorgamiento de la patente definitiva que amparase su actividad comercial, desarrollada con un permiso municipal provisorio próximo a vencer, la municipalidad le negó la patente definitiva mientras no firmara una carta renuncia a toda indemnización por las mejoras u otras obras respecto de una parte del inmueble que se encontraba fuera de la línea de edificación, y que tenía que ser objeto de expropiación por parte del municipio.¹⁴⁴

¹⁴² *Revista Gaceta Jurídica* N° 47, de 1984, pág. 54.

¹⁴³ *Revista Fallos del Mes* N° 436, de 1995, pág. 4.

¹⁴⁴ *Revista Fallos del Mes* N° 436, de 1995, pág. 40.

n) *No discriminación económica*

El N° 22º del artículo 19 asegura la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Un factor de comercio recurrió en contra del administrador provisional de un banco, porque al fijar las bases para la licitación pública de una empresa, estableció que no podrían participar en ellas los oferentes que tuviesen determinado grado de parentesco con los antiguos accionistas, directores o administradores de la empresa intervenida.

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso y la Corte Suprema confirmó el fallo, teniendo presente que la operación conducente a la licitación obedecía a la voluntad de un agente público en el ejercicio de las facultades que en tal calidad le ha otorgado la ley, dentro de aquellas que corresponden al servicio del Estado al cual pertenece. De suerte entonces que las condiciones impuestas a los oferentes para participar como compradores en el llamado a licitación pública provenían de un acto de la autoridad económica del Estado. Carecía de toda relevancia que el banco fuera privado, porque lo que se cuestionaba era el acto de un funcionario delegado de un organismo del Estado.¹⁴⁵

Ha dicho la Corte, en otro caso, que el medio que disponen los titulares de inversiones extranjeras para impugnar normas jurídicas que estimen discriminatorias, e instar por la eliminación de tales discriminaciones, es el previsto en el Decreto Ley N° 600, de 1974, que obliga al Comité de Inversiones Extranjeras a pronunciarse sobre la situación reclamada dentro de cierto plazo. En caso contrario, incurre en una omisión ilegal, enmendable por la vía del recurso de protección.¹⁴⁶

o) *Libertad para adquirir el dominio*

El N° 23º del artículo 19 de la Constitución Política garantiza la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aque-

¹⁴⁵ Revista Gaceta Jurídica N° 72, de 1986, pág. 22.

¹⁴⁶ Revista Gaceta Jurídica N° 131, de 1991, pág. 55.

llos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así.

Estimó primero la Corte de Apelaciones de Santiago y luego la Corte Suprema, que el Ministro de Bienes Nacionales y el Secretario Regional Ministerial Metropolitano; al no concurrir oportunamente a la suscripción de la escritura de venta directa de un predio, ordenada en un decreto supremo firmado por S.E. el Presidente de la República y tomado de razón por la Contraloría General de la República, vulneraron esta garantía constitucional.¹⁴⁷

Fue aceptado otro recurso interpuesto contra un Secretario Regional Ministerial de Transportes, considerando que el derecho que otorga la ley de tránsito al Ministerio de Transporte para prohibir, por causa justificada, la circulación de vehículos por determinadas vías públicas, debe ejercerse racionalmente. Por tanto, estimó la Corte que la prohibición del tránsito de camiones de oriente a poniente, de lunes a viernes en la ruta "G-421" era arbitraria e ilegal, porque obligaba a los recurrentes a transitar esos días por una ruta muy alejada, perjudicando el normal desarrollo de sus actividades productivas.¹⁴⁸

En cambio se rechazó un recurso deducido contra la Bolsa de Comercio de Santiago, al haber procedido, en uso de sus atribuciones legales, al traspaso de una acción determinada, por cuanto ella se conformaba con el principio registral de la seguridad jurídica, coincidente con el resguardo de legítimos derechos de terceros.¹⁴⁹

p) *Derecho de propiedad*

El N° 24° del artículo 19 de la Constitución Política asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes, corporales e incorporales.

Desde un punto de vista estadístico, el número de recursos de protección interpuestos en relación con este derecho sobre-

¹⁴⁷ *Revista Fallos del Mes* N° 382, de 1980, pág. 480.

¹⁴⁸ *Revista Gaceta Jurídica* N° 144, de 1992, pág. 71.

¹⁴⁹ *Revista Gaceta Jurídica* N° 137, de 1991, pág. 47.

pasa en forma abrumadora los intentados en demanda de tutela de los demás derechos y garantías consagrados en el Capítulo III de la Carta Fundamental.

En un caso, representantes de la Unidad Vecinal Comuna San José de Maipo recurrieron de protección en contra del intendente de la Región Metropolitana, quien había dictado una resolución privándolos de la vía de acceso al bien nacional de uso público denominado Río El Ingenio.

Después de recibir informe técnico de la autoridad recurrida, la Corte Suprema —con votos de minoría— acogió el recurso puntualizando que el N° 24° del artículo 19,

“establece un amparo amplio del derecho de propiedad, cualquiera que sea su significación patrimonial o la forma de propiedad, sea ésta individual o comunitaria, de tal manera que *su protección incluye a los bienes nacionales de uso público, o sea, aquellos que; según el artículo 589 del Código Civil, su dominio pertenece a la nación toda y cuyo uso corresponde a todos sus habitantes*”.¹⁵⁰

En otra situación, una sociedad inmobiliaria recurrió de protección en contra del Tesorero General de la República, porque éste denegó su solicitud para el pago de la asignación por la contratación adicional de mano de obra establecida en la Ley N° 18.229, invocando dictámenes de la Contraloría General de la República.

La Corte Suprema acogió el recurso por estimar que a la empresa le correspondía percibir la asignación reclamada y que la negativa de la Tesorería General de la República vulneró el derecho de propiedad, que comprende “todos los bienes corporales e incorporales y, entre estos últimos, *los créditos y derechos de que sea titular una persona y que estén incorporados a su patrimonio, como era el caso que se analiza, en que el derecho a la asignación de la Ley N° 18.229 por los trabajadores contratados por el recurrente era un derecho incorporado a su haber*”.¹⁵¹

¹⁵⁰ *Revista Gaceta Jurídica* N° 43, de 1983, pág. 24.

¹⁵¹ *Revista Gaceta Jurídica* N° 59, de 1985, pág. 14.

Un transportista recurrió de protección contra el gerente de la administradora de un terminal de buses, en atención a que había dictado un reglamento interno, que consultaba multas en beneficio de la Administración, sin sujeción a norma alguna legal que las estableciera y sin señalar el órgano jurisdiccional que las determinaría.

La Corte concluyó que el reglamento impugnado era ilegal, por cuanto fue dictado por el administrador sin participación de la asamblea de copropietarios ni de la junta de vigilancia. Acogió el recurso, toda vez que al no haberse considerado al recurrente en la dictación de dicho reglamento interno, *se había afectado su derecho de propiedad en el condominio* donde funciona el terminal de buses.¹⁵²

En 1993, la Corte Suprema acogió el recurso presentado en contra de los fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos, que al cumplir la resolución del Departamento de Investigaciones de Delitos Tributarios, que dispuso medidas conservativas respecto de determinado contribuyente, consistentes en la incautación de libros de contabilidad de él, incautaron la documentación contable de los recurrentes, no comprendidos en la referida resolución, los cuales habían entregado esa documentación al contribuyente referido, en su calidad de asesor. Estimó la Corte que, los recurridos al incautar la documentación de los recurrentes, actuaron en forma arbitraria e ilegal.¹⁵³

También el mismo año estimó la Corte Suprema que cometió un acto ilegal y arbitrario el Instituto de Normalización Previsional al *recalcular unilateralmente el bono de reconocimiento* extendido a nombre del reclamante con posterioridad a su visación, porque atentó contra los derechos adquiridos por el recurrente e incorporados a su patrimonio.¹⁵⁴

En otro caso, teniendo en cuenta que el Estatuto Orgánico del Servicio de Tesorería no contempla la facultad de retener por exclusiva determinación de dicho servicio cantidades que según la Ley de Impuesto a la Renta deben ser entregadas oportunamente al beneficiario, y que se había decretado la

¹⁵² *Revista Fallos del Mes* N° 333, de 1986, pág. 518.

¹⁵³ *Revista Fallos del Mes* N° 413, pág. 118.

¹⁵⁴ *Revista Fallos del Mes* N° 413, pág. 132.

suspensión del cobro de los impuestos reclamados en determinada causa, la compensación efectuada por el Tesorerò Regional, recurrido de protección, con posterioridad a dicha suspensión, constituía un acto ilegal y arbitrario de ese funcionario, que vulneraba el ejercicio legítimo del derecho de dominio del recurrente.¹⁵⁵

Se acogió también el recurso presentado por el padre de una alumna en contra de la directora del colegio en que estudiaba, por habersele notificado que no se renovaba su matrícula.

Consideró la Corte que si bien era verdad que en el transcurso del año anterior la alumna registraba varias observaciones derivadas de una conducta reprochable, ellas no justificaban la medida que se aplicó, que lo que en realidad correspondía en forma previa era condicionarle dicha matrícula, conforme a las Normas de Convivencia Escolar del colegio; y que la medida de no renovar la matrícula impuesta sin más trámite a la alumna resultaba excesiva y pecaba de arbitraria, tanto más si se consideraba que ella fue aplicada en una época en que no le era posible, en la práctica, ubicar a la menor en otro establecimiento educacional similar.

El fallo terminó expresando que la medida objeto del recurso quebrantó la garantía en comentario, ya que *la alumna tenía derecho a que se le respetase su calidad de estudiante, sobre la cual tiene el derecho de propiedad*.¹⁵⁶

Fue acogido, asimismo,¹⁵⁷ un recurso presentado contra un juez civil de Santiago. Declaró la Corte que procede dejar sin efecto la resolución judicial que ordenó cancelar la inscripción de dominio del recurrente, a raíz de una medida precautoria dictada en un juicio en que aquel no fue emplazado ni oído, en su condición de poseedor inscrito, por lo que la medida no le empece, afectando de modo arbitrario e ilegal su derecho de propiedad.¹⁵⁷

¹⁵⁵ *Revista Fallos del Mes* N° 417, de 1993, pág. 541.

¹⁵⁶ *Revista Fallos del Mes* N° 426, de 1994, pág. 41.

¹⁵⁷ *Revista Gaceta Jurídica* N° 133, de 1991, pág. 53.

q) *Propiedad intelectual e industrial*

El N° 25° del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad intelectual e industrial.

Un académico de una universidad recurrió de protección contra el decreto de la rectoría que puso término a su calidad de tal, y contra la orden posterior que se dio al encargado del sistema computacional central de la universidad para que procediese al cierre de todas las cuentas que le correspondían al recurrente en aquel sistema, impidiéndose así a éste retirar desde el sistema computacional sus trabajos y comunicaciones.

El recurso se estimó extemporáneo respecto del referido decreto de rectoría, pero no en cuanto al posterior cierre de las cuentas que el recurrente tenía para usar el sistema computacional y el correo electrónico de la universidad. La Ley de Propiedad Intelectual atribuye al empleador la propiedad intelectual de los programas computacionales generados por sus dependientes, pero dichos programas son medios, herramientas o sistemas que permiten y facilitan a un individuo la creación de trabajos, bajo la forma de escritos, fórmulas, cálculos, gráficos u otra cualquiera que la tecnología admita, de manera que no cabe confundir el medio que permite la generación de tales creaciones intelectuales, con las creaciones mismas. Por más dominio que la universidad haya tenido sobre los sistemas computacionales, ello no le permite apropiarse de las creaciones intelectuales de cualquiera especie que el recurrente pudo generar usando aquel sistema computacional. De igual modo, aunque el sistema de correo electrónico sea de dominio de la universidad, ello no le permite acceder o imponerse de las comunicaciones y documentos privados del recurrente. Por tales consideraciones, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 19 N°s 5° y 25° de la Constitución Política, se acogió el recurso sólo en cuanto a restituirse al recurrente el contenido total de las cuentas y correo electrónico que usaba en el sistema computacional de la universidad.¹⁵⁸

¹⁵⁸ *Revista Fallos del Mes* N° 434, pág. 1124.

En términos generales, como puede apreciarse, la labor jurisprudencial a que abrió paso el recurso de protección no sólo ha significado cautelar los derechos individuales en los casos específicos que se han sometido a los tribunales de justicia, sino que ha permitido ir enriqueciendo la doctrina constitucional, demostrando la estrecha vinculación que existe entre las normas fundamentales, generalmente miradas por el común de la gente como distintas y meramente declaratorias, con la vida real, y la solución concreta de las dificultades que las personas pueden encontrar en el ejercicio legítimo de esos derechos.

CAPITULO VI

CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL

A) LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCION

“Art. 90. Las Fuerzas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Las Fuerzas Armadas están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República.

Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo 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. Carabineros se integrará, además, con las Fuerzas Armadas en la misión de garantizar el orden institucional de la República.”

En la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución propuse parte de los conceptos de la disposición constitucional citada, que estimo esencial para la estabilidad de la República.

Al analizar la motivación y el significado de la disposición en análisis, lo primero que el intérprete objetivo debe darse cuenta es que esta disposición impone a las Fuerzas Armadas una obligación básica: la de usar su poder para defender el orden constitucional y no para destruirlo o deteriorarlo.

Conociendo el sentido del deber de nuestras instituciones militares, no nos cabe duda alguna que esta disposición resulta muy importante para cada uno de sus miembros desde el comienzo de su vida militar.

En seguida, ello constituye la base constitucional de una serie de obligaciones y funciones que la ley encomienda a las Fuerzas Armadas, y que son claramente garantías del "orden institucional" en materias relevantes, como el orden en todo proceso electoral de la República, cuya limpieza, seriedad y transparencia no escapa a nadie como indispensable para el funcionamiento de una democracia moderna; también, cuando se trata de los estados de emergencia constitucional, la ley determina que la autoridad es ejercida por un miembro de las Fuerzas Armadas en calidad de jefe de plaza.

Históricamente no sólo en 1973, sino en numerosas oportunidades, nuestras Fuerzas Armadas han intervenido cuando la marcha del país y el bienestar de los ciudadanos fueron afectados grave y permanentemente por el ejercicio del poder público.

Desde la vigencia de la Constitución de 1980 la situación anterior ha variado en dos aspectos relevantes: primero, existe un órgano constitucional, legalmente reglado, donde las Fuerzas Armadas pueden dar a conocer sus opiniones sobre cualquier acto, hecho o materia que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o puedan comprometer la seguridad nacional: este órgano es el Consejo de Seguridad Nacional.

Las opiniones o juicios de las Fuerzas Armadas se emiten ante los titulares de los tres poderes del Estado y la Contraloría General de la República. La opinión así manifestada no constituye infracción a disposición legal o constitucional alguna; al contrario, es el ejercicio de una facultad que les otorga la Carta Fundamental, que muchas veces puede constituir un deber y que antes no tenía cauce establecido en la legislación.

La segunda circunstancia esencial es que esta opinión no puede ser manifestada por cualquier miembro de las Fuerzas Armadas, sino únicamente por sus Comandantes en Jefe y por el General Director de Carabineros. Es, en consecuencia, una opinión jerárquica, confirmando nuestra tradición histórica de Fuerzas Armadas bien constituidas.

Las funciones de garantes del orden institucional no terminan aquí; además diversas disposiciones, que regulan decisiones graves para la marcha del país, disponen que nuestras Fuerzas Armadas deben darles su conformidad a través del Consejo de Seguridad Nacional.

Ello ocurre no sólo en materias propias de la defensa nacional, como ser oídos en el caso de declaración de guerra o informar previamente la ley que fije el contingente de las Fuerzas Armadas o autorice la presencia de fuerzas extranjeras en el territorio, etc., sino también en situaciones generales de carácter delicado en que el acuerdo del Consejo es indispensable, según la Constitución, como ocurre en la reglamentación de los estados de excepción constitucional.

Las libertades y derechos de las personas son esenciales para el orden institucional de la República y constituyen su finalidad; para restringirlos o limitarlos, por la aplicación de los estados de excepción, el Presidente de la República debe tener en algunos casos el acuerdo del Consejo Nacional de Seguridad. Tal cosa sucede en el caso de guerra interna o conmoción interior: la vigencia inmediata del estado de sitio antes de que el Congreso se pronuncie sobre el proyecto respectivo necesita la autorización del Consejo de Seguridad Nacional, y es lógico que así sea, porque no se puede dejar la restricción de las libertades fundamentales a la decisión de una sola autoridad política.

En los casos de emergencia o calamidad pública, en que se concede al Ejecutivo poderes no normales, también se exige el acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional para estas facultades. Hay que recordar, además, que el jefe de la zona de emergencia o de catástrofe es un jefe militar, como lo señala expresamente la Constitución.

El carácter de garantes del orden institucional de la República no ha sido bien entendido en algunos sectores, tanto por

razones político-partidistas como por consideraciones estrictamente jurídicas.

Un ejemplo de este último caso ocurrió durante el estudio de un proyecto de reforma constitucional a que ya hemos aludido, que envió el Ejecutivo en 1996 y que en definitiva fracasó en el Senado, por referirse junto a materias en que había consenso en otros temas que no fueron compartidos. Uno de los aspectos que planteaba el proyecto era incorporar los principios de probidad de los órganos del Estado y de publicidad de sus actuaciones dentro del capítulo relativo a las bases de la institucionalidad.

Un señor senador manifestó que le parecía inconveniente esa ubicación:

“Acotó que las Fuerzas Armadas son garantes de la institucionalidad, según lo dispone el inciso segundo del artículo 90, manifestando que no le parece adecuado ni propio de la naturaleza y finalidades de los institutos armados que el principio de probidad deba ser resguardado por ellos, toda vez que la Carta Fundamental entrega esta función a otros órganos, como es el caso de la Contraloría General de la República.

Recordó asimismo que, en armonía con lo anterior, el artículo 96, letra b), de la Ley Suprema señala entre las funciones del Consejo de Seguridad Nacional, la de hacer presente a los órganos que indica ‘su opinión frente a algún hecho, acto o materia que, a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional’, lo que corrobora la idea de que las *Fuerzas Armadas sólo son garantes de las bases de la institucionalidad*”.

El representante del Ejecutivo, Ministro Secretario General de la Presidencia de la República, observó que:

“las *Fuerzas Armadas no sólo son garantes de las bases de la institucionalidad, sino ‘del orden institucional de la República’*, afirmando que este rol, en su opinión, no es distinto del que corresponde a todos los órganos del Estado, en cuanto a respetar la Carta Fundamental y actuar en conformidad a ella.

El H. Senador señor Diez puso de relieve, en primer término, que a él le correspondió proponer la norma contenida en el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Fundamental, corroborando que las Fuerzas Armadas son garantes del orden institucional de la República en su integridad, y no sólo de las bases de la institucionalidad” (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de 1º de abril de 1996).

Y, en efecto, la disposición que entrega a las Fuerzas Armadas el deber de garantizar el orden institucional de la República responde de un modo inequívoco a la necesidad que advirtió el constituyente de robustecer la estructura constitucional de nuestro país, contemplando su intervención en materias de suyo delicadas que comprometen los intereses generales y permanentes de la Nación.

B) ORGANIZACION DEL CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL

“Art. 95. Habrá un Consejo de Seguridad Nacional, presidido por el Presidente de la República e integrado por los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República.

Participarán también como miembros del Consejo, con derecho a voz, los ministros encargados del gobierno interior, de las relaciones exteriores, de la defensa nacional y de la economía y finanzas del país. Actuará como Secretario el Jefe del Estado Mayor de la Defensa Nacional.

El Consejo de Seguridad Nacional podrá ser convocado por el Presidente de la República o a solicitud de dos de sus miembros y requerirá como quórum para sesionar el de la mayoría absoluta

de sus integrantes. Para los efectos de la convocatoria al Consejo y del quórum para sesionar sólo se considerará a sus integrantes con derecho a voto. Los acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio con derecho a voto.”

El pronunciamiento militar de 1973 demostró que no existía en la Constitución Política de 1925 una instancia institucional suficientemente ordenada que permitiera intercambiar antecedentes en un nivel de igualdad jurídica entre los poderes del Estado y entre la civilidad y las instituciones armadas.

Por eso, desde el primer momento esboqué la conveniencia de abordar este tema en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución:

“Manifestó el señor Diez que si bien la participación de las Fuerzas Armadas era evidente y plausible en este momento de nuestra historia, podría en algún tiempo más ser objeto de críticas, razón por la cual era partidario de incorporar desde ya su Estatuto Jurídico y atribuciones en la Carta Fundamental para otorgarle vigencia a sus funciones”.¹⁵⁹

En el informe sobre las ideas precisas que contendría el anteproyecto de nueva Constitución, de 16 de agosto de 1978, la Comisión de Estudio expresó:

“La seguridad nacional, como lo expresáramos al tratar de las bases esenciales de la institucionalidad, tiene hoy en su concepción moderna una amplia y profunda significación, ya que no sólo comprende la defensa de la Patria, de la integridad territorial de la Nación y de 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

¹⁵⁹ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, obra ya citada, sesión 1ª, en 24 de septiembre de 1973, pág. 9.

superar con éxito las situaciones de emergencia que pongan en peligro el cumplimiento de estos objetivos.

Por esta razón, será función esencial del Consejo velar por la seguridad nacional y asesorar al Presidente de la República en su deber primordial de preservarla, cuando éste lo solicite.

Otra función de gran importancia del Consejo, y que permitirá a nuestras Fuerzas Armadas y de Orden cautelar los principios básicos del ordenamiento fundamental de la República, será la de representar a cualquier autoridad establecida por la Constitución, todo hecho, acto o materia que a su juicio pueda comprometer la seguridad nacional”.¹⁶⁰

Respecto de la integración del Consejo se señaló que:

“Conforme a la doctrina chilena sobre seguridad nacional, que destaca la responsabilidad que cabe a todos los chilenos en su preservación, el anteproyecto propone que el Consejo de Seguridad Nacional, si bien debe tener una integración mayoritaria de parte de los más altos jefes de las instituciones de la Defensa Nacional, ha de incorporar también a él a los más elevados exponentes de diversos órganos de gran significación político-institucional en relación con el tema”.¹⁶¹

“Por otra parte, y si bien el Consejo de Seguridad Nacional debe indudablemente estar encabezado por el Presidente de la República, resulta indispensable que su convocatoria no quede circunscrita únicamente a la voluntad de éste, sino que ella también proceda a solicitud de dos de sus miembros. Dicha fórmula robustece y da eficacia a la independencia que se proyecta para tan importante organismo.

En igual orientación, se sugiere que formen parte del Consejo de Seguridad Nacional cuatro Ministros de Estado que cubran las diversas áreas cuya presencia requiere un ente de esta naturaleza, pero dicha integración se consagra

¹⁶⁰ *Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos*, obra ya citada, pág. 271.

¹⁶¹ *Idem*, págs. 272-273.

sólo con derecho a voz, ya que de lo contrario el Gobierno pasaría virtualmente a controlar el Consejo.”¹⁶²

En la reforma constitucional de 1989 se efectuaron cuatro enmiendas a las disposiciones contempladas en el texto original de la Carta Fundamental.

Se agregó al Contralor General de la República como miembro del Consejo; se estableció el quórum para adoptar acuerdos, fijándolo en la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio con derecho a voto; se sustituyó el concepto de “representar su opinión” por el de “hacer presente su opinión”; se acotó la referencia como destinataria de esa opinión que se hacía a “cualquier autoridad establecida por la Constitución”, en el sentido de que los únicos eventuales destinatarios son el Presidente de la República, el Congreso Nacional y el Tribunal Constitucional.

Las modificaciones perfeccionan las normas constitucionales, manteniendo la sustancia de esta institución.

C) FUNCIONES Y REGLAMENTO DEL CONSEJO

“*Art. 96.* Serán funciones del Consejo de Seguridad Nacional:

a) Asesorar al Presidente de la República en cualquier materia vinculada a la seguridad nacional en que éste lo solicite;

b) Hacer presente, al Presidente de la República, al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional, su opinión frente a algún hecho, acto o materia que, a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional;

c) Informar, previamente, respecto de las materias a que se refiere el número 13 del artículo 60;

¹⁶² *Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos*, obra ya citada, pág: 273.

d) Recabar de las autoridades y funcionarios de la administración todos los antecedentes relacionados con la seguridad exterior e interior del Estado. En tal caso, el requerido estará obligado a proporcionarlos y su negativa será sancionada en la forma que establezca la ley, y

e) Ejercer las demás atribuciones que esta Constitución le encomienda.

Los acuerdos u opiniones a que se refiere la letra b) serán públicos o reservados, según lo determine para cada caso particular el Consejo.

Un reglamento dictado por el propio Consejo establecerá las demás disposiciones concernientes a su organización y funcionamiento.”

La función asesora del Consejo es la primera que señala la Carta Fundamental y la de más ordinaria frecuencia y normalidad. Resulta conveniente para el Presidente de la República oír, frente a materias que afectan o puedan afectar la seguridad nacional, la opinión de las más altas autoridades del país en forma conjunta, confrontarlas entre sí, analizar sus puntos de vista y discutir con ellos las acciones futuras; lo que evidentemente puede producir mejores efectos que el oír sus opiniones en forma aislada. El concepto de seguridad a que se refiere la Constitución tiene la amplitud que explicamos cuando tratamos su artículo primero.

La segunda función constituye en realidad la esencia de la institución, como ya lo hemos señalado, y es hacer presente ante las altas autoridades que toman decisiones obligatorias de carácter general, Presidente de la República, Congreso Nacional y Tribunal Constitucional, sus opiniones y acuerdos acerca de cualquier hecho, acto o materia que atente contra las bases de la institucionalidad o contra la seguridad nacional. No se refiere esta función solamente a actuaciones de las autoridades públicas, mencionadas o no en el texto constitucional, sino hechos de cualquier naturaleza u origen o acción o conducta de cualquier persona, pública o privada, o cualquier asunto

que atente gravemente contra la institucionalidad o seguridad del país.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad no tienen fuerza legal obligatoria con respecto a las autoridades a las cuales se les hace llegar el acuerdo, ya sea Presidente de la República, Congreso Nacional o Tribunal Constitucional, los que conservan todas las facultades y toda su competencia; pero no hay duda que por emanar del Consejo integrado de la manera como lo está, tiene un peso moral que indiscutiblemente va a influir en forma notable en las acciones de autoridad hacia las cuales van dirigidas. Esta influencia está prevista en la Constitución, no es inconstitucional, no vulnera el orden jurídico de la República y sí permite que en momentos difíciles las soluciones sean adoptadas dentro de un consenso.

Conforme a lo previsto en el mismo artículo, las demás disposiciones concernientes a su organización y funcionamiento se contienen en el reglamento que dictó el propio Consejo, que apareció publicado en el Diario Oficial del 11 de mayo de 1988, y se modificó en 1990.

En líneas generales, puede indicarse que el artículo 2º de este reglamento prevé la subrogación de los miembros del Consejo, para casos de impedimento temporal, por las autoridades que correspondan de acuerdo a lo que establezcan las respectivas leyes orgánicas o reglamentación correspondiente de los órganos o instituciones que dirijan.

Continúa el reglamento fijando la sede del Consejo de Seguridad Nacional en el lugar donde reside el Presidente de la República.

El artículo 4º regula la convocatoria, disponiendo que la citación para reunir al Consejo debe señalar el día y la hora de la reunión, y debe dirigirse un oficio al Secretario del Consejo para que éste practique las citaciones correspondientes para la oportunidad que los solicitantes hayan incluido en la convocatoria.

El artículo 6º dispone que las consultas que el Presidente de la República formule al Consejo, los debates y los informes que se produzcan tendrán el carácter de reservados, a menos que el Presidente proponga lo contrario y así lo acuerde el Consejo en cada caso.

Prosigue el artículo 9º del reglamento disponiendo que presidirá el Consejo el Presidente de la República, y en ausencia del Presidente o del Vicepresidente, será subrogado, en orden de precedencia, por el Presidente del Senado, el Presidente de la Corte Suprema, los Comandantes en Jefe titulares de las Fuerzas Armadas por orden de antigüedad institucional, el General Director de Carabineros titular y, por último, el Contralor General de la República.

El artículo 10 señala las atribuciones del Presidente del Consejo, indicando entre éstas señalar las materias que dieron origen a la convocatoria incluidas en la tabla, presidir las sesiones, dar curso a los asuntos urgentes y disponer medidas necesarias para que se cumplan los acuerdos adoptados.

Los artículos 11 y 16 se refieren al Secretario del Consejo, que es el Jefe del Estado Mayor de la Defensa Nacional, facultándolo para utilizar el apoyo del Estado Mayor y también requerir a funcionarios de la administración del Estado que irán en comisión de servicio a trabajar en el Consejo, y señalando sus funciones.

Los artículos 13, 14 y 15 habilitan al Consejo para solicitar asesoría a los Ministerios o a sus organismos dependientes o instituciones que él mismo determine, para constituir comisiones especiales de trabajo, y para asesorarse por otros especialistas.

El artículo 17 del reglamento señala la modalidad de las votaciones, indicando que éstas serán nominales y se tomarán en inverso sentido al orden de precedencia del artículo 9º del reglamento, y estipula que, salvo acuerdo en contrario, los miembros emitirán su voto de viva voz e, incluso, podrán fundamentar su voto.

Permite el artículo 18 que los miembros con derecho a voto que discrepen de algún acuerdo adoptado por el Consejo dejen constancia de su opinión en el acta de la sesión respectiva.

Por último, el artículo 19 contempla la norma de reforma del reglamento, señalando que puede modificarse con el voto conforme de la mayoría de los miembros en ejercicio del Consejo con derecho a voto.

Intentos de Reforma del Consejo de Seguridad Nacional

Un proyecto de reforma constitucional presentado por el Ejecutivo y rechazado por el Senado en 1996 propuso efectuar algunos cambios en esta normativa, que perseguían, en definitiva, reforzar la figura del Presidente de la República.

Primero, se establecía que el Consejo de Seguridad Nacional necesariamente debía ser convocado por el Primer Mandatario, de oficio o a petición de a lo menos dos de sus miembros. Esto es, se privaba a sus demás miembros de la iniciativa para convocarlo, dejándole sólo derecho a pedir que la convocatoria se efectúe.

En seguida, se concedía al Jefe del Estado voto dirimente para resolver los empates que se produjeran en las votaciones. El propio Ejecutivo durante el debate del tema en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, manifestó que no insistía en este aspecto.

Por último, se proponía que la facultad del Consejo de hacer presente su opinión se reemplazara por la de hacer presentes las opiniones de sus miembros.

Esta disposición era de considerable trascendencia y el Ejecutivo la fundamentó planteando que el Consejo es una instancia de representación política del más alto nivel, que expresa su opinión como cuerpo, lo que implica efectuar deliberaciones y votaciones, con el riesgo de que eventualmente se pudieren producir confrontaciones entre órganos constitucionales o de que, en el afán de alcanzar un acuerdo, se desvirtúe la particular opinión de cada uno de sus miembros.

Por ello, sostuvo que el hecho que los miembros del Consejo puedan expresar individualmente sus opiniones, les permitiría hacerlo con más fuerza y libertad. Ello en nada obstaría a que, mediante opiniones individuales, la mayoría de los miembros del Consejo exprese, en el hecho, opiniones coincidentes.

En el seno de la Comisión se expusieron opiniones discrepantes.

Por una parte, se afirmó que la idea de que el Consejo no pueda expresar su opinión como órgano colegiado desnaturaliza completamente su razón de ser, que es evitar la repetición de situaciones tan serias como la crisis político-institucional que vivió el país en 1973. La función del Consejo, así entendida, no

es ser fuente de conflictos, sino, muy por el contrario, hacer frente a situaciones ya producidas con el objeto de superarlas.

Para ello es necesario efectuar votaciones, lo que implica que quienes representan el criterio de minoría se deben someter a la decisión que adopte el órgano como cuerpo colegiado. No tendría mayor sentido permitir que los miembros del Consejo expresen sus opiniones en forma separada, toda vez que siempre tendrán la posibilidad de hacerlo, en conformidad al ordenamiento jurídico. El cambio significaría, en la práctica, que éste pasaría a transformarse en un órgano meramente receptor de opiniones, que no cumpliría ninguno de los importantes objetivos que actualmente le entrega la Carta Fundamental.

Por otra parte, hubo quienes creyeron que no es conveniente colocar al Presidente de la República frente a la posibilidad de que personas, entre las cuales hay algunas que le son subordinadas, puedan imponerle en una votación un criterio o posición frente a determinada materia. Por tanto, les pareció apropiado el mecanismo planteado en la iniciativa, consistente en que las autoridades que integran el órgano expresen sus opiniones individuales, destacando que, sin perjuicio de que esta función quedaría referida a las opiniones individuales de sus miembros, hay otras materias en que sigue siendo necesario el acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional.

A mi juicio, para evaluar debidamente la norma más apropiada en este caso, no sólo ha de razonarse bajo las condiciones de tranquilidad institucional que estamos mirando.

En ese solo sentido, efectivamente la posibilidad de resolver un tema delicado, como son todos los que conoce el Consejo de Seguridad Nacional, mediante votación de sus miembros, puede dejar en una situación incómoda a quienes hayan sustentado la posición que resulte minoritaria, lo que, claro está, es particularmente sensible en el caso del Presidente de la República.

Lo anterior tiene el inconveniente adicional de que obliga a todos los integrantes del Consejo a tomar partido por alguna de las posiciones en debate, negándoles la posibilidad de adoptar una actitud de prescindencia, que posiblemente prefieran mantener.

Con todo, por su naturaleza, la eficacia del Consejo de Seguridad Nacional sólo se pondrá a prueba en una verdadera crisis, configurada por el atentado grave en contra de las bases de la institucionalidad o el compromiso de la seguridad nacional. Quienes vivieron esa época, reconocerán que es difícil pensar que la situación que vivió el país hasta septiembre de 1973, se hubiese podido superar si, en el evento de que hubiere existido el Consejo, éste hubiese carecido de la facultad de adoptar acuerdos por votación, sino que sólo le hubiera sido permitido hacer presente la opinión individual de sus miembros. Más aún, si el Gobierno de la época desoyó a otros órganos constitucionales del Estado que le representaron la ilegalidad de sus actos, como lo hicieron formalmente la Cámara de Diputados y la Corte Suprema.

Entendiendo al Consejo de Seguridad Nacional como un órgano que no está llamado a causar problemas, sino a generar soluciones, es razonable creer que, si el acto en tela de juicio ha sido realizado por el Ejecutivo, el Presidente de la República tratará de no exponerse a una votación desfavorable, sino de evitarla, haciendo un mayor esfuerzo de alcanzar consenso. Incluso, en esta línea de reflexión, puede considerarse que la sola existencia de la posibilidad de votación, aunque ésta nunca se lleve a cabo, hará que el Jefe del Estado evite incluso que se pida la convocatoria al Consejo, y le servirá de poderoso argumento para, eventualmente, atenuar las posiciones más extremas que haya entre los propios partidarios del Gobierno.

CAPITULO VII

APLICACION DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

A) SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

La doctrina entiende por "supremacía constitucional" el principio que establece la superioridad jerárquica de las normas de la Constitución por sobre el resto del ordenamiento jurídico nacional.

Esta supremacía está establecida en el mismo texto de la Constitución y protegida por una serie de mecanismos, con el fin de que élla sea respetada por todo el ordenamiento jurídico.

Todo acto de una autoridad contrario al mandato con el que se ejerce, ya sea en la forma o en el contenido del mismo, no tiene valor alguno. Esta apreciación se aplica en primer lugar a los actos legislativos. Ningún mandatario es superior al mandante.

Los límites del derecho están fijados en la Constitución, no sólo los límites del poder del Estado. Lo que se aparte de ella ni siquiera tiene la posibilidad de convertirse en derecho y menos de aplicarse.

La Constitución de 1980 establece en forma expresa el principio de la supremacía de la Constitución en diversos artículos, que por otros motivos ya han sido citados en este libro. El primero de ellos, el artículo 6º, establece que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, agregando el artículo 7º que ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o de las leyes.

El texto de la Constitución al respecto es sumamente explícito y terminante cuando expresa: “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución”.

A juicio del autor, lo antes señalado no se ha aplicado en su verdadera extensión por parte del Tribunal Constitucional; por cuanto se ha prescindido de su alcance directo y han validado decretos supremos con la argumentación de que ellos se han dictado “en conformidad a la ley” y por esta razón son constitucionales.

En relación a estos mismos decretos, el Tribunal ha expresado que no tiene competencia para revisar la disposición legal vigente, porque su competencia es meramente preventiva y en consecuencia escapa a su control analizar si el decreto supremo se ajusta a la Constitución y principalmente respecto de sus bases y garantías.

Con este razonamiento, la supremacía constitucional ha resultado inaplicable, porque ha sido en el hecho sobrepasada por la ley, que aparece como intermediaria entre el Ejecutivo y la Constitución, con eficacia para validar actos inconstitucionales.

Sin embargo, la Constitución establece el sometimiento directo a ella de las normas jurídicas de rango inferior y, en el caso del decreto supremo, su validez con respecto a la Constitución no puede limitarse a considerarla a través de la forma en que la ley autoriza su dictación.

En caso de conflicto el Tribunal Constitucional no puede sujetarse al criterio del legislador. Debe presumir que éste ha actuado aplicando correctamente la Constitución; pero esto no puede desligarlo de su obligación de examinar el fondo del asunto si así lo amerita el recurso interpuesto.

Otra interpretación equivocada que hacen algunos comentaristas es sostener que aunque hubiese una disposición constitucional de carácter general, si no existe una disposición legal específica que la haga obligatoria, la Constitución no tiene aplicación mientras dicha ley no se dicte. Es decir, la Constitución podría ser a menudo sólo de naturaleza programática, una simple orden dada al legislador para resolver ciertas cuestiones de manera determinada.

El razonamiento anterior fue una de las razones que indujeron a disponer en el artículo 6º:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

El sometimiento es primero a la Constitución y después a las normas dictadas conforme a ella; y no es lógico ni válido expresar que, no existiendo ley que regule la situación, las disposiciones de la Constitución queden sin aplicación.

Esta disposición constitucional tipifica tres tipos de supremacía constitucional que analizaremos separadamente.

Primero: la supremacía normativa constitucional. Esto significa que el legislador debe someterse para la elaboración de la ley no sólo a los trámites de forma que indica la Constitución, sino que a las reglas sustantivas que ésta contiene, de manera de no contradecir y ni siquiera apartarse de las disposiciones constitucionales. Esta supremacía normativa dice relación con la letra de la Constitución, y también con las finalidades que ella tiene en vista. Al estudiar las normas de interpretación constitucional, insistiremos sobre esta materia.

La supremacía normativa de la Constitución hace que ella no pueda dejar de aplicarse nunca, aunque esté en contradicción con cualquiera disposición legal.

No tiene valor en este caso el argumento que sostiene que la disposición legal es de origen posterior a la Constitución; ni tampoco que la disposición legal resuelve un caso específico y la Constitución contiene una disposición de carácter general. Estos razonamientos de interpretación, válidos cuando se trata de la interpretación de la ley, no tienen aplicación cuando la ley se enfrenta a la Constitución, precisamente por este principio de la supremacía normativa.

Segundo: Sometimiento de los órganos del Estado. Todas las autoridades deben enmarcar el ejercicio de su poder dentro de las atribuciones que les ha conferido la Constitución.

Esto produce además un efecto distinto, que se desprende de la sana lógica: limitar el campo de la ley e impedirle otorgar más atribuciones que las que la Constitución contempla a quienes detentan el poder.

Esta es una aplicación importante de este principio. Los autores dicen que la Constitución “fija los límites del derecho”.

Tercero: el sistema de control de la Constitución para resguardar la aplicación de sus disposiciones, sus principios fundamentales y el sistema democrático que ha establecido.

El control de constitucionalidad de las normas y de determinadas modalidades de ejercicio del poder está radicado en el Tribunal Constitucional; en la Corte Suprema, al conocer el recurso de inaplicabilidad, y en los tribunales ordinarios de justicia, especialmente cuando se pronuncian sobre la validez de actos de la autoridad y fallan los recursos de protección.

En definitiva, la supremacía constitucional significa, en el hecho, que el gobernante debe someterse a la Constitución, que es el origen de su poder, y la que fija el campo de su ejercicio válido.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del 27 de octubre del año 1983, relativa a un requerimiento en contra del Ministro del Interior, establece textualmente lo siguiente:

“10º. Que por su parte, el artículo 6º de la Constitución comprende dos conceptos fundamentales.

En sus incisos 1º y 2º consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de la ‘supremacía constitucional’ sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la ‘vinculación directa’ de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados. De allí que primero se establezca que ‘Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella’. Y, acto seguido, se agregue que ‘Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo’ (Rol Nº 19, considerando 10º).¹⁶³

Esta sentencia confirma absolutamente los razonamientos que se han formulado sobre esta materia.

¹⁶³ Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 100.

B) INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION

I. CARACTERÍSTICAS DE ESTA INTERPRETACIÓN

Interpretar, en su sentido obvio, es precisar el sentido y el alcance de una cosa. Interpretar la Constitución, en consecuencia, es precisar el sentido y el alcance de la Constitución para su aplicación a un caso determinado.

Si la interpretación de la ley es importante, la interpretación de la Constitución es esencial para el correcto funcionamiento de una sociedad, porque establece los límites del poder, el alcance de las garantías personales, etc.

Del método de interpretación y de los criterios que se tengan para aplicarlo, va a depender en gran medida la eficacia de la Constitución, el funcionamiento del sistema democrático y muchas veces la estabilidad social, por cuanto los principios por los cuales se rige la sociedad están formulados en la Constitución Política, y para su aplicación es necesario interpretarla.

Para acotar debidamente el problema, hay que precisar las características de la Constitución.

La Constitución es una ley, pero no es una ley cualquiera, es la ley de las leyes. No contiene o no debiera contener disposiciones detalladas para ninguna situación jurídica; idealmente debería limitarse a señalar las normas básicas que la rigen, dejando a la ley su reglamentación específica.

Debe tener en cuenta no sólo la situación actual, sino prever las futuras; porque las Constituciones están destinadas a durar largos años y no debieran ser modificadas con la facilidad y con la frecuencia que se modifica una ley, precisamente porque ellas son la base de la estabilidad de la sociedad y de su convivencia en ella. Hay países que han gozado de gran estabilidad cuyas Constituciones prácticamente no han sido modificadas, sino que se les han añadido disposiciones de acuerdo con los requerimientos de los tiempos y se ha dado aplicación actual al sentido del texto primitivo. El mejor ejemplo son los Estados Unidos de América. Entre nosotros, tratadistas sostienen que la Constitución de 1925 fue sólo una reforma de la Constitución de 1833 siguiendo sus líneas fundamentales; en cambio, la Constitución de 1980 es realmente una Constitución

nueva, por las características que hemos señalado al analizar las bases esenciales de la Constitución.

La interpretación de la ley sólo tiene valor para el caso al que se aplica; esto, agregado a que es interpretada por numerosos tribunales, produce variaciones jurisprudenciales muy diversas, como vemos a diario en la interpretación de nuestra legislación positiva.

La interpretación constitucional es menos frecuente y si bien estrictamente también resuelve el caso puntual sobre el cual recae, produce efectos mucho más generales y permanentes; no sólo en la doctrina, frente al sentido que debe dársele a un precepto determinado, sino que, además, crea precedentes que en forma necesaria debe considerar el legislador al aprobar nuevas leyes.

Por eso, el criterio interpretativo constitucional resulta determinante para el correcto cumplimiento de las finalidades de los mandatos constitucionales y para permitir, al mismo tiempo, la evolución de la Constitución, que hace posible que ella abarque situaciones nuevas, a las cuales se puedan aplicar sus mismas disposiciones de carácter general y principios.

Una interpretación restringida y meramente formalista disminuye el campo de la aplicación de la norma constitucional y por lo tanto su eficacia; a la vez que hace crecer la influencia de la ley común en desmedro de la Constitución y sus garantías. En consecuencia, una interpretación restringida afecta ese bien tan inapreciable en una sociedad que se llama la "estabilidad jurídica".

2. LOS INTÉRPRETES

¿Quiénes son los intérpretes de la Constitución? El primer intérprete es el legislador: "sólo toca al legislador interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio".

Esta doctrina fue recogida en toda su amplitud en la Constitución de 1928, que dispuso que el Congreso Nacional era el encargado de resolver las dudas que ocurrieran sobre la inteligencia de los artículos de esa misma Constitución.

Lo mismo estableció la Constitución de 1833, que en su artículo 164, aplicado en numerosas oportunidades, expresa textualmente:

“Sólo el Congreso conforme a los artículos 40 y siguientes podrá resolver las dudas sobre la inteligencia de algunos de sus artículos”.

La Constitución de 1925 no tuvo ninguna disposición sobre interpretación; la intención de los constituyentes era afirmar la Constitución misma y no querían que a través de la interpretación se la modificara. Sin embargo, en el hecho, se dictaron numerosas leyes interpretativas, con el agravante que como no tenían reglamentación especial, eran leyes comunes, que no necesitaban de ningún requisito adicional a los de las leyes ordinarias.

La Constitución de 1980 toma una posición distinta: establece un quórum especial para las normas que la interpreten. En efecto, el artículo 63 dispone que las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Mediante este alto quórum que requiere su aprobación se pretende dar estabilidad a la Constitución exigiendo el mismo quórum para la ley interpretativa que el que se requiere, como norma general, para modificar la Constitución. Asimismo, las propias leyes interpretativas no pueden ser modificadas sino con dicho quórum, lo que parece lógico.

Además de lo anterior, la Constitución contempla entre las atribuciones del Tribunal Constitucional la de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución y, lógicamente, de aquellas que modifiquen o deroguen las leyes interpretativas. En definitiva es el Tribunal Constitucional el que juzga si la interpretación se ajusta a la Constitución o se aparta de su finalidad o su texto. Sin su aprobación, la Constitución no puede ser interpretada por el legislador.

Sin embargo, es preciso señalar que varios capítulos de la Constitución no pueden ser modificados con el voto conforme

de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, sino que requieren las dos terceras partes de ellos. Ello implica que varias disposiciones constitucionales, tales como las relativas a las bases de la institucionalidad, los derechos de las personas, las Fuerzas Armadas, el Consejo de Seguridad Nacional, el Tribunal Constitucional, etc., en que se necesita un quórum de dos tercios para la reforma constitucional, se adscriben a una ley interpretativa de exigencia menor. Lo lógico y deseable sería que se estableciera que todas las leyes interpretativas de los capítulos de la Constitución estén sujetas al mismo quórum aplicable a la reforma de los mismos. Así, se necesitarían los dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio para interpretar los capítulos I, III, VII, X, XI y XIV. Si el constituyente, para defender la estabilidad de dichos capítulos, exigió un quórum tan alto, debiera sostener el mismo criterio para las leyes interpretativas.

A nadie escapa la trascendental función del Tribunal Constitucional, que lo coloca incluso por encima del Poder Legislativo en la decisión acerca del contenido de las normas de la Constitución, ya que el Tribunal Constitucional ejerce sus atribuciones antes que la ley sea publicada.

El Tribunal Constitucional tiene un control preventivo de la ley y es parte de su proceso formativo, de manera necesaria tratándose de leyes interpretativas de la Constitución y de leyes orgánicas constitucionales, y de modo eventual —si se le formula requerimiento para resolver una cuestión de constitucionalidad— respecto de cualquier proyecto de ley. Al ejercer sus funciones se constituye en el principal intérprete constitucional, y por eso lo trataremos en forma separada.

Además, es intérprete de la Constitución la Corte Suprema, a través del recurso de inaplicabilidad, y cualquier tribunal que al resolver un conflicto jurídico necesite para interpretar la ley el análisis de la norma general de la Constitución. La justicia, asimismo, tiene siempre que interpretar directamente las disposiciones de la Carta Fundamental, en el recurso de protección.

Contribuye también a la interpretación de la Constitución la doctrina, es decir, los tratadistas y los profesores de Derecho Constitucional. El análisis de disposiciones y de su aplicación.

en Chile, y también en otros países que tienen una legislación similar, influye tanto en el legislador como en el órgano encargado de aplicar las disposiciones.

3. REGLAS DE LA INTERPRETACIÓN

En general, las reglas del Código Civil sobre interpretación de la ley, que reproducimos, tienen una aplicación analógica importante en la interpretación de la Constitución:

“Art. 19. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Art. 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Art. 21. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

Art. 22. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Art. 23. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

Art. 24. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los

pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

Sin embargo, las normas para la interpretación de la Constitución, lógicamente, tienen relación con la naturaleza de las disposiciones constitucionales.

No se puede aplicar el mismo criterio de interpretación a una norma legal que resuelve una situación específica cuyo resultado sólo rige entre las partes, que a otra norma que pretende señalar el sentido y alcance de la Constitución.

El texto constitucional por su naturaleza es mucho más breve y más general que la mayoría de las leyes comunes y, a diferencia de aquéllas, está destinado a una aplicación que señala a menudo principios y normas básicos y no desciende a aspectos circunstanciales o reglamentarios. Esto obliga al intérprete a hacer un análisis más profundo, en el que debe considerar, con carácter determinante, las causas de la disposición y la finalidad que ella pretende, y también usar la imaginación para prever razonablemente las circunstancias, futuras o posibles, en que se pudiera aplicar el resultado de sus interpretaciones.

Pero no hay duda que sobre todas estas reglas rigen los principios que han sido señalados con singular acierto por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema.

Sin ánimo de hacer un análisis de todos los criterios interpretativos usados por el Tribunal Constitucional, creemos conveniente hacer mención de los más relevantes.

El Tribunal Constitucional ha declarado en repetidas ocasiones que la Constitución es un todo orgánico. En consecuencia, se debe:

“Interpretar la Constitución como un todo orgánico, en que el sentido de sus normas se determine de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose, como lo ha expresado reiteradamente este Tribunal, toda interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella” (Rol N° 43, considerando 50, sentencia de 24 de febrero de 1987)..

Una regla fundamental para determinar el sentido y alcance de un precepto constitucional, por tanto, es que:

“el sentido de una norma de la Constitución no deriva de la simple consideración aislada de un artículo o parte de él, sino del conjunto de prescripciones que se refieren a una misma institución, regla que, por lo demás, constituye una simple aplicación de un principio elemental de hermenéutica” (Rol N° 43, ya citado, considerando 5º, primera parte).¹⁶⁴

Ese principio, de interpretación armónica de los distintos preceptos de la Carta Fundamental, prefiere al primer análisis que puede efectuarse de uno de ellos de acuerdo a su tenor literal y con prescindencia del resto de las disposiciones que se refieren a la misma materia. Así se resolvió en el fallo aludido (considerando 4º, y Rol N° 39, sentencia de 2 de octubre de 1986, considerando 16).

Lo anterior no obsta, por cierto, a que coincidan ambas modalidades de interpretación. En algunos casos, el Tribunal ha llegado a una conclusión determinada, en el sentido de que una interpretación es la correcta, “porque así lo demuestran la letra, el sentido y el espíritu de la normativa constitucional” (Rol N° 53, sentencia de 5 abril de 1988, considerando 33), o, al revés, ha desechado otra interpretación porque “no sólo atentaría contra el espíritu e intención de la Carta Fundamental, sino contra el propio tenor literal” de un artículo específico (Rol N° 67, sentencia de 12 de mayo de 1989, considerando 5º, parte final).

En el contexto descrito, el Tribunal Constitucional también ha recurrido a la historia del establecimiento de los preceptos constitucionales, especialmente las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (Rol N° 46, sentencia de 21 de diciembre de 1987, considerando 5º; Rol N° 78, sentencia de 10 de octubre de 1989, considerando 14; Rol N° 91, sentencia de 18 de enero de 1990, considerando 30; Rol N° 116, sentencia de 27 de diciembre de 1990, considerando 8º, etc.).

¹⁶⁴ *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, págs. 44 y 34, respectivamente.

Admite el Tribunal Constitucional, sin embargo, que tampoco basta para fijar el sentido y alcance de la Constitución la sola circunstancia de que se haya expuesto un determinado planteamiento en la Comisión de Estudio,

“ya que ‘la voluntad de la Constitución’, claramente expresada en su texto, prevalece sobre ello. Como bien lo afirma el tratadista Sebastián Soler, no basta que el autor de la iniciativa haya dicho o pensado un determinado concepto, ‘para que su voluntad se haya efectivamente introducido e incorporado en el cuerpo dinámico del derecho’. Con suma frecuencia ocurre que el sistema jurídico absorbe sólo aparentemente una pretendida novedad, pero luego la rechaza por incompatibilidad sistemática con otros principios jurídicos superiores (Interpretación de la ley pág. 120)” (Rol Nº 46, antes mencionado, considerando 23).¹⁶⁵

Por último, es necesario destacar que tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han coincidido en señalar que no sólo la interpretación sistemática y armónica es un valor esencial en la aplicación de la Constitución, sino que han insistido en que la fuente de interpretación más relevante es el Capítulo I, en que se consagran las bases de la institucionalidad.

Transcribimos parte de una sentencia de la Corte Suprema, citada en la *Revista Fallos del Mes* Nº 415, sobre una apelación a un recurso de protección. Dice en su considerando 6º:

“que se ha tenido presente que la Constitución es un ordenamiento institucional que debe ser interpretado de modo sistemático y no aisladamente, para que exista correspondencia entre las distintas normas de su texto y que en este sentido, dentro del capítulo primero de la Carta Fundamental, que consagra las bases de la institucionalidad, el artículo primero es la fuente de interpretación más relevante, pues refleja la filosofía que la inspira, marcando el sentido y alcance de sus normas; en su inciso segundo establece que la fami-

¹⁶⁵ *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, pág. 72.

lia es el núcleo fundamental de la sociedad, señalando que es deber del Estado 'promover el bien común', concepto que define como el 'conjunto de las condiciones sociales que permiten a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional una mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece'".

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha efectuado los siguientes razonamientos:

"19) Que de lo expuesto en los considerandos anteriores se infiere con nitidez que el *ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos*, entre los cuales cabe señalar, por su íntima vinculación con el problema que se analiza, los siguientes: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual ésta no los crea, sino que los 'reconoce y asegura'; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección, debiendo destacarse, en la especie, 'la seguridad y certeza jurídica'; que el ejercicio de la soberanía, que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece, reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a la norma jurídica que establece la pena.

Que *todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental, como lo son, entre otros, los artículos 1º, 4º, 5º inciso segundo, y 19, en especial su número 3, inciso séptimo.*

21) *Que estos preceptos no son meramente declarativos, sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución*" (Rol N° 46, ya mencionado).

El análisis de las sentencias anteriores nos hace concluir que la interpretación de la Constitución es predominantemente “finalista”, es decir, dirigida a lograr el cumplimiento de las finalidades de las disposiciones constitucionales, y “principista”, o sea, orientada hacia la interpretación que mejor se avenga con los principios que sustenta la Carta Fundamental.

4. VACÍOS CONSTITUCIONALES. PROBLEMAS POLÍTICOS

Esas reglas de interpretación restan aplicación en el campo constitucional a la norma establecida en el Código Civil que expresa que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. Porque la Carta Fundamental se preocupó precisamente de explicitar sus objetivos y finalidades en el artículo 1º, estas disposiciones tienen un valor interpretativo general y predominante, dada su ubicación y título: *Bases de la Institucionalidad*.

Una aplicación lógica permite preferir el sentido y alcance que emana de las bases sobre las interpretaciones derivadas del examen aislado de ciertos preceptos, como quedó expresamente señalado en la discusión sobre este Capítulo I, que no estaba en la Constitución de 1925.

Se desprende de lo anterior la obligación del intérprete de aplicar los principios básicos fundamentales de la Constitución a aquellas circunstancias que no están previstas en ella, lo que podríamos denominar la obligación de llenar “lagunas” o aparentes vacíos constitucionales, esto es, situaciones que no aparecen resueltas expresamente en la Carta Fundamental.

Bajo la vigencia de las Constituciones de 1925 y de 1980 encontramos ejemplos de aparentes vacíos que fue preciso integrar, para componer la plenitud del texto fundamental. Dichas “lagunas”, incluso, en una primera interpretación no aparecían como tales, sino como situaciones resueltas de modo expreso en la Carta Fundamental, pero exactamente en el sentido opuesto.

a) *Situaciones ocurridas bajo la Constitución de 1925*

a.1) *Decretos con fuerza de ley*

La delegación de facultades del Congreso Nacional al Presidente de la República para que dicte decretos con fuerza de ley, esto es, sobre materias que de acuerdo a la Constitución deben ser reguladas por la ley, no estaba considerada en forma expresa en la Constitución de 1925.

Era perfectamente posible, entonces, sostener que el Congreso Nacional no podía desprenderse de sus facultades legislativas y entregarlas a otra autoridad, a la que le corresponden constitucionalmente otras funciones, cuales son las de gobierno y administración del Estado, como es el Presidente de la República, para que fuesen ejercidas también de una manera distinta, no conforme al proceso de formación de la ley, sino que de acuerdo al procedimiento de formación de los actos administrativos.

Para respaldar esa conclusión no sólo se contaba con el tenor del artículo 4º de la Constitución de 1925 –recogido hoy en el artículo 7º, inciso segundo, de la Carta de 1980–, sino con los antecedentes históricos. En efecto, la Constitución Política de 1833 (artículo 36 Nº 6º) permitió que el Congreso autorizase facultades extraordinarias al Presidente de la República, siempre que se señalaran las facultades y se les fijase un tiempo determinado de vigencia.

Pero esa atribución fue suprimida en la reforma constitucional de 1874, y al discutirse la Carta de 1925 no hubo acuerdo en aprobar la proposición del Presidente don Arturo Alessandri de establecer que una norma autorizara al Congreso para delegar facultades legislativas en el Ejecutivo.

En la práctica, sin embargo, el Congreso Nacional delegó tales atribuciones en más de 25 oportunidades, desde 1929 a 1964, particularmente mediante las Leyes Nros 7.200, 11.151 y 13.305, que dieron origen a numerosos decretos con fuerza de ley.

El problema se evaluó en el Congreso Nacional en distintas sesiones. Una de ellas se produjo cuando se discutió la Ley Nro 4.945, de 1931, que autorizó al Presidente de la República, hasta

el 21 de mayo de ese año, "para dictar las disposiciones legales de carácter administrativo o económico que exija la buena marcha del Estado", o sea, se concedió una autorización absolutamente general. También se analizó con ocasión del proyecto de ley delegatorio de facultades que envió el Presidente don Juan Antonio Ríos, y que se convirtió luego en la Ley N^o 7.200.

En aquella oportunidad, las Comisiones Unidas de Legislación y Justicia y de Hacienda del Senado, en informe de 28 de abril de 1942, estimaron constitucionalmente admisible que el Congreso Nacional determinara en la ley "sólo el enunciado y las líneas generales, así como los detalles esenciales de los problemas que el Gobierno desea o debe encarar y de la manera de hacerlo, dejando entregada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la tarea de completarlos, rellenándolos, dentro del marco estricto de las definiciones y limitaciones hechas por el Congreso, con todas las disposiciones objetivas o secundarias que fueran menester para llevar a la práctica la solución o medida autorizada".

Lo cierto es que la Ley N^o 7.200 fue más lejos de lo anunciado por esas Comisiones, porque no se limitó a señalar principios generales que complementaría el Presidente de la República, sino que lo facultó para crear servicios públicos, modificar los existentes, suprimir empleos públicos, y regular diversas otras materias propias de la ley.

Se debatió nuevamente durante la tramitación de la Ley N^o 11.151, y después con motivo del proyecto de ley en que se establecían normas para la realización de la reforma agraria.

En esa oportunidad, el Senado acordó consultar a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento sobre tres puntos:

1^o. Si el proyecto entraña o no delegación de facultades del Congreso Nacional en el Presidente de la República y si éstas están autorizadas dentro de nuestro régimen constitucional;

2^o. Si en virtud de la potestad reglamentaria puede el Presidente de la República dictar decretos que modifiquen, alteren o sustituyan las leyes, y

3^o. ¿Qué valor jurídico tienen los decretos que no pueden ser derogados sino por la ley, y si ellos son decretos o leyes, o tienen otro carácter?

En informe de mayoría, suscrito el 17 de julio de 1962, la Comisión estimó, respecto del primer punto,

“que el proyecto de ley en informe no es delegatorio de facultades y que no sólo está dentro de los preceptos de la Constitución vigente, sino que constituye lo que esencialmente debe ser una ley, esto es, señalar los principios generales del ordenamiento jurídico que se pretende realizar, dejando entregada a la potestad reglamentaria de S.E. el Presidente de la República los detalles de su aplicación.

En cuanto al segundo punto de la consulta formulada por el H. Senador Sr. Pablo, de que si en virtud de su potestad reglamentaria puede el Presidente de la República dictar decretos que modifiquen, alteren o sustituyan las leyes, parece evidente que esto en general no podría producirse. En el caso presente es esta ley normativa sobre la cual estamos informando la que modifica, altera o sustituye la legislación vigente y que contiene, como se ha dicho, las pautas, criterios, normas e ideas fundamentales a aplicar, como asimismo la que señala las instituciones o servicios que deben crearse y el Presidente de la República sólo deberá limitarse a cumplir con el mandato legislativo.

Por último, se consulta qué valor jurídico tienen los decretos que no pueden ser derogados sino por ley, y si éstos son decretos o leyes o tienen otro carácter.

Se ha estimado siempre que ellos tienen fuerza de ley, como es el caso de los dictados con ocasión de la ley 13.305 bajo el mismo sistema que la presente iniciativa.

Ya dijimos que no existe disposición constitucional que señale límites entre la potestad legislativa y la reglamentaria y lógicamente es la propia ley la que fija dichos límites. Es constitucional, por lo tanto, disponer como lo hace el proyecto que los decretos que se dicten de acuerdo con esta ley no serán modificados sino en virtud de otra ley, porque sólo al legislativo le compete la facultad privativa de modificar o revisar la ley que dicta y que señala las pautas o ideas esenciales de la legislación que se pretende.

El Presidente de la República debe por lo tanto circunscribirse a estas bases fundamentales y no podría en ningún

casó alterarlas o dejarlas sin efecto sin aprobación del Parlamento. Por ello, y para que no quepa duda en este punto, el proyecto en informe dispone que sólo por ley podrán modificarse los decretos del Presidente de la República dictados para darle cumplimiento”.

Los decretos con fuerza de ley sólo se incorporaron, en definitiva, a nuestro ordenamiento constitucional en 1970, como resultado de la Ley N° 17.284. El Mensaje con que el Ejecutivo envió ese proyecto de reforma constitucional explicó que

“La aprobación de esta enmienda pone a tono nuestra Constitución con las más recientemente promulgadas, y con nuestras prácticas parlamentarias, porque es un hecho que, no obstante las reticencias constitucionales de algunos, cada vez que ha existido mayoría política bastante, las facultades se han otorgado, y a veces con gran amplitud”.

a.2) *Reforma constitucional aprobada*

Otra situación se produjo cuando al recibir un proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Pleno el 16 de octubre de 1966, que sustituía la regulación del derecho de propiedad contenida en el número 10 del artículo 10, el Presidente de la República lo devolvió, invocando la facultad conferida por el artículo 109 de la Constitución de 1925 para proponer modificaciones o correcciones e interpuso veto a una frase, el que fue calificado por el Senado de “aditivo” y, en consecuencia, inadmisibles, mientras que la Cámara de Diputados le otorgó su conformidad.

El 10 de enero de 1967, el Presidente de la República, considerando que la reforma constitucional debía promulgarse mediante un decreto supremo que contuviera la ley aprobada y que corresponde a la Contraloría General de la República pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos, consultó a ese organismo sobre la manera en que debía ser promulgada.

La Contraloría, interpretando las normas constitucionales, sostuvo que, respecto de la frase aprobada por el Congreso

Pleno, cuya sustitución propuso el Presidente de la República, así como respecto de la frase presentada por éste, no había ley, porque sobre la primera de ellas no se logró acuerdo ni para mantenerla ni para suprimirla y, por lo tanto, debía promulgarse la reforma constitucional con el desglose de dicha frase.

Conforme a ese criterio, la reforma constitucional contenida en la Ley N^o 16.615 fue promulgada en definitiva por el Ejecutivo.

Prescindiendo de analizar la procedencia en derecho de que la Contraloría evacuase ese dictamen, para el tema que estamos comentando lo que interesa es que el punto de fondo, cual era la forma de determinar el texto que debía ser promulgado, no estaba resuelto de modo expreso en la Constitución Política, y ese aparente vacío sólo se pudo llenar mediante la interpretación de la Carta Fundamental que hizo el órgano contralor en su contexto y atendiendo a su finalidad.

a.3) *Contratos leyes*

Cabe también traer a colación la situación constitucional de los contratos leyes. Sin estar expresamente normados en la Carta de 1925, diversos cuerpos legales, entre ellos el Decreto con Fuerza de Ley N^o 2, de 1959, sobre viviendas económicas, todavía vigente, admitieron la posibilidad de que mediante acuerdos o convenios con particulares el Estado o sus organismos les otorgasen determinados beneficios o franquicias, los que no se verían afectados por las modificaciones legales que se dictasen con posterioridad sobre la misma materia, durante cierto período.

La existencia de los contratos leyes fue controvertida, porque hubo quienes sostenían que involucraban la renuncia de la facultad de legislar, lo que por cierto importaba su nulidad. Otros, en cambio, argüían que no había tal cosa, sino que simplemente la consagración de un estatuto especial en favor de determinadas personas y por un período preestablecido, en virtud del cual se les garantizaba que no se les aplicaría una legislación nueva sobre la materia, la cual el legislador podía aprobar perfectamente.

El tema quedó resuelto en la Carta de 1925 mediante la reforma constitucional contenida en la Ley N^o 17.450, de 1971,

que agregó dos nuevos incisos al término del N^o 10 del artículo 10, los cuales dispusieron:

“En los casos en que el Estado o sus organismos hayan celebrado o celebren con la debida autorización o aprobación de la ley, contratos o convenciones de cualquier clase en que se comprometan a mantener en favor de particulares determinados regímenes legales de excepción o tratamientos administrativos especiales, éstos podrán ser modificados o extinguidos por la ley cuando lo exija el interés nacional.

En casos calificados, cuando se produzca como consecuencia de la aplicación del inciso anterior, un perjuicio directo, actual y efectivo, la ley podrá disponer una compensación a los afectados”.

Con ocasión del estudio de la actual Constitución Política, la Comisión Constituyente acordó en principio regular este tema dentro de las materias propias de la ley, pero en definitiva optó por no darle un tratamiento expreso, porque es innecesario, desde el momento que el particular incorpora en su patrimonio el derecho a la franquicia, liberación o beneficio, y, en esa medida, esté asegurado por el decreto de propiedad, del cual sólo podría ser privado mediante expropiación.

Esto es, las mismas razones que llevaron en su oportunidad al Congreso Nacional primero a admitir en la práctica parlamentaria la validez de los contratos leyes y luego a decidir darles un expreso reconocimiento en la Carta Fundamental, son las que actualmente explican que no tengan una mención determinada en ella, pero están igualmente acogidos al amparo de sus disposiciones.

Esos casos no sólo son ejemplos de “lagunas constitucionales” que, en su caso, completaron el Congreso y la Contraloría General de la República, sino que también ponen de manifiesto la presencia de un aspecto que está vigente en la interpretación constitucional: el problema político.

Es imposible separar la interpretación constitucional de la política, en lo que ésta significa realmente: la conducción de la sociedad. Lo que se hizo en estos dos casos fue lisa y llanamente tomar en consideración este aspecto político, y a la luz del

mismo, llenar una "laguna" relacionada en la especie con las potestades colegisladoras del Presidente de la República y el Congreso Nacional, así como con las reglas y principios aplicables al ejercicio del Poder Constituyente derivado, y, mediante una interpretación de la Constitución en forma armónica con su contexto y de acuerdo a sus finalidades.

b) *Situación ocurrida bajo la Constitución de 1980*

En lo que atañe a la Constitución Política vigente, un caso que es típico de interpretación armónica de su contexto, permitió salvar una situación que podría haberse visto no como un vacío, sino como una decisión de exclusión, fue la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones.

Ese fallo tuvo mucha trascendencia, porque resolvió que el plebiscito de octubre de 1988 debía quedar bajo la jurisdicción del Tribunal Calificador de Elecciones.

Cabe señalar, al respecto, que el artículo 84 de la Constitución le entrega a dicho Tribunal la función de conocer el escrutinio general, la calificación y las reclamaciones tanto sobre las elecciones como sobre los plebiscitos. La disposición 11^a transitoria, no obstante establecía que ese artículo comenzaría a regir "con ocasión de la primera elección de senadores y diputados". Podía, entonces, sostenerse que la entrada en vigencia del artículo 84 se vinculaba exclusivamente con la referida elección de parlamentarios, y no era aplicable al plebiscito que se referiría a la prolongación del mandato del Presidente de la República entonces en ejercicio, porque éste era previo a la elección parlamentaria.

No obstante, el Tribunal Constitucional, con un excelente criterio interpretativo, advirtió que esa "rígida interpretación del texto constitucional", como la llamó, era inadmisibles, porque contradecía el articulado permanente y otras reglas transitorias de la Constitución, y dispuso que el plebiscito tenía que estar sometido a las normas generales que para las votaciones, elecciones y referéndum tenía la Constitución Política del Estado. Es importante este fallo por de-

terminar una de las características fundamentales de la interpretación constitucional y la obligación de llenar los vacíos de acuerdo con las normas generales de la Constitución, y no por normas especiales distintas, y por eso lo citamos textualmente:

“14º: Que la conclusión anterior, que fluye espontáneamente de la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los distintos preceptos de la Carta Fundamental, la ratifica el hecho de que ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelva sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental. En consecuencia, la especial trascendencia de ese acto plebiscitario y la letra y espíritu de la Constitución confirman plenamente que éste debe ser regulado *por las disposiciones permanentes* y no por normas especiales que, en un conjunto de disposiciones destinadas sólo al efecto, establezcan tribunales o comisiones ad hoc, para que cumplan las funciones que en nuestra Carta Fundamental ha entregado a “un” tribunal determinado.

La interpretación contraria no sólo hiere el espíritu de la Constitución, sino también el sentido común, que es base de toda interpretación lógica, ya que ella podría importar exponer el plebiscito mismo a un enjuiciamiento de legitimidad con grave perjuicio para el desarrollo normal de la futura institucionalidad”.

Y continúa en el considerando 15º:

“Que demostrado que el plebiscito antes referido debe celebrarse de acuerdo a la Ley Orgánica Constitucional a la que se refiere el artículo 18 de la Carta Fundamental, resulta igualmente demostrado que el Tribunal Calificador de Elecciones deberá estar en funciones para conocer de ese acto plebiscitario, ya que es el requisito necesario para que el señalado artículo 18 reciba cabal y completa aplicación, según ha quedado evidenciado de los considerandos décimo

a décimo segundo de esta sentencia” (Rol N° 33, sentencia de 24 de septiembre de 1985).¹⁶⁶

c) *Evaluación.*

En nuestro país, muchas personas han sostenido y sostienen que la interpretación del Tribunal Constitucional debe ser completamente ajena a motivos políticos.

Concordamos en que debe estar alejada de consideraciones político-partidistas, pero evidentemente, por estar rigiendo la Constitución el ordenamiento de la sociedad, las sentencias del Tribunal Constitucional van a tener un significado político que no puede dejar de considerar y el fallo que acabamos de citar es un buen ejemplo de ello. El hecho de aplicar la doctrina jurídica que se desprende de las disposiciones y, sobre todo, de las bases de la Constitución, a una situación determinada, es labor del Tribunal Constitucional y tiene consecuencias políticas. Lo importante es que este problema de carácter político sea resuelto con criterio jurídico.

No hay duda que por la forma como se ha elaborado y discutido nuestra Constitución Política, la interpretación de la historia fidedigna de su establecimiento adquiere una relevancia extraordinaria y tiene fuentes concretas a las que referirse. En efecto, al contrario de lo sucedido con las Constituciones anteriores, ésta fue objeto de una discusión amplia que duró muchos años, se llevaron actas detalladas de todas las sesiones que tuvo la Comisión Constituyente, de la cual el autor formó parte, en las que están precisados el alcance, la finalidad y la intención del constituyente.

El autor, en la sesión N° 8, del 16 de octubre de 1973, sugirió publicar un Boletín Oficial “a fin de dar a conocer a la opinión pública la labor de esta Comisión” y en la sesión N° 10, del 25 del mismo mes, “hace presente la necesidad de contar para la historia fidedigna del establecimiento de la Constitu-

¹⁶⁶ Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 209.

ción con una versión que consigne, lo más fielmente posible, las intervenciones de los miembros de la Comisión”. Esta petición fue cumplida.

Además, existen las Actas de las Sesiones del Consejo de Estado, que introdujo algunas modificaciones al texto de la Comisión Constituyente. De manera que la intención del constituyente y la búsqueda de su finalidad pueden ser establecidas con mucha propiedad y con relativa certeza en el análisis de la Constitución de 1980.

Estas reflexiones, naturalmente, son aplicables también a las reformas introducidas a la Carta Fundamental por el Congreso Nacional. Pero, como ha apuntado el Tribunal Constitucional, la voluntad del constituyente es uno de los elementos que deben tenerse en vista para determinar la “voluntad de la Constitución”.

Hay que tener en cuenta también que como la Constitución está concebida para operar en forma permanente, su texto no tiene la precisión detallada de la ley; es general, abstracta y a menudo señala los principios.

No sólo está influida por las circunstancias históricas vigentes al momento de su dictación, sino que su texto tiene que ser abierto, para permitir la aplicación de estos mismos principios generales a circunstancias que sucedan años más tarde, en un proceso histórico y de desenvolvimiento social que puede ir variando y separarse de aquellos que imperaban cuando fue dictada.

Por eso la interpretación de la Constitución es distinta de la interpretación de la ley, en el sentido que la interpretación constitucional debe propender al progreso de la institucionalidad y adaptar las ideas de una época a las bases y principios generales de la Constitución. En resumen, debe ser esencial y lealmente evolutiva para ser fecunda.

El primer intérprete de la Constitución Política es el legislador, ya que a él le compete regular o complementar los derechos constitucionales.

Como el Tribunal Constitucional hace una segunda interpretación al estudiar la conformidad a la Carta Fundamental de las disposiciones aprobadas por el legislador, a mi juicio no le es posible prescindir de la forma en que éste las ha entendi-

do, de manera tal que en caso de dudas, debería aceptar la interpretación dada por el legislador.

El Tribunal Constitucional ha reconocido que las cuestiones de mérito han de ser abordadas por la ley, y no por él. Ello es efectivo, pero también lo es que el mérito, tratándose de la regulación de un derecho constitucional, no es fácilmente separable de la interpretación de la Carta Fundamental. Por el contrario, constituye precisamente el espacio enmarcado por la ley suprema, en que el legislador puede adoptar decisiones y optar entre alternativas igualmente válidas. La existencia de ese campo de discrecionalidad, de apreciación de las circunstancias, no puede quedar ajena a estas reflexiones sobre una interpretación evolutiva de la Constitución Política.

El fallo del Tribunal a que recién se ha aludido manifiesta que es necesario hacer dos consideraciones sobre el problema de constitucionalidad en la regulación de los derechos constitucionales que consagre el legislador:

“La primera, que la Carta Fundamental ha entregado a la ley regular o complementar el derecho constitucional en estudio, por lo que debe reconocérsele autonomía suficiente para reglar, en forma prudente, y dentro de latitudes razonables, la materia de que se trata, ya que de lo contrario podría invadirse un campo que es propio de la ley. La segunda, que al Tribunal Constitucional sólo le está confiado ejercer un control de constitucionalidad sobre la ley orgánica y no emitir juicios de méritos sobre ella. Si así no procediere, se excedería en sus atribuciones transformándose en un órgano colegislador, lo que constituiría una grave infracción a la Constitución. El Tribunal debe declarar la inconstitucionalidad cuando la ley, prescindiendo de la prudencia que aconseja el espíritu de nuestra Carta Fundamental, afecta el derecho constitucional que está siendo regulado” (Rol N^o 43, sentencia de 24 de febrero de 1987, considerando 22).¹⁶⁷

¹⁶⁷ *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, pág. 38.

Por otro lado, hay que tener en consideración que como la Constitución busca permanencia, su lenguaje usa el sentido que comúnmente tienen las palabras y es más conciso y abstracto que el usado por la ley. Esto generalmente no es muy bien entendido por los intérpretes que no son constitucionalistas, porque tienden a extender al derecho constitucional el significado de las palabras de la legislación específica, lo que puede producir un efecto muy perturbador.

La Constitución tiene que ser interpretada, pues, en el lenguaje normal, general, principista y filosófico del sentido de sus palabras. En resumen, las palabras no pueden amarrar al intérprete, las palabras deben guiar al intérprete.

El intérprete tiene que buscar más la filosofía general en vuelta en la Constitución, que la aplicación del sentido de la palabra, que en un momento histórico determinado puede no coincidir con los fines queridos por la Carta Fundamental.

En consecuencia, conceptualmente podemos establecer que la interpretación constitucional debe ser finalista, respetar las bases de la institucionalidad sobre toda otra consideración secundaria, y naturalmente ser sistemática y armónica con el "conjunto constitucional", por decirlo de una manera más entendible.

CÁPITULO VIII

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
POR EL CONGRESO NACIONAL Y LA CORTE
SUPREMA

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución estuvo conteste en que las dos grandes finalidades de la misma eran, primero, precisar el tamaño, la organización y el rol del Estado, y segundo, establecer y proteger con claridad y eficacia los derechos de las personas.

Con respecto al Estado, nuestra Carta fija algunos principios fundamentales. El primero de todos es la limitación de la soberanía por los derechos que emanan de la naturaleza humana, es decir, restringe el campo de acción de la fuente originaria del poder y, al hacerlo, señala el concepto y el rol del Estado en la sociedad chilena como un servidor de la persona y no como el resultado de una construcción ideológica o política.

En segundo lugar, la Constitución quiso asegurar su obediencia, en vista de las dudas que existieron en muchos de nuestros políticos y juristas, que exigían, para que la Constitución tuviere aplicación, la dictación de una ley específica en que se detallaran las disposiciones generales que ella contenía, siguiendo inconscientemente el modelo francés, que veía la Constitución más como un documento político que como la fuente principal del derecho positivo. La Constitución de 1980 dispone, como lo hemos visto, que todos los órganos del Estado están sometidos a la Constitución y a las disposiciones dictadas en conformidad a ella. De manera que la Constitución tiene hoy una vigencia directa y no necesita de la ley para ser aplicada.

En seguida, a diferencia de las Constituciones anteriores, como lo hemos señalado ya en repetidas oportunidades, es una Constitución valórica, que precisa los fines del Estado

creado para servir el bien común. Al mismo tiempo, como consecuencia lógica de lo expuesto, establece el principio de subsidiariedad del Estado, que ha informado gran parte de sus disposiciones.

Con respecto a los derechos de las personas, la Constitución de 1980 los especifica en una forma distinta de la Constitución de 1925. No sólo agrega derechos nuevos, sino que le da sentido, aplicación más amplia y mayor fortaleza a derechos tradicionales, como el derecho a la vida, a la libertad y al de propiedad.

Estas dos circunstancias: extender y especificar los derechos humanos para darles fortaleza y establecer recursos en su propio texto para protegerlos, hace que la Constitución incida de manera nunca vista anteriormente en la vida de nuestro país y sus disposiciones afecten directamente a más personas.

La Constitución está por eso hoy mucho más cerca de la gente, y no sólo de los grandes problemas orgánicos y políticos del país. Hecha con el criterio fundamental de defender a las personas, es importante que sus disposiciones no sean violentadas, disminuidas o tergiversadas por el legislador o por decretos supremos del Presidente de la República. Por esto, los medios de control constitucional aparecen como inseparables de la protección de los derechos de las personas y son la consecuencia lógica de la trascendencia que ellos tienen en nuestra Carta Fundamental.

La Constitución se preocupa, en el mismo capítulo de los derechos constitucionales, de establecer normas que impidan que el propio legislador se exceda en el ejercicio de sus atribuciones y disminuya por medio de la ley el campo de aplicación de la Constitución. Para ello —como señalamos en su oportunidad— dispone que la ley no puede afectar la esencia de los derechos que la Constitución establece ni impedir su libre ejercicio.

El control preventivo de la ley y el examen de la inconstitucionalidad de los decretos supremos —esto último, cuando la Contraloría los haya representado por esa razón, o cuando se refieran a materias reservadas a la ley— están entregados al Tribunal Constitucional, que por su latitud e importancia trataremos en un capítulo separado. Los medios de control de consti-

tucionalidad que ocupan la atención de este capítulo son el Congreso Nacional y la Corte Suprema.

Los mecanismos de garantía para reclamar por las violaciones de la Constitución cometidas por las autoridades o por los particulares, que afecten los derechos de las personas, los trataremos también en un capítulo separado, que se denomina Acciones Constitucionales, por su trascendencia en el desarrollo social, constitucional y jurídico del país.

A) EL CONGRESO Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

El control de la constitucionalidad de la ley es ejercido por el Congreso Nacional en forma permanente, prácticamente durante todo su funcionamiento. Constituye un medio desconocido por la opinión pública, pero, en el hecho, el más eficaz y de más general aplicación para asegurar el respeto a la Carta Fundamental.

El Congreso comprende mejor que cualquier institución o persona la importancia de mantener el Estado de Derecho. El mismo Parlamento no existe sin él, y el Congreso se identifica asimismo con el funcionamiento del sistema democrático.

El Consejo de Estado, al analizar la propuesta de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, agregó un inciso sexto en el artículo correspondiente a las causales de cesación del cargo de diputado o senador, que disponía textualmente:

“Cesará también en el cargo de diputado o senador el parlamentario que ejerciendo la función de presidente de la respectiva corporación o comisión, haya admitido a votación una moción o indicación que sea declarada manifiestamente contraria a la Constitución Política del Estado por el Tribunal Constitucional. En igual sanción incurrirán el o los autores de la moción o indicación referida”.

Este inciso fue suprimido por la Reforma Constitucional de 1989. La supresión es lógica, porque los parlamentarios no son especialistas en derecho constitucional y la gran mayoría no

son abogados. El riesgo de perder el cargo los inhibiría en la presentación de proyectos de ley o de indicaciones a proyectos que se encuentren en tramitación.

Por otra parte, la disposición obligaba a los presidentes de cada corporación y a los presidentes de las comisiones a un análisis jurídico sobre posibles causales de inconstitucionalidad, las que a veces son difíciles de determinar. La sanción de eventual pérdida del cargo iba a establecer, en el hecho, un criterio tan estricto en los presidentes que produciría la supresión de la iniciativa parlamentaria.

En cambio, el Ejecutivo no tiene ninguna sanción por enviar proyectos inconstitucionales, en circunstancias que el mensaje presidencial es la vía ordinaria de las iniciativas de ley.

Las disposiciones de la Constitución, de la Ley Orgánica del Congreso Nacional y de los Reglamentos de ambas Cámaras, se refieren a esta materia.

El sistema parlamentario del control de constitucionalidad comprende el control de la constitucionalidad de los proyectos de ley y el control de la constitucionalidad de las indicaciones, es decir, de las proposiciones de modificación a esos proyectos.

Presentado un proyecto de ley, ya sea en mensaje, de origen presidencial, o en moción, de origen parlamentario, el Presidente de la Cámara en la que se inicia la tramitación tiene que analizar si el proyecto de ley es constitucionalmente admisible o no.

Lo primero es analizar si el proyecto puede ser iniciado por los parlamentarios, que es la regla general, o si sólo le corresponde su iniciativa al Presidente de la República.

También debe analizarse si el proyecto pudo ser originado en cualquiera de las dos Cámaras, como es la regla general, o es de aquellos que necesariamente debió tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, según la Constitución, para admitirlo a tramitación.

Además de lo anterior, es necesario comprobar si la iniciativa cumple los requisitos exigidos para su presentación; por ejemplo, la prohibición de proponer conjuntamente normas de ley y de reforma constitucional, y las exigencias de contener en el mismo documento sus fundamentos, y de acompañarla con los antecedentes que expliquen su financiamiento. Todo lo ante-

rior, sin perjuicio de analizar si el texto propuesto está conforme en forma sustantiva con la Constitución.

Esta atribución de declarar inadmisibles los proyectos de ley, originados ya sea en mensaje o en moción, corresponde exclusivamente al presidente de la sala. Lo normal es que la Presidencia analice, al revisar la cuenta que se dará a la sala sobre los documentos recibidos, la constitucionalidad de los proyectos. Si considera que alguno es inconstitucional, lo que se incluye en la cuenta es su declaración de inadmisibilidad, en la que se señala expresamente la causal. Esta resolución del presidente puede ser revisada por la sala y, en caso de que discrepe de ella, la sala declarará admisible el respectivo proyecto, el que, entonces, podrá iniciar su tramitación legislativa.

Hay que advertir una cosa importante: la iniciativa en cuanto a la declaración de inadmisibilidad le corresponde exclusivamente al presidente del Senado o de la Cámara de Diputados, según corresponda. La respectiva sala aceptará o no su criterio, pero por propia iniciativa no puede declarar la inadmisibilidad, esto es, no puede impedir la tramitación, discusión y votación de un proyecto que el presidente ha declarado admisible. Lo que ocurrirá, si estima que el proyecto es inconstitucional, es que lo rechazará en definitiva por esa razón.

Durante la tramitación del proyecto de ley se presentan "indicaciones", es decir, sugerencias de modificaciones a la propuesta original, que pueden ser formuladas tanto por el Ejecutivo como por los parlamentarios.

A este tema se refiere el artículo 66, inciso primero, de la Constitución, que expresa:

"Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto".

La relación directa de la indicación con las ideas matrices o fundamentales del proyecto es, por tanto, una causal específica de inadmisibilidad, que se agrega a las circunstancias de que sean contrarias a la Constitución Política; que importen nuevos

gastos públicos sin señalar las fuentes de recursos necesarios; o que afecten materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, salvo que tengan por objeto aceptar, disminuir o rechazar tales materias que aquél haya propuesto.

La inadmisibilidad de las indicaciones que no se relacionen de una manera cercana, próxima con las ideas matrices o fundamentales del proyecto había sido incorporada ya en la Constitución de 1925 con ocasión de la reforma que experimentó en 1970, mediante la Ley N° 17.284, y se estimó necesario mantenerla en la Carta vigente, por las mismas razones que se tuvieron presente en aquella oportunidad.

Como señaló el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, fue una “medida de saneamiento legislativo”. Si bien los reglamentos del Senado y de la Cámara establecían que sólo serían admitidas las indicaciones cuando tuvieran relación con las ideas matrices o fundamentales del proyecto,

“Esta norma en el hecho por ser de rango reglamentario es burlada en forma reiterada y es así como a los proyectos se formulan toda clase de indicaciones que los convierten en verdaderas Arcas de Noé, que se denominan vulgarmente leyes misceláneas”.

Puede ser útil, para una mayor claridad de los conceptos que estamos utilizando, citar el significado que les ha dado el Tribunal Constitucional:

“Desde luego, cabe puntualizar que la voz ‘*indicación*’, referida a un proyecto de ley, comprende para la técnica legislativa toda proposición tendiente a corregir o adicionar un proyecto durante la etapa de su discusión y aprobación.

Tampoco parece ofrecer mayor tropiezo determinar lo que debe entenderse por ‘*ideas matrices o fundamentales de un proyecto*’.

En tal sentido se las ha caracterizado: como las ‘que le sirven de sustentación, de base (a un proyecto), y en las cuales se apoyan otras ideas pero de carácter secundario o derivadas’ (*Derecho Constitucional*, Molina Guaita, Hernán. Concepción, 1995, p. 371).

La exigencia de que las indicaciones digan relación “*directa*” con las ideas matrices o fundamentales del proyecto merece, igualmente, calificarse: “El concepto de relación directa es antagónico en la historia de la Reforma al concepto opuesto o ajeno; es decir, la relación debe ser próxima, cercana, pertinente o atinente a las ideas del proyecto” (*La Reforma Constitucional*, Cumplido Cereceda, Francisco, ob. cit., p. 193).

Finalmente, ¿*dónde deben estar contenidas las ideas matrices o fundamentales del proyecto?* Sobre el particular la preceptiva contenida en la Ley Nº 18.918, Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, dio respuesta definitiva a esta interrogante, que con anterioridad había preocupado a la doctrina.

En efecto, el inciso final del artículo 23 de la Ley Nº 18.918, antes citada, expresa: “...se considerarán como ideas matrices o fundamentales de un proyecto aquellas contenidas en el mensaje o moción, según corresponda” (Rol Nº 259, sentencia de 26 de septiembre de 1997, considerando 16).¹⁶⁸

El procedimiento que se aplica a las indicaciones consiste en que ellas pasan a la comisión respectiva; el presidente de la comisión respectiva puede declararlas inadmisibles y esta resolución puede ser revisada por la comisión, de manera análoga a la explicada sobre la declaración de inadmisibilidad de un proyecto.

Hay que notar que las comisiones sólo tienen facultad para pronunciarse sobre la inadmisibilidad de las indicaciones, no de los proyectos que le son enviados para su estudio, luego de haber sido admitidos a tramitación por el presidente de la respectiva corporación.

Ello es consecuencia de que la inadmisibilidad de un proyecto de ley, de conformidad a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, tiene una oportunidad precisa para ser declarada, cual es la cuenta de la sesión en que habría iniciado

¹⁶⁸ Aún no publicada.

su tramitación legislativa. Tal declaración es siempre previa al inicio de la tramitación, y su efecto propio es impedir la definitivamente. Por tal motivo, el único órgano facultado para declararla es el presidente de la respectiva Cámara —sin perjuicio, por cierto, de que la sala pueda reconsiderar su decisión—, y no el presidente de la comisión o la comisión en que quedó radicada la iniciativa de ley. Este punto de vista fue el que sostuve mientras me desempeñé como presidente del Senado, y la sala del Senado respaldó mi posición en forma expresa.

Declarada inadmisibles una indicación por la comisión, ella no puede ser renovada en la sala, de manera que esta declaración de inadmisibilidad de la indicación hecha en la comisión tiene un carácter definitivo. En la práctica, esta circunstancia ha presentado dificultades en varias ocasiones, cuando un proyecto de ley es informado sucesivamente por dos o más comisiones, y en una de ellas se adopte esa decisión, que también resulta oponible a las otras, restringiendo así las atribuciones de estas últimas, en circunstancias que, al menos en principio, deberían actuar en un plano de igualdad, puesto que todas son órganos colaboradores de la sala.

Por otra parte, en cualquier estado de la tramitación, el presidente de la sala respectiva puede declarar la inadmisibilidad de una indicación por iniciativa propia o a petición de algún miembro de la corporación. La Ley Orgánica Constitucional del Congreso, en su artículo 25, señala expresamente que la declaración de admisibilidad hecha en las comisiones no obsta a la facultad del presidente de la Cámara respectiva para hacer la declaración de inadmisibilidad de las indicaciones o para consultar a la sala en su caso.

Las reglas que hemos citado constituyen la manera en que el Congreso hace un análisis de sus propias obligaciones y facultades con respecto a un proyecto de ley, su iniciativa, origen y contenido, para ajustar la ley que en definitiva se aprueba, en su forma y en su substancia, a la Constitución Política del Estado.

Ejerce así el primer control de constitucionalidad, que, aunque pasa a menudo desapercibido por la opinión pública, es el que tiene mayor aplicación, porque es de ordinaria ocurrencia. Diariamente el presidente de la sala, los presidentes de las co-

misiones o las comisiones mismas declaran la inadmisibilidad, por inconstitucional, de algún mensaje, moción o indicación.

Existe una sana práctica, que es tradición en el Senado y que está recogida en una disposición de su reglamento: en el caso de que haya duda acerca de la constitucionalidad de un precepto, la sala pide informe a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Hay decenas de informes en toda la historia del funcionamiento del Senado que dicen relación con esta materia.

Hay que tener presente que los informes de las comisiones son simples recomendaciones a la sala, la que en definitiva debe pronunciarse y tomar una resolución sobre la constitucionalidad o no constitucionalidad de las normas dubitadas.

De manera que generalmente antes que un proyecto vaya al control externo de constitucionalidad o pueda ser eventualmente objeto de un requerimiento por el número de parlamentarios señalados en la Carta Fundamental ante el Tribunal Constitucional, ya ha sido examinado por las presidencias de las salas de las Cámaras respectivas, por una o más comisiones, y muchas veces ha sido objeto de un informe técnico-jurídico de la respectiva Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

B) RECURSO DE INAPLICABILIDAD

La declaración de inconstitucionalidad de las leyes encierra un problema delicado, que necesita ser tratado con mucha prudencia por el constituyente, por cuanto el órgano que puede declarar la inconstitucionalidad de la ley tiene indiscutiblemente un peso y una jerarquía de gran consideración; estará por encima de las resoluciones, no sólo del Congreso Nacional, sino que de los órganos colegisladores en su conjunto. Por esta razón, las legislaciones han tenido una evolución muy lenta sobre la materia. Los autores llaman a sus atribuciones como "anti mayoritarias".

En Chile, durante la vigencia de la Constitución de 1833, los Tribunales de Justicia tuvieron una actitud que fue evolucionando. La Corte Suprema sostuvo, al comienzo, que ninguna

magistratura tenía la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley, porque el Poder Legislativo era superior por naturaleza y nadie podía anular sus resoluciones. La conclusión era que correspondía al propio legislador juzgar si la ley se oponía a la Constitución o no, de manera que, aprobada una ley, ésta debía ser aplicada por todos los tribunales sin distinción.

Después, la Corte Suprema estimó que si una disposición legal estaba en abierta y clara contradicción con una disposición constitucional, el juez debía aplicar lisa y llanamente la Constitución, en virtud del principio de la supremacía constitucional, tenía que obedecer sus disposiciones y prescindir de lo dispuesto en la ley común; lo que, indirectamente, postulaba la facultad de la magistratura de no aplicar la ley común, en un caso determinado, por su inconstitucionalidad.

Cuando se discutió el tema en la Subcomisión de Reforma Constitucional de la Constitución de 1925, quedó en claro, por primera vez, que se reconocía a los tribunales la facultad de declarar inconstitucional una ley. Al mismo tiempo, se precisaron varias cosas: primero, que el único tribunal que podía conocer de este asunto era la Corte Suprema; segundo, que la declaración de la Corte Suprema no tenía por objeto que la ley fuera declarada inconstitucional *erga omnes* sino que sólo para el efecto de no darle aplicación en un caso determinado; por eso se empezó a usar la palabra "inaplicabilidad".

Esta es realmente la acepción exacta: la ley sigue vigente, debe ser aplicada en todos los otros casos, si no se efectúa respecto de cada uno de ellos igual declaración. De esta manera se vela por las preeminencia del Poder Legislativo, entendiéndose por tal al Presidente de la República y el Congreso Nacional, y no se da a la Corte Suprema una especie de superpoder, que a la larga podría transformar nuestro sistema en el gobierno de los jueces.

De ahí que la Constitución de 1925 establece de manera casi puntual el primer paso importante en el control de la constitucionalidad, el recurso de inaplicabilidad.

El constituyente de 1925 fue muy cuidadoso al respecto. Le dio esta competencia a la Corte Suprema sólo en los casos particulares de que conociera o cuando le fueren sometidos

recursos interpuestos. *en juicios* que se siguieren ante otro tribunal. Es decir, no establecía posibilidad alguna de que la Corte Suprema actuara de oficio; porque su facultad era declarar la inaplicabilidad de la ley para un caso determinado y no la de declarar su inconstitucionalidad.

La Corte Suprema estimó, con razón, que la inconstitucionalidad de que hablaba el artículo 86 de la Constitución de 1925 se refería a la inconstitucionalidad de fondo, esto es, que le correspondía analizar si el precepto legal en lo dispositivo era contrario a la Constitución. En una jurisprudencia acertada, estimó que no le correspondía determinar en qué forma cumplía sus funciones el Poder Legislativo y si se habían aplicado o no los reglamentos de ambas ramas del Congreso y la legislación vigente; de manera que la inconstitucionalidad de forma estaba fuera de su competencia. La Corte Suprema examinaba sólo el fondo de la ley y no el procedimiento de su elaboración.

La Constitución de 1980 estableció importantes modificaciones a la del año 1925: la Corte Suprema puede hoy actuar también de oficio, y sea en las materias de que conoce o que le son sometidas en recurso interpuesto en cualquiera "gestión" que se siga ante otro tribunal; esto es, ya no se trata de un "juicio" entre partes, sino que basta cualquier procedimiento que se siga ante los tribunales.

Por otra parte, el texto de la Constitución de 1925 mencionaba el recurso como susceptible de aplicación a "casos"; en cambio la Constitución de 1980 se refiere a "materias". El cambio no es banal; en defensa de esta expresión argumenté en la Comisión Constituyente que se trataba de ampliar la competencia de la Corte Suprema, precisamente para permitir que pueda declarar la inconstitucionalidad también en materias de carácter público; como las relacionadas con su propia generación, cosa que bajo el imperio de la anterior Constitución no era posible.

La Carta de 1980 insiste en la expresión "todo precepto legal *contrario* a la Constitución"; es decir, refuerza la tesis de la Corte en el sentido de que la inconstitucionalidad de forma no está comprendida en el recurso de inaplicabilidad.

El recurso se puede deducir en cualquier estado de la gestión y la Corte puede ordenar la suspensión del procedimiento,

a diferencia de la Constitución Política de 1925, en la cual no se suspendía la tramitación del juicio. La Corte soberanamente puede conceder o denegar la suspensión del procedimiento u ordenarla de oficio, evitando de esta manera que se convierta en un recurso dilatorio de las partes.

Respecto a si son o no impugnables por defectos de constitucionalidad preceptos legales aprobados con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1980, la Corte Suprema ha tenido dudas. Habitualmente ha sostenido que no es posible acoger este recurso, porque si esa disposición es tachada de inconstitucional, se originará un problema de supervivencia de la ley o de derogación tácita de ella, lo que son temas que les corresponden resolver a los jueces del fondo. En fallos dictados desde 1990, sin embargo, manteniendo su tesis de que los jueces del fondo pueden decidir que la Constitución derogó la norma cuestionada, ha agregado que esa circunstancia no obsta a que la Corte Suprema declare la inconstitucionalidad, porque la Constitución Política no distingue entre leyes anteriores o posteriores a ella, sino que exige que aparezca como vigente y pretenda aplicarse en una gestión.

Al analizar el recurso de inaplicabilidad en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se discutió la conveniencia de extenderlo y transformarlo en una "declaración de inconstitucionalidad de la ley" si existían dos o más sentencias de la Corte Suprema que hubiesen acogido la inaplicabilidad de una misma disposición legal. En definitiva, se prefirió reservar, para la declaración de inconstitucionalidad de la ley en general, la oportunidad y el procedimiento establecidos en las reglas concernientes al Tribunal Constitucional.

Por último es necesario agregar que la facultad de declarar inaplicables los "preceptos legales" contrarios a la Constitución se refiere a leyes; decretos leyes; decretos con fuerza de ley, o sea, dictados por el Presidente de la República por delegación de facultades del Congreso, y aun decretos que por disposición de la ley contengan, refundan u ordenen materias que son propias de ella. En general, toda disposición que contenga materias propias de ley, cualquiera que sea la forma que ella revista. Ese es el sentido de la expresión "precepto legal".

No concuerdo, por tanto, con el criterio que la Corte Suprema consignó al menos en dos fallos el año 1988 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 85), respecto de los decretos con fuerza de ley, en el sentido de que si fueren ilegales por haber excedido la ley delegatoria, convenía decir que se tratarían de decretos ilegales por referirse a materias propias de ley sin contar con facultades delegadas, por lo cual no tendrían jurídicamente fuerza de ley, y cualquier tribunal tendría que dejar de aplicarlos por ser contrarios a la ley delegatoria.

Lo cierto es que las leyes delegatorias, por su naturaleza, permiten la regulación de ciertas materias, pero no entran a señalar el contenido de cada una de las disposiciones que se dictarán, ya que si así fuere, estarían legislando directamente. Por lo tanto, la vulneración de la Constitución emana directamente del decreto con fuerza de ley que contenga normas inconstitucionales, y no de la ley que autorizó su dictación.

Además, de aceptarse el criterio de la Corte Suprema consignado en esos fallos, un tema tan delicado como es el reparo de inadmisibilidad de preceptos legales quedaría entregado no a un solo tribunal, como establece la Constitución, sino a tantos como juzgados ordinarios y especiales existen en el país. Esto abre la posibilidad de un sinnúmero de interpretaciones que resulta, a todas luces, contraria a la estabilidad que exige la interpretación de la Carta Fundamental, y expone a dejar en tela de juicio, permanentemente, determinadas normas legales en razón de inconstitucionalidad, creando una desaconsejable inseguridad jurídica sobre su validez.

CAPITULO IX

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

A) CONCEPTOS

Las Constituciones se preocupan cuidadosamente de asegurar el cumplimiento integral de sus disposiciones. La vida política contemporánea, por las características propias de la sociedad, es móvil, potente y susceptible de aceptar los cambios; por otra parte, la realidad social y económica de los países hace inevitable que grupos de presión actúen con fuerza tratando de modificarla para permitir su pleno desarrollo humano, todo lo cual produce alteraciones continuas en el sistema político y jurídico de los Estados.

Las Constituciones contemporáneas comprenden estos movimientos de opinión pública, naturales en un sistema democrático, pero quieren que ellos actúen no sobre bases transitorias, sino sobre bases más fuertes y más permanentes.

Por eso y para eso, las Constituciones pretenden ser un elemento estabilizador de la vida de los países, elementos conservadores en el recto sentido de la palabra, es decir, mantenedoras de una tradición y de las bases fundamentales de la sociedad y al mismo tiempo abiertas a su modificación, siempre que, por una parte, se tenga garantía de que ella representa el pensamiento permanente de la comunidad, no uno variable o accidental, y por otra, no atente contra la naturaleza del hombre.

La Constitución Política de Chile de 1980, con las características que hemos señalado, quiere defender y hacer que perduren las ideas que la sustentan y se encarnen en la tradición

política chilena, principalmente en un Estado de carácter humanista, valórico, con fines determinados. Para ello ha señalado varios caminos destinados a garantizar el cumplimiento de sus disposiciones.

Ya hemos visto en el capítulo anterior el papel que desempeña el Congreso Nacional en la calificación de admisibles o inadmisibles por inconstitucionalidad de los proyectos de ley y de las indicaciones que se les presenten. También hemos visto la facultad de la Corte Suprema de declarar inaplicable algún precepto legal contrario a la Constitución para un caso particular.

Este control es a todas luces insuficiente. Primero, porque el Congreso Nacional es el centro de los movimientos y de las presiones políticas, y esto es inseparable de la representación popular que inviste, de manera que la Constitución no considera suficiente someter sus disposiciones sólo al criterio de estas corporaciones, Cámara de Diputados y Senado, como ocurrió al principio de la República. Por otra parte, las facultades de la Corte Suprema son absolutamente limitadas, en el sentido de ser, yo diría, casuísticas.

Por lo anterior, al igual que otras Constituciones contemporáneas, la República se enfrentó al hecho de tener que crear un Tribunal Constitucional, es decir, un órgano independiente de los poderes públicos, con competencias y facultades suficientes para velar, en determinadas condiciones, por el cumplimiento íntegro de las disposiciones de la Constitución.

Para dar armas a este Tribunal Constitucional, estableció las "Bases de la Institucionalidad", que le permiten construir una interpretación que abarque el conjunto de las disposiciones constitucionales, facilite la obtención de las finalidades que persiguen y, en definitiva, haga respetar las ideas básicas de la organización social.

Además de lo anterior, buscó otras maneras de hacer más permanentes las normas fundamentales a través de procedimientos y mayorías parlamentarias especiales para reformar la Constitución, que contemplan plazos, ratificación por el Congreso pleno, tratamiento del veto presidencial, y eventualmente consultas plebiscitarias y quórum de aprobación que va desde los tres quintos de los diputados y los senadores en ejercicio,

hasta los dos tercios de ellos, en ciertos capítulos fundamentales como el relativo a los derechos y deberes de las personas. Los quórum exigidos para las reformas constitucionales son una manera eficiente de dar estabilidad a la Constitución.

Los Tribunales Constitucionales han nacido fundamentalmente para asegurar el cumplimiento íntegro de la Constitución frente al Poder Legislativo, que paradójicamente debiéramos llamar su principal adversario potencial, tanto en cuanto a la extensión que tienen sus decisiones como a la gravedad de ellas, ya que día a día se enfrenta a la necesidad de regular variadas situaciones de la vida nacional, que de una manera u otra están comprendidas en disposiciones constitucionales que las reglan, directa o indirectamente. De esta manera, el Congreso Nacional se ve abocado diariamente al análisis de los proyectos de ley frente a la Constitución. Por eso, la principal atribución de un Tribunal Constitucional es pronunciarse sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley, en nuestro ordenamiento, o de las leyes en vigor en el caso de otros países, e impedir que prosigan su tramitación, o dejar sin valor aquellas iniciativas que estime contrarias a la Constitución.

También es enemigo potencial de la estabilidad constitucional el Presidente de la República, porque se enfrenta asimismo en forma permanente a situaciones que, dentro de la esfera de sus obligaciones y atribuciones, originan el ejercicio de la potestad reglamentaria, que en forma de decretos, ordenanzas e instrucciones, da origen a normas jurídicas sobre múltiples materias, muchas de las cuales, al igual que en el caso de la ley, están directa o indirectamente vinculadas a disposiciones de la Constitución Política del Estado.

La evolución de los Tribunales Constitucionales no fue fácil. Una visión simplista hace que estos órganos aparezcan como adversarios del sistema democrático, porque van a imponer en definitiva su punto de vista sobre las mayorías políticas elegidas por sufragio universal, en una materia tan determinante como es la aplicación e interpretación de la Carta Fundamental. Por eso, la evolución fue lenta y progresiva, y los debates acerca de cómo se constituirían estos organismos y el valor que se daría a sus resoluciones constituyen una controversia histórica en el desenvolvimiento constitucional contemporáneo.

Uno de los errores, ya abandonados por la cátedra y por la ciencia constitucional, es que estos organismos deban responder a las mayorías políticas, porque esto los hace ineficaces. En efecto, si la mayoría política elige Presidente de la República, domina el Congreso Nacional y al mismo tiempo elige el Tribunal Constitucional, éste sería sólo un órgano que responde a la misma mayoría. En consecuencia, las posibilidades que su control de constitucionalidad sea efectivo son mínimas; porque frente a problemas trascendentales y controvertidos, como son los mayores problemas políticos, va a estar sometido más a la mayoría política que lo elige y de la cual forma parte, que a la defensa jurídica de un texto constitucional.

El control del Tribunal Constitucional podría ser denominado "control abstracto". No hay partes que litiguen, el análisis que hace el Tribunal es un análisis puramente jurídico propiamente tal, que nace de sus propias consideraciones y razonamientos y no de las argumentaciones o defensas de las partes.

A juicio del autor, resulta indispensable para el cumplimiento de la importante y delicada función del Tribunal Constitucional, que este control abstracto se mantenga y, en consecuencia, *no se entregue al Tribunal Constitucional la solución de problemas entre partes, ni por la vía de hacerle conocer de recursos constitucionales, como el recurso de protección, ni tampoco de declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales a petición de las partes cuando se ha originado una controversia.*

La interpretación realizada por dicho Tribunal, que señala de manera determinante la política constitucional del país, debe estar ajena a los intereses particulares. Juzgar intereses particulares induce muchas veces a analizar la situación de justicia o injusticia que puede causar la interpretación, y esto no es, a mi juicio, lo que la sociedad espera del Tribunal Constitucional, sino pretende que él haga respetar los principios fundamentales y los límites del poder fijados en la Constitución, analizados solamente en su dimensión jurídica.

Por último, el Tribunal Constitucional tiene el camino de dictar sentencias interpretativas o, dicho con otras palabras, de aceptar la constitucionalidad de disposiciones legales con prevenciones; esto es, que la ley se estima constitucional si su aplicación e interpretación se da en un sentido determinado que

es fijado por el propio Tribunal. Esto es inseparable de sus funciones y constituye el ejercicio de su razón de ser: el Tribunal es el supremo intérprete de la Constitución.

B) RELACION ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER LEGISLATIVO

Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo, ambos, de acuerdo a sus propias características, representantes de la soberanía de la Nación, constituyen una materia que debe ser tratada cuidadosamente para que la vida política se desarrolle en forma normal, con el funcionamiento armónico de las instituciones. Para esto es necesario que se tengan en cuenta, al menos, tres aspectos que trataremos de resumir:

1. AUTONOMÍA DEL LEGISLADOR

Dentro del marco constitucional que contiene disposiciones de general aplicación, el legislador tiene autonomía para regular la sociedad.

Esta autonomía que la Constitución da al legislador es de diversos alcances. En la existencia, de una Constitución neutra, es decir de una Constitución mecánica que no contemple valores ni fines del Estado, no hay duda que la autonomía del Poder Legislativo es mayor y los límites son evidentemente mucho más amplios.

En cambio, en presencia de una Constitución valórica como la Constitución chilena, que señala con precisión los roles del Estado, las limitaciones del poder, su carácter subsidiario, los valores y derechos de las personas, etc., la autonomía del Poder Legislativo es evidentemente mucho menor. Se añade a lo anterior el hecho que la Constitución se preocupa de especificar los derechos y deberes de las personas, los recursos que las protegen y las normas generales que rigen la actividad económica de las mismas, todo lo cual enmarca la potestad legislativa.

Con respecto a la formación de la ley, el Poder Legislativo se puede encontrar en diversas situaciones:

– La regla general está señalada en las “materias de ley” que la propia Constitución señala.

La Constitución de 1925 usaba la expresión: “Sólo en virtud de una ley se puede”. Es decir, la ley tenía capacidad ilimitada y podía incluso invadir el campo de la potestad reglamentaria.

La Constitución de 1980 usó una expresión distinta, al disponer “Sólo son materias de ley”. Es decir, la competencia del Poder Legislativo está expresamente circunscrita a los casos enunciados en la Carta Fundamental. Fuera de ellos no hay posibilidades válidas de legislar. Las otras materias son de directo carácter constitucional o pertenecen a la órbita de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. La razón de esta disposición es impedir que el Congreso invadiera el área de la Administración por medio de leyes, como sucedía en el pasado, dificultando la unidad de la conducción económica.

– La Constitución reconoce al Poder Legislativo la facultad de exceptuar algunas situaciones de la aplicación de la regla general impuesta por ella para ciertas materias, como la posibilidad de afectar tributos a fines determinados en los casos que señala (art. 19 N° 20). En estas ocasiones, el legislador es autónomo para dictar o no dictar la ley.

– La Constitución obliga al legislador a dictar la correspondiente ley, pero lo deja en libertad de hacerlo de la manera que decida. Por ejemplo, el artículo 3º, que se refiere a la Administración territorialmente descentralizada; el artículo 18, sobre sistema electoral; el artículo 33, sobre la organización de los Ministerios, y el artículo 112 sobre formas de coordinación entre municipios y servicios públicos.

– La Constitución obliga al legislador a dictar la correspondiente ley, y además fija las características y reglamenta el ejercicio de la facultad legislativa. El ejemplo típico de esta situación es el artículo 64, que regula la Ley anual de Presupuesto.

En consecuencia, la autonomía del legislador existe, es requisito esencial del funcionamiento del régimen democrático, y tiene diversas características, dependiendo de la calidad neutra o valórica de la Constitución y de los mandatos que la misma da al legislador.

2. RESOLUCIONES RAZONADAS

El respeto a esta autonomía del legislador por parte del Tribunal Constitucional es de importancia indiscutible, porque le crea obligaciones en el ejercicio de sus facultades cuando declara una infracción de la Constitución. La principal de ellas es la necesidad de resoluciones razonadas, es decir, fundamentadas. Cada sentencia del Tribunal debe contener un análisis de la materia, un razonamiento completo, una interpretación de la Constitución y una explicación claramente expuesta de la razón por la cual la disposición se estima inconstitucional. De esa forma se evidencia un respeto al Poder Legislativo, de cuyos predicamentos se está disintiendo.

Por otra parte, las resoluciones razonadas o fundadas son indispensables para que el Tribunal Constitucional vaya aplicando el espíritu de la Constitución a situaciones determinadas. Esto es útil para que el Poder Legislativo se forme un correcto juicio sobre los puntos de vista del Tribunal y pueda considerarlos en sus nuevas decisiones.

No es posible crear una praxis constitucional, indispensable para que la Constitución vaya afirmando su carácter de legislación fundamental que protege a los ciudadanos, si ella no es razonada y concordante. Esta es la manera de lograr con eficacia una de las finalidades del Tribunal Constitucional: la creación de precedentes que vayan facilitando el funcionamiento normal de las instituciones y la adquisición de la certeza jurídica, bien invaluable en la vida de una sociedad.

Por otra parte, estas sentencias del Tribunal deben respetar las opciones que tiene el legislador dentro de los límites de la Constitución, y no pueden contener juicios sobre la conveniencia o la oportunidad de las leyes de que se trata. Ni siquiera pueden resolver contradicciones entre la misma legislación, porque esto no es competencia del Tribunal Constitucional; el Tribunal Constitucional sólo puede pronunciarse sobre estas materias cuando ellas están regidas o tienen relación con disposiciones constitucionales.

En general, el buen funcionamiento del sistema democrático necesita cuidadosas relaciones entre el Tribunal, el Congreso Nacional y el Presidente de la República.

3. PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

El Tribunal Constitucional, como ya lo he señalado en estas páginas, debe partir del principio de la constitucionalidad de los actos legislativos. En otras palabras, el Tribunal Constitucional debe presumir que el legislador está actuando dentro de la Constitución y ejerciendo la autonomía que ésta le permite. Un juicio demasiado estrecho sobre la autonomía del Congreso impide la evolución constitucional y produce a menudo efectos políticos que tienden a la modificación de la Carta Fundamental.

Por ello, la infracción constitucional que se señale por el Tribunal debe ser clara; en caso de dudas, el Tribunal Constitucional debe aceptar el ejercicio de la autonomía y, en consecuencia, respetar el pensamiento del legislador.

C) EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1970

El primer Tribunal Constitucional chileno tuvo su origen en los artículos 78 a), 78 b) y 78. c), incorporados en la Constitución de 1925 por la reforma constitucional de 23 de enero de 1970 (Ley N° 17.284).

Bajo la reforma constitucional que hemos mencionado, el Tribunal Constitucional estuvo formado por cinco ministros, tres de ellos designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y dos por la Corte Suprema de entre sus miembros. Los miembros nombrados por el Presidente de la República debían ser abogados, con más de doce años de profesión y uno de ellos debía haber sido profesor titular de Derecho Constitucional o Derecho Administrativo durante diez años.

Los integrantes del Tribunal duraban cuatro años en sus cargos, pero podían ser removidos por el Senado a proposición del Presidente de la República.

Las disposiciones citadas entregaban determinadas funciones al conocimiento del Tribunal Constitucional. En general, debía resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de proyectos de ley y tratados internacionales. Este pronunciamiento debía producirse a requerimiento del Presidente de la República o de cualquiera de las

Cámaras o de más de un tercio de sus miembros en ejercicio y siempre que se hubiera formulado antes de la promulgación de la respectiva ley.

También debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley; los llamados a plebiscito; las inhabilidades constitucionales o legales de los Ministros de Estado; las inconstitucionalidades en el trámite de promulgación de las leyes, y las contiendas de competencia que determinarían las leyes.

Por otra parte, se estableció que contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procedía recurso alguno; que las disposiciones que declarase inconstitucionales no podían convertirse en ley, y que resuelto como constitucional un determinado precepto, no podía la Corte Suprema declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia.

Este Tribunal ejerció sus funciones durante un corto período. Tomó alrededor de diecisiete decisiones, la mayor parte de ellas relativas a discrepancias producidas entre la mayoría parlamentaria y el Jefe de Estado.

Dos de estas resoluciones merecieron una fuerte crítica, e hicieron que, en general, la vida política del país considerara que fue un Tribunal ineficaz.

La primera de ellas, pronunciada el 10 de febrero de 1972, en los autos Rol N^o 3, tuvo el voto en contra del ministro, después presidente de la Corte Suprema, don Rafael Retamal.

Sostuvo el Tribunal Constitucional, en votación de mayoría, que era posible para el Presidente de la República designar en otra cartera ministerial a un Ministro que había sido suspendido de sus funciones, en virtud del acuerdo de la Cámara de Diputados que había dado lugar a la acusación constitucional declarada en su contra, y sobre la cual debía pronunciarse el Senado. Es decir, aceptó que aunque ese Ministro quedaba suspendido de esas funciones, mientras el Senado resolvía sobre su culpabilidad podía ser nombrado inmediatamente en otro Ministerio.

Estimó el Tribunal Constitucional:

“Que sin disposición constitucional no es posible argüir la existencia de una inhabilidad impediendo para un Ministro

acusado y suspendido por decisión de la Cámara de Diputados, para ser nominado en otro cargo durante el interregno que medie para el vencimiento del plazo fatal y constitucionalmente fijado al Senado para emitir su pronunciamiento de culpabilidad” (Considerando 20).

Añadió que:

“Es a los constituyentes o legisladores a quienes compete, según discrecionalmente lo juzguen procedente, crear las reglas que eviten situaciones que ellos califiquen de inadmisibles o inconvenientes. De esta manera, a falta de inhabilidad señalada por el derecho vigente y no procediendo la construcción de ésta por vía interpretativa extensiva, tanto más si se materializa en una prohibición para el nombramiento en una función pública que mira al ejercicio de una atribución constitucional del Jefe del Estado, solamente debe limitarse el Tribunal a no admitirla” (Considerando 27).

Resultaba así que el Tribunal Constitucional, creado para aplicar e interpretar la Constitución, omitió toda consideración a la finalidad de la misma, desprendida de su propio contexto, y consagró una interpretación que giraba alrededor del tenor literal, que hacía ineficaz todo el procedimiento del juicio político señalado en la Constitución.

La posición disidente del ministro señor Retamal, con mucha lucidez conceptual, y anticipándose a la interpretación armónica y finalista del texto constitucional postulada por el Tribunal Constitucional bajo la Carta de 1980, razonó de la siguiente manera:

“Pues bien, la suspensión del Ministro lo priva de la función primordial de participar en el gobierno del Estado de acuerdo con las normas constitucionales y legales y las que le imparte el Presidente de la República. Siendo así, no puede ser designado y servir en otra Cartera mientras dure la suspensión, porque ésta abarcaría también la calidad de funcionario del Estado que en ella tiene, tal como en su esfera

los magistrados superiores, los Generales, el Contralor, los Intendentes y Gobernadores.

Si para ser Ministro de Estado en una Cartera no se requiere previamente tener la función de Ministro en otra Cartera, porque el Presidente los elige libremente, es evidente que el desempeño de la función de Ministro en cualesquiera de ellas importa al mismo tiempo ser miembro del Gobierno y no estar suspendido de esa función. *La limitación afecta al Ministro suspendido mientras sigue siéndolo y sólo deja de afectarlo cuando ya no lo es. Si es imposible constitucionalmente el desempeño, también lo es el nombramiento por la obvia razón de que aquel lleva anexo el desempeño y tiene precisamente este fin*".

En otro fallo, pronunciado el mismo mes (1º de febrero de 1972, Rol Nº 4), el Tribunal Constitucional resolvió un requerimiento formulado por la Cámara de Diputados en el cual reclamó por la incorrecta promulgación de la Ley de Presupuestos para 1972 que hizo el Presidente de la República y pidió que se la declarase inconstitucional por no contener todos los preceptos aprobados por el Congreso Nacional, y se ordenara incluir en ellos todos los artículos aprobados.

Del texto aprobado, el Ejecutivo sólo había promulgado los artículos 1º y 2º; planteó veto ante el Congreso por los artículos 19 a 23, y solicitó al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad, por apartarse de las ideas matrices o fundamentales, de los artículos 24 a 67, con excepción del artículo 27.

En otras palabras, no promulgó los artículos 3º a 18, que no vetó ni tachó de inconstitucionales; ni los artículos 19 a 23, a los que luego retiró el veto, ni el artículo 27.

El Tribunal Constitucional admitió que debieron promulgarse todos los artículos no vetados y aquellos que lo fueron, pero cuyo veto se retiró, esto es, los artículos 3º a 23 y 27 del proyecto de Ley de Presupuestos. Sin embargo, como esos artículos se promulgaron mediante decreto publicado en el Diario Oficial con la misma fecha del fallo, optó por no acoger el requerimiento, en cuanto pedía que se declarase incompleto el decreto promulgatorio de la Ley de Presupuestos, sino por resolver que no era procedente disponer la promulgación de tales artículos.

Se inclinó por acoger el requerimiento, nuevamente en voto disidente, el Ministro señor Retamal.

Este criterio, que era el correcto, en orden a pronunciarse derechamente sobre el requerimiento y, en su caso, declarar inconstitucional el decreto supremo promulgatorio, es el que consagró el actual Tribunal Constitucional en sentencias de 10 de febrero de 1995, recaída en el Rol N° 207, y de 11 de abril del mismo año, recaída en el Rol N° 209.

En esos fallos se expresó que requerido el Tribunal para resolver una cuestión de constitucionalidad mediante escrito recibido por su secretario el 22 de enero, la circunstancia de que al día siguiente el Presidente de la República recibiera el oficio de la Cámara de Diputados en que le comunicaba la aprobación del proyecto de ley, expidiera el decreto supremo promulgatorio y lo enviase a la Contraloría General de la República para su toma de razón, constituye una causa sobreviniente que no altera la competencia del Tribunal:

“Este Tribunal ha concluido que no pueden empecerle los hechos ocurridos con posterioridad a la formulación del requerimiento, ni menos aquéllos impedirle cumplir con su deber constitucional de resolver una cuestión de constitucionalidad oportuna y correctamente formulada” (Rol N° 209, considerando 2º, letra e).¹⁶⁹

Salvo el último considerando citado, las doctrinas de las aludidas sentencias del anterior Tribunal Constitucional revalidaron al más alto nivel la tesis de los “resquicios legales”. En efecto, ambas soluciones se fundaron en una interpretación estrecha de la letra de la Constitución, que no sólo contradujo la finalidad de la misma, sino hizo inaplicable resoluciones del Congreso, tanto en el ejercicio de su carácter de legislador como en sus funciones exclusivas en el juicio político.

La antigua conformación del Tribunal no establecía con claridad la independencia del mismo frente a las mayorías políticas, ya que tres de sus cinco miembros eran designados por el

¹⁶⁹ Aún no publicada.

Presidente de la República, con acuerdo del Senado; además contemplaba una disposición que evidentemente era inconveniente, la que establecía que los miembros del Tribunal podían ser removidos por el Senado a proposición del Presidente de la República. Resulta obvio y no se necesita un razonamiento ulterior para demostrar que éste era un tribunal sometido a la mayoría política conformada por el Presidente de la República y la mayoría del Senado, y en consecuencia su estatuto jurídico no le daba la independencia necesaria para cumplir adecuadamente sus funciones.

D) ORGANIZACION DEL ACTUAL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTEGRACIÓN

“Art. 81. Habrá un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros, designados en la siguiente forma;

a) Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas;

b) Un abogado designado por el Presidente de la República;

c) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional;

d) Un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio”.

El mismo artículo 81 de la Constitución de 1980 continúa refiriéndose a las exigencias para los abogados, en el sentido de que tengan a lo menos 15 años de título, se hayan destacado en la actividad profesional y no estén afectos a ninguna de las inhabilidades que la misma Constitución menciona.

Dispone asimismo este artículo que los miembros del Tribunal se mantienen por 8 años en sus cargos, se renuevan por parcialidades cada cuatro años y *que su cargo es inamovible*. El quórum para sesionar es de 5 de sus miembros y los acuerdos se adoptan por simple mayoría. Sus resoluciones, según dispone la Constitución, deben emitirse conforme a derecho.

Estas características nos permiten concluir que el Tribunal Constitucional que se establece en la Constitución de 1980 es un organismo de carácter jurisdiccional y no político.

Con ello se pretende lograr una mayor consolidación del Estado de Derecho, poniendo el acento en la calidad de los miembros que integran el Tribunal al exigir abogados destacados con gran experiencia, además de los miembros de la Corte Suprema, cuya trayectoria en el Poder Judicial y conocimiento en la aplicación de la ley es obvia.

Sostener que este Tribunal no es democrático porque no todos sus miembros son elegidos por autoridades nombradas mediante elección popular, es confundir los conceptos de democracia con electoralismo. No se trata aquí de gobernar o legislar, sino de resolver acerca de problemas de derecho, donde se busca la verdad objetiva y no la aplicación de medidas que pueden corresponder a criterios políticos o ideológicos.

2. ATRIBUCIONES

La Constitución, en su artículo 82, señala detalladamente las atribuciones del Tribunal Constitucional, que en general podemos resumir en tres conceptos fundamentales: las que tienen por objeto preservar la supremacía constitucional sobre toda otra norma, las destinadas a resolver conflictos surgidos entre los poderes del Estado por diferencias en las interpretaciones de las normas constitucionales, y las encargadas de resolver las incompatibilidades, inhabilidades y causales de cesación en el cargo de parlamentarios y Ministros de Estado.

En todo caso, es importante destacar que la Constitución enumera todas las atribuciones del Tribunal Constitucional de manera taxativa, o sea, ha restringido el ámbito de su competencia estrictamente a lo señalado en este artículo. *El legislador no está autorizado para conferir al Tribunal Constitucional otras facultades que las que la propia Constitución le otorga a éste*, característica fundamental, considerando la gravitación de sus decisiones en la vida política.

En el artículo 5º inciso 5º del proyecto de Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, se otorgaba al Tribu-

nal Constitucional la facultad de ordenar la suspensión provisional del procedimiento de formación de un partido político, si existía justo motivo para estimar que éste tendría objetivos que vulneraban la Constitución Política. El Tribunal Constitucional estimó inconstitucional la disposición antedicha, por constituir una *nueva atribución* del Tribunal no contenida entre aquellas que taxativamente señala el artículo 82 de la Carta Fundamental sentenciando que las facultades que la Constitución confiere a los órganos que ella misma crea son de derecho estricto (Rol N° 43, sentencia de 24 de febrero de 1987, considerandos 33 y 34).

Con posterioridad, reiteró que el artículo 82 “señala en forma taxativa las atribuciones propias del Tribunal Constitucional”, manifestando:

“Que, como es posible observar, entre dichas facultades no se encuentra el declarar la inconstitucionalidad de leyes comunes vigentes, como, tampoco, el resolver que dichos cuerpos legales carecen de ese carácter, aun cuando ellos versaren sobre materias propias de ley orgánica constitucional, sea por su propia naturaleza o porque así lo haya resuelto este Tribunal en conformidad con lo dispuesto en el artículo 82, N° 2°, de la Carta Fundamental” (Rol N° 256, sentencia de 19 de agosto de 1997, considerando 2°).¹⁷⁰

Entonces, las atribuciones del Tribunal Constitucional son únicamente las siguientes:

“Art. 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1°. Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución;

2°. 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;

¹⁷⁰ Aún no publicada.

3º. Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

4º. Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

5º. Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional;

6º. Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88;

7º. Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los incisos sexto, séptimo y octavo del número 15º del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;

8º. Derogado;

9º. Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 49 Nº 7 de esta Constitución;

10º. Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;

11º. Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, y

12º. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60”.

El texto preciso de este inciso primero del artículo 82 evita mayores explicaciones, salvo dos comentarios.

En primer lugar, la referencia que se hace al artículo 49 N° 7. Esta disposición faculta al Senado para declarar la inhabilidad del Presidente de la República para el desempeño del cargo, y además para aceptar o rechazar su renuncia, calificando los motivos que la causen. En materia de tanta trascendencia, la Constitución requiere un informe previo del Tribunal Constitucional antes que el Senado resuelva. No cabe duda que el dictamen del Tribunal, aunque no es vinculante para el Senado, va a tener un peso jurídico ante la opinión pública que el Senado ponderará debidamente.

Otra atribución que merece un comentario especial es la contemplada en la parte final del N° 5º, que autoriza al Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de un decreto.

Ha estimado el Tribunal que en la medida que el decreto reglamente una ley vigente de forma tal que conformen “un solo todo jurídicamente armónico” y estén “indisolublemente unidas”, no podrá efectuar tal declaración, ya que importaría implícitamente declarar la inconstitucionalidad de la ley.

En cambio, en el evento de que el reglamento se apartara de la ley en consonancia con la cual se dicta, se produce la desvinculación de uno y otro, y el reglamento puede ser objeto, “ya que su enjuiciamiento constitucional se efectuaría sin que ello importe una intromisión de este Tribunal en un acto legislativo”.

Advirtió, eso sí, que “el reglamento contraría la ley no sólo cuando esté en pugna con su texto expreso, sino también cuando su contenido desborde el marco de posibilidades regulatorias que brinde la Constitución; tratándose del derecho de propiedad, por ejemplo, cuando él fuere vulnerado en su esencia (Rol N° 253, sentencia de 15 de abril de 1997, considerando 4º a 9º).¹⁷¹

¹⁷¹ Aún no publicada.

3. REQUISITOS PARA SUS ACTUACIONES

La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido ciertos requisitos para que pueda ejercer las atribuciones que le confiere la Constitución, en lo relativo a resolver conflictos de constitucionalidad suscitados durante la tramitación de la ley, que es su atribución más comúnmente requerida:

1º Que se plantee una cuestión de constitucionalidad; esto es, un desacuerdo sobre un precepto constitucional entre órganos colegisladores, que puede surgir entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, o en alguna de las Cámaras del Poder Legislativo cuando haya una interpretación diferente de las normas constitucionales en relación a un determinado proyecto de ley o a una o más disposiciones. La discrepancia se suscita sobre la preceptiva constitucional, en relación a normas determinadas de un proyecto de ley preciso y concreto.

Esta condición limita la competencia del Tribunal para resolver sólo los asuntos sometidos a su consideración, y si se tiene presente que la acción sólo puede ser deducida por titulares nominativamente señalados por la Carta Fundamental, resulta evidente que el Tribunal no puede actuar de oficio y debe ajustar su resolución estrictamente al objeto pedido en el requerimiento.

2º Es necesario además que la cuestión de la constitucionalidad se suscite durante la tramitación del proyecto de ley. De esta manera, el requerimiento debe formularse durante el proceso de formación de la ley, es decir, desde que inició su tramitación legislativa y hasta aquel momento en que se ha producido la sanción expresa, tácita o forzada de la ley, es decir, ya ha sido aprobada por el Presidente, ha transcurrido el plazo para observarla o se ha comunicado por la Cámara de origen el resultado de las observaciones que se hubieran formulado y ha sido promulgada la ley respectiva.

El requerimiento queda presentado cuando se entrega materialmente al Tribunal, por conducto de su secretario, sin que sea necesario que el Tribunal tome conocimiento del mismo o lo provea.

Cabe añadir que la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal, N° 17.997, de 1981, determina los requisitos concretos que debe reunir un requerimiento para ser admitido a tramitación, como asimismo los antecedentes que deben acompañarse al requerimiento. Este debe contener una exposición clara de los hechos y los fundamentos de derecho que le sirven de apoyo, señalando en forma precisa la cuestión de la constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas, y debe acompañarse el proyecto de ley, de reforma constitucional o el tratado, con indicación precisa de la parte impugnada.

3° El Tribunal Constitucional no es un órgano de consulta sobre el sentido o alcance de los preceptos constitucionales que puedan incidir en futuros proyectos de ley, y tampoco está autorizado para emitir dictámenes durante la tramitación de dichos proyectos sobre materias jurídicas o constitucionales.

La posibilidad de actuar como órgano de consulta del Presidente de la República o de alguna de las ramas del Congreso Nacional no se encuentra dentro de la naturaleza jurisdiccional del Tribunal, que está llamado a resolver conflictos o controversias jurídicas y no a emitir meras opiniones o recomendaciones.

4° La Constitución faculta al Tribunal para ejercer el control de la constitucionalidad de una ley, pero no para emitir juicios de mérito sobre ella. El equilibrio que debe observarse entre las atribuciones del legislador y las del Tribunal Constitucional se ha expresado en un fallo que ya hemos tenido ocasión de citar, en el que se hacen presentes dos consideraciones que deben ser tomadas en cuenta para dar una respuesta adecuada a los problemas de constitucionalidad:

“La primera, que la Carta Fundamental ha entregado a la ley regular o complementar el derecho constitucional en estudio, por lo que debe reconocerse la autonomía suficiente para reglar, en forma prudente y dentro de las latitudes razonables, la materia de que se trata, ya que de lo contrario podría invadirse un campo que es propio de la ley. La segunda, que al Tribunal Constitucional sólo le está confiado ejercer un control de constitucionalidad sobre la ley

orgánica y no emitir juicios de mérito sobre ella. Si así no procediere, se excedería en sus atribuciones, transformándose en un órgano colegislador, lo que constituiría una grave infracción a la Constitución” (Rol N° 43, sentencia de 24 de febrero de 1987, considerando 22).¹⁷²

5º El Tribunal Constitucional está llamado a interpretar la Constitución Política vigente, y en consecuencia carece de atribuciones para pronunciarse sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley que interprete preceptos constitucionales anteriores a la Constitución de 1980. Dijo al efecto el Tribunal Constitucional:

“3º. Que como cuestión previa corresponde que este Tribunal se pronuncie acerca de si tiene competencia para ejercer el control de constitucionalidad de leyes que interpreten normas constitucionales que no constituyen preceptos de la actual Constitución y que quedaron derogadas orgánicamente a partir de la vigencia de ésta, como son la Constitución de 1925 y el Acta Constitucional N° 3 del año 1976;

4º. Que como se ha expresado en el considerando segundo, la Constitución Política vigente estableció entre las atribuciones del Tribunal Constitucional, la de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto ‘de la Constitución’;

5º. Que en concepto del Tribunal está claro que el artículo 82, N° 1º, de la Constitución de 1980, al establecer el control de constitucionalidad que a éste le corresponde ejercer respecto de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, se ha referido a los preceptos de dicha Constitución, de la que es parte integrante del citado artículo 82, N° 1º, pues, para el Constituyente la expresión ‘la Constitución’, que usa en numerosos preceptos la Carta Fundamental de 1980, está referida a ‘esta Constitución’” (Rol N° 12, sentencia de 16 de julio de 1982).¹⁷³

¹⁷² *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, pág. 38.

¹⁷³ *Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, pág. 42.

E) TIPOS DE INTERVENCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En dos grandes grupos podemos resumir la intervención del Tribunal Constitucional, de acuerdo a la oportunidad en que la efectúa: su pronunciamiento puede ser preventivo o represivo, según se haya producido antes del perfeccionamiento de la norma o después de él. Ambas facultades se incluyen en el artículo 82 de la Constitución.

De esta manera, revisten el carácter de preventivos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre control obligatorio de las leyes interpretativas y de las leyes orgánicas constitucionales, de las resoluciones que recaigan sobre requerimientos suscitados durante la tramitación de los proyectos de ley o referentes a los reclamos por parte de promulgación de una ley, e incluso los requerimientos en relación a decretos con fuerza de ley rechazados por la Contraloría por inconstitucionales.

En cambio, serían de tipo represivo la impugnación por inconstitucionalidad de un decreto con fuerza de ley, del cual el Contralor hubiere tomado razón, dentro de los 30 días siguientes a su publicación; las cuestiones de constitucionalidad relacionadas con el llamado a plebiscito, dentro de los 10 días siguientes de la publicación de la convocatoria, y las cuestiones relativas a la promulgación de una ley distinta del texto aprobado o la dictación de un decreto inconstitucional. Por último, también tienen carácter represivo las atribuciones del Tribunal Constitucional relativas a las inhabilidades e incompatibilidades o causales de cesación en el cargo de parlamentarios o Ministros de Estado, y la facultad de resolver sobre la constitucionalidad de decretos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Presidente de la República.

La mayoría de las atribuciones preventivas del Tribunal Constitucional no han sido objeto de discusión. Sin embargo, han resultado controvertidas las de tipo represivo, entre ellas concretamente la que le permite pronunciarse sobre reclamos presentados por cualquiera de las Cámaras, o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, cuando el Presidente dicta un decreto inconstitucional que la Contraloría cursa sin representar tal vicio.

Con motivo del reclamo sobre la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 140, de 1990, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, el Tribunal Constitucional se pronunció en primer lugar sobre la competencia que le concede en la materia la atribución del artículo 82 N° 5º, declarando a grandes rasgos:

Que esta atribución lo habilita para pronunciarse sin limitaciones sobre reclamos sobre decretos inconstitucionales que la Contraloría haya cursado si lo requiere alguna de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros.

Que la función de control de la legalidad de los actos de la Administración que ejerce la Contraloría implica una simple presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva, ya que puede ser revisada por otras instancias legales.

Que la atribución de conocer los reclamos que otorga la Carta Fundamental al Tribunal Constitucional en el caso que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, no puede quedar subordinada a que la Contraloría General de la República curse sin observaciones un decreto supremo, pues del contexto armónico de las disposiciones del artículo 82 de la Constitución Política se desprende en forma inequívoca que el Tribunal Constitucional tiene supremacía constitucional sobre esta materia.

La tesis contraria implicaría además un desconocimiento y una limitación a las facultades que el artículo 82 de la Constitución Política de la República reconoce a cualquiera de las Cámaras o a una cuarta parte de sus miembros en ejercicio para que dentro del plazo de treinta días siguientes a la publicación o notificación de un decreto que se objete puedan recurrir al Tribunal Constitucional reclamando que se declare su inconstitucionalidad.

Al efecto, el Tribunal citó un discurso pronunciado en 1982 por su ex presidente señor Israel Bórquez Montero, que contó con la aprobación de la totalidad de los miembros del Tribunal de la época, y que señalaba, en su parte pertinente:

“Por último, es importante destacar que la nueva Constitución amplió considerablemente la competencia del Tribunal en estas materias, con respecto a la que le otorgaba la Carta de 1925, ya que incluyó como norma que puede ser objeto tanto de control preventivo como represivo, los decretos que el Presidente de la República dicte en el ejerci-

cio de su potestad reglamentaria. *La innovación es profunda, pues ahora corresponde también al Tribunal, velar por la supremacía normativa de la Constitución sobre los actos propios del Poder Ejecutivo en la forma que hemos comentado*” (Rol N° 116, sentencia de 27 de diciembre de 1990, considerando 9°).¹⁷⁴

La falta de competencia o jurisdicción del Tribunal Constitucional fue nuevamente argüida por el Ejecutivo en los autos Rol N° 124, sobre reclamo de inconstitucionalidad del Decreto Supremo de Justicia N° 143, de 1991, y en el Rol N° 146, sobre requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo de Obras Públicas N° 357, de 1992, y nuevamente desechada por el Tribunal en cada caso, remitiéndose a lo resuelto en el fallo al que se acaba de aludir.

La resolución misma del conflicto no generó ningún comentario importante, pero la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional, si bien correspondía a la norma consagrada en la Constitución Política, fue interpretada por el Gobierno como un serio atentado en contra de la autoridad del Ejecutivo y sumamente criticada.

Lo cierto es que lo medular de la argumentación del Ejecutivo, cual es que la Constitución sólo permitiría reclamar sobre presuntos *vicios de forma* que puedan afectar al decreto respectivo, era evidentemente insostenible a la luz de la correcta interpretación de la Carta Fundamental, e incluso de su solo tenor literal, que habla de “decreto inconstitucional” sin distinguir entre inconstitucionalidades de forma y de fondo.

F) LA PROTECCION DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION

Como señalamos en el Capítulo III, la supremacía constitucional significa que la Constitución, como ley fundamental, tiene superioridad jerárquica en cualquier línea de la actividad jurídica nacional. Al estar todas las normas subordinadas a la Cons-

¹⁷⁴ Fallos del Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 359.

titudin, no pueden contradecirla, bajo pena de nulidad o al menos de inaplicabilidad.

La supremacía constitucional implica que no sólo en su texto o en su letra un precepto jurídico debe someterse a la Carta Fundamental, sino que también debe someterse al espíritu de la Carta y ajustarse a la finalidad de sus normas, vale decir, a los valores y principios que están en la Constitución. Significa, en los hechos, que el gobernante, que debe su poder y el campo de su ejercicio válido a la ley fundamental que se lo ha otorgado, debe supeditar su ejercicio a esa misma ley fundamental.

Pero, como bien advierte el Profesor Silva Bascuñán:

“Para que la supremacía de la Constitución no sea un principio puramente doctrinario, y alcance efectiva vigencia, el sistema jurídico que pretende sostenerla debe proporcionar conjuntamente los medios de imponer su respeto, es decir, de lograr que el movimiento de toda actividad que se desarrolle en el Estado, ya se realice por los órganos de éste o por los miembros de la sociedad política, se produzca dentro de las bases sentadas en la Ley Fundamental”.¹⁷⁵

El Tribunal Constitucional destaca en tres ámbitos la supremacía de la Constitución: uno de tipo normativo, que estaría señalado por el inciso primero del artículo 6º; otro que se refiere a los ejercicios del poder, es decir, que las autoridades deben actuar dentro de las facultades que les ha concedido la Constitución; y el tercer campo vendría a resguardar la declaración de los principios y garantías del sistema democrático asegurados por la Constitución.

En cuanto a este último punto, o sea, a la primacía de la filosofía jurídica de la Constitución, nos hemos referido al destacar que el Tribunal Constitucional ha dejado de manifiesto que el artículo 1º de la Carta Fundamental “refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del

¹⁷⁵ Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, *Principios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1963, pág. 85.

resto de la preceptiva constitucional” (Rol N° 19, sentencia de 27 de octubre de 1983, considerando 9°).

En relación con los otros dos ámbitos de la supremacía constitucional, el Tribunal ha puesto de relieve que:

“El artículo 6° de la Constitución comprende dos conceptos fundamentales. En sus incisos 1° y 2° consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de la ‘supremacía constitucional’ sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo, y el de la ‘vinculación directa’ de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados. De allí que primero se establezca que ‘Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella’. Y, acto seguido, se agregue que ‘Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo’.

Luego en su inciso final el constituyente expresa el segundo concepto, cual es las responsabilidades y sanciones que origina la violación de estos principios, y al efecto dispone que ‘La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley’.

De lo anterior se deriva con nitidez que el artículo 6° en estudio no establece por sí mismo ninguna sanción a posibles infractores a sus normas, sino que deja entregado al resto de los preceptos de la Constitución y a la ley determinar en cada caso cuál será la responsabilidad y la sanción que origina su incumplimiento” (Misma sentencia, recién citada, considerando 10).¹⁷⁶

Los dos principios que destaca el fallo citado, o sea, la supremacía constitucional y la vinculación directa de las autorida-

¹⁷⁶ Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional..., obra ya citada, pág. 100.

des y de todas las personas a la Constitución, cobran particular importancia con aquella autoridad a quien el artículo 24 de la propia Carta Fundamental denomina “Jefe del Estado”, y le entrega “el gobierno y la administración del Estado”.

Por eso el Tribunal ha precisado con todo acierto:

“Que tanto el gobierno como la administración del Estado que corresponden al Presidente de la República, debe ejercerlos dentro del marco de la Constitución y de la ley, por lo que queda sujeto a la fiscalización y control de otros órganos del Estado y a las limitaciones que la Carta Fundamental establece.

No es, pues, soberano para ejercer el gobierno y la administración del Estado. Está sometido a mecanismos de fiscalización y control de carácter administrativo, que ejerce la Contraloría General de la República, encargada de velar por la legalidad de los actos de la administración; de carácter político, que corresponden a la Cámara de Diputados en el ejercicio de su función fiscalizadora; y de carácter jurisdiccional, que ejercen los tribunales ordinarios de justicia, no sólo cuando conocen del recurso de protección destinado a preservar determinadas garantías constitucionales, sino, también –de acuerdo a la modificación que se introdujo al artículo 38 de la Carta–, del reclamo de toda persona que se considere lesionada en sus derechos por la Administración del Estado; y finalmente, al Tribunal Constitucional, en cuanto está encargado de velar por la supremacía constitucional en los términos que lo consagra la Constitución” (Rol N^o 78, sentencia de 20 de septiembre de 1989, considerando 11).¹⁷⁷

En esas sentencias el Tribunal Constitucional ha fijado con claridad meridiana el tema de fondo a que apunta la defensa de estos principios: no al equilibrio entre los órganos que ejercen las distintas funciones del Estado, con toda la importancia que ello tiene para lograr un buen funcionamiento de las insti-

¹⁷⁷ *Fallos del Tribunal Constitucional...*, obra ya citada, pág. 210.

tuciones, sino a la determinación del ámbito que abarcarán las funciones del Estado, como un todo, frente a las personas, y las potestades que podrá ejercer respecto de ellas.

La competencia del Congreso Nacional, del Presidente de la República, o de los otros órganos públicos establecidos en la Carta Fundamental, es un tema de organicidad constitucional, que admite distintas formulaciones. En cambio lo permanente y esencial, que no puede perderse de vista, es la sumisión del Estado, en su conjunto, a la filosofía de la libertad y de la búsqueda del bien común.

G) REFORMAS EN ESTUDIO

Al analizar las instituciones, pasado cierto lapso, empiezan a surgir las opiniones de los tratadistas y políticos en el sentido de que deben perfeccionarse. Es lo que sucede hoy con el Tribunal Constitucional.

Esto no significa que el Tribunal Constitucional no haya cumplido las expectativas que el constituyente tenía en él; al contrario, no sólo las ha cumplido, sino que ha construido en estos años valiosos precedentes con sus sentencias y ha creado en el país una tradición de respeto hacia sus resoluciones.

Las voces políticas que han reaccionado apasionadamente frente a una sentencia del Tribunal que no se conformó con sus puntos de vista han sido absolutamente pasajeras y no han tenido trascendencia. Muchos de los que las profirieron reconocen hoy la influencia decisiva que ha tenido el Tribunal en la aplicación correcta de la Constitución.

A pesar de su excelente desempeño, que ha permitido mantener en vigor todas las disposiciones constitucionales sobre todo durante el delicado período de transición política que se vivió, hay dos tipos de modificaciones en las cuales se ha insistido.

Una de ellas se refiere a la forma de integrar sus miembros, y otra a su competencia.

En relación a la primera, se ha repetido por algunos, sin un debido análisis, que la composición del Tribunal no es generada democráticamente. Indudablemente es una apreciación equivocada. El Tribunal no puede tener una generación democráti-

ca en el sentido de esperar reproducir en su interior las mayorías parlamentarias o gobernantes. Si ese fuera el caso, la función de control de la constitucionalidad del Tribunal se vería menoscabada, porque la institución controladora se convertiría en un mero reflejo del controlado, ya que se repetirían en la composición del Tribunal las mismas mayorías que existirían en el Congreso o en el Gobierno. Con ello su función de limitación del poder político sería prácticamente de papel.

Como la opinión pública conoce, se han sugerido cambios en el sistema, de manera de transformarlo en un tribunal absolutamente jurídico, evitando la designación directa del Presidente de la República y del Senado, como asimismo prescindiendo de los miembros del Tribunal que elige el Consejo de Seguridad Nacional.

Dentro del sistema que establece el texto actual y siguiendo su misma filosofía fundamental, hay una disposición que afortunadamente se corrigió, relacionada con las calidades que se exigían para ser designado miembro del Tribunal Constitucional.

La Constitución contemplaba para los miembros designados por el Presidente de la República y el Senado un requisito adicional a los establecidos para los que designa el Consejo de Seguridad Nacional: el de haber sido abogados integrantes de la Corte Suprema por lo menos durante tres años consecutivos. Lo anterior privaba al Presidente de la República y al Senado de la posibilidad de recurrir a un amplio número de abogados que se dedican a la cátedra, que han pertenecido a instituciones tales como el Consejo de Defensa del Estado, y que han ejercido la profesión u otros cargos públicos en forma brillante. Había aquí además una injusticia notoria, que demostraba el centralismo de nuestras instituciones, porque al exigir la calidad de abogado integrante de la Corte Suprema, se excluía de la posibilidad de ser elegidos por el Senado y el Presidente de la República a distinguidos y capacitados abogados de regiones.

Afortunadamente, ese requisito adicional se suprimió por la reforma constitucional contenida en la Ley N° 19.541, de 1997, pero, hay que decirlo, no porque se tuvieran a la vista las consideraciones precedentes, sino como una simple adecuación al

hecho de que el constituyente entendió que con esa reforma constitucional quedaba suprimida la institución de los abogados integrantes de la Corte Suprema, con lo que no coincidió la propia Corte, que ha seguido funcionando con ese mecanismo de integración, en espera de la modificación legal al Código Orgánico de Tribunales.

Una reforma necesaria dice relación con las facultades del Tribunal Constitucional. Al Tribunal Constitucional le está sometido el control de las leyes orgánicas constitucionales, de las leyes que interpretan la Constitución, etc. Sin embargo, los autos acordados de la Corte Suprema y los autos acordados del Tribunal Calificador de Elecciones no son objeto de control por parte del Tribunal Constitucional.

Es un hecho que el auto acordado de la Corte Suprema con respecto al recurso de protección ha sido interpretado por muchos constitucionalistas y profesores como limitativo del recurso por varias razones, especialmente porque establece un plazo, transcurrido el cual la acción caduca. El autor piensa que la Corte Suprema no tenía competencia para limitar el ejercicio del recurso de protección. Existe también un auto acordado del Tribunal Calificador de Elecciones, relativo también a interpretación del sistema político.

Podría ser conveniente que estos autos acordados, particularmente cuando se refieran a garantías constitucionales, estuviesen sujetos a control por parte del Tribunal Constitucional, el que debiera ser integrado de manera distinta para este caso. No se ve la razón por la cual estén exentos, porque en consideración a la materia, tienen igual efecto que las leyes orgánicas constitucionales o las leyes que interpretan la Constitución Política.

Coincidiendo con este punto de vista, el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, en declaración de fecha 26 de junio de 1998, ha expresado que

“ve con preocupación el grave vacío que los autos acordados no estén sometidos a ningún control constitucional, como lo están las leyes orgánicas constitucionales y las leyes interpretativas, por el Tribunal Constitucional”.

El que puedan ser revisados por la propia Corte Suprema no constituye un control válido; a nadie escapa que el controlador tiene que ser independiente del órgano controlado, porque cuando el controlado y el controlador son la misma persona el control no existe; lo que puede eventualmente existir es sólo un cambio de opinión del autor de la norma.

Otra reforma sugerida en cuanto a su integración es disponer que los ministros de la Corte Suprema que sean elegidos miembros del Tribunal, pierdan o suspendan su calidad de ministros de la Corte Suprema.

Por otra parte, la evolución que nuestro sistema de Gobierno y Administración Interior del Estado ha tenido lugar a partir del año 1990 tiende a crear un sistema de regionalización, desconcentración y descentralización que va en aumento. Esto puede originar en el futuro contiendas de competencia entre el gobierno central y los gobiernos regionales. No olvidemos que los gobiernos regionales son autónomos, tienen personalidad jurídica propia y lo que se pretende al regionalizar el país no es duplicar la administración pública o el peso del Estado, sino que ir transfiriendo atribuciones del gobierno central a los gobiernos regionales.

Esta política que hemos señalado puede originar, y estoy seguro que de hecho así va a suceder, una serie de contiendas de competencia entre los gobiernos regionales y el gobierno central.

El artículo 115 de la Constitución le encomienda a la ley determinar "la forma de resolver" las cuestiones de competencia que se susciten entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales.

Si se piensa que, en lo sustancial, están regidas por la Constitución tanto las atribuciones del Poder Central como las de los gobiernos regionales, y las de las municipalidades, quizás sería útil que estas contiendas de competencia, en la medida que involucrasen preceptos constitucionales, fueran resueltas por el Tribunal Constitucional. Esta fórmula sería plenamente congruente con la labor básica de interpretación de la Constitución Política que le corresponde.

CAPITULO X

LA ORGANIZACION DEL ESTADO

Como recordamos en su oportunidad, el derecho constitucional clásicamente atribuye a las Constituciones la misión de regular dos grandes órdenes de materias: la organización del Estado y los derechos de las personas. Y ello porque uno de los temas centrales que le corresponden es resolver la tensión, jurídica y práctica, que se suscita entre el ejercicio del poder y el ejercicio de los derechos y de las libertades públicas.

A primera vista, son materias completamente desvinculadas, y parecerá extraño que le dediquemos un capítulo a la organización del Estado, asunto que sería ajeno al objetivo de este libro, y árido aun para los especialistas.

Pero lo cierto es que no sólo no existe tal ruptura entre la organización del Estado y los derechos individuales, sino que la primera no se entiende sino como una consecuencia de la voluntad de los constituyentes de garantizar el respeto a los derechos individuales.

No es otro el fundamento de la tradicional teoría de la separación o división de los poderes del Estado, que aparece ya en Aristóteles y que desarrolló Montesquieu, diciendo:

“Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad, porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente.

Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos

sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”.¹⁷⁸

Esa teoría, esencial para el constitucionalismo, sostenía la distinción de tres funciones esenciales del Estado, a cargo de autoridades u organismos diferentes, independientes, con competencias exclusivas y excluyentes.

Durante el debate de la Constitución de 1925 se tuvo muy presente esos postulados, e incluso un comisionado planteó derechamente:

“El señor Guerra (don J. Guillermo), volviendo a una idea que había expresado en sesión anterior, recomienda que se revise al final la redacción de todas las reformas que se introduzcan, y desea especialmente que los títulos de cada capítulo correspondan más exactamente a las ideas o materias tratadas en ellos. Cree que debería haber un capítulo que se titulara simplemente ‘Poder Ejecutivo’, otro que se titulara ‘Poder Legislativo’, otro, ‘Poder Judicial’. En el artículo 3º, donde la Constitución establece que la soberanía reside en la Nación, que delega su ejercicio en las autoridades que ella establece, debería decirse ‘Poderes’ en vez de ‘Autoridades’”.¹⁷⁹

Ese criterio no fue seguido en definitiva, salvo en lo tocante a usar la expresión “Poder Judicial” en vez del concepto de “Admi-

¹⁷⁸ Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, Introducción de Enrique Tierno Galván y traducción de Mercedes Blásquez y Pedro de Vega, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985, págs. 107-108.

¹⁷⁹ *Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de la Nueva Constitución Política de la República*, Ministerio del Interior, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1926, Decimonovena Sesión de la Subcomisión de Reformas Constitucionales, 8 de junio de 1925, pág. 250.

nistración de Justicia” empleado en la Carta Fundamental de 1833. La Constitución mantuvo las denominaciones de “Presidente de la República”, y no habló del “Poder Ejecutivo” y de “Congreso Nacional”, desechando el concepto de “Poder Legislativo”.

Pero la comunidad jurídica nacional, bajo la Carta de 1925, no sólo aceptó sin controversia el hecho de que el principio de la separación de los poderes estaba consagrado en nuestro país, sino que consagró en la práctica el uso de la expresión “poderes del Estado”, que se sigue utilizando hasta hoy porque es muy descriptiva, no obstante estar consciente de que las tradicionales tres funciones del Estado no están encarnadas exclusivamente en uno de ellos.

El desajuste entre la teoría de la existencia de tres poderes del Estado y las disposiciones concretas de la Carta Fundamental fue más evidente con las modificaciones que experimentó, primero en 1943, cuando se consagró a la Contraloría General de la República como un organismo autónomo, y luego en 1971, al crearse el Tribunal Constitucional, que naturalmente era asimismo autónomo.

En la sesión 49, de 27 de junio de 1974, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, ya señalaba Jaime Guzmán que era

“conveniente abandonar la expresión ‘Poderes del Estado’; que la expresión funciones del Estado se aviene mejor a la realidad constitucional moderna, y que *es muy difícil decir hoy día cuántos son los Poderes del Estado; es mucho más claro concluir que el Estado tiene diversas funciones esenciales que las cumplen órganos determinados*”.¹⁸⁰

El profesor de Derecho Administrativo Rolando Pantoja ha advertido, con todo acierto, en su reciente obra *La Organización Administrativa del Estado*, que

“La Constitución Política de la República entendió haber abandonado la teoría clásica de los tres Poderes del Estado

¹⁸⁰ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, volumen 1, obra ya citada, sesión 49, pág. 29.

para establecer una organización estatal basada en el principio de distribución de competencias públicas".¹⁸¹

Eso fue, ni más ni menos, lo que se propuso el constituyente de 1980, al profundizar la línea ya avanzada en las aludidas reformas a la Carta de 1925, de establecer diversos organismos con competencia constitucional propia, y algunos incluso con autonomía de rango constitucional.

En el ámbito jurisdiccional, sin perjuicio de los cometidos de los tribunales de justicia ordinarios y especiales organizados bajo la jerarquía superior de la Corte Suprema, era preciso controlar la constitucionalidad de las leyes, a través de un Tribunal Constitucional; velar por la pureza del sistema electoral público, la calificación de las elecciones populares y plebiscitos, y también resguardar la pureza de las elecciones de gremios y grupos intermedios, para lo cual resultaba indispensable un Tribunal Calificador de Elecciones y tribunales electorales regionales, que conforman, en las expresiones de la Constitución, la "Justicia Electoral".

En lo que atañe a los organismos que tienen relación con la amplia función de gobernar y administrar el Estado, que se mantiene radicada en el Presidente de la República, era evidente la conveniencia de seguir consagrando la autonomía de su principal fiscalizadora, la Contraloría General de la República. Pero surgieron también otras necesidades, derivadas, por un lado, de la experiencia histórica que había golpeado tan duramente a nuestro país y la firme decisión de evitar su repetición, como son la autonomía del Banco Central, la creación del Consejo de Seguridad Nacional, y la competencia radicada en las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública; y, por otro lado, de la necesidad de acercar territorialmente a la gente la solución de sus problemas, para lo cual era preciso dar también autonomía a las municipalidades.

Esta verdadera reestructuración del poder en el sentido de elevar a normas constitucionales la especialización de ciertas

¹⁸¹ Rolando Pantoja Bauzá, *La Organización Administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, enero 1998, pág. 272.

funciones del Estado, que es preciso ejercer separadamente del Presidente de la República, suscitó fuertes críticas, como las que se escucharon mientras se tramitaba la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, pero los hechos han dado la razón a la decisión que se adoptó.

Tanto así, que desde 1990 las reformas que en esta materia ha experimentado la Constitución Política no han sido para retroceder en el camino de la autonomía, sino que para robustecerla; tanto en el ámbito municipal como, con toda razón, en el ámbito regional, para lo cual se crearon los gobiernos regionales, que, aun con imperfecciones, constituyen un significativo avance. Y en ambos casos las reformas constitucionales se han preocupado especialmente de dar reglas sobre financiamiento, para evitar el divorcio entre la letra de la Constitución y su vivencia diaria.

En 1997 se creó un nuevo organismo constitucionalmente autónomo: el Ministerio Público, cuya organización y funciones lo determina una ley orgánica constitucional que apunta a separar, de los tribunales ordinarios de justicia, la función de investigar los hechos constitutivos de delito.

Ninguno de los organismos autónomos dependen ni se encuentran bajo la supervigilancia de otras autoridades o entes públicos, pero en todos los casos la propia Carta y el legislador han elaborado fórmulas adecuadas a sus competencias específicas y a su estructura interna, para que desarrollen un trabajo armónico y coherente con el que realizan los otros organismos del Estado.

De esta forma, la radicación directa por el Texto Fundamental de competencias públicas en determinados organismos es una modalidad de organización estatal que sigue obedeciendo al mismo propósito que inspiraba el viejo principio de la separación de los poderes, el de cautelar los derechos de las personas.

Pero, y he aquí la novedad de la Carta Fundamental vigente, ese fin de naturaleza pasiva, o si así se quiere, de prevención frente a la acción del Estado, es complementado con otro activo, cual es la especialización constitucional como medio adecuado para la obtención de la eficacia y eficiencia de la actividad pública, considerada en su conjunto, hacia la consecución del bien común.

Ello porque los derechos de las personas no sólo deben ser respetados, sino que han de ser promovidos. El propio texto del artículo 5º, reformado en 1989, agregó expresamente este deber de conducir la actividad estatal hacia este propósito:

“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*”.

Se corroboró, de esa forma, el mandato de actividad finalista del inciso cuarto del artículo 1º, que hemos citado tantas veces. En el caso específico de la Administración Pública, la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ha recogido ese mandato en su artículo 3º:

“La Administración del Estado estará al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente.

La Administración deberá desarrollar su acción garantizando la adecuada autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos y respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

A ello se suma el deber de la Administración Pública de actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones (artículo 8º) y la responsabilidad de las jefaturas de controlar en forma permanente tanto la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como la legalidad y oportunidad de las actuaciones (artículo 10, inciso segundo, de la misma ley).

La reglamentación del imperativo constitucional de una actuación *eficaz*, esto es, que obtenga los resultados perseguidos, y *eficiente*, vale decir que use de la mejor manera los recursos

disponibles, está siendo revisada por el Congreso Nacional, pero no para restringirla, sino que para insertarla más apropiadamente en el objetivo de desarrollo nacional.

Por eso, en el proyecto de ley sobre probidad administrativa, se ha propuesto reformular el artículo 3º de la Ley N° 18.575, para incorporar en forma expresa distintos principios que deben orientar su actuación, pero fundamentalmente para adecuarlo a las reformas de que ha sido objeto la Constitución Política.

Explicando el cambio, recordó la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en su segundo informe sobre ese proyecto de ley, de fecha 2 de junio de 1998:

“Como dejaron constancia las Comisiones Unidas de Gobierno, Descentralización y Regionalización, y de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento durante la reforma constitucional contenida en la Ley N° 19.097, *la Administración no es sólo una actividad ‘al servicio de la comunidad, atendiendo a las necesidades públicas en forma continua y permanente’, sino que aporta además a la consecución de los objetivos del poder público en materia de desarrollo, o sea, una actuación dinámica de ejecución de políticas de desarrollo social, cultural y económico.* De allí que los artículos 102 inciso segundo, 100 inciso segundo, y 107 de la Carta Fundamental, radiquen en el Presidente de la República la formulación de una *política nacional de desarrollo*, en los gobiernos regionales la de *políticas regionales de desarrollo*, y en las municipalidades la de *políticas comunales de desarrollo*, que se expresan en los respectivos planes, programas y acciones, y que se coordinan en un orden de mayor a menor”.

De esta manera, el constituyente y luego el legislador, cautelando los dos aspectos antes señalados, de resguardo de los derechos y de real promoción del bien común, han procurado institucionalizar, dar vida orgánica, en la estructura y en la actividad estatal, al principio que resume toda la sustancia de la actual Constitución, en el sentido de que “el Estado está al servicio de la persona humana”.

CONCLUSIONES

Al concluir esta revisión de los principios básicos sobre los que descansa nuestra Carta Fundamental, parece adecuado reflexionar sobre lo que es una Constitución Política, su razón de existir y su importancia.

Básicamente, el ser humano se agrupa para vivir organizadamente y esta agrupación social necesita una autoridad que mantenga el orden público, dirima las controversias entre sus miembros, encauce en nombre de todos los esfuerzos comunes para solucionar los problemas colectivos y señale el camino para obtener las metas deseadas.

En una democracia como la nuestra, la autoridad es elegida por votación popular para un período determinado. Esto significa que una vez elegida, la autoridad asume la representación y se convierte en el exponente de la voluntad de la Nación, la cual, como contrapartida, se ha desprendido temporalmente del derecho de gobernarse a sí misma.

He aquí un primer elemento importante a considerar, ya que esta autoridad ha obtenido poder por delegación del pueblo, pero lo ejercerá independientemente de él; vale decir, que la persona que ejerce la autoridad tomará decisiones por sí misma y éstas afectarán a todos.

El poder de la autoridad en el mundo moderno podría alcanzar niveles insospechados que provienen directa o indirectamente de la envergadura cada vez mayor y más compleja de la sociedad a quien representan y de su poderío económico, científico y técnico; por el contrario, la persona, el individuo, está amenazado de tener cada vez un menor poder y se ve aun

más disminuido inserto en estas inmensas estructuras sociales, contra las cuales se siente indefenso.

A este respecto, los comentarios del filósofo Jacques Maritain son esclarecedores:

“Es un hecho que todo lo que es grande y poderoso tiene una tendencia instintiva a desbordar sus propios límites y experimenta naturalmente la tentación de hacerlo. El poder tiende al incremento del poder; la máquina del poder tiende a extenderse sin cesar; la suprema máquina legal y administrativa tiende a la autarquía burocrática y querría considerarse no como un medio, sino como un fin. Quienes se especializan en los asuntos del todo tienen una propensión a tomarse por el todo; los estados mayores a tomarse por el ejercicio entero; las autoridades eclesiásticas, por la Iglesia entera; el Estado, por el cuerpo político completo. Del mismo modo, el Estado tiende a asignarse a sí mismo un bien común particular—su propia conservación y su propio crecimiento—distinto al mismo tiempo del bienestar y del orden públicos, que son sus fines inmediatos, y del bien común, que es su fin supremo”.¹⁸²

“Es con el advenimiento de los regímenes y de las filosofías totalitarios cuando esas peores virtualidades se han liberado. El Estado transformado en un absoluto ha revelado su verdadera faz. Nuestra época ha tenido el privilegio de contemplar el totalitarismo estatal de la Raza con el Nazismo germánico, de la Nación con el Fascismo italiano y de la Comunidad económica con el Comunismo ruso”.¹⁸³

Esta situación plantea un segundo elemento importante de considerar en el fenómeno constitucionalista: no sólo tenemos una autoridad con un gran poder en teoría aún no limitado; sino que frente a ella sólo hay una persona que en determinadas materias ha entregado su representación y no decide por sí misma. Tal reflexión nos plantea el problema de

¹⁸² Jacques Maritain, *El Hombre y el Estado*, obra ya citada, págs. 27-28.

¹⁸³ Idem, pág. 32.

la limitación del ámbito de las facultades que han sido delegadas en la autoridad.

El pueblo “tiene un derecho natural a la plena autonomía o a gobernarse a sí mismo”, como dice Maritain, quien destaca:

“El pueblo ejerce ese derecho cuando establece la Constitución, escrita o no escrita, del cuerpo político; o cuando en un grupo político de dimensiones lo bastante reducidas, se reúne para hacer una ley o tomar una decisión; o cuando elige a sus representantes. Y este derecho permanece siempre en él”.¹⁸⁴

Al respecto debemos considerar que si bien hubo una delegación de facultades en la autoridad, ella tiene un ámbito restringido, que es necesario señalar, que ni siquiera abarca todas las potestades del hombre social. De manera que el campo del ejercicio del poder de la autoridad, desde su nacimiento, es limitado; y en alguna parte debe señalarse este límite nítidamente.

Un último elemento indispensable en este cuadro es la responsabilidad en el ejercicio del poder. La autoridad no sólo debe responder de haber ejercido el poder efectivamente delegado, sino también de la gestión misma, y si bien es cierto que el ejercicio alternativo en el poder, elemento esencial de la democracia, da relativas garantías al pueblo del comportamiento de la autoridad, no lo es menos que resulta imprescindible imponer, además, un control más cercano.

El concepto de Estado inmerso en el pensamiento constitucional chileno de este siglo se aproxima a la idea de Estado de Maritain, que lo considera como parte o instrumento del cuerpo político, subordinado a éste, investido de autoridad, no por derecho propio y en interés propio, sino únicamente en virtud y en la medida de las exigencias del bien común.

Es el Estado el ente que ejerce el poder y es la Constitución Política la que establece el sistema de normas jurídicas, que fija las reglas de su ejercicio, ámbito de aplicación y límites, lo

¹⁸⁴ Jacques Maritain, *El Hombre y el Estado*, obra ya citada, pág. 38.

organiza, y, a su vez, señala sus objetivos e impone la responsabilidad a los detentadores del poder. La Constitución, por eso, es definida como el ordenamiento supremo del Estado.

Así, la Constitución Política de un Estado procura fundamentalmente:

- a) Organizar el funcionamiento del Estado.
- b) Delimitar el ejercicio de sus poderes.
- c) Reconocer y proteger los derechos de las personas.
- d) Dirimir las controversias.

Sólo las normas de una adecuada Constitución Política permiten a una sociedad aspirar a una autoridad justa y racional, que ejerza el poder limitadamente, que respete los derechos de las personas, y represente los intereses de la gente; en fin, que evite la permanente tentación de dominación del hombre en el ejercicio del poder y permita la convivencia pacífica de los miembros de la sociedad entre sí, para lograr de este modo el funcionamiento organizado de la sociedad, y construir una realidad social estable, que en definitiva posibilite al hombre alcanzar su felicidad y su finalidad trascendente.

La Constitución de 1980 tiene una constante y profunda preocupación por las personas, sus derechos esenciales, su libertad de actuar e independencia de la autoridad en lo que concierne a su vida, tanto en los planos culturales como económico. En resumen, pone el acento en que las decisiones de cada uno dependen de su propia voluntad y no le son impuestas por la autoridad.

La Constitución lo defiende a usted de las desviaciones del poder, al señalar los fines del Estado, que puede ser un enemigo global al suprimir su libertad y hacer del hombre un número, como sucede en los Estados totalitarios.

La Constitución lo defiende a usted de los excesos de los actos legislativos, administrativos y judiciales, para evitar que la ley, las disposiciones dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria o incluso los fallos de los tribunales hagan ilusorio lo que ella establece y la transformen, como muchas veces ha ocurrido en la historia en tantos países, en meras declaraciones programáticas o teóricas, mientras que las disposiciones concretas que son aplicadas a las diversas circunstancias son contradictorias y tergiversadoras de sus principios.

Debido a esto, la misma Carta Fundamental ha dispuesto medios de control constitucional encaminados a hacer vigente y real el imperio de la supremacía constitucional.

La Constitución lo defiende a usted precisando sus derechos, transformando en disposiciones de rango constitucional las garantías de su libertad personal y política, y su derecho a organizar su vida y actividades de acuerdo a sus propias decisiones.

La Constitución lo defiende a usted al establecer en su propio texto recursos eficientes y rápidos, para restablecer el imperio de sus derechos cuando ellos son violentados u omitidos, no sólo por la autoridad, sino por cualquier persona.

En la Constitución de 1980 el centro es el hombre. Podríamos decir que es propiamente una constitución "humanista", en la que las decisiones de todos sus órganos deben estar presididas y destinadas a hacer posible el perfeccionamiento humano dentro del camino irremplazable de la libertad.

El problema constitucional que antes de 1973 preocupaba a la opinión pública chilena y a los dirigentes políticos era fundamentalmente el equilibrio de los poderes, con el fin de asegurar la estabilidad y la marcha del país.

Sin desconocer que el equilibrio entre las distintas funciones del Estado es de manifiesta utilidad para lograr un buen funcionamiento de las instituciones, no es menos cierto que el problema vigente hoy día es el de la determinación de las funciones del Estado como un todo, frente a las personas. Las materias que deben corresponder a la competencia del Congreso, del Presidente de la República o de los otros órganos del Estado son problemas de organización constitucional, que admiten distintos y variados equilibrios; lo esencial es someter al Estado, en su conjunto, a la filosofía de la libertad y de la búsqueda del bien común; es en este terreno donde la Constitución de 1980 resulta profética.

INDICE

<i>Prólogo</i>	7
<i>Introducción</i>	11
<i>Nota del autor</i>	15

CAPITULO I ASPECTOS GENERALES DE LA CONSTITUCION DE 1980

A) Realidad jurídico-política	17
B) Bases conceptuales	19
C) La soberanía y su limitación	27
D) Finalidad del Estado	35
E) Bases de la organización política	35

CAPITULO II BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD Y SU IMPORTANCIA

A) La libertad	39
B) La igualdad	44
C) La familia	48
1. Régimen de filiación	55
2. Divorcio vincular	62
D) Grupos intermedios	65
E) Bien común	73
F) Seguridad nacional	79
G) Integración armónica y participación	84
1. Integración armónica	84
2. Participación vecinal	88
3. Participación comunal y regional	90
4. Participación política	93

CAPITULO III
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS Y LAS LIBERTADES
PUBLICAS EN LA CONSTITUCION DE 1980

A) Conceptos	95
B) Antecedentes históricos del Capítulo III	100
C) Clasificación	106
1. Los derechos de la persona	106
2. Los derechos civiles	107
3. Los derechos políticos	107
4. Los derechos económicos, sociales y culturales	107
a) Los derechos económicos	108
b) Los derechos sociales	108
c) Los derechos culturales	108
D) Los derechos humanos y los compromisos internacionales de Chile	109
1. Aprobación y cumplimiento de los tratados sobre la materia ...	110
2. Reglamentación internacional de los estados de excepción constitucional	115
E) Algunos derechos reconocidos por la Constitución	117
1. El derecho a la vida	118
a) Concepto	118
a.1) El derecho a la vida frente a actos propios	119
a.2) El derecho a la vida y las creencias religiosas	121
a.3) Integridad psíquica	122
b) Pena de muerte	124
c) Aborto y fecundación asistida	125
d) El derecho a la muerte natural	130
2. Libertad personal y seguridad individual	136
a) Libertad de residencia, de circulación y las limitaciones de su ejercicio	137
b) Derecho a la libertad personal	138
3. Igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos	142
4. La libertad religiosa, su aplicación y vigencia	145
5. La libertad de expresión	148
6. La vida privada y la honra	152
7. La libertad de trabajo	156
8. El derecho de propiedad	158
9. El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación	160
F) El acceso a la información del Estado	165

CAPITULO IV
ORDEN PUBLICO ECONOMICO

A) Antecedentes históricos	171
B) Aspectos conceptuales de carácter general	182

C)	Principios fundamentales	185
1.	Principio de libertad	185
2.	Propiedad: el derecho de propiedad y la libertad para adquirir el dominio	189
3.	No discriminación económica	195
4.	Estado subsidiario	197
a)	Conceptos	197
b)	Ejemplos de subsidiariedad	202
5.	Independencia monetaria y cambiaria	204
D)	El orden público económico en otros aspectos relevantes	205
1.	Derechos de las personas	205
2.	Tributos	206
3.	Estados de excepción constitucional	211
4.	Normas de gasto público	212
5.	Supresión de los decretos de insistencia sobre gastos	213
E)	Orden público económico en su aspecto institucional	214
1.	Estado empresario	214
a)	Antecedentes históricos	214
b)	Legislación vigente	217
F)	Recurso de amparo económico	222
1.	Antecedentes	222
2.	Aplicación con relación al Estado	225
3.	Aplicación con relación a los particulares	228
4.	Conclusiones de la jurisprudencia	230
G)	Banco Central	231
1.	Antecedentes	231
2.	Disposiciones constitucionales	232
3.	Ley orgánica constitucional	238
a)	Legislación aplicable	238
b)	Objeto	241
c)	Facultades	241
d)	Dirección y administración	243
e)	Relaciones con otros poderes públicos	244
e.1)	Presidencia de la República	245
e.2)	Tribunales	246
e.3)	Senado	246
f)	Evaluación actual del Banco Central	247

CAPITULO V LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES

A)	Nulidad de derecho público	251
B)	Responsabilidad patrimonial del Estado	252
C)	Privación de la nacionalidad	254
D)	Rehabilitación de la ciudadanía	255
E)	Ilegalidad de la expropiación e indemnización del daño patrimonial efectivamente causado por ella	255

F) Ejercicio de la acción penal	256
G) Admisibilidad de la acción de indemnización de perjuicios en contra de un Ministro de Estado.....	257
H) Calificación de las elecciones generales y de grupos intermedios ..	259
I) El recurso de amparo	260
J) El recurso de protección	264
1. Antecedentes	264
2. Finalidad y alcances del recurso de protección	270
3. Fiscalización en manos de las personas	271
4. Concepto	273
5. El recurso en los estados de excepción constitucional	276
6. Procedimiento	278
7. Aplicación y jurisprudencia	284
a) El derecho a la vida	284
b) Igualdad	287
c) Protección al ejercicio de los derechos	288
d) Vida privada y honra	289
e) Inviolabilidad del hogar y comunicaciones	290
f) Medio ambiente	291
g) Libertad de enseñanza	292
h) Libertad de opinión	296
i) Derecho de reunión	297
j) Libertad de asociación	297
k) Libertad de trabajo	298
l) Derecho de sindicación	300
m) Libre iniciativa económica	300
n) No discriminación económica	302
o) Libertad para adquirir el dominio	302
p) Derecho de propiedad	303
q) Propiedad intelectual e industrial	307

CAPITULO VI CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL

A) Las Fuerzas Armadas en la Constitución	309
B) Organización del Consejo de Seguridad Nacional	313
C) Funciones y reglamento del Consejo	316

CAPITULO VII APLICACION DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

A) Supremacía Constitucional	323
B) Interpretación de la Constitución	327
1. Características de esta interpretación	327
2. Los intérpretes	328
3. Reglas de la interpretación	331

4. Vacíos Constitucionales. Problemas políticos	336
a) Situaciones ocurridas bajo la Constitución de 1925	337
a.1. Decretos con fuerza de ley	337
a.2. Reforma constitucional aprobada	340
a.3. Contratos leyes	341
b) Situación ocurrida bajo la Constitución de 1980	343
c) Evaluación	345

CAPITULO VIII EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL CONGRESO NACIONAL Y LA CORTE SUPREMA

A) El Congreso y el control de la constitucionalidad de la ley	351
B) Recurso de inaplicabilidad	357

CAPITULO IX JUSTICIA CONSTITUCIONAL

A) Conceptos	363
B) Relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo ...	367
1. Autonomía del legislador	367
2. Resoluciones razonadas	369
3. Presunción de constitucionalidad de las leyes	370
C) El Tribunal Constitucional de 1970	370
D) Organización del actual Tribunal Constitucional	375
1. Integración	375
2. Atribuciones	376
3. Requisitos para sus actuaciones	380
E) Tipos de intervenciones del Tribunal Constitucional	383
F) La protección de la supremacía de la Constitución	385
G) Reformas en estudio	389

CAPITULO X LA ORGANIZACION DEL ESTADO

<i>Conclusiones</i>	401
---------------------------	-----