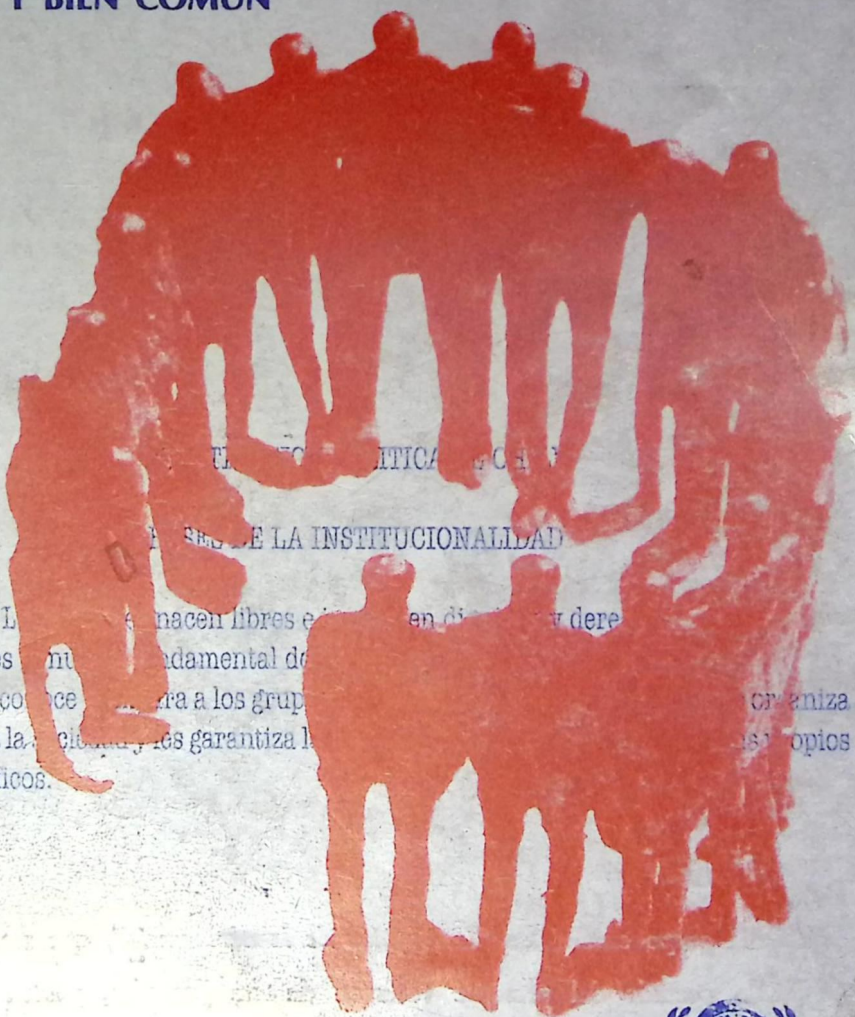
XXX
JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO

ASOCIACIONES INTERMEDIAS
ESTADO Y BIEN COMUN



...E LA INSTITUCIONALIDAD

Artículo 1º. L... nacen libres e... en di... y dere...
La Familia es ... nu... damental de...
El Estado reco... ce ... ra a los grup... ...ni...
y estructura la ... ...s garantiza l... ...opios
fines específicos.

NOVIEMBRE
1999

Facultad de Derecho
Universidad de Valparaíso

El grupo escultórico *"La esquina de la democracia"*, que reproduce la portada del presente volumen de esta Jornadas, pertenecen al artista D. Mario Irarrázabal. 1970 (Fragmentos).

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
BIBLIOTECA
ESCUELA DE DERECHO

342.83
J 82 j
2000
v. 1
Rv. 29533.

XXX
JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO

ASOCIACIONES INTERMEDIAS ESTADO Y BIEN COMUN

Tomo I

Facultad de Derecho
Universidad de Valparaíso

EDEVAL

VALPARAISO
2000

4371
UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
BIBLIOTECA
ESCUELA DE DERECHO

COLECCION
JORNADAS ACADEMICAS
22

Esta colección difunde las versiones escritas de conferencias y los textos de ponencias y relaciones presentadas en jornadas y seminarios, con el fin de facilitar el acceso a ellas por parte de los especialistas en los respectivos campos de estudio.

EN ESTA MISMA COLECCION:

1. *Filosofía del Derecho,* por varios autores, 1980.
2. *X Jornadas Chilenas de Derecho Público,* por varios autores, 1980.
3. *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho,* por varios autores, 1982.
4. *Filosofía contemporánea,* por varios autores, 1983.
5. *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público,* por varios autores, 1985.
6. *Desajustes entre norma y realidad,* por varios autores, 1986.
7. *Historia de las mentalidades,* por varios autores, 1986.
8. *3 Estudios Políticos,* por Abel González, Agustín Squella e Italo Paolinelli, 1987.
9. *Estudios Filosóficos,* por varios autores, 1988.
10. *Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica,* 1989.
11. *Teoría y realidad del derecho,* por José Llompart S. J., 1989.
12. *En el umbral del siglo XX. ¿Nuevos Conceptos e Instituciones Jurídicas,* por varios autores, 1989.
13. *Estudios de Derecho Procesal,* por Raúl Tavolari Olivero, 1990.
14. *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (dos tomos), por varios autores, 1990.
15. *Estudios sobre derechos humanos,* por Agustín Squella, 1991.
16. *La enseñanza de los derechos humanos,* por varios autores, 1992.
17. *Medio siglo al servicio del derecho procesal,* por Mario Casarino Viterbo, 1993.
18. *Filosofía del Exilio,* por varios autores, 1993.
19. *Comentarios Procesales,* por Raúl Tavolari Oliveros, 1994.
20. *XXV Jornadas Chilenas de derecho Público* (tres tomos), por varios autores, 1995.
21. *Nietsche mas alla de su tiempo 1844...,* por José Jara, Editor, 1998.

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso y el Departamento de Derecho Público de la Escuela de Derecho expresan su reconocimiento al Sr. Rector de la Universidad, al H. Senado de la República en la persona del Senador Beltrán Urenda Zegers, a la I. Municipalidad de Viña del Mar y a la Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción, por su valiosa contribución al desarrollo de las XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público.

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERCHO

©

Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual bajo el Nº 116.756
Derechos Reservados
Obra Completa
I. S. B. N. 956 - 200 - 081 - 8
Tomo I
I. S. B. N. 956 - 200 - 082 - 6

Esta edición es propiedad de EDEVAL.
Diseño: Allan Browne Escobar.
E-MAIL: edeval@uv.cl

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Juan Riquelme Zuchet

Rector de la Universidad de Valparaíso

Antonio Pedrals García de Cortázar

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Pedro Massone Parodi

Director de la Escuela de Derecho

COMISION ORGANIZADORA

Profesor Lautaro Ríos Alvarez

Presidente

Profesor Raúl Celis Cornejo

Vicepresidente

Profesor Horacio Navarro Mayorga

Secretario Académico

Ayudante Marcela Fernández Saldías

Secretaria Ejecutiva

COMITE EDITORIAL

Sres. Lautaro Ríos Alvarez

Raúl Celis Cornejo

Mario Rossel Contreras

Manuel Núñez Poblete

Luis Sepúlveda Gutiérrez

Hugo Herrera Arellano

XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público

Tema Central:
"ASOCIACIONES INTERMEDIAS, ESTADO Y BIEN COMUN"

CONVOCATORIA

Pese a que la naturaleza social del ser humano le induce a vivir y a desarrollarse en entidades asociativas, no siempre éstas han sido bien miradas en la historia de la humanidad.

Sin retroceder demasiado, pensemos que el liberalismo no las consideró con simpatía. Turgot decía: *"La fuente de todo mal está en la facultad de asociarse en gremios, que se otorga a los artesanos de un mismo oficio"*. La revolución francesa puso fin a la estructura gremial del medioevo y Le Chapelier —autor de la famosa ley que sepultó esta forma de organización laboral— señalaba: *"No hay más corporaciones dentro del Estado; no existe sino el interés particular de cada individuo y el interés general. No está permitido a nadie inspirar a los ciudadanos un interés intermediario, separarlos de la cosa pública por un espíritu de corporación"*.

En el otro extremo del espectro ideológico, los totalitarismos que nacieron y van en franca declinación en el presente siglo, también han mirado con recelo a las agrupaciones sociales que no estén bajo el control directo del aparato político oficial.

Uno de los méritos de nuestra Constitución Política de 1980, ha sido reconocer a los grupos intermedios entre la persona y el Estado, como la forma natural en que se organiza y estructura la sociedad, garan-

tizándoles —además— la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

Este reconocimiento deriva de la trascendencia de la persona, centro de gravedad del derecho, a cuyo servicio se encuentra el Estado, cuyo fin y justificación primordiales son procurar el bien común, al cual también tienden las asociaciones intermedias que el ser humano ha creado y seguirá creando para su propio desarrollo y realización.

Sin embargo —y a pesar que estos conceptos están en la médula de nuestra Constitución y, por ende, en la base de nuestro proyecto político y de nuestro sistema jurídico— ellos no han sido debidamente acotados y desarrollados en la doctrina juspublicista de nuestro país. Debemos observar, además, que la complejidad de la vida contemporánea requiere y estimula el desarrollo de las sociedades intermedias.

Por ellos se ha estimado conveniente y oportuno convocar a los cultores del Derecho Público Chileno para que, desde la óptica de cada una de las disciplinas que profesan, discutan, elaboren y den forma y contenido a una maciza doctrina nacional en torno a los temas de esta convocatoria, a saber: *ASOCIACIONES INTERMEDIAS, ESTADO Y BIEN COMUN.*

Por consiguiente, les invitamos, en estas XXX Jornadas que nuevamente, se celebrarán en la capital legislativa del país, los días 4, 5 y 6 de noviembre de 1999, para adecuar el derecho chileno a las orientaciones que, a través de los conceptos señalados, constituyen las nuevas bases y los nuevos objetivos de nuestra institucionalidad y del ordenamiento que la regula.

Esperamos que sus aportes contribuyan a delinear con nitidez los caracteres jurídicos de los grupos intermedios, la posición de servicio del Estado frente a la persona y los contenidos del bien común, tanto en el ámbito nacional como a escala internacional.

Valparaíso, mayo de 1999.

LAUTARO RÍOS ALVAREZ
Presidente
Departamento de Derecho Público
Escuela de Derecho
Universidad de Valparaíso

PARTICIPANTES

PROFESORES EXTRANJEROS INVITADOS:

1.- Prof. Banaszak Boguslaw, Universidad de Wroclav, Polonia.
2.- Complak Krystian, Universidad de Wroclav, Polonia.
3.- Esteva Eduardo, Uruguay.
4.- Frías Pedro José, Argentina.
5.- Nores Frías Jorge, Argentina.
6.- Kazmierczyk Stanislaw, Polonia.
7.- Pereira Da Silva Vasco, Portugal.
8.- Spota Alberto Antonio, Argentina.

PROFESORES CHILENOS: (por orden alfabético).

9.- Acuña Bustos Marcelo, Universidad de Concepción.
10.- Allen Rojas Christian, Académico.
11.- Alvez Marín Amaya, Universidad del Desarrollo.
12.- Andrade Geywitz Carlos, Universidad de Chile.
13.- Andrade Rivas Eduardo, Universidad del Desarrollo.
14.- Arancibia Mattar Jaime, Universidad de los Andes.
15.- Aros Chia Rodrigo, Académico.
16.- Baltra Vergara María Luisa, Universidad Católica Stma. Concepción.
17.- Banda Vergara Alfonso, Universidad Austral de Chile.
18.- Bermúdez Soto Jorge, Universidad Católica de Valparaíso.
19.- Bidart Hernández José, Universidad de Concepción.
20.- Blanc Renand Neville, Universidad Central de Concepción.
21.- Bulnes Aldunate Luz, Universidad de Chile.
22.- Cabeza Aedo Sergio, Académico.
23.- Carrasco Delgado Sergio, Universidad de Concepción.
24.- Carvajal Aravena Patricio, Universidad Adolfo Ibáñez.

25.- Cea Cienfuegos Sergio, Académico.
26.- Cea Egaña José Luis, Universidad Católica de Chile.
27.- Celis Cornejo Raúl, Universidad de Valparaíso.
28.- Cerda Iturriaga Aquiles, Universidad de Antofagasta.
29.- Claps Gallo Domingo, Universidad de Antofagasta.
30.- Contreras Hausser Marcelo, Universidad San Sebastián.
31.- Cordero Quinzacara Eduardo, Universidad de Antofagasta.
32.- Daza Valenzuela Pedro, Universidad San Sebastián.
33.- Devillaine Gómez Franco, Académico.
34.- Escandón Alomar Jesús, Universidad de Concepción.
35.- Faúndez Peñafiel Juan Jorge, Universidad Católica de Temuco.
36.- Fernández Saldías Marcela, Universidad de Valparaíso.
37.- Fernández González Miguel A., P. U. Católica de Chile.
38.- Ferrada Bórquez Juan Carlos, Universidad Austral de Chile.
39.- Gaete González Eugenio, Universidad de Valparaíso.
40.- Garay Opazo Osvaldo, Universidad La República.
41.- García Barzelatto Ana María, Universidad de Chile.
42.- Garfe Jarufe Farouk, Universidad Católica de Valparaíso.
43.- Garrido Bedwell Roberto, Académico.
44.- Gauché Marchetti Ximena, Universidad de Concepción.
45.- Gómez Canales Paulo, Académico.
46.- González Méndez Mario, Universidad de Valparaíso.
47.- Guzmán Suárez Lionel, Universidad de Valparaíso.
48.- Herrera Arellano Hugo, Universidad de Valparaíso.
49.- Huesbe Llanos Marco A., Universidad de Valparaíso.
50.- Ibarra Figueroa William, P. U. Católica de Chile.
51.- Letelier Wartenberg Raúl, Académico.
52.- Madariaga Jaime, Universidad Autónoma del Sur.
53.- Martínez Estay José I., Universidad Adolfo Ibáñez.
54.- Medel Durán Julio, Académico.
55.- Mohor Abuauad Salvador, Universidad Gabriela Mistral.
56.- Molina Guaita Hernán, Universidad de Concepción.
57.- Monnier Berner Paulette, Universidad Católica de Temuco.
58.- Morales Espinoza Baltazar, Universidad de Concepción.
59.- Muñoz Díaz Patricio, Académico.
60.- Murillo Wangnet Norma, Académica.
61.- Navarro Mayorga Horacio, Universidad de Valparaíso.
62.- Navarro Beltrán Enrique, Universidad de Chile.
63.- Nogueira Alcalá Humberto, Universidad de Talca.

64.- Núñez Poblete Manuel, Universidad de Valparaíso.
65.- Núñez Ramírez Sergio, Universidad Marítima.
66.- Obando Camino Iván, Universidad Católica de Valparaíso.
67.- Oelckers Camus Osvaldo, Universidad de Valparaíso.
68.- Oelckers Aljaro Osvaldo, Universidad Católica de Valparaíso.
69.- Oliva Ekelund Claudio, Universidad de Valparaíso.
70.- Orrego S. Cristóbal, Universidad de los Andes.
71.- Oviedo Soto Tarcisio, Universidad de Concepción.
72.- Padilla Poblete Elvira, Universidad Católica del Norte.
73.- Pantoja Plaza de los R. Cleopatra, Académica.
74.- Pérez Villar Carmen G., Universidad de Valparaíso.
75.- Pierry Arrau Pedro, Universidad de Valparaíso.
76.- Portales Yefi Jaime, Universidad de Concepción.
77.- Precht Pizarro Jorge, P. U. Católica de Chile.
78.- Quinzio Figueiredo Jorge M., Universidad la República.
79.- Ramírez Arrayas José A., Universidad Central de Chile.
80.- Reyes Santelices Luz María, Universidad del Norte.
81.- Ríos Alvarez Lautaro, Universidad de Valparaíso.
82.- Rosales Rigol Cecilia, Académica.
83.- Rossel Castagneto M. Lorena, Universidad del Mar.
84.- Rossel Contreras Mario, Universidad de Valparaíso.
85.- Saenger Gianoni Fernando, Univ. Católica Stma. Concepción.
86.- Salas Salazar Carolina, Universidad Católica del Norte.
87.- San Martín Cerrutti Marcelo, Universidad de Concepción.
88.- Sepúlveda Gutierrez Luis, Universidad de Valparaíso.
89.- Silva Bascuñán Alejandro, P. U. Católica de Chile.
90.- Silva Gallinato María Pía, P. U. Católica de Chile.
91.- Soto Kloss Eduardo, P. U. Católica de Chile.
92.- Tapia Valdés Jorge, Universidad Arturo Prat.
93.- Valenzuela Olivares Germán, Universidad Arturo Prat.
94.- Varas Alfonso Paulino, Universidad de Chile.
95.- Varela Valenzuela Hernán, Univ. Católica Stma. Concepción.
96.- Vega Méndez Francisco, Universidad la República.
97.- Viguera Figueroa Hernán, Universidad Autónoma del Sur.
98.- Villa Martínez Juan S., Universidad de Concepción.
99.- Yáñez Ramírez Ricardo, Académico.
100.- Zenteno Villar Lorena, Universidad de Concepción.
101.- Zúñiga Añazco Yanira, Universidad Austral de Chile.
102.- Zúñiga Urbina Francisco, Universidad la República.

CRONOLOGIA DE LAS JORNADAS DE DERECHO PUBLICO

I JORNADAS, 19-21 de octubre de 1961, Santiago.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Temario: Análisis crítico de la Constitución de 1925; Revisión crítica del concepto de ente autónomo en el derecho positivo chileno; La seguridad colectiva y las Naciones Unidas; Derecho Astronáutico; La independencia del Poder Judicial y la creación de los tribunales administrativos.

Referencia: Revista de Derecho Público Nº 1 (1963).

II JORNADAS, 29-31 de octubre de 1962, Valparaíso.

Bajo el patrocinio de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

Temario: La evolución del concepto de soberanía en el derecho constitucional moderno; Las bases constitucionales para la organización administrativa de Chile; El régimen de autonomía o personificación de los servicios; El estado actual de la autonomía municipal en Chile; Aspectos generales de los regionalismos; Los regionalismos y la Carta de las Naciones Unidas; Estudio crítico de los regionalismos en relación con la Organización de las Naciones Unidas; Los tribunales contenciosos administrativos en Chile; Los caracteres de la economía latinoamericana; El sistema interamericano en el aspecto económico en relación con el Tratado de Montevideo.

Referencia: Revista de Derecho Público Nº 1 (1963).

III JORNADAS, 30 de abril - 2 de mayo de 1964, Concepción.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción.

Temario: Problemas de la justicia. Comunicaciones relativas a dicho tema se discutieron en las comisiones de filosofía del derecho, derecho constitucional, derecho internacional, derecho público económico, derecho procesal orgánico y derecho del trabajo.

Referencia: Revista de Derecho de la Universidad de Concepción Nº 128 (1964).

IV JORNADAS, 23-25 de septiembre de 1965, Santiago.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Temario: Renovación del derecho y progreso económico social. Comunicaciones relativas a dicho tema se discutieron en las comisiones de filosofía del derecho, derecho constitucional, derecho internacional, derecho administrativo, derecho tributario, derecho económico y derecho procesal orgánico.

Referencia: Cuartas Jornadas de Derecho Público (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966).

V JORNADAS, 2-5 de noviembre de 1966, Valparaíso.

Bajo el patrocinio de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile-Valparaíso.

Temario: La integración latinoamericana ante el derecho público.

Referencia: Quintas Jornadas de Derecho Público (Valparaíso, Escuela de Derecho de la Universidad de Chile-Valparaíso, 1966).

VI JORNADAS, 20-23 de septiembre de 1967, Arica).

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y de la junta de adelanto de Arica.

Temario: La integración fronteriza chileno-peruana-boliviana.

Referencia: Revista de Derecho Público Nº 8 (1967).

VII JORNADAS, 15-17 de junio de 1976, Valparaíso.

Bajo el patrocinio de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

Temario: Los poderes públicos; La organización internacional para la paz.

Referencia: Actas de las VII Jornadas Chilenas de Derecho Público (Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 1977).

VIII JORNADAS, 20-22 de octubre de 1977, Concepción.

Bajo el patrocinio de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción.

Temario: La constitución política: teoría, historia y ordenamiento fundamental positivo; El control de los actos administrativos; Derecho internacional y derecho interno.

Referencia: Revista de Derecho de la Universidad de Concepción Nº 165 (1977).

IX JORNADAS, 18-21 de octubre de 1978, Santiago.

Bajo el patrocinio de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Temario: La Constitución Plena: aspectos políticos, social, económico y jurídico de una nueva Ley Fundamental.

Referencia: Revista Chilena de Derecho Vol. 6 Nºs. 1-4 (1979).

X JORNADAS, 9-11 de octubre de 1979, Valparaíso.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile-Valparaíso.

Temario: Los medios de acción recíproca y el equilibrio de poderes; Los Estados de Emergencia; Las contiendas de competencia y la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República; El Principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados ante el Derecho Internacional Público y las prácticas de la Organización de los Estados Americanos.

Referencia: Actas de las Décimas Jornadas Chilenas de Derecho Público (Valparaíso, Edeval, 1980).

XI JORNADAS, 5-8 de noviembre de 1980.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Temario: La Constitución Política de 1980. Comunicaciones sobre dicho tema fueron discutidas en las comisiones de derecho político y constitucional, derecho administrativo y derecho internacional.

Referencia: Revista de Derecho Público Nºs 29-30 (1981).

XII JORNADAS, 4-7 de noviembre de 1981.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

Temario: El Estado de Derecho, La Soberanía y la Jerarquía Normativa en la Nueva Constitución, El Recurso de Protección, La Revisión de los tratados, La protección diplomática y el derecho del Mar en América Latina.

Referencia: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso Vol. VI (1982).

XIII JORNADAS, 18-20 de noviembre de 1982.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción.

Temario: Gobierno y Administración Regionales, Poder Judicial, Interpretación Constitucional, Relaciones entre Administrador y Administrado y Principales Problemas Jurídico internacionales del presente.

Referencia: Actas de las XII Jornadas de Derecho Público (Concepción, 1983).

XIV JORNADAS, 24-26 de noviembre de 1983.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Temario: El Derecho Público del Porvenir y la interpretación Constitucional.

Referencia: Revista Chilena de Derecho Vol. XI Nºs 2-3 (1984).

XV JORNADAS, 19-21 de octubre de 1984.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

Temario: La Responsabilidad ante el Derecho Público.

Referencia: Actas de las XV Jornadas de Derecho Público (Valparaíso, Edeval, 1985).

XVI JORNADAS, 21-23 de noviembre de 1985.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Temario: La aplicación de la Constitución de 1980.

Referencia: Revista de Derecho Público Nºs 37-38 (1985).

XVII JORNADAS, 20-22 de noviembre de 1986.

Bajo el patrocinio de la Universidad Católica de Valparaíso.

Temario: La Constitución de 1980.

Referencia: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso Vol. X (1986).

XVIII JORNADAS, 12-14 de noviembre de 1987.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción.

Temario: Orgánica y Dogmática Constitucional.

Referencia: Actas de las XVIII Jornadas de Derecho Público (Concepción, 1988).

XIX JORNADAS, 23-25 de noviembre de 1988.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Temario: Derecho Público, Sociedad y Estado.

Referencia: Revista Chilena de Derecho Vol. XVI Nº 1 (1989).

XX JORNADAS, 26-27 de octubre de 1989.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

Temario: El Derecho Público y la democracia del futuro.

Referencia: XX Jornadas de Derecho Público (Valparaíso, Edeval, 1980).

XXI JORNADAS, 21-23 de noviembre de 1990.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Temario: Estado de Derecho.

Referencia: Revista de Derecho Público, Número Especial.

XXII JORNADAS, 21-23 de noviembre de 1991.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

Temario: Relaciones entre los poderes del Estado.

Referencia: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso Nº 14.

XXIII JORNADAS, 12-14 de noviembre de 1992.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción.

Temario: Centralización y descentralización administrativa.

Referencia: Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción.

XXIV JORNADAS, 18-20 de noviembre de 1993.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Temario: La Justicia Constitucional.

Referencia: Revista Chilena de Derecho, Volumen XX Nºs 2-3 (1993).

XXV JORNADAS, 17-18 y 19 de noviembre de 1994.

Bajo el patrocinio de la facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

Temario: La dignidad de la persona.

Referencia: "Jornadas de Derecho Público", 3 volúmenes, (Valparaíso Edeval, 1995).

XXVI JORNADAS, 15-16 y 17 de noviembre de 1995.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Temario: La servicialidad del Estado.

Referencia: Revista de Derecho Público Nºs 57-58-59 (1996).

XXVII JORNADAS, 21-22 y 23 de noviembre de 1996.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

Temario: El Derecho Público en el fin de Siglo.

Referencia: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso Nº XVII (1997).

XXVIII JORNADAS, 6-7 y 8 de noviembre de 1997.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción.

Temario: Instituciones de gobierno.

Referencia: Revista de Derecho Público Nº 207, julio de (1998).

XXIX JORNADAS, 5-6 y 7 de noviembre de 1998.

Bajo el patrocinio de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Temario: La modernización del Estado y la Reforma Judicial.

Referencia: Revista Chilena de Derecho, Santiago (1999).

XXX JORNADAS, 4-5 y 6 de noviembre de 1999.

Bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso.

Temario: Asociaciones Intermedias, Estado y Bien Común.

Referencia: "XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público", (Edeval, Valparaíso, 2000).

HISTORIA DE LAS PRIMERAS JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PUBLICO

Bajo el patrocinio del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Chile se realizaron en el Aula Magna de la Escuela de Derecho durante los días 19, 20 y 21 de octubre de 1961, las primeras Jornadas de Derecho Público.

Los temas debatidos fueron:

a) Ampliación de la base política del gobierno como manera de obtener vigorización del Poder Ejecutivo;

b) La reglamentación de los partidos políticos sobre bases constitucionales democráticas como medio de canalizar la opinión pública; y

c) La mayor participación del pueblo en la decisión de los más importantes problemas públicos.

En cuanto a la parte declarativa de derechos, el debate se centró alrededor de lo que ha llamado Constitucionalismo Social, es decir, la consagración en el texto constitucional de las bases sociales de la Organización del Estado.

Participaron en estos debates distinguidos académicos: Ernesto Barros Jarpa, Fernando Alessandri, Jorge Guzmán Dinator, José Maza Fernández, Francisco Cumplido, Jorge Mario Quinzio, Manuel Sanhueza, Mario Cerda, Jorge Ovalle, Enrique Gajardo y muchos otros que más adelante alcanzaron gran prestigio con sus publicaciones, docencia y participación en las Jornadas Chilenas de Derecho Público.

Al finalizar estas Jornadas se acordaron las siguientes recomendaciones:

a) La introducción en el régimen político constitucional chileno de un sistema que permita la incorporación automática en el cuerpo electoral de todos los individuos que reúnen los requisitos necesarios

para ejercitar sufragio que permita una proporción más alta que la actual entre el número de habitantes y el de ciudadano;

b) La dictación de un Estatuto de los Partidos Políticos que, sobre las bases constitucionales democráticas conduzcan a una canalización de la opinión pública en grandes corrientes partidistas; que puedan servir de sustento a una definitiva orientación al poder político;

c) La consagración en el régimen constitucional de una mayor participación del pueblo en la decisión de los más importantes problemas públicos, por medio de instituciones como la iniciativa legislativa popular, el referéndum, el veto popular, la revocación y la opción institucional;

d) Modificar la actual división del territorio nacional en regiones geográficas económicas que la integran y el principio de que los órganos de administración de estas regiones se generan en ellas mismas y sean representativas de las actividades organizadas que existan en ella.

En materia de Derecho Internacional Público se debatió sobre "Seguridad Colectiva y Naciones Unidas". Es interesante señalar el funcionamiento de dos Comisiones: Derecho Procesal y Derecho Astronaútico. La primera analizó el tema "Independencia del Poder Judicial y la creación de los Tribunales Administrativos"; la segunda "El derecho tradicional como fuente para solucionar los problemas del espacio".

Estas notas constituyen una adaptación de las informaciones publicadas por "El Mercurio" de Santiago el 25 de octubre de 1961, y el texto fue gentilmente facilitado por el Profesor Jorge Mario Quinzio F.

REGLAMENTO

Artículo 1°.— Las XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, tendrá lugar en la ciudad de Valparaíso, durante los días 4, 5 y 6 de noviembre de 1999, y su desarrollo se regirá por las normas del presente reglamento.

Artículo 2°.— La Presidencia Honoraria de las Jornadas corresponderá a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades chilenas tradicionales que concurran a ellas.

Artículo 3°.— Será Presidente Ejecutivo de las Jornadas el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso.

La Vicepresidencia Ejecutiva la ejercerá el Director de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, quien será subrogado por los Jefes o Directores de los Departamentos o Seminarios de Derecho Público de las Facultades de Derecho participantes, según el orden de precedencia que resulte de la antigüedad que cada uno de ellos tenga en el ejecicio de tales cargos.

El Vicepresidente Ejecutivo subrogará al Presidente Ejecutivo.

Artículo 4°.— Será Director de las Jornadas el Presidente del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Valparaíso, quien coordinará el trabajo académico de ellas, cumplirá las decisiones del Presidente Ejecutivo, o de quien lo subrogue en su caso y, en general, velará porque se efectúen oportuna y eficientemente las tareas administrativas conexas al desarrollo de ellas.

Del Director dependerá la Secretaría de las Jornadas.

Artículo 5°.— En las Jornadas podrán participar, por derecho propio, todos los profesores o investigadores de Derecho Público de las Facultades de Derecho chilenas.

Podrán participar, también, los profesores o investigadores de Derecho Público de Facultades de Derecho extranjeras, invitados por la Comisión Organizadora de las Jornadas.

Asimismo, podrán participar tanto los profesores o investigadores de otras disciplinas jurídicas en dichas Facultades, como académicos de otras ciencias sociales cuando unos u otros sean especialmente invitados por la Comisión Organizadora.

Podrán participar, además, previa invitación especial de la Comisión Organizadora hasta dos alumnos distinguidos de las Facultades tradicionales.

Artículo 6°.— Las Jornadas se llevarán a efecto mediante sesiones de comisiones y reuniones plenarias. Tanto la inauguración como la clausura tendrán lugar en reuniones plenarias, presididas por el Presidente Ejecutivo de las Jornadas.

En la reunión plenaria de clausura los relatores de las respectivas comisiones harán una breve síntesis de lo obrado en ellas.

Artículo 7°.— Habrá cuatro comisiones de trabajo, cuyos temas de estudio serán, respectivamente, Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Internacional Público.

Las comisiones podrán dividirse en subcomisiones o fusionarse en comisiones conjuntas siempre que, a juicio de los profesores inscritos en ellas y con la anuencia previa del Presidente Ejecutivo de las Jornadas, sea ello necesario o conveniente para la mejor relación y análisis de las ponencias, comunicaciones o minutas de diálogo correspondientes.

Todo profesor, investigador o invitado podrá participar en cualquiera comisión o subcomisión, sin otro requisito que el de inscribirse con antelación en ellas.

Artículo 8°.— Las sesiones de comisiones o subcomisiones se realizarán en forma de mesa redonda, precedida de una relación sobre el respectivo tema que expondrá el autor de la ponencia, comunicación o minuta de diálogo, o de quien debidamente lo represente; tema que será debatido por los participantes.

Artículo 9°.— Será presidente de cada comisión o subcomisión el Decano de la Facultad de Derecho chilena que se encuentre inscrito en ella. En subsidio, la presidencia corresponderá al profesor de Derecho Público que elijan los profesores inscritos en la comisión o subcomisión respectiva.

El Presidente será subrogado por el profesor que aquél designe.

El Presidente de cada comisión designará, con acuerdo de ella, un relator, quien deberá cumplir en su oportunidad con lo dispuesto en el artículo 6° de este reglamento.

Artículo 10°.— Corresponde al Presidente de cada comisión o subcomisión:

a) Abrir, dirigir y cerrar las sesiones;
b) Fijar la Tabla, teniendo en consideración las ponencias, comunicaciones y minutas de diálogo que serán examinadas;
c) Designar, con acuerdo de la comisión, al relator y al secretario de ésta;
d) Conceder el uso de la palabra, por el tiempo que él determine, a los miembros previamente inscritos con tal objeto;
e) Cerrar los debates;
f) En general, adoptar todas las decisiones que estime conducentes al desarrollo adecuado de las sesiones bajo su dirección.

Artículo 11°.— Cada comisión o subcomisión tendrá un Secretario, el cual será su Ministro de Fe. El Secretario y quien lo subrogue serán nombrados por el Presidente de la comisión o subcomisión, con acuerdo de éstas.

Artículo 12°.— Un Comité presidido por el Presidente ejecutivo e integrado por el Director de las Jornadas y los Jefes o Directores de los Departamentos o Seminarios de Derecho Público de las Facultades de Derecho participantes, resolverá las dudas y las dificultades que la aplicación de este reglamento ocasione.

Artículo 13°.— Corresponderá a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso la publicación de los trabajos inéditos que se presenten en las XXX Jornadas Chilenas de De-

recho Público y en especial los trabajos presentados por los participantes antes del comienzo de las Jornadas.

Los trabajos deberán tener una extensión máxima de veinte carillas, tamaño oficio, a doble espacio.

A la Facultad organizadora corresponde el derecho de decidir qué trabajos serán publicados.

PRIMERA SECCION
DISCURSOS
Y
CLASE INAUGURAL

PALABRAS DEL RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE VALPARAISO

PROFESOR JUAN RIQUELME ZUCCHET

Sr. Presidente de la Trigésima Jornada de Derecho Público, Autoridades y Académicos presentes en este Acto, Señoras y Señores:

A nombre de la Universidad de Valparaíso tengo el agrado de dar la bienvenida oficial a los profesores que concurren a estas Trigésimas Jornadas de Derecho Público, dedicadas a las *"Asociaciones Intermedias, Estado y Bien Común"*.

Tenemos gran claridad acerca de la importancia doctrinaria de esta actividad. Como ha dicho el profesor Alejandro Silva Bascuñán, aquí presente, *"la misión del Estado de promover el Bien Común* le impone favorecer el conjunto de condiciones sociales que permitan a los integrantes su plena realización humana en libertad y dignidad, y para ello debe asegurar el respeto y protección de sus derechos inalienables, *la legítima formación y desarrollo autónomo de los cuerpos intermedios entre el hombre y el Estado y la participación activa, individual y social, en todos los aspectos de la vida colectiva"*.

Celebramos por otra parte la importancia institucional de estas Jornadas, que representan un esfuerzo conjunto de las diversas Universidades del país, en un movimiento cooperativo que constituye un verdadero ejemplo para todo trabajo académico. En un mundo tecnificado y globalizado como el actual, donde todos los días surgen desafíos del más variado carácter, uno de los secretos del éxito es actuar con armonía, en forma conjunta, sustituyendo la equivocada óptica del "compe-

tidor" por el espíritu del "cooperador": las metas por cumplir son tantas y de tales exigencias que ese es el único camino al que racionalmente podemos optar para un verdadero progreso.

Nos alegra también que estas Jornadas, con las que culmina la reflexión nacional sobre el Derecho Público en el siglo que termina, tengan lugar en Valparaíso, localidad que aspira, cada día más, a constituirse en "Ciudad Universitaria" y, con ello, en ámbito de constante y profunda reflexión acerca de los temas que preocupan al país y al mundo.

Permítanme decirles, además, que los cultivadores de la sociología valoramos especialmente los estudios dedicados a la materia que Uds. han elegido. En la época actual resulta de extraordinaria importancia promover relaciones interpersonales en forma de organizaciones que estén *"entre el hombre y el Estado"* ya sea para defender derechos e intereses valiosos, ya sea para desarrollar un sistema de descentralización y desconcentración del poder y radicar facultades de administración *en niveles no estatales de la sociedad.*

Colegios profesionales, organizaciones comunitarias, y otras asociaciones conocidas, junto a nuevos entes que habrá que concebir y diseñar con la profundidad y creatividad que los tiempos exigen, constituyen verdaderos "centros" básicos, puntos esenciales, del crecimiento y del progreso social.

Ya sea que se hable de "grupos intermedios", como lo hace la actual Constitución de la República, o de "organizaciones sociales mediante las cuales el pueblo participa en la solución de sus problemas", como lo hacía la anterior, es fácil constatar que, en la sociedad chilena y en todo el mundo, van aumentando, progresivamente, los grupos por medio de los cuales las personas persiguen promover y resguardar directamente diversos intereses. Dicho aumento no sólo tiene carácter cuantitativo, ya que la temática a la que se consagran las distintas entidades, es progresivamente amplia, configurando un sugestivo panorama de gran riqueza social.

Un destacado intelectual hispano americano ha subrayado, recientemente, que existe un pensamiento social extraordinariamente vigoroso en el Continente, y que debe permitirse que dicho pensamiento se manifieste con libertad. La base de este pensamiento es el crecimiento del tercer sector de la sociedad, la llamada sociedad civil. Existe "un inmenso tercer sector de la sociedad, una sociedad civil que es capaz de tomar iniciativas en los terrenos en los que ni la empresa privada ni el

Estado son capaces de intervenir". En esta línea de pensamiento, se estima que, con un adecuado desarrollo de la sociedad civil, se abren posibilidades de afrontar exitosamente graves problemas como la contaminación, la corrupción, la pobreza, la drogadicción, etc., con metodologías más eficaces que las que, hasta el momento, se han venido manejando.

Desde un punto de vista sociológico, los "grupos intermedios" deben concordarse necesariamente con la noción de "red", como vínculo o relación entre todos ellos. La red como institución social es uno de los conceptos básicos del nuevo paradigma que emerge; la red es la institución de nuestro tiempo: una estructura abierta, destinada a ser transformada y reordenada; basada en la cooperación, no en la competencia; en la interacción y conexión continua de personas e intereses que, por caminos creativos, voluntarios y flexibles, promueven enlaces de sus integrantes con otros grupos, con otras redes. El centro de la red está en todas partes.

Bajo la inspiradora esencia filosófica que subyace en las nociones de "grupo intermedio" y de "red", les deseo que la Jornada que ahora se inicia sea fructífera en lo académico, y, a la vez, en el plano personal, motivo de proximidad, afecto y amistad entre todos nosotros.

Muchas gracias.

PALABRAS DEL DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALPARAISO

ANTONIO PEDRALS *

Sr. Presidente de la Junta Directiva, Sr. Rector de la Universidad, Sr. Presidente de la Jornada de Derecho Público, Sr. Director de la Escuela de Derecho, Profesor Sr. Alejandro Silva Bascuñán, Autoridades y Académicos presentes en este Acto:

He buscado, en diversos diccionarios y repertorios, una palabra que permita referirse en forma propia, de modo justo, a este evento. Pero, en verdad, no he encontrado ese vocablo que una activamente las nociones de *tradición, actualidad y futuro* que inspiran e impulsan unitariamente estas Jornadas.

Con la etapa que hoy iniciamos se celebra una experiencia de tres décadas, congratulándonos ante el prestigio que, existencialmente, tiene el lapso treintañal. Pero, a la vez, recordamos que, durante todo ese tiempo, los jus publicistas se han ido reuniendo para examinar temas siempre vitales y cargados de futuro.

La materia elegida para estas Jornadas también presenta características actuales y prospectivas. Pero, con su carga cooperativa, con su

---

* Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso.

acento en el "nosotros" comunitario, el tema entronca a la vez con la más valiosa tradición intelectual y espiritual: desde el mensaje religioso, siempre vivo, de la Antigüedad, hasta el más reciente humanismo contemporáneo.

Rendimos también hoy homenaje al profesor Alejandro Silva Bascuñán, cuya extendida y fructífera trayectoria, por largos años, es conocida de todos. Pero, junto con admirar su pasado ilustre, celebramos adicionalmente que don Alejandro nos entregue, una vez más, su aporte frente al tema urgente y futurible que nos convoca.

"Memoria, praesens, futurus" es la divisa que conviene a la Jornada de hoy. Y este es también el lema con que rendimos homenaje a ese profesor de energía, a ese infatigable creador que es don Alejandro Silva Bascuñán, maestro de todos.

No se necesita hablar aquí de su "Tratado" y de sus demás obras, que están en nuestras bibliotecas y que, con admiración y utilidad, manejamos de continuo. Tampoco se requiere glosar su generosa labor docente intra y extrauniversitaria, que se manifiesta, una vez más, con su concurrencia a este evento. Para don Alejandro basta una sola palabra: *"Jurista"*. Jurista en el sentido de hombre bueno, de conocedor del Derecho, de persona que, a través de respuestas prudentes, verbales y escritas, dentro y fuera de la Universidad, ejerce una "auctoritas" que fluye de la ciencia y de las virtudes personales del profesor.

Nos alegramos que don Alejandro, ejemplo de varias generaciones, acepte incorporarse como Profesor Honorario de nuestra Facultad.

Le agradecemos que nos honre de ese modo.

Damos también gracias a todos los presentes por concurrir, una vez más, a esta Casa a fin de proseguir, con entusiasmo, una tradición colmada de actualidad, de promesas, de porvenir. *Sobre todo de porvenir.*

Muchas gracias.

CLASE INAUGURAL
"ASOCIACIONES INTERMEDIAS, ESTADO Y BIEN COMUN"

"ASOCIACIONES INTERMEDIAS, ESTADO Y BIEN COMUN"

LAUTARO RIOS ALVAREZ *

I. INTRODUCCION

Todo ser humano nace herido de dos indigencias; una es personal, la otra, social.

La primera consiste en que nace *partido:* o es hombre o es mujer; y ninguna de estas partes de su humanidad es capaz, por sí sola, de preservar la especie. Así, la pareja humana es la primera asociación necesaria para un fin tan esencial como es la supervivencia de la especie.

La segunda indigencia con que nace la persona es su *insuficiente desarrollo* al asomarse al mundo, que le impide bastarse y subsistir por sí misma. Por ello, la segunda sociedad necesaria es la familia; grupo indispensable para que el ser humano sobreviva, se desarrolle, aprenda a vivir en comunidad, forme su propia familia y pueda morir dignamente. Puede decirse que el origen de la familia se identifica con el nacimiento de la humanidad.

En esta primera unidad social, que rodea a cada recién nacido, el Estado está situado tan lejos que no se le advierte. Es cierto que el Estado puede manifestarse a través de los servicios que presta: el agua, la energía, la infraestructura vial, las comunicaciones, la seguridad públi-

---

* Profesor Titular de Teoría Política y Derecho Constitucional de la Universidad de Valparaíso.

ca. Pero el Estado no es sólo una red de servicios; es, principalmente, una comunidad organizada de seres humanos. Y a ésta sólo se la percibe en lontananza.

Las comunidades con que cada persona traba relación en el curso de su vida son —en orden aproximado de aparición— los padres, la familia, el barrio o vecindad, la escuela básica, el centro de enseñanza media, el club recreativo o la asociación cultural, la Universidad, la empresa o el taller, el sindicato o la asociación profesional, la comuna y —en un plano más general— la iglesia o confesión que profese, el partido político o la institución internacional a que pertenezca, entre muchas otras.

Todas estas organizaciones sirven al ser humano para su evolución progresiva, le ayudan a realizarse. Pero también éste las sirve al participar en ellas, satisfaciendo así su vocación social.

En un mundo que se achica merced al crecimiento explosivo de las comunicaciones y que se globaliza hasta convertirse —en la feliz imagen de Mac-Luhan— en una aldea global, se ha venido produciendo la despersonalización del ciudadano y la masificación de la sociedad; lo que ha traído como consecuencia la aspiración —cada vez más extendida— de regresar a la pequeña comunidad donde el ser humano vuelve a ser y a comportarse como persona.

Asistimos, desde hace sólo unas décadas, a la proliferación de las juntas de vecinos, de las asociaciones gremiales, de los grupos de apoyo social, de los clubes deportivos y —particularmente, a nivel internacional— al impresionante crecimiento de las organizaciones no gubernamentales (ONG.)**.

El estudio de este fenómeno asociativo, tan natural como conveniente para el desarrollo espiritual y material del ser humano, era antes objeto de la filosofía social, de la sociología o de la antropología.

En Chile, donde hace sólo tres décadas se legisló por primera vez acerca de las juntas vecinales y las organizaciones comunitarias, la Constitución del 80 iluminó como un relámpago la irrupción de estas asociaciones en las Bases de nuestra Institucionalidad, definiéndolas como

---

** Un estudio de la Universidad de Santiago y del MIDEPLAN concluye que el 92% de los jóvenes participa en asociaciones con fines culturales, de voluntariado en acción social y comunitaria, religiosos, scoutivos, artísticos, deportivos, etc. Añade que hace 30 años un tercio de la juventud participaba en agrupaciones políticas; hoy, sólo el 2%. (El Mercurio, 27-1X-1999, A-2).

aquéllas mediante las cuales se organiza y estructura la sociedad, contribuyendo al bien común y a la realización del ser humano.

Este asentamiento de los grupos intermedios en los pilares de nuestra Constitución nos interpela a los juspublicistas a volcar nuestra atención sobre las tres materias centrales de la Convocatoria a estas Jornadas, que antes de su constitucionalización aparecían desdibujadas en el horizonte ideológico de nuestra cultura jurídica, pero que hoy representan no sólo los soportes fundamentales de nuestra organización jurídico-política, sino también criterios orientadores del desarrollo de la persona y de la sociedad chilena.

Por estos motivos, las asociaciones o grupos intermedios, la nueva concepción del Estado y su finalidad de bien común se han erigido en el tema central de estas Jornadas.

II. LAS ASOCIACIONES INTERMEDIAS

1. La expresión "asociaciones intermedias" y sus equivalentes —grupos, sociedades o cuerpos intermedios— es una denominación tardía en la historia de la humanidad.

Si ellas son "intermedias" es porque reconocen dos extremos entre los cuales se sitúan. En el extremo menor está el ser individual; en el extremo mayor se encuentra el Estado. Por eso también se las ha denominado "sociedades menores". En todo caso, no es sino hasta la aparición del Estado que puede hablarse con propiedad de las sociedades "intermedias".

Pero la denominación no puede constituir obstáculo para definir su entidad, su naturaleza y sus fines.

Veamos el siguiente texto, de Aristóteles que corresponde al primer párrafo de su "Política":

> "Vemos que toda ciudad es una comunidad y que toda comunidad está constituida en vista de algún bien, porque los hombres siempre actúan mirando a lo que les parece bueno; y si todas tienden a algún bien, es evidente que más que ninguna, y al bien más principal, la principal entre todas y que comprende todas las demás, es la llamada ciudad y comunidad civil" [1].

---

1. Política, I, 1, Ed. Bilingüe, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Más adelante, agrega:

"Observando el desarrollo de las cosas desde su origen se obtendrá en esta cuestión, como en las demás, la visión más clara. En primer lugar se unen de modo necesario los que no pueden existir el uno sin el otro, como la hembra y el macho para la generación (y esto no en virtud de una decisión, sino de la misma manera que los demás animales y plantas, que de un modo natural aspiran a dejar tras sí otros semejantes), y el que por naturaleza manda y es súbdito, para seguridad suya. En efecto, el que es capaz de prever con la mente es naturalmente jefe y señor por naturaleza, y el que puede ejecutar con su cuerpo esas previsiones es súbdito y esclavo por naturaleza; por eso el señor y el esclavo tienen los mismos intereses" [2].

Añade Aristóteles:

"De estas dos sociedades procede en primer lugar la casa, y Hesiodo dijo bien en su poema:

'Lo primero casa, mujer y buey para el arado', pues el buey es el criado del pobre. Por tanto, la comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidianas es la casa, a cuyos miembros llama Carondas 'de la panera' y Epiménides de Creta 'del mismo comedero'; y la primera comunidad constituida por varias casas en vista de las necesidades no cotidianas es la aldea, que en su forma más natural aparece como una colonia de la casa: algunos llaman a sus miembros 'hijos de la misma leche' e 'hijos de hijos' " [3].

Y concluye:

"La comunidad perfecta de varias aldeas es la ciudad, que tiene, por así decirlo, el extremo de toda suficiencia, y que surgió por causa de las necesidades de la vida, pero existe ahora para vivir bien. De modo que toda ciudad es por naturaleza, si lo son las comunidades primeras; porque la ciudad es el fin de ellas, y la naturaleza es fin. En efecto, llamamos naturaleza de cada cosa a lo que cada una es, una vez acabada su generación, ya hablemos del hombre, del caballo o de la casa. Además, aquello para lo cual existe algo y el fin es lo mejor, y la suficiencia es un fin y lo mejor" [4].

Tenemos, pues, ya en el siglo IV A.C., prefigurado —en el contexto histórico y cultural de la antigua Grecia— el tema central de estas Jornadas. En efecto, Aristóteles identifica como agrupaciones menores, a la pareja humana; a la familia, que habita —la casa—; y a la aldea, como una colonia o agrupación de familias. Y, señala, como la "comu-

---

2. Ibid., I, 2.

3. Ibid., id.

4. Ibid., id.

nidad perfecta" de varias aldeas, a la ciudad, la polis, versión griega del actual estado.

Aristóteles distingue las necesidades cotidianas, para cuya satisfacción basta la familia (casa), de las no cotidianas, que quedan a cargo de la aldea y la ciudad. Pero subraya que esta última posee "el extremo de toda suficiencia" y por ello es perfecta; e insiste en que, habiendo surgido la ciudad por causa de "las necesidades de la vida", esto es, para cubrir las exigencias más imperiosas, ahora existe para vivir bien, o para la "vida buena" o "la vida dichosa", como había señalado su maestro Platón [5].

Con todo, lo que más nos interesa destacar es que muchos siglos antes que surgieran las teorías contractualistas de la sociedad, Aristóteles atribuyó la sociabilidad del ser humano a su naturaleza e identificó tempranamente el bien con el fin, de modo que cada bien específico corresponde al fin que cada entidad tiene conforme a su naturaleza. Y así puede concluirse, con estricta lógica aristotélica, que el fin de la comunidad es el bien de la comunidad o bien común.

2. Los cuerpos intermedios pueden ser tradicionales o —mejor dicho— *institucionalizados,* como ocurre con las familias, las juntas de vecinos, las universidades, los colegios profesionales o los sindicatos.

Pero también pueden ser el resultado del ejercicio voluntario del derecho de asociación y desplegarse en un espectro tan rico e impredecible en alternativas como es la multitud de aspiraciones y matices del espíritu humano.

Las personas pueden pertenecer —y de hecho, a menudo, pertenecen— a distintas asociaciones intermedias porque ninguna de éstas tiene la aptitud de satisfacer todas sus aspiraciones de desarrollo. También es frecuente que el ser humano, en el curso de su vida, deba transitar de un grupo a otro por el cambio de sus apetencias o por variación de su nivel de madurez.

Sin embargo, nos advierte Luigi STURZO, en virtud de la ley sociológica de la trascendencia de los grupos, ni la pertenencia a muchos de ellos ni el pasaje de uno a otro nos hace perder nuestra personalidad propia ni la de los grupos a que estamos ligados [6].

---

5. Platón, Las Leyes, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, t. I, 816, d.

6. Luigi STURZO: "Leyes Internas de la Sociedad". Ed. Difusión, pág. 57. Bs. Aires, 1946.

Señala STURZO que toda sociedad es específica e individualizada y "es tal mediante una forma; en lo concreto, no puede haber sociedad sin forma".

Y añade luego:

"La forma social es una prosecución en el plano asociativo, del fin inherente a las actividades múltiples de los individuos, en una dirección que podemos llamar estructural, en la cual la cooperación de los individuos pasa a ser de potencial e incoactiva a actual y eficaz. La forma social, por lo tanto, comienza como un fin y llega a ser un medio para un fin ulterior, para el cual se hace estructura, organización, ajustándose continuamente a sí misma para nuevas realizaciones en la dirección de nuevos fines, o mejor: en la dirección de un fin, el propio, y hallando actuaciones sin término" [7].

3. *Los cuerpos intermedios en los antecedentes de la Constitución*

3.1. Tempranamente —a un mes de su nombramiento— la Comisión de Estudio de la nueva Constitución (C.E.N.C.) elaboró un Memorándum dirigido a la Junta de Gobierno, en que plantea las metas u objetivos fundamentales de la nueva Carta [8]. En él se precisa lo siguiente:

"5. *Poder Político, Poder social, Participación.*

"La Constitución distinguirá entre la soberanía propiamente tal, o poder político, y el poder social.

"Se entenderá por poder político el poder de decisión o de gobierno en los asuntos generales de la nación, y su ejercicio estará entregado a los órganos o Poderes del Estado, generados por medio del sufragio universal, el cual se canalizará a través de los partidos políticos y corrientes independientes de opinión.

"Se entenderá por poder social la facultad de los *cuerpos intermedios* entre el hombre y el Estado —que reúnen a los seres humanos en razón de su común vecindad o actividad— para desenvolverse con legítima autonomía en orden a la obtención de sus fines específicos, de acuerdo al principio de subsidiariedad, como igualmente de exponer o representar ante las autoridades estatales su percepción de la realidad social que éstas deberán regir. Especial

---

7. Ob. cit., pág. 59.

8. La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC) fue nombrada por D. S. de Justicia Nº 1.064, de 25-X-1973. El memorándum tiene fecha 26-XI-1973.

importancia revisten en este sentido las agrupaciones de carácter gremial, sean éstas laborales, empresariales, profesionales o estudiantiles, llamadas simultáneamente a limitar y enriquecer la' acción del Estado, conservando respecto de éste su plena independencia".

3.2. En la "Declaración de Principios del Gobierno de Chile"[9] se dice:

"4. *El Bien Común exige respetar el principio de subsidiariedad.*

"Siendo el hombre el fin de toda sociedad, y emanando éstas de la naturaleza humana, debe entenderse que las sociedades mayores se van forjando para satisfacer fines que las menores no pueden alcanzar por sí solas. El ser humano forma una familia para alcanzar fines que no puede lograr solo. Da vida luego a diversas formas de agrupación social más amplias, para lograr objetivos que la familia es incapaz de conseguir por sí. Y llega finalmente a integrar todas esas sociedades intermedias en un Estado, por la necesidad de que haya un orden común a todas ellas que las coordine en justicia, y que asuma las funciones que ninguna de aquéllas podría cumplir directamente.

"Ahora bien, dicha realidad marca un límite al campo de acción de cada sociedad mayor respecto de la menor. Si la superior nace para cumplir fines que la inferior no puede realizar sola, si ésa 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 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.

"Aplicado este principio al Estado, debemos concluir que a él le corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus posibilidades (caso de la Defensa Nacional, las labores de Policía o las Relaciones Exteriores), o porque su importancia para la colectividad no aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (caso de los servicios o empresas estratégicas o fundamentales para la nación), o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado. Respecto al resto de las funciones sociales, sólo puede entrar a ejercerlas directamente cuando las sociedades intermedias que de suyo estarían en condiciones de asumirlas convenientemente, por negligencia o fallas no lo hacen, después de que el Estado haya adoptado las medidas para colaborar a

---

9. La Declaración tiene fecha 11 de marzo de 1974.

que esas deficiencias sean superadas. En este caso, el Estado actúa en subsidio, por razón de bien común.

"El respeto al principio de subsidiariedad representa la clave de la vigencia de una sociedad auténticamente libertaria. Casi podría decirse que es el barómetro principal para medir el grado de libertad de una estructura social. Por oposición a él, cuanto mayor sea el estatismo que afecte a una sociedad, menor será su efectiva libertad, por extendido que sea el ejercicio ciudadano de los derechos políticos. Es en la posibilidad de tener un ámbito de vida y actividad propia independiente del Estado y sólo sometido al superior control de éste desde el ángulo del bien común, donde reside la fuente de una vida social en que la libertad ofrezca a la creación y al esfuerzo personal un margen de alternativas y variedad suficientes. El estatismo genera, en cambio, una sociedad gris, uniforme, sometida y sin horizontes".

3.3. El 8-XI-1974, el presidente de la C.E.N.C. elabora un Informe, al cumplir ella un año de trabajo.

Allí dice que la Constitución tendrá un "Capítulo Preliminar" con el epígrafe "Estructura y fines del Estado", que contendrá una disposición que diga que "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios de la comunidad y les garantiza una adecuada autonomía".

3.4. Hasta aquí se trata de estudios y declaraciones sin fuerza vinculante.

En cambio, el II-IX-1976, la Junta de Gobierno dicta tres Actas Constitucionales que llevan los N^{os} 2, 3 y 4 y ostentan este rango; entre las cuales la N° 2 contiene las *"Bases esenciales de la Institucionalidad chilena"* [10] y es fuente directa del Cap. I de la Constitución Política vigente.

El Considerando 4, letra a) de dicha Acta señala que "entre los valores esenciales en que estas bases se sustentan", destaca ... "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, como asimismo, es deber suyo reconocer a los grupos intermedios entre el hombre y el Estado, conforme al principio de subsidiariedad".

El art. 2°, inc. final de esta Acta prescribe, por primera vez:

"El Estado reconoce a los grupos intermedios de la comunidad".

3.5. Con fecha 10-XI-1977 el Presidente de la República dirige al Presidente de la C.E.N.C., un instructivo sobre las "Normas para la Nueva Constitución".

---

10. D.L. N° 1.551, D. Oficial N' 29.558-A del 13-IX- 1 976.

En el punto 5, el Presidente subraya ciertas ideas básicas para su especial estudio por parte de la Comisión; y, entre ellas, destaca (letra n):

"Preservación de la autonomía de los cuerpos intermedios entre el hombre y el Estado, conforme al principio de subsidiariedad, como un vehículo insustituible de participación social en una comunidad libre. Esta autonomía debe extenderse sólo al campo propio y específico de la entidad de que se trate, fuera de la cual aquélla carece de legitimidad. Los mencionados cuerpos intermedios han de tener sus medios institucionalmente legitimados para comunicarse con el poder político, pero no puede admitirse en caso alguno que éste se genere sobre la base de los organismos en cuestión, como equivocadamente lo propicia el llamado corporativismo, ya que el Estado tiene como misión precisa el velar por el bien común, objetivo que resulta imposible si se estructura un sistema en que los grupos de intereses más poderosos se impongan sin contrapeso frente a los más débiles, o en que las leyes sean el fruto de simples arreglos entre intereses particulares" [11].

3.6. El 16 de agosto de 1978, la C.E.N.C. dirige al Presidente de la República un documento que contiene las *"Proposiciones e ideas precisas"* de la nueva Constitución.

En la Parte General, con el título "Fundamentos y Principios del Nuevo Régimen Político Nacional", se postula:

"El respeto a la autonomía de los cuerpos intermedios entre el hombre y el Estado, que es expresión del principio de subsidiariedad y que representa la clave de la vigencia de una sociedad auténticamente libre, ya que un Estado que interviene más allá de aquellas funciones que le son propias o que por razones de interés general o de seguridad deben serle confiadas, puede asfixiar la libertad del hombre y su iniciativa creadora" [12].

Bajo el epígrafe "Democracia de Auténtica Participación Social", punto 15-d), se lee:

"El anteproyecto, como se dijo al tratar en general de los principios o bases esenciales de la nueva institucionalidad, reconoce en forma explícita la facultad de los cuerpos intermedios entre el hombre y el Estado —que reúnen a los seres humanos en razón de su común actividad o vecindad— para desenvolverse con legítima autonomía en orden a la obtención de sus fines específi-

11. Vid. Revista Chilena de Derecho, Vol. 8 Nºs 1-6, Enero-Dic./1981, págs. 141-142.

12. Revista cit. pág. 150.

cos de acuerdo al principio de subsidiariedad. Especial importancia revisten en este sentido las agrupaciones de carácter vecinal o gremial, todas las cuales están llamadas simultáneamente a limitar y enriquecer la acción del Estado, conservando respecto de éste su plena independencia.

"Todas estas voces de la base social deberán estar presentes y ser escuchadas a través de adecuados organismos asesores o consultivos tanto en las comisiones técnicas legislativas, como en los diferentes niveles en que se ejercita la autoridad" [13].

El mismo documento, en la Parte Especial, propone un Preámbulo que diga sobre esta materia:

"La Nación chilena, comunidad de hombres y mujeres libres, que se identifica con ciertos valores esenciales que conforman el ser nacional:

"Afirma que la familia es el núcleo básico de la sociedad y que el reconocimiento y autonomía de los cuerpos intermedios que existen entre aquélla y el Estado, son fundamentos insustituibles de una sociedad libre y de plena participación".

Más adelante, propone como norma la siguiente:

"El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios de la comunidad y les garantiza una adecuada autonomía para cumplir sus fines propios".

Y a continuación la fundamenta como sigue:

"Los requerimientos de la vida en sociedad impulsan al hombre a agruparse con otros seres humanos para satisfacer de este modo sus legítimos anhelos y necesidades.

"El reconocimiento del Estado a los grupos intermedios de la comunidad debe entenderse referido a todas aquellas agrupaciones que las personas constituyen, ya sea por vínculos de vecindad, de trabajo, de vocación o aficiones compartidas en los distintos planos de su actividad.

"Una sociedad libre supone el respeto por parte del Estado a estos cuerpos intermedios que constituyen una verdadera proyección de la vida del hombre en comunidad. Ello no es sino la consecuencia del principio de que, en definitiva, el Estado debe estar al servicio del hombre y no el hombre al servicio del Estado.

"Ahora bien, siendo innumerables las agrupaciones que los seres humanos pueden constituir para satisfacer sus necesidades y aspiraciones, ha de haber una norma que determina la órbita de acción de cada una de ellas. Si la sociedad superior nace para cumplir fines que la inferior no puede realizar, resulta evidente que no le es legítimo a aquélla la absorción del campo que es

---

13. Revista cit., págs. 157-158.

propio de la menor y dentro del cual ésta debe tener una suficiente autonomía.

"La órbita de competencia de la sociedad mayor, como lo ha dicho la Declaración de Principios del Gobierno, empieza donde termina la posibilidad de acción que corresponde a la menor.

"Esta idea matriz ha dado origen al llamado principio de subsidiariedad, según el cual 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 ésta puede invadir lo que es propio e íntimo de cada conciencia humana.

"Pensamos que el principio de subsidiariedad constituye condición esencial para que exista una sociedad realmente libre, ya que cuanto mayor sea el estatismo que la afecte, menor será la libertad que ofrezca a la capacidad creadora del hombre, por amplio que sea el reconocimiento que se haga de sus derechos políticos.

"La autonomía que se garantiza a los grupos intermedios es obviamente para cumplir sus fines propios.

"En atención a lo anterior es que el anteproyecto, en el párrafo de las disposiciones generales del Capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, establece que los cuerpos intermedios y sus dirigentes que hagan mal uso de esta autonomía, interviniendo en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados en conformidad a la ley y agrega que el dirigente gremial no podrá tener militancia partidista" [14].

3.7. En la última etapa preparatoria, el anteproyecto de la C.E.N.C. fue sometido a la superior instancia consultiva del Gobierno, el Consejo de Estado, el que emitió su Informe por Oficio C.P.R. N° 13 de 1° de Julio de 1980, en cuyo articulado —propuesto por el Consejo— el tema que nos ocupa es materia de dos incisos del art. 1°, redactados de manera semejante —pero no idéntica— al texto vigente, como sigue:

Art. 1° (incisos 2° y 3°):

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

"El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios de la comunidad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus fines propios"[15].

---

14 Revista cit., págs. 164 y 166-67.

15. Revista cit., pág. 422.

4. *Las Asociaciones Intermedias, el Estado y el Bien Común en la Constitución*

No debe olvidarse que tanto la C.E.N.C. como el Consejo de Estado funcionaron como órganos de estudio y de consulta, respectivamente, del Proyecto de nueva Constitución. Y que la Junta de Gobierno, órgano titular de la potestad constituyente, era el único habilitado para dictarla.

La H. Junta designó una Comisión Especial que redactó un informe final y, con éste, modificando algunas, disposiciones del Proyecto, le dio su aprobación definitiva por D.L. N° 3.464, publicado en el D.O. del 11-VIII-1980, decidiendo —además— someterlo a plebiscito [16].

Un día antes de su publicación, el P. de la R. se dirigió al país, dando cuenta de la larga tarea concluida y recalcando el compromiso de la nueva Constitución con determinados valores a los que hizo referencia.

En la parte que nos interesa, dijo:

"En tal sentido, destaco la clara definición que se hace en la propia Constitución de las bases fundamentales de la nueva institucionalidad, donde se afirma una concepción del hombre basada en su dignidad espiritual, y que concibe al Estado al servicio de la persona y no ésta como siervo del Estado.

"Es en ese marco donde se define el bien común como finalidad suprema de la acción estatal, desprendiéndose de ello el carácter subsidiario del Estado frente al individuo; se señala a la familia como núcleo básico de la sociedad, y a los cuerpos intermedios se les dota de autonomía para sus fines propios" [17].

A continuación transcribimos el texto íntegro del art. 1° de la Constitución dictada por la Junta de Gobierno y aprobada en el plebiscito del 11-IX-1980, no sólo porque allí se proclama la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona, se define la función de los grupos intermedios en la sociedad, se diseña la posición servicial del Estado frente a la persona humana y su finalidad promotora del bien común, sino también porque esta disposición condensa la filosofía política del nuevo

---

16. El plebiscito fue convocado por D.L. N° 3.465, publicado en el D.O. del 12-VIII-1980, para llevarse a efecto el 11 de septiembre de 1980.

17. Revista Chilena, cit., pág. 486.

Estado que se proyecta y, para entenderla cabalmente, se necesita advertir la trabazón de sus conceptos en una lectura completa. Su texto dice así:

> *"Artículo 1°. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*
> *"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.*
> *"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.*
> *"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 deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".*

5. Las asociaciones intermedias —o las "pequeñas unidades sociales", como las denomina MESSNER [18]— no sólo están institucionalizadas en la disposición constitucional transcrita, sino que también se hace referencia a ellas —sea en forma general, sea a algún tipo en particular— en otros diecinueve preceptos de la misma Carta Fundamental [19].

Por otra parte, resulta necesario recordar que, si bien es cierto que hasta la dictación del Acta Constitucional N° 2 de 1976, estos organismos no contaban con el respaldo de la Constitución, no es menos cierto que muchos de ellos habían venido adquiriendo, en el transcurso del tiempo, un estatuto legal, no obstante la inexistencia hasta hoy, de una ley general de asociaciones intermedias [20].

---

18. Johannes MESSNER "Etica Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural", Ed. Rialp, Madrid, 1967, págs. 643 y ss.

19. Ver los Arts. 6° inc. 2° / 7° inc. 2° / 9° inc. 2° / 19 N° 2 / 19 N° 4 / 19 N° 6 / 19 N° 10 inc. 3° / 19 N° 10 inc. final / 19 N° 11 inc. 4 / 19 N° 15 inc. 5 / 19 N° 19/ Art. 20 "El que ..." / 23 i. 1° / 23 i. 2° / 85 / 92 / 99 i. 1°/ 107 y 108 de la C. Pol.

20. El matrimonio está regulado en el C.C. y en la Ley de Matrimonio Civil; la familia, en el C.C. Las Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias

UNIVERSIDAD DE CHILE FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES BIBLIOTECA

6. Interesa, a continuación, explicar qué importancia tiene la constitucionalización de los grupos intermedios; qué agrega ella a su existencia real; o en qué sentidos la nueva Constitución les garantiza y les fortalece.

En una primera lectura nos parece advertir que el constituyente ha querido potenciarlos de tres maneras:

Primeramente, el Estado les *reconoce* y les asegura su *amparo*.

En seguida, define su rol, señalando que, a través de ellos la sociedad chilena se *organiza* y se *estructura*.

Y, finalmente, el Estado les garantiza —no un mínimo de autonomía— sino la adecuada y suficiente para cumplir sus propios fines específicos.

-¿Se agota aquí el respaldo constitucional dado a los cuerpos intermedios?

Creemos que no; que es preciso contextualizar la finalidad de estas unidades sociales con la libertad, la igualdad y la dignidad que se predica de la persona, puesto que también ellas están a su servicio.

También creemos que debe armonizarse la finalidad específica de cada grupo con el bien común de la sociedad, ya que la persona se realiza precisamente con la mediación de tales grupos y es esa realización la que el bien común persigue y posibilita.

Es necesario, en fin, que cada grupo —lo mismo que el Estado— asegure y respete los derechos y garantías de cada persona que los integra; porque ningún desarrollo personal es siquiera concebible con desmedro de tales derechos.

7. Intentemos analizar, ahora, el significado y el alcance preciso de cada uno de los atributos que la Constitución reconoce a estas sociedades menores.

Nuestra Carta política señala que a través de estos grupos, la sociedad *se estructura*.

Estructurar es "distribuir, ordenar las partes de una obra o de un cuerpo" (R. Acad.); por ejemplo, del cuerpo social. Estructurar tam-

---

fueron regulados por primera vez por la Ley N° 16.880; hoy lo están por la ley N °19.418. Los Partidos Políticos, por la LOC. 18.603. Los Municipios, por la LOC. 18.695. Los Sindicatos, en el C. de. T. Los Centros Educativos y Universidades en la LOC de Enseñanza N° 18.962. Las Asociaciones Gremiales, por los D.L. N° 2.757 y 3.163. Las Cooperativas, por D.S. Min. de Economía N° 502 de 1978. Los cultos religiosos, por la Ley N° 19.638.

bién significa "manera general, a veces especificada con un adjetivo, de estar colocadas las partes de una cosa" [21].

El constituyente ha querido dejar constancia de que la sociedad chilena no está compuesta por una multitud de seres solitarios que sostienen sus intereses particulares frente al Estado que representa el interés general, en ausencia de toda entidad e interés intermedios, como pensaron Turgot y Le Chapelier [22].

Muy por el contrario, la sociedad es una trama compuesta por distintas franjas de tejido. La primera —probablemente la más densa y numerosa— está formada por las asociaciones institucionalizadas [23], como la familia, la Universidad, los sindicatos, las asociaciones gremiales y comunitarias, entre otras. La diferencia entre ellas no está dada ni por el número de sus miembros, ni por su estrato social ni por su diferente grado de consistencia sino por los fines, específicamente diversos, a los que tiende cada una. También forma la trama social una multitud imprevisible e indeterminable de asociaciones voluntarias, tantas y tan distintas como las personas decidan crear para satisfacer el horizonte infinito de las aspiraciones capaz de albergar el espíritu humano.

El tercer elemento podría caracterizarse como los flecos o las hebras sueltas de esta trama y comprende a los seres solitarios —aquellos de quienes Aristóteles predicaba que o son bestias o son superhombres [24]— y que, no obstante vivir desprendidos de cualquier forma asociativa, quedan comprendidos en la comunidad nacional.

8. Esta comunidad, así estructurada, adquiere *movimiento* mediante su *organización.*

Organizar es "Disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados, para lograr un fin determinado" (R. Acad.). También significa "Disponer cómo ha de realizarse una cosa y preparar lo necesario para ello" [25].

---

21. M. MOLINER: "Diccionario del Uso del Español", t. I. pág. 1.237.

22. (Ver "Convocatoria" a las XXX Jornadas).

23. Ver mi ponencia sobre "Las Asociaciones, el derecho de asociación y los Colegios Profesionales», en estas mismas Jornadas.

24. Aristóteles, La Política, cit. I, 2, 25.

25. MOLINER, Diccionario cit., t. II, pág. 581.

En este verbo encontramos la clave de la relación entre las asociaciones intermedias y el Estado, en orden al bien común.

Aquéllas organizan la sociedad; es decir, facilitan el ambiente y los medios adecuados —en cada una de sus finalidades específicas— para que el ser humano pueda desarrollarse a través de ellas a objeto de lograr su mayor realización espiritual y material posible. De este modo, las asociaciones intermedias que conforman la sociedad, proporcionan a sus miembros las distintas alternativas y grados de desarrollo para alcanzar la realización personal descrita —que es el objetivo principal del bien común— a la par que el Estado, como estructura de poder político de la sociedad, lo *promueve* —como dice la Constitución— y lo administra repartiendo equitativamente su acceso a todos los integrantes de la comunidad nacional y, además, amparando y garantizando la autonomía de los cuerpos intermedios, para que así puedan contribuir al logro del objetivo señalado.

9. El Estado declara *reconocer* y *amparar* a los grupos intermedios.

Reconocer es "examinar con cuidado a una persona o cosa para enterarse de su *identidad, naturaleza* y circunstancias" (R. Acad.).

Amparar significa "favorecer, proteger". (R. Acad.). También, "Asistir, proteger o ayudar a los débiles y desvalidos" [26].

De donde se infiere que el Estado tiene el deber de identificar a las asociaciones intermedias con el objeto de proteger su naturaleza y favorecer el cumplimiento de los fines de éstas, bajo el supuesto que ellas contribuyen a la realización espiritual y material de las personas y —por ende— al logro del bien común.

Este reconocimiento y amparo tiene particular importancia tratándose de las asociaciones intermedias institucionalizadas, a las que ya en el primer cuarto del siglo que termina, Martin Wolff (1923) y Carl Schmitt (1928) atribuyeron la garantía estatutaria o de instituto, es decir, la necesidad de ser reconocidas en su esencia —sin ser jamás deformadas— por el constituyente o el legislador [27]. Adviértase la trascendencia que esta garantía implica para la familia o para la Universidad, como cuerpos institucionalizados.

---

26. Ibid., id. t. I, pág. 169.

27. Ver nota 23.

10. Finalmente, el inciso tercero del art. 1º garantiza a estas unidades sociales menores, *"la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos"*.

La expresión "garantía" indica la "acción y efecto de afianzar lo estipulado" (R. Acad.); en este caso, el compromiso del Estado con estos grupos. Y el término "autonomía" (de auto: a sí mismo y nomos: normas) designa la "potestad de un ente para regir su vida interior mediante normas y órganos de gobierno propios".

El ejercicio irrestricto de esta autonomía por parte de cada cuerpo intermedio, podría llegar a producir un caos o una superabundancia normativa, no obstante que —por regla general— se advierte que cada especie de asociación adecua sus reglamentos a una tipología preceptiva que ha llegado a ser casi uniforme.

No nos parece reprochable el afán del Estado de dictar leyes regulatorias de estas asociaciones, aun cuando la Constitución no las haya contemplado. Ellas han servido para generalizar criterios de identidad, de organización y del buen funcionamiento de tales especies.

Lo verdaderamente importante es que el Estado legislador advierta que la autonomía concedida por la Constitución a estos cuerpos, le impide coartar su derecho de autodeterminación normativa en todo cuanto concierne a su esencia, a su libertad de organización y a su libertad de elección de los medios idóneos para lograr sus fines.

En esta materia vale la pena recordar la vieja regla de Scaramouch para el buen manejo de la espada: "Ni tan apretada que se te muera, ni tan suelta que se te vuele".

Al concluir este punto nos parece oportuno llamar la atención de los órganos legislativos y de los encargados del control de constitucionalidad de las leyes, acerca de la necesidad de respetar rigurosamente la identidad y la esencia de nuestras asociaciones institucionalizadas, a fin de que no vuelva a ocurrir con ninguna de ellas lo que sucedió con los Colegios Profesionales, los cuales en vez de ser *reconocidos* como lo que son, fueron transformados en lo que no son: en *asociaciones gremiales;* los que en lugar de ser *amparados* por el legislador, fueron *disueltos* sin justificación por éste; y los que perdieron la *autonomía* disciplinaria que es de la esencia de estas asociaciones intermedias, con evidente infracción del precepto constitucional que venimos desarrollando y que garantiza lo contrario.

11. *Limitaciones y control impuestos a los grupos intermedios.*

Estas limitaciones, perfectamente razonables, obedecen al prin-

cipio de que el ejercicio de la libertad tiene siempre un contenido ético, de tal modo que no puede utilizarse para fines ilícitos; obedecen, también, al principio de especificidad de los fines propios de cada grupo intermedio, para el cumplimiento de los cuales el Estado les reconoce la adecuada autonomía. Ellas son las que siguen:

11.1. Prohibición general. El art. 19 N° 7 prohíbe las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.

Como el derecho de asociarse con estos fines ilícitos le está vedado a cualquier grupo de personas, su constitución adolecería de nulidad conforme a aquella disposición y a los inc. 2° y 3° del art. 7°, que también vincula a los grupos.

Por otra parte, el art. 19 N° 7 letra g) impone la pena de confiscación de bienes respecto de las asociaciones ilícitas [28].

11.2. Prohibiciones y sanciones al alejamiento de los fines propios de las A.I.

El art. 23 inc. l° faculta al legislador para sancionar a "los grupos intermedios de la comunidad y a sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos" [29].

Existen varias disposiciones tendientes a impedir la politización de la actividad gremial o de otra índole y a incompatibilizar la dirigencia superior de las organizaciones gremiales con la de los partidos políticos.

El art. 19 N° 15 inc. 5° prohíbe a éstos "intervenir en actividades ajenas a las que les son propias" [30]. La misma disposición declara ilícitos y sanciona a "las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos" sin ajustarse a las normas de este numerando [31].

El mismo art. 19, inc. 6° declara que *"son inconstitucionales* los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema to-

---

28. Ver los arts. 292 y sig. del C. P.

29. Ver los arts. 1° y 27 del D.L. 2.757, modif. por D.L. 3.163.

30. Ver arts. 2° inc. final y 47 de LOC. N° 18.603.

31. Ver art. 52 LOC. cit.

talitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política". Esta inconstitucionalidad corresponde declararla al Tribunal Constitucional [32].

El art. 19 N° 19 inc. 3° prescribe que "Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas".

El art. 23 inc. 1° dispone que "Son incompatibles los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos" [33].

11.3. Control jurídico electoral.

Finalmente, el art. 85 inc. 1° contempla dentro de la competencia de los tribunales electorales regionales el conocimiento "de la calificación de las elecciones de carácter gremial y de las que tengan lugar en aquellos grupos intermedios que la ley señale" [34].

12. Antes de abordar el capítulo siguiente, nos parece oportuno manifestar nuestra opinión acerca de dos connotaciones de estas unidades sociales menores, que tienen una importancia práctica.

12.1. La primera es que ellas no requieren de personalidad jurídica para comparecer, obrar y cumplir sus fines en la vida social. La familia nunca ha tenido personalidad jurídica y siempre ha sido —lo que la Constitución reconoce— el núcleo fundamental de la sociedad". La personalidad jurídica tiene relevancia para la adquisición, administración y defensa judicial del patrimonio de estas agrupaciones; pero si ellas no lo tienen o no lo necesitan, pueden prescindir de aquélla sin desmedro de su naturaleza ni de la realización de sus fines [35].

12.2. La segunda connotación es, más bien, una curiosidad jurídica con historia. No obstante que el art. 19 asegura los derechos constitucionales a todas las personas, y no obstante que el art. 20 estableció el recurso de protección para amparar ciertos derechos fundamentales de *la persona,* se ha entendido que esta acción constitucional también se concede a las asociaciones intermedias, aun cuando no tengan personalidad jurídica, porque esa fue la voluntad expresa del constituyente y

---

32. Ver arts. 82 N° 7 y 19 N° 15 inc. 7° y 8° C. Pol.

33. Ver art. 23 inc. 2° C. Pol. y art. 49 LOC N° 18.603.

34. Ver arts. 10 y 23 de la LOC. 18.593.

35. Ver art. 19 N° 15 inc. 2° C. Pol.

porque así lo ha sancionado la jurisprudencia de nuestro tribunal supremo [36].

III. EL ESTADO

13. El Estado que preconiza la Constitución del 80 no es el estado liberal emergente en los inicios de nuestra república, con su tajante separación entre lo público y lo privado y —por ende— con clara prescindencia de la sociedad civil en las tareas del Estado.

Tampoco es el estado intervencionista, actor principal y regulador de la economía, poseedor de grandes empresas y de una frondosa burocracia proveedora de toda clase de servicios, cuya gestión absorbente termina aplastando o desalentando la iniciativa privada y su capacidad empresarial.

Ni es, ciertamente, un estado de fisonomía totalitaria, incompatible con la ideología, los valores y las aspiraciones del constituyente del 80.

El Estado de la nueva Constitución es heredero de ciertos caracteres tradicionales de nuestra conformación histórica; pero —al mismo tiempo— es protagonista de la más trascendental revolución de ideas-fuerzas que haya conocido nuestra institucionalidad política.

14. A semejanza del anterior, el nuevo Estado sigue siendo *unitario*. Pero abandonando el marcado sesgo centralista de aquél, tiende resueltamente a la autonomía de sus unidades territoriales y a la descentralización y desconcentración progresiva de su estructura administrativa.

La reforma de su división territorial, puso fin al anacrónico y artificial esquema político-administrativo de las antiguas provincias, generando las nuevas regiones del país caracterizadas como polos de desarrollo sustentable a largo plazo, en consideración a los factores humanos, productivos, culturales, de seguridad y de infraestructura, entre otros, de cada unidad geográfica, a fin de dotarlas de amplia iniciativa y

---

36. Ver Actas de la C.E.N.C. ses. N^{os} 127-128 y, especialmente, la N° 215, págs. 5 a 7. Ver Soto Kloss, Eduardo, "El Recurso de Protección", Ed. Jurídica, 1982, págs. 71 a 79. Ver también las sentencias dictadas por la E. Corte Suprema en "Sucesión Ducci-Claro", Rol 71/79, C. Ap. Valpso., y Rol N° 14.076 C. Suprema; "Federación de Estudiantes Univ. Santa María", Rol 129/80 C. Apel. Valpso. y Rol 14.782,C. Sup.; y "Morales Henríquez" Rol 138/80 C. Apel. Valpso. y Rol 14.779, C. Sup.

de razonable autonomía en el desarrollo económico y social y en la administración de los recursos de la región [37].

Chile es, como antes, una república democrática. Pero, a diferencia de los modelos anteriores, sus órganos y autoridades no sólo mandan sino que responden de sus actos y de los perjuicios que puedan ocasionar a los particulares [38].

Las decisiones de sus autoridades —como siempre— son soberanas. Pero ellas pueden ser revisadas, suspendidas y hasta dejadas sin efecto por el poder judicial, si son arbitrarias, si transgreden la ley y si agravian derechos fundamentales especialmente protegidos por las respectivas acciones constitucionales [39].

El sistema político era y es democrático y pluralista; pero la nueva Constitución no tolera que, abusando de estos sanos principios de convivencia política, se pueda atentar contra las bases del régimen constitucional que nos rige o se procure el establecimiento de un sistema totalitario o se propugne la violencia como método de acción política [40].

El nuevo Estado mantiene su papel regulador de la economía. Pero ya no puede incurrir en emisiones inorgánicas de dinero pues, en la Constitución, un organismo autónomo, llamado Banco Central, está encargado de "velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos" [40-a].

En cuanto a su rol empresarial —así como en todo lo concerniente a su posición frente a las asociaciones intermedias— su conducta se rige por el principio de subsidiariedad ya explicado precedentemente [40-b].

---

37. Ver punto 6, letra b) de la "Declaración de Principios ..." cit., arts. 99 al 104 C. Pol.; los D.L. 573 y 575 de 1974 y la LOC. Nº 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

38. Ver arts. 4º, 5º i. 2; 6º i 3; 7º i 3; 19 Nº 7-i); 38 i. 2; 41 Nº 8; 48 Nº 2 y 49 Nº 1, C. Pol.

39. Ver arts. 7º; 12; 19 Nº 24 i 3; 20; 21; 41 Nº 3; 49º 2 y 80 - C. Pol.

40. Ver arts. 18; 19 Nº 14 i 5 al 8; y art. 82 Nº 7 C. Pol.

40-a. Ver arts., 97-98 C.Pol. y art. 3º LOC. Nº 18.840 del Banco Central.

40-b. Ver art. 19 Nº 21 - C. Pol.

15. Sin embargo —y con todos los evidentes progresos que cabe reconocerle— el nuevo Estado chileno se define, más que por ellos, por un profundo cambio conceptual que intentaremos caracterizar sucintamente:

15.1. *La servicialidad del Estado.* A diferencia de todas las concepciones tradicionales en que los individuos son "súbditos", "gobernados", "administrados" o "sujetos imperados" por el poder político, nuestra Constitución proclama que *"El Estado está al servicio de la persona humana";* y lo está por motivo de la trascendencia de ésta y de su dignidad [41].

15.2. *La familia.* La segunda característica es su reconocimiento y amparo a las asociaciones intermedias y, con especial énfasis, a la familia a la que se sindica como "el núcleo fundamental de la sociedad" y a la que el Estado debe protección, asegurando su honra y el hogar que la cobija [42].

15.3. *Grupos intermedios.* Destaca, a continuación, el reconocimiento de las funciones de los cuerpos intermedios en la organización y estructura de la sociedad y la garantía estatal de su autonomía.

15.4. *Limitación de la soberanía.* Uno de los más logrados preceptos de las Bases de la Institucionalidad es el que contiene la ecuación entre el poder y la libertad. El art. 5° inciso 2° señala que *"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".* La reforma a este precepto agregó la siguiente oración. *"Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, asi como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".*

15.5. Otro de los rasgos definitorios del nuevo Estado, consiste en haber establecido, en desarrollo de la libertad, igualdad y dignidad de las personas, un sistema de derechos constitucionales y sus garantías que cubren el amplio espectro de las facultades que el ser humano necesita para su pleno desarrollo espiritual y material, con especial resguardo de la esencia de tales derechos [43].

---

41. Ver "XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público", dedicadas a la Dignidad de la Persona, 3 tomos, Edeval, 1994.

42. Ver art. 1° inc. 2, 3 y 5; y art. 19 N°s 4 y 5 C. Pol.

43. Ver arts. 1° y 19 C. Pol.

15.6. Cabe, también, destacar el reforzamiento del sistema descrito con la seguridad de que el ejercicio de estos derechos y garantías *sólo puede ser afectado* en los estados de excepción expresamente contemplados y del modo previsto en la Constitución [44].

15.7. Constituye un avance notable en nuestro ordenamiento jurídico la instauración de la acción constitucional de protección y la extensión del alcance del recurso de amparo o habeas corpus [45].

15.8. A todo el sistema descrito, de amparo de los derechos fundamentales, debe añadirse la tutela judicial de tales derechos en condición igualitaria, la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos y la constitucionalización del principio de inexcusabilidad del Poder Judicial para ejercer su autoridad aun a falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión, así como la potestad de imperio para hacer ejecutar sus resoluciones mediante órdenes directas o la fuerza pública que debe inmediata obediencia a tales mandatos [46].

15.9. Cabe aún agregar el establecimiento —en su más amplio sentido— del principio de supremacía de la Constitución y su control jurisdiccional y político [47].

15.10. También debe mencionarse el perfeccionamiento del principio de juridicidad, con señalamiento de los requisitos de validez de los actos jurídicos de derecho público y de la sanción contravencional de nulidad [48].

15.11. En resumen, la Constitución diseña un Estado de Derecho en que Chile se constituye como una república democrática, en que se garantiza el pluralismo político, se exige una efectiva democracia interna a los partidos políticos, se asegura el derecho a participar igualitariamente en la vida nacional y se sanciona, como inconstitucionales, a los partidos políticos u organizaciones que atenten contra la democracia.

---

44. Ver arts. 39 al 41 - C. Pol.

45. Ver arts. 20 y 21 C. Pol.

46. Ver arts. 19 N° 3 y 73 inc. 2°, 3° y 4° C. Pol.

47. Ver arts. 6°, 80, 82, 48 N° 2 y 49 N° 1 C. Pol.

48. Ver arts, 6° y 7° C. Pol.

15.12. He dejado para el final el sello definitorio del nuevo Estado chileno. En esta enumeración de sus características pudiera pasar desapercibido lo que en otra Jornada como ésta califiqué de "giro copernicano" de nuestra Constitución.

En lugar del Estado-Leviathán, dotado de un poder casi demoníaco sobre sus súbditos; en lugar de un Estado-gendarme, guardián de la seguridad y del orden, en lugar de un Estado de bienestar, proveedor de los recursos materiales para satisfacer todas las necesidades de los usuarios, nuestra Constitución proyecta un Estado puesto al servicio de la persona humana; pero no para servirla de cualquier manera, sino para cumplir la vieja aspiración de los filósofos de que el Estado tenga como finalidad *el bien común,* tercer elemento conceptual al que pasamos a referirnos.

IV. EL BIEN COMUN

16. Fácil resulta, desde la filosofía, definir el bien común o bien de la comunidad, como también le llamara Sto. Tomás de Aquino. Siguiendo a Aristóteles, nos dice el Doctor Angélico que todo ser tiene una naturaleza y que, conforme a ella, tiende a un fin que es su bien propio. El bien común no es, pues, otra cosa que el fin propio de la comunidad distinto y superior al bien singular de cada uno de sus miembros, pero que, a la vez, los comprende y posibilita.

Otra cosa es atrapar la idea del bien común desde la política. Porque si la filosofía es una forma de conocimiento, la política es un modo de acción; y mientras aquélla procura discernir la esencia de las cosas por sus causas últimas —sean cuales sean sus circunstancias— la política —como arte de lo posible— es una continua elección de medios según las circunstancias.

No obstante, es la filosofía la que ilumina la concepción política del bien común y a ella hay que recurrir constantemente al intentar su búsqueda en los vericuetos de la vida real.

Por eso, me parece digno de destacar que después de 24 siglos en que la idea anduvo dando vueltas en la cabeza de los filósofos —a partir de Aristóteles— un país situado en el confín del mundo tuvo la clarividencia de incorporarla en su Constitución Política como uno de los pilares de su nueva institucionalidad.

Veamos, pues, qué han dicho los filósofos acerca del bien común;

16. Santo Tomás, recogiendo el ideario de Aristóteles —a quien llama "el Filósofo"— y el pensamiento de San Pablo, San Agustín y San Isidoro —a quienes cita asiduamente [49]— se refiere al bien común, principalmente, a propósito de la Ley, de la virtud de la prudencia y con relación a la justicia.

16.1. En lo que toca a *la ley,* se pregunta Santo Tomás si ella se ordena siempre al bien común; y responde así:

"Dice (el Filósofo) que llamamos cosas legales justas a las que promueven y conservan la felicidad y todos sus requisitos en la convivencia política, teniendo en cuenta que la comunidad perfecta es la ciudad.

"Por otra parte, lo que realiza en grado máximo la noción común de un género es causa y punto de referencia de todo lo demás de ese género. Por ejemplo, el fuego, que es lo sumo en el género de lo cálido, es causa del calor en los cuerpos mixtos, y éstos no se dicen cálidos sino en la medida en que participan del fuego. De donde se sigue que, como la ley se constituye primariamente por el orden al *bien común,* cualquier otro precepto sobre actos particulares no tiene razón de ley sino en cuanto se ordena al bien común. Se concluye, pues, que *toda ley se ordena al bien común*" [50].

Luego, se pregunta si puede un individuo particular crear leyes; y contesta:

"La ley propiamente dicha tiene por objeto primero y principal el orden al bien común. Pero ordenar algo al bien común corresponde, ya sea a todo el pueblo, ya a alguien que haga sus veces. Por tanto, la institución de la ley pertenece, bien a todo el pueblo, bien a la persona pública que tiene el cuidado del mismo. Porque también en cualquier otro ámbito de cosas el ordenar a un fin compete a aquél de quien es propio este fin" [51].

Y añade, más adelante, que "...como el bien del individuo no es un fin último, sino que está *subordinado al bien común,* síguese que el bien de la sociedad doméstica se ordena, a su vez, al bien del Estado o sociedad perfecta. En consecuencia, el que gobierna una familia puede, sin duda, dictar algunos preceptos o estatutos, pero nada que tenga propiamente el carácter de ley" [52].

---

49. Santo Tomás también se inspira en Cicerón, Graciano, San Juan Damasceno, Plotino, Lombardo, Boecio, San Juan Crisóstomo y San Gregorio, entre otros.

50. Suma teológica, 1-2, C.90, a.2.

51. "Ibid., id. C.90, a.3.

52. Ibid., id. C.90, a.3, ad 3.

Citando las Etimologías de San Isidoro, Santo Tomás describe las cualidades de la ley positiva, de esta manera:

"La ley ha de ser honesta, justa, posible según la naturaleza y según las costumbres del país, proporcionada a los lugares y a los tiempos, necesaria, útil; debe ser también clara, para que no haya engaños ocultos en su oscuridad; ha de estar dictada no para provecho privado, sino para la *común utilidad* de los ciudadanos" [53].

Luego, a propósito "del poder de la ley humana", se pregunta Sto. Tomás si ella ha de proponerse con carácter general o particular; y responde:

"Todo aquello que existe como medio ordenado a un fin debe ser proporcionado a ese fin. Mas *el fin de la ley es el bien común,* puesto que, como dice San Isidoro, la ley se escribe no para provecho privado, sino para la común utilidad de los ciudadanos. Luego las leyes humanas deben ser proporcionadas al bien común. Pero el bien común implica una multiplicidad, y la ley tiene que referirse a esta multiplicidad, que puede ser tal en razón de las personas, de las actividades y de los tiempos. Porque la comunidad del Estado consta de muchas personas: su bien se alcanza por medio de muchos actos, y no se instituye para que dure solamente un poco de tiempo, sino para que se conserve siempre mediante la sucesión de los ciudadanos, según dice San Agustín en XXII De civ. Dei" [54].

16.2. En lo que concierne a *la prudencia,* se pregunta Sto. Tomás si ella abarca el gobierno de la multitud; y contesta:

"Según el Filósofo, hay quien sostiene que la prudencia no abarca el bien común, sino el bien propio, porque piensan que el hombre debe buscar solamente el propio bien. Pero esta opinión es contraria a la caridad, que no busca su interés, como afirma el Apóstol. Por esa razón dice también el Apóstol de sí mismo: Me esfuerzo por agradar a todos, sin procurar mi propio interés, sino el de la mayoría para que se salven. Es incluso contraria a la recta razón que juzga el bien común mejor que el particular. Por consiguiente, dado que es propio de la prudencia deliberar, juzgar y ordenar los medios para llegar al fin debido, es evidente que *la prudencia abarca no sólo el bien particular de un solo hombre, sino el bien común de la multitud*" [55].

---

53. Ibid., id. C.95 a.3.

54. Ibid., id. C.96, a. 1.

55. Ibid., 2-2, C.47, a. 10.

Y luego añade:

"Quien busca el bien común de la multitud busca también, como consecuencia, el suyo propio por dos razones: La primera, porque no puede darse el bien propio sin el bien común, sea de la familia, sea de la ciudad, sea de la patria. De ahí que Máximo Valerio dijera de los antiguos romanos que preferían ser pobres en un imperio rico a ser ricos en un imperio pobre. Segunda razón: siendo el hombre parte de una casa y de una ciudad, debe buscar lo que es bueno para sí por el prudente cuidado del bien de la colectividad. En efecto, la recta disposición de las partes depende de su relación con el todo, ya que, como escribe San Agustín, 'es deforme la parte que no está en armonía con el todo'.

"También la templanza y la fortaleza pueden referirse al bien común; de ahí que se den preceptos legales sobre muchos actos de esas virtudes, como escribe el Filósofo. Con mayor razón la prudencia y la justicia, que pertenecen a la parte racional, que se ocupa directamente del bien común, como la parte sensitiva se ocupa de lo particular" [56].

A continuación se pregunta el Aquinate si la prudencia que se ocupa del bien propio es la misma que se ocupa del bien común; y contesta:

"Por lo tanto, las diversas especies de hábitos se distinguen necesariamente por su relación con los distintos fines. Pues bien, son fines diversos el bien propio, el bien de la familia y el bien de la patria. Por consiguiente, esto da lugar a que haya otras tantas especies diferentes de prudencia: la prudencia propiamente dicha, ordenada al bien personal particular; la prudencia económica, ordenada al bien común de la casa o de la familia, y *la prudencia política, ordenada al bien común de la ciudad o de la nación*" [57].

16.3. Se pregunta, Sto. Tomás, a propósito de "La virtud de la justicia", si existe una particular además de una general; y responde:

"Como se ha dicho, la justicia legal no es esencialmente toda virtud, sino que es necesario que, además de la justicia legal, que ordena al hombre inmediatamente al bien común, haya otras virtudes que ordenen inmediatamente al hombre hacia los bienes particulares, los cuales pueden referirse a sí mismo o a otra persona singular. Luego, así como, además de la justicia legal, es menester que haya algunas virtudes particulares que ordenen al hombre en sí mismo, como la templanza y la fortaleza, así también es conveniente que

---

56. Ibid., id., C.47, a. 11 ad. 2 y 3.

57. Ibid., id., C.47, a. 11.

haya, además de ella, una justicia particular que ordene al hombre sobre las cosas que se refieren a otra persona singular" [58].

Y agrega luego:

"Que el bien común de la ciudad y el bien particular de una persona no difieren solamente según lo mucho o lo poco, sino según la diferencia formal, pues no es igual la razón de bien común que la del bien particular, como tampoco es igual la razón del todo que la de la parte. Y por esto dice el Filósofo, que no se expresan acertadamente los que dicen que la ciudad y la casa, y otras cosas semejantes, difieren sólo por su cuantía y parquedad y no por su especie" [59].

17. Jacques Maritain (1882-1973), seguidor de Bergson —junto con un grupo de neotomistas en que se cuentan Georges Bernanos, Jean Lacroix, Marcel Prélot, Enmanuel Mounier, Marc Sagnier, Georges Cazin, Luigi Sturzo, Mario Einaudi, Amintore Fanfani, Amoroso Lima— escribió numerosas obras filosófico-políticas tendientes a abrir caminos a una concepción humanista del Estado y de la organización social fundada en la dignidad y trascendencia de la persona humana [60].

Maritain distingue en la persona su ser individual, que es una parte del todo social, y su condición de persona que lo trasciende y es superior a la sociedad. A su obra "La Persona y el Bien Común" pertenece el texto siguiente:

"La persona como tal es un todo, un todo abierto y generoso. A decir verdad, si la sociedad humana fuera una sociedad de puras personas, el bien de la sociedad y el bien de cada persona no sería sino un solo y único bien. Pero el hombre está muy lejos de ser pura persona; la persona humana es la persona de un pobre individuo material, de un animal que viene al mundo más pobre que todos los demás animales. Si bien la persona como tal es un todo independiente y lo que hay de más noble en la naturaleza, la persona humana, se halla en el grado más bajo de la personalidad; es una persona indigente y llena de necesidades. Cuando entra a formar parte de la sociedad con sus semejantes lo hace

---

58. Ibid., id., C:58, a.7.

59. Ibid., id., C.58, a.7, ad.2.

60. Entre sus obras de este talante destacan: "La Persona y el Estado", "Humanismo Integral", "La Persona y el Bien Común", "Del Régimen Temporal y la Libertad", "Religión y Cultura", "Ciencia y Sabiduría" "Manifiesto para el Bien Común", aparte de su numerosa obra filosófica.

en razón de sus deficiencias que son prueba de su condición de individuo dentro de una especie; la persona humana queda en esa sociedad como parte de un todo más grande y de mejor condición que sus partes y cuyo bien común es muy superior al bien de cada uno. Y no obstante la razón por la que exige entrar en sociedad es precisamente la personalidad como tal y las perfecciones que encierra como un todo independiente y abierto; de tal modo que es esencial al bien del todo social como queda dicho al revertir de una u otra manera sobre cada una de las personas. La persona humana es la que entra en la sociedad; y en cuanto es individuo entra como una parte cuyo bien propio es inferior al bien del todo (del todo de personas): el cual sin embargo, no es lo que es —y de consiguiente superior al bien privado— si no sirve a las personas individuales y se distribuye entre ellas y respeta su dignidad.

"Por otro lado, en razón de su ordenación al absoluto y según que es llamada a un destino superior a lo temporal; dicho de otro modo, según las más altas exigencias de la personalidad como tal, la persona humana en cuanto totalidad espiritual subordinada y referida al Todo trascendental, está sobre todas las sociedades temporales y es superior a ellas. Y bajo este aspecto, respecto a las cosas que no pertenecen al César, la sociedad misma y su bien común están indirectamente subordinadas, como a un fin de otro orden que está sobre ambos, a la realización perfecta de la persona y de sus aspiraciones supratemporales. Una sola alma humana vale más que todo el universo y que todo el conjunto de los bienes temporales; ninguna cosa es superior a un alma inmortal, sino Dios. Con respecto al destino eterno del alma, la sociedad es para cada persona y queda subordinada a ella.

"Decíamos poco ha que el bien común deja de ser lo que es si no retorna a las personas y se redistribuye entre ellas. Añadamos ahora —cosa que tiene mayor alcance, aunque deriva de los mismos principios—, que el bien común de la ciudad o de la civilización —bien común esencialmente humano y del que ningún hombre está separado—, no se mantiene en su verdadera naturaleza si no respeta aquello que es superior a él; si no está subordinado, no como puro medio sino como un fin infravalente, al orden de los bienes eternos y a los valores supratemporales de los que depende la vida humana" [61].

Resulta esclarecedor del pensamiento de Maritain sobre la persona, la sociedad y el bien común, el siguiente texto de "Humanismo Integral":

"La concepción del régimen de civilización o del orden temporal que nos parece fundado en razón tiene tres caracteres típicos: ante todo, es comunitario, en el sentido de que, para él, el fin propio y especificador de la ciudad y de la civilización es un bien común diferente de la simple suma de los bienes individuales, y superior a los intereses del individuo en cuanto éste es parte del todo

---

61. "La Persona y el Bien Común", Club de Lectores, B. Aires, 1991, pgs. 66 a 68.

social. Este bien común es, esencialmente, la recta vida terrenal de la multitud reunida, de un todo constituido por personas humanas: que es, por ello, a la vez material y moral.

"Pero además y por ello mismo, ese bien común temporal no es fin último. Está ordenado a algo mejor: al bien intemporal de la persona, a la conquista de su perfección y de su libertad espiritual.

"Por ello la justa concepción del régimen temporal tiene un segundo carácter: es personalista, entendiendo por tal que es esencial al bien común temporal el respetar y servir los fines supratemporales de la persona humana.

"En otros términos, el bien común temporal es fin intermedio o infravalente; tiene su especificación propia, por lo que se distingue del fin último y de los intereses eternos de la persona humana. Pero en su especificación misma se envuelve su subordinación a ese fin y a esos intereses de los que recibe sus normas. Tiene su consistencia propia y su bondad propia, pero precisamente a condición de reconocer esta subordinación y no erigirse en bien absoluto.

"El centro absoluto de estabilidad a que aquél se refiere no está en él, sino fuera de él, siéndole, pues, esencial el sufrir la atracción de un orden de vida superior, que prepara de más o menos lejos según los diversos tipos de sociedad política, así como el llevar en sí los comienzos de lo que le sobrepasa.

"La sociedad política no tiene por oficio conducir a la persona humana a su perfección espiritual y a su plena libertad de autonomía, es decir a la santidad. Sin embargo, la sociedad política está destinada esencialmente, en razón del fin terrenal que la especifica, a desarrollar condiciones de medio que lleven a la multitud a un grado de vida material, intelectual y moral conveniente para el bien y la paz del todo, de tal suerte que cada persona se encuentre ayudada positivamente en la conquista progresiva de su plena vida de persona y de su libertad espiritual" [62].

18. Johannes Messner, en una obra monumental que abarca desde la naturaleza del hombre hasta la economía y la paz mundiales, se refiere al bien común en los siguientes términos:

"El fin de la sociedad es, en consecuencia, la ayuda que todos necesitan para el cumplimiento responsable de las tareas vitales fundadas en los fines existenciales. Como esta ayuda se hace posible por la unión de todos los miembros de la sociedad, y es al mismo tiempo necesitada por todos, se le da el nombre de *bien común,* utilidad común o bien social.

"De la naturaleza de la sociedad, tal como se representa en nuestro análisis, se deriva también inmediatamente una primera precisión del bien común, entendido como la ayuda al hombre individual, que se hace posible a través de ella. En efecto, ontológica y metafísicamente la naturaleza del hombre se presenta necesitada de complemento y, al mismo tiempo sin embargo, destinada

---

62. "Humanismo Integral", Ed. Lohlé, B. Aires, 1966, págs. 105-106.

de modo absoluto a la realización responsable de los fines existenciales en ella trazados. El hombre necesita, para llegar al ser plenamente humano, la unión íntima con la sociedad. Pero la consecución de este ser plenamente humano depende esencialmente de su responsabilidad y actividad propias en el cumplimiento de las demandas que aquél exige. Para aclararlo volvamos al ejemplo ya citado. El animal puede ser provisto de todo lo necesario, sin que sufra menoscabo la plena realidad de su ser que su naturaleza exige. El caso del hombre es distinto. A él no se le puede procurar de modo semejante todo lo necesario (y luego también la jornada de trabajo), porque el ser plenamente humano está ligado esencialmente a la responsabilidad y actividad propias, es decir, al ser de la persona. De ello se deduce en relación con la esencia ontológica y metafísica del bien común que, aun cuando se base en la necesidad y susceptibilidad de complemento de los individuos, no consiste fundamentalmente en la reunión por los individuos en un fondo común de bienes y servicios, ni tampoco en la simple distribución de bienes procedentes de reservas comunes, constituidas por las prestaciones de bienes y servicios hechas por los miembros de la sociedad para formar un fondo común. El bien común consiste más bien, en hacer posible, mediante la unión social, el cumplimiento responsable y con medios propios de las tareas vitales trazadas a los miembros de la sociedad por los fines existenciales. El ejemplo que acabamos de usar puede servimos para llegar a mayor claridad. El animal doméstico no resulta perjudicado en su ser propiamente natural, cuando se le provee de alimentos, pero en cambio el 'Estado previsor' puede menoscabar la propia esencia natural del hombre porque le priva de una esfera de decisión y responsabilidad que le es propia. Dado que por esta razón perjudica al hombre en bienes de valor supremo, puede decirse que, a pesar de sus grandes realizaciones en interés de la seguridad social, es contrario al bien común.

"A lo dicho se añade una segunda consecuencia derivada de la naturaleza de la sociedad. El concepto del bien común designa una realidad de contenido determinado y no está abandonada al arbitrio de la voluntad. Esta realidad está ontológica y metafísicamente determinada en sus rasgos fundamentales por la naturaleza humana, con la necesidad y susceptibilidad de complemento que le son propias para cumplir lo que una existencia plenamente humana exige a todos los miembros de la sociedad. Por esta razón, la determinación y planeamiento del bien común, es asunto de la voluntad y del arbitrio de la sociedad sólo dentro del marco del orden natural así trazado y de su ordenación finalista. Sin embargo, dentro de este marco, la determinación y planeamiento del bien común es efectivamente asunto de la voluntad y de la tendencia a la consecución de valores de los miembros de la sociedad, ya que está al servicio de sus intereses y de sus deseos. Son especialmente materia de la decisión de esta voluntad los medios para la realización de la utilidad común, su clase y el modo de su aplicación. A este respecto no existe en verdad límite alguno para la libre decisión de la comunidad, con excepción de la exigencia de que los medios no se encuentren en contradicción con los fines existenciales.

"La tercera consecuencia que se deriva inmediatamente de la razón de ser y del fundamento de la ordenación de la sociedad, se refiere a las funciones principales del bien común. Estas son dos: La primera consiste en la defensa

contra las perturbaciones procedentes de los bajos instintos de la naturaleza humana, que amenazan el orden de la convivencia, presupuesto de la existencia plenamente humana. Con ello forma parte de esta función, sobre todo, la seguridad de que los miembros de la sociedad no serán obstaculizados por otros en el cumplimiento de sus tareas vitales. La defensa contra tales abusos sólo será posible mediante la cooperación social. Esta defensa es un aspecto de la ayuda que el bien común representa para los miembros de la sociedad, esto es, la creación de un orden de paz. En este caso se trata, por decirlo así, de una función negativa que se lleva a cabo principalmente con ayuda del Derecho, que se sirve de su poder coactivo para luchar contra los miembros asociales de la sociedad. La segunda función principal del bien común, de carácter absolutamente positivo, trata de hacer posible la existencia plenamente humana de los miembros de la sociedad, y consiste en la creación de un orden de bienestar. La necesidad y susceptibilidad de complemento del hombre individual presentan aspectos muy diversos, de donde resulta éste, como mostró nuestro análisis ontológico y metafísico de la sociedad, se encuentra ligado a unidades sociales de índole muy diversa para la consecución de su ser plenamente humano. Por ello encontramos, en la razón de ser y en la ordenación de la sociedad misma, una pluralidad de fines existenciales sociales a los que se encuentra ligado el desarrollo anímico, espiritual, moral, religioso, cultural, económico y social que conduce al ser plenamente humano. En la comprensión del bien común, que constituye su esencia, no hay, de ningún modo, que pensar solamente en el Estado y en la comunidad política, sino también en la familia y el pueblo, la comunidad de vecinos y la profesional, la comunidad religiosa y la de naciones" [63].

Y agrega más adelante:

"El bien común consiste en un continuo proceso de asimilación de nuevos factores y en la acomodación a las nuevas exigencias. Estos factores y necesidades están en conexión con determinados fines, intereses, deseos e impulsos productivos y creadores que determinan la intervención de factores humanos. Por eso, el grado de realización del bien común depende del grado de 'autodeterminación' de los miembros de la sociedad en la configuración de las necesidades y en la incorporación de nuevos factores. Visto desde la vida misma, esto es lo que constituye el principio social de la subsistencia: tanta libertad como sea posible, tanta regulación como sea necesaria. Lo cual significa que la realidad del bien común resulta incompatible por su misma esencia con un sistema rígido de economía social, por el estilo del dirigismo estatal o de todos los remedios que se reducen tan sólo a un único procedimiento (por ejemplo, esos proyectos que se orientan en el sentido de que todos los males económicos quedarían eliminados con sólo suprimir el interés del capital o el patrón oro o el crédito social)" [64].

---

63 Messner, ob. cit. pgs. 199 al 201.

64. Ibid. Id., pág. 575.

19. La Junta de Gobierno asumió el núcleo de las ideas transcritas y concibió el bien común de la manera siguiente:

"EL FIN DEL ESTADO ES EL BIEN COMUN GENERAL.

"No obstante lo expuesto anteriormente, como el hombre no puede buscar su plenitud sin vivir en sociedad, debe agruparse con otros seres humanos. La forma jurídicamente superior de la agrupación es el Estado.

"El fin del Estado es el bien común general, definido por la propia Junta de Gobierno en un reciente documento público, como 'el conjunto de condiciones sociales que permita a todos y a cada uno de los chilenos alcanzar su plena realización personal'.

"Esta definición traduce una concepción del bien común, que difiere por igual de la que sustentan el individualismo liberal y el colectivismo totalitario. El individualismo liberal concibe al bien común como la simple suma de los bienes individuales, que cada cual procura obtener con casi total prescindencia del de los demás.

"El colectivismo se sitúa en el extremo opuesto, y entiende el bien común como un concepto referido al todo colectivo o estatal, frente al cual el bien individual de cada persona desaparece por completo. De este modo, nuestro siglo ha presenciado las horribles masacres del comunismo o el nacionalsocialismo, justificadas por sus autores en nombre de un supuesto 'bien o necesidad colectiva', lo que revela un desconocimiento absoluto de que la persona humana, en virtud de lo expuesto en los puntos anteriores, goza de un ser y de un fin último que le conceden derechos que ninguna autoridad humana puede legítimamente atropellar.

"La verdadera idea de bien común se aparta de ambos extremos, y los supera. Ve en el bien común un bien de orden o de relación, que hace que la obtención del bien individual de cada uno exija para ser verdaderamente tal una preocupación y respeto solidario y activo por el bien de los demás, lo cual descarta la concepción liberal. Pero, al mismo tiempo, parte del reconocimiento de los derechos naturales de la persona humana, y niega que en nombre de un falso 'bien común' pudiera llegar ser admisible su conculcación.

"El bien común no es, pues, el bien del Estado. Tampoco es el bien de la mayoría, y mucho menos es el de una minoría. Es el conjunto de condiciones que permita a todos y a cada uno de los miembros de la sociedad alcanzar su verdadero bien individual. El bien común se orienta a posibilitar la obtención de los bienes individuales de los hombres, pero no de algunos de éstos, sean mayoría o minoría, sino de todos y cada uno de ellos. De ahí que el bien común sea un objetivo que nunca puede alcanzarse completamente, como tampoco puede lograrse la perfección personal absoluta. Pero señala al Estado una meta hacia la cual debe acercarse en la mayor medida en que las circunstancias lo permitan. Constituye un permanente desafío para el Estado, en orden a tender constantemente hacia el objetivo perseguido, aunque su estable plenitud se escape siempre por la imperfección humana.

"El Derecho aparece entonces como el principal instrumento de que se vale la autoridad para promover el bien común general, es decir, para ir confi-

gurando de acuerdo a las cambiantes circunstancias de cada momento histórico el orden o modo de relación y convivencia más adecuados, para hacer posible que todos y cada uno de quienes forman la sociedad alcancen su propio bien personal" [65].

20. La C.E.N.C., en el documento "Proposiciones e Ideas Precisas", describió "El Fin del Estado" en los siguientes términos:

"*El Fin del Estado:* a) El Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad, alcanzar su mayor realización material y espiritual posible, con pleno respeto a la seguridad, libertad y dignidad del ser humano y a su derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. b) Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y propender a la integración armónica de todos los sectores de la Nación. Se rechaza toda concepción totalitaria de la sociedad o inspirada en el fomento de antagonismos sociales.

"a) *Bien Común.* De este modo, se señala en primer término al Estado, una meta hacia la cual debe acercarse en la mayor medida en que las circunstancias del país lo permitan y de ella surge que la norma suprema que debe inspirar y guiar los actos del gobernante ha de ser el bien común. Expresiones o elementos integrantes del bien común, que destacamos explícitamente por su trascendencia en la nueva institucionalidad, son la seguridad nacional y la unidad e integración nacionales.

"b) *Seguridad Nacional.* A este respecto, se dispone que es deber del Estado resguardar la seguridad nacional. Este deber ha de entenderse, por cierto, sin perjuicio del que le asiste a todo chileno de contribuir a su preservación y que está contemplado en el párrafo relativo a los deberes constitucionales del que nos ocupamos más adelante.

"La seguridad nacional en los Estados modernos tiene especial trascendencia, ya que ella, en su más amplio sentido, no sólo comprende la defensa de la integridad territorial y de la soberanía nacional, sino que también el desarrollo del país, pues una Nación vigorosamente desarrollada está en mejores condiciones para precaver o superar con éxito las situaciones de emergencia que puedan afectarla.

"c) *Unidad e Integración Nacionales.* Finalmente el precepto de que se trata dispone que es deber del Estado propender a la integración armónica de todos los sectores de la Nación y rechaza toda concepción totalitaria de la sociedad o inspirada en el fomento de antagonismos sociales" [66].

---

65. "Declaración de principios...", cit., párr. 3.

66. Ver Rev. Chilena de Derecho cit., 1981, págs. 167-168.

Después de todas estas aproximaciones a un concepto tan rico, pero tan escurridizo a la hora de querer aplicarlo, vale la pena preguntarse:

-¿Qué es en concreto y en definitiva el Bien Común?

-¿Es acaso una cosa, como el pan que se reparte o los recursos que el Estado distribuye?. Creemos que no.

Nos parece que el bien común tiene una doble vertiente: Es un fin para el Estado y —por ende— para el conjunto de la sociedad. Y es un medio para cada uno de sus miembros y para los cuerpos intermedios en que éstos se integran.

Como fin del Estado el Bien Común significa la preservación y el acrecentamiento de sus valores culturales, entre ellos, la libertad, la justicia, el pluralismo, la solidaridad social, el sometimiento al Derecho y el repudio al abuso y a toda forma de arbitrariedad.

El Bien Común, como fin del Estado, implica también la promoción de los derechos humanos [67], de manera de hacer su ejercicio accesible a todos, en condiciones igualitarias. Para ello es deber del Estado ir removiendo, progresivamente, los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad de oportunidades y el igual ejercicio de todos los derechos.

El Bien Común —considerado como medio— obliga al Estado a crear las condiciones sociales que permitan —como dice la Constitución— a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad su mayor realización espiritual y material posible.

De esta manera se cumple el axioma que dice que los fines en el orden teórico se transforman en medios en el orden práctico.

El Estado realiza el Bien Común directa e indirectamente. Es así que, a veces, proporciona directamente a las personas los recursos necesarios para su realización personal, como cuando organiza servicios de salud, de educación en todos sus niveles, cuando administra justicia, o cuando proporciona los servicios de policía, de defensa, de comunicaciones o provee a la seguridad nacional.

Pero también lo realiza indirectamente, cuando ampara y promueve a las asociaciones intermedias, cuando las fortalece y les brinda protección, ayuda y seguridad, proporcionándoles así el clima y los recursos necesarios para que éstas cumplan su misión de ser el aposento

---

67. Ver art. 5 inc. 2° C. Pol.

del hombre, el circulo humano más amable, que cada ser humano encuentra o elige para realizarse.

Decía Sto. Tomás que "el bien es aquello que todos apetecen". El bien común conforma el ideal de convivencia humana apetecido por toda la comunidad.

Estimados colegas académicos: la mente humana nunca ha sido un semillero de ideas estériles. Es cierto que algunas tardaron en hacerse realidad. Es cierto que otras necesitaron de la violencia revolucionaria para imponerse.

El cuerpo de ideas que hemos venido describiendo: —Asociaciones Intermedias, Estado y Bien Común— ha venido madurando desde hace 24 siglos. Ellas, para encarnarse en Chile, no necesitan de ninguna violencia. Porque ellas cuentan con el respaldo inteligente de la pléyade de pensadores de estatura universal que las elaboraron y con la poderosa energía vinculante de nuestra Constitución.

Yo les invito a la hermosa tarea de reflexionar sobre estas ideas y difundirlas. Para que podamos tener en nuestra patria y en las patrias de los ilustres académicos venidos de países vecinos y lejanos, una sociedad más libre, más justa y más solidaria; para que el siglo XXI que ya tenemos al alcance de la mano, asista a la entronización de la persona en el centro de gravedad del Estado y del Derecho; y para que los cuerpos intermedios y el bien común sean las dos alas que el ser humano necesita para remontar el vuelo de su espíritu.

La Universidad de Valparaíso abre sus brazos para acogerles, augurándoles una provechosa convivencia en estas XXX Jornadas.

SEGUNDA SECCION
COMUNICACIONES RECIBIDAS EN LA I COMISION
DERECHO CONSTITUCIONAL

AUTONOMIA DE LOS GRUPOS INTERMEDIOS Y DETERMINACION DE SUS PROPIOS FINES ESPECIFICOS

MIGUEL ANGEL FERNANDEZ GONZALEZ *

I. INTRODUCCION

Comienzo agradeciendo a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en la persona de su Decano, Sr. Antonio Pedrals García de Cortázar, y del Presidente del Departamento de Derecho Público, Profesor Lautaro Ríos Alvarez, por la invitación que nos ha formulado a los profesores de todo Chile para participar en estas *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público,* dedicadas a las *Asociaciones Intermedias, Estado y Bien Común.*

Quisiera destinar esta ponencia a *resolver dos cuestiones,* ambas directamente vinculadas con la autonomía que la Constitución reconoce a los grupos intermedios:

Primera, ¿puede la ley imponer a un grupo intermedio la consecución obligatoria de una finalidad específica o la realización de las actividades necesarias para lograrla, sea que el objetivo se encuentre expresado o implícito en la decisión legislativa? y

Segunda y al contrario, *¿es competente la ley para prohibir* a las asociaciones intermedias, *alcanzar determinados fines y/o ejecutar las actividades que permitan lograrlos?*

---

* Magister en Derecho Público, Profesor de Derecho Político y Constitucional, de las Universidades Católica y de Chile.

Comienzo, por cierto, refiriéndome al *sentido y alcance del artículo 1° inciso 3°* de la Constitución, para luego abordar las dos interrogantes formuladas.

II. EXPLICACION DEL ARTICULO 1° INCISO 3°

El *precepto* referido dispone que *"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"*.

1. *Concepto y Deberes del Estado*

La *doctrina* más autorizada ha explicado la noción de grupo o asociación intermedia señalando que se trata de:

> "(...) todos los entes colectivos que, *por imperio de la naturaleza misma o del instinto social del hombre,* conviven en el seno del Estado y *cuya existencia y actuación no derivan exclusivamente de la voluntad de éste, aunque no se organicen de acuerdo con las normas jurídicas pertinentes a su respectiva índole* (...)" [1].

Y con mayor precisión, el mismo autor explica que grupo intermedio:

> "(...) es todo ente colectivo no integrante del aparato oficial del Estado, *goce o no de personalidad jurídica,* que en determinada situación actúa tras ciertos objetivos" [2].

Los grupos intermedios, entonces, son asociaciones, *voluntariamente creadas* por los hombres, entre ellos y el Estado, para que —con adecuada autonomía— cumplan con sus propios fines específicos.

En relación con dichos entes, el Poder Constituyente, al tenor del precepto transcrito, *impone al Estado los deberes de reconocer y amparar* a esos grupos.

---

1. Alejandro Silva Bascuñán: "Proyección Política de los Grupos Intermedios" en *Actas de las VII Jornadas de Derecho Público* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976) p. 114; y en *IV Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997) p. 44.

2. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado* citado en *supra* nota 1, p. 51.

Ahora bien y atendido que ninguno de los deberes impuestos al Estado ha sido definido por la Constitución, resulta menester acudir a su *sentido natural y obvio* [3]. *Así, reconocer* significa " examinar con cuidado a una persona o cosa para enterarse de su identidad, naturaleza y circunstancias" [4] y, en su quinta acepción, *"confesar con cierta publicidad la dependencia, subordinación o vasallaje en que se está respecto de otro,* o la legitimidad de la jurisdicción que ejerce" [5].

De las definiciones transcritas, queda en evidencia que *las asociaciones intermedias son anteriores al Estado,* pues *sólo es posible reconocer lo que ya existe.* Mas, dichas asociaciones *también son superiores* al Estado, porque sólo así se explica el deber que la Constitución le impone de *ampararlos,* es decir, de brindarles apoyo, protección, seguridad o garantía [6].

En suma, los grupos intermedios son *asociaciones, con o sin personalidad jurídica,* formadas por *individuos y/u otras entidades,* personificadas o no, entre ellos y el Estado que deben ser *reconocidas y amparadas por éste* para que, con *adecuada autonomía,* cumplan sus *propios fines específicos,* ya que a través de ellas *se organiza y estructura la Sociedad.*

2. *Principio de Subsidiariedad*

A. *Origen y Alcance*

El reconocimiento y amparo impuesto por la Constitución al Estado respecto de los grupos intermedios, de lo cual se desprende la primacía de éstos sobre aquél, hace que tenga sentido sostener, como lo hace la unanimidad de la doctrina en Chile, que, en el artículo 1° inciso 3°, subyace el *Principio de Subsidiariedad* [7]:

---

3. *Artículo 20°* del *Código Civil.*

4. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (Madrid, Ed. Espasa - Calpe, 1992) p. 1.236.

5. *Id.*

6. *Id.*, p. 93.
Cfr. Jorge Luis Varela del Solar: "Estudio Sobre el Artículo 1° de la Constitución de 1980", *XI Revista Chilena de Derecho* (1984) p. 393.

7. El *Diccionario* citado en *supra* nota 4, p. 1.356, dice que *subsidiariedad* significa *"tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado* en apoyo a las activi-

" Tiene que abogarse por el concepto amplio o extenso de aquel Principio, apoyándose para ello en el *artículo 1° inciso 3°* de la Constitución, el cual es vasto y no acotado en su sentido. Por lo demás, ese sentido es el que corresponde al enunciado genuino del Principio y que no puede ser comprimido a lo económico, como si ese ámbito pudiera ser aislado de la proyección social y política que tiene la convivencia humana. Es así, entonces, *abriendo espacio resueltamente al criterio extensivo,* que se concibe aquí el rol del Estado en la enseñanza y demás atributos referidos.

Es menester comprometerse, también, con la tesis que asume un *doble sentido* en el Principio de Subsidiariedad. Quiero decir con esto que *el Estado-Gobierno se contrae cuando la Sociedad Civil se expande,* porque cumple su rol en la concreción del bien común. Pero que el Estado se expande si dicha Sociedad no satisface su deber en ligamen con la realización del bien aludido por egoísmo, desidia, codicia, indolencia, corrupción, crisis de valores u otros motivos.

La clave yace, por ende, no sólo en tener conciencia de los dos fenómenos descritos sino que, al mismo tiempo, en que la Constitución y las leyes contemplan los procedimientos, órganos y competencias para decidir, en casos concretos, si está o no allanada la injerencia prioritaria del Estado-Gobierno. Aunque tradicionalmente fue a este último al que se presumió habilitado para imponerse a la Sociedad, ahora tiene que ser reconocido *también a ésta el derecho a controlar la eficiencia y eficacia del aparato estatal en el desempeño de sus roles exclusivos*"[8].

En nexo con el *Principio* aludido, conviene acudir a sus orígenes, con el objeto de visualizar en su exacta dimensión *los alcances* que tiene:

"Por lo que toca a la palabra latina subsidiaria, es cierto —escribe Messner— que se deriva de *subsidium*, pero su significado principal, que pertenece al lenguaje militar, no es en ningún modo el de "ayuda en sentido propio", sino el de *"servir como reserva"*, es decir, *ayuda en caso de que fallen las formaciones que son en primer lugar responsables y competentes* (...).

---

dades privadas o comunitarias" y *subsidiario* quiere decir "que se da o se manda en socorro o subsidio de uno" y, en su segunda acepción, "aplícase a la *acción o responsabilidad que suple o robustece a otra principal*".

Eduardo Soto Kloss: *I Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996) pp. 130 - 146.

8. José Luis Cea Egaña: "Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno " en Carlos Peña González: *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996) p. 50.

El Principio de Subsidiariedad es un *principio de división de competencias,* por lo que —entre otras cosas— tiene el significado de revelarse como *límite frente al Estado pero, también, como límite a la acción de los individuos y grupos.*

Se impone, por tanto, el *reconocimiento y el respeto, tanto por parte del Estado como por los individuos y las colectividades intermedias de atribuciones y derechos naturales que corresponden a aquél y a éstos* y, así, las asociaciones ejercen funciones estimables a la vez que —sin perjuicio de "dar al César lo que es del César", es decir, al Estado lo que pertenece al Estado— *sirven de contrapeso a la omnipotencia estatal.*

La decisión de ayudar y suplir *se justifica cuando,* en circunstancias concretas, *la conminan motivos de manifiesta y verdadera necesidad de bien común*"[9].

A partir del Principio de Subsidiariedad, *Base de la Institucionalidad,* entonces, cabe *configurar una concepción del Estado diversa,* expresiva del valor consistente en *la primacía de la Sociedad,* donde el Estado se encuentre, realmente, *al servicio de la persona humana,* de las familias y de las asociaciones intermedias que ella forma para la consecución de sus fines y como contribución al bien común [10].

B. *Nueva Visión del Derecho Político*

De la concepción subsidiaria del Estado, por ende, no puede menos que seguirse la *necesaria revisión de los contenidos de nuestros cursos de Derecho Político,* pues a la preponderancia histórica de las Teorías del Estado y del Gobierno *debe oponerse,* ahora, *la preeminencia de las Teorías de la Sociedad y de la Constitución,* conservando las dos primeras, pero reenfocándolas, al *situar su núcleo en el Elemento Humano,* antes que en el Poder, y, consecuentemente, *revitalizando también el rol del Elemento Normativo,* en cuanto cauce civilizado a la solución de las controversias y mecanismo para hacer efectivo el respeto y promoción de los derechos fundamentales.

---

9. Jorge Sarmiento García (Director): *Derecho Público* (Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1997) pp. 39 y 41.

10. Léase mi ponencia presentada en las *XXIX Jornadas de Derecho Público* (en prensa), celebradas en la Pontificia Universidad Católica de Chile, en 1998, sobre "Globalización: Rol del Derecho Público y Transformación del Estado". Asimismo, mis "Reflexiones en torno de algunas Consecuencias de la Integración en la Institucionalidad Vigente en Chile" (no publicada) presentadas en las *I Jornadas Argentino-Chilenas de Derecho Público,* celebradas en Buenos Aires, en agosto de 1997.

La Teoría del Estado debe, por lo dicho, *estructurarse y enseñarse sobre la base de la Sociedad y en torno de ella* analizar el Territorio y la Soberanía; asimismo, *la Teoría del Gobierno, exige configurar un Estado Moderno,* entendiendo esta expresión como *la del Estado Bisagra, que no se califica por su tamaño, funciones, cometidos ni importancia, sino porque se constituye en una organización de entes destinada a procurar la revitalización y preeminencia de la Sociedad Civil, manifestada en una doble vertiente* [11]: *Hacia afuera y hacia el interior* del propio Estado.

C. *Estado Bisagra*

En efecto y en primer lugar, *hacia afuera,* en cuanto *resulta menester aumentar los grados y niveles de autonomía de los grupos intermedios,* lo cual es permitido y propiciado por el artículo 1° inciso 3° de la Constitución y ello *en todos los ámbitos y no sólo en lo económico-social,* como queda en evidencia, v. gr., con lo dispuesto en los artículos 19° N°s 9°, 10°, 11°, 12°, 15°, 16°, 18°, 19° y 21° de la Carta Fundamental.

Y repárese que *de esta mayor autonomía* que se reconozca y permita a las personas y a las asociaciones que formen, no sólo *se benefician* ellas, sino que *todo el Sistema Político,* por cuanto la aplicación concreta el Principio de Subsidiariedad del Estado es un camino cierto para la perfección del régimen democrático:

"(...) no hay duda de que estamos asistiendo a la *extensión del proceso de democratización.* Si tuviésemos que señalar *una de las características* más evidentes e interesantes de una *sociedad políticamente en expansión* (...) *no podríamos dejar de indicar la petición y el ejercicio efectivo de siempre nueva participación* (...).

(...) lo que está ocurriendo es que *el proceso de democratización* (...) se *va extendiendo desde la esfera de las relaciones políticas* —de las relaciones en que el individuo es tomado en consideración a su papel de ciudadano— *hasta la esfera de las relaciones sociales,* donde el individuo es considerado en la individualidad de su estatus y de sus papeles específicos, por ejemplo, de padre y de hijo, de cónyuge, de empresario y de trabajador, de profesor y de estudiante e incluso de padre y de estudiante, de médico y de enfermo, de administrador y de adminis-

---

11. Léanse del profesor José Luis Cea Egaña: "Derecho Público, Sociedad y Estado", *XVI Revista Chilena de Derecho* (1989) pp. 189-198; "Una Tesis para la Reforma del Estado de Chile", *XIX Revista Chilena de Derecho* (1992) pp. 277-283; y "Descubriendo el Futuro de Nuestra Sociedad Estatal", *XX Revista Chilena de Derecho* (1993) pp. 209 ff.

trado, de productor y de consumidor, de administrador de servicios públicos y de usuario, etcétera.

Con una expresión sintética, se puede decir que si hoy se puede hablar de *proceso de democratización, éste consiste* no tanto —como se dice a menudo erróneamente— en el tránsito de la democracia representativa a la democracia directa, cuanto *en el paso de la democracia política a la democracia social*" [12].

En segundo lugar, la preeminencia de la Sociedad se concreta en el Estado Bisagra *hacia adentro* o hacia el interior del propio Estado, en cuanto cabe *maximizar el proceso de descentralización política* [13] *y autonomía hacia las regiones, provincias y comunas.* En esta tarea, qué duda cabe, se está profundizando también el régimen democrático, pues conforme se avanza en los procesos que dotan de autonomía a los niveles territoriales:

"El pueblo pasa del control a la acción. No se contenta con limitar el poder gubernamental, sino que *reclama la iniciativa del mando*" [14].

---

12. Norberto Bobbio: *El Futuro de la Democracia* (México, Fondo de Cultura Económica, 1986) pp. 68-69.

13. Esto es, la *forma estatal* "en que se reúnen los *siguientes requisitos copulativos:*

Primero, los órganos regionales tienen *personalidad jurídica de Derecho Público, funciones, atribuciones y patrimonio propios;*

Segundo, los *integrantes de los órganos regionales son democráticamente elegidos* por el Cuerpo Electoral de la región mediante sufragio universal y en votación directa;

Tercero, esos órganos *reciben de la Constitución competencia* para darse sus propios estatutos (....); y

Cuarto, la administración, la jurisdicción y el control, en general, *se realizan por organismos regionales autónomos,* no dependientes de ni subordinados jerárquicamente a las autoridades correspondientes de la capital, aunque sean éstas las que retenga la facultad de revisar, sólo *a posteriori* y por la vía de la tutela si son entes administrativos o de control de constitucionalidad y legalidad en los demás casos, lo resuelto en ciertos y graves asuntos en la sede regional", según explica José Luis Cea Egaña en "Sobre el Nuevo Gobierno Regional Chileno", *III Revista de Derecho* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1992) p. 10.

En el mismo tópico Mario Verdugo Marinkovic y Ana María García Barzelatto: *Manual de Derecho Político* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992) pp. 158-159; y en lo concerniente a la descentralización administrativa, véase Alejandro Vergara Blanco en "Reforma Constitucional y Descentralización Administrativa", *XVIII Revista Chilena de Derecho Nº 2* (1991) p. 339.

14. Manuel Jiménez de Parga: *Los Regímenes Políticos Contemporáneos* (Madrid, Ed. Tecnos, 1987) p. 137.

Mas reitérese que *la descentralización debe ser política —o máxima,* en palabras de un autor extranjero [15]— y *no meramente administrativa:*

"En un panorama pluralista de la Sociedad y el Estado, donde los poderes institucionales funcionan con autonomía (cada persona y cada institución tiene su poder autónomo), la descentralización encuentra su último soporte ideológico. Pero auténticamente sólo se califica como tal *cuando esos poderes institucionales comparten el poder público,* no siendo suficiente que rijan sin injerencia estatal la órbita de su propia competencia. La descentralización aparece cuando las instituciones *ejercen algunas funciones de ese poder público* y gozan de ciertos atributos suyos; en una palabra, cuando adquieren carácter públi co (...).

Tal es la *descentralización política, en la que el fin estatal, se cumple* por órganos no puramente políticos, sino *con participación en la función pública de los grupos sociales.* Las funciones propias del Estado se distribuyen *entre las sociedades que en su seno existen,* en calidad de órganos que ejercitan la potestad pública *con agentes locales surgidos del grupo mismo,* y no delegados o emanados del gobierno central" [16].

En consecuencia, la aplicación del *Principio de Subsidiariedad,* implícito en el artículo 1° inciso 3° de la Constitución, significa *propiciar el Estado Bisagra,* es decir, *un Estado que privilegia la autonomía* de las personas, de las familias y de los grupos intermedios, por una parte; y la *descentralización política,* de otra. Esto implica, en el ámbito de los estu-

---

15. Roberto Dromi: *Administración Local de la Economía* (Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997) p. 41.

16. Germán José Bidart Campos: *Doctrina del Estado Democrático* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961) pp. 313 - 314.

En este sentido, recuérdese lo escrito por Alexis de Tocqueville en *La Democracia en América* (Madrid, Ed. Sarpe, 1984) pp. 84 - 85:

"Hay *dos medios de disminuir el poder* de la autoridad de una Nación:

Consiste el primero en debilitar el poder en su principio mismo, privando a la sociedad del derecho o de la facultad de defenderse en ciertos casos (...).

Hay un segundo medio de disminuir la acción de la autoridad: No consiste éste en quitar a la sociedad algunos de sus derechos, o en paralizar sus esfuezos, sino en *repartir el uso de sus poderes en varias manos,* en multiplicar los funcionarios atribuyendo a cada uno de ellos todo el poder que requiere para ejecutar aquello que se le encomienda. Existen algunos pueblos en los que esta división de *poderes sociales* también puede conducir a la anarquía por sí misma, sin embargo no es anárquica. Así dividida la autoridad es menos arrolladora y peligrosa, pero no se destruye (...)".

dios del Derecho, *focalizar el Derecho Político en las Teorías de la Sociedad y de la Constitución,* por sobre las del Estado y del Gobierno, *privilegiando los Elementos Humano y Normativo* antes que el Elemento Energético o Poder [17].

3. *Fundamento de la Sociedad*

El reconocimiento y amparo que la Constitución obliga que el Estado prodigue a los grupos intermedios, lo cual sustenta el Principio de Subsidiariedad, *se justifican* porque es a través de estos grupos que *se organiza y estructura* la Sociedad, esto es, el Estado-Nación, Sociedad Civil o No Estado, entendiendo esta última expresión en el sentido que con ella:

"(...) abarcamos *todo lo que es nuestra convivencia fuera del aparato del Estado-Gobierno* (...)" [18].

Al organizarse y estructurarse la Sociedad a través de los grupos intermedios, queda en evidencia que aquélla y éstos son diversos, aun cuando se trata de realidades que coexisten. Por ello, no cabe concebir a la Sociedad como la simple suma de asociaciones intermedios, omitiendo a las personas y a las familias.

Y repárese que el empleo de la palabra *estructura,* esto es, la distribución y orden de los grupos intermedios dentro de la Sociedad Civil [19], tiene por *objetivo asimilar dicha noción a la de institución,* con lo

---

17. Léase el " Reportaje a Germán Bidart Campos" en *El Constitucional, Periódico de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* Año 1, N° 2 (Mendoza, Instituto Universitario de Estudios Jurídicos y Políticos, 1999) pp. 8-9.

18. José Luis Cea Egaña: *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1999) pp. 292 - 293.

El profesor Cea Egaña, en la obra recién citada (p. 287), recuerda que Maurice Duverger en *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Barcelona, Ed. Ariel, 1980), señala que *"la palabra Estado tiene dos sentidos* diferentes: O bien *designa el conjunto de las instituciones gubernamentales* de una Nación (Estado-Gobierno); o se refiere *a la Nación misma* en tanto que está dotada de instituciones (Estado-Nación)" (p. 23).

19. *Diccionario* citado en *supra* nota 4, p. 650.

cual se refleja que *la estructura* —esto es, la Sociedad— *goza del elemento esencial de toda institución,* vale decir, *la permanencia o perdurabilidad:*

"Por el cauce de los cuerpos intermedios se expresa toda la riqueza y variedad de la estructura social y de la dinámica de la comunidad nacional; es por eso que, *reconociendo su importancia y trascendencia* en la actividad de la sociedad y queriendo sintetizar su fuerza colectiva, *se ha definido éste como poder social para distinguirla del poder político,* en el que se comprende lo relativo a la configuración del bien general y a la creación y funcionamiento de los órganos destinados a lograr tanto su consecución como la conquista e inspiración del aparato estatal"[20].

4. *Autonomía Adecuada y Finalizada*

D. *Conceptualización*

Adentrándonos, ahora, en la cuestión de la *autonomía* que es el rasgo capital con que la Constitución caracteriza a los grupos intermedios y dado que el Poder Constituyente no lo ha *definido,* menester resulta acudir nuevamente a su *sentido natural y obvio,* conforme al cual dicho sustantivo significa *"potestad que dentro del Estado* pueden gozar municipios, provincias, regiones *u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior,* mediante *normas y órganos de gobierno propios"* [21].

La *doctrina extranjera* ha señalado que:

"(...) la historia prueba asimismo que el concepto de *autonomía alude a un cierto poder de autonormación* —y, por extensión, *de autogobierno*—, que existe y se reconoce *por y para la mejor satisfacción de un círculo específico y concreto de necesidades peculiares que la justifican* en razón de su misma singularidad y que, al propio tiempo, *contribuyen a precisar sus concretos límites"* [22].

---

20. Alejandro Silva Bascuñán citado en *supra* nota 1, p. 47 del *Tratado* y p. 114 de las *Actas.*

21. *Diccionario* citado en supra nota 4, p. 165.

22. Tomás-Ramón Fernández: "La Autonomía Universitaria: Ambito y Límites" p. 35, citado por Roberto Dromi y Eduardo Menem: *La Constitución Reformada* (Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1994) p. 249.

La *doctrina nacional,* a su turno, ha perfilado con nitidez el concepto de autonomía al que se refiere la Constitución:

"Más aún: (la Constitución) no sólo los reconoce y ampara, sino que, además, les garantiza la adecuada "autonomía" para cumplir sus propios fines específicos, esto es, *la necesaria libertad para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad,* y fijarse los objetivos o fines que desean alcanzar, por sí mismos y *sin injerencia* todo ello *de personas o autoridades ajenas a la entidad,* asociación o grupo" [23].

El *Tribunal Constitucional* ha recogido estas ideas para señalar que:

"*Dicha autonomía* para cumplir sus propios fines específicos *implica la necesaria e indispensable libertad* de esos grupos asociativos *para fijar los objetivos* que se desean alcanzar, *para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad,* todo ello *sin intromisión de personas o autoridades ajenas* a la asociación o grupo, *y sin más limitaciones que las que imponga la Constitución,* es decir, las que derivan de la moral, el orden público y la seguridad del Estado (artículos 19° N° 15° y 23°), no interviniendo la autoridad pública sino en la medida que infrinjan el ordenamiento o su propio estatuto o ley social" [24].

En la línea que viene siendo expuesta también se ha pronunciado la *Corte Suprema,* en una *paradigmática sentencia* sobre autonomía de los grupos intermedios:

"Que *la autonomía garantizada por la Constitución tiende al amparo de los grupos intermedios* que organizan y estructuran la sociedad —*algunos de los cuales son los entes mercantiles que contribuyen a esa organización en lo económico;* y para determinar la extensión del amparo constitucional *destinado al logro de los fines propios y específicos de cada grupo intermedio* es necesario precisar si tales fines debe necesariamente señalarlos la ley *o puede también determinarlos o am-*

---

23. Eduardo Soto Kloss: "La Autonomía de los Cuerpos Intermedios y su Protección Constitucional", *LXXXV Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1988) 1 p., pp. 59-60; y Eduardo Ortiz Ortiz: *I Tesis de Derecho Administrativo* (San José, Ed. Stradtmann, 1998) pp. 340 - 343.

24. Considerando 29° de la sentencia pronunciada el 31 de octubre de 1995 (Rol N° 226).

pliarlos el propio grupo en sus reglamentos internos, estatutos, escrituras o acuerdos, haciendo uso de la autonomía que le confiere el texto de la Constitución" [25].

En suma, la autonomía es la cualidad con que la Constitución caracteriza a los grupos intermedios, en virtud de la cual los dota de *la libertad necesaria para organizarse y decidir todos sus actos, dentro de la Constitución* y las leyes, *sin intromisión ajena.*

E. *Tipología*

Con la palabra *autonomía* ocurre en la Constitución una cierta *paradoja,* puesto que ella aparece pocas veces mencionada [26] y, sin embargo, *constituye uno de los pilares del Sistema Político, Social, Económico y Cultural* que ha configurado el Poder Constituyente de 1980:

> "(...) No es ocioso recordar que el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios o entes asociativos, es uno de los *pilares básicos* en la organización de la sociedad civil, y así lo establece, ya en su artículo 1° la Carta Fundamental, garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de permitirles —como *células vivas de la sociedad*— la obtención de sus fines propios, *contribuyendo de este modo a la riqueza de la trama social y,* en último término, *al bien común de la sociedad.* Reconocimiento, amparo y garantía de su autonomía son los términos en que la Constitución se expresa a su respecto (...)" [27].

En efecto, la autonomía que se reconoce por la Carta Fundamental, a grupos intermedios y a órganos constitucionales, *resulta indispensable para que unos y otros puedan cumplir sus fines específicos,* ejerciendo los derechos o ejecutando las atribuciones que el ordenamiento

---

25. Considerando 4° de la sentencia pronunciada por la *Corte Suprema* el 23 de enero de 1985, reproducida en *LXXXII Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., Sª. 5, p. 3.

26. La locución *autonomía* sólo aparece mencionada, expresamente, en la Constitución en sus *artículos 1° inciso 3°; 19° N°s 12° inciso 6° y 19° inciso 3°; 23° inciso 1°; 80° A; 87°; 97°; y 107° inciso 4°.* Asimismo, la idea de autonomía se encuentra, implícita pero clara, por ejemplo, en los *artículos 19° N° 11° incisos 1° y 3°, N° 12° incisos 2°, 4° y 5°, N° 15° inciso 5°, n° 16° inciso 4°, N° 18° inciso 3°, N° 21° inciso 1°; 81°, 84° y 85° en relación con lo preceptuado en el artículo 79° inciso 1°; y, en fin, en los artículos 95° y 100° inciso 2°.*

27. Considerando 28° de la sentencia citada en *supra* nota 24 (Rol N° 226).

jurídico les reconoce [28]. *Sin autonomía,* en otras palabras, *no habría grupos intermedios en sentido genuino* y, por ende, conforme al artículo 1° inciso 3°, *la Sociedad se estructuraría no a través de ellos, sino que desde, por y para el Estado,* construyéndose así un sistema totalitario y no democrático [29]. Al mismo tiempo, *los órganos estatales sin autonomía estarían subordinados al poder absoluto de uno o algunos de ellos, constituyéndose en fachada el Principio de Separación de Organos y Funciones* [30] y, con ello, del *Estado de Derecho* [31], o quedando aquel Principio y esta especie de Estado reducido a concepciones clásicas de división tripartita ya superadas [32].

Despréndese de lo dicho que *la Carta Fundamental asigna el carácter autónomo a dos especies de entidades:* Por una parte y desde la perspectiva de las personas, atribuye tal calidad *a los grupos intermedios,* especificándola y reiterándola en nexo con los sindicatos [33]; y, de otra, concibe *órganos constitucionalmente autónomos* [34].

En ambos casos, la autonomía tiene idéntico significado, se manifiesta en términos semejantes y surte los mismos efectos. En nexo con lo primero, se dota a los destinatarios de la autonomía de *capacidad de gobierno propio,* dentro de la Constitución y las leyes [35]:

---

28. Comisión de Estudio: *Informe con Ideas Precisas, VIII Revista Chilena de Derecho* (1981), pp. 156-158.

29. Una aplicación se encuentra en el *artículo 19° N° 15° inciso 6°* de la Constitución.

30. José Luis Cea Egaña: "Separación de Organos y Funciones en el Estado Contemporáneo", *IV Revista de Derecho* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1993) pp. 7-20.

31. *Véanse los artículos 6° y 7°* de la Constitución.

32. Miguel Angel Fernández González citado en *infra* nota 34, p. 91..

33. *Artículo 19° N° 19° inciso 3°* de la Constitución.

34. A propósito de estos últimos, léase *mi ponencia* presentada en las XXVIII[as] Jornadas de Derecho Público "Acerca del Concepto de Gobierno y Hacia una Nueva División de Funciones", publicada en la *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 202* (1997) pp. 85-91.

35. Véase el considerando 2° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 26 de abril de 1995, confirmada por la Corte Suprema el 26 de junio del mismo año, reproducida en *Gaceta Jurídica* N° 180, p. 47.

" Tal *libertad de decisión* implica a su vez, *la posibilidad de concretar, de ejecutar lo que la persona ha decidido* (...).

Pero *la libertad no es absoluta,* porque ello llevaría al caos, e imposibilitaría la vida en sociedad. *Los límites de la libertad podemos sintetizarlos en el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. Solamente la ley puede prohibir y ordenar,* la ley es el límite al mismo tiempo que garantiza la libertad.

No obstante ello, *lo que la ley prohibe para limitar el ámbito de la libertad personal debe ser justo, no arbitrario.* De nada sirve el reconocimiento de los derechos fundamentales si el Estado pudiera imponer prohibiciones injustas (...)"[36].

En relación con la forma como se manifiesta, ella depende de la configuración que se haga del ente autónomo, pues una característica cardinal de este concepto es su *relatividad,* ya que los grupos y los órganos pueden ser dotados de distintos grados de autonomía [37], pero *siempre se incluye* una mayor o menor *capacidad de organizarse* y una más o menos amplia *capacidad decisoria.*

En fin y *respecto de los efectos,* la autonomía *siempre supone un nivel* —mayor o menor— *de independencia de otros,* v .gr., tratándose de las asociaciones intermedias dicha independencia se manifiesta respecto del Estado y sus órganos, de las personas y familias, y de las demás asociaciones intermedias; en el caso de los órganos constitucionalmente autónomos, se los dota de autonomía *para excluirlos de los Organos Constitucionales que desempeñan las funciones clásicas,* esto es, la Función Gubernativa —con sus tres subfunciones, Política, Administrativa y Ejecutiva—, la Función Judicial y la Legislativa. Particularmente, en el caso del *Gobierno,* entendido éste en sentido estricto [38], el efecto de dotar de autonomía a un ente es *excluirlo de la Administración Pública y*

---

36. Benigno Ildarraz et al.: *Derecho Constitucional y Administrativo* (Córdoba, Ediciones Eudecor, 1999) p. 93.

37. Rafael Bielsa: *Principios de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1966) pp. 647 ff.; Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *I Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Ed. Civitas, 1995) pp. 249-258 y 310-315; Manuel Daniel Argandoña: *La Organización Administrativa en Chile* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1982) pp. 90-93 y 126-127; y Enrique Silva Cimma: *II Derecho Administrativo Chileno y Comparado* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1969) pp. 215 - 231.

38. Miguel Angel Fernández González citado en *supra* nota 34, pp. 90-91. Así como Alejandro Silva Bascuñán y María Pía Silva Gallinato: "¿Qué es Gobierno "según la Constitución?" en la misma *Revista,* pp. 79-84.

del control que se ejerce sobre ella, sea que el examen se ejerza por la denominada Administración Pasiva [39] o el que tiene carácter político [40].

Trátase aquí de abordar, específicamente y a la luz de la convocatoria que se nos hace en estas XXX Jornadas, sólo *la autonomía de los grupos intermedios,* especialmente en relación con las dos interrogantes ya formuladas, reiterando que la de los órganos constitucionalmente autónomos la he examinado en las Jornadas de 1997 [41].

F. *Condiciones*

Finalmente, cabe destacar que *la autonomía con que se caracteriza a las asociaciones intermedias se encuentra doblemente condicionada* para que *su ejercicio se ajuste a la preceptiva constitucional:* Por una parte, la autonomía *debe ser adecuada y,* de otra, ella *se encuentra finalizada,* esto es, se confiere sólo *para que el grupo cumpla sus propios fines específicos.*

En nexo con lo primero, la *adecuada* autonomía significa que la capacidad de autogobierno debe ejercerse dentro de la Constitución y las leyes y, por ello, *cuando el grupo intermedio excede aquellos ámbitos normativos sobrevienen controles y sanciones, especialmente si se han vulnerado derechos fundamentales* [42]. En este sentido y a propósito de la competencia de los Tribunales Ordinarios para, por vía del Recurso de Protección, revisar las sentencias de los órganos jurisdiccionales de los grupos intermedios, he explicado que:

Cfr. José Luis Cea Egaña: "¿Qué es Gobierno? Una Respuesta Constitucional", *VIII Revista de Derecho* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1997) pp. 61-75.

39. Léanse los *artículos 87° y 88°* de la Constitución.

40. Véase el *artículo 48° N° 1)* de la Constitución.
En la *doctrina comparada,* léase Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández citados en *supra* nota 37, pp. 273-347; y Francisco J. Jiménez de Cisneros Cid: *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público Español: Tipología y Régimen Jurídico* (Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987).

41. Ver *supra* nota 34.

42. *Artículo 23° inciso 1°* de la Constitución.

"Por ello, la Corte acoge el Recurso, pero sólo en cuanto se deja sin efecto lo resuelto por el Tribunal de Honor en la parte que afecta a los recurrentes, resolviendo, además, que el Directorio de la recurrida debe designar a nuevos integrantes del Tribunal de Honor a fin de que se aboquen al conocimiento y decisión del asunto, con lo cual *la Corte aporta una solución al conflicto en torno de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia cuando deben revisar, vía Recurso de Protección, lo resuelto por órganos que ejercen la jurisdicción doméstica, quedando a salvo,* primero y antes que nada, *los derechos fundamentales* quebrantados y, después, *la autonomía del cuerpo intermedio,* en su ámbito jurisdiccional, que es también un valor de rango constitucional" [43].

La segunda condición que debe cumplir la autonomía de las asociaciones intermedias, para que su ejercicio se ajuste a la Constitución, estriba en que ella *sólo debe desplegarse para que la asociación alcance sus propios fines específicos.* Por eso, sostengo que se trata de *una capacidad de autogobierno finalizada,* ya que las asociaciones no pueden obrar para alcanzar fines que sean ajenos a ellas ni tampoco pueden perseguir fines de carácter general, sino sólo los que *específicamente* les correspondan:

"De tal forma que la autonomía para juzgar debe entenderse constitucionalmente protegida cuando ella se ejerce para que, siguiendo en el artículo 1° inciso 3° del Código Político, el grupo intermedio cumpla sus propios fines específicos. En otras palabras, *todas las facultades,* sea en el ámbito jurisdiccional u otro, *que la autonomía confiere* a los grupos intermedios *son atribuciones finalizadas,* puesto que *es su orientación o idoneidad* para alcanzar los fines propios del grupo *lo que determina, en definitiva, su apego o no a la Carta Fundamental"* [44].

En suma, la autonomía con que la Constitución, en su *artículo 1° inciso 3°,* cualifica a los grupos intermedios, debe ser ejercida *adecuadamente,* esto es, dentro de la Constitución y las leyes, y *sólo para alcanzar sus propios fines,* los cuales deben ser *precisos o determinados.*

---

43. Miguel Angel Fernández González: "Recurso de Protección y Jurisdicción Doméstica: Un Principio de Solución", XXVI *Revista Chilena de Derecho* N° 3 p. 781.

44. *Id.,* p. 769.

III. DETERMINACION DE LOS FINES ESPECIFICOS

A la luz de la preceptiva constitucional analizada, me propongo ahora *resolver las dos cuestiones* planteadas en la Introducción.

5. *Es inconstitucional obligar a cumplir determinados fines*

La primera de las interrogantes formuladas estriba en resolver, si *puede la ley imponer a un grupo intermedio la consecución obligatoria de una finalidad específica o la realización de las actividades necesarias para lograrla.*

El legislador no puede, ex ante ni *ex post, establecer que una asociación intermedia deba cumplir con una finalidad determinada o que tiene la obligación de ejecutar ciertas actividades* para alcanzarla, puesto que *es parte de la autonomía que la Constitución reconoce a los grupos intermedios la determinación de sus fines específicos y la definición acerca de los medios que emplearán para alcanzarlos.*

La ley puede establecer, siempre en términos facultativos, enunciativos o ejemplares los fines o las actividades que puede llevar a cabo una entidad, pero es la asociación intermedia, ejerciendo su adecuada autonomía, *la única convocada a decidir si se aboca o no al cumplimiento de tal finalidad o al desarrollo de esas actividades,* de lo cual debe quedar constancia en sus estatutos.

En cambio, *el legislador es competente para establecer, previa y expresamente, los requisitos o condiciones que debe cumplir la asociación para la prosecución de sus actividades, aunque sin jamás afectar los derechos en su esencia o imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio* [45]. En este sentido, considérese la siguiente *jurisprudencia*, ilustrativa de lo que se acaba de señalar:

"Que, si bien el inciso segundo del citado N° 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 asocia-*

---

45. *Artículo 19° N° 26°* de la Constitución.

ción, 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"[46].

Asimismo y como se explicará más adelante, *el legislador también es competente para prohibir la consecución de fines ilícitos,* pero *en los términos precisos establecidos por el Poder Constituyente.*

La ley, entonces, *no puede imponer, coercitivamente, que el grupo intermedio deba desarrollar una finalidad* que éste, voluntaria y libremente, esto es, en ejercicio de su adecuada autonomía, no ha decidido llevar a cabo. Así, por lo demás, *lo ha entendido la jurisprudencia:*

"Que *no existe disposición constitucional ni legal que obligue a los Canales de Televisión recurridos a transmitir los spots publicitarios* a los que se refiere el debate y, por el contrario, *toda la normativa y la doctrina vigente sobre la materia apuntan en la dirección contraria,* es decir, a constatar que *a ninguna autoridad o particular le está permitido determinar los contenidos que deben transmitirse a través de las estaciones televisivas o de cualquier órgano de comunicación social,* los cuales están protegidos por la garantía básica de poder emitir sus opiniones, y noticias, sin censura previa, a la luz del N° 12° del artículo 19° de la Constitución Política de la República, en relación precisa con el inciso 5° de dicha norma, que se refiere a quienes están autorizados para operar y mantener estaciones de televisión, entre los cuales están los recurridos.

(...)

Que, en consecuencia, respecto de los recurridos, no hay actos u omisiones arbitrarios que merezcan reproche. Su negativa es legal y legítima, constitucionalmente amparada. Por el contrario, la pretensión de los recurrentes atenta contra las garantías constitucionales que se han indicado y *contra la que ampara la debida autonomía de los grupos intermedios para cumplir sus propios fines específicos* y la libertad de conciencia, que en el caso concreto, permite legítimamente a los Canales involucrados en la materia, sostener una posición diversa de la de los recurrentes"[47].

El *Tribunal Constitucional* se ha pronunciado también en la línea referida, al configurar *los rasgos matrices de la autonomía:*

---

46. Considerando 7° de la sentencia pronunciada el 14 de mayo de 1991 (Rol N° 126).

47. Considerando 5° letras a) y f) de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 27 de junio de 1997, confirmada por la Corte Suprema el 12 de agosto de 1997.

"En efecto, *la autonomía de los grupos asociativos* —una de las bases esenciales de la institucionalidad— se configura, entre otros *rasgos esenciales,* por el hecho de regirse por sí mismos; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse *y fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar, por sí mismos y sin injerencia de personas o autoridades ajenas* a la asociación, entidad o grupo de que se trata. No significa ello, en modo alguno, que puedan estos entes actuar de manera ilegal, dañosa o ilícita, amparándose en la referida autonomía, ya que de incurrir en excesos en su actuación quedan, obviamente, sujetos a las responsabilidades consecuenciales que toca a los tribunales de justicia conocer, comprobar y declarar en el correspondiente debido proceso" [48].

Asimismo y finalmente, el *Tribunal Constitucional* también ha señalado, *específicamente en torno de la competencia del legislador,* que:

"(...) el derecho que se consagra en el proyecto de ley no otorga en ninguna de sus partes atribución al Estado para exigir que se dé una determinada opinión, noticia o información sobre el acontecer nacional o internacional. Las normas constitucionales deben ser interpretadas siempre en forma armónica y sistemática y si se reconoce a las personas el derecho de opinar y de informar, y por otra parte, *se garantiza a los cuerpos intermedios de la comunidad su adecuada autonomía, se desprende con claridad que ninguna norma legal puede* obligar a las personas naturales o jurídicas a dar una información u opinión o a *inmiscuirse en la autonomía que deben tener los grupos intermedios de la comunidad* entre los que se cuentan los medios de comunicación social.

(...)

Que, así lo ha reconocido, por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema al pronunciarse tanto ante pretensiones de inaplicabilidad como de protección (...) caso en el cual vuelve a reiterar la Corte Suprema que *es de la esencia de una sociedad o grupo intermedio decidir por sí misma y adoptar sus propios acuerdos sin que puedan éstos quedar subordinados a la aprobación o rechazo de un órgano exterior o ajeno a ella; pretender lo contrario significa vulnerar su autonomía,* autonomía que incluso es deber del Estado reconocerla, ampararla y garantizarla" [49].

---

48. Considerando 7° letra d) de la sentencia pronunciada el 7 de marzo de 1994 (Rol N° 184).

49. Considerandos 22° y 30° de la sentencia pronunicada el 30 de octubre de 1995 (Rol N° 226).

En contra pueden leerse los considerandos 5° a 13° de la sentencia pronunciada por el *Tribunal Constitucional* el 9 de agosto de 1998 (Rol N° 56). Si bien es cierto que en dicho pronunciamiento, el asunto no se abordó desde la perspectiva de la autonomía

En suma, afecta la autonomía que la Constitución asegura a los grupos intermedios que la ley —y con mayor razón cualquier norma de jerarquía inferior a ella— *imponga, obligatoriamente, que dichas asociaciones deban alcanzar una determinada finalidad o que tengan que ejecutar ciertas actividades,* incluso aunque aquélla o éstas digan relación directa con las que se encuentra ya ejecutando, es decir, aunque pueda reputárselas anexas o accesorias con las que son propias de la agrupación [50].

6. *Es inconstitucional privar de fines propios y específicos*

En segundo lugar, cabe resolver si la ley es competente *para prohibir que un grupo intermedio alcance determinados fines específicos o que ejecute ciertas actividades que permitan lograrlos.*

Evidentemente que *las personas sólo pueden agruparse para la consecución de fines lícitos,* entendiéndose por tales todos los que no sean ilícitos y estos son los que, con cualidad abierta o indeterminada, pero taxativamente, señala el *artículo 19º Nº 15º inciso 4º* de la Constitución, en cuanto a que son ilícitos *sólo* los fines contrarios a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado [51].

---

de los grupos intermedios y aunque, por el momento histórico que vivía nuestro país, la decisión allí adoptada pudiera encontrar justificación, ella debería revisarse al tenor de cuanto viene de ser expuesto en esta ponencia, así como en la restante jurisprudencia de la misma Magistratura aquí transcrita.

50. Esta es *una de las razones* que permiten sostener la *inconstitucionalidad del Proyecto de Ley que Perfecciona Normas del Area de la Salud,* contenido en el Boletín Nº 2.132 - 11 de la Cámara de Diputados, en virtud del cual *se modifica el artículo 22º de la Ley Nº 18.933, imponiéndole a las Instituciones de Salud Pervisional la realización de fines específicos consistentes en prestar dinero a sus afiliados,* que además, *no son tampoco propio de su giro principal:*

" Asimismo, en las situaciones indicadas en los incisos 4º y 5º de este artículo, se prohíbe a los prestadores exigir a los beneficiarios de esta ley, dinero, cheques u otros instrumentos financieros para garantizar el pago o condicionar de cualquier otra forma dicha atención.

Para los efectos de la aplicación de este artículo *se entenderá que las Instituciones han otorgado un préstamo a sus cotizantes* por la parte del valor de las prestaciones que sea de cargo de éstos, si una vez transcurrido el plazo de treinta días hábiles desde que la ISAPRE ha pagado al prestador el valor de las atenciones otorgadas, el cotizante no ha enterado dicho monto directamente a la ISAPRE. (...) ".

51. Véanse los *artículos 292º* a *295º bis* del *Código Penal.*

Por ende, *el legislador puede,* siendo siempre su decisión susceptible de *control de constitucionalidad* [52], *señalar, con carácter meramente declarativo,* que determinados fines son ilícitos por ser contrarios a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado, correspondiéndole a los Tribunales de Justicia la calificación de si la agrupación que los ha perseguido se constituye o no en asociación ilícita. Si el legislador declara la ilicitud de un fin, entonces, su consecución queda prohibida. Mas, adviértase que tal pronunciamiento legislativo es *erga omnes*, pues *a nadie puede serle permitido alcanzar una finalidad ilícita,* y *nunca puede tener efecto retroactivo,* conforme lo dispone el *artículo 19° N° 3° incisos 7° y 8°.*

Además de los tres casos contenidos en el artículo 19° N° 15° inciso 4°, *la Constitución prohíbe a los dirigentes gremiales que intervengan en actividades político partidistas y a los dirigentes de partidos políticos que interfieran en el funcionamiento de las organizaciones gremiales y de los demás grupos intermedios* que la ley señale [53] y, finalmente, *también la Carta Fundamental prohíbe a las organizaciones sindicales intervenir en actividades político partidistas* [54].

Empero, *fuera de los seis casos enunciados* —tres en el artículo 19° N° 15° inciso 4°, dos en el artículo 23° inciso 1° y el último en el artículo 19° N° 19° inciso 3°—, *no existe norma alguna en la Constitución que habilite a la ley para prohibir la consecución de fines específicos,* por lo que —desde esta perspectiva— las personas pueden constituir asociaciones tendientes a alcanzar cualquier objetivo que no sea de los prohibidos por el inciso 4° del numeral 15° del artículo 19°. *Asimismo y salvo lo dispuesto en el artículo 19° N° 21° inciso 1° de la Carta Fundamental, el legislador tampoco puede prohibir el desarrollo de actividades económicas, a menos que sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.* En estos tres casos, también abiertos o indeterminados y taxativos, *la ley vuelve a ser meramente declarativa, tiene alcance erga omnes y jamás puede tener efecto retroactivo.*

---

52. *Artículos 80° y 82° N°s 1° y 2°* de la Constitución.

53 *Artículo 23° inciso 1°* de la Constitución en relación con su *artículo 19° N° 15° inciso 5°.* Ambos preceptos deben ser vinculados con lo dispuesto en los *artículos 2°, 42° N° 6°, 47°* y *50° inciso 1°* de la *Ley N° 18.603, Orgánica Constitucional de Partidos Políticos*, publicada en el Diario Oficial el 23 de marzo de 1987.

54. *Artículo 19° N° 19° inciso 3°* de la Constitución.

En términos más concretos, si la ley prohíbe a una entidad que desarrolle actividades tendientes a la obtención o realización de fines legítimos, entonces, tal prohibición adolece de inconstitucionalidad, pues *la ley no puede impedir que un fin de esa especie sea llevado a cabo por el grupo intermedio* que, en ejercicio de su autonomía, así lo ha decidido. Y ello rige tanto cuando la norma legal opera con efecto retroactivo como cuando dispone sólo para el futuro.

Por ello, por ejemplo y sin perjuicio de otras razones, la configuración de giros exclusivos y excluyentes por parte del legislador [55], en virtud de los cuales *prohíbe la ejecución de determinadas actividades o la consecución de ciertos fines a quienes no cumplan los requisitos que él mismo se encarga de señalar,* adolece de inconstitucionalidad, puesto que una actividad lícita o un fin legítimo queda vedado a la inmensa mayoría de los grupos intermedios de la Sociedad que, en ejercicio de su autonomía, podrían decidir llevarlas a cabo o alcanzarlos [56].

La *jurisprudencia,* también en este asunto, se ha pronunciado en la línea que viene de ser explicada:

"Que la autonomía garantizada por la Constitución tiende al amparo de los grupos intermedios que organizan y estructuran la sociedad, algunos de

---

55. V. gr., véanse los *artículos 32°, 33° y 40°* de la *Ley General de Bancos,* cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el *Decreto con Fuerza de Ley N° 3,* publicado en el Diario Oficial el 19 de diciembre de 1997; el *artículo 4°* del *Decreto con Fuerza de Ley N° 251 Sobre Compañías de Seguros,* publicado en el Diario Oficial el 22 de mayo de 1931 y sus reformas; los *artículos 23° inciso 1° y 25°; inciso 1°* del *Decreto Ley N° 3.500 Sobre Nuevo Sistema de Pensiones,* publicado en el Diario Oficial el 13 de noviembre de 1980 y sus reformas; la *Ley N° 18.933,* publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1990 y sus reformas, en virtud de la cual se creó la *Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional* y se dictaron *Normas para el Otorgamiento de Prestaciones por ISAPRE;* la *Ley N° 18.469* que *Regula el Ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud y Crea un Régimen de Prestaciones de Salud,* publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 1985 y sus reformas; la *Ley N° 16.744,* publicada en el Diario Oficial el 10 de febrero de 1968 y sus reformas, cuyo *artículo 1°* declara *obligatorio el Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales; y la Ley N° 18.833,* en virtud de la cual se estableció un *Nuevo Estatuto General para las Cajas de Compensación de Asignación Familiar,* publicada en el Diario Oficial el 26 de septiembre de 1989 y sus reformas.

56. *CB Fiscalía: "Valor Constitucional de las Prohibiciones y Limitaciones Legales que Restringen el Mercado de Capitales en Chile y de una Eventual Apertura Total al Exterior"* (Santiago, policopiado, 1999) pp. 35 - 36.

los cuales, son los entes mercantiles que contribuyen a esa organización en lo económico; y para determinar la extensión del amparo constitucional destinado al logro de los fines propios y específicos de cada grupo intermedio es necesario precisar si tales fines debe necesariamente señalarlos la ley o puede también determinarlos reglamentos internos, estatutos, escrituras o acuerdos, haciendo uso de la autonomía que le confiere el texto de la Constitución;

(...)

Que aun si los que mencionan los artículos 38° y 40° N° 10° de la Ley N° 18.045 fuesen fines y no medios para que la Bolsa de Valores obtenga sus objetivos propios y específicos, es evidente que el principal fin propio de ese grupo intermedio, sociedad comercial, es lograr metas económicas, y si este fin no lo consulta la ley, puede el propio grupo proponérselo insertándolo en sus Estatutos, Escrituras o Acuerdos, y ejerciendo así la autonomía que la Constitución le reconoce y ampara y que es fin esencial de todo organismo que persigue metas lucrativas;

Que, consecuencia de lo es que el artículo 40° N° 10° de la ley impugnada, interpretado como lo hace la Superintendencia de Valores y Seguros, *priva al grupo intermedio* llamado Bolsa de Valores *de la realización como entidad de sus* metas económicas que son en verdad sus *fines propios y específicos y por consiguiente atenta contra la autonomía del grupo y contraviene por tanto el artículo 1° inciso 3° de la Constitución*" [57].

En resumen, la ley no puede prohibir a los grupos intermedios de la Sociedad la consecución de fines lícitos ni el desarrollo de las actividades necesarias para alcanzarlos, a menos que dichos objetivos o esas actividades *sean ilícitas* y ello ocurre *sólo en los casos contemplados, taxativamente, en los artículos 19° N° 15° inciso 4°, 19° N° 19° inciso 3°, 19° N° 21° incisos 1° y 23°, inciso 1°* de la Constitución.

IV. CONCLUSIONES

Los grupos intermedios son *asociaciones, con o sin personalidad jurídica,* formadas por *individuos y/u otras entidades,* personificadas o no, entre ellos y el Estado que deben ser *reconocidas y amparadas por éste* para que, con *adecuada autonomía,* cumplan sus *propios fines específicos,* ya que a través de ellas *se organiza y estructura la Sociedad.*

---

57. Considerandos 4°, 6° y 7° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 23 de enero de 1985, reproducida en LXXXII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., S. 5ª, p. 3.

Dicha autonomía es la cualidad con que la Constitución caracteriza a los grupos intermedios, en virtud de la cual los dota de *la libertad necesaria para organizarse y decidir todos sus actos, dentro de la Constitución* y las leyes, *sin intromisión ajena.* Mas, tal cualidad debe ser ejercida *adecuadamente,* esto es, dentro de la Constitución y las leyes, y *sólo para alcanzar sus propios fines,* los cuales deben ser *precisos o determinados.*

Ante la pregunta de si *puede la ley imponer a un grupo intermedio la consecución obligatoria de una finalidad específica o la realización de las actividades necesarias para lograrla, la respuesta debe ser negativa, puesto que afecta la autonomía que la Constitución asegura a los grupos intermedios que la ley* —y con mayor razón cualquier norma de jerarquía inferior a ella— *imponga, obligatoriamente, que dichas asociaciones deban alcanzar una determinada finalidad o que tengan que ejecutar ciertas actividades,* incluso aunque aquélla o éstas digan relación directa con las que se encuentra ya ejecutando, es decir, aunque pueda reputárselas anexas o accesorias con las que son propias de la agrupación.

Asimismo, debe ser negativa la respuesta a la interrogante de si la ley es competente *para prohibir que un grupo intermedio alcance determinados fines específicos o que ejecute ciertas actividades que permitan lograrlos.*

En efecto, *la ley no puede prohibir a los grupos intermedios de la Sociedad la consecución de fines lícitos ni el desarrollo de las actividades necesarias para alcanzarlos, a menos que* dichos objetivos o esas actividades *sean ilícitas* y ello ocurre *sólo en los casos contemplados, taxativamente, en los artículos 19º Nº 15º inciso 4º, 19º Nº 19º inciso 3º, 19º Nº 21º incisos 1º* y *23º inciso 1º* de la Constitución.

ASOCIACIONES INTERMEDIAS, CONSTITUCION, ESTADO Y BIEN COMUN

EDUARDO ALDUNATE LIZANA *

MINUTA PRELIMINAR

Objeto de este estudio es el análisis de cómo el diseño de la regulación constitucional de las asociaciones intermedias incide en la actuación de éstas en la propia comprensión de la Constitución y por esta via, en la configuración del Estado, y su contribución al bien común.

1. *Posición de las asociaciones intermedias en la Constitución*

1.1. Regulación I/11, I/111, I/Iv, 5/1, 6/11, 7/11, 9/II 19-2/1, 19-4,19-15; 19-16; 19-19, 20, 23.

1.2. Concepto de asociaciones y cuerpos intermedios. Nomenclatura en la Constitución.

La Constitución usa múltiples denominaciones para referirse a sujetos distintos al individuo; familia, grupos intermedios, sectores de la sociedad o del pueblo, institución o grupo (6), organizaciones políticas, relacionadas con la educacion, de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general (9), grupos, (19-2) instituciones (públicas-privadas) (19-9), asociaciones, partidos políticos, movimientos, otras forma de organización (19-15), organización o

---

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Católica de Valparaíso.

entidad alguna (19-16), corporaciones (19-6), organizaciones sindicales (19-19); grupos intermedios de la comunidad (23).

Dentro de estas posibilidades, la noción de asociación parece ir dirigida en nuestra carta a un grupo organizado al amparo del derecho; mientras que la denominación de cuerpos intermedios seria más comprensiva y podría estimarse que comprende también a los grupos u organizaciones no formalizadas. Habla a favor de esta idea el casi unánime reconocimiento de la familia como cuerpo intermedio fundamental dentro de la sociedad, sin que ella presente a nivel constitucional exigencias de configuración jurídica.

1.3. Consecuencias jurídicas de la diferencia entre grupos intermedios y asociaciones.

a) El contenido jurídico de toda asociación y la comprensión del derecho de asociación.

Así visto, lo propio de las asociaciones es su vinculación al derecho reconocido en el artículo 19 N° 15. Es interesante destacar aquí que este derecho en realidad sólo viene a tener sentido desde la perspectiva de las posibilidades jurídicas de las coordinaciones de conductas y fines por parte de dos o más sujetos; en efecto, fuera del derecho, esta coordinación se encuentra suficientemente resguardada por las libertades o derechos reconocidos a cada sujeto en cuanto individuo [1].

Esta idea lleva a dos conclusiones. La primera, es que fuera de la articulación jurídica de una agrupación carece de sentido el alegato del derecho de asociación; la segunda, es que comprende más de lo que tradicionalmente se ha visto en esta garantía y se extiende incluso al derecho a la contratación como forma más primaria de una asociación (coordinación de fines y conductas) de las personas, configurada como garantía de instituto.

b) La especificidad de la autonomía de grupos jurídicamente no organizados frente a las libertades y derechos individuales. ¿Una garantía de no regulación? ¿Una garantía de reconocimiento a una normativa social?

Lo anterior lleva a plantearse la pregunta de cuál es el sentido del reconocimiento constitucional a los cuerpos intermedios en los ca-

---

1. Esto se confirma, por ejemplo, si se atiende al examen del ilícito penal en el caso de asociación ilícita, donde fundamentalmente se sanciona la conducta individual de coordinarse en vistas a un ilícito, aun cuando la correspondiente asociación no exista para el derecho.

sos en que ellos no se encuentren amparados por el artículo 19 Nº 15; o la forma como se articula este reconocimiento en el caso de asociaciones que han entrado al alero del derecho, accediendo a la personalidad jurídica.

Una alternativa sería señalar que, en el primer caso, lo que ordena la Constitución al consagrar el reconocimiento de estos grupos y la garantía de su autonomía, es una abstinencia estatal en materia de regulación del respectivo grupo o cuerpo. Se trataría aquí que la sociedad civil desarrollara sus posibilidades de estructuración del todo al margen del Estado, con lo que, de paso, se preservaría su carácter de tal sociedad civil. Esto, si, en todo caso, dentro de los propios márgenes de autonomía reconocidos por la Constitución que persiguen, al menos en el papel, obtener una separación entre lo social y lo político.

Una segunda alternativa aquí es entender la autonomía garantizada por la Constitución en un sentido estricto: ella protegería la específica regulación que cada cuerpo se da, aun cuando pudiera no estar reconocido o formalizado de acuerdo a los cauces de la personalidad jurídica. Como se verá más adelante, este ha sido al menos dos veces el caso durante los últimos años.

2. *Actuación constitucional de las asociaciones y cuerpos intermedios*

2.1. Generalidades sobre Interpretación constitucional, concretización, actualización.

La pregunta que se plantea es, si establecida esta idea de separación entre lo social y lo político, pueden distinguirse una actuación de las asociaciones o cuerpos intermedios hacia el marco constitucional. Esta pregunta adquiere sentido cuando se observa la distinción hecha en la literatura entre interpretación, concretización y actualización constitucional, donde la primera denominación se reserva al acto consciente de atribución de significado al texto constitucional, la concretización alude al proceso de actuación efectiva de las competencias estatales y la actualización al entendimiento de la Constitución por parte de la sociedad, en particular a través de sus procesos y acciones.

2.2. Las tesis de P. Häberle sobre la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales y la interpretación constitucional como proceso abierto.

En este contexto, un autor alemán, P. Häberle, ha querido, en un consciente intento por lo que él llama democratizar la Constitución y

en particular los procesos de la jurisdicción constitucional, plantear que las fuerzas sociales deben hacerse presente en el proceso constitucional como intérpretes de la Constitución. Esta idea conlleva un postulado o método a ser usado por el intérprete institucional de la Constitución, el que para contestar adecuadamente una pregunta de interpretación de la Carta, debería tomar en primera línea en consideración el "entendimiento de la Constitucional" por parte de los distintos actores sociales, por parte, en suma, de la sociedad. Existirían en la sociedad pluralidad de intérpretes constitucionales, la única diferencia estaría en que los intérpretes a nivel institucional son los encargados de registrar y formalizar la "actualización de la Carta" por parte de los intérpretes sociales.

2.3. Las asociaciones y cuerpos intermedios como configuradoras del marco institucional del Estado; Ley de cultos, Ley Indígena.

Esta tesis es particularmente interesante cuando se tiene en cuenta que en Chile, en al menos dos casos, el legislador ha reconocido la autonomía de cuerpos intermedios como capacidad configuradora del derecho, como fuentes orgánicas, si se quiere, del derecho vigente. En otras palabras, se ha desplazado el rol concretizador de la Carta, usualmente reconocido a los órganos del Estado, a cuerpos intermedios. Es así como en la Ley N° 19.638 art. 9, se reconoce como fuente para adquirir la personalidad jurídica "las normas jurídicas propias" de cada iglesia, normas que adquieren luego relevancia al momento de determinar actos y contratos, de acuerdo al artículo 14 de la misma ley.

El segundo caso corresponde al art. 54 de la Ley Indígena. El caso aquí es más evidente en cuanto se reconoce directamente a la costumbre indígena como fuente del derecho "siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República", pudiendo incluso servir como eximente o atenuante de responsabilidad criminal.

Es obvio que la pregunta sobre la calidad de las comunidades indígenas queda abierta y podría discutirse su calidad de cuerpos intermedios; esto pasa por una discusión sobre nuestro concepto de comunidad jurídica organizada y quizás, de Nación. Pero ha sido traído al punto sólo como una forma de presentar otro caso en que la ley otorga a una parte de la comunidad nacional la capacidad de concretizar la Constitución, en este caso al punto de llegar a constituir un tratamiento diferenciado en materia penal. (Y aunque éste se encuentre plenamente justificado!).

El artículo 6 de la CPR impone la vinculación de la Constitución a toda persona, institución. o grupo. Dejando aparte la discutible

idea de la vinculación directa de la Carta a los particulares [2] ¿cómo se controla la constitucionalidad de estas fuentes del derecho recién vistas? Y resulta indiscutible que ellas pasarán a ser parte de la concretización de la Constitución!.

a) La legitimación activa en el recurso de protección.

Otra forma de participación de los cuerpos intermedios en el entendimiento constitucional es su acción ante tribunales en demandas de sus derechos en el recurso de protección, materia que en la versión final de este trabajo será objeto de un estudio jurisprudencial.

b) La legitimación pasiva en el recurso de protección; más sobresaliente sin embargo puede ser el rol de los cuerpos intermedios como sujetos pasivos de acciones de protección. Todo cuerpo organizado que cuente con sus respectivas jerarquías puede eventualmente ser evaluado desde la perspectiva de los derechos que afecte a sus integrantes. La pregunta en este caso es: visto que la Constitución los reconoce, ¿puede ser un grupo intermedio, no constituido jurídicamente, sujeto pasivo de una acción de protección?

c) El reconocimiento como fuentes orgánicas de derecho. El principio de juridicidad y su control: ¿el camino a la autoaniquilación de la autonomía? La pregunta anterior, como posibilidad de control judicial, así como la anteprecedente, respecto de las posibilidades que se le reconozcan al Estado para calificar la juridicidad de las normas internas del grupo, llevan a plantearse la pregunta de si el reconocimiento de los cuerpos intermedios y su autonomía es compatible con la "juridización de los mismos". Y esto porque, en la medida en que se juridizan y se someten a los controles estatales, se abandona el concepto de entes sociales en oposición al Estado, y se pasa a uno de entes en los cuales el Estado pasa a intervenir. Por una parte se les reconoce generosamente autonomía hasta el punto de las propias normas; pero este regalo troyano lleva en sí la necesidad y posibilidad de control, y por esta vía, de intervención.

2.4. El concepto de Constitución en la acción de las asociaciones y cuerpos intermedios.

---

2. Por ejemplo: ¿cómo se hace directamente aplicable un precepto Constitucional a un particular que *infringe el art. 22, si* no existe la correspondiente *disposición penal*?

3. *Problemas de las asociaciones y cuerpos intermedios en la definición del Bien Común y la actividad del Estado*

Lo anterior obliga a replantear que es lo que se busca con la consagración constitucional del reconocimiento y garantía de la autonomía de los cuerpos intermedios, lo que pasa también por una opción por un concepto de Constitución. ¿Es la Constitución la norma fundamental de la sociedad o la norma fundamental de la organización política? Quizás en pocos casos esta pregunta adquiere tanta relevancia como en el tema que nos ocupa.

3.1. El concepto de bien común en el inciso IV art. 1° CPR.

La Constitución contiene en su artículo I inciso IV elementos importantes para acercarse a una noción de bien común: este no es, pero requiere al menos, del conjunto de condiciones que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, concepto de contenido muy similar al de autarquía como idea de suficiencia presentada ya en Aristóteles.

Por otro lado, la escuela estoica, manifestada en el pensamiento de Cicerón, pone el énfasis de la república como cosa del pueblo y este pueblo constituido por un acuerdo en torno al derecho y por causa de utilidad común. Interesante es que en el idioma inglés las nociones de bien común y de república sean coincidentes: "commonwealth".

Santo Tomás por su parte reelabora la noción de autarquía y bajo la visión de la comunidad como una "unidad de orden", presenta la idea de bien común como aquel orden que permite a cada individuo transitar al encuentro con su creador; esto es, las condiciones para su salvación. (No resulta del todo peregrina la imagen opuesta propuesta por Bertold Brecht en el "Buen hombre de Sezuan": hasta una buena persona sucumbe si las condiciones de su entorno no le permiten vivir de acuerdo a los mandatos de los dioses!).

3.2. Estado y sociedad civil; formas de participación de las asociaciones y cuerpos intermedios.

¿De qué modo las asociaciones y agrupaciones contribuyen con el Estado en esta función de construcción del bien común? El tema no es trivial, en la medida en que la propia Constitución, señala que cada una de ellas existe para sus fines específicos, y por otro lado intente, excluirlas de la participación política. En los hechos de la vida constitucional, cada grupo o asociación antepone sus propios intereses o fines a

aquellos colectivos, incluso por vías que presentadas como sociales, tienen alta trascendencia política (ej: reivindicaciones salariales, gremiales, laborales, etc.).

3.3. ¿Privilegios por asociación o por agrupación? Los temores de Rousseau, la participación democrática; la separación entre lo político y lo social en el concepto del Constituyente de 1980 y los cuerpos intermedios como fuerzas políticas.

Cabe preguntarse entonces si las asociaciones o cuerpos intermedios no deben ser mirados con una despreocupación de beatitud plena, o más bien disciplinados en el aporte que puedan hacer al bien común. No hay que olvidar que ya hace mucho Rousseau intentó hacer explícitos los problemas que los intereses particulares plantean en la construcción de —en su terminología— la voluntad general. Esta no es ni lejana pariente del bien común, pero cierto es que cada grupo es, en primera línea, una activación de energías sociales para un fin distinto al de la comunidad plena. Más aún si se toma en cuenta que el propio Constituyente del 80 quiso evitar los vasos comunicantes entre lo social y lo político.

Esto en particular tomando en cuenta que podría considerarse dentro del concepto del bien común la existencia de un orden jurídico político fundamental consensuado, y no sujeto a las tensiones que pueden derivarse de las circunstancias arriba reseñadas, o al menos no disponible para que cada grupo o asociación busque en la Carta un respaldo a sus propias pretensiones.

COMENTARIOS SOBRE LA COLEGIACION PROFESIONAL OBLIGATORIA Y EL ESTATUS JURIDICO DE LAS ASOCIACIONES GREMIALES PROFESIONALES

EDUARDO ANDRADES RIVAS *

INTRODUCCION:

Con la dictación el 07 de febrero de 1981 del DL. N° 3.621 que estableció el actual estatus jurídico de las Asociaciones denominadas "Colegios Profesionales" el constituyente y legislador nacional opta claramente por un camino no exento de críticas respecto del papel que ha de asignarse en una sociedad moderna a tales entidades. Bien es sabido que, hasta el día de hoy, gran parte de los así llamados "colegios profesionales" reniegan de su calidad de asociaciones gremiales, lo que se demuestra incluso en la nomenclatura usada, que ha optado por agregar la elusiva sigla "AG." al nombre de la respectiva institución con el fin de minimizar su verdadera condición y naturaleza jurídica.

No obstante lo anterior esas asociaciones han continuado desarrollando su labor en forma ininterrumpida desde 1981 hasta hoy. Coincidentemente, los Tribunales de Justicia han comenzado, al principio en forma vacilante y luego de manera tímida pero sostenida, a asumir el papel de tutela que deben tener respecto del ejercicio de las profesiones liberales.

---

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

La controversia jurídica aparejada al respecto no ha cesado desde el mismo origen de la legislación en comento. En especial el debate ha sido proseguido, con altibajos, en el seno de la orden de abogados y en los últimos años ha vuelto a surgir, merced a interesantes y motivadores artículos publicados por varios profesores de Derecho Constitucional [1], Civil [2] y por dirigentes del gremio de abogados[3], que en forma más o menos unánime se han manifestado por una restitución de las antiguas potestades entregadas por ley a las asociaciones profesionales.

Estas notas pretenden contribuir al señalado debate desde una óptica diversa (opuesta incluso a las anteriores), con el fin de que de la confrontación de posiciones se puedan sacar conclusiones útiles para la definición de la misión que deberán cumplir estas agrupaciones en el futuro de nuestro país. Somos conscientes de que la postura que sostenemos en estas líneas discrepa directamente de la que ha sido la tesis más difundida, pero creemos que nuestra posición representa a un número cada vez más grande de profesionales (no sólo del mundo del derecho) que han optado por marginarse de las Asociaciones Gremiales que pretenden representarles.

ORIGEN HISTORICO Y EVOLUCION DE LOS LLAMADOS COLEGIOS PROFESIONALES:

Los orígenes de las asociaciones profesionales se remontan a la lejana antigüedad. En el Egipto faraónico los arquitectos y médicos constituían verdaderas cofradías de asociados que reunían en su seno

---

1. Destacan aquí los trabajos elaborados por el prof. Lautaro Ríos Alvarez que serán comentados más adelante.

2. Ver Domínguez A. Ramón, "Sobre la necesidad de restablecer el Colegio de Abogados", Anexo 2 al texto oficial del Primer Congreso Regional de Abogados, realizado en Concepción en Octubre de 1991.

3. Ver Troncoso E. Wlady, "Acerca del derecho de asociación y el ejercicio de la libertad de trabajo y la colegiación obligatoria" Anexo 1 al texto oficial del Primer Congreso Regional de Abogados, realizado en Concepción en Octubre de 1991. Y Rincón I. Ricardo, "Colegiatura Obligatoria", en Revista Colegio de Abogados de Concepción, año IV, N° 4, Diciembre 1997,Concepción, Págs. 68 y 69. Director y Presidente, respectivamente, del Colegio de Abogados Asociación Gremial de Concepción.

un valioso acervo de conocimiento relativo a su propio arte. Sin embargo debe destacarse el carácter privado de estas asociaciones, que sólo en el Imperio Nuevo pasan a ser tuteladas por el Estado [4],

En la Roma clásica ocurre algo semejante, con el caso de los juristas. La primera asociación que se crea para agrupar a los abogados es el llamado *"Colegium Togatorum"* que funciona desde la época de Ulpiano. Ella también se caracteriza por tener un carácter privado. Es sólo en tiempos de Justiniano el Grande, que esta agrupación pasa a ser controlada por el Estado [5].

Durante la Baja Edad Media, al surgir los gremios y corporaciones que organizaron el ejercicio de las "profesiones" en Europa Occidental, específicamente en Francia luego de la crisis demográfica laboral de comienzos del siglo XIV [6], y teniendo los antecedentes de las "Órdenes" de Felipe Augusto y San Luis IX se crea la "Orden de Abogados", entidad vinculada a la Universidad de París Sorbona. Sin embargo debe aclararse nuevamente lo que es una constante histórica. Esta orden tiene carácter privado y voluntario, como los ejemplos anteriores y no oficial y obligatorio. Sólo con el primer Valois (que emprende una política autocrática y centralizadora muy similar en esta materia a la de Justiniano de 8 siglos antes), Felipe VI, se dicta la ordenanza de 1345 que oficializó el "Colegio" y lo transformó en entidad estatal.

---

4. Cfr. R. Disembach. El Derecho de los pueblos antiguos. Egipto. Alianza, Madrid, 1954, pág. 157 y sgtes.

5. Ver Burdesse, Manual de Derecho Público Romano, Editorial Bosch, Barcelona, 1972.

6. Discrepamos aquí de lo afirmado por el profesor Ríos Alvarez en "Los colegios profesionales", Revista de Derecho Público, N° 59, enero.junio de 1996, pág. 187, quien afirma que el origen de los colegios profesionales se sitúa en la "alta Edad Media europea". El fenómeno de los colegios difícilmente puede remontarse más allá de 1300, por lo que no corresponde atribuirlo a la Alta Edad Media, sino al período siguiente, esto es la llamada Baja Edad Media. Es más, reputados historiadores contemporáneos indican que los Gremios son "un producto muy tardío, casi extramedieval" surgido para poner orden en el caos provocado por la crisis económica del siglo XIV. Cfr. Luis Suárez Fernández, prólogo a la edición castellana del libro "Qué es la Edad Media" *(Pour en finir avec le moyen age)*, Régine Pernoud, Trad. Joaquín Esteban Perruca, Segunda Edición, Ensayos Aldaba, Editorial Magisterio Español S.A., Madrid, 1979, págs. 14 y 15.

Bien se ha dicho que la Revolución Francesa acabó con los gremios y corporaciones. Pero no es exacto decir que por esto los llamados "colegios profesionales" fueron proscritos [7]. Si bien es cierto que perdieron su carácter oficial y obligatorio, recuperaron su carácter privado y voluntario, del que habían sido despojados por un equívoco y unilateral acto de autoridad. Así en el mismísimo París de los días del Terror funcionaba una "asociación de abogados por la República", que más tarde va a ser transformada en el Colegio de Abogados de Francia. Quien tome esa decisión no será otro que Napoleón, cuyo gobierno tuvo tantas e importantes consecuencias para el Derecho, pero que en esta materia no podría calificarse de "democrático" ni "liberal" ni mucho menos [8].

Así, nuevamente se demuestra que lo que nace como una simple asociación de carácter universalmente privado y voluntario evoluciona por decisiones generalmente arbitrarias en un órgano oficial, cerrado y excluyente denominado "Colegio Profesional".

En nuestro medio la situación no es diferente. En efecto, el origen remoto de las asociaciones profesionales u "ordenes del periodo indiano" se encuentra en el denominado "estamento privilegiado del jurista" de factura bajo medieval castellana. La monarquía universal monopolizaba el ejercicio profesional mediante el control impuesto por estas órdenes. Sin embargo el proceso de Independencia iniciado en 1810 va a volver a estas agrupaciones a sus auténticas raíces. Así en 1862 y a instancias de Andrés Bello se crea el "Colegio de Abogados", llamado adecuadamente en su acta de fundación "Asociación de Abogados". Como es natural esta Asociación o colegio se crea con carácter privado y voluntario, pero eso no es óbice para que pertenezcan a él personajes de la talla de Manuel Antonio Tocornal, Antonio Varas, Gabriel Ocampo, Manuel García Reyes, José Victorino Lastarria y el

---

7. Vid. Ríos Alvarez, Lautaro, Ob. Cit. Pág. 187. Es efectivo que la ley Le Chapelier de junio de 1791 "proscribe" los gremios. Pero no es menos cierto que la voluntad de la República fue muy vacilante para aplicar esta disposición a las asociaciones privadas que se formaron y una demostración de lo anterior es el desarrollo de una vasta red de organizaciones de beneficencia formadas por influencia de la Iglesia Católica en Francia.

8. En este y otros sentidos el reinado del Gran Corso fue mucho más "absolutista" que el del propio e infortunado Luis XVI.

propio Bello, que dieron al foro nacional el prestigio continental con el que aún se identifica a los juristas de nuestra tierra. ¡Qué paradojal habría sido que en aquel tiempo se hubiese pretendido atribuir a dicha entidad un carácter artificialmente oficial, ya que el propio Bello habría quedado fuera de ella![9].

Ahora bien, el Constituyente de 1874, al promover las reformas a la Carta de 1833, actúa en perfecta consonancia con lo anterior e incorpora como Derecho Constitucional a "la libertad de asociación sin permiso previo" que en cuanto a la obtención de personalidad jurídica sometía a las asociaciones a las normas respectivas del Código Civil. Jamás hubo discusión alguna respecto de reservar a colegios oficiales y excluyentes el ejercicio de las profesiones liberales [10].

En abril de 1915 se funda el Instituto de Abogados de Santiago [11] que extiende sus actividades hasta 1923 [12].

Sólo en 1928 y luego de la experiencia promovida por Bello, y de la recién referida, se repite la historia y el Estado pasa a monopolizar el ejercicio profesional de los abogados, a través de la dictación de la ley 4.409 [13]. En su artículo primero disponía que el Colegio de Abogados

---

9. Recordamos al respecto que don Andrés nunca obtuvo un título universitario de Licenciado en Ciencias Jurídicas o de Abogado.

10. Es muy pertinente consignar que el principal promotor de la reforma verificada bajo la administración Errázuriz Zañartu, don Abdón Cifuentes señalaba que el derecho de asociación era "una libertad inherente a la persona humana, anterior a las leyes civiles, que sólo debían reconocerlo y garantizarlo, *pero en ningún caso reglamentarlo*" (las negritas cursivas son nuestras). En contrario la tesis estatista, que finalmente fue desechada era representada por Miguel Luis Amunátegui quien postulaba que "siendo la personalidad jurídica de las asociaciones una ficción de derecho creada por la ley, debía estar bajo la vigilancia de la autoridad civil". Este no era más que un subterfugio a fin de oponerse al ideario de Cifuentes y los conservadores y contrariaba notablemente la doctrina liberal que el propio Amunátegui propiciaba, por lo cual fue desechado en definitiva. Cfr. "Actas de Sesiones de los Cuerpos Legislativos", 1870, pág. 89; 1873, Págs. 483, 509, 552; 1874, pág. 323.

11. Por cierto, organismo gremial de carácter privado y voluntario.

12. Ver Estevez, Carlos, Manual del Abogado, Ed. Jurídica de Chile, Stgo. 1950, págs. 15 y sgtes.

13. Diario Oficial de 8 de septiembre de 1928. Ley Orgánica del Colegio de Abogados.

sería una "institución con personalidad jurídica de Derecho Público". Debe a lo menos señalarse un reparo de constitucionalidad de la referida normativa, ya que el art. 10 N° 5 de la Carta de 1925 al consagrar la libertad de asociación, lo hacía sin limitación alguna [14]. Sin embargo en su época no fue cuestionada tal validez, sino que fue saludada como un gran avance, por los partidarios de la intervención estatal en estas asociaciones. Pero no es cuestión secundaria el que esta ley haya sido promovida en la primera administración del General Carlos Ibáñez que, debe recordarse, gobernaba con facultades extraordinarias (de carácter inconstitucional) y prescindiendo en el fondo (aunque no en la forma) del control parlamentario. Así observamos que nuevamente un gobierno investido de poderes autoritarios interviene en la materia [15].

Sobre el modelo de esta cuestionable ley se construyen las demás que intervienen en las restantes profesiones: Leyes del Colegio Médico, de Periodistas, Ingenieros, Arquitectos, etc [16].

En una decisión poco acertada, pero explicable por la tendencia desarrollada en el medio siglo anterior, el Acta Constitucional N° 3 de 1976 [17], dictada para reemplazar el antiguo capítulo 3° de la Constitución de 1925, dispuso en su art. 1° N° 20 incisos 5 y 6 las siguientes normas:

"La ley determinará las profesiones que requieran título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas".

"La colegiación será obligatoria en los casos expresamente exigidos por la ley, la cual sólo podrá imponerla para el ejercicio de una profesión universitaria".

Así, por primera y única vez en nuestra historia constitucional los llamados colegios profesionales pasaron a tener un rango del que

---

14. En esto sigue sin duda el modelo de la carta del 33 establecido en virtud de la reforma de 1874 y que sólo es roto por la posterior Acta Constitucional N° 3 de 1976.

15. Estamos ciertos que la norma que da su origen a la referida ley fue dictada el 19 de marzo de 1925, el DL. 406, y esta circunstancia refuerza nuestra afirmación: Es una de las tantas normas de cuestionable validez impulsada por un gobierno de facto: La Junta de Enero de 1925.

16. A la época de la dictación de la Carta de 1980 eran 25.

17. DL. 1.552, Diario Oficial de 9 de septiembre de 1976.

jamás habían disfrutado y, afirmamos nosotros, que no es legítimo que detenten.

Tal situación fue mantenida en el proyecto de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución y en el proyecto del Consejo de Estado con variaciones menores en su redacción [18].

Estimamos que la principal causa de esta actitud en las dos instancias de estudio referidas responde a una simple tendencia y estructura de pensamiento estatista deslizada imperceptiblemente en los redactores. Tanto es así, que recogían sin querer la herencia anómala de los colegios públicos de 50 años. Esto es fácil de demostrar pues a lo menos en la Comisión de Estudios se siguió de cerca el precepto de la Constitución Venezolana de 1961 [19]. No hay constancia de mayores de-

---

18. El proyecto de la Comisión prescribe en su artículo 19, N° 15 inciso 6°: *"La Ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. La ley podrá exigir la colegiación sólo respecto de las profesiones universitarias"*. Por su parte el proyecto del Consejo de Estado contiene una norma de referencia algo más compleja pero equivalente. Dice en su artículo 19, N° 15 inciso 3: *"nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación, salvo lo dispuesto en el inciso cuarto del número 16° de este artículo"*. Y el inciso referido prescribe: *"Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. No se podrá exigir la afiliación a una organización gremial* (el destacado es nuestro) *como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo. Con todo, la ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Podrá exigir la colegiación sólo respecto de las profesiones universitarias"*. En el último precepto transcrito se contiene una interesante afirmación que es necesario comentar: Las palabras destacadas "organización gremial" aparecen como el sujeto de la prohibición de exigir afiliación obligatoria, es decir, no se puede exigir afiliación a los gremios para desarrollar una actividad lícita. Y sólo a continuación, el proyecto abre la posibilidad de exigirla para las profesiones universitarias, claramente como excepción a la regla general indicada. Y debe decirlo así, como excepción, pues evidentemente los "colegios profesionales" tienen una indiscutible naturaleza gremial que no puede desconocerse. Si tuviesen otra naturaleza, no se comprende por qué el proyecto los trata conjuntamente con los demás gremios, debiendo tratarlos por separado, lo que desde luego no ocurre. Así se demuestra una vez más lo que venimos diciendo: las asociaciones profesionales son gremios privilegiados por el legislador e incluso un proyecto de Constitución que les favorecía, reconocía esta circunstancia evidente.

19. Hoy derogada por la reciente carta de 1999 que, como veremos más adelante, modificó la redacción de la norma pertinente, flexibilizándola respecto de la anterior.

bates al respecto. Igual cosa sucede en el Consejo de Estado, cuyas actas ya pueden consultarse, en estas y otras materias.

Habrá entonces que esperar hasta la dictación de la Carta de 1980, para retornar al régimen de libertad que desde sus orígenes ha caracterizado a las asociaciones profesionales [20].

No puede, entonces, sorprender la actitud de quienes hoy día propugnan la transformación de las asociaciones gremiales profesionales en redivivos "colegios oficiales". Es la ya muy vetusta tendencia estatista que aquí se expresa con toda su fuerza.

Una primera conclusión surge de las líneas precedentes: No es cierto que los colegios profesionales requieran para su vida y desarrollo de las potestades de oficialidad, exclusividad y obligatoriedad, que pretenden asignarles algunos. Antes bien la historia demuestra que estas instituciones nacen y se hacen fuertes precisamente sin estas potestades. Negar lo anterior significa contrariar los evidentes hechos históricos y los mismos pueden no agradar al estudioso de la Historia, pero negarlos resulta estéril. Asimismo es de ordinaria frecuencia que una vez surgidas y consolidadas las asociaciones profesionales, se desarrollan tendencias estatistas, las más de las veces basadas en el arbitrio, que intervienen en su vida natural y las transforman en entes estatales distorsionando su naturaleza original. Esta ha sido la situación que el constituyente de 1980 dio por superada al establecer constitucionalmente la prohibición de imponer trabas asociativo-corporativas al ejercicio de las profesiones liberales y que el legislador de 1981 complementa, al restituir a los así llamados colegios profesionales a lo que siempre han sido en estricto rigor: Asociaciones gremiales.

EN TORNO A LA NATURALEZA DE LOS ENTES PROFESIONALES

Hemos repetido insistentemente que, a nuestro juicio resulta ineludible el carácter esencialmente gremial, privado y voluntario de las asociaciones profesionales.

Fundamos esta aseveración en las siguientes consideraciones:

1. Su origen histórico: La constante, en esta materia ha sido la de asociaciones creadas por miembros de una actividad, oficio o profe-

---

20. En su momento indicaremos las razones que, a nuestro entender, fundan esta apropiada rectificación.

sión que deciden constituir un gremio con el fin de cultivar el perfeccionamiento de la disciplina común y brindarse asistencia mutua. En esto no difieren los artesanos miembros del gremio constructor de una catedral gótica de los de un colegio de médicos.

2. En relación con el impulso promotor de su existencia, es indudable que él proviene inicialmente de los propios miembros de la actividad. El Estado muy difícilmente puede anticipar la formación e importancia de un grupo de personas dedicadas a la misma actividad antes que ellas mismas. Son ellas y nadie más, las que cobran noción de la importancia que tiene su actividad y por tanto serán ellas y no otras las que deseen agruparse para conseguir los finales gremiales ya expresados. El Estado siempre interviene tardíamente y, como se ha visto, a menudo guiado por propósitos no del todo altruistas sino de clara intervención.

3. Como todo gremio, resulta esencial el que su afiliación o desafiliación sea voluntaria. Naturalmente esta afirmación requiere de un desarrollo mayor.

En efecto, se apunta aquí a determinar cuál es la fuerza impulsora que lleva a alguien a integrarse en un grupo que le resulta afín por los motivos personales que correspondan. Creemos que la respuesta reside en el prestigio que esa asociación se ha logrado ganar por sí sola en la sociedad. He ahí el punto más esencial. Si se encuentran en dicha asociación la seriedad, rigurosidad, honestidad y laboriosidad necesarias y estas mismas virtudes se ven reflejadas entre sus integrantes y dirigentes más destacados, su reputación será el más poderoso imán para quienes la observen desde afuera y naturalmente desearán unirse a ella. Y quienes no formen parte de ella serán castigados por el resto de la sociedad que preferirá los servicios de un miembro de la asociación.

Por el contrario si esa asociación se caracteriza por una azarosa vida interna, con conflictos en su seno, con dirigentes de mediocre o mala reputación e integrantes que se caracterizan por su pasividad e incompetencia, se producirán tres efectos:

a) Nadie deseará unirse a ella,

b) Los buenos profesionales desearán retirarse de la misma y

c) La existencia misma de la asociación se volverá efímera y terminará desapareciendo para ser reemplazada por otra que sí cumpla los fines que originariamente le dieron vida a la primera.

Esta situación resulta de suyo compleja cuando el Estado interviene y atribuyendo a las entidades gremiales facultades que van más

allá de su propia naturaleza, les reviste de una autoridad que no han merecido por su desarrollo institucional. Allí los buenos profesionales son obligados a permanecer a la vera de una institución que no tiene los merecimientos gremiales mínimos y finalmente se convierte en un obstáculo para el correcto desempeño de la profesión.

Una sociedad auténticamente libre es aquella que permite una libertad total en cuanto a la afiliación a los entes gremiales. Y paralelamente, la mejor manera en que los gremios pueden asegurar la permanencia y lealtad de sus miembros no es solicitar al Estado la atribución de oficialidad y exclusividad, sino el trabajo serio que les lleve a tener una reputación intrínsecamente sólida, sin necesidad de "presentes griegos" que el Estado puede prodigar abundantemente, pero que en nada favorecen el desarrollo de los entes gremiales. Es más, tienden a atrofiar sus cualidades naturales que sólo se desarrollan con plenitud al estar sometidos a la prueba de transparencia que impone la posibilidad de que sus asociados decidan abandonarlo.

4. En relación con los propósitos que se persiguen con los entes gremiales profesionales: Tradicionalmente se indican como fines de los impropiamente denominados colegios, los siguientes:

a) El perfeccionamiento de sus asociados: No requiere mayores comentarios, ya que es de la esencia de toda agrupación el propender a tal objetivo.

b) Buscar el prestigio de la actividad que les agrupa: También parece muy obvio.

c) El representar los intereses gremiales ante la sociedad: Es lo propio de todo ente gremial, es decir la defensa de la actividad frente a las inquietudes que ella despierta en la sociedad toda.

d) La representación de sus asociados: Es también propio de un ente de esta clase, sobre todo cuando se asume la representación de los miembros más débiles frente a los poderes públicos.

e) La ordenación del ejercicio profesional de los asociados conforme a un marco ético regulatorio: En este punto es preciso formular una aclaración: Durante ya largos años en nuestro país se ha sostenido que la única forma en que los llamados "colegios profesionales" puedan ejercer un control ético de la profesión respectiva es que todos los profesionales estén obligados a pertenecer a él. Y también se afirma que de lo contrario basta que un asociado que ha sido fiscalizado por las instancias contraloras del gremio se vea en peligro de ser sancionado, para que abandone la orden y quede impune frente a una violación de la ética profesional.

Estas afirmaciones son de suyo injustas y equívocas pues contienen a lo menos las siguientes inexactitudes:

• No es cierto que los profesionales que han incurrido en faltas a la moral profesional puedan quedar impunes. Bastaría con que se persiguiera su responsabilidad ante los tribunales de justicia. Estamos ciertos que tal camino importa un proceso largo y oneroso, pero frente a un abuso es éste el camino legítimo y el deber de los profesionales (especialícimamente de los abogados) el perseguir los abusos y procurar su sanción. Es más, frente a una situación de abuso, estimamos un deber moral de los entes gremiales, hacerse parte en las demandas y denuncias correspondientes e instar por su prosecución y sanción en definitiva. Pero hasta el día de hoy no ha habido interés alguno por parte de los llamados colegios en Chile, de intentar esta vía tan obvia.

• Además es también inexacta la afirmación de que la desafiliación voluntaria importa dejar las faltas a la ética en la impunidad. El problema debe analizarse desde otra óptica. ¿Por qué es posible que un profesional se desafilie y esto no signifique ningún perjuicio a su desempeño?. La respuesta es evidente pero lamentable: Porque la organización gremial a la que pertenece no merece al resto de la sociedad el mínimo de respetabilidad y prestigio. Y este último no se logra, por cierto, implorando del Estado un estatuto de privilegio. Si por el contrario, el prestigio propio del ente gremial fuera indiscutido, ningún profesional dotado de la mínima perspicacia se arriesgaría a abandonarlo, pues importaría un perjuicio tremendo para su desempeño propio. Pero no ha ocurrido así en nuestro medio, por factores que estudiaremos después.

Por tanto es completamente erróneo indicar que los entes profesionales deben contar con la exclusividad para lograr el control ético de sus miembros. Ni doctrinal y prácticamente ocurre así.

Finalmente cabe la obvia pregunta: ¿Todos los fines reseñados, pueden cumplirse por un ente gremial, privado y voluntario?. La respuesta resulta igualmente obvia: Por cierto que sí, siempre y cuando esa organización sea dirigida responsable y seriamente y sus miembros sean los primeros en preocuparse de su comportamiento profesional y personal [21].

---

21. Una cuestión que sorprende a profesionales extranjeros, no es tanto el estatus jurídico de los gremios respectivos, sino que en nuestro país se considere "normal", que en las elecciones para Directivas gremiales, los candidatos se agrupen y re-

Nada justifica entonces el estatuto de excepción pretendido por muchos, que lejos de dotar de autoridad a un ente que debería tenerla de por sí, puede contribuir a formar lamentables prácticas de defensa corporativa y unilateral de los asociados o permitir injerencias extragremiales tales como las políticas[22].

LA DOCTRINA DE LAS ASOCIACIONES VOLUNTARIAS Y NECESARIAS, CRITICA A UN PERFIL EQUIVOCO

Recientemente, en el segundo de los dos de artículos que el destacado profesor don Lautaro Ríos Alvarez dedica a la defensa de la restauración de los llamados colegios profesionales como personas jurídicas de Derecho Público en Chile, ha dado forma a una muy interesante distinción entre asociaciones "voluntarias" y otras "necesarias" [23] para justificar su postura.

La tesis del profesor Ríos, expuesta básicamente, formula una distinción esencial, entre aquellas asociaciones que tienen su origen en el derecho de asociación propiamente tal [24] y respecto de las cuales existe completa libertad para ingresar, permanecer y retirarse, pues ellas derivan de la natural tendencia del hombre para agruparse en torno a propósitos comunes y cuando estos propósitos ya no lo son nada impide separarse.

---

presenten oficialmente a colectividades político partidistas. Esta es una cuestión cuyos nocivos efectos perduran hasta el presente. Baste decir que en Europa sería impensable que tal cosa ocurriese. Los cargos directivos son allí (como igualmente en Estados Unidos) una distinción que se confiere a los profesionales de más prestigio con independencia total de sus preferencias políticas.

22. La excesiva politización de los gremios profesionales desde la década de 1960 en adelante y que, en algunos casos, persiste hasta hoy con mayor o menor intensidad, fue una de las causas del profundo descrédito de los "colegios" en Chile y de la erosión y deterioro de la cohesión interna de sus miembros.

23. Cfr. Ríos Alvarez. Ob. Cit. Y más recientemente Ríos Alvarez, Lautaro, "Las Asociaciones, el derecho de asociación y los colegios profesionales", inédito, para ser publicado en la Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso, por las XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público.

24. Consagrado en nuestra Carta Política en su art. 19. N° 15.

Pero asimismo sostiene que hay otras asociaciones denominadas "necesarias" para la sociedad toda y en que las facultades de ingresar o renunciar libremente no están presentes y que los individuos no tienen libertad absoluta, por la especial naturaleza de tales instituciones. Se señalan como ejemplos de tales "Asociaciones Necesarias" la Familia, la Nación, el Estado, la comunidad, las Universidades y en general "los Grupos Intermedios" entre los cuales el profesor Ríos incluye a los denominados colegios profesionales.

El sustento doctrinario se encontraría en las tesis de Wolff y Schmitt [25] quienes postulan la existencia de asociaciones que a lo largo de la historia desarrollan su estatuto jurídico propio, a lo menos en su núcleo esencial y que es deber del constituyente reconocerlo así. Estas son las llamadas instituciones asociativas o sociedades institucionalizadas, según Ríos.

Nuestros alcances acerca de la tesis expuesta no van en contra de su formulación esencial, esto es distinguir entre dos tipos de asociaciones, cuestión que resulta de toda lógica y aparece como una doctrina perfectamente coherente a la que, por cierto, adherimos. Más bien nuestras prevenciones se encuentran en dos órdenes de ideas secundarias pero capitales para nuestro tema:

1. *Ni siquiera las asociaciones necesarias e institucionalizadas pueden impedir del todo el retiro de sus miembros.* Esta cuestión no afecta la existencia de la asociación misma, sino la relación que la une a alguno de sus miembros. Piénsese por ejemplo en el Estado, que según los clásicos es la más perfecta y plena de las agrupaciones humanas y por cierto de las "sociedades institucionalizadas". ¿Qué impide que uno de sus miembros se desvincule de él, mediante el recurso siempre posible de la renuncia a la nacionalidad?. Se dirá que este procedimiento no rompe las obligaciones civiles ni penales del sujeto para con el Estado, pero suponiendo que éste no es un criminal ni un evasor tributario, ¿qué le impide trasladarse a vivir fuera del Estado que le vio nacer?. La respuesta resulta tan obvia que no necesita más comentarios. Otro ejemplo puede ser ilustrativo. Estimamos que el ejemplo de la "Familia"

---

25. Vid. Aldunate, Eduardo y otra. "El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto", Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, XVIII, Valparaíso, 1997, Págs. 195 y sgtes.

como sociedad institucionalizada es el más acertado de la tesis expuesta por el profesor Ríos. En efecto, se encuentran allí los caracteres de indisolubilidad matrimonial, filiación y por encima de todo la afección que la vuelven al núcleo social por excelencia. ¿Pero, aún siendo así, significa esto que bajo circunstancia alguna pueden sus integrantes cercenar los vínculos naturales y jurídicos que les unen con ella? De manera alguna y la mejor respuesta la constituye la institución de la Adopción, definida clásicamente como el acto por el cual un individuo corta los vínculos que le unen con su familia originaria o sanguínea, para entrar en otra. Más pruebas parecen innecesarias.

Completamente cierto es que la Familia, la Nación Chilena y el Estado son sociedades institucionalizadas, pero eso no significa que no pueda existir libertad (a lo menos) relativa para decidir si se quiere pertenecer a ellas. Y es lo que venimos diciendo sobre el tema de los llamados colegios profesionales, aun cuando aceptáramos que son de verdad sociedades institucionalizadas, que es precisamente lo que controvertimos en el punto siguiente:

2. *Los colegios profesionales poseen una innegable naturaleza gremial, vinculada al derecho de asociación y no son asociaciones necesarias o sociedades institucionalizadas sino simplemente voluntarias.* Nada decimos nuevamente en contra de la tesis que distingue entre dos tipos de asociaciones, pero criticamos que se afirme que los denominados colegios profesionales sean asociaciones necesarias. Creemos que aquí se desliza un sutil sofisma en la clara exposición del prof. Ríos. Junto con afirmar la existencia de los dos tipos de asociaciones, cuestión brillantemente expuesta, se desliza la afirmación de que los llamados colegios pertenecerían al segundo grupo. Y estimamos que no es así, por las consideraciones formuladas al comentar el tema de la naturaleza de estos entes.

Permítasenos otro ejemplo: En el documento [26] se afirma que al igual que los así llamados colegios profesionales, las Universidades serían otra forma de asociación necesaria. Difícilmente nos imaginamos cómo podría ser cierta tal cosa, cuando, desde luego la existencia misma de un sistema de educación superior depende del grado de avance social, cultural y económico del Estado de que se trate y sobre todo cuan-

---

26. Cfr. Ríos Alvarez, Lautaro, "Las Asociaciones, el derecho de " Cit. Páginas 3, 6 y 7

do ella (la Universidad) no está abierta a todo el que lo desea, sino sólo a aquél a quien por sus antecedentes académicos lo merece. La mención de las universidades en el art. 19 N° 12 de la Carta fundamental, pertenece a una cuestión enteramente diversa, al referirse a la posibilidad de que ellas sean propietarias de estaciones de Televisión [27]. Con tal argumento podríamos sostener que, como los sindicatos son reconocidos en el art. 19 N° 19 serían también asociaciones necesarias a pesar de que la Carta indique claramente lo contrario.

Es precisamente lo que ocurre con los gremios profesionales. Ellos no son proscritos ni mucho menos, pero se les considera esencialmente voluntarios, de acuerdo a sus auténticos orígenes y no "necesarios".

La comparación con la familia puede ayudarnos a aclarar el punto. Es verdad que la familia es una institución necesaria, porque ella es la que permite el desarrollo y crecimiento de los nuevos integrantes de la comunidad y que les transmite los valores queridos por la misma. El largo proceso de educación y protección de los hijos hace que la familia sea insustituible y ello se demuestra porque todos los entes que la reemplazan, cuando ella por alguna razón falta, tienden a imitar sus patrones de acción y siempre como un sucedáneo de segundo orden. Así se explica que hasta nuestros días la adopción sea tan popular, pues pretende hacer entrar en la familia a quien no la tiene o a quien teniéndola ha visto deteriorada su función primordial de afecto, cuidado y educación.

Pero, ¿cabe formular consideraciones similares sobre los gremios profesionales?, ¿son acaso los abogados (o médicos, u otros profesionales universitarios) tras sus largos estudios, verdaderos infantes que necesitan del brazo protector de una "familia gremial"?

A nuestro juicio la respuesta es claramente negativa. Ninguna función analogable a la de la familia se puede encontrar en los entes gremiales profesionales y sí todos los de un gremio en general, por lo que ello basta para rechazar que deban ser considerados imprescindibles.

---

27. El inciso 5° del citado N° 12 indica: "El Estado, *aquellas universidades* y demás personas o entidades *que la ley determine*, podrán establecer, operar y mantener estaciones de Televisión." Los destacados son nuestros y demuestran que no se establece la existencia obligatoria de las Universidades, sino sólo se admite que la ley puede autorizar, si es que ellas existen, que sean propietarias de canales de televisión.

Suponer que los profesionales, que en algunos casos tardan más de 20 años en llegar a su punto culminante de preparación académica y científica, necesitan (después de certificados sus méritos objetivamente por sus institutos formadores) de la tutela de un ente al que nada les une más que la pura disposición arbitraria de la ley y el hecho de congregar a otros profesionales del área que pueden carecer de todo mérito profesional, resulta completamente antojadizo y fuera de lugar.

Piénsese en lo que sucedería si el legislador de un momento a otro, como ha ocurrido en la historia de la Humanidad en momentos de terror de la civilización [28], proscribiera la Familia. El caos social sería inmanejable, y ese legislador sería barrido del mapa por unas fuerzas más violentas que el peor fenómeno telúrico. Precisamente para evitar su caída, cuando el ataque a las familias ha desatado estas fuerzas, hasta los regímenes más despóticos de este siglo han dado marcha atrás [29].

Pero, nos preguntamos, ¿ha sucedido algo parecido en Chile luego de la reforma a los gremios profesionales en 1981? Desde luego que no. Ellos continúan aportando su cuota de esfuerzo para el bien común social y lentamente han ido abandonando los vicios y malas prácticas que contribuyeron a su desprestigio en el pasado. Y esa es la mejor prueba de que su auténtica naturaleza es de gremios y no otra.

TESIS SOBRE LA COLEGIACION OBLIGATORIA COMO MANIFESTACION DEL PODER DELEGADO DE POLICIA:

La doctrina transandina ha elaborado otra justificación (variante de la anterior) que ha sido recogida por sus tribunales de justicia al discutirse, precisamente, la validez de la colegiatura obligatoria con motivo de la Ley de 1985. La Corte Suprema argentina rechazó los recursos en contra de la ley de colegiación obligatoria aceptando su constitucionalidad. Una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica presentada por los opositores a la ley de Colegiación obligatoria aludida, fue igualmente rechazada por la Comisión, aunque el caso no llegó a ser tratado por el Tribunal Interamericano.

---

28. Como la revolución francesa o los primeros años de la revolución bolchevique.

29. V/gr. En la Rusia comunista, cuando se restableció el matrimonio tras los desenfrenos y caos de la "uniones libres"

Un resumen de estas tesis ha sido expuesto en el curso de las presentes Jornadas por el destacado profesor argentino, Alberto Spota.

La tesis pro obligatoriedad colegial plantea que en un Estado de Derecho existen ciertas agrupaciones que por su importancia y fines sociales trascendentes reciben del mismo Estado un poder delegado, denominado "de policía" con el fin de ordenar el ejercicio de las profesiones llamadas liberales. Son estos los "Colegios" que ejercen entonces un poder estatal delegado en virtud de la ley y que se estima fundado en las atribuciones que tiene el mismo Estado para regular y ordenar el ejercicio de las profesiones liberales.

Aquí entonces sería el propio Estado y no la asociación profesional la que daría origen a la normativa reguladora de la respectiva actividad. La analogía que se puede hacer con la familia es también, en este caso, exacta [30]. Es decir, por ley se conceden a los padres una serie de facultades sobre su prole, para su educación, disciplina y total desarrollo físico, intelectual y espiritual. Y en esta lógica, no se concibe que un hijo menor de edad pudiese escapar voluntariamente a estos lazos creados por la ley en reconocimiento de un hecho natural: su falta de desarrollo pleno.

Sin embargo, creemos que esta postura no subsana los obstáculos indicados precedentemente y que, es más, adolece del mismo defecto de la que venimos criticando en nuestro medio: No es cierto que el Estado ni su ley sean la fuente de las potestades paternas ni de las asociaciones profesionales. Esta es la Ley Natural que *es anterior* al Estado y que para el caso de la familia se relaciona con el proceso de educación de los hijos que no tienen madurez suficiente. En tanto en el caso de las asociaciones profesionales se relaciona con la "Libertad de asociación" o "Voluntariedad" que defendemos como elemento esencial: A diferencia de los infantes, los profesionales (entre ellos, los abogados por antonomasia) poseen la suficiente madurez y formación como para no verse obligados a pertenecer a ningún ente corporativo que pretenda orientar el modo en que dirigen su actuación profesional. Esta es una cuestión de tal importancia que debe ser correctamente entendida. No son los llamados "colegios" profesionales, los que proporcionan al profesional los conocimientos propios de su ciencia —tal tarea pertenece de suyo a

---

30. Así lo vimos al comentar el párrafo precedente sobre las asociaciones voluntarias y necesarias.

las Universidades— ni tampoco le prestan una asistencia imprescindible para ejercer la profesión (los ejemplos en contra, de distinguidos profesionales que jamás han pisado un "colegio" demuestran la falsedad de la postura contraria), por ello nada justifica que el Estado les atribuya una tutela que sólo a él pertenece y que debe ser entendida como el mínimum ético relativo a la custodia del bien común: La tutela de los tribunales de justicia y ninguna otra. De aceptar la tesis contraria se llega al absurdo de sostener que los profesionales universitarios carecen de lo necesario para desempeñar aquella ciencia para la cual se han formado y que por lo demás, el Estado ha reconocido desde que reconoce la validez de los títulos profesionales otorgados por dichas universidades.

Esto es particularmente importante en el caso de los abogados quienes como sabemos, reciben su título no de las Universidades, sino del propio Estado a través de la Excma. Corte Suprema de Justicia [31]. Aceptar que luego de este hecho categórico es preciso adscribir obligatoriamente al abogado a una entidad profesional significa desconocer el hecho certificado ya por el mismo Estado a través de su Supremo Tribunal, que consiste en la comprobación de la idoneidad moral e intelectual del postulante al título. De lo contrario lo lógico sería que el título de cada profesión fuera otorgado por el colegio respectivo, lo que a todas luces es un absurdo.

La idoneidad del profesional no tiene fuente en la ley, ni menos en la acción de las asociaciones profesionales, sino que reside en algo más delicado y profundo. La conciencia del propio individuo que ha sido sometido a las pruebas y requisitos que avalan su calificación. Sólo los tribunales pueden entonces ejercer una tutela a posteriori sobre actos deshonrosos. Y nunca podría aceptarse que el Estado delegue esta atribución esencial en supuestos "entes de policía", como se ha sostenido erróneamente, a nuestro juicio, en Argentina. Es más, ello iría en nuestro medio expresamente en contra de un postulado civilizador del Derecho, la prohibición de juzgamiento por parte de comisiones especiales [32]. Y violaría además la esencia misma del Estado de Derecho [33].

---

31. A lo menos en Chile.

32. Art. 19 N° 4, inciso 4° de la Carta de 1980.

33. Arts. 6 y 7 del texto constitucional vigente.

LA UNICIDAD DE LOS COLEGIOS EN CHILE Y EN EL EXTRANJERO

Un tema íntimamente vinculado a la posición que ocupen los gremios profesionales es el de la exclusividad, es decir si por cada profesión debe existir un único ente gremial o si es posible optar por la constitución de múltiples órganos representativos de la profesión respectiva.

Desde luego, los partidarios de la colegiación obligatoria señalan que es uno de los elementos indispensables para la adecuada representación y defensa de los intereses sociales. En esta óptica, la única forma de garantizar que el "colegio" tenga las suficientes facultades, es agrupar a la totalidad de los miembros de la orden en una sola entidad u organización. La pluralidad atentaría entonces contra de ese gran objetivo y debilitaría a los colegios.

Discrepamos por completo de este tipo de razonamientos. La unicidad obligatoria de los gremios profesionales es más un síntoma de debilidad que de fortaleza. Es decir, ¿qué valor de convocatoria moral puede tener una institución cuyos socios lo son forzadamente sin posibilidad de competencia?. Ninguna.

Por el contrario, una institución en que sus miembros gozan de libertad para poder retirarse y formar otra organización paralela, en competencia con la primera si ésta no cumple adecuadamente sus fines, es la mejor garantía de un desempeño responsable de las funciones de aquélla.

Al respecto debe examinarse de nuevo lo ocurrido en el país tras la legislación de 1981. En el caso de los abogados ha habido dos intentos de formar entes paralelos, ambos con escaso éxito [34]. No tenemos conocimiento de que se hayan creado organizaciones gremiales paralelas en otros ámbitos profesionales y esto es nuevamente demostración de la salud de que gozan las actuales organizaciones. Si fuese verdad que han sido "heridas de muerte" [35] ya muchos nuevos entes habrían

---

34. El denominado "Colegio Nacional de Abogados", formado a inicios de los años 80, que no prosperó y el Colegio de Abogados Laboralistas, aun cuando éste tuvo una existencia más vinculada a un instituto especializado, por lo que su nombre puede inducir a error.

35. Cfr. Ríos A., Lautaro, "Las Asociaciones...", página 9.

ocupado su lugar y eso está lejos de haber ocurrido. Pero si se da el caso de una asociación que tenga problemas internos con escasa vinculación de sus socios y tensiones que provocan crisis permanentes, no pasará mucho tiempo antes de que, con mayor éxito que hasta ahora, surjan nuevos gremios que reemplacen a los que presenten la crisis. Es un imperativo innegable.

Por lo demás encontramos en nuestro ordenamiento jurídico reciente una situación análoga de la mayor importancia: La legislación recientemente aprobada sobre juntas de vecinos permite expresamente la formación de más de una de estas entidades por cada unidad vecinal. Ello es un mentís para quienes sostuvieron (en forma similar a lo que se indica para los gremios profesionales) que era "indispensable" que sólo se permitiese una Junta de Vecinos en cada unidad. Y ya es posible constatar que en varias comunas se produce el saludable fenómeno de Juntas paralelas [36].

CONTROL DE ETICA PROFESIONAL:

Otro tópico de frecuente uso en la discusión se refiere al control de la ética profesional. Los críticos del orden actual señalan que la única manera de controlar adecuadamente el ejercicio de la respectiva profesión por parte de los titulados, es que el correspondiente colegio, investido de facultades delegadas por el Estado, tutele, investigue y sancione conductas que vayan contra la moral o ética profesional. Para reforzar esta idea se apunta que como miembro de una Orden, el profesional (en especial el abogado) debe estar sujeto a ella y no a los jueces ordinarios. Y que esto es así, porque de lo contrario el profesional (abogado) quedaría en un pie de inferioridad frente al juez, al estar sujeto a su eventual examen ético [37]. Además, si no se confiere esta autoridad a los gremios profesionales, se les debilitaría al extremo de no poder cumplir su función, pues bastaría con que el socio se desvinculara del gremio respectivo para "no quedar sujeto a su voz" [38]. Finalmente se argu-

---

36. Sólo en la comuna de Talcahuano se ha solicitado en el año 1999 la constitución de 2 Juntas paralelas.

37. Cfr. Domínguez Aguila, Ramón, Ob. Cit. Págs. 8 y 9.

38. Idem Pág. 8.

menta que se ha desconocido una vasta jurisprudencia de largos años, en que los "Colegios" habrían actuado con sumo celo en el control ético, ser "llevado al colegio" era un estigma que pocos querían ostentar"[39].

En contra de esta postura podemos indicar lo siguiente:

1. La mejor garantía del control ético de una profesión radica en el ejercicio que los tribunales hagan de sus facultades de hacer justicia. La no existencia oficial de códigos de ética profesional, no impide para nada que los jueces hagan uso de los textos de cada gremio, como ejemplos de Derecho Natural aplicable y es precisamente lo que ha ocurrido en Chile en los poco frecuentes, pero indesmentibles, casos en que demandas por cuestiones éticas se han deducido ante los tribunales de la República.

2. Estimamos que es muy poco feliz el argumento que afirma que el abogado (y todo profesional) ha sufrido una especie de *capiti diminutio* frente al juez y que ahora no sería su igual. Si todos los ciudadanos en un Estado de Derecho están sujetos a los tribunales no se ve por qué las profesiones liberales deberían escapar a principio universal de igualdad ante la ley. Sostener lo contrario es un resabio de corporativismo incompatible con un estado de Derecho contemporáneo. Es propio de la Baja Edad Media, pero no del siglo XX que ya acaba [40].

3. Es cierto que basta con que un afiliado al gremio se retire del mismo para que se sustraiga a la tutela correccional de sus órganos fiscalizadores internos. Es indesmentible. Pero el problema no radica ahí, sino en la nula consecuencia profesional y social que tiene esta automarginación para el desempeño profesional. Esto se debe en principal medida a que el alicaído prestigio de los entes gremiales aún no se recupera luego de los tristes años de excesiva politización de los gremios (des-

---

39. Idem. Pág. 9.

40. En junio de 1998 asistimos perplejos a una entrevista sostenida entre la Directiva de la Asociación Gremial denominada "Colegio de Médicos de Chile, A.G." con el entonces Presidente de la Corte Suprema, don Roberto Dávila Díaz, en la que este ente gremial representaba su preocupación y "molestia" porque muchos médicos estaban siendo demandados por faltas a la ética y a la pericia profesional ante los tribunales. Es difícil calificar tal actitud, pero no cuesta imaginarse cuál es la tesis sustentada por el organismo gremial, aunque tampoco es difícil imaginar la respuesta del Presidente, teniendo en cuenta la ignorancia fundamental que evidencia esta queja.

de 1964 en adelante) y en muchos casos por efecto de la propia acción de sus dirigentes [41]. Muy distinto sería si el prestigio de los entes gremiales permaneciera incólume, lo que llevaría a los nuevos profesionales a desear la integración a un órgano prestigioso como un efectivo apoyo a su actividad profesional. Antes bien, lo que hoy sucede es que destacadísimos profesionales se marginan voluntariamente de estos gremios por no desear la compañía de "colegas" de dudosas conductas. No hay en esto ninguna complacencia, sino la descripción de una triste realidad observable día con día.

4. En cuanto a la jurisprudencia colegial sobre cuestiones de ética, no nos es posible dar una opinión definitiva hasta completar un estudio que estamos realizando acerca del desempeño de los antiguos Colegios en estas materias (en las 3 circunscripciones de apelación más antiguas, Santiago, Concepción y Valparaíso), pero los datos preliminares obtenidos parecen indicar que esta cuestión dista de haber sido muy pacífica. Hemos tenido a mano la Revista de Derecho y Jurisprudencia y confrontado las publicaciones de fallos respecto del gremio de abogados (e incluso datos de fallos del gremio médico) [42] con las denuncias formuladas y de tal examen se advierte que una muy baja cantidad de denuncias terminaba en pronunciamiento definitivo. A manera de ejemplo puede señalarse que en el período que va de 1964 a 1970 casi la mitad de las denuncias formuladas no terminaran en dictamen alguno en el caso del Colegio de Abogados, cifra que en caso del Colegio Médico (de Concepción) se elevaba a más de la mitad. Reiteramos que no es posible dar un juicio definitivo sobre estas y otras cifras relativas al desempeño de los gremios en el control de la ética profesional, mientras no se realice un estudio estadístico completo en el ámbito nacional. Pero parece ser que algo de razón existiría en la percepción que la ciudadanía tenía de estos entes, como centros de defensa corporativa de sus miembros, antes que de instituciones encargadas de velar por los derechos de los afectados.

---

41. Recientemente hemos asistido a las declaraciones de un presidente de la Asociación Gremial llamada "Colegio de Abogados de Chile, A.G." en que se refería en términos calificables a lo menos de poco delicados, respecto de las actuaciones de los tribunales superiores de justicia. Tales actitudes no constituyen, desde luego, a prestigiar la acción de los "colegios".

42. Desde su consagración legal hasta 1981.

Ahora bien, si resultase que el desempeño de los antiguos colegios hubiese sido satisfactorio, este sería un antecedente muy interesante para la constitución de tribunales especializados en *materias ético profesionales.* Estimamos que es esta la auténtica respuesta frente a la necesidad de brindar mayor expedición a las demandas relacionadas con transgresiones a la ética profesional. No resulta razonable pensar en restituir a los gremios profesionales unas facultades que sólo se justificaban por su equívoco tratamiento de entes de Derecho Público, que son incompatibles con su auténtica naturaleza gremial. Antes bien lo que debe hacerse es lo ya indicado en párrafos 1) y 2) precedentes, confiar la tarea a los tribunales ordinarios, como garantía de igualdad ante la ley y si la naturaleza compleja y técnica de las cuestiones debatidas lo aconseja proceder a la creación de tribunales especiales (sujetos a la autoridad, superintendencia y dirección de los tribunales ordinarios, por cierto) que dediquen su jornada a la discusión de tales cuestiones. Ello requiere de una dosis considerable de voluntad política y de los recursos necesarios para solventarlos, pero es una decisión que obviamente no puede tomarse sin considerar la verdadera entidad de los problemas ético profesionales que existen hoy entre nosotros. En este sentido un estudio estadístico se hace ya cada día más conveniente. Con sus resultados podría determinarse la verdadera necesidad de crear tribunales especiales o, en su caso, de mantener la competencia radicada en la justicia ordinaria como hasta hoy, con las necesarias adecuacio nes [43].

EN EL DERECHO COMPARADO: LOS CASOS DE VENEZUELA Y COSTA RICA

No escapa a nuestro análisis que esta es una dimensión en la cual no es posible encontrar demasiados apoyos a la tesis que sustentamos. Antes bien, campea aquí casi sin contrapesos la postura contraria que considera que los entes profesionales son personas jurídicas de Derecho Público, dotadas de potestades legales propias y exclusivas.

---

43. Es efectivo que las denuncias y demandas efectivamente planteadas en cuestiones ético-profesionales, son hoy día ínfimas. Pero estimamos que ello se debe al desconocimiento de los afectados de los derechos que les confiere la ley más que a una falta de voluntad de los tribunales de avanzar en una efectiva tutela judicial de estas cuestiones.

Sin embargo, no es la primera vez que nuestro país parece ir en dirección legislativa contraria al resto del mundo (y estimamos, en éstas y otras materias, para orgullo de nuestro derecho) y pese a eso es posible encontrar atisbos de apoyo a nuestra postura. Veamos los siguientes casos [44].

1. *VENEZUELA:* Como es sabido, la hoy derogada carta fundamental venezolana de 10 de enero de 1961 establecía en sus artículos 70 y 82:

"Derechos individuales:

Art. 70. Todos tienen el derecho de asociarse con fines lícitos, en conformidad con la ley.

Derechos Sociales:

Art. 82. La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. *Es obligatoria la colegiación para el ejercicio de aquellas profesiones universitarias que señale la ley."* [45].

Con ello quedaba clarísima la imperatividad de la colegiación como requisito de habilitación para el ejercicio profesional. Sin embargo, la novísima carta de 17 de noviembre de 1999 ha innovado, a nuestro juicio positiva aunque tímidamente en esta normativa y así consagra los actuales artículos 52 y 105:

"De los Derechos Civiles:

Artículo 52. Toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley. El Estado estará obligado a facilitar el ejercicio de este derecho.

De los derechos Culturales y Educativos:

Artículo 105. *La ley determinará las profesiones que requieren títu-*

---

44. Sin perjuicio de lo indicado, hay algunos textos constitucionales del hemisferio recientemente actualizados en sus capítulos de Derechos fundamentales que no hacen la menor referencia a la colegiación obligatoria, como ejemplo pueden citarse las Constituciones de Argentina, modificada en materia de Derechos Humanos en 1994 y la Uruguaya modificada en 1996, lo que demuestra que éste no es un imperativo ineludible ni mucho menos. Cfr. "Constitución de la Nación Argentina", 8° edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, 328 Págs. Y "Constitución de 1967 de la República Oriental del Uruguay Actualizada (1997), 3° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, 180 págs.

45. Los destacados son nuestros. Texto tomado de www.venezuela.gov/ott.civ/html.

lo y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación" [46].

Una primera lectura del precepto podría apuntar a la consagración de la misma norma con una redacción ligeramente distinta. Pero en verdad se contiene aquí una mucho mayor amplitud para el legislador, que ahora puede excluir profesiones universitarias del título, y por cierto, de la colegiación, cuestión que antes no sucedía ya que el mandato para el legislador era categórico. Aunque esta normativa tiene escasos meses de data, no es del todo aventurado que en los debates de la Asamblea Constituyente que la redactó, debe de haberse producido un debate al respecto, porque si no, no se entiende la variación del texto.

2. *COSTA RICA:* En el ya tantas veces citado artículo del prof. Ríos Alvarez "Las asociaciones, el derecho de asociación y los colegios profesionales" [47] se contiene un sugerente "precedente" que avalaría una vez más la tesis de la colegiación obligatoria. Es la opinión del prof. colombiano, don Rafael Nieto Navia, que integrando la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa su opinión sobre la colegiación obligatoria de los periodistas, en Costa Rica, en un fallo de fecha 13 de noviembre de 1985 [48].

En dicho fallo el juez Nieto se declara partidario del estatus de Personas de Derecho Público, oficial y excluyente de los gremios profesionales, pues "cumplen fines estrictamente públicos" [49] No serían estos "colegios" asociaciones creadas en virtud del derecho de asociación natural sino que entes públicos y necesarios.

La opinión es estrictamente apegada a la tesis que criticamos. Pero en verdad el problema es mal enfocado, pues la opinión del juez Nieto es un simple voto disidente que difiere del voto mayoritario acordado por la Corte Interamericana.

---

46. Idem anterior.

47. Ob. Cit. Pág. 15.

48. Ver texto completo del fallo y de la opinión del juez Nieto en Revista de Estudios Públicos N° 53, Centro de Estudios Públicos, verano de 1994, Santiago, 1994, págs. 333 y sgtes.

49. Ob. Cit, pág. 365.

Ella (la Corte) dictaminó que, la ley Nº 4420 de 22 de septiembre de 1969 [50] era "contraria al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" [51]. Esto es, contraria al derecho o libertad de pensamiento y de expresión.

El rotundo y categórico fallo se basa en que la imposición de requisitos que impliquen la Colegiación obligatoria de periodistas impide el acceso libre a la información y viola con ello un derecho humano como es la libertad de opinión y expresión.

No escapa a nuestro análisis que el fundamento último de este fallo favorable a nuestra tesis no podría repetirse con facilidad tratándose de otros gremios profesionales, cuyo desempeño no implicaría en apariencia el ejercicio de un derecho humano, como la libertad de información y de opinión, pero esta contradicción es sólo aparente, pues en caso de las restantes profesiones lo que se coartaría es la libertad de trabajo, como tan bien lo indica nuestra carta fundamental, al dejar en claro que se prohíbe la imposición de pertenencia a todo tipo de *"organización o entidad alguna"* [52] para desempeñar un trabajo lícito.

Estimamos que este fallo resulta de capital importancia y señala o indica un camino de profunda revisión del anquilosado sistema colegial obligatorio que todavía impera en el hemisferio.

LA CONSTITUCION DE 1980 Y LOS GREMIOS PROFESIONALES

Ya hemos indicado al tratar el tema de la evolución histórica de los gremios profesionales, que en nuestro medio el debate sobre la naturaleza jurídica de estos entes, fue zanjado por la Constitución. En efecto ella dispuso que:

"Art. 19 Nº 15: El derecho de asociarse sin permiso previo.

Inciso III: Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación"

"Art. 19 Nº 16: La libertad de trabajo y su protección.

Inciso IV: Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo

---

50. De Costa Rica, que impone la colegiación obligatoria de los periodistas.

51. Idem. Pág. 362.

52. Art. 19 Nº 16, inciso IV. Constitución Política de la República de Chile.

exija el interés nacional y una ley lo declare así. *Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos.* La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas".

Los preceptos transcritos demuestran claramente que el propósito del constituyente fue no permitir que los gremios profesionales adquiriesen nuevamente el estatus de oficialidad y exclusividad de que injustamente habían dispuesto. Es más, en esta materia se perfeccionó la normativa de la Constitución de 1925, dejando a un lado la equívoca señal del Acta Constitucional N° 3.

Y por consiguiente, el DL. 3621 de 7 de febrero de 1981, que fijó el estatus jurídico de los entes profesionales, no hizo más que recoger la postura adoptada por el texto constitucional al respecto. Hay quienes objetan la constitucionalidad de este decreto ley [53]. Pero hasta la hora no

---

53. El prof. Ríos Alvarez formula una interesante evaluación de esta normativa en "Los Colegios Profesionales", Ob. Cit. Págs. 202 a 205. En resumen la tesis planteada señala que el DL. 3621 fue dictado bajo la vigencia del Acta Constitucional N° 3 que consagraba constitucionalmente el estatus de los Colegios Profesionales y que por tanto era claramente inconstitucional, ya que la carta de 1980, entró a regir sólo al mes siguiente. Además sostiene que era también contradictorio con la carta de 1980, por ir contra el art. 1 inciso 3 de la misma, que consagra el reconocimiento y amparo de los cuerpos intermedios. Y finalmente proporciona un argumento exegético al indicar que el art. 1 transitorio del DL. que señalaba un plazo para la disolución de los colegios como entes de derecho público y de la derogación de sus leyes orgánicas, habría sido derogado también orgánicamente por la carta de 1980, por lo que las leyes de los colegios profesionales estarían vigentes. Resulta interesante analizar esta tesis. Es cierto que podría hacerse el reparo de constitucionalidad al nacimiento del DL., pero es innegable que con la entrada en vigencia de la carta de 1980, la vetusta legislación colegial habría sido igualmente derogada (orgánicamente) y por cierto era mejor una norma que permitiese una adecuada transición para fijar la forma jurídica definitiva de los gremios profesionales. Además, lejos de contrariar el art. 1 de la Constitución de 1980, el DL. da cumplimiento cabal al mismo, pues sólo reparó un error histórico, y lejos de proscribir a las asociaciones profesionales, la restituyó a lo que por su naturaleza han sido siempre, gremios. Sobre el argumento de la derogación del art.1 transitorio sería útil observar la realidad. Lejos de haber sido derogado, este artículo cumplió a cabalidad su papel, pues los llamados colegios fueron transformados en gremios y no conocemos ni un solo caso que se pueda citar de un ex colegio que se haya negado a dictar su reglamento interno e impugnado la legislación aludida ante la Corte Suprema, antes bien todos lo aceptaron como legítimo.

se conoce presentación alguna que haya hecho valer estas reservas ante la Corte Suprema, por la vía del Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.

Asimismo se señala que existirían oscuras razones políticas que llevaron al legislador de la época a dictar dicho cuerpo normativo [54].

Los críticos de la norma constitucional aludida han señalado en reiteradas oportunidades que los motivos de la misma no son conocidos [55] y que se habría procedido en completo secreto. Es cierto que los textos de las discusiones del Grupo de Trabajo que redactó el texto constitucional, permanecieron reservados por unos años. Pero recientemente se ha tenido acceso a los mismos. Lejos de ser una normativa anónima y arcana, sus autores son perfectamente conocidos y sus motivos también [56].

Intervinieron en su elaboración, el ministro del Interior, don Sergio Fernández F., la ministra de Justicia, doña Mónica Madariaga G., el ministro jefe del Estado Mayor Presidencial, Gral. Santiago Sinclair O., el secretario de Legislación de la Junta, capitán de navío Mario Duvauchelle R., y los auditores de las 4 ramas de las FF.AA y de Orden: Gral. (J) Fernando Lyon S., Contraalmirante (J) Aldo Montagna B., Coronel de Aviación (J) Enrique Montero M., y el Mayor de Carabineros (J) Harry Grünwald.

La discusión sobre los colegios profesionales fue clara y la comisión optó por eliminar el principio de colegiación obligatoria [57].

---

54. Ver anterior, pág. 203 y también "Las asociaciones, el derecho de asociación..." págs 8, 9 y 10. En este mismo sentido ver Domínguez Aguila, Ramón, Ob. Cit. Págs. 2, 3 y 11. En síntesis el prof. Domínguez sostiene que el DL. fue dictado por motivaciones ideológicas que buscaban acabar con el poder de los colegios, basándose para ello en una concepción liberalista y libremercadista de las profesiones.

55. En "Los Colegios profesionales", el prof. Ríos los califica de "comisión apócrifa del Gobierno, de cuyas motivaciones no existe rastro ni constancia alguna". Ob. Cit. Pág. 191.

56. Cfr. "Transcripción y antecedentes de la Constitución de 1980. Decretos Leyes N° 3.464 y 3.465", Secretaría de Legislación, H. Junta de Gobierno de la República de Chile, Biblioteca del Congreso.

57. Cfr. El interesante trabajo de Carrasco Delgado, Sergio "Nuevos antecedentes sobre la génesis de la constitución política de 1980", XXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 203, Concepción, 1998. Págs. 241-249.

Estimamos que los motivos de esta decisión son dos:

Por una parte, la razón de esta decisión, que inspiró luego la de dictar el DL. 3.621 se centra en uno de los principios básicos de la nueva Constitución, el "orden Público Económico" adoptado en el capítulo tercero del texto fundamental.

En efecto, la normativa constitucional se caracteriza por garantizar las condiciones que aseguren la libertad de lo agentes económicos y la eliminación de todas las trabas al ejercicio de los derechos de implicancia económica, como la libertad de trabajo.

Aceptar la existencia de entes oficiales que detentaban monopolios o exclusividad del ejercicio profesional, con facultades de imponer aranceles, habría sido aceptar la negación del principio aludido y por tanto el constituyente procedió en consecuencia.

Se podrá concordar o discordar de la doctrina enunciada, pero es de justicia aceptar que resulta de toda lógica su aplicación a la materia indicada [58].

Sin embargo la razón de mayor importancia radica en un tema vinculado a las bases de la Institucionalidad. Contrariamente a lo que se ha afirmado por sus críticos, la Constitución y el DL. tantas veces referido han sido particularmente cuidadosos en el respeto y promoción de los grupos intermedios y tal es así que con el régimen establecido para los gremios profesionales, han reparado una injusticia, al haberse concedido a estos entes un estatuto oficial, exclusivo y obligatorio se desnaturalizaba su verdadera esencia gremial y el legislador-constituyente sólo ha restablecido las cosas a lo que siempre han debido ser. Con ello se logra una verdadera promoción de los grupos intermedios y ni remotamente puede creerse que se viole este deber del Estado. Se ha recuperado en definitiva el estatus jurídico propio de las asociaciones profesionales y ello es motivo de honra, no de bochorno.

PERSPECTIVAS SOBRE LOS GREMIOS PROFESIONALES Y SU FUTURO:

Las ideas que hemos expuesto precedentemente dejan en claro que no estimamos preciso atribuir a los gremios profesionales un irre-

---

58. El autor de estas líneas tiene serias dudas de la extensión que debe darse al principio indicado, pero es completamente razonable pensar que si se es consecuente con el mismo, la decisión debía ser similar a la adoptada.

gular estatus de entes oficiales, únicos y obligatorios. Es más, tal calidad y los abusos cometidos en su desempeño contribuyeron en no poca medida al desprestigio del que muchos de estos entes aún no se reponen.

La naturaleza propia de estas asociaciones, más allá de lo que sea la experiencia extranjera (no siempre feliz, por lo demás) apunta más bien a dos metas de alta importancia:

1. *El cumplimiento estricto y celoso de sus fines gremiales:* La promoción de la profesión, el bienestar de sus socios y la dignificación de la actividad realizada son tareas ineludibles que deben ser cumplidas cualquiera que sea el estatus jurídico concedido a los gremios profesionales. Por lo demás si tienen éxito en su desempeño la única consecuencia será que su prestigio se restablecerá y la sociedad toda resultará beneficiada y;

2. *Colaboración entre los miembros del respectivo gremio entre sí y con el Estado:* A nuestro juicio, uno de los peores efectos de la excesiva politización introducida en estos gremios, fue el deterioro de las relaciones entre sus asociados. Estimamos que es imprescindible para rescatar su alicaído prestigio el recomponer los lazos de colaboración interna de todos sus miembros, sin que en cada elección, los perdedores se marginen del todo del quehacer gremial. Y por eso mismo es preciso que los gremios profesionales vuelvan a recomponer sus vínculos naturales con el Estado, al que deben colaborar para alcanzar el bien común. Ha de acabarse con los gremios planteando defensas corporativas de la actividad que representan frente al Estado. Su tarea es de activa colaboración y en esa función tienen mucho que decir. Pero el papel de directivos de gremios profesionales promoviendo desorden social y violaciones al orden público, poco ayuda al objetivo propuesto [59] y no hace sino confirmar que la dictación del DL. 3.621 fue del todo acertada.

CONCLUSION

Creemos haber esbozado una tesis que resultará polémica. Sobre todo teniendo presente que la mayoría de la doctrina nacional e internacional está en una posición contraria. Pero no es me-

---

59. Los gremios profesionales de la salud, dan tristísimo y reciente ejemplo de ello en nuestro país.

nos cierto que frente a numerosas consultas se hacía necesario dar un primer paso, frente a la insistencia cada vez más frecuente de retornar a esquemas legislativos superados por la realidad de los hechos.

Postulamos que los gremios profesionales son eso mismo: Gremios. Que tienen los fines y características propias de todo gremio. Que su mayor fortaleza (y no debilidad como equívocamente se señala) radica en ser privados y voluntarios. Y que si bien parece deseable que los miembros de una profesión se agrupen entre sí en estos entes, no es desdeñable la decisión de muchos de ellos de pertenecer a órganos diversos o a ninguno en particular.

Que estas reflexiones sirvan para animar un debate en que las voces intervinientes se parecían ya demasiado a un interesante pero reiterado monólogo.

LAS ASOCIACIONES, EL DERECHO DE ASOCIACION Y LOS COLEGIOS PROFESIONALES

LAUTARO RIOS ALVAREZ *

1. INTRODUCCION

Es idea corriente en nuestra cultura jurídica dar por sentado que toda asociación es el resultado del ejercicio del derecho de asociarse.

Esta visión no es completamente inexacta; pero, por lo mismo, se trata de una visión incompleta.

Algunas asociaciones son la consecuencia de la *necesidad* de asociarse, aun sin mediar el derecho de asociación; o también pueden serlo de la *necesidad* de permanecer asociado.

En resumen, pensamos que las asociaciones pueden ser el resultado de un acto voluntario, sea en su constitución, sea en el ingreso, sea en la permanencia en ellas o en la sucesión de estos momentos del proceso asociativo. Pero también pueden ser la consecuencia de una necesidad en que esté ausente el ejercicio del derecho de asociarse en alguna o en todas dichas instancias.

Llamaremos al primer tipo descrito, asociaciones voluntarias. Y, al segundo, asociaciones necesarias. Esta es una denominación provisoria, mientras intentamos decantar la distinta justificación de unas y otras.

---

* Profesor Titular de Teoría Política y Derecho Constitucional de la Universidad de Valparaíso.

Porque, desde luego, podemos constatar que mientras en las primeras —las meramente voluntarias, como un club deportivo, un coro o la Asociación Chilena de Derecho Constitucional— tanto al ingreso como la permanencia y la eventual desafiliación a ellas, se originan en una acto enteramente libre de quien ejercita el correspondiente derecho, en las sociedades necesarias, cuyos paradigmas son el matrimonio, la familia y el Estado, ninguno de tales actos depende de la sola voluntad del asociado y, por el contrario, ellos aparecen rodeados de requisitos o exigencias impuestos por consideraciones propias de la institución de que se trata y distintas del solo interés de sus integrantes.

Esto parece ser así porque mientras las sociedades meramente voluntarias se constituyen en el *interés y beneficio privados* de sus miembros, las sociedades necesarias -en cambio- conciernen, además, a *intereses públicos* perfectamente identificables y concordantes con el bien común de la sociedad en su conjunto y no sólo con el de la asociación particular de que se trata.

Ahora bien, la justificación de este trabajo no consiste en un ejercicio teórico. Nos preocupa la grave confusión que ha llegado a producirse tanto en órganos de autoridad como en altos niveles académicos, con respecto a la indistinta aplicación que se hace, a ambos tipos de asociaciones, de las libertades propias del derecho constitucional de asociación; el cual —sin lugar a ninguna duda— sirve de base garantista a aquéllas de talante meramente voluntario, pero no corresponde aplicar a las sociedades necesarias. Tal confusión nos parece grave y perniciosa.

Es grave porque ella ha hecho posible que, aun autoridades de jerarquía y prestigio internacionales, hayan dictaminado que el derecho de asociarse libremente, de desafiliarse de igual manera, así como la ausencia de la obligación de permanecer afiliado —todos ellos derechos propios de las sociedades meramente voluntarias— son derechos aplicables a sociedades necesarias —como los Colegios Profesionales— que difieren de las anteriores precisamente en este aspecto.

La confusión, por otra parte, es perniciosa porque desactiva y esteriliza la identidad propia de las sociedades necesarias, que lo son por no depender, ni en su creación, ni en su permanencia ni en su disolución, de la voluntad soberana de sus miembros, sino de requerimientos superiores del Estado, o de la sociedad civil, o del estatuto institucional de la propia asociación; los que garantizan, de este modo, su buen funcionamiento y la realización de sus fines.

Señalada esta motivación y antes de entrar en materia, precisemos qué vamos a entender en este trabajo por asociaciones y por derecho de asociación.

Concebimos la asociación como la reunión de dos o más personas que, bajo la guía de quien tiene autoridad para conducirla, persigue uno o varios fines acordes con su naturaleza y armónicos entre sí.

El derecho de asociación, en cambio, es la facultad que tiene toda persona para crear, pertenecer, permanecer y retirarse de cualquiera asociación que pueda concebirse para satisfacer los intereses y finalidades legítimos que se propongan los asociados.

2. LAS ASOCIACIONES VOLUNTARIAS Y LA LIBERTAD DE ASOCIACION

2.1. *En la Constitución Política chilena*

Cuando la Constitución Política chilena asegura a todas las personas "El derecho a asociarse sin permiso previo"; o cuando prescribe que "nadie puede ser obligado pertenecer a una asociación" (art. 19 N° 15), se está refiriendo —obviamente— a las asociaciones meramente voluntarias. Sería incongruente y absurdo suponer que estos derechos pudieran tener cabida en el matrimonio, en la familia o en el Estado.

Porque lo que la Carta fundamental asegura y garantiza en los cuatro primeros incisos del ordinal 15° de su art. 19, es —en síntesis— el derecho de crear toda clase de asociaciones, para todos los propósitos imaginables, siempre que ellas no sean contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado; el derecho de ingresar a ellas; el de permanecer en ellas; y el de renunciar o retirarse de ellas a voluntad del asociado.

Estas facultades no se otorgan a los miembros de las asociaciones necesarias.

Nuestra Constitución se refiere —a modo de ejemplo— a diversos tipos de asociaciones no voluntarias, como la familia (art. 1° inc. 2° y 5°), el Estado (art. 1° inc. 3°, 4° y 5°), la Nación chilena (art. 1° inc. 5°, art. 10°, art. 22 inc. 2°, 3° y 4°), la comunidad (art. 19 N° 10, inc. final y 107 inc. 2° y 4°), las Universidades (art. 19 N° 12), y otros que encuadran en la denominación genérica de "los grupos intermedios" (art. 1° inc. 3°), como los Colegios Profesionales.

No son los capítulos de las Constituciones que regulan los derechos fundamentales de las personas el lugar apropiado para referirse a la organización social ni a las distintas formas de asociación. Generalmente se hace referencia a esta materia en la parte orgánica y no en la parte dogmática de las cartas fundamentales. Por lo que no resulta congruente pretender aplicar los principios libertarios y garantistas que rodean al derecho de asociación privada, a entidades que persiguen otro tipo de finalidades y cuya existencia no se origina en la sola libertad asociativa ni depende de ella.

No parece lógico que un marido, después de varios años de vida matrimonial y agobiado por cargas que no sabe soportar —haciendo la misma lectura inapropiada que algunos han hecho de nuestro Código político— le diga a su cónyuge: "Mujer, nosotros nos casamos bajo el régimen del Código Civil que define el matrimonio como una unión indisoluble. Pero fíjate que he descubierto que nuestra Constitución, que goza de supremacía normativa sobre aquél, garantiza que *nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación;* de manera que me desisto de mi compromiso y me separo de ti y de nuestros hijos, en legítimo ejercicio de mi libertad asociativa y haciendo uso de un derecho constitucional"...

Esa es la lógica de los que aplican a las asociaciones necesarias los principios y normas del derecho de asociación.

2.2. *La libertad de asociación en el derecho internacional de los derechos humanos*

La libertad de asociarse encuentra amplio reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El art. 2 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos [1] dice:

"1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o

---

1. Aprobado en Chile por el D.S: 778 publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.

del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías".

Por su parte, el art. 1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (Tratado de Roma) reconoce:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica, y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos; el presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado".

Por último, el art. 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" [2] dispone:

"1. Todas las personas tienen el derecho de asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía".

---

2. Aprobado en Chile por el D.S. 873, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991.

2.3. *La libertad de asociación en otras constituciones democráticas*

Sería una tarea agobiante pasar revista detallada a todas las Constituciones democráticas en esta materia [3].

Demos por cierto que, en todas ellas, se contempla el derecho de asociación entre los derechos fundamentales. Y que, de manera específicamente distinta, se reconoce a otro tipo de entidades o instituciones no voluntarias, las cuales —obviamente— no quedan adscritas a los principios y normas que gobiernan la libertad asociativa.

3. LAS SOCIEDADES INSTITUCIONALIZADAS

3.1. *Justificación de las sociedades necesarias*

La tesis que venimos sosteniendo consiste en que las normas citadas, concernientes al derecho fundamental de asociación, llamado también "libertad asociativa", sólo se aplican a las asociaciones que, por su origen y naturaleza, pueden calificarse como sociedades voluntarias.

Esta afirmación trae como consecuencia que existe también otro tipo de entidades cuyo origen no radica en la libertad asociativa y cuya naturaleza tampoco congenia con ella.

Provisoriamente hemos denominado a estas entidades "asociaciones necesarias", por la simple constatación de que constituyen organizaciones no contingentes, que no son frutos del capricho o la espontaneidad sino que responden a necesidades o requerimientos esencia-

---

3. En el ámbito iberoamericano pueden consultarse los arts. 14 C.P. Argentina, 7 C.P. Bolivia, 5. XVIII C.P. Brasil, 38 C.P. Colombia, 25 C.P. Costa Rica, 20 y 54 C.P. Cuba, 19. 15 C.P. Chile, 23. 29 C.P. Ecuador, 7 C.P. El Salvador, 34 C.P. Guatemala, 78 C.P. Honduras, 9 C.P. México, 49 C. P. Nicaragua, 39 C.P. Panamá, 42 C.P. Paraguay, 2. 13 C.P. Perú, 2.6 C.P. Puerto Rico, 8.7 C.P. República Dominicana y 70 C.P. Venezuela (vid. la reciente y actualizada recopilación Las Constituciones de Iberoamérica, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1998, preparada por L. LOPEZ GUERRA y L. AGUIAR DE LUQUE). Para el derecho constitucional escrito europeo, pueden verse los arts. 9 y 18 de la Ley Fundamental de Bonn, 12 de la C.P. Austria, 27 C.P. Bélgica, 78 C.P. Dinamarca, 22 C.P. España, 10 A2 Instrumento de Gobierno de Finlandia, 12 C.P. Grecia, 40 C.P. Irlanda, 18 C.P. Italia, 26 C.P. Luxemburgo, 8 C.P. Países Bajos, 46 y 51 C.P. Portugal y 1.5 y 14.2 (cap II) C.P. Suecia (textos que pueden consultarse en la reciente edición, a cargo de los profesores Francisco Rubio y Mariano Daranas, titulada: Constituciones de los Estados de la Unión Europea, Ariel, Barcelona, 1997).

les para el desarrollo de la humanidad en general —como la familia o el Estado— o para el desarrollo de ciertos grupos humanos en función del progreso social, como las Universidades o los Colegios Profesionales o los Partidos Políticos. En otras palabras, estas asociaciones trascienden largamente el interés o el beneficio particular que pudieran perseguir sus integrantes.

3.2. *Las Teorías de Wolff y Schmitt*

Cuando trataba de ordenar estas ideas llegó a mis manos un trabajo en que se describen las lucubraciones de Martín Wolff (1923) y de Carl Schmitt (1928) en torno a las "garantías institucionales" y las "garantías de instituto" [4].

En palabras de Carl SCHMITT, una garantía institucional "... supone un objeto de esta garantía, configurado de una determinada manera, una institución, ya que de lo contrario no podríamos hablar de una garantía institucional. Este tipo de garantía se refiere siempre a algo actual, presente, formado y organizado, existente y disponible. En esta medida radica en ella la garantía de un determinado estado y una situación normativa existente, y contiene elementos de una garantía de Status quo" [5].

En el comentario de la parte final de la cita, el Prof. Aldunate aclara que la diferencia entre las garantías de Status quo y las institucionales consiste en que, mientras las primeras "congelan" una situación jurídica impidiendo toda intervención del legislador que implique modificar la regulación jurídica respectiva, "las garantías institucionales sólo tienden a conservar el núcleo de la respectiva institución" [6].

---

4. Ver la exposición de esta teoría en ALDUNATE, Eduardo y FUENTES, Jéssica: "El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto", en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Actas de las XXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, XVIII (1997) pp. 195 y ss.

5. Citado por Aldunate y Fuentes, ob. cit., pág. 206.

6. Ob. cit. pág. 207.

Para utilizar esta formulación teórica formidable del maestro alemán [7] en la construcción de la tesis que venimos desarrollando, precisemos que aquellas formas de asociación no voluntaria que hemos descrito vienen dotadas, a través de una larga historia en el curso de la humanidad, de una estructura adecuada a sus fines, de ciertos instrumentos jurídicos idóneos para realizarlos que configuran su estatuto, de una identidad propia y —en fin— de un núcleo esencial que la Constitución tiene que reconocer cuando la asociación la ha antecedido y que, por lo mismo, es indisponible para el legislador, quien debe respetar ese conjunto de características que configuran la garantía institucional.

3.3. *Las sociedades institucionalizadas*

Podemos, pues, calificar en definitiva a estos entes —entre los que hemos alineado a la familia, al Estado, a la Universidad y a los Colegios Profesionales, entre otros— como *instituciones asociativas* o —mejor aún— *sociedades institucionalizadas,* en oposición al tipo de asociaciones meramente voluntarias.

3.4. *Consagración constitucional*

Este tipo de sociedad institucionalizada cuyo perfil venimos delineando, encuentra seguro asilo en tres textos constitucionales, a lo menos.

Dice el art. 36 de la Constitución española: "La ley regulará las *peculiaridades propias* del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas".

En palabras de Antonio PEDROL RIUS [8], "La Constitución reconoce que esos colegios no los ha creado ella, que esos colegios estaban ya antes y que esos colegios tienen unas peculiaridades que les son

---

7. Como bien señala el Prof. Aldunate, de ella deriva la teoría de "la esencia del derecho", recogida en el art. 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949; en el art. 53.1 de la Carta española de 1978 y en art. 19 N° 26 de nuestra C. Pol. vigente.

8. Uno de los miembros de la Asamblea Constituyente y Presidente, a la sazón, del Colegio de Abogados de Madrid. Cfr. "Papel de las Asociaciones Profesionales en una sociedad democrática" (Club siglo XXI, Madrid, Conf. de 16-XII-1983).

propias, lo cual, de otra manera, quiere decir que lo único que queda para la ley futura es ordenar jurídicamente esas peculiaridades, pero sin que esa ley pueda en ningún caso desconocer tales peculiaridades, ni pueda deformarlas ni mucho menos destruirlas. Y ésa es una barrera constitucional por encima de cualquier imaginable veleidad parlamentaria futura".

Veamos el segundo texto prometido. Dice el art. 1° inc. 2° de nuestra Carta Fundamental: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad".

Esta declaración —formulada en las "Bases de la Institucionalidad"— está reconociendo una asociación institucionalizada mucho antes que existiera el primer Estado sobre la tierra; una institución con estructura y caracteres esenciales propios que el constituyente reconoce y respeta a tal punto que la proclama como "el núcleo fundamental de la sociedad".

Pero, además de esta exaltación particularizada de la familia, nuestra Constitución contiene un reconocimiento y una garantía de respeto y amparo hacia todos los cuerpos intermedios a través de los cuales —en palabras del constituyente— "se organiza y estructura a la sociedad"; y, además, se les asegura la autonomía necesaria para cumplir sus propios fines. (art. 1° inc. 3° C. Pol.).

Esta disposición consagra, claramente, el reconocimiento y el amparo del Estado a las *asociaciones institucionalizadas;* y también, el respeto a la garantía institucional —en la idea de Wolff y Schmitt— consistente en "la *adecuada autonomía* para cumplir *sus propios fines específicos*".

4. UN CASO PARADIGMATICO DE INCONGRUENCIA: LOS COLEGIOS PROFESIONALES EN CHILE

4.1. *Historia reciente.*

Se ha dicho que la historia sigue un curso espiral cuyas volutas a menudo se repiten a distinto nivel .... el *eterno retorno* de la historia.

A dos siglos de la Revolución francesa, en que la emergente burguesía, con el propósito de liberalizar la organización laboral, abolió los gremios mediante la ley Le-Chapelier, la nueva clase empresarial chilena, nacida al amparo del régimen militar e inspirada en la ideología

neoliberal, introdujo en la Constitución de 1980 el denominado "orden público económico", tendiente a liberalizar todos los factores de la economía, potenciar la libre empresa y achicar el tamaño del Estado.

Bajo la premisa que los Colegios Profesionales constituían una traba para la libertad asociativa y para la libertad de trabajo, los dirigentes de esta nueva clase lograron torcer el rumbo del régimen militar que había constitucionalizado —por primera vez, en la historia de Chile— a estas instituciones [9].

4.2 *Agresión constitucional*

Borrando de la nueva Constitución toda referencia a la colegiación profesional, introdujeron en ella dos disposiciones destinadas a privarlos de este supremo amparo normativo. A propósito del derecho de asociación (Art. 19 N° 15), la Carta dice "Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación". Y en relación a la libertad de trabajo (Art. 19 N° 16), intercalaron la siguiente oración: "Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización *o entidad alguna* como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos". Creyeron, con estas dos disposiciones, destruir para siempre la colegiación obligatoria.

4.3. *Agresión legislativa*

No terminaron aquí las acciones agresivas en contra de los Colegios.

Ignorando su historia institucional que se remonta al año 1300, —data de nacimiento del Colegio de Abogados de Francia— y, lo que es más grave, infringiendo todas las garantías que —en favor de las asociaciones intermedias— reconoce el referido art. 1° inc. 3° de la Constitución, los mismos firmantes de esa Carta concurrieron a la dictación de dos decretos leyes, a escasos días de la entrada en vigencia de la Constitución, perpetrando el mayor fraude a su propia obra de que tengamos memoria.

---

9. El art. 1° N° 20 del Acta Constitucional N° 3 (DL. 1.552/76) decía en su inc. 6°: "La colegiación será obligatoria en los casos expresamente exigidos por la ley, la cual sólo podrá imponerla para el ejercicio de una profesión universitaria".

En efecto, en virtud del D.L. 3.621 del 3 de febrero de 1981, en lugar de *reconocer* la identidad propia de los Colegios Profesionales como manda la Constitución, la desconocieron, transformándolos en lo que no son ni jamás han sido: en "asociaciones gremiales" de derecho privado, ideadas en el solo interés y beneficio de sus socios.

En vez de prestar *amparo* a los Colegios como prescribe la Carta fundamental en el precepto citado, les agredieron de muerte, mediante su disolución.

Y en lugar de garantizarles la *adecuada autonomía* para cumplir sus propios fines específicos —como también ordena la Constitución— les privaron del ejercicio de sus facultades disciplinarias encaminadas al control de la conducta ética de los profesionales y de la potestad normativa en materia correctiva y arancelaria.

No obstante ser abogados el Ministro del Interior y la Ministra de Justicia de esa época, un día antes que entrara en vigencia la Constitución —el 10 de marzo de 1981— se publicó en el Diario Oficial el D.O. Nº 3.637 por el cual —transgrediendo nuevamente el art. 1º inc. 3º de la Constitución, suscrita por los mismos autores del decreto ley— se despojó al Colegio de Abogados de Chile de todas las funciones y prerrogativas de interés público que le atribuía el Código Orgánico de Tribunales, dejándolo marginado de su tradicional y positiva colaboración a la buena marcha de la administración de justicia.

4.4. *El poder de la arbitrariedad*

Ninguno de estos ataques a organismos a los que incumbe la defensa de intereses públicos habría tenido lugar si el legislador cívico-militar hubiese tomado en consideración la historia institucional de estas organizaciones que, en Chile, hunde sus raíces en el pasado siglo; que comienzan a ser legisladas en 1925; que forman parte de la organización y estructura de la sociedad chilena —como lo reconoce la propia Constitución Política—; y que han prestado a la comunidad nacional servicios imponderables.

Es cierto que no podíamos exigir a un legislador arbitrario y poco adicto al Estado de derecho —como fue el legislativo militar— que respetara las garantías institucionales de los Colegios, en la concepción doctrinal de Wolff y Schmitt.

Pero a un gobierno que hizo tanto alarde del sentido del honor, lo menos que podíamos exigirle era que respetara su propia pala-

UNIVERSIDAD DE ... DE DERECHO Y CIENCIAS SOC... BIBLIOTECA

bra —convertida en norma, reconocimiento, amparo y garantía de las asociaciones intermedias en su propia Constitución— al legislar con respeto a su identidad y a sus prerrogativas históricas pero no para escarnecerlos, como lo hizo, llegando al extremo de su disolución.

4.5. *Los colegios profesionales en el derecho público comparado*

Hay quienes piensan que hablar, a fines del siglo XX, de Colegios Profesionales, es como regresar a la Edad Media.

Es cierto que estas instituciones son antiguas. También son antiguas la familia, la comunidad nacional, las iglesias o las Universidades. Y, sin embargo, mantienen su actualidad.

El mayor signo de modernidad y de vigencia de los Colegios se evidencia en su progresiva constitucionalización.

Un vistazo al derecho comparado servirá para comprobarlo:

4.5.1 *En Europa*

En el panorama de las constituciones escritas europeas, quisiera solamente llamar la atención sobre las leyes fundamentales de España, Holanda y Finlandia.

La Constitución española de 1978 —a la que ya aludimos— dice así en su art. 36:

"Art. 36. La ley regulará *las peculiaridades propias* del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos" [10].

En el art. 134 de la Ley Fundamental del Reino de los Países Bajos se lee:

"1. Por ley o al amparo de ella se podrán establecer o suprimir *organismos públicos para las profesiones* y oficios, así como otras entidades de carácter público.

2. La ley regulará las misiones y la organización de *estos entes públicos,* la composición y la competencia de sus órganos de gobierno y la publicidad de sus sesiones.

---

10. Ver la interpretación del autor citado en 8.

Por ley o al amparo de ella se podrá asimismo conferir potestad reglamentaria *a estas administraciones.*

3. La ley regulará la tutela sobre *estos entes administrativos,* cuyos acuerdos sólo podrán ser anulados por infracción de ley o por ir contra el interés general".

De este pasaje, llama la atención la referencia a los colegios profesionales como "organismos públicos" o "entes administrativos".

El instrumento de gobierno de Finlandia (Helsinki, 1919), en el inciso 2° del art. 10a establece:

"Todos tendrán libertad de asociarse, la cual implica el derecho de constituir asociaciones sin previa autorización, el de pertenecer o no a determinadas asociaciones y el de tomar parte en las actividades de asociaciones. Se garantiza *igualmente* la libertad de asociación profesional y la de organizarse para la tutela de otros intereses".

Por último, y además de las citas textuales ya transcritas, la doctrina europea prevaleciente se inclina a reconocer como particularidades propias de los Colegios profesionales su privilegio de unicidad, la figura de la colegiatura obligatoria y su personalidad jurídica de derecho publico" [11].

4.5.2. *En Sudamérica*

En el sistema jurídico americano se destacan las Constituciones de Venezuela, Colombia y Perú.

La Constitución de *Venezuela,* en su art. *82,* dice:

"La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

Es *obligatoria la colegiación* para el ejercicio de aquellas *profesiones universitarias* que señale la ley" [12].

La Constitución de *Colombia de 1991* armoniza perfectamente el libre ejercicio profesional con la responsabilidad y control de las profesiones universitarias, su colegiación y sus funciones públicas. Su art. 26 dice así:

---

11. Ver ARIÑO, Gaspar y SOUVIRON, José María: Constitución y Colegios Profesionales (Unión Editorial, Madrid, 1984), pág. 156.

12. En este precepto se inspiró el art. 1° N° 20 del Acta Constitucional N° 3 (D.L. N° 1.552 de 1976), cuyo párrafo 6° contemplaba la colegiación obligatoria.

"Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos.

La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles".

Para terminar, la Constitución *Política peruana de 1993,* establece en su art. 20 que:

"Los Colegios profesionales son *instituciones autónomas con personalidad de derecho público.* La Ley señala los casos en que *la colegiación es obligatoria".*

Si tuviera que anotar los caracteres esenciales que en materia de colegios profesionales imperan en el mundo europeo e ibero americano —con la excepción del caso chileno— diría que son:

a) éstos se constituyen como corporaciones de derecho público por ser ésta la fórmula jurídica más adecuada a la naturaleza y fines de estas asociaciones;

b) rige el principio de unicidad, esto es, existe un solo Colegio representativo de cada profesión, sin perjuicio de otras asociaciones profesionales que puedan organizarse;

c) la colegiatura es un requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones universitarias; y

d) los Colegios cumplen ciertas funciones públicas entre las que destacan la regulación del ejercicio profesional, el control ético de dicho ejercicio y la prestación de ciertos servicios de utilidad pública como la designación de abogados de turno, de farmacias de turno, de asesoría médica a los jueces, el control previo de proyectos de ingeniería y arquitectura y funciones de asistencia técnica al Estado y sus organismos, en forma enteramente gratuita [13].

---

13. Cfr. mi trabajo "Los Colegios Profesionales" en Revista de Derecho Público Nº 59 (Universidad de Chile, 1996), pág. 202.

4.6. *La jurisprudencia europea*

La distinción entre corporaciones regidas o no por la libertad de asociación, tiene un lugar importante dentro del derecho europeo. En Italia, por ejemplo, el año 1969, la Corte Costituzionale consideró inconstitucional una norma que disponía la pertenencia obligatoria de los cazadores a la Federación Italiana de caza. La doctrina central de la Corte sostenía la ilegitimdad de la asociación obligatoria, a menos que ella resultara necesaria para "asegurar la consecución y tutela de determinados *fines públicos*" [14].

Criterio similar al italiano ha seguido la jurisprudencia francesa, cuya Cour de Casation ha estimado que ni la colegiación obligatoria ni la obligación de contribuir económicamente con el sostenimiento de las Ordenes médicos y arquitectos, contraría ni el Pacto de Derecho Civiles y Políticos de Naciones Unidas, ni la Convención Europea de Derechos del Hombre [15].

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se ha inclinado hacia la misma postura, ahondando todavía más en las particularidades de los Colegios profesionales [16]. En la sentencia Nº 20 de 18 de febrero de 1988, dicho Tribunal aclaró expresamente que el sentido del art. 36 de la Carta de 1978 es precisamente singularizar a los Colegios Profesionales como "entes distintos de las asociaciones". En una sentencia de 1989, el mismo órgano jurisdiccional sostuvo que "si los Colegios profesionales, por su tradición, por su naturaleza jurídica y fines y por su constitucionalmente permitida regulación por ley, no son

---

14. Vid. FANLO, Antonio: El debate sobre los Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales. La Administración Corporativa en la jurisprudencia constitucional (Civitas-Prensas Universitarias Universidad de Zaragoza, Madrid, 1992), pp. 83-84.

15. Ibíd., pp. 87-88.

16. Vid., en particular, la jurisprudencia citada en PEREDA, José, GONZALEZ, Juan, HUELIN, Joaquín y GIL, José: Constitución española (Colex, 2a. ed., Madrid, 1993), pp. 305 y sgtes; RUBIO, Francisco: Derechos fundamentales y principios constitucionales (Ariel, Barcelona, 1995), pp. 576 y sgtes; y JIMMENEZ, Antonio: «La Jurisprudencia constitucional sobre los Colegios Profesionales», en MORENO, Bernardo, ALBIEZ, Klaus, PEREZ-SERRABONA, José (eds): El ejercicio en grupo de las profesiones liberales (Universidad de Granada, 1993), págs. 617 y sgtes.

subsumibles en la totalidad del sistema general de asociaciones a las que se refiere el artículo 22 CE (libertad de asociación), porque, aunque siendo en cierto modo asociaciones, constituyen una especial o peculiar clase de ellas, con reglas legales propias (art. 36), distintas de las asociaciones de naturaleza jurídico-privada, es claro que no puede serles aplicable el régimen de éstas" [17]. En el mismo fallo, el tribunal Constitucional llamó la atención sobre ciertas reglas peculiares que entraban el funcionamiento de estas instituciones, destacando entre ellas la adscripción forzosa al Colegio profesional: "*la colegiación obligatoria,* como requisito exigido por la ley para el ejercicio de la profesión, *no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa,* activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional" (art. 35 CE.) [18].

El tema tampoco escapa a la copiosa jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo. En numerosas sentencias este Tribunal ha considerado la colegiatura obligatoria como una figura absolutamente compatible con el Tratado de Roma sobre derechos fundamentales. En las sentencias de 28 de junio de 1981 (caso Le Compte, Van Leuven y De Meyère) y 10 de febrero de 1983 (caso Albert y Le Compte)[19], queda más que clara la diferencia entre las asociaciones ordinarias del art. 11 del Tratado de Roma y las entidades profesionales, negando expresamente a estas últimas la naturaleza de asociaciones en el sentido de dicha norma internacional [20].

---

17. Sentencia Nº 89 de 1989, fundamento jurídico 7º, en RUBIO, Francisco: op. cit., p. 584.

18. Id., fundamento jurídico 8º, ibíd., p. 585.

19. Ambas sentencias pueden revisarse en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia. 1959-1983 (Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, Madrid, 1981). págs. 695 y sgtes. y págs. 903 y sgtes., respectivamente.

20. Con todo, la sentencia de 28 de junio de 1981, expresamente dice que en caso de impedirse la formación de asociaciones profesionales paralelas, se violaría el art. 11 de la CEDH.: "En consideración a estos diversos elementos considerados en su conjunto, la orden no podría calificarse de asociación en el sentido del artículo 11. Todavía es preciso que su creación por el Estado belga no impida a los facultativos fundar entre ellos asociaciones profesionales o afiliarse a otras, sin lo cual habría violación" (n. 65). Esta última frase es bastante discutible si tenemos en cuenta el privilegio de unicidad que necesita toda orden profesional para cumplir sus finalidades públicas.

4.7. *Un precedente americano*

De los anales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, me interesa destacar una opinión separada del magistrado colombiano Rafael Nieto Navia, que extraigo de la Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre colegiación obligatoria de periodistas, de 13 de noviembre de 1985. En ella se lee:

"Cabe preguntarse si los entes públicos con estructura asociativa, llámense asociaciones, corporaciones o colegios, violan el carácter voluntario (...) contenido en la libertad de asociación. Habrá que responder que la norma imperativa de derecho público que obliga a los individuos a asociarse en colegios por profesiones es válida y no puede considerarse per se violatorio de la libertad de asociación, cuando tales colegios cumplen fines estrictamente públicos, trascendentes al interés privado, es decir, cuando reciben del Estado una delegación que éste podría cumplir directamente pero que delega porque considera que esa es la forma más idónea para cumplir con el fin propuesto. Tales colegios no pueden considerarse que sean asociaciones a las que se refiere el artículo 16 de la Convención" (n. 7). "En cambio puede considerarse que se viola la libertad de asociarse al obligar por ley a los individuos a hacerlo, si los fines propuestos de tal asociación son de aquellos que podrían cumplirse por asociaciones creadas por los individuos al amparo de su libèrtad, es decir, si tales asociaciones corresponden a aquellas a las que se refiere el artículo 16" (n. 8)[21].

Por las razones transcritas el magistrado concluía que la ley cuestionada (una ley costarricense que imponía como requisito para ejercer la actividad de periodista en general y —en especial— la de reportero, la colegiación a la orden de periodistas), en cuanto hacía obligatoria la pertenencia al Colegio respectivo —una corporación pública cuyos fines podrían ser alcanzados por asociaciones privadas creadas al amparo de la libertad de asociación— creaba restricciones no permitidas por el artículo 16 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y, por consiguiente, era incompatible con ella. Esta opinión separada, tiene la ventaja de llamar nuevamente la atención sobre la existencia de entidades a las cuales no se aplica la libertad de asociación o, lo que es

---

21. Texto completo de la opinión consultiva en la revista Estudios Públicos 53 (1994), págs. 333 y ss.

lo mismo, de señalar cuáles son las fronteras naturales de esa libertad.

5. CONCLUSIONES

De todo lo dicho y argumentado nos parece que se puede concluir razonablemente que:

5.1. El derecho de asociación o libertad asociativa constituye el origen y fundamento de la creación, pertenencia y renuncia a las asociaciones meramente voluntarias.

5.2. Junto a ellas existen otras asociaciones que no tienen conexión causal con el derecho de asociación sino que obedecen a un estatuto propio. Son asociaciones necesarias para la subsistencia y el desarrollo humano. Paradigmas de este tipo son el matrimonio, la familia y el Estado.

5.3. El derecho de asociación tiene universal acogida en el derecho constitucional —especialmente en la parte dogmática de las Constituciones Políticas— y en los Pactos y Declaraciones de DD.HH. Las asociaciones necesarias están generalmente consagradas en la parte orgánica de las Cartas fundamentales, aunque también se las considera en otros capítulos.

5.4. Las asociaciones necesarias tienen las características de una estructura y consolidación históricas, de un estatuto propio y de un reconocimiento del constituyente y el legislador que, en las ideas de Wolff y Schmitt, están obligados a respetar la "garantía institucional" que les corresponde, reconociendo y resguardando su contenido esencial, al regularlas. Por estas razones, pueden denominarse asociaciones institucionalizadas.

5.5. Esta categoría encuentra clara recepción en una norma particular de la Constitución española y en dos preceptos de las Bases de la Institucionalidad de la C. Pol. chilena.

5.6. Es paradigmático —en sentido inverso— el análisis de la naturaleza de los Colegios Profesionales y del tratamiento que se les ha dado en Chile por el constituyente y el legislador, con desconocimiento de su específico carácter y de su garantía institucional.

5.7. Interesa también señalar que tanto en el derecho constitucional comparado, como en la doctrina internacional y en la jurisprudencia europea, los Colegios son tratados como personas jurídicas de derecho público, distinguiéndoseles de las asociaciones privadas y del derecho de asociación que las origina, y reconociendo sus atributos y garantías.

GRUPOS INTERMEDIOS DEL AMBITO LABORAL: LOS SINDICATOS

GERMAN VALENZUELA OLIVARES *

INTRODUCCION.

1. Situados entre el ciudadano y el nivel inmediatamente inferior al Estado, los grupos intermedios son la expresión de la libertad de los individuos, para desarrollar, de manera asociada, las actividades que estimen pertinentes, motivado por intereses de orden económico, político, social o cultural. Expresan además, el ejercicio del derecho de asociación, reconocido y garantizado por los pactos internacionales de Derechos Humanos, y en nuestro país, por la Constitución y las leyes.

2. En el ámbito laboral, los trabajadores han desarrollado una forma de asociación denominada, en términos generales, Sindicato u Organización Sindical, cuya definición más aceptada, es la de "asociación de personas ligadas por un interés económico común, en el ámbito laboral, cuyas finalidades más relevantes, son las de defensa, representación y promoción de dicho interés". (Thayer-Novoa 1980).

3. Las organizaciones sindicales han vivido en su desarrollo, diferentes etapas, desde su aparición, lo que las ha llevado, en un comienzo, a ser prohibidas y reprimidas, para luego ser toleradas, y más tarde,

---

* Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Arturo Prat de Iquique.

promovidas. En Chile, su estado actual es de debilidad y fragmentación.

4. En este trabajo, intentaremos responder a la siguiente pregunta: ¿Será importante para la Sociedad, que las Organizaciones Sindicales sean representativas, fuertes y eficaces? La respuesta a esta interrogante puede ser crucial para la estabilidad democrática, e incluso para el desarrollo equilibrado del modelo económico, aplicable actualmente en Chile.

EL DERECHO DEL TRABAJO Y SU FIN MAS IMPORTANTE: LA PAZ SOCIAL

6. Concordamos con la idea de que el Derecho Colectivo, precedió al Derecho Individual del Trabajo. Esta disciplina, en cuanto regula la relación entre un trabajador y su empleador estableciendo derechos mínimos por debajo de los cuales no es posible contratar, no surgió sólo del análisis doctrinario de juristas dedicados al estudio de estos temas, sino que de fenómenos de orden social. Fue entonces, la expresión colectiva de aspiraciones por mejores condiciones de trabajo y remuneración, la fuente material indirecta más importante del Derecho del Trabajo.

7. Las movilizaciones de masas por el reconocimiento de derechos básicos –jornada de 8 horas, descansos, seguridad en las faenas, salarios mínimos y otros— y la agitación social consiguiente, ha sido causa de la preocupación de los Estados que produjeron una legislación protectora, que, en términos relativos, establece un desequilibrio jurídico en favor de una de las partes, para compensar la superior capacidad económica de la otra.

8. El Derecho del Trabajo tiene sólido sustento moral, desde que intenta neutralizar los excesos de la explotación del trabajo humano, por otros hombres. Ha sido, también, desde sus orígenes, un eficaz instrumento de estabilidad política y social. En este último sentido, al regular relaciones privadas, entre las partes del contrato de trabajo, sean individuales o colectivas, con una finalidad destinada a asegurar la Paz Social, el Derecho del Trabajo ha tenido y tiene, un carácter utilitario muy evidente.

BREVE Y PARCIAL RESEÑA HISTORICA DEL MOVIMIENTO SINDICAL CHILENO.

9. Resulta importante, a nuestro juicio, referirse a la forma cómo la Organización Sindical ha llegado al estado en que actualmente se encuentra, en nuestro país.

En el año 1973 existían 6.592 sindicatos con 939.319 asociados, lo que representaba un 32,5% como tasa de sindicalización sobre el total de ocupados (Frías 1993). Naturalmente, las condiciones en que se desarrollaban las relaciones laborales eran muy diferentes a las actuales. El Estado jugaba un rol interventor, no sólo a través de la legislación protectora, sino que, directamente, en su calidad de empleador en importantes empresas públicas y en los procesos de negociación colectiva, ya sea a nivel de empresas, como por rama de actividad económica, en Juntas de Conciliación y Comisiones Tripartitas centralizadas, respectivamente. Las relaciones laborales eran politizadas y la confrontación de intereses, permanente.

El Estado, el Gobierno y el sistema político actuaban como sistemas de distribución de recursos, y el accionar de los agentes privados de la relación de trabajo (trabajadores y empresarios) se orientaba a competir para lograr cercanía con la autoridad y obtener ventajas económicas (salarios, prestaciones) o protección para sus productos (subsidios, precios).

10. La Organización Sindical, si bien no alcanzó nunca una gran tasa de afiliación, tenía una amplia base organizativa, con alto poder negociador, amparado por la legislación proteccionista. Uno de los factores más importantes en cuanto a la fortaleza de estas asociaciones, lo daba el sistema de sindicato industrial único (obrero), al que debía afiliarse obligatoriamente un trabajador, en el mismo momento que se incorporaba a la empresa, quedando además, sujeto al contrato colectivo vigente, operando el efecto extensivo, tan característico de estas convenciones que observamos en el Derecho comparado.

Por cierto, había muchas otras normas que favorecían el desarrollo de estas organizaciones, como la participación del 10% de las utilidades de la empresa que, en parte recibía el sindicato industrial, o la cotización obligatoria que los empleadores hacían de un 2% de las remuneraciones de sus trabajadores para financiar la sindicalización en el sector rural, todo lo cual da un ligera idea del propósito de estimular la formación de sindicatos fuertes que dispusieran de recursos.

11. A contar de los años 70, en Chile se inicia el retiro del Estado de su intervención en la economía, además de un proceso que, en el ámbito del Derecho del Trabajo, se caracteriza por una importante flexibilización en cuanto a contratación individual, y una fuerte regulación de la contratación colectiva. El propósito final, que se expresa en el Plan Laboral de 1979, es la eliminación de cualquier traba que impidiera el funcionamiento del mercado del trabajo. De este modo, se reordenan las bases de la Organización Sindical, mediante la afiliación voluntaria, la formación de más de un sindicato por empresa y la posibilidad de formación de grupos para negociar colectivamente, al margen del sindicato. La negociación colectiva se regula minuciosamente en cuanto a su procedimiento, se elimina la huelga indefinida y se autoriza el reemplazo de los huelguistas.

12. El Estado deja de intervenir en las relaciones laborales, limitándose a definir el ingreso mínimo. Sin embargo, asume un rol de contención de las demandas socio políticas, asegurando un marco de gran libertad y autonomía para los actores privados empresariales. Por su parte la Organización Sindical, debilitada y sin presencia ni capacidad negociadora, subsiste, en condiciones muy adversas. Según datos de la Dirección del Trabajo, en el año 1988, existían en Chile 6.446 sindicatos con 446.194 afiliados, menos de la mitad de los que habían en 1973. La tasa de sindicalización es del 11,5% del total de la fuerza de trabajo, y del 15,2% sobre el total de asalariados.(Montero 1999).

13. Con el regreso a la democracia, en 1990, se generan naturales expectativas, respecto a la recuperación de los espacios perdidos, que permitiera una situación más equilibrada en cuanto la influencia, a la capacidad negociadora de actor más débil de las relaciones laborales. En términos generales, el favorable clima político que se genera en esa época, permite la aprobación de ciertas reformas legislativas, orientadas, en el ámbito del Derecho Individual a favorecer la estabilidad en el empleo, y en el Colectivo, a favorecer la constitución de sindicatos, ampliación de sus objetivos y finalidades, mayor protección a la labor sindical, favorecer el descuento de cuotas por planillas y otras. Respecto a negociación colectiva, se amplían las materias negociables, se permite la negociación supraempresa, se elimina el plazo de la huelga legal y se condiciona el reemplazo y reintegro de los trabajadores en huelga.

14. Sin embargo, estas modificaciones no son sustantivas, porque la realidad económica y política del país es muy diferente a la que existía en el período de mayor auge del Movimiento Sindical. El predo-

minio, sin contrapeso de las tendencias neoliberales que reconocen al mercado como el más eficiente asignador de los recursos, el fin de los socialismos reales y el retroceso de las ideologías socialistas, el término de la guerra fría y la importancia fundamental que se atribuye a la estabilidad social para alcanzar el crecimiento económico, condicionan una actitud de cauteloso recelo hacia el Movimiento Sindical. En definitiva, pareció no ser bueno, en esa etapa de la incipiente democracia chilena, fortalecer demasiado a un actor social que jugó un papel tan relevante en el pasado, y que podría llegar a jugarlo nuevamente, si se le permite o se promueve su desarrollo.

BIEN COMUN, SALARIOS Y DISTRIBUCION DE LA RIQUEZA

15. El artículo 1° de la Constitución de la República de Chile, reconoce y ampara a los grupos intermedios, y define lo que entiende por "bien común": es el conjunto de condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible. Señala además, que el bien común es el fin del Estado. Según las actas de la Comisión de Estudios Constitucionales, este artículo fue redactado sobre la base del aporte de Jaime Guzmán Errázuriz. Según estas mismas actas, Guzmán dijo haber echado de menos, entre las misiones que la Constitución asigna al Estado como promotor del bien común, un concepto referido a la misión del Estado respecto a la distribución equitativa de los bienes del país. Esta preocupación tan justificada, del más importante ideólogo de la Constitución, no quedó, sin embargo, registrada en el texto de la ley fundamental. (Comisión de Estudios Constitucionales, Sesión 45).

16. En nuestro país, bajo la vigencia de la Constitución de 1980, el Estado se ha preocupado, fundamentalmente, de crear o facilitar las condiciones para que los empresarios privados, chilenos o extranjeros, inviertan sus recursos en el país, de modo de generar un desarrollo económico sostenido, asumiendo el rol subsidiario que le asigna la Constitución. En los hechos, el PGB, creció, en los últimos 8 años, a razón de un promedio de 6% anual. Sin embargo, la brecha entre los que ganan más y los que ganan menos, en lugar de acortarse, se ha agrandado. Hay en el país, una muy mala distribución de la riqueza y así lo dicen quienes han estudiado el problema en términos científicos,

además de percibirlo de igual modo la mayor parte de sus habitantes.

17. La estabilidad de un sistema democrático guarda estrecha relación con la superación de las inequidades de los excedentes del proceso productivo. La Iglesia Católica, en sus Encíclicas Papales, ha desarrollado un concepto ético social de la remuneración: el justo salario. El Papa Juan XXIII, luego de afirmar que la retribución del trabajo no se puede abandonar a la ley del mercado, ni tampoco fijarse arbitrariamente, concluye que ha de determinarse conforme a criterios de equidad y justicia. "Eso exige que a los trabajadores corresponda una retribución tal que les permita un nivel de vida verdaderamente humano y hacer frente con dignidad a sus responsabilidades familiares. Pero exige además, que al determinar la retribución se mire a su efectiva aportación a la producción y a las condiciones económicas de la empresa, a las exigencias del Bien Común de las respectivas comunidades políticas, particularmente en lo que toca a las repercusiones sobre el empleo total de las fuerzas laborales de la nación, así como también, a las exigencias del Bien Común Universal, o sea de las comunidades internacionales de diversa naturaleza y amplitud". (Mater et Magistra, 1961 y 1963).

18. No corresponde al Estado, intervenir directamente en la fijación de los salarios, ya que ella, está entregada a la negociación individual o colectiva que hacen los actores de la relación laboral. Sin embargo, es fácil constatar que la convención individual no es otra cosa que un contrato de adhesión, en la que, salvo el caso de trabajadores de gran calificación técnica, el empleador impone fácilmente sus propios términos. Es pues, la Negociación Colectiva, el único mecanismo que, en las condiciones expuestas, pudiera servir como instrumento de distribución más justa, de los excedentes del proceso productivo, considerando el mayor poder de negociación de los trabajadores asociados.

Sin embargo, el estado en que actualmente se encuentran las Organizaciones Sindicales, y su progresivo debilitamiento, no permiten mucho optimismo al respecto. Los resultados de las Negociaciones Colectivas en los últimos años, corroboran esta visión negativa.

SINDICATOS DEBILES: NEGOCIACIONES COLECTIVAS DE RESULTADOS PRECARIOS.

19. A partir del año 1990 en que se restablece la democracia en Chile, se produce un repunte notorio en la constitución de sindicatos y

la afiliación a sindicatos ya constituidos. Ambas tasas crecen durante tres años consecutivos. Sin embargo, esta recuperación es transitoria, y hoy se observan tasas de crecimiento negativas del número de afiliados. Según la Dirección del Trabajo sólo un 11,5% de los trabajadores ocupados se encuentra afiliado a sindicatos. Paradojalmente, se constata un aumento del número de sindicatos, lo que podría deberse, en lo fundamental a que la legislación permite la formación de más de uno por empresa. De lo anterior, se desprende que ha aumentado el número de sindicatos pero ha disminuido el número de afiliados en cada una de ellos, que, en 1997 alcanzaban un promedio de 44 por organización.

Otro fenómeno de relevancia, lo constituye el número de sindicatos en receso. De acuerdo a la información de que se dispone, en 1998, de un total de 14.039 sindicatos vigentes, 6.837 estaban en inactividad, lo que representa un 49%, porcentaje muy superior al registrado en 1994, que era del 34%. (Morris 1998).

20. La Negociación Colectiva, que es hoy, sobre todo a nivel de empresa, la actividad más relevante del sindicato, depende, en sus resultados, de la capacidad negociadora de los actores de este proceso. Al margen de que su regulación jurídica en Chile obedece a la necesidad de contener las demandas económicas de los trabajadores, la debilidad de los sindicatos, su precaria capacidad de gestión y negociación, conduce, inexorablemente, a resultados cada vez peores.

En las condiciones actuales, la Negociación Colectiva no es entonces, un instrumento suficiente de redistribución de la riqueza, ni el Sindicato está en condiciones adecuadas, de cumplir la misión de representación y defensa de los intereses a sus afiliados.

LA LEY COMO INSTRUMENTO DESTINADO A DEBILITAR A LOS SINDICATOS

21. Las normas que regulan a las Organizaciones Sindicales y la Negociación Colectiva que, en lo fundamental, rigen en Chile desde 1979, establecen un sistema de relaciones laborales colectivas, que colocan a las asociaciones de trabajadores en posiciones desmedradas de negociación respecto a su contraparte. Lo anterior se expresa de diferentes formas, y sólo mencionaremos las más importantes:

22. Por aplicación del principio de libertad sindical, se permite la formación de más de un sindicato en una empresa, lo que corresponde cabalmente a la libertad de asociación y de sindicación, garanti-

zada en la constitución y en el Convenio N° 87 de la OIT. Sin embargo, los quórum que exige el artículo 227 del Código del Trabajo, para constituir un sindicato, en empresas que tienen más de 50 trabajadores, es de 25 personas como mínimo, que representen a lo menos el 10% del total de los que laboran en la empresa. Lo anterior se traduce en que en una empresa de 250 trabajadores, podrían organizarse hasta 10 sindicatos, concretando esta tendencia a la fragmentación que, intencionadamente, parece haber buscado el legislador. Lo dicho, podría contrastarse con el conocido y criticado sistema binominal, que consagra, en el ámbito político, el artículo 109 bis de la ley 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios que favorece la representación en el Congreso Nacional, de grandes partidos o alianzas de partidos políticos, en perjuicio de los pequeños, que quedan, fatalmente, sin representación.

23. El artículo 303 del Código del Trabajo consagra el derecho que, grupos de trabajadores que no formen parte de sindicato alguno, se unan con el objeto de negociar colectivamente al margen de toda organización establecida. De otra parte, el artículo 326 de dicho cuerpo legal, faculta al empleador para extender, voluntariamente, las cláusulas de un contrato colectivo a trabajadores que no hayan sido parte de la negociación, pagando un 75% de la cuota social ordinaria al sindicato que suscribió tal contrato. Como se podrá advertir, ambas disposiciones desincentivan la afiliación sindical y en este último caso, se entrega al empresario una poderosa herramienta de presión de la que carece el sindicato. Con iguales razones, la ley podría disponer que a un trabajador que se afiliara al sindicato, posteriormente a la negociación, se le extendieran las cláusulas del contrato colectivo suscrito por la organización, lo que, por cierto, no ocurre, en nuestro país.

24. El artículo 23 de la Constitución Política dispone la incompatibilidad de los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales con los cargos directivos superiores nacionales y regionales, de los partidos políticos. Dispone además, que la ley determinará las sanciones que corresponda aplicar a los dirigentes gremiales que intervengan en actividades político partidistas. Esta disposición, que intenta despolitizar las actividades gremiales e impedir que los intereses de estos grupos intermedios, se confundan con los intereses generales del país, no se extiende, sin embargo, a los empresarios –contraparte de la organización sindical y de sus dirigentes— los que intervienen libremente en actividades políticas, algunos de ellos en cargos parlamentarios, y otros en la dirección de partidos o campañas políticas.

25. Es posible citar otros ejemplos de cómo la regulación legal de las relaciones laborales de orden colectivo, desfavorece, en beneficio del empleador, a la parte a la que tendría que proteger. El principio Pro Operario, piedra angular del Derecho del Trabajo, que debiera impregnar toda la legislación del ramo, y que, según la doctrina, obliga al legislador, ha sufrido transgresiones sin número, iniciadas con aquel lejano Bando N° 36 de Septiembre de 1973 que suspendió los pliegos de peticiones, conflictos colectivos y Juntas de Conciliación, que continuaron con el Plan Laboral, y que se prolongan hasta hoy, con inciertas y escasas probabilidades de superarse.

¿ES IMPORTANTE QUE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES SEAN REPRESENTATIVAS, FUERTES Y EFICACES?

26. Ciertamente que las condiciones que existían cuando el Movimiento Sindical en Chile alcanzó su máximo desarrollo, no están presentes ni lo estarán. Es más, la modificación sustancial del modelo económico exige una estructura ocupacional diferente que dificulta la formación de sindicatos en nuevos sectores (subcontratación, contratos flexibles). Además, el crecimiento económico, tal como lo concibe parte importante del empresariado, requiere una legislación laboral más débil, más flexible. De otro lado una cierta tendencia al individualismo que impregna, ya no al sindicato sino a la sociedad toda, hace más difícil su reactivación. Todo esto, que son expresiones de una crisis, es también un desafío para el Movimiento Sindical que deberá generar un nuevo tipo de organización, más representativa, más eficaz.

27. Esta situación, por su parte, le plantea al Estado, exigencias similares a aquellas que estuvieron presentes en el origen mismo del Derecho del Trabajo. Es decir, y en primer término, por razones de orden moral, porque resulta justo crear condiciones para que la riqueza sea distribuida de modo más equitativo, es preciso mejorar la capacidad negociadora de las organizaciones de trabajadores. Satisfacer esta exigencia, resulta indispensable, desde que las condiciones de trabajo y remuneración, se regulan autónomanente.

28. Pero además, por motivos de carácter instrumental, también es necesario hacerlo.

Las Organizaciones Sindicales deberían ser capaces de representar las aspiraciones de sus asociados, y hacerlo de modo eficiente. De

otro modo, producto de muchas frustraciones, éstas terminarán manifestándose por cauces que conducen a estallidos sociales.

29. La Democracia requiere relaciones de trabajo equilibradas, con mecanismos de solución de conflictos que sean percibidos como justas, por ambas partes.

Promover la sindicalización y el fortalecimiento del Movimiento Sindical, a través de políticas públicas encaminadas a esos fines, podrían servir para alcanzar esa misión del Estado que, siendo tan importante no quedó consignada en la Constitución de la República de Chile: Propender a la distribución más equitativa de los bienes del país.

LA GLOBALIZACION DEL DERECHO

ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN *
MARIA PIA SILVA GALLINATO **

1. Conviene que en estas Jornadas estimulemos el futuro análisis de si las normas de nuestra actual Ley Fundamental son o no aptas para dar paso y fortalecer la adecuada solución de los problemas jurídicos comprendidos en el derecho constitucional que pueden surgir en Chile en el ámbito de lo internacional.

El planteamiento que insinuamos nos ha de conducir a estudiar las formas de incorporar con más profundidad, en el desarrollo de las futuras Jornadas, la realización de trabajos e investigaciones dirigidos a dilucidar los nuevos problemas que se presenten en la evolución de nuestro continente y de la humanidad, con aspectos muy diversos de los que se revestían en otras épocas.

2. Las normas constitucionales que, vinculadas a la órbita de que tratamos, tienen actual vigencia entre nosotros, se limitan sustancialmente a reproducir aquellas que fueron emanando de nuestro pasado institucional y que figuraban en la Constitución de 1925. Se limitan a confiar al Presidente de la República la conservación de la seguridad externa (art. 25 inc. 1°); a entregarle, entre sus atribuciones espe-

---

* Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

** Ayudante de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

ciales, designar embajadores y ministros diplomáticos y ahora también —hay que notarlo— representantes ante los organismos internacionales (art. 32 N° 11); confiarle la conducción de las relaciones políticas con las potencias extranjeras y con los organismos internacionales y la conclusión, firma y ratificación de los tratados (art. 32 N° 7); declarar la guerra (art. 32 N° 21) y asumir, en tal eventualidad, la Jefatura Suprema de las Fuerzas Armadas (art. 32 N° 20). Al Congreso Nacional compete, por su lado, aprobar o desechar los tratados que le presentare el Presidente antes de su ratificación (art. 50 N° 1); al Tribunal Constitucional —sólo desde 1970— resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso (art. 82 N° 2); y a la ley autorizar la declaración de guerra propuesta por el Presidente (art. 60 N° 15).

3. En lo dispositivo de los preceptos anotados no hay otro aporte de importancia que la referencia a los organismos internacionales, en tanto que merece encomio que, sólo en virtud de los esclarecimientos que formula la nueva Carta, al establecer de modo explícito que no requieren nueva aprobación del Congreso las medidas que el Presidente adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado, que no incidan en materias propias de ley, y que, en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, puede autorizársele para que dicte las disposiciones con fuerza de ley necesarias para su cabal cumplimiento (art. 50 N° 1 incisos 2 y 3). Vendrá a ser, entre tanto, la reforma aprobada en el plebiscito de 1989, y no el texto primitivo de 1980, merecedora de alabanza por fijar la situación especial que presentan los tratados que garantizan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. (art. 5 inc. 2°).

A la inversa, es, a nuestro juicio, deplorable la supresión del acuerdo previo del Senado para las designaciones diplomáticas y ante los organismos internacionales: pensamos que no tardará mucho para que dicho requisito se restablezca, porque las actuaciones deficientes o erróneas de un personero inadecuado pueden poner en juego no sólo el prestigio y la responsabilidad del Jefe del Estado sino los del país entero.

4. Pudiera estimarse que los preceptos constitucionales en vigor no bastan para el enfrentamiento y decisión de algunas de las cuestiones de derecho público que pudieran abrirse en el futuro del país. Ellos se muestran, por lo demás, insuficientes e incompletos si se comparan con los que se incluyen en los documentos del constitucionalismo con-

temporáneo. Para convencerse de lo que afirmamos, basta leer los textos que se promulgan luego de la Segunda Guerra Mundial, especialmente los de Italia de 1947 (art. 10 N° 1), de Alemania de 1949 (arts. 24 y 25) y de Francia de 1958 (arts. 53 y 55), o de los documentos más recientes de varias de las naciones iberoamericanas, como las del Perú (art. 55), Brasil (arts. 4 y 5 párrafo 2°), Argentina (art. 75 N° 22 inc. 2° y N° 24) y Colombia (art. 93 y 227), que tienen ya el ejemplo dado por las cartas precedentes y por la Constitución española de 1978 (arts. 10 y 95).

5. Es del caso reflexionar sobre las causas que han Influido indiscutiblemente en el fenómeno de inferioridad preceptiva que acabamos de anotar.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial y celebrado el tratado de San Francisco que dio nacimiento en 1945 a la Organización de las Naciones Unidas, se afirma en el continente europeo un vigoroso impulso, con tendencia primero más bien exclusivamente económica y luego decididamente política, hacia el establecimiento de instituciones encaminadas a estrechar los vínculos entre los Estados, en un proceso constante que ha originado un alto grado de juridicidad, tendiente a hacer efectivo, más allá del plano interno, el ideal democrático, concretado en dísponer que los organismos vinculantes no sólo deriven de los Estados y de sus gobiernos, sino del directo voto popular, incorporado ya, por ejemplo, en la formación del Parlamento Europeo.

De modo muy distinto ocurren las cosas en nuestro continente. Si en 1948, siguiendo decididamente la orientación mundial, se transforma la Unión Panamericana —que se conociera desde 1889 afirmada con la celebración de sus Conferencias periódicas— en la Organización de Estados Americanos (OEA), estatuida como un organismo regional conforme a la Carta de las Naciones Unidas. Los variados órganos que conforman la OEA están muy lejos de tener la vitalidad, actividad, profundidad y eficacia que caracteriza a los del movimiento europeo. Al margen de la OEA, muchos de los acuerdos e instituciones revisten propósitos defensivos, estimulados por los Estados Unidos.

6. La ojeada más rápida y superficial a la historia de las relaciones exteriores chilenas explica, a nuestro juicio, el superficial, insuficiente, incompleto y en cierto modo anticuado contenido de la Carta de 1980 que pudiera atribuírsele en la esfera internacional.

Después de varias etapas en las que Chile propició con vigor el estrechamiento de los lazos entre las naciones de nuestro continente,

en especial entre las iberoamericanas, ocurre que, como consecuencia de la crisis económica mundial de 1929, abraza, en el afán de superar el grave daño que le acarrea, el sistema de sustitución de importaciones, en tanto que su mercado exportador es dominado sustancialmente por un solo producto. El triunfo de Estados Unidos en la Segunda Guerra Mundial, seguido luego de su rivalidad con el imperialismo soviético, contribuyen a debilitar los esfuerzos de nuestros países tras de sus propios intereses y el de las iniciativas de las instituciones que pretendían favorecerlos, convirtiendo a sus pueblos en instrumentos del combate al servicio de la potencia que predominara en el continente, a cuyos propósitos tuvieron que sacrificar incluso el precio de sus materias primas.

Es del caso recordar, no obstante, la decisión con que el Presidente Frei Montalva intentó formalizar el mercado común latinoamericano y con la que, al no lograrlo, procuró dar vida por lo menos al Pacto Andino.

La larga intervención militar interrumpe las tendencias y los propósitos que en estas materias inspiraban al gobierno democrático que la precedió y nos sumió en un doble aislamiento: por un lado, como consecuencia de las reacciones de rechazo generadas por un régimen que no provenía del electorado y resultado, por otro, de la necesidad de absorbernos en una política preferentemente defensiva explicable por la dificultad de nuestros vínculos con los Estados limítrofes, también entregados a la dirección de sus Fuerzas Armadas.

Pues bien, si en este ambiente se debate y se gesta la Constitución de 1980, es explicable la insuficiencia de su trazado en este rubro de su institucionalidad y se comprende que, restablecida la normalidad democrática, este campo de juridicidad debe adecuarse a la política de una nación que pretende reinsertarse de lleno en la vida internacional tomando en cuenta las grandes transformaciones que en ella se observan.

7. No hay duda de que a través de la filosofía jurídica, a nuestro parecer certera y consistente, que inspira la Constitución de 1980, no obstante la deficiencia de su institucionalidad orgánica como medio democrático, se ha avanzado en la determinación de los presupuestos que deben basar y orientar la vida de nuestra sociedad política.

El Estado, según la Carta de 1980, se organiza para el bien común, para lo cual, como lo expresa su art. 1° inc. 3°, "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". El objetivo propuesto por la Carta a la organización estatal es, por lo tanto, hacer posible con su actividad, no sólo a los individuos sino a las familias y a los cuerpos intermedios que integran la sociedad nacional, la marcha de todos ellos hacia sus particulares propósitos, en pro de los cuales debe crear las circunstancias ambientales favorables. Es, por lo tanto, función del Estado afirmar y asegurar, junto a los valores que deben informar la actuación de los órganos del poder público, el curso de los afanes que persiguen sus componentes individuales y sociales, poniendo a disposición de individuos y grupos los medios encaminados a la consecución de sus respectivas empresas de superación y perfeccionamiento. La organización estatal, como lo admite la Carta, está al servicio de la persona humana (art. 1° inc. 3°) y por ello en alto grado reconoce, promueve, estimula las libertades del ser racional y le garantiza el ejercicio de los derechos que amparen la actividad orientada hacia su avance y perfeccionamiento (art. 5, inc. 2°).

8. Al configurarse el Estado moderno se sostuvo con claridad, principalmente por los pensadores jesuitas de la contrarreforma, la indiscutible existencia de una comunidad natural de todos los pueblos y la consiguiente concepción de un bien común universal.

Fue la evolución que sufriera, en el siglo XVIII, el pensamiento filosófico, que se tradujera en la propagacion del jus naturalismo racionalista y voluntarista y de la doctrina de las soberanías nacionales absolutas, la causa fundamental de que la pluralidad de los Estados se considerara como una simple coexistencia centrada en el aspecto puramente defensivo inherente a la lucha por las exclusivas pretensiones egoístas de cada uno de ellos. Si es cierto que tal ideario contribuyó al desarrollo económico, fundado en el liberalismo capitalista, sus errores teóricos y sus excesos prácticos condujeron a la lucha de los imperialismos causante de la Primera Guerra Mundial.

Se comprende así que, si fracasa la Sociedad de las Naciones, trazada según el sueño de Wilson y luego frustrada precisamente por la falta de apoyo norteamericano, el ideal de una humanidad concertada en paz, en pro del desarrollo y progreso de todos los pueblos resurge en el Pacto de San Francisco (1945), en el cual, entre otras disposiciones, se afirma el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar las relaciones de amistad, "3. Realizar la cooperación in-

ternacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión" y "4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes" y, entre ellos, también "promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto del principio de no intervención".

9. Si en todos los tiempos han debido los Estados no sólo respetar sus respectivas determinaciones, nunca como hoy se revela con más elocuencia y vigor que el desarrollo y el progreso de los pueblos requiere el esfuerzo mancomunado de todos ellos en la búsqueda de superiores niveles de mejoramiento.

Los logros que el hombre ha alcanzado en orden al conocimiento de la realidad no sólo de lo creado sino de su ser racional, y el consecuente progreso científico y la potencialidad de los espectaculares avances técnicos, han profundizado la convicción de que todas estas conquistas sólo pueden aprovecharse eficazmente mediante el concierto, que se formalice entre los distintos Estados, tras el planteamiento y ejecución de tareas de beneficio común. Tan profundas transformaciones han coincidido con la invención de innumerables nuevos medios de comunicación de los bienes, de las personas y de las ideas, que han facilitado, diversificado e intensificado las mutuas relaciones entre hombres y pueblos.

Las causas anotadas han cambiado tan profundamente las características de la convivencia humana e imponen la necesidad de plantear los problemas y buscar su solución en una imperiosa concertación en razón de la repercusión inevitable de las decisiones de los unos en beneficio o daño de los otros. Es el fenómeno de la globalización o de la mundialización de lo humano que configura este momento histórico.

Los presupuestos que con tanta brevedad y superficialidad recordamos explican la pluralidad y variedad de los acuerdos y de las instituciones que en el plano internacional buscan satisfacer los diversos requerimientos a base de la formación de infinidad de consejos, comisiones, jurisdicciones y agencias especializadas, que hace tan rica la trabazón que hoy estructura la vinculación no sólo entre los Estados sino entre las personas, entre los diversos sectores sociales que se mueven al interior de las Naciones y entre las empresas económicas, muchas de ellas ahora con carácter multinacional.

10. A través de las observaciones que preceden hemos querido poner de relieve que las relaciones entre los Estados no pueden ajustarse hoy al principio de las soberanías nacionales absolutas y tiende a hacerse no sólo aconsejable sino ineludible que ellos faciliten o soporten restricciones, tras de sus propios objetivos o como resultado de las exigencias de la comunidad internacional. Ello explica que surja consecuentemente un derecho internacional que no sólo deriva de los tratados bilaterales o multilaterales sino de una variedad de organismos creados por ellos, de las agencias especializadas que persiguen determinados propósitos, de las costumbres respetadas, de tantas fuentes jurídicas y por ello es indispensable estudiar y resolver infinidad de cuestiones que surgen en la necesidad, por ejemplo, de determinar la acogida del derecho internacional por el interno o la repercusión de éste en aquél, dilucidar el complejo problema de la jerarquía prelativa de las normas, reconocer incompatibilidades, precisar cambios o derogaciones, armonizar reglas aparentemente discrepantes, etc..

Por otra parte, los abusos que en el interior de los Estados se han cometido en contra de personas, de sectores o de grupos han generado en el mundo una mayor conciencia de lo que exige la dignidad de la persona humana y la convicción de que tampoco la paz entre las naciones puede mantenerse si no se respetan los valores humanos en la órbita internacional.

Cabalmente pocos años después de la organización de las Naciones Unidas se formula por su Asamblea General la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la cual considera que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", y luego brotan los pactos consecuenciales, convenciones protectoras y jurisdicciones que se proponen promover y defender los derechos humanos.

La Constitución de 1980 en su misma letra consagra que el propio ejercicio de la soberanía "reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (art. 5 inc. 2°). Ello resulta afirmado una vez más, y de modo solemne y certero, cuando en la reforma de la Carta consecuente al plebiscito de 1989 se agrega que "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".

En nuestro ordenamiento jurídico prima, pues, sobre la misma Constitución, el respeto de los derechos esenciales que emanan de la persona humana y carece, por lo tanto, de fuerza jurídica entre nosotros todo lo que resulte incompatible con dicho respeto, ya provenga de su positividad interna ya de la internacional, ya se aduzcan comportamientos exigidos en uno u otro plano y cuyo vigor derive tan sólo de su simple observancia si lo perturban u obstaculizan.

11. Se comprende por todo lo dicho la lógica con la que en las Jornadas de Derecho Público, que con tanta perseverancia se vienen realizando durante cerca de un cuadrienio, se ha celebrado y estimulado la presencia y colaboración de los profesores de Derecho Internacional y los meritorios trabajos que ellos han aportado.

Sin embargo, a nuestro juicio, esas valiosas contribuciones adquirirían mucho mayor resonancia y utilidad si, por su parte, los catedráticos de Derecho Constitucional estudiaran e investigaran con nuestros internacionalistas materias y problemas que requieren para su mejor dilucidación del aporte de ambas especialidades.

Podría constituir una vía adecuada para generar el esfuerzo interdisciplinario y propiciar la creación de una asignatura especial, que con el nombre, por ejemplo, de "Derecho Constitucional Internacional", diera el ambiente adecuado para marchar hacia el resultado propuesto.

Nuestra ponencia persigue exclusivamente recomendar que en las Jornadas que hoy se celebran, se proponga como tema para el próximo encuentro "La relación entre el Derecho Constitucional y el Internacional ante el fenómeno de la globalización del orden jurídico".

Dentro del temario de las próximas Jornadas cabría analizar, entre muchas otras proposiciones, la que formulamos en orden a la creación de la asignatura referida.

PREMISAS Y PROMESAS DE LA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL EN CHILE

JOSE LUIS CEA EGAÑA *

INTRODUCCION

Mis reflexiones son, tal vez, poco coincidentes con el pensamiento ajeno común en el tópico. Sin embargo, entiendo que *complementan* las ideas expuestas por nuestra doctrina, situándose más acá de ella, por ser *supuestos o premisas,* y también más allá, pues se refieren a las *finalidades o promesas* de la Carta Fundamental como Proyecto Máximo de toda Sociedad Política.

Me propongo describir dos ideas. La primera sobre la *hermenéutica;* la segunda pertinente a la *expansión* de esa hermenéutica a través de dos procesos interrelacionados, o sea, el de Constitucionalización del Derecho Nacional y el de Internacionalización del Derecho Constitucional. En este ensayo abordaré, sin embargo, únicamente la primera de dichas ideas.

Las *interrogantes* que me ocupan pueden ser planteadas en los términos siguientes [1]: ¿existe consenso en Chile en torno de lo que es y debe ser la Constitución? si no existe ese acuerdo en lo esencial ¿resulta

---

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Universidad Católica de Chile y Universidad Austral de Chile.

1. Es posible formular tales interrogantes también en *perspectiva histórica,* demostrando que los problemas respectivos se arrastran por largo tiempo, quiero decir, sin solución hasta la fecha y en el futuro previsible.

posible dar el paso siguiente, es decir, desplegar y arraigar una interpretación constitucional que sea coherente y compartida, al menos mayoritariamente? ¿cuáles son, en fin, las consecuencias principales, no sólo jurídicas, que resultan del disenso en cualquiera de las interrogantes anteriores?

I. HIPOTESIS

Cierto es que no existe una teoría pacíficamente acordada sobre la idea de Constitución [2], pero temo que en Chile *tampoco existe una idea compartida* de lo que es y debe ser nuestra Carta Fundamental en concreto. Así como carecemos de un *Proyecto-País* [3] por falta de consenso, también *nos falta un Proyecto-Constitución* compartido. Probablemente, hay coincidencia en numerosos preceptos del Código Político de 1980 y sus reformas, mas no en la totalidad del sistema articulado en él.

De esa premisa, ciertamente hipotética pero demostrable en los hechos, resulta una serie de *consecuencias. Aquí nos interesa detenernos nada más que en las secuelas que el disenso encierra para la interpretación* de la Carta Fundamental. Así y por ejemplo, pienso en el incumplimiento de dos exigencias elementales, esto es, *la sumisión* del hermeneuta al texto interpretado y el entendimiento, leal o de *buena fe,* del significado de sus principios y normas.

Personalmente, *entiendo la Constitución, en general, como Herman Heller* [4], o sea, en términos de la *normalidad* de lo básico de la vida *normada* por el Derecho Positivo. Incluyo en esa normalidad o habitualidad, sin duda, el reconocimiento y regulación de los casos críticos para el sistema institucional, porque el Derecho no puede ignorar las emergencias. Más detallada y personalmente, *he definido la Constitución* como la Ley Suprema del Estado Nación que, habiendo sido legítimamente establecida, aspira a regular, con justicia y eficacia, la convivencia polí-

---

2. Véase Jan-Erik Lane: *Constitutions and Political Theory* (Manchester, Manchester U. Press, 1996) pp. 3 y 15.

3. Gabriel Salazar y Julio Pinto: *I Historia Contemporánea de Chile Estado, Legitimidad y Ciudadanía* (Santiago, Ediciones LOM, 1999) pp. 125 ff.

4. (1934) *Teoría del Estado* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1968) p. 269.

tica, social y económica del Grupo Humano, sólo en sus bases y fines fundamentales [5].

Agrego que no concibo la Constitución si no es en armonía cabal con el *Constitucionalismo.* Este es un proceso histórico dos veces milenario, iniciado en Occidente y hoy universalizado, confluyente en una civilización humanista que propugna regular el origen, ejercicio, control y responsabilidad en el desempeño del Poder para que sirva, en la mayor y mejor medida posible, a la dignidad y los derechos del ser humano [6].

Pues bien, pienso que una consecuencia de la *falta de* visión consensuada de la Constitución es su *interpretación opaca y no transparente,* resquiciosa o no leal, torcida o sin buena fe. Por el contrario, creo que *la presencia vigorosa de aquella visión permite la interpretación clara y no oscura,* recta y no torcida, patente y no cínica tanto de los principios y normas fundamentales como del Bloque Constitucional completo con que se integra o complementa.

Probablemente, una otra actitud se debe al *compromiso* que el intérprete tiene o no con el *ethos* o espíritu y el *telos* o finalidad que fluye del Código Político y, en relación con ambos elementos, también con su génesis externa e historia fidedigna, con su texto y contexto, en fin, con sus objetivos y destino. Sin embargo, lo concreto y fácil de captar estriba en que, *el resultado* de una u otra actitud del intérprete frente a la Constitución, o a determinadas cláusulas de ella, culmina *en interpretaciones diferentes* o, más exactamente, en *el recurso a conceptos y técnicas que arrojan resultados distintos.* Consiguientemente, el Código Político pierde fuerza normativa directa [7], porque es *motivo de conflictos y no instrumento de integración* de la Nación con él como institución [8].

---

5. "Revisión de la Teoría Constitucional", *III Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* N°1-2 (1992) pp. 79 ff.

6. Una síntesis acertada de la trayectoria, situación presente y perspectivas del Constitucionalismo se halla en Dario Castiglione: "The Political Theory of the Constitution", monografía incluida en Richard Bellamy (editor): *Constitutionalism in Transformation. European and Theoretical Perspectives* (Oxford, Blackwell Publishers, 1996) pp. 6 ff.

7. Revísese Germán José Bidart Campos: *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa* (Buenos Aires, EDIAR, 1995), pp. 183 ff.

8. Véase, en general, A. Jyranki: *National Constitutions in the Era of Integration* (The Hague, Kluwer Law International, 1998).

Util es, entonces, preguntarse ¿puede existir uniformidad hermenéutica de la Constitución donde no existe, con antelación, *unidad de criterio, de idea o significado* en punto a lo que es y debe ser la Carta Fundamental de nuestro Estado Nación?. Asumiendo, ciertamente, que jamás es posible ni deseable la uniformidad total, en este punto como en cualquier otro, pero sí un grado o nivel de unidad *mayoritario* ¿qué importancia tiene que no se cumpla este último requisito?, ¿es concebible la estabilidad y despliegue de las instituciones si los hermeneutas del Código Político lo llevan a desenlaces diferentes y, a menudo, conflictivos?, ¿aumenta, disminuye o se mantiene la gobernabilidad de la Nación Estado cuando discrepamos en torno del origen y sentido de la Carta Fundamental?, ¿valen de algo, frente a ese riesgo, los bloqueos institucionales o, por el contrario, estos catalizan los litigios?, ¿obedecen tales bloqueos al intento de superar el temor, la incertidumbre o el riesgo, ya conocido, proveniente de quienes detentan ideologías opuestas a las del Código Político?, ¿qué se gana por los opositores a la Constitución, o a ciertos principios y disposiciones de ella, con interpretarla como desean y si logran las reformas que anhelan?, ¿no suscitan también ellos, con su conducta, la hermenéutica contraria de sus antiguos adversarios?.

Cierro el tópico refiriéndome a la *cultura y la conciencia constitucional.*

Lo hago manifestando que la cultura se refiere a la manera de concebir, interpretar y aplicar la Constitución o el Bloque Constitucional, mientras que la conciencia versa sobre el nivel de aceptación y rechazo que la Carta Fundamental obtiene en los operadores de sus disposiciones y la ciudadanía. La conciencia a la cual nos referimos es, por ende, un grado fluctuante de legitimidad política y social en torno del Código Político, nivel de aceptación, tolerancia, indiferencia o rechazo que se vincula con la idea de Constitución legítima, al tenor de lo arriba escrito.

Evidentemente, si nuestra hipótesis ya expuesta acerca de la falta de unidad en cuanto a lo qué es y debe ser la Constitución se estima correcta, como asimismo, si también sucede así con la hipótesis planteada en torno a la disparidad de resultados que tiene la hermenéutica hecha por cada sector siguiendo su visión propia, *entonces resulta que la cultura y la conciencia constitucional son expresiones o manifestaciones de*

las respuestas a las dos cuestiones anteriores, o sea, a los disensos más que a los consensos en el tema [9].

Tal vez, eso explica, en parte al menos, la tendencia al cambio formal o *reformismo* y la defensa, del mismo carácter externo, o *antirreformismo* de la Constitución. En la primera de dichas tendencias se halla la inclinación a la imitación libresca o a la copia de instituciones foráneas que, después, se intenta imponer desde arriba a la ciudadanía; o la disposición a la crítica permanente al Código Político, desconociéndole, si no un origen legítimo, como mínimo determinados aciertos patentes y de los cuales todos gozamos. Y en punto a la segunda de tales tendencias, la ilustramos con la actitud conservadora, contraria a toda innovación sustantiva, como si la Constitución fuera un documento de perfección casi divina; o el rechazo a reformas maduras porque están ya debatidas y justificadas ampliamente.

De nuevo lo advertimos: Una y otra actitud desemboca en la dificultad para arraigar la Constitución, sacudida por desacuerdos, expresos o latentes, que la privan del sentido de integración o cohesión que debe singularizarla como *Proyecto Máximo* de una Sociedad democrática [10].

II. ORIENTACIONES O DIRECTIVAS HERMENEUTICAS

Todos coincidimos en que no hay Constitución perfecta. Por eso, concordamos también en ellas reflejan siempre, más o menos bien o mal, una cosmovisión o *imagomundi* de los tres tiempos del verbo[11], a propósito de la convivencia en una Sociedad Estatal determinada y de sus relaciones con el ámbito supranacional [12].

---

9. Consúltese, en general, P.H. Partridge: *Consent and Consensus* (New York, Praeger Books, 1971).

10. Jan-Erik Lane, cit., pp. 195-199.

11. Seguimos considerando la mejor exposición en el tema la lucha por Manuel García Pelayo en su *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 6ª ed., 1963) pp. 33 ff.

12. Consúltese, en general, Javier Roldán Barbero: *Democracia y Derecho Internacional* (Madrid, Ed. Civitas, 1994).

Pensamos que, *de esa gran visión, fluyen las orientaciones* o directivas hermenéuticas, las cuales, por cierto, *tienen que ser coherentes con el antecedente* señalado.

Con palabras diversas y no enteramente exactas, expresamos la misma idea diciendo que pensamos que *todo intérprete detenta una ideología o axiología,* aplicando la cual obtiene interpretaciones y deducciones hermenéuticas determinadas. En buenas cuentas, creemos que *nadie es, ni puede ser, por completo neutro* de frente a la Constitución, actitud que se proyecta después en su conducta interpretativa. Sin embargo, creemos también que es posible y conveniente acercarse a tal objetividad:

"En nuestra acción se presupone *la comprensión* de otras personas. Toda la ciencia filológica e histórica se basa en este supuesto, a saber, que es posible elevar la comprensión de lo singular *al plano de la objetividad (...).*

Y si lo cierto es que las ciencias sistemáticas del espíritu derivan de esta captación objetiva de lo singular, relaciones legales generales y conexiones abarcadoras, entonces *los procesos de comprensión e interpretación siguen siendo su fundamento.* Por tal razón estas ciencias, lo mismo que la Historia, dependen en su seguridad del hecho de si será posible elevar la comprensión de lo singular a validez universal.

Sobre la base de la vivencia y de la comprensión de uno mismo y en acción recíproca constante entre los dos, se constituye la comprensión de las ajenas manifestaciones de vida y de otras personas (...).

Denominamos *interpretación* a la comprensión técnica de manifestaciones de vida permanentemente fijadas (...).

La hermenéutica *siempre ha defendido la seguridad del comprender* frente al escepticismo histórico y al arbitrio subjetivo.

Al proceso por el cual, partiendo de signos que se nos dan por fuera sensiblemente, *conocemos una interioridad,* lo denominamos comprensión [13].

Lo dicho a propósito de los supuestos refuerza nuestra aseveración en punto a la dificultad y la necesidad de la comprensión, *objetiva y respetuosa,* del espíritu de la Constitución. Si la Carta Fundamental no es axiológicamente insípida, entonces tampoco puede serlo el intérprete de sus principios y reglas.

Consecuente con la explicación precedente, nos parece que *las directivas* hermenéuticas *poseen significado distinto según cual sea la posición que, de antemano,* adoptemos de frente a la Constitución. Este es el

---

13. Wilhelm Dilthey: *El Mundo Histórico* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1978) pp. 229, 241-242, 321-322 y 334 (Enfasis agregado).

mayor problema si es que aceptamos la tesis del esfuerzo por la objetividad hermenéutica. En realidad, pensamos que el hermeneuta debe siempre aceptar, *lealmente,* el texto que será interpretado por él, esforzándose por comprenderlo en su interioridad, objetivamente. *El respeto* por el significado que fluye del texto, sin manipularlo, es un requisito capital de la hermenéutica que sustentamos. En el ámbito del *Derecho de la Constitución* esta conclusión está reforzada por el *Principio de Supremacía* que todo jurista reconoce al Código Político.

Práctica y concretamente, queremos decir que *el método* que sigamos y las técnicas que adoptemos serán, *total o parcialmente, distintas* en relación a la interpretación, pues partiendo de la base de *lo que esperamos que diga o calle* la Carta Fundamental, elegiremos el método y las técnicas, desechando o infravalorando las opuestas a nuestro designio preconcebido. Esta es una realidad, pero lejana a lo deseable porque no es limpia hermenéutica.

Por eso, siendo muy difícil la neutralidad objetiva, en la hermenéutica resulta claro, como lo hemos ya advertido, que *el dilema central radica en la buena fe,* en la lealtad o transparencia, en la sumisión del intérprete al *ethos* y *telos* de la Carta Fundamental. Realmente, por ende, lo que sucede con frecuencia es que el intérprete carece de tal compromiso y, a raíz de ello, no acepta cuanto la Carta Fundamental, o algunos de sus principios y normas, ordenan o toleran.

III. CONCRECIONES

Hay afirmaciones, en frases certeras, que condensan el sentido de las directivas hermenéuticas, operando como *cláusulas de atención, de precaución o de disposición* para realizar el proceso interpretativo de la manera más rigurosa o seria, íntegra o completa, confiable o perfecta. Tales aforismos, brocardos o refranes jurídicos son de aplicación exclusiva a la hermenéutica constitucional, realzando así la singularidad del proceso correspondiente.

De esas frases señalamos, como *ejemplos, sólo las siguientes, pues en los textos relativos al tema este es el asunto que más abunda, aunque no sea, por su índole instrumental o subordinada a los supuestos ya descritos, el de utilidad más certera* [14]:

---

14. La recopilación más nutrida se halla en las obras de Segundo V. Linares Quintana, v.gr., *III Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (Buenos Aires,

1. Nunca olvidar que la Constitución es *el más jurídico de los textos políticos y el más político de los textos jurídicos,* realzando así que el intérprete tiene que asumir ambas dimensiones y no restringirse a una concepción jurídica, menos formal o positivistamente entendida, como tampoco a la pura fenomenología del Poder. Por ejemplo, esta directiva obliga a considerar, previsoriamente o por anticipado, las *probables consecuencias* de una decisión judicial para la comunidad, o de una interpretación legislativa del Código Político [15].

2. El *ethos* y el *telos* de la Constitución es el *Constitucionalismo,* es decir, la civilización basada en el humanismo y el Poder limitado por el servicio a la dignidad y ejercicio de los derechos humanos. Consiguientemente, el Gobierno mediante el Derecho, o el Estado de Derecho, cuando es genuino o verdadero, lleva a que siempre sea reconocida la primacía del *Estatuto de la Libertad* o Parte Dogmática por sobre el *Instrumento de Gobierno* o Parte Orgánica de la Constitución. La *Razón de Estado* debe, entonces, ceder su lugar a la *Razón de Persona o Humanismo,* resolviendo las contradicciones, salvando las lagunas y demostrando las derogaciones con sujeción a tal principio.

Una ilustración, concreta y opuesta a lo escrito es el criterio del Senado frente a las cinco contiendas de competencia, promovidas por la Contraloría General de la República contra los Tribunales Superiores de Justicia por el Recurso de Protección deducido con respecto al trámite de toma de razón [16]. Otra ilustración se halla en la drástica res-

---

Ed. Plus Ultra, 1978), obra a la cual siguieron *I Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (Buenos Aires, Ed. Plus Ultra 1981), *Reglas para la Interpretación Constitucional* (Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1987) y, finalmente, *Tratado de la Interpretación Constitucional* (Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1994).

15. Louis Favoreu ha escrito: "Cuando se alcance una cincuentena de decisiones sobre el principio de igualdad (...) tal principio cambiará de aspecto y ciertamente la legislación también. No hay que olvidar que la jurisprudencia constitucional relativa a los derechos fundamentales tiene, en todos los países, una repercusión y alcance muy profundo (directo e indirecto) en el orden jurídico. "Véase del autor nombrado "Informe General Introductorio" del libro *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984) p. 44.

16. Véase, especialmente, el *Diario de Sesiones del Senado* en la sesión celebrada el 18 de mayo de 1999 pp. 4073 ff.

tricción que, por vía de un autoacordado, se hizo en junio de 1999 a esa garantía cautelar [17].

3. Finalmente, nunca hay que olvidar que *lo interpretado es la Constitución* y no un Código, o un precepto reglamentario ni la estipulación de una convención o contrato como tampoco una cláusula testamentaria.

De esa orientación elemental resulta el *reconocimiento de las semejanzas* de la hermenéutica constitucional con la interpretación jurídica en general, rasgo del cual fluyen también las exigencias de aplicar en la hermenéutica constitucional las técnicas, reglas o métodos comunes a toda interpretación jurídica, esto es y en Chile, los principios reunidos en los artículos 19° a 24°, principalmente, del Código Civil [18]. *Pero, simultáneamente,* la orientación comentada exige *superar tales cánones generales* para hallar y aplicar otros, más importantes, preeminentes o prioritarios, *exclusivos de la interpretación constitucional.*

Así y *por vía ilustrativa,* tenemos entre las singularidades de la hermenéutica que nos ocupa:

El reconocimiento de la brevedad del texto constitucional y la amplitud de sus términos, rasgos que deben llevar a una hermenéutica finalista y no exegética, buscando el fondo sin que sea menester quedarse en el enunciado exhaustivo de la forma;

La plenitud de valores inmersos en sus principios y normas, a los cuales se debe ser fiel, acatándolos aunque, delege ferenda, no sean compartidos;

La elasticidad o adaptabilidad con que han de ser interpretados para que la Constitución sea perdurable o llegue a institucionalizarse;

La unidad de sentido que la Carta Fundamental debe infundir al ordenamiento jurídico completo, es decir, la *Constitucionalización del Derecho,* de manera que, en el *Círculo Hermenéutico,* el proceso interpretativo debe ser iniciado con la Carta Fundamental y cerrado o concluido en ella;

---

17. La crítica de la doctrina es unánime y ampliamente mayoritaria en la abogacía. Para una visión completa de la posición de los juristas en el tópico pueden consultarse las monografías publicadas en *II Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* N°2 (1998) pp. 59 ff., XXVI *Revista Chilena de Derecho* N°3 (1999) (en prensa); y en IV *Ius et Praxis* N°1 (1998) pp. 189 ff.

18. Util es revisar Alejandro Guzmán Brito: "La Historia Dogmática de las Normas sobre Interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", incluido en Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Escuela de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992) pp. 44 ff.

La supremacía, formal y sustantiva, de aquélla sobre el resto del sistema jurídico, a raíz de regir el principio antes nombrado;

La preponderancia de la Parte Dogmática sobre la Parte Orgánica, pues el Constitucionalismo propugna el gobierno limitado por el servicio que siempre debe a la dignidad y al ejercicio de los derechos humanos debiendo contemplarse garantías eficaces para tal objeto;

La finalidad o sentido de los principios y normas sobre la exégesis del texto y contexto, ya que se trata siempre de resolver cuestiones político-jurídicas de fondo y no de asuntos de tecnicismo formal;

Las consecuencias de las interpretaciones constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico y, más allá, sobre la gobernabilidad de la comunidad entera;

La imperatividad, directa e inmediata, de los principios y normas constitucionales, excluyéndose la suspensión de ese efecto hasta que se dicten las disposiciones legales que los implementen, regla que desestima la doctrina de la *"Ley Pantalla"*, como asimismo, que reconoce la *inconstitucionalidad por omisión*.

La armonía de la Constitución con la democracia, sustantiva y formalmente concebida en su visión dinámica, es decir, adecuada a los cambios sociales y que hoy imponen ese estilo de vida con rasgos de iniciativa, participación, descentralización estatal, autonomía social y difusión del control;

La interpretación estricta o fluida, restrictiva o amplificadora de las normas fundamentales para llegar o no, cuando corresponda, a una aceptación de potestades o cometidos implícitos, complementarios de los expresamente reconocidos, pero siempre al servicio de la Parte Dogmática del Código Político;

La exclusión de toda hermenéutica que culmine en absurdos, v gr., proclamando repeticiones, ambigüedades, confusiones, olvidos, lagunas o meros errores del Poder Constituyente;

La aceptación del conflicto en el ejercicio de diversos derechos fundamentales, colisión que debe ser resuelta sin sacrificar por completo sólo a uno de ellos, siendo todavía cuestión de controversia si existe un orden de prelación entre tales desechos;

En fin, la internacionalización del Derecho Constitucional que conduce a la recepción, vigencia y aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos con el mismo rango que el admitido para los principios y preceptos constitucionales.

REFLEXION FINAL

¿Qué sentido tiene aplicar, en concreto, la serie de directivas hermenéuticas que hemos insertado con ánimo ilustrativo, si carecemos de unidad de visión y sentido en punto a lo *que es y debe ser* la Constitución de Chile como Institución de nuestro Estado de Derecho y Democrático?, ¿Cuál es la corrección científica, el rigor metodológico y, sobre todo, el desenlace legítimo de un procedimiento hermenéutico

carente de objetividad, sea con respecto al Código Político en su integridad o a ciertos principios y normas articulados en su texto?

Indudablemente, es imposible el *consenso pleno* en la interpretación de nuestra historia republicana, especialmente al referente a las últimas décadas. Imposible es también la *unanimidad hermenéutica* en torno del Código Político en especial si surgió como cierre de una época y comienzo de otra, al menos en su origen cruenta. Pero, en definitiva, nuestra Nación requiere de *amplias y profundas convergencias* en los dos asuntos señalados.

El método para desentrañar el significado del Código Político no puede ser preeminente a este en sí mismo. De frente al texto de la Constitución, pensamos que la interpretación es solo y siempre *instrumental.* Entre nosotros, sin embargo, reiteramos la falta de unidad, al menos mayoritariamente sentida, en cuanto al concepto del Código Político, a su legitimidad de origen y de aplicación, a la procedencia de reformarlo medularmente y otros problemas de semejante importancia.

Secuela de esa actitud es la dilación de reformas constitucionales *maduras,* ya muy y seriamente examinadas pero detenidas por décadas. Consecuencia de lo mismo es la tendencia a efectuar cambios secundarios al Código Político, manifestando después la autocomplacencia por un objetivo que puede ser alcanzado con una hermenéutica adecuada. En fin, secuela de lo escrito es, asimismo, la mutación del sentido de la Constitución sin cambiar su texto, provocando enfrentamientos y litigios.

El inventario de consecuencias puede seguir, pero lo común y cierto de ellas será que, sin consenso mayoritario en la legitimidad de la Constitución, tampoco lo habrá en su implementación por vía hermenéutica. Imperativo es, entonces, reflexionar en torno a las vías prácticas que podemos seguir para superar tal dilema.

Para el éxito de ese esfuerzo nos parecen insuficientes tanto los pactos de reforma o irreformabilidad, fracasados en nuestra historia, como también los cánones interpretativos, sean los tradicionales o más recientes. A propósito de estos últimos pensamos así porque con ellos se pretende lograr que, *el Proyecto Máximo, prometido* en la Constitución, se alcance sin estar de acuerdo en sus *premisas o exigencias previas.*

Hagamos un esfuerzo, sincero y general, por hallar zonas de coincidencia sustantiva en el tópico, sacrificando muchas aspiraciones y quimeras, para consolidar una Constitución que, lejos de ser perfecta, garantice la libertad y la igualdad para todos. Después, reanudemos el debate y la polémica.

ALCANCES CRITICOS A NORMAS SOBRE FUNCIONAMIENTO DEL CONGRESO

HERNAN MOLINA GUAITA *

SUMARIO: 1. Objetivos. 2. Breve exposición del contenido. 3. El funcionamiento del Congreso y el presidencialismo. 4. Observaciones críticas. 4.1. Conclusión 1ª : Sobre la expresión "legislatura". 5. Alcances críticos. 5.1. Conclusión 2ª : Establecimiento de un segundo período ordinario de sesiones.

1. *OBJETIVOS*

La Constitución de 1980, en el capítulo V, sobre el Congreso Nacional, destina el párrafo quinto, con el epígrafe "Funcionamiento del Congreso", a la regulación de las legislaturas ordinaria y extraordinaria, en sus artículos 51 y 52, y al establecimiento del quórum para que las Cámaras puedan entrar en sesión y adoptar acuerdos, como asimismo, reconocerles su potestad reglamentaria, todo esto en el artículo 53 y final del párrafo.

---

* Profesor de Derecho Constitucional e Instituciones Políticas de la Universidad de Concepción.

2. *BREVE EXPOSICION DEL CONTENIDO DE LOS ARTICULOS 51 Y 52 DE LA CARTA DE 1980*

EPIGRAFE

El Epígrafe del párrafo es "Funcionamiento del Congreso" que sustituyó al de las Constituciones de 1833 y 1925 que era "Sesiones del Congreso".

Por funcionamiento se entiende la ejecución de las atribuciones y competencias que son propias del Congreso. Como órgano bicameral, complejo y colegiado, adopta sus acuerdos en sesiones.

Pero el epígrafe actual en su mayor amplitud, además de comprender los períodos de sesiones que llama legislatura, las sesiones mismas realizadas dentro de las legislaturas, comprende las otras materias tratadas en el párrafo quinto, la potestad de las Cámaras para dictar sus propios reglamentos y la fijación del quórum para entrar en sesión y tomar acuerdos.

Por tanto, el epígrafe actual es más amplio y comprende todo el contenido tratado en el párrafo.

LEGISLATURA

El Congreso funciona en legislatura. Dice el artículo 51: "El Congreso abrirá sus sesiones ordinarias el día 21 de Mayo de cada año, y las cerrará el 18 de Septiembre".

Esa es la legislatura ordinaria. En ella ejerce toda su competencia. Pero el Congreso también puede funcionar en legislatura extraordinaria, fuera del tiempo fijado para la legislatura ordinaria. Eventualmente puede hacerlo entre el 19 de Septiembre y el 20 de Mayo del año siguiente.

Señala el artículo 52 inciso 1 que "el Congreso podrá ser convocado por el Presidente de la República a legislatura extraordinaria dentro de los diez últimos días de una legislatura ordinaria o durante el receso parlamentario".

Agrega la disposición en su inciso 3 que "convocado por el Presidente de la República, el Congreso sólo podrá ocuparse de los asuntos legislativos o de los tratados internacionales que aquél incluyere en la convocatoria, sin perjuicio del despacho de la Ley de Presupuestos y de la facultad de ambas Cámaras para ejercer sus atribuciones exclusivas".

Pero también el Congreso puede autoconvocarse a legislatura extraordinaria en la forma señalada en el artículo 52 inciso 2: "Si no estuviere convocado por el Presidente de la República el Congreso podrá autoconvocarse a legislatura extraordinaria a través del Presidente del Senado y a solicitud escrita de la mayoría de los miembros en ejercicio de cada una de sus ramas. La autoconvocatoria del Congreso sólo procederá durante el receso parlamentario y siempre que no hubiera sido convocado por el Presidente de la República".

Agrega el inciso 4 del precepto que: "convocado por el Presidente del Senado podrá ocuparse de cualquier materia de su incumbencia".

Finalmente, el precepto señala en su inciso 5 que: "El Congreso se entenderá siempre convocado de pleno derecho para conocer de la declaración de estado de sitio".

Esta convocatoria de pleno derecho no la hace un órgano del Estado, la hace la propia Constitución Política, dándose la circunstancia indicada.

3. *EL FUNCIONAMIENTO DEL CONGRESO Y EL PRESIDENCIALISMO*

En la legislatura ordinaria, el Presidente de la República logra el predominio en la inclusión de materias en las tablas que deben tratar las Cámaras en sus sesiones, mediante el mecanismo de la urgencia. En efecto, cuando hace presente la urgencia en uno o en todos los trámites de un proyecto, la Cámara respectiva deberá pronunciarse dentro del plazo máximo de treinta días. Pero hay que tener presente, que la Constitución de 1980, ha entregado al Presidente de la República la calificación de la urgencia de acuerdo con la Ley Orgánica Constitucional relativa al Congreso (art. 71 inc. 2) y esta Ley, la 18.918 de 5 de Febrero de 1990, dispone en su artículo 26 que el "Presidente de la República podrá hacer presente la urgencia para el despacho de un proyecto de ley, en uno o en todos sus trámites, en el correspondiente mensaje o mediante oficios que dirigirá al Presidente de la Cámara donde se encuentre el proyecto, o al del Senado cuando el proyecto estuviere en comisión mixta".

En el mismo documento debe hacer la calificación de la urgencia, la que puede ser simple, suma o de discusión inmediata. Si no la especifica, se debe entender que la urgencia es simple.

Cuando un proyecto sea calificado de simple urgencia, su discusión y votación en la Cámara requerida deberán quedar terminadas en el plazo de treinta días, si la calificación fuera de suma urgencia, el plazo será de diez días; y si la calificación es de discusión inmediata, el plazo será de tres días, caso en el cual el proyecto se discutirá en general y en particular a la vez.

Debe darse cuenta del mensaje del Presidente de la República que requiera la urgencia, en la sesión más próxima que celebre la respectiva Cámara, y desde esa fecha comenzará a correr el plazo de urgencia.

Si el proyecto se encuentra en trámite de comisión mixta en virtud de los artículos 67 y 68 de la Constitución, la urgencia y su calificación se entenderá hecha respecto de las dos Cámaras, salvo que el Presidente de la República expresamente la hubiere circunscrito a una de ellas.

En el caso de simple urgencia, la comisión mixta dispondrá de diez días para informar sobre el proyecto. De igual plazo dispondrá cada Cámara para pronunciarse sobre el proyecto que despache aquella comisión. En el de la discusión inmediata, el plazo será de un día para la comisión mixta y de uno para cada Cámara.

El término de una legislatura ordinaria o la clausura de una legislatura extraordinaria dan lugar a la caducidad de las urgencias que se encontraren pendientes en cada Cámara, excepto las que se hubieren hecho presente en el Senado para los asuntos señalados en el artículo 49 N° 5 de la Constitución. Esto es, cuando el Senado debe prestar o negar su consentimiento a los actos del Presidente de la República, cuando así lo requiera la Constitución o la ley y se hubiere pedido la urgencia, caso en el cual dispone de treinta días para pronunciarse, y si no lo hace en dicho plazo, se tiene por otorgado su asentimiento.

Las urgencias no se aplicarán a la tramitación del proyecto de Ley de Presupuestos, el que deberá ser despachado en los plazos establecidos por la Constitución Política, con la preferencia que determinen los reglamentos de las Cámaras (Artículo 26 inciso 3 de la Ley 18.918)

En efecto, en la legislatura extraordinaria convocada por el Presidente de la República, el Congreso sólo podrá ocuparse de los asuntos legislativos o de los tratados internacionales que incluyere en la convocatoria, con las excepciones mencionadas en el artículo 52 inciso tercero.

Y la legislatura extraordinaria autoconvocada por el Congreso, es más teórica que real. En efecto, como sólo procede durante el receso parlamentario y siempre que no hubiera sido convocado por el Presidente de la República, no ocurre en la práctica la autoconvocatoria, porque es el Jefe del Estado quien siempre se adelanta en hacerlo. Es fácil explicarlo. El artículo 52 inciso 1° entrega sólo a él la facultad de convocarlo a legislatura extraordinaria dentro de los diez últimos días de una legislatura ordinaria.

Y durante el receso parlamentario, resulta fácil comprenderlo, puesto que frente a la sola voluntad del Presidente de la República, la autoconvocatoria a legislatura extraordinaria debe hacerse "a través del Presidente del Senado y a solicitud escrita de la mayoría de los miembros en ejercicio de cada una de sus ramas". Y ésta "sólo procederá durante el receso parlamentario y siempre que no hubiera sido convocado por el Presidente de la República".

De este modo, el Presidente controla el funcionamiento del Congreso en la legislatura extraordinaria, haciendo posible en la práctica su autoconvocatoria.

4. *OBSERVACIONES CRITICAS*

Esta expresión fue introducida por la Constitución de 1925 con el significado antes indicado, de legislatura ordinaria y legislatura extraordinaria. La Constitución de 1980, mantuvo la expresión legislatura.

En las Actas de la Subcomisión de Reforma de la Carta de 1925, no aparece ninguna constancia referente a la introducción de las expresiones "legislatura", "legislaturas". Sólo aparecen en la Primera y Segunda Pruebas del Proyecto y en el Proyecto definitivo que fue sometido a plebiscito.

En relación a la Constitución de 1980, en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, no hay constancia que se hubiese planteado el problema de la adecuación terminológica de la expresión "legislatura".

Y en el anteproyecto del Consejo de Estado la palabra "legislatura" se empleaba en los artículos 51 y 52.

El diccionario de la Real Academia Española, da dos acepciones a la palabra legislatura: "Tiempo durante el cual funcionan los cuerpos legislativos //2. Período de sesiones de Cortes durante el cual subsisten

la mesa y las comisiones permanentes elegidas en cada grupo colegislador".

En nuestra opinión, ambas acepciones conducen a señalar que la duración de la legislatura en el Congreso es de 4 años, dado que la Cámara de Diputados se renovará en su totalidad cada cuatro años, y que los senadores elegidos en votación directa se renovarán alternadamente cada cuatro años.

No obstante, la doctrina nacional ha reconocido pacíficamente el uso de la palabra legislatura, con las acepciones que le dan los artículos 51 y 52, esto es, legislatura ordinaria, desde el 21 de Mayo hasta el 18 de septiembre del mismo año. Y la legislatura extraordinaria, que eventualmente puede como máximo ir desde el 19 de septiembre y hasta el 20 de mayo del año siguiente.

La doctrina nacional no ha cuestionado la terminología empleada por el constituyente.

DOCTRINA NACIONAL

Don José Guillermo Guerra refiriéndose al artículo 57 de la Carta del 25 expresa. "Este artículo resume, modifica y substituye, compendiándolas en forma y lugar convenientes, varias disposiciones que en la Constitución anterior (se refiere a la Carta de 1833) andaban dispersas en los artículos 44 853); 49 (58), N° 4; 73 (2), N° 5; y 159 (168)".

...."Según la reforma, el Congreso tendrá (se conserva esta expresión impropia) sesiones extraordinarias: a) Cuando lo convoque el Presidente de la República, b) Cuando lo convoque el Presidente del Senado, por habérselo pedido así, en solicitud escrita, la mayoría de los miembros de una de las dos Cámaras"[1].

Por primera vez encontramos en la doctrina nacional una indirecta explicación de la reforma. Considera impropia la denominación de sesiones extraordinarias, pero nada indica de la expresión legislatura ordinaria, empleada en el artículo 56 de la Carta del 25, por lo que puede inferirse que la encuentra apropiada.

Conviene recordar que el profesor Guerra, fue integrante de la Subcomisión de Reforma de la Carta de 1925.

---

1. José Guillermo Guerra, La Constitución de 1925, pág.309. Establecimientos Gráficos Balcells & Cía. 1929.

Don Gabriel Amunátegui Jordán en 1950 expresaba "los Reglamentos Internos de las Cámaras precisan el uso correcto de las respectivas expresiones, confundidas a veces, en el texto constitucional"[2] y daba los conceptos extraídos de esos cuerpos normativos.

Don Mario Bernaschina, poco años más tarde indicaba: "la verdad es que la Constitución no ha usado los términos correctos, pero los Reglamentos de las Cámaras han venido a aclarar estas disposiciones de la Carta Fundamental" [3]. En seguida, extraía los conceptos de los Reglamentos de las Cámaras.

Don Carlos Andrade Geywitz refiriéndose a la Carta del 25, expresaba: "Desgraciadamente, por la forma precipitada como fue generada nuestra Carta, contiene varias imperfecciones jurídicas". "Así el artículo 56 establece que el Congreso" "abrirá sus sesiones ordinarias". En el artículo 57, incorrectamente señala que el Congreso tendrá "sesiones extraordinarias".

A continuación señala "con perfección jurídica, el Reglamento de la Cámara establece: "Artículo 5°. Cada reunión particular de la Cámara de Diputados se denominará sesión, la serie de sesiones se denominará legislatura (ordinaria o extraordinaria, según lo sea) y el cuadrienio que duren las funciones de los Diputados, se denominará período legislativo".

"La legislatura ordinaria será la comprendida entre el 21 de Mayo y el 18 de Septiembre de cada año". Y a continuación citando en términos muy parecidos al reglamento del Senado [4].

Don Alejandro Silva Bascuñán, expresa que "para el mejor estudio del párrafo de la ley fundamental sobre las "sesiones del Congreso" es importante precisar el significado de los términos, porque la Constitución de 1925 incurre todavía en algunas impropiedades de expresión, que no deben inducir a confusión una vez precisado el mecanismo que establece".

---

2. Gabriel Amunátegui Jordán, Manual de Derecho Constitucional, pág. 417. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1950.

3. Mario Bernaschina González, Constitución Política y Leyes Complementarias, págs. 457-458. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.1958.

4. Carlos Andrade Geywitz, Elementos de Derecho Constitucional Chileno, págs. 494-495. 2a. Edición. Editorial Jurídica de Chile. 1971.

"Se refiere, en efecto, la Constitución a "sesiones", "legislaturas" y "períodos legislativos", y todos estos términos responden a significaciones distintas". "Comprendiéndolo así los Reglamentos de las Cámaras han procurado dar definiciones precisas de dichos conceptos". Agrega, "cada reunión particular de una u otras Cámaras se denomina sesión. Es lo que en francés equivale a "séance"[5]. Pareciera que va a continuar con el método comparativo, pero no, es sólo un paso y se detiene. Y enseguida vuelve al otro método de seguir extrayéndolos de los citados Reglamentos.

El Profesor Jorge Mario Quinzio Figueiredo expresa refiriéndose a los artículos 56 a 59 de la Carta del 25: "De la lectura de dichas disposiciones se colige que el constituyente no empleó con claridad los términos que dicen relación con las legislaturas, las sesiones y los períodos legislativos". "Para aclarar estos conceptos debemos remitirnos a una de las fuentes del Derecho Constitucional Chileno, cual es los Reglamentos de ambas ramas del Congreso Nacional"[6]. Y continúa con el procedimiento de citar las disposiciones reglamentarias y de allí extraer los conceptos.

Sin embargo, en nuestra opinión el constituyente del 25 al introducirla y el constituyente del 80 al reproducirla, se apartan de la terminología seguida por la doctrina internacional y por el derecho constitucional comparado.

EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL

Expresa André Hauriou que a diferencia de la época revolucionaria en que las Asambleas tenían sesión permanente, lo que era un mal método, "la monarquía parlamentaria introdujo en Francia el principio de las sessions, a imitación de la Gran Bretaña". De manera que hay que distinguir las "sessions", que son los períodos del año durante los cuales el parlamento celebra reuniones; las "seance" que son las

---

5. Alejandro Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III, págs. 206-207. 1a. Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1963.

6. Jorge Mario Quinzio Figueiredo, Manual de Derecho Constitucional, pág. 303. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1969.

reuniones que día a día celebra el Parlamento [7], pudiendo celebrar una o dos en un día, ser ordinaria o extraordinaria, pública o secreta, matutina, vespertina o nocturna para tratar una tabla determinada, etc.; y "la legislatura que es el tiempo que dura el mandato colectivo de la Asamblea".

La dificultad reside en que no existe en castellano una palabra para traducir la expresión "sessions". Sí, existe para la expresión "seance", que es "sesión", que en la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia Española es "cada una de las juntas de un concilio, congreso u otra corporación".

Luis Sánchez Agesta, refiriéndose a los principios de funcionamiento de las Cortes, expresa que la Constitución establece las normas y principios básicos: "a) Funcionan con períodos de sesiones, con vacaciones parlamentarias, pero con un principio de continuidad. Hay períodos ordinarios de sesiones de septiembre a diciembre, y de febrero a junio, y sesiones extraordinarias sobre un orden del día determinado. (Art. 73)" [8].

Michel Ameller, redactor de la obra Parlamentos, expresa "importa, ante todo precisar la terminología empleada, "les sessions" son períodos del año, cuyo número y duración pueden variar, en el curso de los cuales una asamblea puede legítimamente reunirse y ejercer sus atribuciones "Les seances", que son reuniones efectivas de las asambleas, en un día dado, se tienen en el interior de las "sessiones". Veremos más tarde en qué medida las asambleas son dueñas de fijar ellas mismas la fecha de las "seances" en el cuadro de las "sessions" [9]. Señala Duverger, "les sessions ordinaires son aquellas fijadas por la Constitución. La actual Constitución ha previsto dos sesiones ordinaire por año. La primera comienza el 2 de octubre y dura ochenta días. La segunda se abre el 2 de abril y no puede durar más de noventa días" [10]. Durante "les se-

---

7. André Hauriou, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, pág. 583, 4a. Edición, trad. De José Antonio González Casanova, Ediciones Ariel, Barcelona. 1971.

8. Luis Sánchez Agesta, Sistema Político de la Constitución Española de 1978, pág. 289. 2a. Edición, Editora Nacional, Madrid. 1981.

9. Michel Ameller, Parlements, pág. 141. 2a. Edición, Presses Universitaires de France, París. 1966.

10. Maurice Duverger, Elements de Droit Public, págs. 138-139. 13a. Edición, Presses Universitaires de France, París. 1995.

ssions", las reuniones efectivas de las asambleas se llaman "les seances". "Cada asamblea determina libremente los días y horas de las "séances"[11].

Lo que en Chile la Constitución llama impropiamente "legislatura", en Francia se denomina *session*, en Italia *sessiones,* en Inglaterra *session*, y la sesión efectiva, en día determinado, en francés es *séance*, en italiano *seduta* o *tornata*, en inglés *sitting* [12].

EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

La Constitución española de 1978, expresa en su artículo "73.1 Las Cámaras se reunirán anualmente en dos *períodos ordinarios de sesiones:* el primero, de septiembre a diciembre, y el segundo, de febrero a junio" [13].

"2. Las Cámaras podrán reunirse en sesiones extraordinarias a petición del Gobierno, de la Diputación permanente o de la mayoría absoluta de los miembros de cualquiera de las Cámaras. Las sesiones extraordinarias deberán convocarse sobre un orden del día determinado y serán clausuradas una vez que éste haya sido agotado".

La Constitución mejicana de 1917 expresa en su artículo 65: "El Congreso se reunirá a partir del 1° de septiembre de cada año, para celebrar un *primer período de sesiones ordinarias* y a partir del 15 de marzo de cada año para celebrar un *segundo período de sesiones ordinarias*".

"En ambos *períodos de sesiones* el Congreso se ocupará del estudio, discusión y votación de las iniciativas de ley que se le presenten y de la resolución de los demás asuntos que le correspondan conforme a esta Constitución".

"En cada *período de sesiones ordinarias* el Congreso se ocupará de manera preferente de los asuntos que le señale su ley orgánica" [14].

La Constitución francesa de 1958 expresa: "Artículo 28. El Parlamento se reunirá de pleno derecho en dos *períodos ordinarios de sesiones* al año".

---

11. Maurice Duverger, ob. Cit. Pág. 140.

12. *Vid. Nicolás Pérez Serrano, Tratado de Derecho Político, pág. 755, 2a. Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid. 1984.*

13. El subrayado es nuestro.

14. Lo subrayado es nuestro.

"El Primer *período de sesiones* se abrirá el 2 de octubre y su duración será de ochenta días. El *segundo período* de sesiones se abrirá el 2 de Abril y su duración no podrá exceder de noventa días"...

"Artículo 29. El Parlamento se reunirá en *período extraordinario de sesiones* a petición del primer ministro o de la mayoría de los miembros que compongan la Asamblea Nacional, para tratar un orden del día determinado".

"Cuando el *período extraordinario de sesiones* se celebre"... [15].

CONCLUSION 1a.: SOBRE LA EXPRESION "LEGISLATURA"

Después de lo ya señalado, parece obvio que la expresión "legislatura ordinaria" empleada en el artículo 52 de la Constitución debe ser sustituida por "período ordinario de sesiones", y la expresión "legislatura extraordinaria" utilizada en la misma disposición, debe ser sustituida por "período extraordinario de sesiones".

Consecuencialmente, deberían ajustarse las nomenclaturas de la Ley 19.918, Ley Orgánica Constitucional del Congreso, debiendo decirse en el artículo 6, que el cuadrienio que se inicia con la instalación del Congreso Nacional constituirá una "legislatura" y no un "período legislativo" como lo indica actualmente.

Y en la misma disposición reemplazar las expresiones legislatura ordinaria y extraordinaria por "período ordinario de sesiones" y "período extraordinario de sesiones", respectivamente.

Lo propio habrá de hacerse en los respectivos Reglamentos de las Cámaras.

5. *ALCANCES CRITICOS*

Desde el punto de vista de la ciencia del Derecho Constitucional y del Derecho Constitucional comparado, en los regímenes democráticos, puede darse "el sistema de la permanencia de las asambleas". Eso no significa que su funcionamiento sea ininterrumpido, sino solamente que ellas disponen de la facultad de sesionar sin limitación de duración.

---

15. El subrayado es nuestro. La traducción está tomada de Infojus, UNAM, (Internet).

"El sistema de la permanencia de la asamblea se confunde a menudo con aquel de los períodos anuales de sesiones. En ese caso, la clausura de un período anual de sesiones no está determinado sino por la apertura del período anual siguiente" [16].

Esos sistemas entrañan un inconveniente, que el continuo sesionar pueda llevar a las Cámaras a un apasionamiento excesivo, puede excitarse la lucha partidista y alejarse de los problemas reales que vive el país.

La solución más frecuente adoptada es la fijación de uno o dos períodos ordinarios de sesiones.

Nuestra Constitución contempla un período ordinario de sesiones (legislatura ordinaria), del 21 de mayo al 18 de septiembre. Sin embargo, el anteproyecto aprobado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución expresaba en su artículo 57 inciso 1° que "el Congreso tendrá dos períodos de legislatura ordinaria en cada año: desde el 15 de Marzo hasta el 15 de Junio y desde el 11 de septiembre hasta el 11 de diciembre".

Fue el Consejo de Estado el que estableció en el artículo 51 de su Anteproyecto, que "el Congreso abrirá sus sesiones ordinarias el día 21 de mayo de cada año, y las cerrará el 18 de septiembre".

El Consejo de Estado "por unanimidad estimó pernicioso dentro de la Constitución presidencial, el establecimiento de dos períodos de legislatura ordinaria que en conjunto sumaban seis meses, apartándose del sistema contemplado en la Carta 1925 (casi cuatro meses) y en la de 1833 (sólo tres meses)[17].

5.1. *CONCLUSION 2a.: ESTABLECIMIENTO DE UN SEGUNDO PERIODO ORDINARIO DE SESIONES*

La proposición que hacemos en este trabajo es contemplar dos períodos ordinarios de sesiones anuales, cuya extensión en conjunto, no sea inferior a seis ni superior a ocho meses.

No puede esto llamar la atención, puesto que no de derecho, pero sí de hecho, al menos desde el punto de vista de su ocurrencia, entre

---

16. Michel Ameller, ob. Cit. pág.141.

17. Neville Blanc Renard y Otros, la Constitución Chilena, Tomo I Pág. 310 CEAL,Valparaíso.1990.

nosotros hemos tenido siempre dos períodos ordinarios de sesiones.

En efecto, como el período ordinario de sesiones (legislatura ordinaria) termina en septiembre, y en los últimos meses del año se envía a tramitación el proyecto de Ley de Presupuestos, siempre se convoca a un período extraordinario de sesiones (legislatura extraodinaria) para despacharlo dentro del plazo constitucional.

Antes de 1890 el período extraordinario de sesiones (sesiones extraordinarias) "generalmente era de tres meses, entre el 15 de Octubre y el 15 de Enero. La primera materia incluida era ritualmente el Proyecto de Presupuestos para el año siguiente" [18].

En 1890 no se convocó a período extraordinario de sesiones (sesiones extraordinarias) y por tanto no se despachó la Ley de Presupuestos por el Congreso, lo que junto a otros hechos, desencadenó la trágica crisis de 1891. Por ello, el período extraordinario de sesiones (legislatura extraordinaria) en que se despacha la Ley de Presupuestos, es en el hecho, lo ordinario y de ocurrencia infaltablemente anual.

En efecto, *ordinario* significa común, regular y que sucede habitualmente. *Extraordinario* es fuera del orden o regla natural o común[19].

Pues bien, el 18 de septiembre pasado (1999) se ha cerrado la Legislatura 340ª, Ordinaria, y el Presidente de la República el 20 del mismo mes y año ha convocado al Congreso a la Legislatura 341ª, Extraordinaria, a partir del 4 de Octubre de 1999 y hasta mayo del año 2000, en que se inicia la legislatura ordinaria.

Hemos distorsionado el significado de las palabras.

Por tanto, si queremos ser coherentes y llamar las cosas por su nombre, debe establecerse un segundo período ordinario de sesiones y en el cual, además, se estudie y despache la Ley Anual de Presupuestos.

---

18. José Guillermo Guerra ob. Cit. págs. 306 - 307.

19. Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 1992.

LA EXTENSION DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA CONSTITUCION DE 1980

LUZ BULNES ALDUNATE *

Esquema de Trabajo:

I. ANTECEDENTES:

En 1982 publiqué un trabajo sobre la Potestad Reglamentaria en la Constitución de 1980, por lo que analizábamos las disposiciones constitucionales relativas al rango de la Ley, señalados en el Art. 60.

Llegábamos a la conclusión que en nuestro ordenamiento jurídico resulta claro que la Carta Fundamental estableció el reglamento autónomo, pero por la amplitud que se otorgó al legislador, en la práctica sólo existiría el reglamento de ejecución.

Decíamos además que se había establecido la reserva de la Ley, pero que la institución que era revolucionaria jurídicamente como la han llamado los franceses se consagró con timidez por la competencia que se entregó al legislador.

Agregábamos en ese trabajo que el Art. 60 de la Constitución, había consagrado una nueva institución, cual era las Leyes de Bases, en las que el legislador tiene limitada su competencia a señalar sólo las bases o principios fundamentales pudiendo el Presidente de la República desarrollar por la vía del reglamento dichos principios.

---

* Profesora de la Universidad de Chile.

Sería una potestad reglamentaria de ejecución pero más amplia, de manera que el legislador debería regular sólo los principios fundamentales de los respectivos regímenes jurídicos.

Ej.:	Art. 60 N° 4	C. E. N. C.
	Art. 60 N° 18	J.G.
	Art. 60 N° 20	J. G.

Sin Historia

En ese trabajo interpretábamos esa disposición (60 N° 20), como una posibilidad para el legislador distinta de la obligación que le imponen los Arts. 60 N° 4 - 60 N° 18, y las que hoy agregaríamos el Art. 60 N° 9.

II. HISTORIA DEL ART. 60 Y DEL ART. 32 N° 8

Los antecedentes de Derecho Comparado comparado de estas disposiciones se encuentran en el Art. 34 y 36 de la Constitución Francesa de 1958, que establecen que la ley debe fijar las reglas referentes:

a) las materias que dicha normativa indica.

b) los principios fundamentales respecto de otras materias señaladas en el mismo artículo.

Además el Art. 36 expresa: "Todas las materias distintas a las pertenecientes al dominio de la ley tendrán carácter reglamentario".

Pasó así el reglamento a ser la norma de clausura en la Constitución Francesa, sobre este punto.

III.

La historia Constitucional Francesa nos muestra cómo estas disposiciones han tenido una evolución y la revolución jurídica de que se hablaba no ha tenido lugar (Favoreau pág. 733) y hay una tendencia a volver a los principios antiguos.

En general la tendencia del Consejo Constitucional Francés es extender la competencia del legislador.

En el texto de Derecho Constitucional de L. Favoreau hay citas de autores y de sentencias del Consejo Constitucional Francés.

Así se ha reconocido al legislador la competencia para regular principios generales de derecho aun en materias reservadas al reglamento.

Además se señala que la ley para estar conforme con la Constitución *debe ser suficientemente precisa y completa para descartar toda arbitrariedad, en su aplicación no puede entregar al decreto gubernamental la fijación de ciertas reglas.(Ob. citada,* pág. 7371).

De las lecturas de los textos franceses resulta que el Consejo Constitucional Francés ha querido mantener las atribuciones del Parlamento y no disminuirlas frente al Ejecutivo.

IV.

En Chile han existido también distintas interpretaciones sobre el alcance de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República.

En el trabajo que mencionábamos anteriormente llegábamos a la conclusión que era incuestionable que la Constitución de 1980 consagró las leyes de bases que dan una mayor amplitud a la Potestad Reglamentaria.

Si hemos querido abordar este tema hoy día es porque diversas interpretaciones han sostenido:

"La reserva de ley se caracteriza por crear una obligación al legislador de regular él mismo el núcleo básico de la materia respectiva, de manera tal, que sólo sea posible remitir al reglamento la emanación de disposiciones tendientes a la ejecución de los preceptos de la ley. Ello es concordante con que la ley se deba limitar a establecer las normas básicas de la disciplina de un ordenamiento determinado".

"La reserva constitucional de una materia a la ley no supone, contra lo que pudiera parecer, la prohibición total de acceso a la misma de la potestad reglamentaria, pues cabe un cierto grado, diverso según los casos, de colaboración del reglamento con la ley previa que las regule. El problema no es si la norma legal puede apelar a la norma reglamentaria, sino al quántum admisible de esta remisión".

Una tesis de esta naturaleza está en abierta contradicción con lo que sostienen los autores franceses actuales y el Consejo Constitucional Francés.

A nuestro juicio entre los numerales del art. 60, se pueden distinguir distintos tipos de leyes —4 - 18 - 20—. Leyes de Bases entre las distintas categorías podrían comprenderse también las del art. 60 Nº 9 y 60 Nº 10.

En cambio en los otros numerales se indica específicamente la materia que corresponde que el legislador regule —referencia a otras materias constitucionales— lo que no da la amplitud a la potestad reglamentaria que dan las leyes que sólo deben contener las bases o las normas.

Entre las materias que se indican como las del campo de la ley, pensamos al igual que los autores franceses citados, anteriormente, que el reglamento no puede complementar las materias estrictamente legales.

Ej.: 19 Nº 20 - 62 Nº 1
19 Nº 24

Por Ultimo:

Complementando el trabajo de 1982, podemos decir:

1) Que las Materias entregadas al legislador deben regularse íntegramente por éste, sin que la potestad reglamentaria del Presidente de la república pueda complementarlas.

Ej.: 19 Nº 24 - Tributos, subsidios a un sector, actividad o zona geográfica.

No hay potestad reglamentaria de complementación en las materias reservadas estrictamente al legislador.

2) Que puede haber potestad reglamentaria de complementación —es de ejecución— en relación con las leyes específicamente indicadas en el art. 60 - 4 - 18 - 9 - 10 - 16.

3) Que en relación con el art. 19 Nº 20, que no tiene historia legislativa sólo cabe una interpretación armónica de la Constitución.

Sí, excluimos su aplicación a las materias específicas entregadas por el constituyente al legislador. Así la voz —toda otra norma— debiera dejar fuera de su aplicación a las materias en el que el legislador tiene una competencia delimitada.

Como sería el caso del art. 62 Nº 1 y 19 Nº 24 inc. 2 - 19 Nº 23.

Si hemos tratado este tema es para dar una mayor claridad a lo expuesto en 1982 y para hacer ver cómo el derecho comparado ha seguido caminos distintos al que se advierte en Chile.

FUERZAS ARMADAS, DE ORDEN Y SEGURIDAD PUBLICA: POSICION CONSTITUCIONAL, POLITICA Y ELECCIONES PRIMARIAS

FRANCISCO ZUÑIGA URBINA *

I. PROLEGOMENOS

Las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública tienen una naturaleza jurídica específica y funciones que configuran la posición constitucional de los cuerpos armados. En otro lugar trataremos el polémico tema de la naturaleza jurídica de los cuerpos armados que divide a la doctrina en orientaciones institucionistas y administrativistas [1], y las funciones de los cuerpos, tema este último abordado prolíficamente en la doctrina extranjera [2] y sumariamente en la doctrina nacional [3].

---

* Profesor de Derecho Constitucional, de laUniversidad Central.

1. *López Ramón, Fernando:* "La Caracterización Jurídica de las Fuerzas Armadas", Edit. CEC, Madrid, 1987. Págs. 361-381. En la corriente institucionista está Federico Trillo Figueroa "Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española (Esbozo de una construcción institucional) REP Nº 12, CEC, Madrid, 1979.

2. *Vergottini, G. de:* "Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale", Giuffre Edi., Milano, 1971.
Idem "La Supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constitciones liberales europeas", REDC, Nº 6, 1982, págs. 9-33.

3. *Godoy Arcaya, Oscar:* "¿Pueden las Fuerzas Armadas ser garantes de la Democracia?", Estudios Públicos Nº 61, Stgo, 1996, Págs. 269-307.

Las Fuerzas Armadas son un conjunto de unidades y de servicios militares del Estado; y están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, e integran la Administración militar del Estado (art. 24 y 38 inciso primero de la Constitución Política de la República, y art. 1° de la Ley n° 18.575). El Ejército es la "fuerza militar típica de tierra, preparada y equipada para desarrollar operaciones de defensa del territorio nacional y de ofensiva respecto del enemigo: su organización permite actuar en todos los terrenos empleando divisiones pequeñas, medianas y grandes de acuerdo con las características del escenario de las operaciones y de las exigencias bélicas...". La Armada "provee la defensa de las aguas territoriales, de las infraestructuras portuarias y receptivas, y en tiempo de guerra, a la protección de las comunicaciones marítimas y de los convoyes comerciales...". La Fuerza Aérea "provee el apoyo táctico de las tropas de tierra y a los convoyes marítimos, y a las operaciones bélicas autónomas..." (Sergio Bova). Desde el punto de vista técnico –militar las Fuerzas Armadas están organizadas para las tareas que institucionalmente les están encomendadas: maximizar el potencial bélico ofensivo y defensivo, para la mejor relación gastos– calidad del equipamiento, y para la más estrecha y funcional integración de los grupos, y para ello se dividen en Armas y "servicios".

Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública integradas por Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, se estructuran en cuerpos militar –policiales y policiales dirigidos a la prevención y represión del delito, denominadas tradicionalmente policía administrativa y policía judicial. La policía administrativa se ocupa de "hacer efectivos los límites y las prohibiciones impuestas por la ley a la libertad de los ciudadanos y de los grupos sociales y la de derogar, en el caso de prohibiciones no absolutas, los mismos a través de las autorizaciones"; desdoblándose en especializaciones operativas: policía de seguridad, policía tributaria– aduanera, policía veterinaria, policía sanitaria, policía marítima, policía de caminos, policía ferroviaria, policía local, policía mortuoria , entre otras. A Carabineros de Chile corresponde la policía de seguridad, es decir, la salvaguardia de la seguridad pública y del orden público. En cambio, la policía judicial es la actividad de cuerpos profesiona-

---

Idem de provecho es la consulta a José Luis Cea E.: "El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica", edit. U. Austral, 1999. Pág. 240 y ss.
Idem de provecho es la consulta a Carlos Portales y otros: "Estado y Fuerzas Armadas", Flacso, 1982, en especial págs. 21-28.

les en la "averiguación de los delitos, su represión para impedir la prosecución, la seguridad de las pruebas y de las personas indicadas a la autoridad judicial y todas las investigaciones que esta última considere necesarias y útiles para el desarrollo del proceso" (Sergio Bova). A Policía de Investigaciones le corresponde la policía judicial, aunque la línea de prevención y represión de los delitos puede resultar sinuosa en la práctica.

En lo relativo a los fines – funciones de las Fuerzas Armadas— es menester hacer un breve excursus. La "defensa de la patria" es la finalidad tradicional de los cuerpos armados, y consiste en la defensa del territorio frente a agresiones externas y la defensa de las instituciones que garantizan el funcionamiento y la vida democrática del Estado aun de agresiones internas, en suma defensa del Estado (defensa extraordinaria en estados de excepción y defensa ordinaria en los casos de actos electorales y plebiscitarios). También la "defensa de la patria" puede importar la conquista de territorios considerados como parte de la "patria" o necesarios para el desarrollo económico de una nación, que engarza con una concepción ofensiva de la "defensa". Finalmente, en el marco de la finalidad tradicional de "defensa de la patria", cabe la alfabetización de los reclutas y la formación de una ideología nacional, servicios no directamente militares, pero que importan un refuerzo de la concepción moderna de las Fuerzas Armadas como "nación en armas". (Sergio Bova: "Fuerzas Armadas" y "Policía" en "Diccionario de Política" dirigido por N. Bobbio y N. Matteucci, 3 vol., Siglo XXI Editores, 5 Edic., México, 1987).

Los fines o funciones de las Fuerzas Armadas: "defensa de la patria", esencialidad para la seguridad nacional y garantía del "orden institucional", sitúa a los cuerpos armados ante dos misiones: la defensa del Estado y la defensa de las instituciones (R. Bielsa). Pero, las Fuerzas Armadas son órganos de la Administración del Estado (burocracia militar), y no un poder; por lo que en la defensa del Estado y de sus instituciones, los cuerpos no tienen "ninguna potestad política para considerar lo que debe defender o combatir, para apreciar subjetivamente los móviles, dirección y oportunidad de su acción"; pues tales cuerpos están sometidos a un principio de legalidad sustantivo y a principios propios de una organización burocrática que reconoce un jerarca político. (Bielsa, R.: "Caracteres Jurídicos y Políticos del Ejército en la Constitución", en "Estudios de Derecho Público", tomo III, Ed. Arayu – Depalma, Buenos Aires, 1952, págs. 231-249).

La definición básica de la posición constitucional de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, como órgános de la Administración del Estado, y no como poder político, resulta de una definición histórica de los cuerpos armados (burocracia militar y policial) del Estado moderno absolutista y democrático liberal: la supremacía del poder civil. En el Estado de Derecho, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública tienen instrumentalmente las armas o fuerza legítima para los fines o funciones que el poder político determine, y para asegurar ello se han empleado dos procedimientos: el "acantonamiento territorial" y el "acantonamiento jurídico" de los cuerpos armados. (Hauriou, A.: "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", 2 Ed., Edit. Ariel S.A. Barcelona 1980, p. 145 y ss.).

El "acantonamiento territorial" de las Fuerzas Armadas consiste en "distinguir entre territorios civiles, cuya autoridad pertenece a Magistrados civiles, y territorios militares, cuya autoridad corresponde a jefes militares". (Hauriou). Tipos de "acantonamiento territorial" se producen bajo estados de excepción constitucional para "todo o parte del territorio" o "zona afectada" (estado de asamblea, estado de sitio, estado de emergencia y estado de catástrofe, según lo prevenido en artículo 40 N° 1°, 2°, 3° y 4° de la Constitución y artículos 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7° de la Ley N° 18415), y también en la fijación por ley de las fuerzas de aire, mar y tierra que han de mantenerse en tiempo de paz o de guerra (art. 60 N° 13 C.P.R.), y su disposición por el Presidente de la República (art. 32 N° 19 C.P.R.). El "acantonamiento jurídico", tiene como supuesto la cohabitación sobre un mismo territorio del poder civil y de las Fuerzas Armadas, esta última dotadas del "poder" de las armas; por lo que la supremacía del poder civil se logra mediante ciertos recaudos, a saber: exclusión del poder de policía, o apoliticismo–neutralidad de los cuerpos armados—; exclusión del poder de policía sobre población civil excepto en actos electorales y plebiscitarios (art. 18 inciso segundo C.P.R. y Título VI, Ley N° 18.700) y bajo estados de excepción referidos; subordinación a los órganos políticos centrales y periféricos (v. gr. Gobierno Interior y Ministerio de Defensa Nacional); prerrogativas de naturaleza militar del Jefe de Estado (art. 32 N° 18°, N° 19, N° 20, y N° 21 C.P.R.), entre otros recaudos.

Sin embargo, no debemos dejar pasar a modo de comentario general que las funciones de las Fuerzas Armadas: defensa de la patria, esencialidad para la seguridad nacional y garantía del "orden institucional" de la República (art. 90 inciso segundo C.P.R.), son funciones

instrumentales o derivadas, en la medida que los cuerpos insertos en la Administración militar del Estado, dependen del mando político-estratégico del Presidente de la República y el Ministerio de Defensa Nacional.

Ciertamente, las funciones relativas a seguridad nacional y garantía del orden institucional, se encuentran en tensión dialéctica con la instrumentalidad y subordinación de los cuerpos armados al poder político; y en esa medida son funciones ajenas a nuestro constitucionalismo liberal y social. En este orden de ideas, la función de las Fuerzas Armadas de esencialidad para la seguridad nacional, incorporan un concepto ideológico (doctrina de la seguridad nacional) de talante autoritario, inconciliable con el principio democrático que conforma nuestro Estado. En palabras de Jorge Reinaldo Vanossi: "La llamada doctrina de la "seguridad nacional" es la nueva versión de la doctrina de la "razón de Estado", desde el momento en que —ambos supuestos— se oponen a la realización del principio de la soberanía popular" (...). La doctrina de seguridad nacional es "nada más y nada menos que la presentación ideológica-jurídica de la tesis opuesta a la soberanía popular" (Vanossi), ya que vale en el orden interno como una cláusula excusatoria del acatamiento jurídico de los cuerpos a los órganos de representación popular, sea reemplazándolos, apartándose o condicionando sus condiciones, y en orden internacional es una cláusula justificativa de intervenciones en política interna [4].

En cuanto a la función de garantía del orden institucional de la República, puede erigirse en una cláusula de defensa de la Constitución o garantía política de ésta, inaceptable en el marco del Estado de Derecho. Además, esta función puede dar pie a configurar el estatuto de las Fuerzas Armadas, y de la función pública militar como una garantía institucional, concepto ajeno a nuestro ordenamiento jurídico fundamental [5].

---

4. *Vanossi, Jorge R.A.:* "El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social", Eudeba, Buenos Aires, edic. corregida y aumentada, 1987, Pág. 478.
Iidem Ballbe, Manuel: "Orden Público y Militarismo en la España Constitucional", Alianza Editorial S.A., Madrid, 1983. Pág. 463.
Idem. En el enfoque institucionalista que no compartimos se sitúa D. López Garrido: "La Posición Constitucional de las Fuerzas Armadas", Revista de Administración Pública N° 100-102, 1983, CEC, Madrid, págs. 949-971.

5. *Blanco Valdés, Roberto:* "La Ordenación Constitucional de la Defensa", Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1988.

En el contexto español Manuel Ballbe, comentando la misión de las Fuerzas Armadas de defensa del ordenamiento constitucional señala: "En otras palabras, las Fuerzas Armadas pueden y deben intervenir en la defensa del ordenamiento constitucional, bajo las directrices del Gobierno no cuando se ponga en peligro algún aspecto parcial o concreto del "orden" constitucional, sino cuando esté en peligro el "ordenamiento", es decir, el conjunto del sistema institucional normativo" (Ballbe). Es una misión o función instrumental, pues se trata de defender el ordenamiento y no de abolirlo, lo que redunda en un "acantonamiento jurídico" de los cuerpos, no para reforzar las tendencias corporativas propias de los cuerpos, sino para que su apoliticismo —neutralidad— lo sea respecto de partidos e ideologías determinadas, aunque no con la ideología de la democracia constitucional y su expresión jurídica el Estado de Derecho, a la que deben fidelidad; porque no son tales cuerpos sino la "nación en armas". (V. gr. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de Mayo de 1975, relativa al deber de fidelidad de los funcionarios).

En este contexto no hay duda que las novísimas funciones sumariamente comentadas tienen su origen en la componente autoritaria del techo ideológico de la Constitución; por lo que desde un punto de vista de constitutione ferenda es deseable su reformulación quedando integradas en la función de "defensa de la patria", o simplemente la supresión de tales novísimas funciones.

II. APOLITICISMO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA

En nuestro constitucionalismo liberal del siglo pasado se recepciona la configuración constitucional de la "fuerza pública" contenida en la Constitución francesa de 1791 que caracteriza a los cuerpos armados como institutos "esencialmente obedientes" y que "no pueden deliberar" (Título IV, art. 12); formulación hoy clásica y que pasa a nuestras constituciones históricas. Probablemente, el principio monárquico que en el marco del Estado absolutista exigía obediencia de los cuerpos armados profesionales al Rey, se transmuta con el principio democrático en la obediencia de dichos cuerpos al Presidente de la República en el contexto de un régimen presidencial, como ocurrió en los Estados

Unidos, y que tiene modalidades específicas (Parlamento-Gobierno) en el parlamentarismo inglés y francés (G. de Vergottini) [6].

Un ilustre constitucionalista liberal del siglo XIX, prematuramente perdido para la ciencia, Manuel Carrasco Albano comentando los arts. 157-160 de la Constitución de 1833, en especial la prohibición de los cuerpos armados de deliberar, señala: "Si la fuerza pública pudiera deliberar i obrar de propia autoridad, si se convirtieren en guardias pretorianos que pretendieren imponer su voluntad a los primeros mandatarios de la Nación, la Constitución sería un fantasma, el orden político una farsa i las garantías individuales que aquélla nos asegura una mera sombra" [7].

En este cuadro cabe recoger de modo sumario un comentario a la jurisprudencia constitucional y administrativa que versa sobre las "elecciones primarias" y la eventual participación de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública; en que la actualización del apoliticismo-neutralidad de la burocracia militar y militar-policial se inserta como recaudo propio del procedimiento de "acantonamiento jurídico" de los cuerpos armados.

A) *DOCTRINA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL*

En relación a la jurisprudencia constitucional es ilustrativa la sentencia dèl Tribunal Constitucional (S.T.C) Rol N° 279, de 6 de Octubre de 1998, que acoge requerimiento de inconstitucionalidad total del proyecto de ley que establece un sistema de elecciones primarias para determinar el candidato a la Presidencia de la República.

Cabe señalar que el fallo del Tribunal en voto de mayoría asentó la doctrina jurisprudencial siguiente:

"19°. Que, por *votación popular* debe entenderse, aquel acto en que se convoca al pueblo como sinónimo de cuerpo electoral organizado, para pro-

---

6. *Vergottini, G. de:* "La Supremacía del poder civil...", ob. cit. El notable I. De Otto señala que el poder militar del Rey es el último bastión de la división de poderes; pudiendo ser un factor político de intervención o de neutralización. En "El Mando Supremo de las Fuerzas Armadas", Revista Española de Derecho Constitucional N° 23, 1988, págs. 14-15.

7. *Carrasco Albano, Manuel:* "Comentario sobre la Constitución Política", de 1833, 2ª edic., Imprenta Librería del Mercurio, Stgo., 1874, pág. 194.

nunciarse sobre un asunto de interés general para la colectividad, sea a nivel nacional o local, pudiendo dicho logro asumir las más variadas formas, tales como elección de gobernantes, plebiscitos de reforma constitucional, plebiscitos municipales, consultas nacionales o locales, sean éstas vinculantes o no, revocación de actos de los órganos del Estado o destitución de sus titulares y, en fin, selección de candidatos para postular a los cargos de elección popular;

20°. Que este concepto amplio, y abierto en cuanto a las distintas figuras jurídicas a través de las cuales el pueblo puede participar en asuntos de interés general, es el que mejor se aviene con el sentido de la norma, con la debida correspondencia y armonía que ha de tener con otros preceptos de la Carta, con su finalidad y, además, con la voluntad del Poder Constituyente derivado expresada en la reciente reforma constitucional aludida de 1997;

21°. Que, determinado el concepto de votación popular, para estos efectos, resulta claro que las elecciones destinadas a elegir el candidato a la Presidencia de la República contempladas en el proyecto impugnado por el requerimiento, constituyen *votaciones populares, pero no se encuentran entre aquellas expresamente autorizadas en la Carta Fundamental* y, por ende, dicho proyecto vulnera derechamente el artículo 15, inciso segundo, de la Constitución Política, pues este precepto, de manera expresa y categórica, sólo permite llamar a votación popular para las elecciones y plebiscitos (hoy en día, además, consultas municipales no vinculantes) expresamente previstos en ella, según se pasa a demostrar en los considerandos siguientes:

23°. Que una evaluación reflexiva y razonada de las elecciones primarias para elegir candidatos a la Presidencia de la República determinadas precedentemente, a la luz de lo expresado en los considerandos 19 y 20° de esta sentencia, demuestra que ellas constituyen, en su esencia, votaciones populares, por las siguientes razones:

1) Porque participa el pueblo constituido en cuerpo electoral organizado, pues en este proceso son electores los ciudadanos y extranjeros inscritos en los Registros Electorales, esto es, las personas que en nuestro ordenamiento constitucional tienen derecho a sufragio y cuya suma constituye dicho universo electoral;

2) Porque la manifestación de la voluntad del pueblo, en este acto, indudablemente, es sobre una materia de interés para la colectividad toda, habida consideración de su enorme trascendencia para la vida del país, pues quien resulte elegido se considerará candidato a la elección de Presidente de la República, entendiéndose inscrito por el solo ministerio de la ley para tales efectos. Precisamente, por la gran importancia que tienen las primarias para todos los chilenos es que, de acuerdo al propio proyecto, el gasto que significa su establecimiento se financia con cargo al presupuesto del Ministerio del Interior y de Tesoro Público. Tal financiamiento no resultaría justificado si no fuera, precisamente, porque el proyecto comparte la idea de la trascendencia nacional de las primarias, y

3) Porque ellas constituyen una de las distintas formas especiales o figuras jurídicas específicas que puede asumir una votación popular y que, a vía ejemplar, se describieron en el considerando 19° de este fallo".

A modo de comentario crítico cabe consignar los siguientes alcances:

1. La S.T.C. circunscribe el contencioso constitucional a "decidir si el proyecto de ley para elegir candidatos a la Presidencia de la República infringe o no el art. 15, inciso segundo de la Constitución"; es decir el alcance de concepto de *votación popular.*

2. La S.T.C. reconoce como reglas hermenéuticas la teleológica o sistémica y la regla de utilidad (cons. 3°), por lo que deduce que votaciones populares son aquellas elecciones y plebiscitos expresamente previstos en la Constitución (art. 15).

3. La S.T.C. paradójicamente desestima "dar conceptos doctrinarios" acerca de votación popular, por la ligazón del concepto a las realidades empíricas o "históricas".

Sin embargo, el propio Tribunal, en contradicción con las reglas de interpretación constitucional reconocidas en el cons. 3°, utiliza la regla gramatical o literal (cons. 9°) y la regla de definición técnica (cons. 10°, 11°), e incluso deduce de estas reglas un concepto amplio de votación popular (cons. 3°). Concluye su argumentación el Tribunal utilizando la historia fidedigna del precepto (art. 15), desestimando precisamente la misma regla y argumentación empleada por quienes defendieron la constitucionalidad del proyecto, que citaron las opiniones de los comisionados Guzmán y Silva en la CENC. En contradicción con el cons. 8° la S.T.C. en su cons. 19° recoge una definición doctrinaria, anclada en Informe en Derecho elaborado por el prof. Raúl Bertelsen. De este modo, el concepto "amplio y abierto" de las distintas figuras jurídicas de participación popular, es para el Tribunal "el que mejor se aviene con el sentido de la norma..." referida a "votaciones populares".

4. Para la S.T.C. el concepto de votación popular es un género que comprende las elecciones primarias, las que no están expresamente previstas en la Constitución, por lo que el proyecto adolece de inconstitucionalidad total (cons. 21° y ss.).

De todos los argumentos recogidos en el cons. 23° ninguno pasa el examen doctrinal y lógico como lo insinúa el voto disidente suscrito por el Ministro Sr. Mario Verdugo M.

Incluso más el hilo argumental del Tribunal que define las elecciones primarias como votaciones populares, por las razones siguientes: cuerpo electoral organizado, manifestación de voluntad sobre asuntos de interés colectivo, financiación pública; nos lleva también, al absurdo de entender como votación popular toda elección masiva al inte-

rior de un partido político o de un pacto de partidos. En este esquema incluso una primaria convencional puede ser estimada ilegítima por constituir votación popular. En este orden de ideas, es un argumento a fortiori el del cons. 25° que acepta el sufragio obligatorio y facultativo.

5. Finalmente, el argumento de la S.T.C. en orden a que la consulta popular y el plebiscito comunal han requerido reforma constitucional (años 1989 y 1997), lo que se exigiría también para elección primaria (cons. 30°, 31° y 32°); es un argumento que adolece de circularidad, ya que presupone definir la elección primaria como votación popular, y en ese entendido es inteligible el argumento.

6. Por último, la sentencia del Tribunal nos lleva a reiterar una crítica política a este órgano, a mi juicio en dos coordenadas: la consabida integración del Tribunal, alejada de los órganos de representación política y burocratizada (por integración judicial y designación del Consejo de Seguridad Nacional); y la recurrente actitud política del Tribunal en orden a cercenar la discrecionalidad del Poder Legislativo, por cierto encuadrada en la Constitución, pero no encuadrada por la voluntad de un guardián de la Constitución, que obra como un verdadero custodio (el "perro guardián" de que hablan los franceses para referirse a su Consejo Constitucional) de este poder del Estado. En este contexto el Tribunal Constitucional parece más un órgano de justicia política que de jurisdicción constitucional, ya que es típico de los órganos jurisdiccionales la autolimitación de su poder (self restraint), siendo deferentes con las decisiones políticas de los demás poderes públicos, a menos que el acto estatal reprochado de inconstitucionalidad adolezca de vicios de forma, materia o competencia irredargüibles, que lo transforme en ilegítimo. Para ello el Tribunal utiliza reglas hermenéuticas, para una interpretación constitucional políticamente coherente, y en este caso el Tribunal declara aplicar unas reglas (teleológico-sistémica o finalista) pero aplica otras propias de la hermenéutica legal privatista (regla gramatical, técnica, histórica y lógica), por lo que el producto interpretativo recogido en la sentencia es contradictorio. Este tipo de argumentación del Tribunal es propio de la justicia política, en que predominan pautas ideológico-constitucionales determinadas.

En consecuencia parece prudente criticar al Tribunal por estos dos órdenes de motivos, dejando en evidencia las contradicciones internas de un Tribunal que debe interpretar la Constitución (interpretar, razonar e integrar) como órgano jurisdictor de control jurídico, y no como un órgano político.

Por otra parte, de aceptarse la doctrina jurisprudencial del Tribunal es forzoso colegir que las elecciones primarias son "votaciones populares", por lo que la participación en estos procesos electorales de los miembros de cuerpos armados, no se encontraría en tensión dialéctica con el apoliticismo exigido a estos cuerpos, como recaudo propio del procedimiento de "acantonamiento jurídico".

B) *DOCTRINA DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA*

En el campo de la jurisprudencia administrativa recientemente el Contralor General de la República instruyó a los funcionarios de la Administración del Estado acerca de su eventual participación en procesos electorales. En lo atingente a la Administración civil, militar y militar-policial la Instrucción (Of. 017161) del Contralor dispone:

"De lo anterior se desprende que en el desempeño de la función pública, los empleados regidos por dichos cuerpos legales, cualquiera sea su jerarquía, están impedidos de realizar actividades de carácter contingente y, en tal virtud v.gr. no pueden hacer proselitismo o propaganda política, apoyar candidaturas políticas, promover o intervenir en campañas o participar en reuniones o proclamaciones para tales fines, ejercer coacción sobre los empleados o los administrados con el mismo objeto y, en general, valerse de la autoridad o cargo para favorecer o perjudicar, por cualquier medio, tendencias o partidos políticos.

En razón de iguales fundamentos es también ilícito usar para los indicados propósitos, los recursos públicos y, asimismo, los bienes fiscales, municipales o de otras entidades estatales, tal como se precisa en el párrafo II de estas instrucciones.

Por el contrario, tratándose de actividades desarrolladas al margen del desempeño del cargo, el empleado en su calidad de ciudadano, *se encuentra plenamente habilitado para ejercer los derechos políticos consagrados en el artículo 13 de la Carta Fundamental,* pudiendo emitir libremente sus opiniones en materias políticas y realizar actividades de esta naturaleza, sin perjuicio de la prohibición que, sobre esta materia, afecta al personal del Servicio Electoral, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 97 y 18 de las leyes N°s. 18.556 y 18.603, respectivamente.

En cuanto al *personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros,* cabe advertir que de acuerdo con lo prescrito en el inciso final del artículo 90 de la Carta Fundamental, dichas instituciones, "como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes".

Asimismo, el artículo 2° de la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, además de reiterar lo señalado en aquél, expresamente establece que el personal que integra las Fuerzas Armadas *no podrá pertenecer a partidos políticos,* prohibición que en idénticos términos se contempla en

el artículo 2º de la ley Nº 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, en lo que respecta al personal de este organismo. El mismo criterio se contiene en el referido artículo 18 de la ley Nº 18.603.

En armonía con lo anterior, el decreto Nº 1.445, de 1951, de la Subsecretaría de Guerra, que contiene el Reglamento de Disciplina del Ejército y la Fuerza Aérea de Chile, expresamente dispone en su artículo 28 que "el militar no debe mezclarse en política. Se le prohíbe pertenecer a asociaciones de carácter político y concurrir a actos de esta índole", agregando en su artículo 76, Nº 2, que son faltas contra la disciplina, entre otras, participar en política o en manifestaciones o reuniones de esta naturaleza.

Similares disposiciones se contemplan en los reglamentos de disciplina de la Armada, de Carabineros y de la Política de Investigaciones, contenidos en los decretos Nºs. 1.232, de 1986, de la Subsecretaría de Marina, 900, de 1967, y 6.778, de 1961, ambos del Ministerio del Interior.

De las normas que se han consignado precedentemente, y tal como lo ha precisado esta Contraloría General a través de los dictámenes Nºs. 24.350, de 1988 y 24.886, de 1995, aparece de manifiesto que los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, cualquiera sea su jerarquía, sólo pueden ejercer el derecho a sufragio en aquellas elecciones que legal y constitucionalmente se encuentran establecidas, ya que están sometidos, en la materia en examen, *a un estricto régimen de prohibiciones y deberes, que los obliga a observar una absoluta prescindencia política y a abstenerse de toda actividad de carácter político partidista, tanto en el desempeño de sus cargos como fuera del servicio".*

Resulta una paradoja que la doctrina administrativa recogida en la Instrucción de la Contraloría General de la República guarden una coincidencia de fondo con la disidencia del Ministro Sr. Mario Verdugo M., recogida en la S.T.C. Rol Nº 279, recaída en proyecto de ley de "elecciones primarias". En efecto el disidente sostiene que las "elecciones primarias" constituyen un *acto político partidista interna corporis, por lo que no se trata de una votación popular.* En lo atingente la disidencia señala:

"Tercero. Que el efecto natural y directo que originan las votaciones populares no es otro que asignar la titularidad de los cargos en disputa a los candidatos que sean proclamados electos por el Tribunal Calificador correspondiente.

Los efectos de las elecciones primarias son del todo diferentes: "el candidato elegido se considerará como candidato a la elección de Presidente de la República, entendiéndose inscrito por el solo ministerio de la ley, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 de la ley Nº 18.700" (artículo 67, inciso segundo, del proyecto);

Cuarto. Que en lo tocante a sus características, las diferencias entre ambos procedimientos no son menores:

a) En las votaciones populares para los ciudadanos el sufragio es obligatorio (artículo 15 de la Constitución); para las primarias, en cambio: "El sufragio en las elecciones primarias será voluntario" (artículo 37, inciso segundo).

b) En las votaciones populares la convocatoria comprende todo el cuerpo electoral. Por el contrario, en las primarias el llamado no es universal : se exceptúa a "los afiliados a los partidos políticos que no integran el o los pactos que se someten a la respectiva elección primaria" (artículo 37, inciso primero);

Quinto: Que en lo que atañe a los fines que procuran cumplir uno y otro procedimiento, también es posible advertir diferencias sustanciales: con las votaciones populares que prevé la Carta Fundamental se persigue hacer viable la democracia representativa proveyendo los cargos de elección popular.

Las elecciones primarias, por su parte, procuran perfeccionar el régimen democrático en lo que dice relación a la designación de candidatos, al otorgar a los ciudadanos una mayor participación en la etapa pre-electoral;

Sexto. Que, en síntesis, por ser las elecciones primarias propuestas por el proyecto un procedimiento para seleccionar candidatos, con la concurrencia voluntaria de un segmento del cuerpo electoral y con el fin de dar mayor legitimidad a la representación democrática, no es posible asimilarlas a las votaciones populares que, con carácter excluyente, menciona el inciso segundo del citado artículo 15 de la Carta Fundamental".

De este modo, resulta forzoso colegir que la doctrina implícita en la disidencia comentada, lleva a excluir a los miembros de la burocracia militar y policial de las elecciones "primarias" por tratarse de un acto político partidista interna corporis, y no de una "votación popular" de las contempladas en la Constitución.

En consecuencia, las "elecciones primarias" que sin estatuto legal se configuran como procedimiento convencional del pacto de partidos (Concertación de Partidos por la Democracia), quedan definidas en la doctrina jurisprudencial administrativa y en la disidencia referida como un acto político partidista interna corporis, por lo que la Contraloría General de la República concluye que al personal de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública le está vedado este tipo de participación política encuadrable en la prohibición de "deliberar" (apoliticismo) que empece a los cuerpos armados [8], y que es coherente con el

---

8. *Silva Bascuñán, Alejandro:* "Tratado de Derecho Constitucional" (3 vols), Edit. jurídica, Stgo., 1963, Tomo II, págs. 342-347.

estatuto legal-reglamentario de la función pública militar y militar-policial.

III. A MODO DE CONCLUSION

En suma, el personal de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, en razón de la posición constitucional de los cuerpos armados, tienen vedado por la función pública militar y policial-militar que ejercen y su régimen estatutario, participar en "elecciones primaria" concordadas por el pacto de partidos (Concertación de Partidos por la Democracia), constituyendo esta exclusión o prohibición un recaudo de apoliticismo–neutralidad propio de "acantonamiento jurídico" de los cuerpos armados. A mayor abundamiento, es menester recoger algunas conclusiones en la materia, a saber:

1. En el proceso de constitucionalidad seguido ante el Tribunal Constitucional en que se impugnó el proyecto de ley que reglamentaba las primarias, la Concertación de Partidos por la Democracia, en su presentación sostuvo, al igual que el Presidente de la República, que las "elecciones primarias" no constituían una votación popular a la que se refiere el art. 15 de la Constitución Política de la República, por lo que instituirlas no requería reforma constitucional. Sabido es que el Tribunal Constitucional, en fallo de mayoría, acogió la acción impugnatoria de la oposición parlamentaria.

2. Con todo, la reciente jurisprudencia administrativa que entronca con la disidencia del fallo del Tribunal Constitucional antes comentado, permiten sostener que las "elecciones primarias" constituyen un procedimiento o acto interna corporis de los partidos políticos como asociaciones reconocidas por la Constitución (Art. 19 Nº 15 C.P.R.); más aún se trata de un procedimiento que asegura "una efectiva democracia interna". Luego, la regulación legal frustrada por la declaración de inconstitucionalidad de las "elecciones primarias", sólo tenía como fuente el soporte estatal y financiero, y la obligatoriedad de sus efectos para los partidos del pacto.

3. En consecuencia, la materia sumariamente comentada debe abordarse a partir de esclarecer dos temas doctrinarios previos. Un primer tema concierne a la posición o estatus de las personas frente al Estado, y un segundo tema es la naturaleza burocrática de los cuerpos armados. Sobre el primer tema el jurista alemán de la era guillermina Georg Jellinek enumera los siguientes estatus: *estatus de libertad (fuente*

de los derechos civiles), estatus de ciudadanía activa y pasiva (fuente de los derechos políticos) y estatus de sujeción (fuente de los deberes constitucionales y de las relaciones de supremacía o sujeción). Esto significa que frente al Estado la persona es sujeto de derechos, ciudadano, y súbdito [9].

El estatus de sujeción propio de los nacionales de un Estado en cuanto súbditos de éste, admite diversas gradaciones que van desde deberes generales de obediencia al derecho hasta relaciones de supremacía especial. Precisamente los funcionarios públicos de la burocracia civil y de la burocracia militar y militar-policial, se encuentran sometidos a un estatus de sujeción intenso, ya que la función pública que ejercen se rige por estatutos administrativos y militares-policiales, que reglan el empleo público fijando derechos, deberes, prohibiciones, y reglas sobre remuneraciones, previsión y salud especiales.

En particular tratándose de la burocracia militar y militar-policial la función pública se encuentra sometida a los principios contenidos en la Constitución vigente, y a las reglas de las leyes orgánicas constitucionales (Ley Nº 18.948 de Fuerzas Armadas y Ley Nº 18.961 de Carabineros de Chile), leyes ordinarias (D.L. Nº 2.460, de 1979 orgánica de Policía de Investigaciones), y equivalentes de ley estatutarios (D.F.L. Nº 1, de 1968, de D.F.L. Nº 1, de 1997, de Guerra, que fija estatuto del personal de las Fuerzas Armadas; D.F.L. Nº 2, de 1968, D.S. Nº 412, de.1991, de Carabineros, que fija el estatuto del personal de Carabineros de Chile, y D.F.L. Nº 1, de 1980, que fija el estatuto del personal de Policía de Investigaciones de Chile).

De este complejo legal, a lo que se suma los Reglamentos de Disciplina internos (D.S. Nº 1.445, de 1951, de la Subsecretaría de Guerra, que contiene el Reglamento de Disciplina del Ejército y la Fuerza Aérea; D.S. Nº 1.232, de 1986, Subsecretaría de Marina, que fija el Reglamento de Disciplina de la Armada; D.S. Nº 900, de 1967 y Nº 6.778, de 1961, del Ministerio del Interior que fija los Reglamentos de Carabineros y Policía de Investigaciones), se configura un estatuto de sujeción del personal de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, que descansa en los principios siguientes:

---

9. *Jellinek, Georg:* "System der subjektiven öffentlichen Rechte", consultamos traducción italiana bajo el título "Sistema di diritti pubblici subbiettivi", Roma, 1912. Del autor la obra general, con valioso prólogo de Fernando de los Ríos, "Teoría General del Estado", Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970.

3.1. Las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) son cuerpos armados que existen para la defensa de la patria, seguridad nacional y garantía del orden institucional. Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones) son cuerpos policiales (militar-policial el primero y policial profesional, técnico y científico el segundo) que constituyen la fuerza pública, existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior. Carabineros de Chile también concurre a la función de garantía del orden institucional (art. 90 C.P.R.).

3.2. Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados son esencialmente obedientes y no deliberantes y además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas (principios estos últimos que informan también el estatuto de Policía de Investigaciones). De esta suerte, el estatuto de la función pública militar y militar-policial se erige en recaudo central del "acantonamiento jurídico" de los cuerpos armados.

3.3. Consecuencialmente, el personal de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública se encuentra sometido a un estatuto de sujeción, que de modo legítimo le impone deberes y prohibiciones particulares a la función pública militar y militar-policial, entre las cuales se cuentan la prohibición de participar en actividades políticas y de partidos (por ejemplo: Reglamento de Disciplina de Carabineros, Art. 22 N° 6; Estatuto del Personal de Policía de Investigaciones, Art. 118 en concordancia con Art. 21 del D.L. N° 2.460, de 1979, y Art. 323 N°s. 1, 2, 3 del Código Orgánico de Tribunales; y Reglamentos de Disciplina de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas antes citados).

3.4. Debe destacarse que estas prohibiciones se aplican a todas las categorías de funcionarios, de planta, contrata y honorarios, de nombramiento supremo e institucional, que pertenezca a la función pública o a servicios auxiliares.

3.5. Ciertamente, el personal de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, están constituidos por nacionales y ciudadanos, por lo que tienen asegurado el ejercicio de los derechos civiles y políticos que la Constitución consagra, con algunas sensibles limitaciones en materia de derecho de asociación, reunión y petición [10].

Sin embargo, en la medida que estos ciudadanos integran la burocracia militar y militar-policial, se encuentran sometidos a un estatus

---

10. *Vgr.* la sentencia de la Corte Marcial de 18 de Abril de 1956, referida a organización denominada "Línea Recta".

de sujeción especial, que le impone como deberes la prescindencia política y la no participación en actividades político-partidista; lo que ha sido confirmado por la Contraloría General de la República (dictámenes 24.350, de 1988 y 24.886, de 1995). Ello configura el acendrado apoliticismo –neutralidad de los cuerpos armados—, como recaudo de su "acantonamiento jurídico" y supremacía del poder civil.

3.6. Del modo expuesto, la infracción de prohibiciones y deberes es causal de término del empleo público, que en los estatutos especiales se denomina "retiro absoluto".

4. En cuanto al segundo tema doctrinal y en términos de Max Weber la burocracia civil y la burocracia militar y militar-policial, en un Estado de Derecho (dominación legal-racional), debe estar constituida por funcionarios que merced a un estatuto legal especial sean neutrales —apolíticos—, ya que siendo la componente instrumental del monopolio legítimo de la fuerza, deben obediencia al poder político y a sus órganos de origen representativo [11].

Nuestra burocracia civil sigue débilmente el modelo burocrático francés y nuestra burocracia militar (Ejército al menos) el modelo burocrático prusiano, que son la fuente analítica de Weber.

En un Estado de Derecho las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública tienen de modo instrumental el monopolio de la fuerza legítima; por lo cual se la desposee de todo poder político. Incardinada a esta idea está la neutralidad y apoliticidad partidista exigida al personal de los cuerpos armados y policiales.

5. También los constituyentes históricos en Chile siguiendo el paradigma de la Constitución gala de 1791, se hacen cargo de los principios del estatuto de sujeción de las Fuerzas Armadas; a saber la Constitución de 1822 señala que las milicias son cuerpos disciplinados (art. 235-242); la Constitución de 1823 señala que la fuerza pública es "esencialmente obediente" y ningún cuerpo armado puede "deliberar" (art. 226); la Constitución liberal de 1828 señala que la Fuerza Armada está sometida a un régimen de disciplina, y la Constitución de 1833 dispone que "la fuerza pública" es "esencialmente obediente" y ningún cuerpo armado puede "deliberar" (art. 157). Por último, la Constitución de

---

11. *Weber, Max:* "Economía y Sociedad" (trad. J. Medina E.), 2ª edic, 7ª impres., FCE, México D.F., 1984, pág. 170, ss, 706 y ss., 1.056 y ss.

1925 dispone que la fuerza pública es "esencialmente obediente" y ningún cuerpo armado puede deliberar.(art.22) [12].

Consecuencialmente, sin solución de continuidad nuestro constituyente también somete a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública a principios rectores de su función pública, como son los tradicionales principios de obediencia y no deliberancia (jerarquía, neutralidad y apoliticidad).

6. En suma, el personal de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, sólo pueden ejercer el derecho de sufragio en votaciones populares previstas expresamente por la Constitución, precisamente por ser "nación en armas". Las elecciones primarias no configuran una "votación popular" de las previstas en la Constitución, sino un procedimiento o acto interna corporis de un pacto de partidos, para garantizar una efectiva democracia interna en la generación de una candidatura presidencial.

Finalmente, es menester insistir en una idea recogida en la defensa de la constitucionalidad del proyecto de ley de primarias: la masividad de un proceso electoral como es la elección primaria no la transforma en votación popular, ya que no está destinada a generar de modo directo un órgano del Estado; sino es más bien un procedimiento interna corporis preparatorio de una elección general.

7. Para concluir, sólo cabe agregar que la definición de la posición constitucional (naturaleza jurídica y funciones de los cuerpos) de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y la configuración estatutaria legal-reglamentaria de la función pública militar, militar-policial, debe hacerse en el marco de la forma política (Estado Democrático), forma jurídico-política (Estado de Derecho) y tipo de gobierno (régimen presidencialista). Las contradicciones de la posición constitucional de los cuerpos armados con el Estado Democrático y el Estado de Derecho derivan del alcance de sus novísimas funciones: esencialidad para la seguridad nacional y garantía del orden institucional.

Sin embargo, los principios de la función pública militar y militar-policial, y de los cuerpos armados (obediencia, no deliberancia, profesionalización, jerarquización y disciplina) que tienden al "seccionalis-

---

12. *Valencia A. Luis:* "Anales de la República", edit. Andrés Bello, Tomo I y II, 2ª edic., Stgo. 1986.

mo" o desvinculación de los cuerpos de la sociedad civil, así como su acantonamiento territorial y jurídico, se traducen en su apoliticidad —neutralidad—, y pueden tener una eficacia dudosa como se ha planteado desde la ciencia política (S. Finer y J. Blondel) [13]. Pero, con todo son principios incardinados en la relación tradicional, que el liberalismo justifica entre Estado y poder político con los cuerpos armados.

Así, nuestra Constitución sin solución de continuidad histórica recoge estos principios, excluyendo toda posición constitucional que haga de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública órganos supremos del Estado, y recepcionando, con alguna contradicción derivada de las funciones de los cuerpos, a los institutos armados-policiales como órganos de Administración militar y militar-policial, que quedan insertos en la Administración del Estado (v.gr. art. 1° Ley N° 18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), y por tanto sometidos al plexo de potestades de jerarquía —tutela que el jerarca de la Administración posee—: el Presidente de la República (art. 24 C.P.R.).

La preeminencia civil (poder político) sobre los institutos armados-policiales, dada por la posición constitucional de éstos, no proviene de un "principio lógico absoluto", sino de una "opción política" (Vergottini) a favor de la preeminencia de la sociedad civil (pueblo) como titular de la soberanía (art. 5° C.P.R.) , en que el "poder de seguridad" o "poder militar" tiene una legitimidad instrumental propia de los burócratas. "Consecuencia —dice Vergottini— de ello es que la organización militar considerada como tecnoestructura administrativa especializada en el ejercicio de la violencia bélica, pero carente de poderes de decisión política" [14]. En buenas cuentas es el recaudo elemental

---

13. *Blondel, Jean:* "Introducción al Estudio Comparado de los Gobiernos", Edit. de Occidente, Madrid, 1972, pág. 469 y ss. Blondel señala como condiciones que favorecen la intervención militar en política las siguientes: "1. grado de profesionalismo militar, 2. grado de legitimidad del sistema político, 3. nivel de complejidad de la sociedad y 4. tensión entre la ideología militar y la ideología prevaleciente encarnada por el sistema político" (p. 473). También de utilidad se consulta a Samuel P. Huntington: "El orden político en las sociedades en cambio" (Trad. F. Mazia) Edit. Paidos, Buenos Asires, 1972, Cap. "Pretorianismo y decadencia política", págs. 175-235. Del mismo autor "El soldado y el Estado" Círculo Militar, Buenos Aires, 1958. Para una justificación de la intervención política H. Oehling: "La Función Política del Ejército" IEP, Madrid, 1967.

14. *Vergottini, G. de:* "La Supremacía del poder civil...", págs. 30-31.

frente al "pretorianismo" que observa Carrasco Albano en nuestro constitucionalismo.

Además, la preeminencia o supremacía civil sobre los cuerpos armados-policiales, engarza con el proceso de racionalización propio del Estado de Derecho, que le asigna a órganos políticos de representación las funciones de mando estratégico-político y de fijación de políticas de defensa en las que los cuerpos son "instancias técnico-administrativas dotadas de funciones de información, consulta y ejecución" (Vergottini).

En este contexto, la función pública militar, militar policial, sitúa al personal de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, ante un estatuto legal-reglamentario que impone legítimamente un intenso estatus de sujeción, que importa límites a los derechos políticos que emanan del estatus de ciudadanía; no referido al derecho de sufragio en votaciones populares (elecciones, plebiscitos, consultas), sino a derechos de reunión, petición y en especial de asociación política, para resguardar la apoliticidad —neutralidad de los cuerpos— en cuanto componentes burocráticos del Estado.

En este orden de ideas, un administrativista clásico como Otto Mayer inserta el estatuto de sujeción en el campo de "las obligaciones especiales" de servicio del Estado en virtud de la cual un súbdito "está forzado a prestar al Estado, con cierta abnegación personal, cierta especie de actividad". En la óptica mayeriana el estatuto de sujeción (servicio del Estado) incumbe a nacionales que tengan un especial vínculo de fidelidad con el Estado, como ente "abstracto"; y tratándose de la función pública el servicio profesional del Estado nace del consentimiento del obligado (funcionario), que precede al nombramiento; y que en definitiva justifica el poder jerárquico ejercido en nombre del Estado [15].

La doctrina de la jurisprudencia constitucional y administrativa comentada, con las observaciones críticas esbozadas, nos permiten concluir que los intérpretes orgánicos de la Constitución, caracterizan las "elecciones primarias" como "procesos políticos" de tipo electivo. A ello, cabe agregar la coincidencia de la jurisprudencia administrativa y de la disidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 279,

---

15. *Mayer Otto:* "Derecho Administrativo Alemán", edic. ARAYU, Buenos Aires, 1954, Tomo IV, pág. 3 y ss., y 65 y ss.

en orden que las "elecciones primarias" configuradas como actos políticos-eleccionarios interna corporis de un pacto de partidos, tienen una politicidad, que es inconciliable con la participación del personal de los cuerpos armados, de suyo sometidos a estatutos de su función pública que aseguran la apoliticidad y neutralidad de éstos en el Estado.

Del modo expuesto, la apoliticidad —neutralidad de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública—, unidas al poder de mando político-estratégico (política militar, dirección de la Administración militar, militar-policial, dirección de guerra y mando supremo)[16] por el Presidente de la República, son elementos del "acantonamiento territorial y jurídico" de los cuerpos, y de la necesaria supremacía del poder civil sobre el "poder militar", tan caros al Estado de Derecho y al régimen presidencialista[17]. Precisamente, un régimen presidencialista como el nuestro lastra mucho del principio monárquico, ya que el poder de mando político estratégico del Jefe de Estado y de Gobierno, deja un escaso ámbito al principio parlamentario, circunscrito al dominio legal (art. 60 N° 13, 14 y 15 C.P.R.) y al estado de sitio (art. 40 N° 2 y 50 N° 2 C.P.R.). De esta suerte, sólo el mando militar queda encomendado a militares profesionales, jerarcas en cada cuerpo o complejo de órganos administrativos, que se denominan "Comandante en Jefe" en Ejército, Armada y Fuerza Aérea (Ley N° 18.948 orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas, Título III del Mando, arts. 45-51) y "General Director" para Carabineros de Chile (Ley N° 18.961 orgánica constitucional de Carabineros de Chile, Título III, Párrafo 2°, arts. 50- 53).

En este cuadro, de mando político-estratégico del Presidente de la República y mando militar institucional, el Ministerio de Defensa Nacional es el órgano de colaboración del Jefe de Estado y de Gobierno en las políticas militares y en la adopción de decisiones político-militares; generándose una dependencia administrativa del Ministerio por

---

16. *Porras Nadales, Antonio:* "Ordenamiento de la Defensa , Poder Militar y Régimen Constitucional en España", REP N°, Madrid, 1983, págs. 183-234. Desde una aproximación politológica de la carrera militar y apoliticidad es de provecho el libro de Morris Janowitz "El Soldado Profesional" (Trad. A. Leal) Edit. OMEBA, Buenos Aires, 1967, en especial págs. 131-153.

17. Sin solución de continuidad nuestras Constituciones de 1828 y 1833, siguiendo a la Constitución de Cádiz de 1812, le otorgaron al Presidente de la República el "mando supremo" y el poder de "disponer de la fuerza armada".

los cuerpos armados y policiales a través de las Subsecretarías del ramo. (art. 90 C.P.R.).

Por lo anterior hemos dicho, aunque parezca una paradoja, en régimen presidencial el Jefe de Estado y de Gobierno es heredero de los poderes de mando y disposición de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, propias del principio monárquico de lo cual un buen ejemplo es la Constitución Prusiana de 1850 (art. 46-47) y la Constitución Imperial de 1871, que hacen del Jefe de Estado el "señor de la guerra"[18]. Continuando con la paradoja, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, en la arquitectura del Estado Moderno no ocupan el vértice de organización, sino sólo su base en cuanto órganos administrativos.

Antes de finalizar quisiera parafrasear con K. Von Clausewitz una idea que parece central: "la guerra no es simplemente un acto político, sino un verdadero instrumento político, una continuación de la actividad política, una realización de la misma por otros medios"[19]; por lo que la decisión sobre un "caso excepcional" (Schmitt): la guerra, es una decisión política y por tanto, de los órganos políticos, en especial del jerarca de la Administración y Gobierno: el Presidente de la República, que además tiene el mando estratégico–político de las fuerzas armadas. Así, si la guerra es "sólo una parte del intercambio político, y por lo tanto, en ninguna forma constituye una cosa independiente en sí misma" (Clausewitz); su decisión sobre medios es política en grado máximo, a la que precisamente quedan sustraídos los cuerpos armados. Más aún, la "guerra es un instrumento de la política; debe llevar, necesariamente, el carácter de la política; debe medir con la medida de la política. La conducción de la guerra, en sus grandes lineamientos, es, en consecuencia, la política misma, que empuña la espada en lugar de la pluma, pero no cesa, por esa razón, de pensar de acuerdo con sus propias leyes"[20].

---

18. *Laband, Paul:* "Le Droit Public de Empire Alemand", &° vol., V. Giard-E. Briere Libraires Editorurs, 1900–1904. Un desarrollo clásico en Tomo V: "La Force Armée d 'Empire Alemand" (trad. S. Bouyssy), 1903, en especial Cap. I. También para la III República A. Esmein: "Elements de Droit Constitutcionel Francais at Comparés" 3 ed. Paris, 1903, pág 538 y ss.

19. *Clausewitz, Karl Von:* " De la Guerra", Edit. labor S.A., Barcelona, 3ra. Ed., 1994, Grupo Quinto Centenario, Colombia, págs. 48-49, ídem pág. 283.

20. *Clausewitz, K. V.* ob. cit. pág. 291.

Lo anterior significa que si la política es conflicto e integración, y en su dimensión de conflicto es la decisión sobre "amigo y enemigo" (Schmitt), la declaración de "guerra es siempre una declaración de enemigo" [21]; y tal decisión no puede corresponder en un Estado constitucional a quienes tienen el "poder" de las armas; sino a los órganos políticos; porque de lo contrario la "guerra" engulle a la política, y lleva a la eliminación de los "enemigos", tan propia de las concepciones autocráticas de lo político y del Estado (Kelsen) [22], que terminan usualmente en el "militarismo" y en la "dictadura soberana".

---

21. *Schmitt, Carl:* "El Concepto de la Política", en "Estudios Políticos" (trad. F. J. Conde) edit. Doncel, Madrid, 1975, pág. 97, n. Idem del mismo autor: "Teoría del Partisano" (trad. A. Schimitt), IEP, Madrid, 1966, pág. 118 y ss.

22. *Kelsen, Hans:* "Teoría General del Estado" (trad. L. Legaz), edit. Nacional, México D.F., 1965, pág. 464 y ss.

"CORTE PENAL INTERNACIONAL: EVALUACION CRITICA Y CUESTIONES CONSTITUCIONALES"

SALVADOR MOHOR ABUAUAD Y PAULINO VARAS ALFONSO *

1. Una globalización alentada por las necesidades de integración económica, social y cultural parece hoy querer determinarlo todo y ofrece al Derecho Internacional el marco adecuado para proyectar y consolidar la idea de una jurisdicción universal que intente abatir las resistencias de las soberanías estatales y sobrepasar la fuerza de los nacionalismos.

2. La jurisdicción universal es concebida como una potestad que debe reconocerse a los Estados para investigar y juzgar, a través de sus propios tribunales, a nombre de la comunidad internacional, y de acuerdo a los principios y normas del Derecho Internacional generalmente aplicables a las personas sospechosas de haber tenido participación en la comisión de delitos graves comprendidos en el Derecho Internacional, que por su naturaleza, representan un atentado en contra de toda la humanidad, tales como los crímenes de guerra, el genocidio, la agresión y los delitos de lesa humanidad, incluidos la tortura y la desaparición forzada de personas.

3. La característica distintiva radica en que pretende ejercerse por los Estados con independencia del territorio en que se produce el hecho (es, pues, una jurisdicción esencialmente extraterritorial); ya sea atendiendo a la nacionadad del hechor o, incluso, de la víctima, o aún, haciendo abstracción de ella; y sin que interese mayormente si el Esta-

---

* Profesores de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile.

do que juzga haya visto o no comprometidos sus intereses concretos en materia de seguridad. Su finalidad: reducir los espacios de impunidad y servir de eficaz disuasivo la comisión de nuevos delitos.

4. El conjunto de principios y normas aplicables a todos los Estados y en que se pretende encontrar el fundamento último de la jurisdicción universal, se conoce con la denominación de "ius cogens". El "ius cogens" es el "Derecho necesario", es decir, el Derecho que los Estados no pueden modificar por su sola voluntad. Aunque en doctrina no se discute acerca de cuál es exactamente su contenido, se acepta que, a lo menos, comprende las normas que tutelan los derechos fundamentales de la persona humana, las que protegen los derechos de los grupos nacionales a su autodeterminación, las que tutelan los intereses de la comunidad internacional y las que prohíben el uso de la fuerza como método de solución de controversias.

El reconocimiento meramente doctrinario de este tipo de normas se ha visto fortalecido con su consagración a nivel de ordenamiento jurídico positivo, a través de diversos instrumentos de Derecho Internacional que reconocen expresamente su existencia o la suponen. Entre ellos podemos mencionar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículo 53); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15.2); las Convenciones sobre Tortura de la ONU (artículo 5º) y de la OEA (artículo 12); los cuatro Pactos de Ginebra, especialmente el Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las F.A. en campaña (artículo 49), el convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las F.A. en el mar (artículo 50) y la Convención sobre tratamiento de los prisioneros de guerra (artículo 129); la Carta de San Francisco (artículo 2º Nº 6) y los Estatutos de los Tribunales Internacionales para Yugoslavia (1992) y Ruanda (1994) establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para juzgar los crímenes de guerra, genocidio y delitos de lesa humanidad perpetrados en esos países con motivo de la revolución civil.

5. Si bien los fines que inspiran la idea de una jurisdicción universal son en sí mismos irreprochables, su ejercicio en forma independiente a través de Estados igualmente soberanos, puede traer aparejados serios inconvenientes, desde el punto de vista de su independencia, imparcialidad y eficacia.

5.1. Como se pretende que en el ejercicio de esta jurisdicción los Tribunales de un Estado pueden entrar a juzgar hechos ocurridos

en el territorio de otros Estados, con prescindencia del principio de territorialidad de la ley penal, sea atendiendo a la nacionalidad del hechor, o aun de la víctima, o, todavía, por el solo hecho de encontrarse el sospechoso accidentalmente en su territorio, inevitablemente habrán de surgir las reticencias inherentes a la defensa de la soberanía, de la dignidad y de la seguridad de los Estados;

5.2. Aun cuando los Estados son esencialmente iguales desde un punto de vista jurídico, en razón de su soberanía, existen entre ellos significativas diferencias derivadas de su potencialidad económica, social, cultural y por cierto, militar o bélica, todo lo cual determina su nivel de importancia y su respectivo campo de influencias dentro de la comunidad internacional, lo que, en definitiva, puede conducir a que en la práctica los Estados más poderosos terminen transformándose en jueces de los más débiles;

5.3. Si se observa, además, que en el mundo se enfrentan posiciones antagónicas derivadas de las diferentes realidades en el plano político, estratégico, económico o religioso-cultural, difícilmente podrá esperarse que la moderación y la prudencia garanticen el ejercicio de una jurisdicción que a la larga no se desenvuelva en el marco de la relación amigo-enemigo;

5.4. Como en el ejercicio de la jurisdicción universal un Estado podría juzgar hechos ocurridos en el territorio de otro Estado, pero de los cuales hayan sido víctimas sus propios nacionales, se comprenderá que ello, en una medida no despreciable, terminará afectando la objetividad o imparcialidad del juzgamiento;

5.5. Resulta igualmente claro que "el juzgamiento a distancia" inherente a una jurisdicción universal enfrentará necesariamente el problema derivado de la falta de conocimiento suficiente por parte del Estado que juzga de los valores, sentimientos, idiosincrasia, así como de la realidad política y social, imperantes en el Estado dentro de cuyo territorio ocurrieron los hechos, que tanta importancia adquieren como factores de orientación y moderación en el ejercicio de una jurisdicción objetiva. Sabido es que un exceso de justicia puede conducir a una situación de injusticia.

5.6. El ejercicio de una jurisdicción universal en forma independiente por Estados igualmente soberanos habrá de provocar inevitablemente problemas derivados de una falta de coordinación suficiente, especialmente cuando dos o más Estados se atribuyen el derecho de juzgar unos mismos hechos y;

5.7. Cuando, por último, el ejercicio de la jurisdicción universal se materializa a través de tribunales internacionales ad-hoc, es decir, creados especialmente para juzgar las atrocidades cometidas en uno o más Estados con motivo de un conflicto nacional o internacional (caso de los tribunales de Nuremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda), habrá de surgir la razonable objeción de que los vencidos serán juzgados por los vencedores, así como también que el tribunal que juzga y, aun —como en el caso de Nuremberg— que la sanción penal aplicable a los delitos, se han establecido con posterioridad a los hechos.

6. Las deficiencias anotadas ponen en evidencia los problemas de inseguridad, falta de imparcialidad e independencia inherentes al ejercicio de la autotutela por los Estados y que, por lo demás, son esencialmente semejantes a los que en determinadas épocas de la historia ella suscitaba entre las personas ante la ausencia de tribunales permanentes e imparciales.

7. Pues bien, en el contexto de estos inconvenientes parece justificarse la creación de una Corte Penal Internacional como vía de solución a los problemas que puede originar el ejercicio independiente por los Estados de la Jurisdicción Universal. Teniendo como finalidad poner término a la impunidad de los responsables de "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional" y servir de eficaz disuasivo a la comisión de nuevos delitos, la Corte Penal Internacional debiera satisfacer requerimientos organizativos y funcionales que garantizaran la independencia e imparcialidad de una jurisdicción que entregada al libre arbitrio de los Estados amenaza con desvirtuarse.

7.1. La Corte Penal Internacional debiera concentrar el ejercicio de la jurisdicción universal, de manera que sólo ella y no los Estados puedan juzgar los delitos más graves comprendidos en el Derecho Internacional, especialmente cuando se encuentran comprometidos los intereses de diversos Estados, como sucedería precisamente cuando las víctimas de hechos ocurridos bajo la jurisdicción de un Estado pertenecen a diversos Estados.

Lamentablemente el Estatuto de Roma no concentra el ejercicio de la jurisdicción universal, desde que los Estados pueden seguir ejerciéndola a nombre de la Comunidad Internacional y de acuerdo a los principios y normas del Derecho Internacional general recogidos en diversos instrumentos internacionales.

Por esta razón deben entenderse reproducidos todos los inconvenientes generales derivados del "juzgamientos de los Estados por los

Estados" a que se ha hecho ya referencia a los cuales se agregan otros de carácter más específico que se mencionan a continuación:

a) Mientras la Corte Penal Internacional juzgará sólo hechos futuros, es decir, posteriores a la entrada en vigencia del tratado de acuerdo al principio según el cual el tribunal debe estar establecido con anterioridad a los hechos que habrá de juzgar, los Estados, en el ejercicio de la jurisdicción universal podrían conocer delitos graves comprendidos en el Derecho Internacional independientemente de la época de su ocurrencia;

b) Si la Corte Penal Internacional en ciertos casos y bajo determinados supuestos podrá considerar la "obediencia debida" como eximente de responsabilidad penal, los Estados, en cambio, ejerciendo la jurisdicción universal que se funda en normas de Derecho Internacional general recogidas en las Cartas de Nuremberg y de Tokio, así como en los Estatutos de los Tribunales para Yugoslavia (1992) y para Ruanda (1994), quedarían en situación de desestimarla y;

c) En tanto la Corte Penal Internacional circunscribe su competencia a hechos ocurridos en el territorio de un Estado Parte, o bien, a hechos perpetrados por nacionales de un Estado parte, los demás Estados en general, ejercerían la jurisdicción universal con independencia del territorio en que hayan ocurrido los hechos, atendiendo indistintamente a la nacionalidad del hechor o de la víctima y, aun, con independencia de ella.

7.2. La Corte Penal Internacional debiera tener el carácter de un tribunal permanente, para abatir, así, las objeciones que despiertan los tribunales internacionales ad-hoc, pues se constituyen para juzgar hechos acaecidos en el territorio de determinados Estados con motivo de conflictos nacionales o internacionales, con posterioridad a su ocurrencia, y respecto de los cuales cabría hacer valer el inconveniente de que los vencedores juzgan a los vencidos.

Si bien, como lo expresa el mismo Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional es un tribunal permanente, en buena medida esa calidad parece desvirtuarse y perder significación en la medida que el ejercicio de la jurisdiccional universal no se encuentre concentrado en la Corte y los demás Estados pueden seguir ejerciéndola independientemente de la época en que se hayan producido los hechos. Por otra parte, a proposición de la Corte el número de magistrados puede ser aumentado o disminuido con la aprobación de la Asamblea de los Estados Partes, siempre y cuando ese número no baje de 18. Lo que apa-

rentemente sólo tiene implicancias en el plano orgánico, puede tenerlas igualmente desde un punto de vista funcional, pues alterando el quórum de decisión o cambiando los magistrados es posible superar el escollo de una oposición eventual, especialmente respecto de casos futuros, lo que en la práctica es equivalente a crear cada vez un nuevo tribunal.

7.3. Una Corte Penal Internacional debiera actuar de manera independiente, es decir, al margen de interferencias que provengan de los Estados, o de otras organizaciones internacionales o no gubernamentales. En lo que respecta a este punto y de conformidad con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, si bien la Corte no es parte orgánica de la ONU, diversos preceptos pueden inducir a creer que en los hechos actuará dentro de la órbita de influencias de estos organismos y, específicamente, de su Consejo de Seguridad. Ello porque:

a) La Corte se vinculará con la ONU mediante un acuerdo cuyo contenido no se conoce exactamente y que deberá ser sometido a la aprobación de la Asamblea de los Estados parte (artículo 2° del Estatuto);

b) El Consejo de Seguridad por medio de una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, podrá suspender las investigaciones o enjuiciamientos que haya iniciado la Corte, por un plazo de 12 meses renovables, es decir, en la práctica, indefinidamente si así lo decide (artículo 16 del Estatuto). Esta disposición se aprobó en la Conferencia Diplomática de Roma a modo de transacción frente a la exigencia de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que buscaban desde un comienzo condicionar el ejercicio de la jurisdicción de la Corte a la aceptación o acuerdo del Consejo, lo que obviamente habría significado relegarla a una situación de excesiva dependencia, con grave desmedro de su eficacia e independencia, considerando que cada miembro permanente del Consejo tiene un poder de veto absoluto. Se prefirió, pues, condicionar la continuación o desarrollo de una investigación o enjuiciamiento antes que su iniciación, situación ésta en que la posibilidad del veto absoluto juega a favor de la Corte. La modificación sin embargo, no satisfizo las expectativas de E.U. y China, que, en definitiva decidieron rechazar el Estatuto;

c) Los gastos de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados parte, previstos en el presupuesto aprobado por la Asamblea de Estados parte, se financiarán no sólo con cargo a los aportes de

estos últimos, sino, además, con fondos procedentes de las Naciones Unidas (artículo 115, b) del Estatuto);

d) El ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional se circunscribe fundamentalmente a hechos ocurridos en el territorio de un Estado parte, o bien, materializados por nacionales de un Estado parte, a menos que su competencia se haya activado por el Consejo de Seguridad, caso en que tales limitaciones desaparecen. En cierto modo, pues, la actuación de la Corte dependerá necesariamente de la voluntad del Consejo; y

e) Si a juicio de la Corte Penal Internacional un Estado parte se ha negado a cooperar con las investigacionesd que lleva a cabo, desatendiendo las solicitudes que se formulen en este sentido, podrá someter la cuestión a la consideración del Consejo de Seguridad de la ONU que, como bien dice el profesor Mario Calderón, tratándose del único organismo con carácter coercitivo dentro del sistema de las Naciones Unidas, constituirá el instrumento a través del cual la Corte ponga en ejercicio su facultad de imperio (87, Nº 7 del Estatuto).

7.4. Los miembros de una Corte Penal Internacional debieran estar revestidos de la imparcialidad que garantice la adopción de resoluciones que satisfagan los requerimientos de justicia y no estar orientadas a favorecer o perjudicar indebidamente la situación de quiénes deben ser juzgados. A este respecto debe tenerse en consideración que diversos preceptos del Estatuto de Roma tienden a garantizar la imparcialidad de la Corte Penal Internacional, tales como por ejemplo, los contenidos en los artículos 36 Nº 3 a) (los magistrados deberán ser personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad); 36 Nº 7 (prohibición de existir dos magistrados de la misma nacionalidad); 40 (prohibición de desempeñar funciones incompatibles); 41 (posibilidad de recusar magistrados); 36 (composición equilibrada de la Corte desde el punto de vista de los sistemas jurídicos del mundo, distribución geográfica y representación por sexo); 36 bi y bii (magistrados de reconocida competencia en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal así como en materias de Derecho Internacional). Todo ello es inobjetable, pues tales garantías representan parámetros incuestionables de justicia y racionalidad en todo juzgamiento. Sin embargo, una eventual falta de imparcialidad suficiente parece vincularse con el compromiso de la independencia funcional de la Corte, de acuerdo con lo expresado en el punto anterior.

7.5. El ejercicio de la jurisdicción universal por una Corte Penal Internacional no debiera representar para los Estados un menoscabo a su capacidad de autodeterminación e independencia, debiendo, pues, compatibilizarse la eficacia jurisdiccional de la Corte con los requerimientos de la soberanía de los Estados.

El Estatuto de Roma en principio parece adecuarse a tales requerimientos, pero contiene preceptos cuya aplicación podrían conducir precisamente a su denegación o debilitamiento.

La soberanía del poder del Estado se manifiesta internamente en la capacidad de darse el Estado una determinada organización política, económica y social y, externamente en la capacidad para exigir que los demás sujetos de Derecho Internacional respeten esa organización y se abstengan de interferir en su desarrollo y funcionamiento. La doctrina predominante acepta y reconoce que las normas sobre protección de la autodeterminación de los pueblos son parte del contenido del ius cogens, tanto como lo son las destinadas a la protección de los derechos humanos, entre los cuales, por lo demás, existe una estrecha interrelación. La pérdida o menoscabo de la autodeterminación termina debilitando la tutela efectiva de los derechos.

Pues bien la institucionalización de tribunales internacionales no puede llegar a coartar esa capacidad de autodeterminación de los Estados ni llegar a significar un desconocimiento de su organización institucional, sino, más bien, representar la proyección hacia el exterior de la soberanía estatal expresada en el reconocimiento de un nuevo órgano situado fuera de sus fronteras y que, en concurrencia con aquellos que se radican dentro de su territorio, habrán de confluir en un mismo objetivo: la realización del bien común.

Pero para que ello sea efectivamente así, es menester que los órganos externos que, por voluntad del propio Estado habrán de ejercer también soberanía en la medida acordada a través del tratado respectivo, no pretendan disputar a los órganos internos la cuota de ejercicio del poder que por mandato de la Constitución les corresponde.

Creemos que el Estatuto de la Corte Penal Internacional objeto de este análisis precisamente incluye preceptos cuya aplicación puede llegar a significar una desvalorización significativa de la soberanía Estatal, especialmente aquellos según los cuales la jurisdicción de la Corte tendrá un carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (artículos 17, 18, 19 y 20 en relación con el párrafo décimo del Preámbulo). Aunque el Estatuto de Roma no define lo que debe enten-

derse por jurisdicción complementaria, es posible desentrañar su sentido del análisis de los preceptos contenidos en los artículos citados, de los cuales se desprende que, en esencia, es aquella que permite a los Estados ejercer su jurisdicción respecto de los delitos a que se refiere el Estatuto (genocidio, crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad), a menos que la Corte decida de oficio y unilateralmente que no pueden hacerlo por alguna de las siguientes razones:

a) No existe la intención real de investigar o de enjuiciar;

b) Se encuentran incapacitados para investigar o juzgar;

c) El juzgamiento ya consumado no ha tenido otro propósito que el de sustraer al acusado de la responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte;

d) El proceso no ha sido instruido en forma independiente o imparcial, de acuerdo a las garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional; y

e) El proceso, dadas las circunstancias del caso, evidencia ser incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

En síntesis, la llamada jurisdicción complementaria, permite a los Estados ejercer su jurisdicción, a menos que la propia Corte decida que no quieren ejercerla o están incapacitados para hacerlo, caso en el cual habrá de asumir ella misma el conocimiento de los asuntos de que se trate.

Los Estados, en el régimen de la jurisdicción complementaria, pueden impugnar la decisión de la Corte, de acuerdo a los procedimientos de los artículos 18 y 19 del Estatuto, pero, en definitiva, es la propia Corte quien impone la última palabra. Más aún, si la Corte resuelve la impugnación en favor del Estado, nada impide que en un momento posterior, a requerimiento del Fiscal, el asunto quede sometido a su jurisdicción, si se presentan hechos nuevos que así lo justifiquen. Es del caso advertir, sin embargo, que si la Competencia de la Corte ha sido activada a requerimiento del Consejo se Seguridad de las Naciones Unidas, el Estado afectado carece de la facultad de impugnar la decisión de la Corte, razón por la cual el ejercicio del derecho de impugnación se circunscribe a los casos en que la Corte haya sido requerida por algún Estado Parte o haya decidido ejercer su jurisdicción de oficio a solicitud del Fiscal (artículo 18 N°s 1 y 2 del Estatuto de Roma).

En cuanto a los criterios que habrá de utilizar la Corte Penal Internacional para avocarse al conocimiento de un asunto, esto es, para

declararlo admisible, y decidir en definitiva que el Estado parte de que se trata no tiene intención de investigar o enjuiciar, cabe formular como reproche general el hecho de ser evidentemente tautológicas y subjetivos. Pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) Haberse respetado o no los requerimientos del debido proceso, de acuerdo a las garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional;

b) Si existe o no el propósito de sustraer al acusado de la responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte;

c) Si ha habido o no demora injustificada en el juicio que evidencia el propósito de no hacer comparecer ante la justicia a la persona de que se trate; o

d) Si el proceso está siendo substanciado o lo ha sido ya, de manera independiente e imparcial (artículo 17, 2, a, b) y c) del Estatuto de Roma).

En cambio para decidir que un Estado está incapacitado para investigar o juzgar, la Corte habrá de considerar si debido al colapso total o substancial de la administración de justicia, sus tribunales se encuentran en situación de sustanciar razonablemente el proceso (artículo 17 N° 3 del Estatuto), lo que por cierto no deja de ser subjetivo.

Sin embargo es preciso advertir que el eventual menoscabo de la soberanía estatal no se produce precisamente por el hecho de que la Corte Penal Internacional proceda a ejercer su jurisdicción en lugar de los Estados si objetivamente el Estado parte se encuentra en situación de no querer investigar o enjuiciar o está incapacitado para hacerlo. En estos casos el Estado no ejerce realmente su jurisdicción y, en consecuencia, se abstiene de ejercer soberanía en procura del bien común. Por ello, desde un punto de vista esencial, sería posible argumentar que en tal eventualidad la Corte Penal Internacional no busca sojuzgar la soberanía estatal, sino suplir una deficiencia de jurisdicción con miras al restablecimiento del ordenamiento constitucional interno. No pareciera, por cierto, decoroso utilizar como baluarte la soberanía estatal para salvar la intangibilidad de un seudo proceso o de una cosa juzgada artificiosa.

La degradación de la soberanía estatal surge en realidad de la pretensión de cuestionar y del cuestionamiento mismo que la Corte hace por sí y ante sí, y aún a despecho de las consideraciones y reclamaciones de los órganos internos, de la legitimidad de las investigaciones y juzgamientos internos, calificando intenciones y atribuyendo designios

que lejos de corresponder a la realidad del proceso político de los Estados, respondan más bien al juego de influencias y consideraciones extrajudiciales que puedan hacerse valer respecto de cada caso.

De todo esto resulta que, por la decisión unilateral de la Corte Penal Internacional, y supuestamente en aras de los intereses de la Comunidad Internacional, el sistema judicial interno del Estado afectado es desvalorizado y luego desplazado contra su voluntad, para dar lugar a la intervención de un órgano extraño que se yergue en supremo juzgador.

En esencia, la dificultad parece residir en la imposibilidad de llegar a determinar con entera objetividad si un Estado se encuentra o no en situación de ejercer normalmente jurisdicción. En la medida en que tal decisión quede entregada a la voluntad soberana de un órgano externo, se resentirá la soberanía estatal y la jurisdicción complementaria que se reconoce a la Corte se transformará en fuente inagotable de conflictos y suspicacias.

Por todo lo dicho, creemos que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional dejará de ser en verdad complementaria si en los hechos no concurre a llenar una deficiencia real de jurisdicción. Por la misma razón tampoco será subsidiaria, pues si los tribunales internos están en situación de ejercer normalmente jurisdicción, no se justificaría una actuación subsidiaria. De hecho, pues, la Corte arriesga ejercer una jurisdicción *sustitutiva* de las jurisdicciones nacionales.

La solución a este eventual conflicto de jurisdicciones parece discurrir más bien por la vía de una cesión clara, directa y objetiva de competencias jurisdiccionales internas de acuerdo con los parámetros cualitativos y cuantitativos precisos que cuidadosamente se establezcan a través de los correspondientes acuerdos internacionales, previa reforma constitucional que los haga jurídicamente posibles, al estilo de las Constituciones de Alemania (artículo 24 N° 19, España (artículos 93 y 95), Dinamarca (artículo 20), Suecia (artículo 50), Holanda (artículo 67), Luxemburgo (artículo 49 bis) y Grecia (artículo 28 N° 2).

Concretamente debiera otorgarse competencia a un tribunal internacional para juzgar aquellos asuntos que por su naturaleza comprometen directamente los intereses de dos o más Estados (por ejemplo hechos de los que sean víctimas nacionales de diversos Estados) y que, en consecuencia, parecen escapar a la jurisdicción de uno solo considerado independientemente. Cuando se trate de hechos que en forma substancial afectare a un Estado determinado, de tal manera que ordi-

nariamente debieron quedar sometidos a su propia jurisdicción la Corte Internacional sólo podría intervenir con la aceptación expresa del Estado, o bien, como tribunal de revisión o cuando los tribunales internos soliciten la intervención de la Corte en razón de reconocer su incapacidad para investigar y enjuiciar, o, por último, cuando la situación de incapacidad en que se encuentren sea por si misma evidente según se determine en el tratado que corresponda. Pero atribuirse competencia en función de la calificación de la intención de los Estados para juzgar seriamente es entrar en un terreno de extrema subjetividad que necesariamente habrá de afectar la dignidad y soberanía de los Estados.

7.6. Por último el funcionamiento de la Corte Penal Internacional debiera garantizar a quienes habrán de ser juzgados un tratamiento que satisfaga las exigencias de seguridad jurídica. Diversas deficiencias pueden advertirse a este respecto en el Estatuto de Roma, especialmente desde el punto de vista de la exhaustividad, precisión y coherencia en la normativa a aplicar para determinar la existencia del delito y la participación culpable. Ello habrá de redundar en desmedro del principio de seguridad jurídica dentro de un ámbito en que, por su naturaleza, su reconocimiento es indispensable. Se pretende, en efecto, la aprobación y ratificación de un tratado que tipifica y sanciona delitos graves comprendidos en el Derecho Internacional, sin que se tenga de antemano la certeza suficiente acerca de cuáles serán los procedimientos y medios de prueba relativos a la substanciación y comprobación de los mismos, ni cuáles los elementos constitutivos de los delitos que se pretende sancionar y sus penas respectivas, para orientar la labor interpretativa de la Corte. En cuanto al delito de agresión se advierte a los Estados que la Corte ejercerá respecto de él su competencia una vez que su tipificación sea determinada y luego aprobada por la Asamblea de los Estados partes, ante las dificultades suscitadas en el seno de la Conferencia Diplomática de Roma en torno a su definición. Como existen Estados que directa o indirectamente están vinculados a conflictos bélicos en desarrollo, o bien, expuestos a ellos, la definición del delito de agresión enfrenta las resistencias de quienes temen quedar comprendidos en la descripción respectiva, especialmente las grandes potencias. De ahí es que en un comienzo se pretendiera que la calificación de agresor quedara entregada en cada caso a la decisión del Consejo de Seguridad de la ONU, solución que en definitiva fuera rechazada, ante el riesgo de que el derecho a veto absoluto de sus miembros permanentes pudiera ser empleado teniendo en vista consideraciones políticas antes que de justicia.

Por otra parte está igualmente pendiente el acuerdo que deberá celebrarse entre la Corte Penal Internacional y la Organización de las Naciones Unidas, que seguramente habrá de abordar la cuestión relativa a la colaboración del Consejo de Seguridad como órgano coercitivo a través del cual la Corte hará efectiva su facultad de imperio, acuerdo de la más alta trascendencia cuyo contenido específico los Estados desconocerán al momento de la ratificación.

En fin, por lo que respecta al Derecho que habrá de aplicar la Corte es posible advertir que en su intento de querer ser exhaustivo, el Estatuto deviene en cierta medida vago e impreciso. Después de advertir que la Corte aplicará en primer lugar el Estatuto mismo los elementos del crimen y las reglas de procedimiento y prueba (estos últimos aún no determinados) y en segundo lugar, cuando procede, los tratados y los principios y normas del Derecho Internacional, incluidos aquellos relativos a los conflictos armados, el Estatuto previene que, en defecto de todos estos cuerpos normativos, aplicará los principios generales del Derecho que la misma Corte derive del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido el Derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto y los principios del Derecho Internacional generalmente aplicables.

De todo lo expresado surge la natural reticencia que se deriva del carácter acomodaticio que podría asumir la aplicación de los principios y normas, de acuerdo con las pretensiones que, en cada caso orienten las decisiones de la Corte. Por otra parte, ésta podría desembarazarse fácilmente del Derecho del Estado parte al cual pertenezcan las personas que son objeto de su investigación o enjuiciamiento, pretextando que no se concilia con los requerimientos del Derecho Internacional general, o bien, que no se trata de un Estado que se encuentre en situación de ejercer normalmente jurisdicción, apreciación no exenta de una dosis de subjetividad.

CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

1. La comparación objetiva de los textos de la Constitución de 1980 y del Estatuto de Roma permiten advertir ciertas contradicciones que, por cierto, de aprobarse el tratado por el Congreso y ratificarse por el Presidente de la República, se transformarían en vicios de constitucionalidad.

2. Pero la necesidad de instruir, en aras de la dignidad humana, un sistema jurisdiccional internacional permanente, distinto de los Estados, que investigue, juzgue y sancione delitos graves comprendidos en el Derecho Internacional que, por su naturaleza, representan un atentado en contra de la humanidad y sirva de disuasivo a futuras y eventuales arbitrariedades, con independencia del lugar en que se produzcan y cualquiera que sea la nacionalidad de los responsables o de las víctimas, podría llevar a minimizar la importancia de esas inconstitucionalidades y, más aún, a considerarlas como un obstáculo el desarrollo de la conciencia jurídica y moral. Sin embargo, debe advertirse que la Constitución no es un texto axiológicamente neutro, cuyos fines puedan alcanzarse con independencia de los medios que se utilicen. La Constitución es la expresión suprema de la voluntad de una nación, plagada de valores, sentimientos y tradiciones, dentro de cuyos límites la agrupación humana que los comparte va construyendo día a día el camino de su propia autodeterminación, debiendo los demás sujetos de Derecho Internacional respetar lo que, en definitiva, no sea sino una manifestación de la libertad de ser de las naciones.

El dantesco espectáculo de las agrupaciones nacionales que luchan por liberarse del yugo de sus opresores nos reafirma en este convencimiento. El desmembramiento de Checoslovaquia, Yugoslavia y la Unión Soviética, son una clara manifestación de la fuerza que aún hoy en día, en pleno proceso de globalización, sigue teniendo el viejo principio de las nacionalidades. La soberanía de las naciones sigue siendo una realidad insoslayable y sus constituciones la manifestación jurídica de su voluntad de conservarla. Desde esta perspectiva puede entenderse la reticencia mostrada por los países frente a la ratificación del tratado de Roma y, más aún, frente a la sola suscripción del mismo. De 196 países que forman parte del Sistema de Naciones Unidas, 160 participaron en la Conferencia Diplomática convocada para la aprobación del texto del Estatuto de la Corte, 120 votaron a favor, menos de 80 lo han suscrito hasta hoy y sólo cuatro países lo han ratificado (Italia, país anfitrión de la Conferencia, Senegal, San Marino y Trinidad Tobago). Estados Unidos, líder del liberalismo en el mundo y China adalid del comunismo marxista, han votado en contra del tratado.

3. Oposición del Tratado de la CPI con los artículos 50, incisos 1° y 2°, 73, 79 y 22 de la Constitución. Los artículos 17, 18 y 19 del Estatuto de la CPI se oponen al artículo 5° inciso 1° de la Constitución en cuanto facultan a la Corte para decidir que un Estado parte no se

encuentra en situación de ejercer normalmente jurisdicción, sea porque no está dispuesto a investigar o enjuiciar seriamente o se encuentra incapacitado para hacerlo, o porque el proceso sólo ha obedecido al propósito de sustraer al acusado de la responsabilidad penal por delitos de competencia de la Corte, o no fue incoado en forma independiente o imparcial o, en fin, no ha existido la intención de someter al acusado a la acción de la justicia. Lo anterior, porque en todos estos casos se produce el desplazamiento de los órganos jurisdiccionales internos, que se ven obligados a ceder su lugar, aun en contra de su propia voluntad, a un órgano jurisdiccional externo que se sustituye a ellos en el ejercicio de la jurisdicción, impidiéndoles así ejercer, en este ámbito, la soberanía nacional, de acuerdo con el mandato que les impone el precepto constitucional del artículo 5° inciso 1°, todo lo cual equivale a reconocer una soberanía extraña y superior a la del propio Estado.

Al mismo tiempo se impide a los órganos jurisdiccionales internos a obedecer el mandato de respeto y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a que se refiere el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, con lo cual se produce igualmente la oposición del Estatuto con este último precepto.

En el fondo, se faculta a un organismo extraño para juzgar la realidad del proceso político de una nación y declarar, eventualmente, en interdicción a sus autoridades, impidiéndose así que la soberanía nacional pueda ejercerse por los órganos y en la forma previstos en la Constitución, a despecho de la resistencia que puedan oponer las autoridades internas, con lo cual se evidencia el reconocimiento de una voluntad superior a la de la Nación, e implícitamente se acepta la degradación de su soberanía.

Se ha pretendido contrarrestar esta objeción de constitucionalidad bajo la argumentación de que el propio artículo 5° inciso 2° establece que la soberanía reconoce como límite al ejercicio de la soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y que ello involucra, en consecuencia, aceptar igualmente como limitación las garantías que puedan establecerse para la protección de esos derechos, pues estos últimos devienen en un nominalismo vacío de todo sentido, si se les considerara desvinculados de sus mecanismos de salvaguarda.

Sobre el particular cabe manifestar que la Constitución sólo consagra como limitaciones del ejercicio de la soberanía "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" y que esta limitación no puede hacerse extensiva a sus diversos mecanismos de protección, pues

resulta obvio que dichos mecanismos no pueden hacerse derivar igualmente de la naturaleza humana. Derechos y Garantías pertenecen a categorías ontológicas diferentes. Los primeros se vinculan a las facultades o potencialidades de la naturaleza humana que el ordenamiento jurídico reconoce y encausa con miras a la realización espiritual y material de la persona humana. Los segundos corresponden al mundo de las creaciones institucionales, de suyo cambiante, inestable, diverso e impredecible. Cuál más, cuál menos, las instituciones se vinculan a la protección de los derechos y, en esta perspectiva, constituyen especies de garantías constitucionales al servicio de estos últimos. Si se pretendiera vinculárselos esencialmente a los derechos que protegen, habría que concluir que todas las instituciones constituyen limitaciones al ejercicio de la soberanía, lo que, desde un punto de vista lógico, representaría una contradicción esencial, pues las instituciones jurídicas y políticas son sólo manifestaciones específicas de la soberanía para un momento histórico determinado, expuestas de modo incesante al acondicionamiento que impone la marcha de los tiempos. Lo contrario conduciría al anquilosamiento del régimen institucional. Los derechos como emanaciones de la naturaleza humana permanecen y ni aun los sistemas totalitarios con toda su omnipotencia se atreven a admitir su desconocimiento; las instituciones, directa o indirectamente vinculadas a la protección y satisfacción de los derechos, se van modificando con el transcurso del tiempo en procura de una mayor efectividad y expedición.

Por otra parte, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana son una limitación al ejercicio de la soberanía, pero no la menoscaban o degradan; el poder soberano de la Nación, en efecto, encuentra su justificación en la realización del bien común. Por ello cuando a través del ejercicio de la soberanía se respetan y promueven los derechos fundamentales, el poder soberano de la Nación se realiza y justifica a sí mismo, desde que el respeto y promoción de los derechos es tarea de bien común.

En cambio, como se ha explicado, el mecanismo de protección de los derechos que representa la CPI, en cuanto favorece la declinación del ejercicio del poder soberano de la Nación a favor de una jurisdicción extraña que, previa descalificación de los órganos internos les impone del deber de abstenerse, parece conducir a una situación de degradación de la soberanía.

Por otra parte, la contradicción objetiva existente entre el Estatuto y el artículo 5º de la Constitución repercute inevitablemente en los

preceptos del artículo 73 del mismo cuerpo de normas, no sólo porque la abstención forzada del ejercicio de la jurisdicción impediría cumplir con el mandato impuesto por el artículo 73 a todos los "tribunales que establece la ley": conocer de las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, sino además porque el Estatuto rompe la exclusividad del ejercicio de la jurisdicción que la Constitución, a través de ese artículo, entrega a los "tribunales que establece la ley". El citado precepto advierte perentoriamente que "ni el Presidente de la República ni el Congreso podrán en caso alguno alterar o modificar la exclusividad reconocida a esos tribunales, ejerciendo ellos mismos funciones judiciales, revisando los fundamentos o contenidos de las resoluciones judiciales, avocándose causas pendientes o haciendo revivir procesos fenecidos". Esta prohibición constitucional les afecta, por cierto, sea que se pretenda modificar esa exclusividad directa o indirectamente, pues la Constitución no distingue. En consecuencia, el Presidente y el Congreso actuarían en oposición a lo dispuesto en el artículo 73 si concedieron a terceros —en la especie a la CPI— el ejercicio de una jurisdicción que la Constitución concentra en los "tribunales que establece la ley".

Se pretende neutralizar esta objeción de constitucionalidad sobre la base de argumentar que el precepto citado radica el ejercicio de la jurisdicción civil y criminal en los "tribunales que establece la ley" expresiones que comprenderían también a los establecidos vía tratado internacional, pues los tratados se encuentran sometidos a los mismos trámites de una ley (artículo 5° N° 1). Debemos rectificar esta argumentación, pues en verdad debiera sostenerse que, para estos efectos, tratado y ley tienen un "valor o efectividad" equivalentes, ya que difieren substancialmente en su tramitación. A nadie escapa que, si bien tratado y ley deben ser sometidos a la aprobación del Congreso, e incluso con los mismos quórum de decisión [1], no procede respecto del tratado el régimen de insistencias, la introducción de indicaciones, el sistema de comisiones mixtas, el trámite de sanción o veto, y es discutible que, cuando verse sobre materias de ley orgánica constitucional, deba ser

---

1. A propósito de la modificación al artículo 63 de la Constitución por la Ley 18.825 de 1989, se dejó constancia en las Actas de la Comisión Legislativa Conjunta de la Junta de Gobierno de que las expresiones "normas legales" empleadas en ese artículo, son comprensivas de los tratados internacionales cuando contengan normas de rango simplemente legal, de quórum calificado u orgánica constitucionales (Ordinario N° 6583/160/1 de 12.6.1989. Presidente l[a]. C.L.J.G.).

sometido al control obligatorio del Tribunal Constitucional (artículo 82 N° 1 de la C.P.R.) u objeto de informe por parte de la corte Suprema. Pues bien, concedido que tratado y ley tienen un "valor o efectividad" equivalentes en orden al establecimiento de un tribunal, existe sin embargo una razón fundamental para desestimar esta argumentación. Que las materias de ley puedan ser objeto de un tratado, se desprende claramente del artículo 5° N° 1 de la Constitución y que, en consecuencia, el establecimiento de un tribunal se haga por vía de tratado, resulta a nuestro entender, ajustado a la Constitución. Pero en lo que no se repara es que cuando la Ley Fundamental menciona a los "tribunales que establece la ley", parece estar refiriéndose sólo a aquellos que se encuentran integrados al régimen orgánico-funcional del Poder Judicial, como se desprende de la referencia que el mismo artículo 73 hace en su inciso 3° (tribunales ordinarios ,de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial); o bien a los que se indicare genéricamente en el artículo 79 ("tribunales de la Nación" sometidos, en cuanto tales, a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema). Es cierto que este último precepto establece algunas excepciones, pero también lo es que entre ellas no se encuentra obviamente la Corte Penal Internacional. En consecuencia debe concluirse que en cuanto la aprobación del Estatuto de la CPI, supone, eventualmente, aceptar una transferencia forzada de jurisdicción criminal y civil a favor de un órgano distinto de aquellos que forman parte del Poder Judicial o se encuentran sometidos a la Superintendencia de la Corte Suprema, habrá de producirse inevitablemente una situación de abierta contradicción con las disposiciones citadas de la Carta Fundamental (artículos 73 y 79).

En fin, si se conviene en que el desplazamiento forzado de la jurisdicción penal y civil a favor de la CPI, por decisión unilateral de esta última en razón de estimar aquella que los órganos jurisdiccionales internos no se encuentren en situación de ejercer normalmente jurisdicción, implicaría reconocer y aceptar un poder jurisdiccional extraño, superior al poder soberano de la Nación y, en consecuencia contribuir en esa medida a su degradación, será menester concluir que la eventual aprobación del tratado y su ratificación podría representar un incumplimiento del deber de defensa de la soberanía consagrado en el artículo 22 inciso 2° de la Constitución respecto de todos los chilenos.

4. Oposición del Estatuto de Roma con el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la C.P.R. Dos razones pueden conducir a esta conclusión.

En primer lugar si se acepta que el Estatuto de la Corte es contrario a los artículos 5° incisos 1° y 2°, 73, 79 y 22 de la Carta Fundamental, de acuerdo a lo explicado en el punto anterior, debe admitirse también que ello eventualmente conduciría al juzgamiento de nacionales por una "comisión especial", es decir, por un organismo enteramente ajeno a la idiosincrasia, valores y sentimientos del grupo nacional, con el consiguiente riesgo de desviación de justicia. En otros términos, no se estaría cumpliendo la exigencia de que cada cual sea juzgado por sus pares, de acuerdo a la ley del grupo a que pertenece, sino por un órgano y una ley extraños que se oponen al ordenamiento bajo el cual se desarrolle la vida del grupo, desconociéndose así el principio del juez natural.

En segundo lugar, si bien, como se ha dicho anteriormente, la CPI juzgará hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia del tratado, sin perjuicio de su competencia sobre los llamados "delitos permanentes" existe, no obstante, el riesgo de desvirtuar el principio a través del ejercicio de la facultad que se le reconoce a la Corte para modificar —con el acuerdo o aprobación de la Asamblea de los Estados partes— el número de los magistrados de acuerdo al volumen de trabajo en un momento determinado. De esta manera a través de la modificación de los quórum de decisión o del cambio de magistrados será posible superar los escollos de una eventual oposición o dificultad respecto del juzgamiento de nuevos casos, lo que, en esencia, equivaldría a constituir el tribunal con posterioridad a los hechos.

5. Oposición del Tratado con los artículos 79 , 19 N° 7 e), 21, 19 N° 3, incisos 2°, 3° y 7° y 19 N° 3 inciso 5° de la C.P.R.

La oposición con el artículo 79 parece producirse en cuanto la CPI podrá ejercer jurisdicción con efectos en Chile sin que, no obstante se encuentre bajo la superintendencia de la Corte Suprema. Aun cuando ese artículo se encuentra referido a los "tribunales de la Nación". debe tenerse presente, por una parte que las actuaciones de la CPI habrán de producir efectos en Chile y, por otra, que de aprobarse y ratificarse el Tratado la Corte habrá de ser, en cierta medida, un tribunal de la Nación, como igualmente lo será respecto de otros Estados que ratifiquen el mismo tratado.

El Estatuto de reforma también parece oponerse al artículo 19 N° 7 e) de la C.P.R., en cuanto el Estado queda impedido jurídicamente de conceder la libertad provisional a las personas que hayan sido detenidas en cumplimiento de una orden proveniente de la Corte, sin so-

licitar previamente la autorización de esta última, situación, por cierto, no prevista entre las excepciones que ese precepto constitucional establece al otorgamiento de este beneficio.

En la misma situación, las autoridades, internas no pueden revisar la legalidad de una orden de detención proveniente de la Corte, razón por la cual se encuentran impedidas de verificar la procedencia o improcedencia del recurso de habeas corpus, con lo cual deja de producir efectos para este caso el artículo 21 de la Constitución.

Por otra parte, en la medida que la Corte puede desconocer un proceso interno y proceder a substanciar uno nuevo en razón de considerar que sólo se ha instruido con el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por delitos de competencia de la Corte, o por ser incompatible con la intención de someter al acusado a la acción de la justicia, o porque no haya sido incoado en forma independiente o imparcial, pierde sentido y se desvirtúa el derecho a la defensa jurídica (artículo 19 Nº 3 incisos 2º y 3º de la C.P.R.) y el principio non bis in idem implícito en las normas del artículo 19 Nº 3 (especialmente su inciso 7º).

El desconocimiento de los artículos 79, 19 Nº 7 e), 19 Nº 3, incisos 2º, 3º y 7º y 21 de la C.P.R. necesariamente habrá de repercutir en un debilitamiento o menoscabo del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 19 Nº 3 inciso 5º de la C.P.R. pues, de conformidad con el Estatuto no resultará admisible emplear aquellos recursos procesales que derivan de la Superintencia de la Corte Suprema, o bien, eventualmente obtener la libertad provisional sin el consentimiento de la Corte, o recurrir de amparo frente a la posibilidad de ilegalidad del decreto de detención emanado del mismo tribunal, ni tendrá sentido haber ejercido el derecho a la defensa jurídica frente a la eventualidad de un nuevo proceso.

De esta manera el Estatuto de Roma se opone objetivamente a las disposiciones constitucionales relativas al debido proceso, al destruir, menoscabar o debilitar los supuestos procesales sobre los que descansa.

6. Oposición del Estatuto de Roma con los artículo 32 Nº 16 y 60 Nº 16 de la C. P. R.

Esta oposición resulta al considerar que mientras el artículo 105 Nº 1 del Estatuto de la Corte dispone que las penas privativas de libertad que ésta imponga, tienen carácter obligatorio para los Estados partes, los que no podrán modificarla en modo alguno, los artículos 32

Nº 16 y 60 Nº 16 de la Constitución facultan al Presidente de la República y al legislador, respectivamente, para indultar y amnistiar a las personas que hayan sido condenadas por algún delito. El Estatuto, pues, impediría al Presidente de la República y al legislador ejercer las atribuciones constitucionales que se les concede a través de los artículos 32 Nº 16 y 60 Nº 16.

7. Frente a la eventuales colisiones que resultan de comparar objetivamente los textos de la Constitución y el Tratado de Roma, teniendo presente la eventualidad de su aprobación por el Congreso y de su ratificación por el Presidente, existen, a nuestro juicio, cuatro posibles vías de acción:

Primera Vía. Se procede primeramente a la aprobación del tratado por el Congreso y luego a su ratificación por el Presidente de la República, para después realizar las reformas constitucionales que hagan posible su aplicación.

Desde un punto de vista politico esta vía tiene la ventaja de acelerar, por una parte, el proceso de aprobación, ratificación y entrada en vigencia del tratado, y por otra, la de forzar en cierto modo la modificación posterior de la Constitución a fin de evitar una eventual situación de incumplimiento del tratado que pudiera traer aparejadas eventuales represalias de la Comunidad Internacional. Sin embargo, presenta como inconveniente, primero, el hecho de que condiciona la aplicación efectiva del tratado a una modificación constitucional cuya materialización depende de la voluntad política de la oposición, como tal, siempre incierta y problemática y, en segundo lugar, que, de no obtenerse su concurso, quedará incumplido el compromiso que por la ratificación se contrae en el sentido de satisfacer oportunamente y de buena fe las obligaciones del tratado, situación que podría alentar la aplicación de hecho del tratado con grave desmedro de la imagen de la Constitución. Por último, esta alternativa ofrece también el inconveniente de que se promueve a sabiendas la aprobación y ratificación de un instrumento contrario a la Constitución, con evidente desconocimiento del principio de juridicidad (artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental) [2].

---

2. Esta vía fue utilizada sin embargo en 1991 con la aprobación de la reforma constitucional que hizo jurídicamente posible la concesión de indultos y amnistías a terroristas, de acuerdo a lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a esa época se encontraban en plena vigencia.

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
BIBLIOTECA

Segunda Vía. Primero se reforma la Constitución para luego someter el Tratado de Roma a la aprobación del Congreso y someter a su ratificación.

Esta vía tiene, sin duda, el inconveniente práctico de retrasar la aprobación y ratificación del Estatuto de la CPI hasta el momento de la reforma de la Constitución, pero, por otra parte, parece ser la vía más ortodoxa desde el punto de vista de los requerimientos constitucionales y la normalidad de las relaciones internacionales. En efecto, desde la perspectiva constitucional, el artículo 6° previene que los órganos del Estado habrán de someter siempre su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y que ella obliga a todos los titulares e integrantes de dichos órganos. Por su parte el artículo 7° impone a los órganos del Estado el deber de actuar, dentro del marco de la competencia que les fija la Constitución de modo que ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias podrían atribuirse otra autoridad o derechos, a riesgo de sufrir la nulidad de Derecho Público de sus actos y las responsabilidades y sanciones consiguientes. De lo dicho cabría colegir que el tratado aprobado y ratificado en contraposición a los preceptos de la Constitución, de conformidad con la doctrina predominante recogida por la jurisprudencia de los tribunales, se vería teóricamente afectado ad initio por un vicio de nulidad, insaneable e imprescriptible y en estas condiciones, no podría técnicamente ser validado, por actuaciones posteriores, tales como la aprobación del Congreso y la ratificación presidencial.

Por otra parte, la utilización de esta vía permitiría a los parlamentarios hacer uso de la facultad que les concede el artículo 5° N° 1 en relación con el artículo 82 N° 2 de la Constitución, es decir, evaluar no sólo el mérito, oportunidad o conveniencia del tratado sino, fundamentalmente, su juridicidad, pudiendo, en su caso, requerir al Tribunal Constitucional en orden a que se resuelvan las cuestiones de constitucionalidad que eventualmente pudieran suscitarse. Esta será la única oportunidad con que cuenten las cámaras y los parlamentarios para analizar la juridicidad del tratado y provocar la intervención consecuente del Tribunal Constitucional, desde que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82 N° 2, a este órgano de control corresponde resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten *"durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso"*.

Si, además, se considera que no existe precepto constitucional alguno que disponga un control de constitucionalidad obligatorio para

los tratados que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional, como es el caso del Estatuto de Roma, podría sostenerse con fundamento que a no mediar un requerimiento parlamentario, la aprobación consensuada del tratado por el Congreso habrá de privar irremisiblemente al Tribunal Constitucional de su oportunidad de ejercer un control de constitucionalidad de sus disposiciones (artículos 50 N° 1, 82 N°s 1 y 2 de la C.P.R.).

Las Constituciones europeas que permiten la cesión de competencias a favor de organismos internacionales (Alemania, España, Dinamarca, Suecia, Holanda, Luxemburgo y Grecia) condicionan la aprobación del Tratado respectivo a la previa modificación de la Constitución. Así por ejemplo, la Constitución Española después de disponer que por medio de una ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (artículo 93), que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución *exigirá la previa revisión constitucional".*

El principio, en esencia, también se recoge, en cierto modo, a través del artículo 15 de la LOC 18.918 (1990), sobre el Congreso Nacional, pues con la misma lógica ese precepto desestima la presentación de proyectos de ley que se opongan a la Constitución y que a la vez incluyen normas modificatorias de la Carta Fundamental, poniéndose así de manifiesto que primero debe reformarse la Constitución.

Como puede apreciarse, desde un punto de vista estrictamente constitucional, la vía jurídicamente procedente parece encauzarse en la dirección de una reforma constitucional que anteceda a la aprobación y ratificación del Tratado que nos ocupa.

En la perspectiva de las relaciones internacionales, esta segunda vía de acción es la que menos riesgos ofrece, porque evidencia el sentido de responsabilidad y transparencia de un Estado que se respeta a sí mismo y reconoce abiertamente ante la comunidad internacional la existencia de problemas de constitucionalidad que habrán de resolverse previamente.

De esta manera no se habrán de crear falsas expectativas sobre la aplicación efectiva del tratado ni se pondrá al país en una situación de tener que escudarse en su ordenamiento interno para excusar su inaplicación, en abierta transgresión del Tratado de Viena de 1969.

Tercera Vía. La tercera vía, en extremo purista, cuestiona la posibilidad misma de una reforma constitucional en orden a hacer posible

la aprobación y ratificación posterior de un tratado que conduzca a la degradación o menoscabo de un principio fundamental de la Constitución: el principio de soberanía nacional (artículo 5° de la C.P.R.).

En esta línea de pensamiento una reforma constitucional no sólo debe adecuarse a los requerimientos procedimentales impuestos por la Constitución, sino respetar, además, la idea de organización social del constituyente originario y que fundamentalmente se expresa a través de su parte dogmática. De no ser así el constituyente derivado estaría substituyendo al constituyente originario y traicionando su mandato. En este sentido una reforma constitucional que debilite o menoscabe un principio sobre el cual descansa la existencia misma del ordenamiento institucional, lisa y llanamente no podría materializarse sin efectos la identidad misma de la Constitución. Más aún, ni siquiera podría legitimarse por virtud de una voluntad política surgida de una contingente mayoría electoral, considerando que la soberanía no reside en el pueblo, es decir, en la mayoría electoral a través de la cual se expresa su voluntad, sino en la Nación, ente abstracto representativo de las generaciones pasadas, presentes y futuras. La Nación, pues, no podría ser, despojada de la titularidad de un poder que ha venido construyéndose con el sacrificio de generaciones pasadas y por las generaciones presentes tienen la responsabilidad sagrada de transmitir a las que vendrán. Así, el cambio de la república por una monarquía o del sistema democrático por otro de carácter totalitario, serían reformas que no podrían llevarse a efecto sin destruir la Constitución.

En el marco de esta tercera vía correspondería al Tribunal Constitucional decidir, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 82 N° 2 de la Ley Fundamental, no sólo acerca de si la reforma constitucional adolece de vicios de forma sino, además, sobre la constitucionalidad del contenido mismo del proyecto de reforma constitucional, que haya sido objeto de un requerimiento presidencial o parlamentario.

Cuarta Vía. Existe, por último, otra posible vía de acción a adoptar frente al tratado que aprueba el Estatuto de la CPI: afirmar lisa y llanamente que no existe oposición alguna entre las normas del Estatuto y la Constitución, que todo es cuestión de interpretación. En esta perspectiva las normas del Derecho no son sino la expresión jurídica de situaciones, relaciones y conceptos que se encuentran en permanente evolución. Así, a medida que van cambiando por efecto de las necesidades de integración, los avances de la ciencia y de la técnica, el desarrollo de las comunicaciones y la protección más efectiva de los dere-

chos humanos, así también debe ir modificándose el sentido y alcance de las normas. Empecinarse en la conservación de una misma significación y sentido es sencillamente aferrarse a la voluntad de los muertos y dar la espalda a un futuro en que la globalización económica, social y cultural exige de los Estados el sacrificio de las prerrogativas clásicas de la soberanía y de la territorialidad de la ley penal como una de sus manifestaciones típicas. El intérprete deberá en consecuencia hacer abstracción de las contradicciones objetivas que pueda observar entre la Constitución y el Tratado, diluyéndolas en la consideración de un orden universal y superior que busca asegurar la paz y la justicia entre las naciones.

Aun cuando los fines en que pretende inspirarse esta concepción son irreprochables en sí mismos, creemos que la globalización, por su naturaleza, no parece tener suficientemente en cuenta los valores morales, culturales y los intereses de las naciones, y que la homogenización social a que necesariamente conduce, habrá de orientarse en el sentido que le impriman las potencias más desarrolladas y poderosas.

Creemos igualmente que la evolución económica, social y cultural no se produce con igual intensidad, celeridad y en el mismo sentido en todos los lugares del mundo, lo cual justifica la diversidad de culturas y la diferente predisposición psicológica al cambio.

Por último, cremos que, por razones de seguridad jurídica y a fin de evitar la relativización excesiva de los conceptos políticos y constitucionales, la evolución de la realidad política, económica y social no puede llegar a significar de hecho la abolición total o parcial de los conceptos políticos fundamentales sobre los que se asienta la vida institucional de los pueblos, tales como la soberanía, la jurisdicción, supremacía constitucional y juridicidad. Si es menester modificarlos habrá de recurrirse a los mecanismos de reforma constitucional que precisamente se han concebido para impedir el anquilosamiento y colapso de las instituciones. El ejercicio de estos mecanismos y las reformas que de su empleo resultan habrán de ser la mejor demostración de que los cambios de la realidad fáctica que motivan la reforma constitucional presumiblemente se han producido.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACION SIN CENSURA PREVIA EN EL CONTEXTO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO INTERAMERICANO Y CHILENO

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALA *

1. *Consideraciones previas de contexto jurídico*

La protección de los derechos esenciales constituye un principio general del derecho internacional y base esencial de nuestros ordenamientos jurídicos, existiendo jurisdicción concurrente entre el derecho interno y la jurisdicción internacional o supranacional en la materia.

La afirmación de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales en el derecho internacional positivo contemporáneo constituye desde la perspectiva jurídica, una transformación profunda del derecho internacional ya que implica reconocer en el plano de los Estados que junto al principio de la soberanía se encuentra hoy el principio constitucional y estructurante del orden internacional contemporáneo de los derechos humanos [1].

---

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca.

1. Ver Carrillo Salcedo, Juan Antonio. Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en derecho internacional contemporáneo. Ed. Tecnos. España, 1995. Ferrajoli, Luigi. Derechos y Garantías. Editorial Trotta, Madrid, España, 1999. Travieso, Juan Antonio, Derechos Humanos y derecho internacional. Editorial Heliosta, Buenos Aires, Argentina, 1995. Dupay, Pierre Marie, Droit International Public. Dalloz, 2ª Ed. París, 1993. Zagrebelski, G. El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia. Ed. Trotta, Madrid. 1999. Cassere, A. Los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Ed. Ariel, Barcelona. 1991.

La concepción de la soberanía externa alcanza su máximo esplendor y su momento trágico en la primera mitad del siglo XX con la Segunda Guerra Mundial. En efecto, al término de ella quedó sancionado el fin de la soberanía externa ilimitada, quedando restringida y disminuida la legitimidad de la guerra por el derecho a la paz y la emergencia de los derechos humanos como restricción de la potestad estatal, todo ello en el ámbito del derecho internacional por la Carta de Naciones Unidas, aprobada en San Francisco el 26 de julio de 1945, y más tarde, por la declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada en diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Tales documentos constituyen el inicio de la transformación del orden jurídico mundial en su perspectiva normativa, trayéndolo del "estado de naturaleza" al estado de sociedad civil: la soberanía externa del Estado deja de ser una libertad absoluta y salvaje, quedando subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales que son, por una parte, el imperativo de la paz, y por otra, la tutela de los derechos humanos. La Carta de Naciones Unidas suprime el "ius ad bellum" que había sido hasta entonces el principal atributo de la soberanía externa, lo que se constituye en uno de los aspectos fundamentales de la juricidad del nuevo ordenamiento internacional.

Esta perspectiva se va complementando y progresando con los pactos internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario internacional, comenzando a configurarse un ordenamiento supraestatal, que ya no consiste en un simple pacto de asociación, sino en un pacto a través del cual los Estados se subordinan al bien jurídico superior de la dignidad y de los derechos esenciales de las personas, constituyendo éstos un derecho inmediatamente vinculante para los Estados.

Así, la soberanía estatal externa queda disminuida y limitada, ya que los derechos esenciales de las personas son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los Estados mismos.

La soberanía estatal queda fuertemente disminuida y reducida, ya que tales derechos esenciales de las personas constituyen un lugar en la cúspide del derecho internacional público de carácter imperativo por su significación civilizadora y su alcance universal. En materia de derechos humanos, los Estados tienen obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto en orden a la consecución del bien común internacional. Tales derechos constituyen un patrimonio común de la humanidad y una obligación erga omnes respecto de todos los Estados.

En la segunda mitad del siglo XX se reduce crecientemente el ámbito de la potestad discrecional e ilimitada del Estado. Este por propia voluntad y libremente se somete a un derecho que lo supera y subordina (el derecho internacional de los derechos humanos y sus garantías jurisdiccionales), el cual no se estructura en un tratado de tipo contractual tradicional donde la norma es el interés de las partes; los Estados partes en tratados que aseguran y garantizan derechos esenciales de la persona humana están obligados a cumplir siempre las disposiciones del tratado, aun cuando otro Estado los vulnere, ya que todos ellos se someten a un bien jurídico que los supera y tiene carácter prioritario: el respeto y garantía de los derechos de la persona humana, siendo la humanidad toda la que se resiente con dichas vulneraciones [2].

La persona humana se constituye como sujeto del derecho internacional, aunque limitado y disminuido aun, para activar los organismos internacionales en la protección de sus derechos, aún débilmente protegidos.

La ausencia de garantías adecuadas contra la violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados, hoy debe ser considerada como una laguna que debe ser colmada, con la finalidad de dar eficacia a tales derechos y proteger efectivamente el bien jurídico fundamental de la dignidad de la persona humana.

---

2. Como los ha señalado la *Corte Internacional de Justicia,* en los tratados sobre derechos humanos "los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención". "En consecuencia, en una Convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones" *(Opinión Consultiva CID Recueil 1955, página 23).* Esta concepción de los tratados de materia de derechos humanos es sostenida también por la *Corte Interamericana de Derechos Humanos,* al establecer que estos instrumentos "no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, y en beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" *(Opinión Consultiva OC-82. Serie A N° 2, párrafo 29).*

El Estado contemporáneo de la segunda mitad del siglo XX queda sometido crecientemente a un derecho internacional de los derechos humanos y a un derecho internacional humanitario, en el cual la soberanía o potestad estatal cede ante la valorización fundamental y la primacía de la dignidad de la persona y los derechos humanos, marco dentro del cual se mueve actualmente la potestad estatal, surgiendo así, parodiando con el Estado de Derecho nacional, un Estado de Derecho internacional, tanto en la guerra como en la paz, el cual genera las bases de una Constitución mundial en el ámbito tradicionalmente dogmático de ésta.

Esta perspectiva ha implicado una profunda transformación de la dogmática del derecho constitucional y del derecho internacional público en las últimas décadas.

Por otra parte, siendo derecho internacional el derecho internacional convencional de los derechos humanos prevalece sobre el derecho interno, no sólo porque los Estados han ratificado la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de acuerdo con el procedimiento constitucional previsto en cada caso, sino además porque expresamente las Cartas Fundamentales establecen imperativamente que los derechos esenciales o derechos humanos constituyen un límite de la soberanía, por tanto, del poder constituyente y de los poderes instituidos, como asimismo, porque determinan el deber del Estado de respetar y promover tales derechos, los que son directamente aplicables en nuestros ordenamientos jurídicos por los órganos jurisdiccionales. Ejemplo de ello es la Constitución Chilena de 1980, artículo 5° inciso 2° [3], como asimismo en las constituciones de Argentina (Artículo 75 Párrafo 22), Ecuador (Artículos 17 y 18), Nicaragua (Artículo 46), entre otras.

Una vez incorporado el tratado válidamente al ordenamiento jurídico nacional por su ratificación, debe tenerse presente los principios de ius cogens "pacta sunt servanda" y "bonna fide", codificados en la *Convención de Viena sobre Derecho de los tratados,* los cuales como normas imperativas de derecho internacional deben ser respetadas por los Estados Partes, además de establecer dicha Convención que el dere-

---

3. Dicha disposición determina lo siguiente: "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 encuentran vigentes".

cho convencional internacional válidamente ratificado tiene primacía sobre el derecho interno, no pudiendo un Estado invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas según dispone el artículo 26; el artículo 27, a su vez, determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"[4].

La Convención de Viena define en su artículo 53 lo que para dicha Convención es una norma imperativa de Derecho Internacional General (ius cogens): "Una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificado por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter". Las normas de ius cogens son asumidas y exigidas por la Convención de Viena antes señalada, el mismo artículo 53, a modo ejemplar determina que "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General", a su vez, el artículo 64 dispone que "si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha sostenido uniforme y reiteradamente en sus sentencias que "Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales, está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones".

Todo ello es, además, una consecuencia lógica de que los tratados tienen su fundamento de validez en el derecho internacional y no en el derecho interno. Es un principio jurídico básico que no existe obligación si ella depende de la libre voluntad y actividad del obligado.

A su vez, de acuerdo a las normas de los artículos 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, éstos sólo pueden derogarse conforme a sus propias disposiciones o por concurrir las causales reconocidas por el derecho internacional.

---

4. La Convención de Viena sobre derechos de los tratados ratificados por Chile el 9 de abril de 1981, promulgado por Decreto supremo N° 381 de 1981 y publicado en el Diario Oficial del 22 de junio de 1981.

Chile apoyó decididamente el artículo 27 de la Convención de Viena, Ver Rosales, "La Convención de Viena de 1969 y sus relaciones con el derecho interno". Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N°165, enero-diciembre de 1977, págs. 257 y 263.

La Convención de Viena sobre derechos de los tratados en el artículo 46 establece una sola excepción en materia de aplicabilidad de un tratado, cuando se invoca por un Estado parte para anular su vinculación a la convención respectiva, el hecho de ser concluido por personeros del Estado u órgano de éste sin capacidad para comprometerlo, encontrándose viciado el consentimiento.

1.1. *Los derechos esenciales forman parte de un sistema de doble fuente*

Los derechos esenciales constituyen cada vez más un sistema de doble fuente, el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Así, de acuerdo a las Cartas Fundamentales y por voluntad del constituyente se constituye un bloque constitucional de los derechos, compuesto por los derechos asegurados constitucionalmente y los asegurados por los tratados de derechos humanos ratificados por los Estados y vigentes, existiendo una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de derechos humanos, conjugándose de acuerdo al principio "favor libertatis", "pro cives" o "pro homine", el que exige procurar la alternativa de solución más beneficiosa para las personas y sus derechos esenciales, o la que restringe en menor grado los derechos esenciales asegurados; así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 5/1985.

Para establecer el contenido esencial de los derechos asegurados en nuestros ordenamientos jurídicos, delimitándolos, es necesario precisar el contenido y frontera de cada derecho con el objeto de resolver los conflictos aparentes o reales de derechos dentro del sistema jurídico, lo que exige aplicar correctamente el sistema de fuentes del derecho y de hermenéutica o interpretación constitucional. Puede sostenerse que el derecho de los derechos humanos (con su doble frente nacional e internacional), tiene prelación no sólo sobre el derecho interno sino también sobre el derecho comunitario, como ha sido asumido en los Estados componentes de la Unión Europea.

El principio fundamental en materia de derechos humanos o esenciales es la maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de sus garantías [5].

---

5. Ver Bidart Campos, Germán. La interpretación del sistema de Derechos Humanos, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina. Tratado Elemental de Derecho

A su vez, cuando en el ámbito regional o internacional se establecen organismos y tribunales internacionales o supraestatales a los cuales se les reconocen competencias de supervigilancia y jurisdiccionales vinculantes para los Estados Partes que libre y voluntariamente se han sometido a dichas convenciones, el Estado está abdicando de la exclusividad estatal de la potestad jurisdiccional con plena conciencia de ello sin compulsión alguna. La potestad jurisdiccional de un tribunal internacional o supraestatal nace del consentimiento del Estado, al negociar, aprobar y ratificar libremente el tratado; por tanto, dicho Estado, de buena fe, no podrá alegar interferencia o vulneración de una soberanía o potestad estatal, la cual consciente y constitucionalmente se ha cedido parcialmente. Así sucede, entre otros casos, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su protocolo complementario que le entregan competencias a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para supervigilar y resolver los conflictos jurisdiccionales en la materia.

1.2. *Los derechos esenciales constituyen un límite de la soberanía estatal*

La soberanía no existe en materia de derechos humanos porque ella tiene como límite tales derechos, lo que exige "aggiornarse" culturalmente y superar esquemas dogmáticos que no responden a la realidad de fines y valores del derecho constitucional actual. La soberanía en materia de derechos humanos en la civilización de nuestros días es un fantasma sentado sobre su propia tumba, que no resiste la realidad de aldea global o planetaria que será la realidad del siglo XXI y las nuevas formas de cooperación e integración de las sociedades en el plano político, jurídico, económico, social y cultural.

Existe así una incoherencia o "esquizofrenia" mental cuando conociendo los principios y reglas que rigen en materia de derecho internacional público, libre y voluntariamente se aprueban y ratifican convenciones en materia de derechos humanos, lo que implica reconocer la primacía de sus normas sobre el derecho interno, además de incorporar tales normas a nuestros sistemas jurídicos, para luego de forma

---

Constitucional Argentino, Tomo III: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Reforma Constitucional de 1994. Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina. 1995. Págs. 362-369.

incalificable desconocer sus consecuencias jurídicas, afectando gravemente el honor y la responsabilidad estatal, como asimismo, vulnerando el derecho válidamente incorporado al propio ordenamiento jurídico. La coherencia exige que una vez incorporados válidamente los principios y reglas del derecho internacional de los derechos humanos y las competencias de los tribunales supranacionales respectivos, debe cumplirse de buena fe las obligaciones contraídas, de lo contrario hay incoherencia, se viola el derecho interno y se incurre en responsabilidad internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos incorporado válidamente a nuestros ordenamientos jurídicos, sin perder ni transformar su naturaleza de derecho internacional, forma parte del derecho interno con primacía sobre el mismo derecho de fuente interna, no pudiendo el derecho interno disminuirlo en su preferente aplicabilidad, protección y garantía. Esta es la única perspectiva que fortalece el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales.

Esta perspectiva de responsabilidad y coherencia con los principios del Estado de Derecho Constitucional y los principios generales del derecho internacional exige que los tratados sólo puedan tener control de constitucionalidad en el proceso de su incorporación al derecho interno, control que debiera ser obligatorio y quedando inhibido el control de constitucionalidad cuando las normas del derecho internacional se han incorporado válidamente al derecho interno, ya que de lo contrario se vulnera conscientemente y de mala fe el principio esencial de primacía del derecho internacional válidamente incorporado, además, quedaría facultado el Estado para determinar unilateralmente si cumple o no sus obligaciones internacionales. Coherentemente con el principio de buena fe y de seguridad jurídica no puede existir control de constitucionalidad represivo de tratados, ya que éstos no son "preceptos legales", no son normas jurídicas internas aprobadas por los órganos constituyentes o colegisladores del Estado sino que son normas internacionales que expresan la voluntad de dos o más Estados. La conciencia jurídica civilizada contemporánea así lo exige. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados no excusa las violaciones o incumplimiento de los tratados.

Al aprobar y ratificar un tratado o convención internacional, en especial en materia de derechos humanos, como es entre otras, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), los Estados saben que tienen el deber de dotar de eficacia directa a tales derechos de

acuerdo al artículo 1° de dicha Convención, el cual establece : "1. Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..." asimismo, de acuerdo al artículo 2° de la CADH, existe el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarios para dar plena eficacia a los derechos. Dentro de las medidas de "otro carácter", se encuentran las resoluciones judiciales que deben implementar los jueces como órganos jurisdiccionales del Estado, los cuales tienen el deber no sólo de respetar, sino también de promover los derechos esenciales.

Por otra parte, existe el principio implícito en los ordenamientos jurídicos que han aceptado incorporar el derecho internacional convencional de los derechos humanos, que el bloque de derechos esenciales asegurados debe interpretarse de conformidad con los órganos de interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, libre y voluntariamente aceptado por los Estados partes, principio que es del todo recomendable explicitar constitucionalmente como lo hacen la Constitución Española de 1978 y la Constitución Colombiana de 1991, entre otras Cartas Fundamentales contemporáneas.

1.3. *Resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana y Cosa Juzgada interna*

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus criterios interpretativos deben ser aceptados e implementados por los tribunales internos, quedando entregados los medios procesales a los que determine el Estado parte como convenientes para asegurar el resultado y cumplimiento de lo determinado por el tribunal supranacional. Así, el Estado Parte y sus órganos, incluidos entre estos últimos los tribunales de justicia competentes, deben dar ejecución a las sentencias, debiendo realizarse una revisión nulificadora de las resoluciones judiciales internas consideradas contrarias a los derechos esenciales por el tribunal supranacional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es indispensable, que los Estados arbitren las medidas necesarias para que se dé cumplimiento de buena fe a las resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana y de otros tribunales supranacionales o internacionales a los cuales los Estados les hayan reconocido competencia jurisdiccional, ya que ellos son tribunales que se han incorporado al ordenamiento jurídico interno con potestad de

revisión de las sentencias de los tribunales jurisdiccionales nacionales. Ello implica, con un mínimo de coherencia, que no existe cosa juzgada material hasta que el tribunal internacional o supranacional que el Estado ha dotado de potestad jurisdiccional se pronuncie o prescriba la acción para recurrir ante el mismo.

El principio de cosa juzgada es una materia que queda entregada generalmente a reserva legal en nuestros ordenamientos jurídicos, pudiendo también ser regulada por los órganos de soberanía a través de tratados internacionales.

En esta materia, debe señalarse que la cosa juzgada no constituye una garantía del debido proceso en la CADH ni en el texto de nuestras constituciones por regla general. Además, consideramos *que la cosa juzgada no existe en sentencias írritas,* las cuales no son propiamente sentencias y carecen de validez jurídica. La doctrina comparada ha asumido la revisión de la cosa juzgada nula. Ejemplos de ello es cuando se ha vulnerado el derecho a un tribunal objetivo e imparcial; cuando se ha vulnerado el derecho a defensa jurídica técnica eficaz; cuando se ha vulnerado la racional y justa investigación o proceso; cuando se ha vulnerado el debido proceso por dolo o fraude, por sentencia arbitraria, por pruebas o testimonios falsos; entre otras materias.

El cumplimiento de una sentencia de un tribunal internacional o supranacional que ha determinado que la sentencia de carácter nacional no cumple con el carácter de sentencia válida y respetuosa de los derechos antes señalados, es fundamento suficiente para revisar o rehacer el proceso.

La Corte Interamericana ha admitido la revisión de sus propias sentencias firmes, aun cuando el artículo 67 de la CADH determina que sus sentencias son definitivas e inapelables. En tal sentido cabe señalarse la revisión de la sentencia en el caso de Genie Lacayo de fecha 29 de enero de 1997, resolución del 13 de septiembre de 1997, párrafo décimo. La revisión de sentencias írritas constituye una norma común en materia de tribunales tanto nacionales como internacionales. En el caso de los tribunales internacionales, podemos señalar la Corte Internacional de Justicia (art. 61); la Convención de La Haya sobre solución Pacífica de controversias internacionales (art.83); el Estatuto del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (art.12); y el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.

El destacado jurista y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Profesor Cançado Trindade, ha determinado que

el recurso de revisión, aunque restrictivo, debe admitirse ante una aparente vacatio legis por imperativo de justicia natural.

A su vez, *la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en su *Opinión Consultiva 8/86, párrafo 29,* ha determinado que no corresponde invocar razones de orden público para sostener la cosa juzgada cuando ella implica vulneración de derechos esenciales, ya que el objetivo esencial del orden público es precisamente, la protección de los derechos esenciales y las condiciones de progreso material y espiritual del conjunto de las personas que forman parte de una sociedad política.

Existen en el derecho comparado diversos casos de revisión de sentencias pasadas en cosa juzgada formal y material que han sido revisadas luego de decisiones en las cuales se ha constatado la vulneración de derechos esenciales, por parte de las judicaturas nacionales y éstas han revocado producto de la revisión en sede jurisdiccional internacional sus propias decisiones jurisdiccionales. Un ejemplo en el ámbito del derecho europeo, está constituido por el caso "Bultó", en España, 1992, donde en un proceso penal el Sr. Bultó fue condenado a cumplir una pena de prisión, la cual fue confirmada por el Tribunal Supremo Español, frente a lo que se interpuso un recurso de amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional, el cual también confirmó la sentencia del Tribunal Supremo. La persona afectada recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos, la que determinó que se habían vulnerado las garantías del debido proceso. Dicha sentencia fue enviada al Tribunal Constitucional Español, el cual en base al fallo de la Corte Europea anuló su propia sentencia y la del Tribunal Supremo, estableciendo la necesidad de realizar un nuevo proceso. Además, el Tribunal Constitucional Español solicitó a los órganos colegisladores que dictaran la normativa correspondiente para la ejecución de las sentencias internacionales emanadas de la Corte Europea de Derechos Humanos, lo cual los órganos colegisladores no lo han concretado.

Por otra parte, en Argentina, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, en el cual, luego de las diversas instancias, la Corte Suprema determinó su condena por el delito de desacato por haber injuriado a un Ministro de la Corte. El afectado recurrió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual utilizando el procedimiento de solución amistosa contemplado en el artículo 48, párrafo primero, literal f) de la CADH, determinó que frente a la vulneración por parte del Estado Argentino de los derechos del Sr. Verbitsky a un Tribunal independiente e imparcial, a la libertad de expresión y a la igualdad

ante la ley, posibilitó que el Estado Argentino enmendara su conducta, a través de la presentación por parte del Sr. Verbitsky, de un recurso de revisión ante la Corte Federal de Buenos Aires, sala primera, la cual, luego de recibir el informe del Fiscal hace lugar al recurso, luego la Corte Nacional de Casación Penal absuelve al señor Verbitsky en sentencia del 24 de febrero de 1994 (J.A. 1995-II-592), dejando sin efecto la pena. Además de ello, los órganos colegisladores argentinos derogaron la figura de desacato de la Ley 24.198 considerada contraria al derecho de igualdad ante la ley

De acuerdo a esta perspectiva, *tampoco hay violación del debido proceso en el principio NON BIS IN IDEM,* ya que el juzgamiento por el Tribunal Internacional respecto del caso juzgado nacionalmente, sólo se produce cuando dicho juzgamiento es vicioso y, por tanto nulo, por no respeto de las garantías básicas de un juicio objetivo, desarrollado por un tribunal independiente e imparcial, con las garantías del debido proceso, afectándose los derechos esenciales en forma grave a través de una sentencia arbitraria.

En el contexto latinoamericano, diversas salas constitucionales de Corte Suprema y Tribunales Constitucionales dan ejecución a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y siguen los principios emanados de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta es la única perspectiva compatible con la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado en una concepción coherente y una interpretación sistemática y finalista. Si se deja sin ejecución las resoluciones del tribunal internacional o supranacional se vulnera el derecho a la protección jurisdiccional asegurados en nuestras constitucionales en armonía con el artículo 8° de la CADH, integrados en una interpretación sistemática y finalista.

No tiene sentido ni utilidad alguna otorgar competencia a un tribunal supranacional o internacional para pronunciarse sobre la protección de derechos esenciales si luego tal sentencia no se refleja de manera adecuada y no se le reconoce imperio por los órganos jurisdiccionales internos. El órgano jurisdiccional interno debe dejar de aplicar por sí mismo, cuando resulte necesario, cualquier norma estatal opuesta al derecho internacional convencional de los derechos esenciales sin necesidad de esperar que tal norma estatal sea derogada o reformada, guiándose por el principio de dotar de fuerza aplicativa preferente a la norma del derecho internacional que mejor protege el derecho esencial

o que lo afecta menos y de efecto útil a las resoluciones judiciales supranacionales.

Así, la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales van conformando la cúspide de la pirámide normativa del derecho internacional y del derecho nacional, constituyéndose en el parámetro básico y fundamental del derecho interno, del derecho comunitario naciente y del derecho internacional, constituyéndose en el germen de la parte dogmática de un constitucionalismo regional.

LA LIBERTAD DE OPINION E INFORMACION SIN CENSURA NI RESTRICCIONES PREVENTIVAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y CHILENO

La Constitución asegura en el artículo 19 N°12 "la libertad de emitir opinión y la de informar, *sin censura previa,* en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometen en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado"

Esta perspectiva se refuerza con la integración de los derechos contenidos en la CADH al bloque constitucional de derechos esenciales asegurados por nuestro ordenamiento jurídico en virtud del art. 5° inciso 2° de la Carta Fundamental.

En èfecto en el artículo 13, la CADH, establece lo siguiente:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

"2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesario para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o.

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicos.

"3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres o aparatos usados en la difusión de información, o por cualesquiera otros

medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

"4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2°.

"5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Integrando la disposición constitucional armónicamente con el artículo 13 de la CADH, puede sostenerse que la libertad de expresión, que comprende los conceptos de libertad de opinión e información, consiste en el derecho de toda persona a emitir juicios valorativos, ideas y concepciones, como asimismo, buscar, recibir y difundir el conocimiento de hechos, datos o situaciones determinadas de relevancia pública, de cualquier forma (oral, escrita, artística, etc.) y por cualquier medio (prensa, radio, televisión, computación, fax, internet, satélite, etc.), sin censura ni restricciones preventivas, aun cuando tal ejercicio está sujeto a responsabilidades ulteriores fijadas previamente por la ley y destinadas al respeto de los derechos a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicos. Tal derecho así delimitado tiene como únicas excepciones que posibilitan restricciones preventivas las contenidas en el párrafo 4° del artículo 13 de la CADH que autoriza la censura previa únicamente con el objeto de regular el acceso a espectáculos públicos de menores con la finalidad de proteger la moral de la infancia y la adolescencia, como asimismo, las suspensiones o restricciones del ejercicio de la libertad de expresión durante la vigencia de un Estado de excepción constitucional compatible con las exigencias del artículo 27 de la CADH y el artículo 4° del P.I.D.C. y P. de Naciones Unidas.

La libertad de opinión e información asegurada por la Constitución Chilena en su Artículo 19 N° 12 y la libertad de expresión asegurada por la Convención Americana de Derechos Humanos en su Artículo 13, armonizadas debidamente, permiten afirmar que toda persona tiene derecho no sólo a expresar sus ideas y juicios, sino que también tiene la libertad para buscar, transmitir o comunicar, emitir, publicar o difundir, y recibir ideas e informaciones de todo tipo.

La información está determinada por la actividad que se concreta a través de diversas técnicas que comprende la difusión de comentarios, opiniones, hechos y acontecimientos.

Existe información o comunicación de masas cuando un mensaje significativo es dirigido de manera unilateral y, generalmente indirecta, a través de medios tecnológicos de difusión a un público indeterminado, generalmente heterogéneo y disperso.

La libertad de información asume y amplía la libertad de prensa en su concepción clásica.

Cuando se vulnera la libertad de opinión o de información mediante censura o restricciones preventivas se viola el derecho de la persona afectada de emitir sus juicios o ideas o de trasmitir dichas ideas o determinados hechos a terceros, como asimismo se vulnera el derecho de todas las demás personas a recibir tales informaciones u opiniones. Tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos [6], la libertad de expresión tiene dos dimensiones, una individual, el derecho de cada persona a manifestar sus juicios e ideas y a trasmitir éstas, como así mismo, datos e informaciones a terceros ; la otra dimensión es colectiva y social, el derecho a las personas a recibir cualquier información, como asimismo, el derecho de conocer las opiniones e informaciones que expresen los demás (OC-5/85. Serie A N° 5, Párrafo 30).

El derecho a emitir juicios e ideas, como asimismo, a trasmitir dichas opiniones y datos o acontecimientos de relevancia pública a terceros, comprende el derecho a utilizar cualquier forma de expresión (oral, escrita, artística, etc.) y cualquier medio adecuado para difundir las opiniones o informaciones (libros, prensa, radio, cine, tv, internet, satélite, cable, e-mail, etc.). El derecho a expresarse y a difundir lo expresado están intrínsecamente unidos, de manera que toda limitación o restricción a las posibilidades de trasmitir a terceros opiniones o informaciones, constituye una afectación del derecho a la libertad de expresión.

En síntesis, la libertad de expresión exige la libre emisión por parte del sujeto emisor como la libre recepción del destinatario individual o colectivo, determinado o indeterminado.

---

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85 DEL 13 DE Noviembre de 1985. Serie A N° 5.

Las dimensiones individual o colectiva o social de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. Ello hace inadmisible invocar el derecho a la información veraz para fundamentar censura o restricciones preventivas destinadas a eliminar informaciones consideradas falsas a criterio del censor oficial, sea éste cualquier organismo público, gubernamental, administrativo, judicial o legislativo. También es inadmisible que se constituyan monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación social con la finalidad de moldear o manipular la opinión pública según un solo enfoque o perspectiva, impidiendo la transmisión plural de las informaciones u opiniones (ver OC-5/85, Párrafo 33).

La libertad de opinión y de información constituye una piedra angular de los regímenes democráticos, sin la cual no existe opinión pública informada, posibilitando el control ciudadano de los agentes de ejercicio del poder estatal y la transparencia de la vida pública, permitiendo el conocimiento y circulación de todas las opiniones e informaciones de relevancia pública.

Esta libertad de información se concreta, principalmente, en nuestra sociedad contemporánea, a través de los medios de comunicación social o de masas, que son aquellas instituciones en virtud de las cuales grupos especializados emplean recursos tecnológicos para difundir contenidos simbólicos significativos a un público heterogéneo y diseminado. Tales contenidos están constituidos por ideas, opiniones, relatos de acontecimientos y su interpretación, productos culturales y artísticos, de diversión, entre otros.

La pluralidad de medios de comunicación social, con diversos enfoques y orientaciones, la existencia de una prensa libre, es una garantía institucional de la democracia, ya que estos medios son el vehículo a través del cual se concreta y materializa la libertad de expresión. De manera tal que las condiciones de funcionamiento de los medios de comunicación social deben adecuarse a los requerimientos de la libertad de opinión y de información, ello excluye los monopolios públicos o privados sobre tales medios, como la protección efectiva de la libertad e independencia de los periodistas en el ejercicio de sus funciones (Ver OC-5/85, Párrafo 34).

Tales principios y su concreción práctica exigen una libertad y pluralidad de empresas periodísticas, como asimismo la defensa del secreto profesional periodístico, lo que requiere una regulación jurídica de la empresa periodística y de la actividad periodística en ella, entre otros aspectos.

La libertad de opinión y de información está al margen de toda censura previa, lo que preserva a las opiniones e informaciones del previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir o a comunicar.

La censura está constituida por el control, el examen o permiso a que se somete cualquier texto con anterioridad a su comunicación al público, tiene un carácter preventivo y su objeto es acallar las críticas a las diversas manifestaciones del poder temporal o religioso, realizado por cualquier órgano del Estado [7].

Barrancos y Vedia, citados por Ekmekdjian determinan que censura es toda amenaza, advertencia u otra forma, que "los órganos de cualquiera de los tres poderes del Estado dirijan a los medios de prensa, cuando tengan carácter intimidatorio" [8].

A su vez, Néstor Pedro Sagüés determina como censura previa "cualquier acto u omisión que inhabilite la publicación de algo (no provisión de papel, intervención arbitraria de una empresa periodística) o que tienda a influir en esa publicación o que dificulte que el producto informativo llegue normalmente a la sociedad" [9].

El Tribunal Constitucional español ha señalado que es censura "toda intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales" (S.T.C.E 176/1995, F.J.6), el mismo tribunal ya habría señalado anteriormente que "la verdadera censura previa" consiste en cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlos depender del previo examen oficial de su contenido". (S.T.C.E. 53/1983) [10].

La ausencia de previo control de la autoridad implica no sólo la ausencia de control gubernamental, sino también de control administrativo y jurisdiccional. La responsabilidad por las opiniones emitidas o la relación de los hechos o juicios emitidos a través de un medio de comunicación social no implica que no exista responsabilidad o accio-

---

7. Ver Ekmekdjian, Miguel Angel. Ed. Depalma, Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina 1996, pág. 38.

8. Ver Ekmekdjian, Miguel Angel. Op.cit, 1996, pág. 45.

9. Sagüés, Néstor Pedro. Elementos de Derecho Constitucional. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1997. Tomo 2, pág. 356.

10. Ver Herrero-Tejedor, Fernando. Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión. Ed. Colex. España, 1998, pág. 184.

nes posteriores a la publicación o difusión de las opiniones o informaciones, las que pueden ser civiles o penales.

La actividad judicial en la materia sólo puede ser ejercida una vez que la opinión, expresión, publicación, información se haya vertido, ya que sólo después de su emisión puede producirse colisión y afectación de otros derechos garantizados constitucionalmente.

CONSIDERACIONES SOBRE LA CENSURA PREVIA Y LAS RESTRICCIONES PREVENTIVAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El tema de la censura y las restricciones preventivas han sido objeto de interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-5/85, sobre colegiación obligatoria de periodistas, y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H), informe N°11/96, "Caso Martorell" y el informe 69/98, caso La última tentación de Cristo, el que actualmente se encuentra pendiente de resolución por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

INTERPRETACION DE LA CORTE INTERAMERICANA

La Corte Interamericana en la OC-5/85 solicitada por el Gobierno de Costa Rica sobre la colegiación obligatoria de periodistas, realiza una interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H).

A) La censura previa queda prohibida en todo caso y a ella se equipara toda medida preventiva:

"... En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por Convención.

"39. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas.

b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley.

c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlos, y

d) Que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar" los mencionados fines.

Todos estos requisitos debe ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.

A) Las restricciones a la libertad de expresión son compatibles con la CADH sólo si se dirigen a asegurar los fines legítimos establecidos en el art.13.2.

B) La Corte Interamericana reconoce la inspiración del artículo 13 de la CADH en el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando las diferencias:

"En realidad, *el artículo 13 de la Convención Americana,* el que sirvió de modelo en parte al artículo 19 del Pacto, *contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa*" (párrafo 43 de la Opinión Consultiva 5/85).

A su vez, agrega en el párrafo 50 de la misma Opinión Consultiva que "la comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y el Pacto (artículo 19) demuestra claramente que *las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas*".

Así, la Corte Interamericana ha determinado que lo prohibido no es sólo la censura previa, sino que, además, cualquier medida de carácter preventivo, de acuerdo con el artículo 13.2 de la CADH, siendo posible sólo "responsabilidades ulteriores", expresión que se ocupó intencionalmente para reemplazar las expresiones "ciertas restricciones" que empleaba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19.3 que usó de inspiración el artículo 13.2 de la CADH.

El régimen de libertad de expresión por el que opta deliberadamente la CADH es menos restrictivo que los establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C. y P.) y la Convención Europea de Derechos Humanos (C.E.D.H). Como señaló el juez de la Corte Interamericana Pedro Nikken "... lo que es legítimo según el P.I.D.C. y P. o según la C.E.D.H., puede ser ilegítimo en América, por apartarse de la Convención Americana (O.C.5/85, declaración N°5).

Así, la Corte acepta como concepción de la libertad de expresión asegurada en la CADH la "prior restreint, doctrina o regla de Blacktone", permitiendo sólo la excepción de la censura previa de espectáculos en orden a calificarlos para la protección moral de la infancia y adolescencia, aun cuando la expresión inglesa utilizada por la Convención es "prior cersorship" (censura previa), aun cuando el resultado es el mismo, ya que lo que se busca es admitir sola y exclusivamente responsabilidades ulteriores, impidiendo toda acción preventiva que afecta el ejercicio de la libertad de expresión gubernativa, sea desarrollada por la administración o la judicatura.

2.2. *La interpretación de la C.I.D.H. Informe N°1196. Caso 11.230 (Chile) del 3 de mayo de 1996. (Caso Martorell): Conflicto libertad de expresión y derechos a la privacidad y honor*

Uno de los temas relevantes que han debido ser considerados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es la relatividad de los derechos o su carácter de absolutos en el ámbito de sus propias fronteras (contenido esencial de los derechos). Asimismo, ha debido pronunciarse sobre el tema de la jerarquización de los derechos.

Uno de los casos más relevantes en que ha abordado esta materia es el caso Martorell. En dicho caso los órganos jurisdiccionales chilenos a través de una acción de protección (amparo, en el derecho comparado), en virtud a la honra y a la privacidad impide el ingreso y circulación del libro Impunidad Diplomática, ya que bajo el pretexto de describir las circunstancias que llevaron al alejamiento de sus funciones del embajador de Argentina en Chile se realizan ataques a la honra y privacidad de personas cuya gravedad exigía una solución pronta por ser el perjuicio a la honra de ellas irreparable. Entendiendo además, que la protección a la honra prevista en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Chilena (en términos similares al Artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos), entraba en colisión con el derecho a la libertad de expresión asegurado por el Artículo 19 N° 12 de la Constitución y el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos, considerando legítimo restringir la libertad de expresión en virtud del derecho a la honra de personas privadas. Expresando la Corte Suprema en su sentencia de 30 de Junio de 1973, que resolvía el conflicto o colisión de derechos, sosteniendo la primacía del derecho a la honra respecto a la libertad de expresión, atendiendo a la ubicación lexicográfica

de dichos derechos en el texto constitucional chileno, donde el derecho a la privacidad y al honor se encuentra ubicado en el Artículo 19 N° 4, mientras que la libertad de información se encuentra ubicado en el Artículo 19 N° 12.

La C.I.D.H. complementa y ratifica la interpretación ya desarrollada por la Corte Interamericana.

En efecto, la C.I.D.H. a propósito del artículo 13.2 de la CADH señala respecto de este principio:

"es claro en el sentido de que la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo. La excepción es la norma contenida en el párrafo 4, que permite la censura de los espectáculos públicos para la protección de la moralidad de los menores. La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de responsabilidad ulterior".

Así lo reafirma el párrafo 58 de la resolución de la C.I.D.H. considerada:

"El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que la incumben.

A su vez, frente a la posición de la Corte de Apelaciones y Corte Suprema chilenos que habían sostenido un conflicto de derechos entre la libertad de información y el derecho a la privacidad y honra, resolviéndolo a favor de estos últimos derechos, determinando su prevalencia respecto de la libertad de información, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos invoca los artículos 29 y 32.2 de la CADH de contenido interpretativo, rechazando el planteamiento del Estado chileno de preferir el honor sobre la libertad de expresión:

"El artículo 29 establece que: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados partes, grupos de personas, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

"Por su parte, el artículo 32, párrafo 2°, dispone:

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

"La Comisión considera que la interpretación de los derechos contenidos en estos artículos no presenta, como sostiene el Gobierno de Chile, un conflicto de diferentes principios entre los que haya que escoger".

Agrega la C.I.D.H. que "la forma de proteger la honra que ha utilizado el Estado de Chile en el presente caso es ilegítima. Aceptar el criterio utilizado por Chile en el caso del Señor Martorell implica dejar al libre arbitrio de los órganos del Estado la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión que consagra el artículo 13 de la Convención Americana.

"Al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el artículo 11 de la Convención Americana —y al aplicar las disposiciones pertinentes del derecho interno sobre esa materia— los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho de libertad de expresión. La censura previa, cualquiera que sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el artículo 13 de la Convención. "El posible conflicto que pudiese suscitarse de la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención a juicio de la Comisión, puede solucionarse recurriendo a los términos empleados en el propio artículo 13".

De esta forma, la C.I.D.H. reafirma la posición de la Corte Interamericana, en el sentido de que el ejercicio de la jurisdicción o tutela judicial preventiva de daños a derechos esenciales constituye una censura previa judicial, incompatible con el artículo 13 de la CADH, tanto por su tenor literal y su finalidad, como asimismo, por la interpretación que han desarrollado de la misma institución sus órganos competentes de aplicación, la C.I.D.H. y la Corte Interamericana.

De esta forma, sólo cabe la consagración de responsabilidades ulteriores como vía legítima exclusiva de restricción de la libertad de expresión, para proteger los derechos de los demás, la seguridad y el bien común.

La perspectiva asumida por la C.I.D.H. y la Corte Interamericana se refuerza con algunos principios hermenéuticos básicos aplicables en materia de derechos humanos, entre ellos: 1) la libertad es la regla y las limitaciones son excepciones que deben interpretarse restrictivamente; 2) el principio "favor libertatis" o "pro cives" que obliga a interpretar los derechos en el sentido que permita el mayor desarrollo y ejercicio de ellos; 3) la fuerza expansiva de los derechos.

El Artículo 13 Párrafo 2° de la C.A.D.H., que permite o autoriza restricciones a la libertad de expresión, debe interpretarse en sentido

restrictivo y sólo con las finalidades que prevé el propio texto del artículo 13.

Por otra parte, la protección de la privacidad y del honor mediante responsabilidades ulteriores es una protección efectiva del honor, aunque no tiene una eficacia total como no la tiene ninguna norma del ordenamiento jurídico.

La tutela judicial preventiva puede generar niveles de inseguridad importantes, o constituir censura previa cuando no existe una magistratura plenamente independiente del gobierno, o cuando los magistrados no tienen una formación adecuada en materia de derechos esenciales.

Que las sociedades democráticas libres están expuestas a ciertos abusos de la libertad, riesgos que no existen en las sociedades autocráticas autoritarias o totalitarias es un hecho, ya que en estos últimos existe fuertes restricciones a la libertad y el ejercicio de los derechos. Este es el riesgo de asumir la opción de la libertad en una sociedad democrática.

La interpretación jurídica exige asumir el derecho positivo vigente y la correcta aplicación de las fuentes del derecho existentes en ese ordenamiento jurídico, aplicando el derecho de acuerdo con los valores y finalidades que el propio ordenamiento jurídico establece y no según, las particulares concepciones técnicas o axiológicas del intérprete.

En tal sentido, es necesario asumir por parte de todos los órganos del Estado, el deber constitucional de garantizar los derechos esenciales asegurados y garantizados por la Constitución, como por los tratados internacionales ratificados y vigentes. Ello exige la aplicación de los derechos en las condiciones que establecen los tratados para su vigencia, vale decir, como rigen en el derecho internacional, incluyendo las interpretaciones vinculantes de ellos en virtud de su propio sistema jurisdiccional, lo que significa aplicar de buena fe los derechos, en este caso, el derecho a la libertad de expresión en los términos de la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana y la resolución del Informe 11/96 del Caso Martorell, de la C.I.D.H.

Podemos concluir así que la acción jurisdiccional o tutela preventiva por amenaza de derechos esenciales (honor o privacidad), derivadas del ejercicio del derecho a la libertad de expresión o información está prohibida considerando el bloque de constitucionalidad de la libertad de opinión e información, mientras forme parte de dicho bloque el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

TRATADO Y LEY
PLAZO PARA REQUERIR AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

ANA MARIA GARCIA BARZELATTO *

1. PLANTEAMIENTO GENERAL:

Con fecha 24 de junio de 1999 el Tribunal Constitucional pronunció una sentencia con motivo del requerimiento presentado por un grupo de senadores para que declarase la inconstitucionalidad del Acuerdo celebrado entre Chile y Argentina para precisar el recorrido del límite desde el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet (Rol N° 288).

Antes de analizar el fondo de la materia cuestionada, el Tribunal se pronunció sobre la admisibilidad del requerimiento examinando si cumplía con los requisitos constitucionales

Entre tales requisitos, se refirió a los siguientes: a) Al artículo 82 inciso primero N° 2 en cuanto señala como atribución del Tribunal Constitucional "resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso"; y b) Al artículo 82 inciso cuarto, en cuanto expresa que el Tribunal sólo podrá conocer el requerimiento "siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley".

---

* Profesora de Derecho Político y Constitucional de la Universidad de Chile.

Al tenor de lo indicado, el Tribunal debe resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten en tres casos que el constituyente ha señalado expresamente. Esto es, durante la tramitación de: a) un proyecto de ley; b) un proyecto de reforma constitucional; y c) un tratado internacional. El plazo u oportunidad para requerir al Tribunal es "antes de la promulgación de la ley".

En los dos primeros casos, no se presenta problema alguno con la determinación del plazo, porque cuando se trata de una ley el plazo de promulgación es de diez días contados desde que ella sea procedente, según lo preceptuado en el artículo 72 de la Carta; y, tratándose de un proyecto de reforma constitucional, el plazo es el mismo, salvo que el Presidente consulte a la ciudadanía mediante un plebiscito, en cuyo caso el plazo de promulgación es de cinco días contados desde que el Tribunal Calificador de Elecciones comunique al Presidente el resultado del plebiscito (artículo 119).

La determinación del plazo, en cambio, no es tan clara, y suscita problemas cuando se trata de conocer la constitucionalidad de un tratado internacional. Así quedó demostrado con la dictación del fallo en estudio, el cual concluyó que el requerimiento presentado en relación al Acuerdo Internacional celebrado entre Chile y Argentina era inadmisible por extemporáneo, es decir, por haberse presentado fuera de plazo. El fallo se acordó con un voto de disidencia.

Al respecto, cabe plantearse algunas interrogantes. ¿Cuál es el plazo para requerir al Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de un proyecto de tratado?. ¿La oportunidad que se determina en el inciso cuarto del precitado artículo 82, esto es "antes de la promulgación de la ley" es aplicable también a los tratados o sólo se refiere a la ley y al proyecto de reforma constitucional?. ¿Es posible distinguir entre la tramitación legislativa de un proyecto de ley y la aprobación de un tratado para los efectos de determinar el plazo para requerir al Tribunal Constitucional?.

2. ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE LA TRAMITACION LEGISLATIVA DE UN TRATADO INTERNACIONAL Y UN PROYECTO DE LEY:

Tratado y ley son fuentes de derecho diferentes. La palabra "ley" tiene muchos significados, y sin entrar a profundizar, se consideran leyes ordinarias o comunes aquellas "que se han sometido en su generación al

procedimiento dispuesto para su formación y respetado por el órgano al que se ha confiado la función de dictarlas. El principio básico es, pues, que las leyes emanen del órgano legislativo, se sujeten al procedimiento propio para establecerlas y contengan reglas de conducta generales, abstractas, predeterminadas, principales y permanentes (Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Constitucional, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición 1997, p. 469). Se acostumbra, no obstante, llamar leyes a preceptos que, en principio, no debieran considerarse tales, por no reunirse respecto de ellos el triple supuesto: orgánico, formal y material, como son, por ejemplo, los decretos con fuerza de ley, los decretos leyes y los tratados internacionales.

Por otra parte, se considera tratado "un convenio internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional"(Convención de Viena, artículo 1 letra a.)

La Constitución de 1980 decanta la distinción entre tratado y ley en varios preceptos: el artículo 50 N° 1 expresa que la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley; y el artículo 82 No 2 distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Queda, entonces, de manifiesto que en nuestro ordenamiento existen claras distinciones entre la ley y el tratado.

El constituyente de 1980, del mismo modo que el de 1925, estableció trámites especiales para que los tratados sean aplicables en el orden interno. Así, con posterioridad a su aprobación por el Congreso procede el trámite de la "ratificación" por el Presidente de la República conforme lo indica el No 17 del artículo 32 de la Constitución. La ratificación es la aceptación , aprobación o confirmación del tratado por el Presidente y mediante ella el Estado manifiesta su intención de quedar internamente obligado por un tratado suscrito con anterioridad.

La ratificación es una facultad privativa del Presidente de la República y, en cuanto tal, es discrecional y carece de plazo para realizarla.

Hecha tal ratificación, corresponde que por medio de un decreto supremo se ordene la promulgación y publicación del tratado en el Diario Oficial, a fin de que éste se tenga como ley de la República.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con la ley, cuyo plazo de promulgación se encuentra expresamente señalado en el artículo 72 de la Constitución, siendo de diez días contados desde que ella sea procedente, el plazo de promulgación de los tratados no está previsto en el texto constitucional. No existe una disposición que indique en forma

expresa el plazo que tiene el Presidente de la República para promulgar un tratado.

Según lo expresa el Tribunal Constitucional en el fallo en estudio, la promulgación y publicación de los tratados "obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia" (considerando 7).

Han surgido, entonces, legítimas dudas en cuanto a cuál es el límite temporal que tienen los órganos habilitados para formular requerimiento en el caso de un proyecto de tratado internacional.

3. PROBLEMAS SUSCITADOS EN LA PRACTICA CONSTITUCIONAL:

La ausencia de plazo expreso para promulgar un tratado internacional ha conducido a que se produzcan en la práctica constitucional chilena casos de convenios aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente, y que, sin embargo, han quedado sin promulgar durante décadas.

Así, por ejemplo, el "Pacto Internacional de derechos civiles y políticos" se aprobó el 16 de diciembre de 1966 durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva; fue ratificado en el gobierno de Salvador Allende el 10 de febrero de 1972; promulgado el 30 de noviembre de 1976 durante el gobierno de Augusto Pinochet, y publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989. Igualmente, el "Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales", fue aprobado en 1966, ratificado en 1972, promulgado en 1976 y, finalmente, publicado en 1989.

Como se puede observar, transcurrieron diez años entre la aprobación por el Congreso y la promulgación de estos convenios. De modo tal que el término "antes de la promulgación de la ley" resulta indeterminado para requerir al Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de un tratado, porque no existe una fecha exacta para la promulgación de los tratados, ni mucho menos para la ratificación, que es un acto discrecional, lo que crea una situación de incertidumbre interna y externa reñida con la certeza que deben tener las normas en un Estado de Derecho.

4. ANALISIS DEL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Con motivo del requerimiento planteado al inicio de esta ponencia, el Tribunal Constitucional se pronunció mediante la sentencia Rol N° 288, de 24 de junio de 1999. En ella expuso interesantes consideraciones en cuanto a si la oportunidad que se determina en el inciso cuarto del artículo 82 para promover la cuestión de constitucionalidad, es aplicable también a los tratados o si ella sólo se refiere a la ley.

Al respecto, concluyó que "no es posible fijar la promulgación de la ley" como la oportunidad límite para formular un requerimiento en contra de un proyecto de tratado internacional "(considerando 13)". Que, efectivamente, la total incertidumbre acerca de la fecha de promulgación de un tratado erosionaría seriamente la seguridad jurídica tanto en el ámbito nacional como en el internacional ya que después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas "(considerando 14)". Que , descartada, por las razones señaladas, la posibilidad de aplicar la normativa válida para las leyes, este Tribunal concluye que tratándose de los tratados internacionales el requerimiento sólo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso "(considerando 15)".

Concluye que de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista, la aprobación del tratado por el Congreso finalizó el 2 de junio de 1999, se comunicó al Presidente de la República el 9 del mimo mes, y el requerimiento se presentó el día 10 de junio, es decir, cuando ya no se encontraba sometido a la aprobación del Congreso, y que por consiguiente no podía promoverse conflicto de constitucionalidad.

En consecuencia, el requerimiento fue declarado inadmisible por extemporáneo.

La sentencia se acordó con el voto en contra del Ministro Eugenio Valenzuela Somarriva, quien estuvo por entrar al conocimiento del asunto y emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la inconstitucionalidad planteada en mérito de que: a) Al momento de plantearse el requerimiento el proyecto de Acuerdo internacional no había sido "sancionado por el Presidente de la República" ni tampoco promulgado, razón por la cual el requerimiento fue presentado dentro del plazo establecido en el artículo 82 N° 2, en relación con el inciso cuarto de ese mismo artículo; b) Que no es óbice a la conclusión anterior la circunstancia que en el presente caso se trate de un proyecto de acuerdo para aprobar

o desechar un tratado y no de un proyecto de ley, porque de conformidad con lo prescrito en el artículo 50 N° 1 de la Carta, la aprobación de un tratado debe someterse a los trámites de una ley; y c) Que las diferencias que existen entre la tramitación legislativa de un proyecto de ley y la aprobación o rechazo de un tratado carecen de relevancia en el caso de plantearse una cuestión de constitucionalidad, porque en esta hipótesis la Constitución no distingue entre uno y otra, sino por el contrario, regula por normas iguales las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley o "de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".

5. CONCLUSIONES:

A nuestro juicio, el fallo de mayoría contiene interesantes observaciones, pero hace una interpretación de la norma que se aparta del texto constitucional. En efecto, estima que el requerimiento sólo puede formularse mientras el tratado se encuentre en trámite de aprobación por el Congreso, oportunidad ésta que no está contemplada en la Carta Fundamental.

La disidencia, por otra parte, no resuelve los problemas planteados, y emite un pronunciamiento sin profundizar en la verdadera aplicación de la norma.

En razón de lo expuesto, no podemos sino concluir que se observa un vacío constitucional para determinar el plazo para requerir en relación con la constitucionalidad de los tratados internacionales.

La expresión "antes de la promulgación de la ley" suscita problemas al aplicarla a los tratados, porque ellos están sujetos al trámite previo de la ratificación, respecto del cual no hay plazo establecido. Tampoco hay plazo para la promulgación de un tratado por el Presidente de la República.

Estimamos que el vacío constitucional observado debe ser resuelto por una de las siguientes vías: por una ley interpretativa o por una reforma constitucional.

Una ley interpretativa tendría por objeto aclarar y explicar el verdadero sentido y alcance de la norma. Sin embargo, nos cabe una duda al respecto, por cuanto el concepto de ley interpretativa ha sido precisado por el mismo Tribunal Constitucional en el sentido que por medio de ella "sólo corresponde proporcionar claridad o precisión a la redacción de una norma constitucional, cuando su propio texto sea suscepti-

ble de originar confusión o desentendimiento, para asegurar con esa interpretación su correcta, uniforme, armónica y general aplicación "(Rol Nº 156). En similar sentido, la Corte Suprema ha mantenido la doctrina que "sólo cabe la norma interpretativa cuando hay una disposición ininteligible u oscura que amerite su interpretación". (Véase Revista de Derecho Público No 61,1998-1999,L. Bulnes,"Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre control de constitucionalidad", p. 31). A la luz de estas precisiones resulta dudoso que corresponda dictar una ley interpretativa porque en la especie no se trata de una norma oscura o ininteligible, sino que la aplicación del precepto " antes de la promulgación de la ley" resulta incierta e indeterminada cuando se aplica a los tratados internacionales. No habría, en consecuencia, una norma ininteligible susceptible de interpretación.

Pareciera, por tanto, que más propiamente corresponde la dictación de una reforma constitucional que resuelva el vacío existente y establezca en forma cierta y claramente determinada, el plazo dentro del cual corresponde requerir al Tribunal sobre cuestiones de constitucionalidad de los tratados internacionales.

JERARQUIA, NATURALEZA, VIGENCIA Y EFICACIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

EMILIO PFEFFER URQUIAGA *

Aun cuando el tema relativo a la jerarquía, naturaleza, vigencia y eficacia de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico ha sido profusamente discutido en los ámbitos académicos, parece necesario referirse a esta temática, quizás para plantear algunas respuestas concretas respecto de eventuales conflictos a que podría verse enfrentada la judicatura, cuando para la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento se invoque y demande la aplicación de normas contenidas en tratados internacionales que Chile hubiere ratificado y se encuentren vigentes.

Una primera interrogante que en tal sentido nos parece pertinente plantear se relaciona con la jerarquía de los tratados internacionales en nuestro orden jurídico nacional y los conflictos entre las disposiciones de éste y las del tratado internacional. La pregunta podría formularse en los siguientes términos: ¿La ratificación de un tratado internacional puede producir el efecto jurídico de modificar tácitamente las normas legales incompatibles con las del tratado internacional, o si por el contrario, es menester dictar disposiciones legales que expresamente modifiquen tales normas incompatibles, de modo de adecuar nuestro ordenamiento jurídico interno al contenido del tratado internacional ratificado?.

---

* Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Los tópicos involucrados en esta primera interrogante han sido materia de arduos debates académicos en estos últimos años, sin que a la fecha pueda aventurarse que exista una solución de consenso.

En efecto, la ausencia de una normativa constitucional explícita sobre el particular permite que con sólidos argumentos se sostengan posiciones divergentes.

La jurisprudencia de los tribunales superiores en nada ha contribuido al esclarecimiento del tema y el aporte del Tribunal Constitucional tampoco resulta ilustrativo.

En breve síntesis la controversia doctrinaria se reduce a las siguientes interrogantes:

¿Cuál es la jerarquía que debemos atribuirle a las normas contenidas en un tratado internacional dentro del ordenamiento jurídico nacional; tienen la misma jerarquía que las normas legales o se sitúan en un rango intermedio entre la Constitución y las leyes?.

¿Es posible impugnar la constitucionalidad de normas contenidas en tratados internacionales a través del recurso de inaplicabilidad, luego de que el tratado haya entrado en vigencia tanto en el ámbito interno como internacional?.

¿De qué modo habrán de resolverse las contradicciones que pudieran existir entre las normas contenidas en tratados internacionales y aquellas otras anteriores que integran el derecho interno?.

¿Los órganos del Estado, incluido el órgano jurisdiccional, pueden y debieran aplicar preferentemente las disposiciones contenidas en tratados internacionales sobre aquellas normas legales que preexistían al momento en que entró a regir la preceptiva internacional?.

Antes de intentar una respuesta en torno a los aspectos reseñados, debe tenerse presente la particular situación que se presenta en relación a los tratados sobre Derechos Humanos, a la luz del artículo 5°, inciso 2° de la Constitución Política.

Desde luego debe dilucidarse si los tratados internacionales sobre Derechos Humanos siguen el mismo tratamiento que los tratados generales en cuanto a su incorporación al Derecho interno. Como también, si existen fundamentos para considerar a cualquier convenio en el que se reconozca derechos como tratados sobre Derechos Humanos.

En lo que atañe a su incorporación al Derecho Interno, los tratados internacionales sobre Derechos Humanos se encuentran sometidos a las mismas formalidades previstas por el ordenamiento constitucional para los tratados internacionales generales.

Ello implica que tienen plena aplicación las disposiciones contenidas en el Nº 17 del artículo 32, y Nº 1 del artículo 50 de la Constitución.

Eventualmente, para el caso de que existiera requerimiento por los órganos facultados para ello procedería el control preventivo del Tribunal Constitucional previsto en el Nº 3 del artículo 82 del texto fundamental.

En cuanto al hecho de si pueden ser calificados o no como tratados sobre Derechos Humanos cualquier convenio que reconozca derechos, lo complemente o desarrolle, debe tenerse en consideración lo siguiente:

La Corte Internacional de Justicia, procurando caracterizar los tratados de derechos humanos ha dicho: "los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención. En consecuencia, en una Convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones (opinión consultiva CID Recueil 1955, página 23). Esta concepción de los tratados sobre derechos humanos es sostenida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que estos instrumentos "no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, sino el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (opinión consultiva OC-82. Serie A Nº 2, párrafo 29).

Sintetizando las apreciaciones doctrinaria y jurisprudencial sobre este tipo de tratados podemos decir "que el objeto de ellos son los derechos fundamentales del hombre, y no quedan sin efecto —como los otros— en caso de incumplimiento de las partes. Uno de sus rasgos definitorios es que se le reconoce al individuo la calidad de sujeto de derecho internacional. (HITTERS, Juan Carlos, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Ed. Ediar, B. Aires 1991, p. 185).

Subyace, sin embargo, una interrogante: ¿qué se entiende por derechos humanos —también denominados naturales, fundamentales— para los efectos de estas convenciones?.

En tal sentido, para dar una respuesta fundada sobre esta interrogante nos parece necesario precisar previamente qué debemos entender por "Derechos Humanos" según la nomenclatura que nos ofrecen los textos constitucionales y los tratados sobre la materia.

Desde luego debe admitirse que desde la época del Constitucionalismo Clásico a los tiempos presentes, ha primado —en lo que se refiere a los derechos denominados "civiles" (correspondiente a los conocidos en la actualidad como derechos de la "primera generación") una adhesión a la doctrina iusnaturalista, sea en su vertiente racionalista o cristiana.

Nuestro ordenamiento constitucional representa un ejemplo expresivo sobre el particular.

En efecto, basta para ello observar el alcance que se atribuye a la voz "asegura", que ya empleaba la Constitución de 1925, y que el constituyente de 1980 estimó conveniente mantener después de un debate en que se propuso reemplazarla por la expresión "reconoce". Concluyéndose que el término "asegura" expresaba mejor el espíritu de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que ha querido destacar especialmente que estos derechos son innatos y anteriores a cualquier ordenamiento jurídico (Sesión N° 87 págs. 6 a 8).

Tal es así porque desde la perspectiva de la Escuela del Derecho Natural —que es la que sigue el precepto—, los derechos son las facultades morales e inviolables que competen al hombre para realizar ciertos actos. Las garantías, en cambio, son las defensas concretas y prácticas creadas por la legislación para proteger esos derechos, lo que a menudo parece confundirse [1].

---

1. Según don José Guillermo Guerra, el constituyente de 1925 también optó por la corriente jusnaturalista en forma reflexiva. En efecto, la Constitución de 1925 decía, "sigue el concepto filosófico de la llamada Escuela del Derecho Natural, de que la Constitución no establece derechos, sino que los "asegura", garantiza o reconoce como provenientes de la naturaleza del hombre, y no como creaciones jurídicas realizadas por el hombre mismo después de una larga evolución histórica". Y agregaba que "el momento no es oportuno para elucubraciones de carácter meramente especulativo"; en atención a ello se mantuvo el enunciado ya contenido en la Carta de 1833 (en su obra, La Constitución de 1925, pág. 99).

No obstante postulándose la existencia de derechos anteriores al Estado, se considera, sin embargo, su consagración en la Carta Fundamental por diversas razones: para darles mayor divulgación, garantizar debidamente su ejercicio y para reglamentarlos adecuadamente. Las declaraciones y tratados sobre derechos humanos en forma explícita o implícita reconocen igual inspiración doctrinaria. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 1, expresa que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...".

En lo tocante a los derechos de contenido económico-social (o derechos de la "segunda generación") existe en ciertos ámbitos alguna reticencia para ser considerados derechos humanos naturales: ellos serían creación legislativa.

Sin entrar a profundizar en este polémico tema, cuya complejidad excede los propósitos de este trabajo, acotemos que existe un consenso mayoritario para definir los derechos humanos (naturales o fundamentales —como también suele denominárselos) como los atributos inherentes a toda persona y que se consideran imprescindibles para su vida y desarrollo. Como dice NINO, "para el iusnaturalismo, los derechos subjetivos son independientes de lo que disponen las normas de derecho objetivo. Son facultades y poderes innatos al hombre, que los tiene por el solo hecho de serlo y que existirían aun cuando hipotéticamente se aboliera la técnica de regulación y motivación de la vida social que es característica del derecho objetivo". (NINO, Carlos, "Introducción al Análisis del Derecho". Ed. Astrea, B. Aires, 1980, p. 195).

Las "garantías" en cambio son aquellos mecanismos o instrumentos especiales que el constituyente o el legislador crea para amparar y asegurar a sus titulares el ejercicio de los derechos fundamentales.

Un autor español define las garantías constitucionales como un "conjunto de medidas técnicas e institucionales que tutelan los valores recogidos en los derechos fundamentales" (Lucas Verdú). En el mismo sentido Bidart Campos expresa que "las garantías están dadas para la protección y desarrollo de los derechos".

Las garantías suelen clasificarse en generales y específicas. Entre las primeras se menciona como la de mayor relevancia el marco jurídico político en que se ejercen los derechos humanos.

En efecto, la existencia de un Estado de Derecho se estima como el necesario resguardo para tales derechos. Al respecto cabe recordar, que el término "garantías" fue utilizado por primera vez en la Declara-

ción de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual establece en su artículo 16, que "toda sociedad en la que no esté asegurada la "garantía" de "los derechos" ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución".

Otras garantías generales son las acciones constitucionales, mal llamadas recursos. En nuestro ordenamiento, por ejemplo: la acción de amparo o habeas corpus, la acción de protección, la acción constitucional de indemnización de perjuicios por error judicial, entre otras.

Las garantías específicas, en cambio, resguardan, tutelan y desarrollan a los diversos derechos reconocidos en la Constitución.

Así por ejemplo tomando siempre nuestro ordenamiento como referencia: la libertad provisional es una garantía del derecho de la libertad personal; el debido proceso garantiza la igualdad ante la justicia; la prohibición de apremios ilegítimos tutela la integridad física y psíquica, la indemnización del daño patrimonial resguarda los derechos del expropiado, etc..

La distinción entre "derechos" y "garantías" adquiera especial importancia por lo que luego se dirá. En efecto, desde la perspectiva del iusnaturalismo, ¿quién podría sostener que las personas "nacen" con el derecho a la libertad provisional, al debido proceso, a la indemnización del daño patrimonial, etc.?. Sin duda que ellas sólo son instrumentos o medios creados por el legislador positivo para que los derechos no queden como simples declaraciones programáticas.

En esta línea de razonamiento la sindicación y la huelga por ejemplo, aun cuando en el léxico corriente se califiquen como "derechos", en estricto rigor son "garantías" de la libertad de trabajo y del derecho al trabajo (no reconocido por nuestra Constitución). En estos casos a la voz "derecho" debe atribuírsele el alcance equivalente a "no prohibido", como correlato de "obligación activa", como equivalente a "autorización", como "acción procesal", pero en ningún caso como comprensivo de un derecho fundamental, humano o natural. (Véase sobre el particular NINO, ob. cit p. 200 y sgtes.).

La no distinción entre, derechos y garantías —lamentablemente olvidada con frecuencia por autores e incluso en los textos positivos— provoca equívocos y conduce a falsas conclusiones en el tema que nos interesa.

Efectivamente, el decantamiento conceptual no es de mero interés académico sino que eminentemente práctico.

Por simple vía de ejemplo, en la mayoría de las constituciones contemporáneas se estatuyen las llamadas cláusulas pétreas o inmodificables, las cuales —como sucede en la Constitución de 1980— se refieren específicamente a los derechos fundamentales. Representan ellas un límite a la soberanía, a la actividad del poder constituyente.

Es más, en las relaciones internacionales, los clásicos principios de la autonomía y de la autodeterminación pierden vigencia cuando existe un atropello a los derechos humanos, no a las garantías.

Las garantías, en efecto, por su carácter instrumental son por naturaleza cambiantes, dinámicas, modificables —siempre, claro está—, que lo sean con el propósito de perfeccionar el derecho al cual acceden.

De acuerdo a lo razonado precedentemente, existen innumerables convenios internacionales que en rigor no deberían ser calificados de "tratados sobre derechos humanos" por cuanto ellos sólo se limitan a desarrollar y perfeccionar "garantías" para ciertos derechos fundamentales, así por ejemplo, los convenios 87 y 98 de la O.I.T. relativos a la libertad de trabajo y al derecho de asociación (sindicación) que han sido recientemente promulgados y publicados luego de su ratificación.

Sin embargo, no puede desconocerse que, como se ha dicho, "un derecho vale lo que valen sus garantías, y son éstas las que ponen en evidencia la intención del constituyente en dar efectividad a los derechos por él enunciados. De nada sirven largas listas de derechos si, paralelamente, no se las dota de los medios de defensa para darles eficacia práctica y jurídica". (GOIG, Juan, "El Estado y la Constitución", Ed. Universidad Nacional, Madrid, 1997, p. 138).

Desde este prisma, tales convenios podrían catalogarse como "tratados de derechos humanos", considerando que persiguen promover y proteger a dichos derechos y con ello se cumple uno de los deberes impuestos a los órganos del Estado en el mencionado artículo 5°.

Pero cabe preguntarse: ¿resulta conveniente multiplicar los procedimientos protectores?, ¿no se corre el riesgo que con una sobreprotección se termine por debilitar el núcleo de los derechos al originar confusión en la aplicación práctica de tutelas a veces de contenido contradictorio y concebidas en momentos históricos diferentes?.

Así por ejemplo, en el caso específico de los convenios 87 y 98 de O.I.T. no se divisa el beneficio práctico de otorgar a los citados convenios la categoría de "tratados internacionales de derechos humanos", pues de ninguna forma podrían vincularse a los mencionados en el in-

ciso segundo del artículo 5° de la Constitución, desde el momento en que como ya se ha dicho no incorporan ningún nuevo derecho a los contenidos en el Capítulo III de la Carta Fundamental.

En lo tocante a los derechos que allí se garantizan y desarrollan, ellos se encuentran resguardados incluso ante el ejercicio del poder constituyente según se expresa en la primera parte del inciso segundo del precitado artículo 5°: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana...".

Por otra parte, como ha escrito Francisco Cumplido —uno de los juristas que redactó el precitado inciso— "entendimos que elevábamos a rango constitucional los derechos esenciales de la persona, contenidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes. No dijimos que elevábamos a rango constitucional el tratado, porque el tratado tiene diferentes partes. Los tratados internacionales tienen partes sustantivas y partes adjetivas, que contemplan órganos y procedimientos, y eso puede entrar en colisión con el sistema interno". ("Los Tratados Internacionales y el Artículo 5° de la Constitución", en Ius et Praxis, año 2 N° 2, Talca, 1997, p. 98).

A continuación corresponde retomar la pregunta inicial en orden a determinar cuál es el régimen jurídico de los tratados internacionales ratificados por Chile. En particular, dilucidar cuáles son los efectos jurídicos del Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados en cuanto a la aplicación de sus normas a los tratados ratificados por Chile y en cuanto a la aplicación de los Principios Generales del Derecho Internacional, en relación al régimen jurídico al cual se encuentran sujetos dichos tratados, a su aplicación e interpretación.

En el diálogo interdisciplinario que en estos últimos años se ha iniciado entre los especialistas del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, se hacen esfuerzos por buscar una fórmula que supere las colisiones o conflictos que en la práctica se originan entre las normas de los tratados con las del derecho interno.

La bibliografía especializada transita principalmente a través de dos variantes: "dualismo" y "monismo".

Por ejemplo, ante la interrogante ¿qué ocurre si una regla de derecho constitucional colisiona con una de derecho internacional?. El "monismo" contestará que el derecho internacional está sobre el nacional. El Estado nacional no es soberano, en el sentido que pueda hacer lo que quiera, no puede lesionar al derecho internacional.

Por el contrario, para el "dualismo" hay dos órdenes jurídicos diferentes: el internacional y el nacional. Como el Estado nacional es soberano, y no reconoce el tratado; el derecho, internacional se aplica en el Estado sólo en la medida en que éste lo admita y reconozca. La Constitución, pues, es válida y tiene primacía con independencia de su conformidad o disconformidad con el derecho internacional. (Sobre el particular SAGUES, Pedro, "Elementos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, B. Aires 1993, p. 124 y sigtes.).

De la posición que se adopte se infiere la jerarquía que se reconoce a los tratados en el ordenamiento interno: el tratado como ley, el tratado superior a la ley, pero inferior a la Constitución; supremacía del tratado sobre la Constitución.

En el Derecho Comparado suelen darse todas las alternativas mencionadas y los autores, según sea la posición que sostengan, citan las fuentes que den apoyo a sus argumentos. (Por ejemplo: Humberto Nogueira y Lautaro Ríos en sus respectivas ponencias en el seminario "Constitución y Tratados Internacionales", Universidad de Talca, "Ius y Praxis", año 2, Nº 2).

Coincidimos con la posición doctrinaria que sostiene que en lo relativo al monismo y dualismo, como asimismo que en la cuestión atinente a la jerarquía de las normas internacionales en caso de un conflicto con las internas, dicha temática concierne y es resuelta por el sistema constitucional de cada nación, y ajena, en principio, al derecho internacional, aunque éste no puede desentenderse de tal problemática.

En efecto, los tribunales internacionales, el Europeo y el Interamericano, proporcionan precedentes relevantes para resolver los conflictos que originan la temática en estudio.

Efectuada esta salvedad, partimos de un supuesto: en la Constitución vigente no hay ningún precepto que establezca la relación jerárquica entre tratado y ley interna.

La disposición contenida en el inciso segundo del artículo 5º, en rigor no puede tener otra lectura ni alcance que la señalada por Francisco Cumplido en el párrafo precedentemente transcrito y de ella sólo se infiere que "los derechos", no los "tratados", son los que se incorporan al catálogo o bloque de constitucionalidad ya contenido en la Carta Fundamental, para ser respetados y promovidos.

En síntesis, ello implica que los derechos humanos pueden expandirse según las pautas del derecho internacional, pero ello es así, no

porque se reconozca a los tratados una mayor jerarquía que a la Constitución, sino porque el constituyente manifiesta su adhesión a la comunidad internacional en materia de esos derechos.

El eventual control preventivo que menciona el Nº 2 del artículo 82, en cuanto él puede rehacer tanto respecto de una ley como en relación de un tratado, deja de manifiesto que en nuestro ordenamiento no son asimilables la ley y el tratado, lo que no implica, por cierto, establecer vínculo de jerarquía entre las dos fuentes de derecho.

En la misma disposición, sin embargo, se encuentra una señal cierta de la prevalencia que tendría la Constitución sobre el tratado, pero en el bien entendido que la norma está referida a los tratados "sometidos a aprobación del Congreso", vale decir "proyectos de tratados", no ratificados ni vigentes.

Ello es perfectamente explicable, por cuanto de otra forma podría modificarse la Constitución a través de los tratados, lo que obviamente sería una inconsecuencia.

Pero al margen de la relación jerárquica que ocupe el tratado en el ordenamiento jurídico nacional, ¿cuál es la obligación que tiene el Estado de Chile, respecto de los tratados ratificados y vigentes?.

Para contestar esta interrogante, nos parece que el análisis de algunas disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969) constituye un buen punto de partida.

El Estado de Chile es parte de este tratado, por cuanto lo ratificó el 9 de abril de 1981 (D. Oficial, 22 de junio de1981).

Se reconoce por los especialistas que la citada Convención, es principalmente, codificación del derecho consuetudinario (lex lata).

El conjunto de preceptos que ella contiene, se aplica sólo a los tratados celebrados por escrito y regidos por el Derecho Internacional. Ello sin perjuicio de señalar que sus pautas hermenéuticas valen como criterios de interpretación para los tratados celebrados por los Estados que no han ratificado dichas normas.

El profesor Crisólogo Bustos en un comentario de las principales disposiciones de la Convención, destaca algunos aspectos que nos parecen de interés para el tema que nos ocupa: a) La letra a) del Artículo 1º de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados define este convenio como: "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional".

En consecuencia, el Estado que celebra un tratado internacional lo hace con la más plena conciencia de que este acto jurídico no queda-

rá sujeto a su Derecho Interno, sino que, por el contrario, su existencia, validez, aplicación, terminación e interpretación están sometidas al Derecho Internacional.

b) El artículo 26 de la Convención codifica el principio de Derecho Internacional General pacta sunt servanda en los siguientes términos: "todo tratado en vigor obliga a las partes" es decir, el tratado internacional válidamente celebrado debe ser obligatoriamente observado y aplicado por las partes, conforme a las prescripciones del Derecho Internacional.

c) El mismo artículo 26 codifica, además, el principio de Derecho Internacional General de la bona fide al expresar que todo tratado en vigor debe ser cumplido por las partes de buena fe, obligando a los Estados a ser leales con sus contrapartes y con el sistema internacional de convivencia que representa el Derecho Internacional.

d) El artículo 27 de la Convención preceptúa: "El Derecho Interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

Es ésta una consecuencia lógica del hecho de que los tratados internacionales estén, por definición, regidos, como ya se señalara, por el Derecho Internacional y no por el Derecho Interno de los Estados. Lo es, además, del principio jurídico de que no puede existir obligación si su cumplimiento depende de la mera voluntad del obligado.

Por otra parte, es necesario destacar que la disposición no efectúa distinción alguna con respecto a la naturaleza o jerarquía de la norma interna que se pretenda invocar. Basta que sea Derecho Interno para que resulte inaceptable como justificación del incumplimiento y no vale para tal efecto el argumento de que se trata, por ejemplo, de un precepto constitucional.

Esta afirmación no implica de modo alguno que el Derecho Interno de un Estado no pueda subordinar los tratados a los preceptos de su Constitución Política. Al respecto debemos recordar que ningún Estado está obligado a celebrar un tratado internacional, y que su incorporación a tales pactos depende exclusivamente de su voluntad. En consecuencia, cuando un Estado subordina los convenios internacionales a su ordenamiento constitucional, corresponde exclusivamente a él velar por que los tratados no sean contrarios a la Constitución, de tal manera que la violación de esta obligación es un acto interno del Estado que no puede afectar la validez de los pactos que celebre con otros

Estados soberanos, ni menos constituirse en una justificación de su incumplimiento.

Otro tanto ocurre con las normas de Derecho Interno que el Estado dicte con posterioridad a la celebración de un tratado y que sean contrarias a él. La validez de tales normas es inconcebible desde la perspectiva del Derecho Internacional, pues ellas son claramente violatorias del principio de la buena fe y de la norma pacta sunt servanda.

Creemos conveniente no ignorar que el artículo 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece un caso de excepción en el que se permite hacer valer la violación de normas del Derecho Interno. Pero éste es un caso excepcional, que tiene que ver con la validez del consentimiento para celebrar un tratado, de tal manera que la violación se invoca para anular un tratado viciado, situación que nada tiene que ver con la utilización de la violación del Derecho Interno para no cumplir un tratado válido.

e) Los artículos 31 a 34 de la Convención de Viena.

En todo caso, esta facultad tiene las limitaciones previstas en el artículo 61, las que enuncian entre otras "a las materias consideradas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado".

Como se puede apreciar, el constituyente de 1980, al igual que el del año 25, parte del supuesto de que los tratados no se aplican directa e inmediatamente, es menester para ello de una actividad de los órganos nacionales para ponerlos en ejecución.

Es más, si bien por una parte posibilita la ejecución rápida del tratado a través del mecanismo de la potestad reglamentaria de ejecución, prima la cautela cuando las normas del tratado son de entidad legal: la aprobación del Congreso se hace nuevamente imprescindible para que el Presidente pueda ratificar el tratado.

Podría pensarse que esta preceptiva se encuentra concebida sólo para los tratados marcos, pero la verdad es que en el ordenamiento constitucional nacional no existe disposición o disposiciones que permitan argumentar en favor de la doctrina de la "autoejecutividad" respecto de los tratados en general.

Creemos que en el único caso en que tendría aplicación la autoaplicabilidad ("self executing) dice relación con la situación prevista en el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: cuando un tratado ratificado y vigente incorpore un derecho —no una garantía— que no aparezca asegurado en el ordenamiento nacional.

Es más, estimamos que aun en este caso debería tratarse de un derecho de corte clásico (primera generación), o sea de aquellos que para lograr su eficacia sólo precisan de la pasividad del Estado.

Si se trata de un derecho de contenido económico social, nos parece insoslayable la actividad legislativa para hacerlo operante.

Cabe señalar que aun entre los autores que propician la operatividad inmediata de los tratados en materia de derechos humanos, admiten que para ello se requieren dos requisitos: 1) que se trate de una disposición de la cual surja una potestad en favor del individuo como legitimado activo, de tal modo que pueda reclamarla "per se" ante las autoridades locales; y 2) que el precepto sea lo suficientemente amplio y a la vez concreto, para poder ser manejado por los poderes del Estado, sin ningún tipo de adecuación legislativa, administrativa o judicial. (HITTERS, ob. cit. p. 221).

Debe tenerse presente que, aún los tratados internacionales sobre derechos humanos contemplan en forma explícita el procedimiento indirecto para cumplir sus normas.

Es el caso del llamado Pacto de San José de Costarrica (Convención Americana de Derechos Humanos), ratificada por Chile y publicada en el D. Oficial de 5 de enero de 1991.

En efecto, el artículo 1° de esta Convención dispone que los Estados Partes se comprometen a "respetar y garantizar" los derechos y libertades por ella reconocidos. A continuación el artículo 2°, expresa que si el ejercicio de los derechos y libertades antes mencionadas"... no estuviere ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y garantías".

Cabe puntualizar que la disposición contenida en él sobre Derecho de los Tratados, establecen las normas que deben aplicarse para la interpretación de los tratados. El primero de ellos expresa: "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". El desarrollo de esta regla general que efectúan las disposiciones siguientes constituyen normas de hermenéutica especiales que no sólo deben ser aplicadas por los tribunales internacionales, sino, además, por los tribunales de los Estados miembros de la Convención, en la interpretación de los tratados que se invoquen ante ellos.

f) Dispone el artículo 39 de la Convención: "Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes".

El Derecho Internacional, única normativa aplicable a los tratados internacionales en esta materia, es terminante para limitar la modificación al mutuo acuerdo de las partes. En consecuencia, no es admisible en Derecho pretender que un tratado pudiera ser modificado por un acto unilateral, como lo sería una ley de un Estado parte.

g) De acuerdo con las normas contenidas en los artículos 54 y siguientes de la Convención, además del mutuo consentimiento de las partes, los tratados sólo pueden ser terminados conforme a sus propias disposiciones o por concurrir determinadas causales de terminación reconocidas por el Derecho Internacional.

Es en esta materia de la terminación de los tratados internacionales donde se hace particularmente evidente la necesidad lógica y práctica de que ella esté regulada exclusivamente por el Derecho Internacional. Resultaría racionalmente inconcebible aceptar que los Estados miembros pudieran desligarse unilateralmente de los tratados conforme a los dictados de su Derecho Interno. ("La Incorporación de los Tratados en el Derecho Interno Chileno. Análisis desde la Perspectiva del Derecho Internacional", e Ius et Praxis, año 2 Nº 2, p. 75 y sigtes.).

De las disposiciones ilustradas por el profesor Bustos, tiene, por cierto, singular relevancia el artículo 27, en cuanto señala: que las partes de un tratado no pueden invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Ahora bien, este principio quiere decir que cuando en el derecho interno de un Estado su constitución o sus leyes tienen preferencia sobre los tratados, tal prelación no rige en el ámbito internacional porque en el derecho internacional el principio es otro.

Es así como en el caso de los llamados "tratados marcos" que son los que trazan las líneas directrices y fijan las pautas generales del convenio, su ejecución se concreta a través de los denominados "acuerdos simplificados".

Por ejemplo, nuestra Constitución, se refiere a ellos, en su artículo 50 Nº 1º, en virtud del cual se faculta al Presidente de la República para que adopte los acuerdos necesarios para el cumplimiento de un tratado vigente, sin que para ello sea menester nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.

Es más, la misma disposición consulta para tal efecto, la posibilidad de que el Congreso otorgue al Presidente facultades para dictar decretos con fuerza de ley, sin limitación en el tiempo.

Se trata, en efecto, de una situación excepcional por cuanto, como bien se sabe, de conformidad al artículo 61 de la Carta Fundamental, el plazo de la delegación no puede exceder de un año.

El artículo 2° precitado, fue propuesto por Chile a través del profesor Edmundo Vargas Carreño —asesor jurídico de la Cancillería— a quien le correspondió su redacción.

Anotemos que una disposición similar se encuentra en el artículo 2° párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

Como se puede apreciar, al margen de la polémica que incide en la relación jerárquica entre las normas del derecho internacional con las del derecho interno, es posible dar cumplimiento a las primeras sin violentar las segundas.

Es éste por lo demás el camino transitado por los gobiernos democráticos de nuestro país en estos últimos años.

Dos ejemplos emblemáticos: I) La reforma constitucional del artículo 9° y las "Leyes Cumplido"; y II) Las modificaciones que se introducen al Código Civil en materia de filiación.

I) Tanto en el caso de la Ley de Reforma Constitucional N°19.055 de 1° de abril de 1991 (modifica artículo 9°); como en las diversas leyes, denominadas por la prensa "Leyes Cumplido" y que contienen importantes modificaciones a los códigos de Justicia Militar, Penal, Procesal Penal, de Aeronaútica y a las Leyes sobre Conductas Terroristas y de Control de Armas, el Mensaje del Ejecutivo expresa: "La Reforma Constitucional aprobada en el Plebiscito de 30 de julio de 1989 modificó el artículo 5° de la Constitución Política de 1980, estableciendo que el Estado y sus órganos deben garantizar los derechos de las personas asegurados en la propia Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes... Es propósito de mi Gobierno adecuar, dentro del menor tiempo posible nuestro ordenamiento jurídico interno al Derecho Internacional contenido en los tratados ratificados por Chile. Principalmente me preocupa esta necesidad cuando las normas se refieren a garantizar los derechos humanos de mis compatriotas".

II) El actual gobierno ha seguido el mismo comportamiento al adecuar la legislación interna para dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 16 del Pacto que expresa: "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos del mismo".

En efecto, promulgó la Ley sobre filiación que recientemente entró en vigencia precisamente con la finalidad indicada.

Reiteramos que nos parece que es éste el procedimiento más adecuado para dar ejecución a los tratados internacionales y superar los roces que se pueden originar entre fuentes normativas de diferente origen. Con ello no se rompe en forma abrupta la coherencia del ordenamiento interno ni se afecta el valor de la seguridad jurídica.

Emerge una interrogante del todo pertinente: ¿qué ocurre si los órganos del Estado retardan el cumplimiento de las disposiciones del tratado o simplemente dejan de cumplirlas en definitiva?.

Sin duda puede ello suceder y de hecho —ocurre en la realidad— como desconocer que, incluso en el orden interno quedan muchas normas programáticas incumplidas. Baste recordar aquella disposición constitucional que desde 1925 propugnaba la creación por el legislador de tribunales administrativos.

En una situación de esta naturaleza se produce un incumplimiento al tratado internacional por parte del Estado infractor y que originará las responsabilidades pertinentes ante la comunidad internacional.

En el orden interno —por lo menos en nuestro país— la renuencia a cumplir la normativa del tratado, en el caso que él incida en derechos humanos y sus garantías, conlleva una responsabilidad política por omisión constitucional.

En efecto, de acuerdo al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Mientras el "respeto" de los derechos implica por parte del Estado un acatamiento de los mismos y el compromiso de no interferir en su ejercicio, la "promoción" impone al ente estatal una conducta activa. Como dice HUMBERTO NOGUEIRA, "promover los derechos implica que el Estado, a través de sus órganos y agentes, deben adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales con el fin de asegurar y garantizar el respeto de los derechos, prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos públicos o privados que impedían el uso de esos derechos". ("Los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", e IUS et PRAXIS., año 2, N° 2, p. 25). En el mismo sentido anota CECILIA MEDINA "la promoción es esencialmente

activa para perfeccionar constantemente su ordenamiento jurídico interno con el fin de posibilitar cada vez más el goce de estos derechos". ("Constitución, Tratados y Derechos Esenciales", Ed. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Stgo., 1993, p. 52).

Como ilustrábamos a través de los ejemplos citados, los gobiernos democráticos a partir de 1991 se han preocupado de dar cumplimiento a la promoción de los derechos fundamentales y al efecto han impulsado las reformas o modificaciones legislativas pertinentes.

Aquél es el criterio que nos parece debe seguirse en esta materia.

En síntesis, un tratado internacional tendrá plena vigencia en Chile si se han cumplido a su respecto todos los presupuestos que prevé el ordenamiento constitucional en cuanto a su promulgación y publicación en el Diario Oficial.

De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Estado de Chile se encuentra obligado a cumplir de buena fe los tratados internacionales y no puede soslayar tal obligación invocando discrepancias de las cláusulas del convenio con su ordenamiento interno.

Si el contenido del tratado internacional de que se trate no importa, en lo fundamental el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, sino que la vigorización y eficacia de los ya existentes, su ejecución debe cumplirse adecuando la legislación interna a través de las fuentes normativas pertinentes.

LAS REQUISICIONES EN LOS ESTADOS DE EXCEPCION CONSTITUCIONAL

FERNANDO JIMENEZ LARRAIN *

SUMARIO: 1. Historia. 2.Figuras jurídicas restrictivas del dominio. 3. Origen. 4.Concepto. 5.Bienes afectos. 6.Procedimientos.7. Duración. 8.Indemnización. 9.Delitos.

1. Las requisiciones son limitaciones del derecho de dominio que se encuentran íntimamente vinculadas al proceso de aceptación de la expropiación del derecho de propiedad. Los Monarcas eran los propietarios de los bienes existentes en sus jurisdicciones respectivas por lo cual podían cambiar el régimen jurídico a su sola voluntad como manifestación del ejercicio de la soberanía absoluta.

Sin embargo, en este período comienza a gestarse la aceptación que el Príncipe podía limitarse voluntariamente en el ejercicio del poder, generándose así el respeto a la propiedad individual, salvo las razones ex iusta causa [1].

En el siglo XVIII el principio de la expropiación forzosa de la propiedad por parte del Estado aparece afirmado en la Declaración de

---

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Ssma. Concepción.

1. Expropiación Forzosa. Sabino Alvarez G.. Editorial Reus. Madrid. 1928. pág. 7.

los Derechos del Hombre de 1789. Ello constituye una excepción a la consagración del principio de la inviolabilidad de la propiedad privada. En su artículo 17 se establece que "siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie podrá ser privado de ella a no ser que lo exija evidentemente la necesidad pública, legalmente acreditada, y a condición de una justa y previa indemnización" [2]. Por consiguiente, se reconoce el derecho del Estado a expropiar el dominio, lo cual supone que éste sale del ámbito privado y pasa al público.

2. Junto a la expropiación, han aparecido otras manifestaciones de limitaciones o restricciones al derecho del dominio, tales como servidumbres legales, las incautaciones, confiscaciones, derecho de presa, comisos y requisiciones, entre otras.

Las requisiciones surgen como consecuencia de una figura jurídica conocida por el Derecho Internacional como "derecho de angaria," aplicable en caso de conflictos internacionales a bienes o artefactos navales, tales como navíos, embarcaciones, buques, u otros de similar naturaleza en los cuales el Estado, a título de carga, priva temporalmente del uso y goce a sus propietarios.

La angaria, etimológicamente, es de origen persa. Herodoto y Xenofonte daban el nombre de "angerion" a una especie de servicio postal organizado en Persia por Ciro con el fin de transmitir sus noticias hasta los lugares más apartados de su imperio. Las postas se denominaban angaras y los mensajeros, sus caballos y sus aparejos, eran puestos a disposición del imperio para atender las necesidades oficiales.

Durante los siglos XVII y XVIII se recurrió con mucha frecuencia a estas cargas impuestas a los particulares que se manifestaban en la privación temporal del uso y goce de sus bienes. En 1798, con motivo del traslado de las tropas francesas a Egipto se requisaron numerosos barcos por disposición del General Napoleón Bonaparte, pero éste, posteriormente en virtud de la dictación de un decreto, ordenó pagar una indemnización completa por el uso y goce de los barcos. Ello constituye el primer reconocimiento de la obligación del Estado a pagar por el uso y goce de los bienes requisados. Posteriormente, la costumbre internacional introdujo, como un elemento de la angaria, el pago de la indemnización.

---

2. Las Constituciones Europeas. Mariano Daranas. Editorial Nacional. Madrid. 1979. Tomo I. pág. 914.

3. Las requisiciones tienen un origen de carácter esencialmente militar, y fueron concebidas como una facultad de la autoridad militar frente a situaciones bélicas, en que era necesario obtener pertrechos y víveres para los soldados, alimentos y forrajes para los animales, así como medios de transportes o construcciones donde guarecerse. Esta facultad se ejercía principalmente cuando las milicias se encontraban en lugares apartados de sus cuarteles o ciudades en que las vías de comunicación no existían, estaban cortadas o no resultaba posible utilizarlas. La autoridad militar, de conformidad a la propia normativa de su régimen jurídico, procedía a obtener de terceros, en forma voluntaria o forzada, los elementos y bienes señalados, previa autorización o pago de un precio o entrega de especies o servicios, a título de indemnización.

En nuestro sistema jurídico, las primeras manifestaciones que consagran el derecho para practicar requisiciones se encuentran en la Ordenanza General del Ejército. El Comandante General de Armas, cuando así lo estimare conveniente para el servicio, tenía la facultad para extraer de los almacenes existentes en la provincia, efectos, pertrechos, armamentos, municiones o cualesquiera otras especies conducentes a la reparación de sus fortificaciones debiendo costear el gasto y comunicarlo al Ministro de la Guerra (art. 7 Titulo II); asimismo, obtener el forraje cuando se encontrare en país enemigo (art.15 Titulo LV). Además, se contemplaban sanciones para el oficial o cualquier otro individuo militar que pidiere a los pueblos, por donde transitare, algún bagaje y no satisficiere el importe de éstos (art. 10 Título LXXX)[3].

Por su parte, la Constitución Política de 1833 dispuso en su art. 150 que "ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir clase alguna de auxilio, sino por medio de las autoridades civiles y con decreto de éstas". En estos mismos términos se regulaban las requisiciones en el artículo 19 N° 9 inciso 4° de la Constitución Política de 1925.

En la Constitución de 1980 las requisiciones se encuentran establecidas en el párrafo relativo a los Estados de Excepción Constitucional en sus artículos 41 N° 1, 5° y 8° al señalar los efectos del Estado de Asamblea y de Catástrofe.

---

3. Ordenanza General del Ejército. Carlos Bravo V.y otro. Imprenta Nacional. Santiago. Año 1901. pág. 687.

4. La jurisprudencia, remitiéndose al Diccionario de la Lengua Española, ha señalado qué se entiende por requisiciones: las operaciones de recuento y embargo de los bienes que, para el servicio militar, es lícito hacer en tiempo de guerra [4].

El actual régimen establecido tanto en el texto constitucional como en la Ley Orgánica Constitucional de Estados de Excepción N° 18.415 hace procedente las requisiciones tanto en tiempo de guerra, como es el caso del Estado de Asamblea, como también en situaciones de paz, cuya es la situacion del Estado de Catástrofe.

Por ello podemos señalar que las requisiciones son actos de resolución de autoridad que, de conformidad a los procedimientos establecidos por la ley, permiten que el uso y goce de los bienes particulares sean traspasados al Estado con el objeto de enfrentar una situación de peligro inminente o eventual para la seguridad de éste o de la población.

Las requisiciones son medidas que se justifican por la existencia de circunstancias anormales en la convivencia nacional, importan la toma de la posesión por parte de la autoridad legalmente reconocida para usar y gozar el bien requisado, pago de una indemnización por la privación de dicho uso y goce, restitución del bien cuando las circunstancias anormales hayan cesado o pago de la indemnización representativa del capital en caso de pérdida del bien.

No obstante que el origen de la requisición es de carácter militar, ella se ha extendido a otras situaciones diferentes para enfrentar realidades de naturaleza distinta.

Al respecto, puede señalarse que el Decreto Ley N° 520 de 31 Agosto 1932, que creó el Comisariato General de Subsistencias y Precios, estableció en su art. 25 como atribuciones de los Comisarios Departamentales y Locales, la de "requisar y vender por cuenta de sus dueños y a precios naturales, los artículos de primera necesidad y materias primas que fueren objeto de acaparamiento, de negación de venta u otra forma de especulación y que, en caso de negativa de venta, los Comisarios calificarán los motivos y si éstos resultaren injustificados, ordenarán la celebración de la venta con arreglo a los usos o costumbres comerciales. Si la orden de venta fuere resistida, la mercadería que haya sido objeto de la denegación, se requisará y será vendida por el Comisariato en las condiciones antes dicha."

---

4. Sentencia Corte Suprema. 23 Septiembre 1953. Rev.Derecho y Jurisprudencia. Tomo L. Año 1953. 2a. Parte. Sección 1. pág. 368.

Esta clase de requisición tuvo su origen en la necesidad de normalizar la actividad económica y comercial del país, y regular precios y abastecimientos, en un período de real crisis económica. Pero la requisición, además, adquirió el carácter de una verdadera sanción legal para el caso de negativa de venta por parte de industriales, productores o comerciantes.

Los bienes afectados por la requisición eran los artículos de primera necesidad, mercancías y las materias primas. Según el Diccionario de la Lengua Española, artículo significa mercancía, cosa con que se comercia, y mercancía es cualquier cosa mueble que se hace objeto de trato o venta. El mismo Diccionario señala que artículo de primera necesidad significa cualquiera de las cosas más indispensables para el sostenimiento de la vida, como el agua, el pan, la electricidad, etc..

No obstante la claridad de las disposición del D.L. 520 respecto de la clase de bienes requisables, la autoridad administrativa dictó el Decreto N° 1933 de 18 de Julio de 1944 en cuya virtud se hizo extensiva las requisiciones de uso y goce de los inmuebles para todos aquellos casos que el Comisariato lo estimare, a su solo juicio, necesario a fin de controlar y evitar el cobro de rentas de arrendamiento superiores al 7% del avalúo fiscal. Esta extensión restrictiva al ejercicio del derecho de propiedad por la vía reglamentaria sobre bienes no contemplados en el D.L. N° 520, constituyó una abierta transgresión a la ley [5].

El procedimiento de esta clase de requisiciones se reguló en el Decreto N° 338 de 27 Febrero 1945 del Ministerio de Economía y Comercio, en que se dispuso que la requisición debía ser ejecutada por funcionarios del Comisariato, previa resolución de dicha autoridad, debiendo levantarse un acta en cinco ejemplares con el detalle de los bienes requisados especificándose cantidad, peso, medida y número de unidades, calidad y estado, y valores de los artículos en conformidad a la fijación de precios, actas que debían quedar en poder de la autoridad, interesado y Carabineros. Los bienes debían quedar en poder de sus dueños, bajo su responsabilidad o bien en locales a disposición del Comisariato y su distribución y venta debían hacerse directamente al consumidor o por comerciantes cuyos precios debían ser entregados a los dueños previa liquidación de gastos y deducción de un 5% del valor de las ventas.

---

5. Alfredo Santa María y Arturo Alessandri.Informe en Derecho sobre la legalidad del Decreto de requisición del uso y goce del Matadero Municipal de Santiago. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XLI Primera Parte. pág. 133.

Posteriormente estas requisiciones y procedimientos fueron conferidas a la Superintendencia de Abastecimientos y Precios y se regularon por el D.S. N° 1.262 de 18 Noviembre 1953 del Ministerio de Economía y Comercio. Después pasaron a la Dirección de Industria y Comercio en virtud del D.F.L. N° 242 de 1960 que suprimió dicha Superintendencia. A la fecha, dichas atribuciones corresponden al Servicio Nacional del Consumidor por disposición del art. 6° de la Ley N° 18.959 de 24 Febrero 1990.

Además, por disposición del art. 154 de la Ley N° 16.464, los productores y distribuidores mayoristas de todos los artículos declarados de primera necesidad que sirvan de base a la determinación del índice de precios al consumidor, que se nieguen injustificadamente a mantener un ritmo normal de producción, pueden ser objeto de requisiciones de los bienes respectivos.

También, la legislación ha regulado las requisiciones para los casos de actos o hechos que pudieren afectar el orden público, pues la Ley N°12.927 de 6 Agosto de 1958 sobre Seguridad del Estado en su artículo 16 señala que podrán los Tribunales ordenar el requisamiento inmediato de toda edición en que aparezca de manifiesto algún abuso de publicidad penado por la ley así como de cualquier otra edición que ostensiblemente se emitiere con el objeto de reemplazar a la que hubiere sido sancionada con arreglo a dicho precepto.

Sin embargo, estimamos que la terminología empleada en dicho texto legal no es la adecuada, pues tal acto de autoridad tiene el carácter de una incautación más que de una requisición.

5. Conforme a lo establecido en el art. 41 N° 1 y 5° de la Constitución Política de Chile, durante los Estados de Asamblea y de Catástrofe, el Presidente de la República está facultado para disponer requisición de bienes y establecer limitaciones al derecho de dominio.

Las requisiciones pueden recaer sobre bienes inmuebles o muebles, pero normalmente, afectarán a estos últimos y, específicamente, recaerán sobre cosas no consumibles, pues una vez desaparecidas las circunstancias que justificaron la requisición, debe procederse a la restitución de los bienes a sus legítimos dueños. Sin embargo, no se excluye que los bienes puedan ser consumibles, pues por la naturaleza de éstos su mero uso o goce hace desaparecer el bien [6] en cuyo caso deberá el Estado pagar el valor total del mismo.

---

6. Derecho Civil. De los Bienes. A. Alessandri y H. Somarriva. Edit. Nascimento. 1957. Tomo II . pág. 68.

Pueden afectar, además, a servicios, tales como movilización, agua, gas etc., lo cual resulta justificable por la situación de guerra externa o calamidad pública,[7] pero no comprende los servicios personales, salvo que se trate del Estado de Asamblea.

Los bienes pueden ser presentes, esto es, que tienen una existencia real en el momento de constituir la requisición, o bienes futuros es decir, cosas que se espera racionalmente que tengan existencia con más o menos probabilidad en el tiempo como la cosecha que se efectuará, la producción de una industria, etc..

Deben tener la calidad de bienes que jurídicamente sean apropiables, pues existen bienes que no pueden ser susceptibles de dominio particular como los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o por el destino a que están afectos, como las cosas sagradas para el culto divino que al tenor de lo dispuesto en el art. 586 del Código Civil, se rigen por el Derecho Canónico.

Los bienes de las embajadas, de los consulados y aquellos que pertenezcan a representantes de países extranjeros o a las organizaciones internacionales reconocidas por el Estado de Chile, no son susceptibles de requisiciones, conforme lo dispone el art.15 de la Ley N° 18.953.

Las requisiciones pueden afectar bienes que se encuentren dentro de los limites jurisdiccionales de Chile, o en territorio extranjero en los casos de guerra en que las fuerzas chilenas estén ocupando terreno extranjero en cuyo caso las requisiciones se sujetarán a lo que disponga el Comandante en Jefe que opere el mando de las fuerzas militares chilenas.

Los bienes pueden encontrarse en la misma zona o lugar afectado por el Estado de Excepción, o bien en lugares distintos dentro del territorio nacional, siempre que su uso o goce sea de utilidad para satisfacer las necesidades relacionadas con la causa o efectos de la anormalidad.

Pueden decretarse requisiciones de naves, esto es, toda construcción principal destinada a navegar, así como de artefactos navales, que al tenor del art. 826 del Código de Comercio, son todos aquellos que, no estando construidos para navegar, cumplen en el agua funciones de complemento o de apoyo a las actividades marítimas, fluviales o lacustres

---

7. Actas Oficiales Comisión Estudios Nueva Constitución. Sesión N° 364 de 3 Mayo 1978. Pág. 2448.

o de extracción de recursos, tales como diques, grúas, plataformas fijas o flotantes, balsas u otros similares, excluidas las obras portuarias aunque se internen en el agua.

También pueden decretarse requisiciones sobre aeronaves y elementos de apoyo aéreo, aeródromos privados, instalaciones de equipos de ayuda de protección a la navegación aérea, aparatos y sistemas de comunicaciones.

6.Las facultades de disponer requisiciones durante el Estado de Asamblea o de Catástrofe corresponde al Presidente de la República [8] quien puede delegarlas, mediante decreto supremo, en el Jefe de la Defensa Nacional que designe a cargo de la zona respectiva, quien deberá proceder a las requisiciones mediante la dictación de resoluciones, exentas del trámite de toma de la razón.

El procedimiento para proceder a la requisición se encuentra establecido en la Ley Orgánica Constitucional N° 18.415 y, además, tratándose del Estado de Asamblea, en la ley N° 18.953 sobre Movilización y Decreto N° 75 de 4 Septiembre 1990 Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Guerra.

Las requisiciones deben efectuarse por personal militar designado por la autoridad militar, conforme a delegación jerárquica, el cual deberá exhibir a los afectados la orden escrita de requisición y entregarles una copia de la misma, procediendo a practicar un inventario detallado de la cantidad precisa de los bienes y dejando constancia del estado en que se encuentran, el valor estimado por el propietario y por la autoridad que ordena la requisición, así como del costo del servicio.

Dentro de las cuarenta y ocho horas debe entregarse copia del inventario a quien tuviere los bienes al momento de la requisición, y deberán remitirse los antecedentes al Ministro del Interior y a la Dirección General de Movilización, tratándose de casos de Estado de Asamblea.

Las requisiciones de naves y artefactos navales, se efectúa por el Director del Litoral y Marina Mercante, previo decreto del Presidente de la República. Estas requisiciones sólo pueden afectar a naves chilenas, esto es, aquellas que están debidamente inscritas en el Registro de Matrícula de Naves de la indicada Dirección.

---

8. Artículo 41 N° 1 y 5 Constitución Política 1980.

Tratándose de naves extranjeras surtas en aguas de jurisdicción nacional, la requisición toma el nombre de angaria,[9] que se rige por las disposiciones del Derecho Internacional.

Asimismo, las requisiciones de aeronaves y elementos de apoyo aéreo se encuentran reguladas por las disposiciones de la Ley N° 18.916 sobre Código de Aeronáutica, ley N° 18.415 y las normas de uso y costumbres del Derecho Internacional.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 41 N° 3 del Texto Constitucional, en contra de la medida de requisición, los afectados pueden deducir recurso de protección, pero los tribunales no pueden en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para adoptar la medida; la interposición del recurso no suspende los efectos de las medidas decretadas, sin perjuicio de lo que resuelva el Tribunal en definitiva respecto del recurso.

7. Las requisiciones, en cuanto medidas generadas en los Estados de Excepción, no pueden durar mas allá de la vigencia del respectivo Estado, por lo cual, al decretarse su término, los bienes requisados deben volver al patrimonio del titular, excepto que se tratase de bienes consumibles en cuyo caso, al no existir éstos, la indemnización debe comprender el valor íntegro de ellos.

Una situación particular se produce con las requisiciones de naves y artefactos navales chilenos dispuestos durante el Estado de Asamblea, pues éstos, de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto N° 75 de 1990 M.D.N. (S.S.G), se regulan conforme a las disposiciones legales establecidas en el Decreto Ley N° 2.222 de 1978, Ley 18.415 y las normas, usos y costumbres del Derecho Internacional. Conforme al artículo 42 N° 3 del D.L. N° 2.222 el dominio de la nave lo adquiere el Estado de Chile por causa de expropiación o requisición. Por consiguiente, en estos casos, la requisicion no sólo afecta a las facultades de uso y goce del bien, sino al derecho mismo, ya que la requisición extingue el derecho de propiedad del particular, constituyéndose en un modo de adquirir y la indemnizacion, por consiguiente, debe comprender el valor íntegro y total de la nave o artefacto naval. Estimamos que, en estos casos, se genera un acto de expropiación del dominio y consecuencialmente sujeto a las prescripciones del art. 19 N° 24 de la

---

9. Corte Suprema. Sentencia 19 Diciembre 1955. Tomo LII, 2a. Parte. Sección 1°. pág. 444. Considerando 95.

Constitución en cuanto a la exigencia de la existencia de la ley general o especial que justifique el interés nacional en la expropiación.

El Estado de Asamblea supone la existencia de una guerra externa que afecta al país, y por consiguiente, tratándose de requisiciones de naves extranjeras éstas se rigen conforme al derecho de angaria. Se diferencia de la requisicion "en cuanto el derecho de angaria se relaciona con la propiedad temporal dentro del Estado y que no pertenece o está asociada con el dominio nacional, tal como un barco neutral surto en un puerto beligerante, mientras que la requisición se relaciona con la propiedad que está incorporada con la masa de las cosas que forman realmente patrimonio dentro del territorio del Estado" [10].

En cambio, durante el Estado de Catástrofe el propio D.L. 2.222 en su art. 100 faculta al Director de la Direccion de Litoral y Marina Mercante, previo decreto del Presidente de la República, para que en caso de emergencia nacional o internacional, pueda tomar a su cargo la movilizacion de las naves mercantes y especiales, como tambien los servicios portuarios de todo el litoral, lo cual importan acto de requisiciones.

8. Para reparar la disminución del patrimonio sufrido por la persona afectada con la requisición ésta tiene derecho a obtener una indemnización por los perjuicios directos causados por la privación del uso y goce del bien procediéndose a la restitución de la cosa a sus legítimos dueños. En caso que el bien haya sido consumido o perecido, la indemnización deberá comprender el valor de la cosa.

Sin embargo, si el propietario de bienes requisados no los presentare, entregare u ocultare cuando se practique la requisición y fueren posteriormente descubiertos, carecerá de derecho a indemnización alguna.

La determinación del monto indemnizatorio, así como su forma de pago corresponde determinarlos de común acuerdo entre la autoridad que ordenó la requisición y el afectado, y conforme a lo señalado en el art. 15 de la ley N° 18.415 este acuerdo deberá ser, en todo caso, aprobado por la autoridad de Gobierno Interior correspondiente al lugar donde se practicó dentro del plazo de diez días de adoptado.

A falta de acuerdo, el afectado podrá recurrir dentro de plazo de treinta días ante el Juez de Letras en lo Civil competente, quien dará a

---

10. Defensa de los Armadores Daneses en juicio contra el Fisco por la requisición de naves por el Estado de Chile. A. Alessandri y otro. Editorial del Pacífico. Año 1955. Pág. 461.

la presentación una tramitación incidental, fijando en su sentencia el monto definitivo que corresponda, el que deberá ser pagado al contado y en dinero efectivo.

La acción indemnizatoria prescribe en el plazo de un año contado desde la fecha de término del Estado de excepción.

9. La infracción a las normas reguladoras de las requisiciones pueden dar origen a delitos que afectan tanto a los intervinientes en el proceso, como a terceras personas. Así, el artículo 358 del Código de Justicia Militar, dispone que el militar que ordenare o practicare requisiciones con ánimo de lucrarse, será considerado como culpable de robo si hubiere intervenido violencia. Si ésta hubiere faltado, se le considerará como culpable de estafa y se le aplicará el máximo de la pena que corresponda al delito.

Del mismo modo el artículo 157 del Código Penal sanciona al empleado público que, sin decreto de autoridad competente, deducido de la ley que autoriza la exacción de una contribución o de un servicio personal, los exigiere bajo cualquier pretexto, así como la expropiación o perturbación en la posesión de los bienes.

Por su parte, respecto de los civiles, dispone el art. 373 del Código de Justicia Militar que, el que poseyendo ganado, vehículos u otros objetos útiles para el servicio militar no los presentare cuando se practique una requisición en forma legal, será condenado a la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

Además, conforme al art. 329 del Código citado será castigado todo individuo al servicio del ejército, sea militar o no, que abusivamente ordenare o practicare requisiciones o que, efectuándolas legítimamente, se negare a dar recibo de los suministros.

Por consiguiente, las requisiciones, como restricciones del derecho de propiedad, sólo pueden afectar el uso y goce de los bienes particulares en los casos y situaciones expresamente señalados por el legislador, generando derecho de indemnización en favor del afectado, la cual debe comprender el valor íntegro y total del bien cuando éste se ha extinguido, consumido, perdido o inutilizado para su uso y goce normal y cuyas transgresiones pueden revestir el carácter de delito.

LA FORMA DE GOBIERNO DE LA CONSTITUCION PERUANA Y LOS PROBLEMAS DE APLICACION DE LA SEPARACION DE PODERES

CARLOS HAKANSSON NIETO *

Son once las constituciones formales que preceden a la actual, la que surgió como consecuencia de un golpe de Estado promovido por el ejecutivo, y fue redactada por una mayoría favorable al Presidente golpista. Algunos consideran que está condenada a ser derogada en el futuro. Son cuatro supuestos que, en principio, pueden suscitar incomprensión cuando un profesor dice que su línea de investigación es "la forma de gobierno de la Constitución peruana de 1993". Es más, hace un par de años, un profesor inglés nos dijo —con mucha delicadeza— que nuestra investigación mostraba cierta dificultad porque, para comenzar, "no sabía que el Perú tuviese una Constitución". Podemos dar fe de esta anécdota.

Sin embargo, si consideramos que más de un país europeo tuvo más de una carta magna en su historia constitucional, que en la actualidad el Ejecutivo predomina en todas las formas de gobierno, que el parlamento ha perdido protagonismo político, y que hace veinte años, por ejemplo, la doctrina vaticinó una Sexta República para Francia; entonces veremos que los problemas que aquejan a la Constitución peruana no son propios ni nuevos, sino viejos y comunes al constitucionalismo contemporáneo, y que sólo se diferencian en el grado e intensi-

---

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Piura. Perú.

dad con que se presentan. La Constitución peruana no escapa a esta realidad; por ese motivo, la presente ponencia tiene el propósito de descubrir los rasgos más notorios de la Carta de 1993 antes de cuestionar su forma de gobierno y los problemas de aplicación de la separación de poderes.

* * *

Para comenzar, no será ninguna novedad decir que la Constitución peruana es una típica carta magna iberoamericana dotada de todos los contenidos formales, como una separación de poderes, normas relativas al Estado de derecho, derechos fundamentales, procedimiento de reforma. Es una carta político organizativa, norma fundamental del ordenamiento jurídico, con todo lo necesario para tener una pequeña dosis liberal y los rasgos típicos del constitucionalismo contemporáneo, reconocimiento de derechos sociales, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, etc.. Los cambios más notorios de la Constitución de 1993 con su predecesora de 1979 se pueden resumir en la unicameralidad del Parlamento y la reelección presidencial; unas modificaciones que, entre otras, hacen que tenga nombre propio.

Como sabemos, las Constituciones tienen nombre propio cuando su forma de gobierno favorece la posición de dominio del mandatario de turno. Es decir, cuando en ella se establecen las exigencias del gobernante que a su vez se apoya en la mayoría que posee en la asamblea constituyente. Así lo hizo de Gaulle con la Constitución francesa de 1958, y la peruana ha seguido sus pasos. No obstante, el Perú no es Francia y a pesar que la Constitución francesa permita a su Presidente declarar el Estado de emergencia, unas facultades extraordinarias que ruborizan a cualquier constucionalista, la forma de gobierno francesa pasó su gran prueba: la cohabitación, el freno al poder más eficaz de los ejecutivos dualistas; mientras que la forma de gobierno de la Constitución peruana sólo tiene instituciones formales de control y de contrapeso al Presidente de la República.

Pese a que el Constituyente de 1993 redactó una Constitución de 206 artículos y 16 disposiciones finales y transitorias, 101 menos que la anterior de 1979, todavía es larga si consideramos que contiene materias de dudoso espíritu constitucional. Como primer golpe de vista notamos una tendencia al reglamentismo, muy común en las Constituciones iberoamericanas y las modernas cartas de Europa continental,

en mayor o menor medida según sea el caso concreto. Ese afán del Constituyente de 1993 de regularlo todo, es un reglamentismo inútil, pues, el articulado de las principales leyes que desarrolla la Constitución peruana, como el reglamento parlamentario, la ley del poder ejecutivo, y las leyes orgánicas de la Judicatura y del Tribunal Constitucional, entre otras, repiten de manera textual las disposiciones constitucionales.

En ese mismo sentido, observamos que los artículos dedicados al sistema electoral distraen y confunden al ciudadano común respecto con el significado de una Constitución. Por ejemplo, disposiciones relativas a los requisitos e incompatibilidades para ser integrante del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, los efectos de sus resoluciones, las funciones del Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, nulidad de las elecciones, escrutinio de los votos, mantenimiento del orden y la libertad personal en las elecciones, entre otras, consideramos que son propias de la legislación. Igual juicio merecen las disposiciones que la Constitución peruana dedica al régimen especial de la capital de la república y las provincias, convenios cooperativos entre municipios, a la cooperación de la policía con las municipalidades, y otro para mencionar que los fondos y reservas de la seguridad social son intangibles; así como también disposiciones relativas al régimen tributario y presupuestal, la moneda y banca, etc.. Todo esto no hace sino volatilizar la idea de Constitución, una tendencia general de las cartas magnas contemporáneas.

El panorama se complica cuando el Constituyente peruano establece disposiciones relativas al matrimonio, uniones de hecho, "al deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos y el deber de los hijos de respetar y asistir a sus padres", y también "el derecho a escoger los centros de educación", entre otras disposiciones.

En segundo lugar, notamos que esa tendencia por regularlo todo se fundamenta en una desconfianza hacia la legislación. El temor a la nueva política de gobiernos que, si cuentan con una clara mayoría en el Parlamento, podrían derogar o modificar leyes relativas a las prestaciones sociales del Estado o las garantías a la estabilidad laboral por ejemplo. Como vemos, la intención del Constituyente es clara pero también algo ilusoria y provocadora. Es ilusoria, cuando supone que un gobierno quede vinculado por la Constitución y sus disposiciones programáticas, pese a su deseo de promover una política distinta. Es provocadora, porque otorga siempre a la oposición la posibilidad de denunciar que se está incumpliendo la Constitución, o que la política del gobierno es

inconstitucional, unas afirmaciones que podrían afectar la estabilidad política.

En tercer lugar, en el texto de la Constitución peruana también descubrimos su tendencia modernizante, es decir, el deseo del Constituyente de incorporar en la nueva Carta todas las nuevas instituciones aparecidas en el derecho constitucional comparado. En ese sentido, la Carta de 1993 cuenta con un Tribunal Constitucional, un Defensor del Pueblo, disposiciones económicas, y con dos nuevas garantías: las acciones de *habeas data* y de cumplimiento, que, en la práctica, no son otra cosa que una fragmentación del amparo.

¿Qué otras características descubrimos en la Carta de 1993?. Destacamos su carácter rígido, programático, normativo directo, y la carga ideológica de algunas de sus cláusulas.

La Constitución peruana es rígida, es decir, se necesita un procedimiento especial para modificarla. La Carta Magna no establece, expresamente, un núcleo duro de reforma como la francesa de 1958 que impide modificar su forma republicana. Sin embargo, en su texto encontramos una referencia indirecta a un núcleo más sólido cuando impide que se sometan a *referéndum* la supresión o la disminución de los derechos fundamentales. Una afirmación que en la práctica sólo tiene valor formal.

La Constitución peruana es programática porque establece ciertas directrices que deberá seguir la política y la legislación. Por ejemplo, en la declaración de derechos sociales encontramos que "la persona incapacitada para velar por sí misma (...) tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad". En relación con la educación, la Carta de 1993 establece que "...tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana...". Por último, dispone que la política de población "...tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables...", y además que "...la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono".

Por último, las principales disposiciones de carácter ideológico que encontramos en su articulado no difieren de las establecidas en la mayoría de las constituciones europeas e iberoamericanas, entre ellas podemos mencionar las siguientes: "el poder emana del pueblo" y más adelante, que "la potestad de administrar justicia emana del pueblo"; ambas son redundantes, ya que si el poder proviene del pueblo se supo-

ne que la potestad de administrar justicia también. Por otro lado, la Constitución establece que "nadie debe obediencia a un gobierno usurpador". Todas estas declaraciones son posiciones de principio que adopta el texto constitucional y que pueden ser discutidas por su escasa aplicación en la práctica, pese a que resultaría extraño concebir una Constitución sin una mínima cuota de ideología liberal.

La afirmación en la Carta de 1993 de que el Estado peruano se organiza según el principio de separación de poderes procede de la ideología liberal y es inherente a la idea de Constitución; tan inherente, que, como sabemos, el artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano nos lo explica: "toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución". No obstante, en la práctica, el texto constitucional peruano es un cajón de sastre donde caben dos principios ideológicos contradictorios. El ejemplo más claro se encuentra en el artículo 43 que coloca en primer lugar la defensa del principio de soberanía y luego la separación de poderes, un principio que nació precisamente para combatir al primero.

Otros principios que descubrimos en la Constitución peruana son los de "promover el bienestar general, que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación", como también "promover la integración, particularmente la latinoamericana...". En la práctica, tales declaraciones no son vinculantes, salvo la referencia a los derechos fundamentales por la posibilidad de invocar su debida protección jurídica ante los tribunales. El panorama de principios de variada índole que contiene la Carta de 1993 dio lugar a que un sector de la doctrina se pronunciara a favor de un modelo abierto de interpretación con distintas posibilidades de aplicación por parte de la Judicatura, el Tribunal Constitucional, y la política del Ejecutivo, si cuenta con mayoría en el Parlamento. Sin embargo, la Constitución de 1993 y el contenido de la jurisprudencia, más cercana a la justicia procesal que sustancial, todavía no permiten conocer con claridad las distintas interpretaciones para su aplicación, además de las continuas interferencias del poder político en la labor judicial en toda la historia republicana del Perú.

En la Constitución peruana no hay una efectiva separación de poderes y es probable que éste sea el hecho que mejor la describe. La crisis de la separación de poderes es un problema mundial, la transformación de la vida económica, social, cultural, política, entre otros facto-

res, han favorecido más el protagonismo del ejecutivo en desmedro del legislativo. Hoy en día, las decisiones más importantes son tomadas por los gobiernos, ya sea en los modelos parlamentaristas o presidencialistas. En cualquier Constitución moderna las armas de un ejecutivo son tantas que parece ser que la forma de gobierno exige la autolimitación del gobierno. En ese sentido, como ejemplos de autolimitación o prudencia política en el derecho constitucional comparado, vemos que el Canciller alemán no ha abusado del Estado de necesidad legislativa como el jefe de Estado francés tampoco ha abusado del Estado de emergencia.

* * *

Como adelantamos, si bien los antecedentes remotos de la Constitución peruana, como de cualquier Constitución, provienen de Europa y Norteamérica, también es cierto que su adecuada comprensión se encuadra en los textos constitucionales iberoamericanos. Por esta razón, es imprescindible conocer la Constitución peruana en su propio ambiente, con el objeto de entender mejor su forma de gobierno y aproximarnos con seguridad a sus notas más relevantes. Desde el punto de vista formal, la Constitución de 1993 no guarda diferencia con las Constituciones iberoamericanas más influyentes. Sin embargo, en relación con su forma de gobierno, la Carta de 1993 es la que más ha incorporado instituciones parlamentaristas en las relaciones de los órganos ejecutivo-legislativo.

Si echamos un vistazo a las Constituciones iberoamericanas veremos que sus presidentes tienen más competencias que el Norteamericano. Pueden vetar leyes, promulgar decretos y disolver el parlamento en determinados casos. Además, tienen expresa iniciativa legislativa y pueden interponer acción de inconstitucionalidad contra las leyes del parlamento, y ello sin olvidar que cada reforma, o nueva asamblea constituyente, refuerza aún más sus poderes. En las asambleas constituyentes se trataba de conjugar dos posturas opuestas como el agua y el aceite, pues en un mismo texto se introdujo la racionalidad del modelo liberal, junto con un Estado unitario, centralista y de gobierno fuerte.

En todas las Constituciones iberoamericanas el ejecutivo goza de una mejor posición frente a los demás poderes pero, en la práctica, se diferencian en su grado de autolimitación. Los gobiernos son elegidos a través de procedimientos democráticos, se utilizan también otros ins-

trumentos de participación popular —*referéndum,* plebiscitos—, pero un gobierno constitucional no sólo se construye con elecciones libres y limpias sino además respetando el imperio del derecho, la separación de poderes y la protección de los derechos y libertades básicos de igualdad, asociación, expresión, propiedad, entre otros. Por otro lado, el Parlamento peruano no está integrado por partidos fuertes y con arraigo sino más bien por un conjunto de movimientos y alianzas improvisadas, muchas de ellas compuestas por tránsfugas, constituidas en torno a un líder carismático de ocasión.

Si bien la desmedida importancia del carisma político es un problema que también afecta a más de un parlamentarismo europeo y presidencialismo iberoamericano, en el Perú se ve agudizada por el populismo y una deficiencia en el sistema de la representación política, pues, la Constitución dispone que la elección de los miembros del Congreso debe realizarse a través de un distrito electoral único que engloba todo el territorio estatal. Es decir, un único distrito electoral para un país de casi 1.200.000 km cuadrados, aproximadamente casi el territorio de Portugal, España y Francia juntos.

La función de control parlamentario no se encuentra establecida expresamente en la Constitución, pero en su articulado podemos descubrir sus principales instituciones. El reglamento del Congreso precisa que el control parlamentario comprende la investidura del Consejo de Ministros, el debate, la realización de actos e investigaciones y la aprobación de acuerdos sobre la conducta política del gobierno, los actos de la administración y de las autoridades del Estado, el ejercicio de la delegación de facultades legislativas, el dictado de decretos de urgencia y la fiscalización sobre el uso y la disposición de bienes y recursos públicos. Por otro lado, también comprende la exposición del mensaje anual del Presidente de la República y la acusación Constitucional. Llama la atención la terminología procedente del parlamentarismo, concretamente, "la investidura del Consejo de Ministros", cuando la Constitución no la denomina así, ya que es el Presidente de la República quien nombra y remueve a su Gabinete, aunque requiere la conformidad del Parlamento de acuerdo con la Constitución.

En la práctica, las preguntas e interpelaciones no son vinculantes para exigir la responsabilidad política, ya que, necesitan de una mayoría cualificada. Pese a que el Congreso cuenta con instituciones parlamentaristas, las comisiones de investigación, las preguntas, las interpelaciones, las peticiones de información, etc., también adolecen de las

correcciones de los modelos racionalizados. Por lo tanto, en la práctica, la función de control parlamentario no está en manos de las minorías para controlar al Ejecutivo sino en manos de quien goza de mayoría en el Congreso, ya que, para su ejercicio y aprobación, se exigen mayorías cualificadas.

En efecto, el trabajo de las comisiones de investigación ha sido escaso, no sólo por el desinterés de la mayoría parlamentaria sino porque para conformar una comisión de investigación se necesitan más de la mitad de los votos de los miembros del Congreso. Por otro lado, las pocas comisiones que se pudieron constituir no dieron los resultados deseados porque no llegaron a presentar un informe final, y otras se disolvieron sin haber iniciado su investigación. Por ello, ante la dificultad para constituirlas, y para lograr resultados prácticos, son los parlamentarios quienes individualmente fiscalizan al gobierno a través del periodismo de investigación.

Las preguntas tienen poco sentido en un presidencialismo por su tajante separación de poderes, sin embargo, como hemos señalado, la separación de funciones de la forma de gobierno peruana no se corresponde con el modelo presidencialista clásico y ello dificulta su comprensión. No obstante, en la práctica, las preguntas no originan especial interés en la opinión pública; de ahí que para la oposición no haya ventaja alguna de cara a unas elecciones. Una explicación podría ser la falta de tradición parlamentaria en el ejercicio de esta institución. En primer lugar, porque esta institución no es de origen presidencialista sino parlamentarista, y porque no basta incorporarla a una forma de gobierno distinta para que funcione, ya que, en la práctica, al Ejecutivo —en concreto, al Presidente de la República— le puede resultar molesto que el Parlamento abuse del control sobre sus ministros, siendo el Presidente quien los nombra y remueve. Las interpelaciones, a diferencia de las comisiones de investigación, también son extrañas en un presidencialismo porque se contradicen con la idea de separación de poderes; no deberían figurar en un modelo presidencialista porque los ministros no responden de sus actos al Legislativo, pero su presencia en la forma de gobierno peruana refuerza el escaso control que ejerce el Congreso,

En la función de control parlamentario se detectan otras correcciones: la posibilidad de los miembros del Gabinete de dejar las preguntas sin responder y sin sanción alguna, o la exigencia de una mayoría cualificada para la aprobación de una comisión de investigación,

son sólo unos ejemplos de una cantidad de correcciones visibles, y no tan visibles, que pesan sobre el Parlamento peruano. Por otro lado, no es novedad decir que tanto en los parlamentarismos y presidencialismos, de hoy en día, salvo excepciones, el Legislativo ha perdido terreno a favor del Ejecutivo. En la práctica, la función de control se reduce a las críticas que desde la oposición se formulan contra el Presidente y sus ministros

Pese a los elementos correctores en las instituciones de control y del deterioro de la imagen del Legislativo peruano ante la opinión pública, los parlamentarios peruanos todavía se valen del hemiciclo como centro principal de discusión política, lo cual es positivo en nuestra opinión. También observamos que la actividad de la oposición está encaminada para demostrar que la política del Ejecutivo es errada y que las soluciones que ellos proponen son adecuadas y sensatas, una actividad que es natural en cualquier oposición parlamentaria. En resumen, si bien el Legislativo peruano se encuentra desarmado para controlar con eficacia al Ejecutivo, tampoco tiene una mordaza que le impida expresar sus críticas.

Hemos dicho que el predominio del Ejecutivo es notorio en las formas de gobierno contemporáneas. En los presidencialismos, como sabemos, el Presidente de la República es su vértice y real conductor; pero, en la Constitución peruana el principal problema radica cuando el Jefe de Estado desea también ser el principal conductor, de la marcha del Legislativo y del resto de órganos constitucionales. Para la doctrina, la elección directa del Presidente es la característica esencial y a la vez ventajosa del presidencialismo; afirmaciones en ese sentido descubrimos entre los trabajos de investigación que hacen referencia a la forma de gobierno de la Constitución peruana. No obstante, esa afirmación es insuficiente, pues, a nuestro criterio, su figura no reposa sobre una división territorial del poder y tampoco está sujeto a los mismos controles que el Presidente estadounidense, con lo cual su elección directa fortalece aún más sus competencias. Sin olvidar que el caudillaje y el populismo son los dos rasgos típicos que caracterizan el estilo de gobierno del Presidente peruano; ya que, prácticamente, los partidos políticos y los programas de gobierno importan menos que el carisma del candidato a la presidencia.

La forma de gobierno peruana cuenta con un Primer Ministro que coordina las funciones de los demás miembros del gabinete y asume la responsabilidad de su gestión. Es un *primus inter pares* que ade-

más refrenda aquellos actos procedentes del Ejecutivo que señalan la Constitución y las leyes. Con todo, la posibilidad de que el Presidente de la República se encuentre en una situación similar a la del Jefe de Estado francés en 1986 —año de la primera cohabitación— es difícil que se presente por las siguientes razones:

En primer lugar, el período de cohabitación en el Semipresidencialismo francés surge cuando el partido político del jefe de Estado deja de tener mayoría en el Parlamento, mientras que en la forma de gobierno peruana la elección de los poderes Ejecutivo y Legislativo son coincidentes y por el mismo tiempo de mandato.

Con el fin de mantener la estabilidad política, es difícil que el Presidente peruano admita la idea de un Primer Ministro procedente de la oposición parlamentaria; más improbable todavía es que delegue sus atribuciones como Jefe de Gobierno. A diferencia de la Constitución francesa de 1958, donde los artículos dedicados al Primer Ministro se aplicaron en 1986, año de la primera cohabitación.

La evidencia empírica parece demostrar que la presencia de un gabinete ministerial y su jefe en el régimen político peruano es sólo una aproximación formal hacia el semipresidencialismo. Decimos formal porque el Presidente de la Repúblíca conserva sus atribuciones con o sin mayoría en el Parlamento. No obstante, nosotros creemos que sólo un Primer Ministro con más personalidad y carisma que el Presidente de la República —nombrado por consenso— podría fortalecer la imagen y capacidad de decisión del cargo, para convertirlo en una figura más próxima a un jefe de gobierno parlamentarista. Sin embargo, para que ello sea posible, es necesario un asentamiento del sistema de partidos que todavía no se ha logrado.

* * *

¿Cuál es la forma de gobierno de la Constitución peruana?. Aunque a la primera impresión resulte extraño, la Carta de 1993 tiene casi todas las instituciones de un modelo parlamentarista; en efecto, cuenta con un primer ministro, un gabinete, la investidura del gobierno, el refrendo ministerial, la moción de censura, la cuestión de confianza, las preguntas, las interpelaciones..., hasta la disolución del propio parlamento. No obstante, si comparamos la tramitación de la moción de censura con el Parlamentarismo español o el Semipresidencialismo francés, notaremos que sus requisitos son tan difíciles de cumplir como en

aquellos países, pese a que la censura en España cuenta con la dificultad adicional de superar un requisito personalísimo: la presentación de un nuevo candidato a Jefe de Gobierno. Las correcciones a la moción de censura en la Constitución peruana fueron tomadas de los artículos 49 y 50 de la Carta francesa de 1958. El artículo 132 de la Constitución peruana concentra casi toda la regulación sobre la moción de censura, ya que, el reglamento parlamentario dedica un artículo a esta institución, repite lo ya establecido por la Constitución, y sólo agrega algunos detalles de procedimiento.

Las constituciones peruanas de 1920 y 1933 contaban con la moción de censura pero sin límite para su ejercicio y sin el correspondiente derecho de disolución. Si en los parlamentarismos la moción de censura y la disolución parlamentaria son una pareja inseparable y connatural con esa forma de gobierno, si las dos son como el pistón y el émbolo, en palabras de Loewenstein, la presencia de la disolución parlamentaria desde la Constitución de 1979 fue una consecuencia tardía de la censura. Quizá lo lógico para la asamblea constituyente de 1993 hubiese sido eliminar la moción de censura, pero, como en el Derecho Constitucional "el que tuvo retuvo", era políticamente difícil suprimir del proyecto una institución conquistada por los parlamentarios.

La forma de gobierno de la Constitución peruana otorga al Jefe de Estado peruano la posibilidad de disolver el Parlamento pero sólo bajo unas determinadas condiciones. La Carta de 1993 establece que el Presidente de la República puede disolver el Parlamento si este último ha censurado o negado confianza a dos gabinetes. De esta manera, la disolución condicionada se incorporó como consecuencia de la experiencia de la Constitución peruana de 1933; los constituyentes, durante la elaboración de la Constitución de 1979, en lugar de excluir la moción de censura, incorporaron la disolución a la forma de gobierno peruana.

La facultad del Jefe de Estado peruano de disolver el Parlamento responde a propósitos distintos de los previstos por los parlamentarismos. El derecho de disolución en la Constitución peruana pone un límite para el ejercicio de la moción de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. El Congreso tendría oportunidad de censurar a sólo un gabinete, pues, luego del segundo, el Presidente de la República estaría habilitado para disolver el Parlamento. Así, mientras la mayoría de la asamblea logró mantener las correcciones de la moción de censura, de la misma manera, la oposición logró mantener las enmiendas al derecho de disolución.

Pero el modelo de disolución parlamentaria adoptado por la Constitución peruana presenta un problema adicional, pues, si bien se orienta a evitar la censura ininterrumpida de gabinetes, la Carta de 1993 no establece unos límites similares para el ejercicio de las censuras dirigidas y aprobadas contra los ministros individuales. Un peligro posible si consideramos que es menos difícil a un Parlamento multipartidista ponerse de acuerdo en censurar a ministros singulares que exigir la responsabilidad al gabinete y correr el riesgo de disolución parlamentaria.

La finalidad de la cuestión de confianza en la forma de gobierno peruana está en superar una crisis gubernamental propiciada en el Parlamento que, como sabemos, tiende hacia el multipartidismo. Sin embargo, ese remedio adolece de ciertos problemas de aplicación. Si el Ejecutivo tiene su propia mayoría en el Parlamento, la pregunta es ¿para qué habría que presentar una cuestión de confianza?. Y si el Presidente de la República no goza de mayoría en el Congreso, ¿para qué debería presentarla el Primer Ministro?, ¿Para arriesgarse a no obtenerla? En efecto, tanto en la forma de gobierno peruana como en los parlamentarismos europeos, la cuestión de confianza voluntaria no se solicita porque el Ejecutivo prefiere por medio de las encuestas conocer cómo marcha la aprobación de su gestión que a pedirle un voto de confianza al Congreso.

No obstante, aunque todas estas instituciones estén reunidas, moción de censura, disolución parlamentaria y cuestión de confianza, todas juntas no configuran un parlamentarismo. Por otro lado, si a primera vista pudiese parecer que se trata de un modelo presidencialista, esta afirmación también podría ser inexacta. En primer lugar porque, si somos rigurosos, lo único que se asemeja el modelo peruano al norteamericano es que el Presidente de la República es elegido por sufragio universal. Y el presidencialismo no se reduce sólo a la forma de elección del Ejecutivo, porque requiere también de una efectiva separación territorial del poder, unos pesos y contrapesos que frenen al Presidente de la República, que el Parlamento sea representativo y que ejerza un control político, y una judicatura independiente. Sin olvidarnos además que, parafraseando a Sartori, el modelo norteamericano funciona, a su manera, porque los estadounidenses están decididos a hacerlo funcionar. Es tan sencillo como eso, y por lo mismo, tan difícil. Por ese motivo, la forma de gobierno peruana, atendiendo a sus orígenes y al modelo original de referencia, sólo podemos admitir, de manera coloquial, que se trata de un modelo presidencialista.

Desde un punto de vista material, en la forma de gobierno es notorio el propósito deliberado de dotar al Presidente de la República de un poder absoluto frente al resto de órganos. Un predominio presidencial que se percibe no sólo a través de las competencias del Presidente, sino también por un deliberado bloqueo a los instrumentos de control parlamentario que yacen en manos de quien goza de mayoría en el Congreso.

Con relación a la Judicatura peruana, los jueces, en la práctica, resuelven conflictos civiles, penales, invocan artículos de la Constitución para fundar un amparo o *habeas corpus, etc.*. Pero su actitud respecto a los abusos del poder, llámese inaplicar una ley del Parlamento o un decreto legislativo del gobierno por considerarlo inconstitucional, es tomada como una falta grave e incluso prevaricación. Los jueces, con el fin de no perjudicar su carrera judicial se abstienen de sentenciar en contra de los medios de comunicación y los políticos. Finalmente, la Judicatura y su jurisprudencia se ha inclinado a reconocer de facto a los gobiernos autoritarios cuando no observan en sus sentencias la legitimidad de su labor legislativa.

La evolución de esta forma de gobierno es una consecuencia de la relación de los conceptos opuestos de Constitución y de Soberanía en una Carta Magna. De esta manera, es posible que un texto constitucional contenga normas contrarias a su finalidad de limitar el poder. Unas disposiciones que propicien su concentración y no su dispersión. Esta pérdida del sentido y fin de una Constitución fue una herencia de las Constituciones napoleónicas, llevada desde Europa continental a las nacientes repúblicas iberoamericanas. Para lograr la estabilidad política se añadieron instituciones parlamentaristas, sin embargo, la enfermedad fue la misma pero se aplicó una vacuna contraria. Es decir, mientras algunos parlamentarismos europeos se aproximaron al presidencialismo en aras de lograr una estabilidad política, por el mismo motivo, en Iberoamérica —en especial en la Constitución peruana— es el presidencialismo quien ha tomado prestadas instituciones del parlamentarismo. El resultado de dicho experimento pasó por alto que estas instituciones desarrollan frutos sólo cuando se proyectan sobre realidades similares, como en Inglaterra y Canadá por ejemplo. Y que, en consecuencia, resultaban remotas las posibilidades de que, proyectadas sobre sociedades divididas y políticamente atrasadas, pudiese un modelo dar frutos comparables. En resumen, los demás países sólo hemos traducido aquellas convenciones constitucionales e instituciones de Ingla-

terra y los Estados Unidos que podían expresarse como una norma jurídica. Sin tener en cuenta, al parecer, que su experiencia constitucional son episodios de la historia inglesa y estadounidense.

Por ser más tajante la separación de poderes en los presidencialismos, resulta extraño cualquier vínculo jurídico entre el Ejecutivo y Legislativo. Es más, la brevedad del Reglamento del Congreso para regular el derecho de disolución nos hace ver lo difícil de conciliar una institución procedente del parlamentarismo, donde Legislativo y Ejecutivo están soldados, con otra forma de gobierno que parte de raíces distintas. Pensamos lo mismo para la decisión de introducir una moción de censura y cuestión de confianza en un modelo presidencialista.

El ejercicio de las instituciones procedentes del parlamentarismo se presta más al cálculo político que a los motivos que las invocan. La política condiciona el uso de la moción de censura, la cuestión de confianza o la disolución de las cámaras, importando más los beneficios electorales de cara a una próxima elección que a la exigencia de responsabilidad del Ejecutivo. Es un lenguaje entre gobierno y oposición distinto al que se produce en los presidencialismos, donde Ejecutivo y Legislativo son elegidos en distintos comicios. Por tanto, sus relaciones son también diferentes. Por esa razón consideramos extraña la incorporación de instituciones de una forma de gobierno a otra.

La forma de gobierno de la Constitución peruana sólo vincula la disolución del Congreso con los medios para exigir la responsabilidad parlamentaria, cuando el Legislativo haya censurado o rechazado la confianza a dos gabinetes. Es decir, nos encontramos con tres instituciones diferentes. La moción de censura es una iniciativa parlamentaria cuyo éxito determinará la dimisión del Consejo de Ministros. La cuestión de confianza, en cambio, es un mecanismo de iniciativa gubernamental cuyo éxito ocasiona la permanencia del Gabinete en ejercicio. Finalmente, la disolución del parlamento se presenta como una forma de dar solución a un período de inestabilidad gubernamental y a su vez, como un medio de presión y cálculo político contra el Congreso para que no niegue la investidura al Primer Ministro y su Gabinete.

No obstante, los mecanismos para exigir la responsabilidad política en la Constitución peruana no se aplican; pero no sólo por las correcciones o requisitos a que están sujetas, sino también porque nos encontramos ante una combinación de instituciones de distinto origen, lógica y espíritu. En principio, el remedio para solucionar los problemas del predominio presidencial se debió buscar en el propio presi-

dencialismo y no cubrir sus carencias con instituciones de otros modelos. Un objetivo difícil de cumplir si se trata de reducir los poderes presidenciales a través de una efectiva división territorial del poder, ya que la tendencia en la Constitución peruana es que los poderes presidenciales aumenten pero que no disminuyan.

Lo paradójico de la presencia de la moción de censura en la Constitución peruana es que a pesar de estar prevista para controlar al Ejecutivo, cuenta con las correcciones hechas por los parlamentarismos contemporáneos con el objetivo de atenuar los poderes del Congreso. El número mínimo de proponentes, su motivación, y la mayoría absoluta del número legal de miembros para su aprobación, tienen que acompañar la presentación de una moción de censura. No obstante, el Derecho comparado guarda otras correcciones aún más rigurosas, pero sólo aplicables a un modelo parlamentarista, como por ejemplo la moción de censura constructiva.

El sentido de las correcciones a la moción de censura son explicadas por la historia. Las soluciones fueron políticas y jurídicas pero a costa de un alto precio, su falta de aplicación. Sin embargo, es una factura que sólo debió pagar el parlamentarismo, ya que el presidencialismo auténtico tiene una lógica distinta, y quizá, espera más el empeño de sus gobernantes y parlamentarios para la buena marcha de sus instituciones.

Ahora bien, existen tres posibilidades de frenar al predominio presidencial en la Constitución peruana:

Primera, que consistiría en que el Presidente de la República no cuente con mayoría propia en el Parlamento y tenga la necesidad de crear pactos o alianzas estables con otros grupos políticos. Si el Presidente peruano fuera electo sin mayoría en el Legislativo, la institución del Primer Ministro podría realzarse en la forma de gobierno; pero todavía ello es una hipótesis, pues, para que la letra de la Constitución peruana se aproxime al modelo francés, el Presidente tendría, en la práctica, que delegar la conducción del gobierno en su Primer Ministro.

Segunda, si el Presidente de la República no logra crear una alianza con ningún grupo parlamentario, la oposición podría fiscalizar los actos del Ejecutivo por medio de sus instituciones de control e incluso exigiendo responsabilidad política, estando en la práctica habilitado para censurar sólo a un consejo de ministros para evitar que el Presidente de la República pueda disolver el Parlamento.

En tercer lugar, se podría esperar la autolimitación del Presidente de la República. Una posibilidad todavía ilusoria si consideramos que cualquier Presidente, con o sin mayoría parlamentaria, se encontrará con una oposición multipartidista y dividida ideológicamente que lo obligará a utilizar todas sus armas contra el Congreso, tales como por ejemplo, un abuso en la legislación de urgencia, veto parcial de las leyes, etc..

¿Qué solución debemos buscar?. Ninguna, si se trata de encontrar sólo una solución jurídica a los problemas de aplicación de la Constitución peruana, pues las formas de gobierno clásicas se encuentran escritas con reglas claras y no cabe añadirles nada, salvo una dosis de paciencia, tolerancia y empeño; una receta más humana que jurídico positiva. Sin embargo, vemos que los mecanismos para exigir la responsabilidad política en la Constitución peruana, pese a su escasa sintonía con los presidencialismos, podrían servir para dar solución a crisis políticas extremas, como por ejemplo, una oposición con mayoría multipartidista que dificulte gobernar al Presidente.

Ahora bien, la solución requiere la presencia de los ciudadanos. La pasividad y fácil resignación de los ciudadanos peruanos ante cada interrupción constitucional por las fuerzas armadas, las breves "primaveras democráticas" —siendo raro encontrar más de tres gobiernos constitucionales consecutivos en la historia republicana del Perú—, ha dado lugar a una falta de tradición democrática de un pueblo peruano que, por lo regular, se muestra insensible cuando un Presidente tiene demasiado poder, o cuando abusa del poco que tiene. Una reforma del sistema electoral con elecciones separadas y con renovación por tercios, más cercana a un sistema presidencialista como el de los Estados Unidos de Norteamérica, podría ser un avance. Sin embargo, comprobado está que, por un lado el Presidente no sabe gobernar con un Legislativo en contra y, por otro, los ciudadanos peruanos ven siempre con pesimismo a un gobierno débil.

Para concluir, todo lo dicho aquí nos trae a la mente la novela de Dickens titulada: *Our mutual friend,* en especial la respuesta, que el Sr. Podsnap hace al caballero francés, donde le dice algo así: "los ingleses, Sir, estamos orgullosos de nuestra Constitución. Nos fue dada por la providencia. Ningún otro país ha sido favorecido como éste.... Y los demás países, Sir, dijo el caballero francés, ¿cómo se las arreglan?. Los demás países, Sir, replicó el Sr. Podsnap sacudiendo gravemente su cabeza, hacen, y lamento tener que decirlo, lo que pueden". Efectiva-

mente, lo único que se puede esperar de la Forma de Gobierno de la Constitución peruana es un Presidente de la República con mucha autolimitación, es decir, fuerte pero prudente. No obstante, ello requiere una determinada clase dirigente y un pacto entre las distintas fuerzas políticas, presupuestos que aún no están consolidados, mientras tanto, la Constitución peruana hará lo que pueda.

THE LOCAL SELF-GOVERNMENT IN POLAND AFTER THE FALL OF COMMUNISM

BOGUSLAW BANASZAK *

1. INTRODUCTION

After the fall of communism and reinstitution of self-government bodies in 1990 the local self-government started to develop dynamically. The local administration underwent significant structural and organisational changes. The new self-government administration was created on the level of the Community. Its organisation, functioning, competencies and forms of activities were regulated by new laws. Created were also new structures of the central government administration acting on the local level, i.e. general purpose local administration bodies (heads of provinces and subordinated to them heads of district offices) and special administration bodies that are independent from govemors (for example, local departments of education). Their competencies and activities were based on new rules. The district offices became the mid-level, central government, general purpose administrative bodies (numbering 267) which took over issues that couldn't be handled neither by communities nor by provinces. But as a result, those changes didn't lead to a significant decentralisation of governing and the central government was still responsible for the two-thirds of all the tasks of public administration. Although the communities were assigned one-third of those tasks, their abilities were limited by a low level of

---

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Wroclav, Polonia.

funding which in the mid-90s constituted only some 15% of the funding for public spending.

In general, the regulations on the local self-government contained in the Constitution and relevant Acts, during the political transition period, complied with the standards set in the European Self-Government Chart of 1985, ratified by Poland in 1994. And so is Poland's new Constitution. The Arts. 15 and 16 of the Section I, which deals with the principles of the political system in Poland describe, in general, the system concept of the local self-government. In the Constitution it is meant as a decentralisation of public power (Art. 15, Clause l), contrary to the way the natural law justifies the right to the self-govemment, and its foundation is seen in the governing law, as said in the Art. 16, Clause 1: "The whole populace of a given basic territorial unit of the countly constitute, under the law, a self-governing community".

2. CONSTITUTIONAL AND STATUTORY BASE OF THE SELF-GOVERNMENT

The Constitution does not determine the model of the territorial division of the state which, in turn, determines the division of competencies of the basic units of public power acting locally, i.e. central government, general purpose administration acting locally and the bodies of the territorial self-government [1]. The Constitution delegates that still highly controversial issue to be regulated in the way of an Act. It only says, in Art. 15, Clause 2, that such division should take into account "social, economic or cultural ties" and assure "the territorial units the ability to perform their public duties". Such an approach creates serious reservations because "the prevailing view is that the description of the levels of the territorial self-government is not a constitucional issue", [2]. And because that issue was not determined in the Constitution it had to be regulated by an act. Such act, as per instructions in Art. 15, Clause 2 of the Constitution, is the Act on the introduction of a three-tier territorial division of the country. That Act regulates only the issues

---

1. Such division shouldn't be mistaken with the administrativa division of the state, made not only to establish territorial competencies of public administration, but also of the courts, prosecutors and legal entities.

2. M. Kallas, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1997, page 72.

related to the creation of provinces, and the issues related to counties and communities it delegates to be regulated by a decree of the Council of Ministers.

The Constitution indicates the Community as a basic unit of the self-government and relates to it a principle of assumed competencies (Art. 164, Clause 3: "A Community executes the duties of the self-government which are not reserved for other units"). The Act of 08.03.1990 on the local self-government describes the Community as a self-governing community created under the law by the people living within a given territory. The Community executes public duties in its own name and on its own responsibility. It is the Community, and not its bodies, that is the subject of rights and obligations. The Community, as other units of the self-government, has a legal personality. The community of people constituting the Community has an obligatory character and the Community may not, by way of its own act, dissolve itself. The inhabitants of a Community decide on their issues in popular vote (elections and referendums) or by the intermediary of Community bodies. The creation, merging, abolition of Communities and determining their borders and names and the sites of their governing bodies is done in the way of a decree of the Council of Ministers after consultations with the residents of a given area. When creating, merging and abolishing the Communities and setting their borders one has to ensure that they cover a possibly uniform area when it comes to the organisation of their settlements (housing developments) and social and economic ties enabling them to execute public duties. The present borders of communities were set before the new Constitution became effective (most of them in the second half of 70s). Right now there are 2465 Communities, including 308 municipal Communities, 535 municipal and rural Communities and 1622 rural ones. Most of the Communities are small when one takes into account their population. In 2100 Communities the population is less than 20,000. The Community's organisation is describes in its charter. The Community independently manages its financial resources based on its budget.

The next constitucional principle concerning the territorial self-government is that it has the assigned competencies to exercise public powers (Art. 16, Clause 2). The Constitution specifically says that the range of assigned public duties shall be specified by way of acts. The self-government is to exercise such duties in its own name and on its own responsibility. That concerns both the political responsibility (the

council before the electorate and Community's executive body before the council) and civil responsibility specified by the civil law. Those duties, in the Constitution, are divided into two groups (Art. 166):

— *own duties,* to satisfy the needs of the self-governing Community;

— *assigned duties,* the duties assigned to the local self-government by way of acts because of the justified needs of the state.

The duties are assigned to the local self-governments for their closeness with the citizens. Beside the assigned (commissioned) duties originating from acts, the Act on the local self-government (Art. 8, Clause 2) envisions assigning the communities the duties of the government administration in the way of agreements with the bodies of the government administration. That is often used by the heads of provinces who assign to the communities some issues reserved for heads of provinces to be carried out in their name. Such agreements are published in provincial law registers.

The Act on the local self-government requires that in the aforementioned situations assigning the duties must be accompanied by the provision of adequate funds to enable the Community to carry-out such tasks.

It is to underline that for the assigned tasks, the head of province - in administrative proceedings - is a body of a higher level than the bodies of the Community.

Similar regulations regarding the tasks assigned to a County are contained in the Act on the County self-government (Art. 56, Clause 3) and as for the provinces, in the Act on the provincial self-government (Art. 67, Clause 3).

The Art. 94 of the Constitution gives the local self-government the right to issue their own local, legal acts based on the authorisations contained in acts. Such legal acts are binding on a given territory only.

The Constitution, in Art. 165, Clause 2, establishes a very important rule concerning the position of the local self-government within the political system; it states that its independence is protected by courts. That should protect the self-government from the intrusions of executive bodies supervising its activities. The competence disputes between the bodies of the self-government and bodies of the government administration are settled by administrative courts. Yet, there is a question whether only those courts provide the protection for the self-government. There are two views on that issue among law scholars.

The first says that the protection is exercised only by administrativa courts and only based on special regulations [3]. The second, presently ever commonly accepled, was formulated in the beginning of 90s. It says that the constitucional provision granting the court protection of the independence of the self-government is an autonomous one and may constitute the base for the claims of the self-government which may be settled by the common or administrative courts [4] and also by the Constitutional Tribunal. In the light of the present Constitution, I think that such view is the correct one.

For a real independence of the self-government, important is that it has proper funds and material base. The latter one is to be assured, under Art. 165, Clause 1 of the Constitution, by granting the self-government the ownership rights and other property rights (usufruct, easement, pledge). The Act on the self-government says that *the property of a given Community* includes the ownership and other property rights of such Community, associations of communities and other municipal legal entities.

Art. 167, Clause 1 of the Constitution assures the funds for units of local self-government required for their activities by assuring their share in public funds accordingly to their tasks. It indicates the *sources of founding* for the self-government: own revenues, general subsidies and purpose subsidies from the state budget. Those sources are to be indicated closer by a relevant act. The Act on the local self-government in the Art. 54 says that the steady sources of income for the Communities are the following: taxes, fees and other revenue describes in other acts as the Community's income, income from the Community property and general subsidies from the state budget. Such subsidies are determined by the Finance Minister in accordance with the objective criteria specified in a separate act. Moreover, the income of the Community may be: budget surpluses from previous years, purpose subsidies for the execution of specified tasks, income from self-taxation of the residents, funds the Community inherited, bequests and donations and other income.

---

3. See M. Armata, *Ustawa somorzadowa a zakres kognicji NSA*, Samorzad terytorialny 5/1991, page, 10.
4. See A. Agopszowicz, *Zarys prawa samorzadu terytorialnego, Katowice* 1991, page 77-79.

The Act on the local self-government, in Art. 56, in the similar way describes the sources of income of counties: the share in taxes constituting the source of income of the state budget in the amount specified in a separate act, subsidies from the state budget for the tasks executed by a County, purpose subsidies from the state budget for the tasks executed by the County bodies, income of the County budget units and payments from other County organisational units, income from the County property, balancing subsidy from the state budget, purpose subsidies from the state budget for the activities related to the removal of direct dangers to the safety and public order and to the national defence. The income of provinces was describes in the equally detailed way in Arts. 67 and 68 of the Act on the local self-government.

The new Constitution should prevent the situations from previous years when the self-government was assigned the tasks of the government administration for execution of which there were no funds in the state budget and the self-government had to pay for them from its own funds [5].

It is to mention that the Act on the self-government (Art. 48, Clause 3) guarantees the inhabitants of villages all of their to-date ownership rights, usufruct rights and other property rights, called the *Community property.*

3. THE BODIES OF THE SELF-GOVERNMENT AND THEIR POWERS

a/Communlty

The units of the local self-government execute their tasks by the intermediary of their legislative and executive bodies. The Constitution, in Art. 169, Clause 2, envisions only one way of the creation of the legislative bodies, i.e. popular elections in a given territorial division unit. It is understandable, taking into account their common and obligatory character.

Save for the issues which were reserved to be obligatory-settled by the Community inhabitants in the way of a referendum, the legislative and supervising body of the Community is the Community council. It is called the town/city council when its site is in a town/city located on

---

5. See *Najwyzsza Izba Kontroli* Warszawa 1995, page 54.

the Community territory. The term of such councils is 4 years and it is calculated from the date of the relevant elections. The number of councilmen elected to such councils is determined separately for each council by the head of the province in accordance with the rules specified in the electoral law and in the Act on the self-government. The number of councilmen depends on the number of inhabitants of a Community. The lowest number of councilmen is 15 for the Communities with the population of up to 4,000.

The issues regulated by the Community council are the issues within the Community activities unless it is stated otherwise in relevant acts. According to An. 18, Clause 2 of the Act on the self-government the exclusive issues to be resolved by the Communities are, among others, the following:

1/ Passing the Community Charter (when the Community population is more than 30,000 the proposed Charter has to be agreed with the Prime Minister),

2/ Election and dismissal of its Board, setting the general directions of its actions and accepting the reports from its activities,

3/ Passing the budget of the Community for a given calendar year, accepting the financial reports of the Community and approving the work of its Board,

4/ Approving the local plans on land development,

5/ Passing the resolutions on taxes and fees within the limits specified in relevant acts,

6/ Passing the resolutions on financial issues of the Community that exceed the normal management (concerning, among others: determination of rules on purchase, sale and encumbering of properties and on incurring long-term debts),

7/ Passing the resolutions on the acceptation - based on an agreement with relevant bodies of the government administration - of the tasks/duties of the government administration,

8/ Passing the resolutions on the co-operation with other Communities and on the creation of separate funds for that purpose.

The resolutions of the Community council are passed by a majority of votes when at least half of the councilmen are present. In case of an equal vote the casting vote belongs to the chairman of the council. The resolutions on financial obligations are passed by a qualified majorlty of votes with at least half of the councilmen present (such resolutions should indicate the sources of founding for such obligations).

The Community council supervises the activities of the council Board and its subordinated units and for that end it appoints the supervisory committee.

The council issues, in the form of a resolution, the *Community Regulations.* Such Regulations are issued based on the authorisations contained in relevant acts. As stated in Art. 40, Clause 1 of the Act on the self-government such Regulations are binding within the Community territory. The Community council is entitled to issue the regulations concerning the following issues:

1/ Internal organisation of the Community, village districts and boroughs (housing developments).

2/ Organisation of the Community offices and institutions.

3/ Rules on the management of the Community property and finances.

4/ Rules and ways of using the Community public spaces.

The prevailing view in the literatura on the constitucional and administrative laws is that the current regulations concerning the issuance of Community Regulations should be amended. Many scholars share "the view on the need of a general authorisation of the self-government to issue commonly binding regulations on the issues of the local meaning defined in the Act on the self-government as being within the Community powers" [6].

Within the scope not regulated in other acts or regulations the Community council is entitled to issue the order/special regulations if that are necessary to protect lives or health of citizens and for assuring the public order, peace and safety. Such special regulations may contain provisions on fines for their violation.

The Community council elects, in a secret vote, from its members the chairman and 1 to 3 deputy chairmen. Such posts can not be combined with the post of the chairman of the Community Board. The chairman of the Community council is its executive body and convenes its meetings as needed but at lest once a quarter. The chairman is obliged to convene such meeting on the motion of the Board or on the motion of at least 1/4 of the councilmen within 7 days from the date of the submission of such motion. The Community council appoints the

---

6. J. Glaser, W. Szyszkowski, Z. Wasik, Z. Witkowski, *Prawo konstytucyjne,* Torun 1994, page 357.

supervisory commission and is entitled to appoint standing commissions and single purpose commissions for the execution of a specified task, determining the subject of their activities and membership. The members of the commissions may be the persons who are not the councilmen and their number may not be higher than a half of the commission membership.

The Board is an executive body of the Community. It consists of 4 to 7 members. It is appointed by the council among its members but the chairman of the Board and its deputies may be the persons other than the councilmen. The chairman of the Board is called bailiff and when the Community site is located in the place the has the city rights, the mayor. In the cities of over 100,000 inhabitants the chairman of the Board is the president of the city. The council elects the chairman of the Board, in a separate, secret vote, by a qualified majority of votes cast by the statutory number of councilmen. The rest of the Board members, including deputy chairmen, is elected by the council in a secret vote by an ordinary majority of votes with the quorum of a half of the statutory number of councilmen. The deputies of bailiffs or mayors (presidents of the cities) are elected by the Community council on the motion of the bailiff or mayor (president of the city). Should the Community council fail to elect its Board within 6 months from the date of the publishing of the election results it is dismissed by the virtue of law. The Act on the self-government prohibits the combining of the membership in the Board with the employment in the government administration (Art. 27).

The Board is dismissed by way of a secret vote by a qualified majority of votes cast by the statutory number of councilman when the council refuses to acknowledge the duties of the Board. For other reasons, the council is entitled to dismiss the Board with the exception of its chairman only on a written motion, containing the justification for such motion, of 1/4 of the statutory number of councilmen. Such dismissal is decided in a secret vote by a qualified majority of votes cast by the statutory number of councilmen. For the dismissal of the chairman of the Board required is a 2/3 majority of votes cast by the statutory number of councilmen. Such vote has a secret character. The dismissal of the chairman of the Board results in the dismissal of the entire Board. The council is entitled to dismiss particular members of the Board on the motion of its chairman by an ordinary majority of votes.

The Act on the local self-government does not specify precisely the Board's powers. On the one side, in Art. 30, Clause 1, it contains a general regulation saying that the Board executes the resolutions of the council and Community's tasks/duties specified by law. On the other side, in Art. 30, Clause 2, it indicates the Board's particular powers. They are:

1/ preparing the resolutions of the Community council,

2/ determining the ways of the execution of such resolutions,

3/ managing the Community property,

4/ executing the Community budget,

5/ hiring and dismissing the managers of the Community's organisational units,

6/ executing the assigned tasks of the government administration.

The Board also proposes the Community's budget, taking into account the rules specified in the budget law and indications of the Community council.

The above indicates that the Board "executes the administrative powers of the Community, it is independent in the execution of its powers and it executes the tasks within the powers of the government administration which are not reserved for other bodies" [7]. When executing its own tasks the Board is subordinated to the Community council and when executing the tasks of the government administration it is subordinated to the bodies of the government administration. The resolutions of the Board are passed by an ordinary majority of votes cast in the presence of at lest of half of its members. Should the vote be even the casting vote belongs to the chairman of the Board. The resolutions on financial obligations are passed by a qualified majority of votes with the same quorum.

The Board is entitled, in emergency situations, to issue special regulations in the form of a decree. Such decree has to be approved by the Community council on its next meeting. Should the Board fail to submit the decree to the Community council for approval or such decree is not approved it loses its validity.

The Chairman of the Board is not, formally, a separate body, in the meaning of the Act on the local self-government. In Art. 31 it says

---

7. *E. J. Nowacka, Samorzad terytorialny w administracji publicznej,* Warszawa 997, page 60.

only that the chairman of the Board organises the work of the Board, manages the current issues of the Community and represents it on the outside. The Art. 32 of the aforementioned Act says that in the emergency situations related to a direct threat to the public interests it executes the actions remaining within the powers of the Board. Besides those powers that Act assigns the chairman several particular tasks. They are, for example, administrating the current affairs of the Community, directing the Community office (which aids the Board in the execution of its tasks), issuing the decisions in individual cases within the public administration.

The Community council, after the consultations with the residents or on their own initiative, may create - within the Community - supplementary, organisational units such as village districts, boroughs and housing developments in accordance with the Community Charter. The council determine their organisation and powers in a separate charter. The lack of detailed regulations on the level of an act and concerning the powers of the supplementary units is negatively commented by some legal scholars who think that leaving that matter to the Community may, in practice, result in a limitation of the role of the supplementary units [8]. The supplementary units posses no legal personality.

b/ County

A County constitutes the next, after the Community, unit of the local self-government (its the inhabitants of a County who create a self-governing community) and, at the same time, a unit of territorial division of the country. The counties are created by the Council of Ministers in the way of a decree. They cover the areas of neighbouring Communities with the exception of the Communities with the city status. "The functions of the County / ... / are of a supplementary character to the functions of the Community. As opposite to the Community which posses a constitutionally specified assumed competencies, the competencies of the County are of a limited character and in case of new matters or matters that are not regulated such competencies, under the law, are Community's. The Counties take over also some matters presently regu-

---

8. See M. Blakzejczak, A. Jurcewicz, B. Kozlowska, K. Stróczyk, *Samorzad mieszkańców wsi w systemie samorzadu terytorialnego,* Państwo i Prawo 3/1990, page 37.

lated by the heads of the provinces /... /. That is in tune with the constitutional principle of the decentralisation of public powers" [9]. That means, especially, that the County bodies are not supervisory or controlling for the Community bodies.

The County tasks, specified in a detailed way in Art. 4 of the Act on the County self-government of June 5, 1998, cover - in general terms - the public tasks of the "above the-Community" character. They can not infringe on the Community powers.

The inhabitants of the County resolve their matters in the way of a popular vote or referendum. The legislators decided correctly, from the point of view of a civic society, on the introduction of a County referendum despite the fact that - before passing the Act on the County self-government - there were the voices against it. K. Podgórski wrote for example that ,"a direct form of deciding on the issues by the inhabitants of a County should be the elections of its statutory bodies and the referendum does not seem to be a correct form of voting because of big differences in interests of sometimes distant Communities within one County" [10].

Such bodies are the County council and County Board (Art. 8, Clause 2), and in cities that are counties, the city council and city Board (Art. 92, Clause 1). It is to underline that the city which is a County is the one of more than 100,000 inhabitants and a city which ceased to be the site of the head of the province at the end of 1998. Moreover, the Council of Ministers is entitled - on the motion of a relevant city council - to grant the County rights to the city of the population of less than 100,000.

The County Council is an elected, legislative and supervisory body. Its term is 4 years and it is calculated from the date of the elections. The number of councilmen depends on the number of inhabitants of a given County and is 20 for the County of up to 20,000 inhabitants and additional 10 for each consecutive, started 20,000, but not more than 60 councilmen. The exclusive powers of the County, among others, are:

---

9. A. Bisztyga, *Vademecum pracowników administracji publicznej (samorzadowej oraz rzadowej)*, Katowice 1998, page 120.

10. K. Podgórski, *Projektowany ustrój powiatu samorzadowego, in: Poradnik Radnego i Pracownika Samorzadowego Województwa Katowickiego na Rok 1998 wraz z kalendarzem.*

1/ passing the resolutions on the issues reserved for the County councils in the relevant acts,

2/ electing and dismissing the County Board, determining the main directions of its activities and approving the reports from its activities,

3/ passing the resolutions on the County budget and approving the reports on its execution, and acknowledging the duties of the County Board,

4/ passing the resolutions on the level of taxes and fees within the limits that are specified in the relevant acts,

5/ passing the resolutions on financial matters of the County.

Unless an act states otherwise the resolutions of the County council are passed in an open vote by an ordinary majority of votes when the quorum is a half of the statutory number of the councilmen.

The exclusive competencies of the County council include - based on and within authorisations contained in the relevant acts - making the *local laws*. Such laws are commonly binding within the County area. Under the Act on the County self-goverment such laws especially concern the following issues:

1/ the ones that are required to be regulated in the County charter (among others the County system),

2/ special way of managing the County property,

3/ the rules and ways of using the County public spaces,

4/ law and order - special regulations - issued under Art. 41 of the Act on the County self-government within the scope not regulated in other acts or other regulations commonly binding and especially in justified situations when it is necessary for the protection of lives and well-being of County residents or property of residents, for the protection of environment or for assuring the order, peace and public safety when such situations are present on the area of more than one Community. A fine may be adjudicated - under the law on offences - for the violation of special regulations.

In emergency situations the special regulations may be issued by the County Board. Such regulations are to be approved by the County council on its next meeting. Should the Board fail to submit them for the council approval or when they are not approved they lose their validity on the date specified by the County council.

A detailed specification of internal organisation of the County council - under the Act on the County self-government - is left for the

council itself and the council should include it in the County charter. The aforementioned Act contains certain regulations that should not be altered in the County charter. Its Art. 14, Clause 1 says that the County council elects, among its members, the chairman and 1 to 2 deputy chairmen. It is done in a secret vote by a qualified majority of votes. The posts of chairman and deputy chairmen can not be combined with the membership in the County Board. The County council chairman is its executive body and it convenes the council meetings as needed but at least once a quarter. The chairman is obliged to convene the council meeting on the motion of at least 1/4 of the statutory number of the councilmen, on the motion of the Board or the head of the County within 7 days from the date of the submission of such motion. The County council appoints the supervisory committee and is entitled to appoint standing committees and specified purpose committees determining the subjects of their activities and their membership. The committees, as the internal bodies of the County council, are subordinated to that council and submit to it the plans of their activities and the reports on them.

The County Board is an executive body of the County. It has 4 to 6 members. They include the head of the County, deputy head of the County and other members. The County council, in a secret vote and by a qualified majority of votes, elects first, the head of the County and then, on his/her motion, the rest of the members of the Board. The members of the Board may be elected from the outside of the County council. The membership in the County Board may not be combined with the membership in the County or provincial organisational units, with the employment in the government administration or with the seat of member of the Parliament or Senator.

The County Board or its individual members may be dismissed as the result of the lack of acknowledgement of their duties or on the motion of 2/5 of the statutory number of the County councilmen. The County council resolves to dismiss the Board or its individual members in a secret vote by the majority of 3/5 of votes cast by its statutory number of the councilmen.

The County Board executes the resolutions of the County council and the tasks of the County specified by law. Its competencies include especially:

1/ preparation of the draft projects of resolutions of the County council,

2/ execution of the County council resolutions,

3/ execution of the County budget,

4/ management of the County property,

5/ passing the regulations on the organisation and rules of functioning of the organisational units of the County,

6/ hiring and dismissing the managers of the County organisational units,

7/ passing the special regulations in emergency situations.

The County Board executes its duties with the help of the office of County head, managers of the County service, control and security bodies, and the County organisational units which combined constitute the *unified administration of the County.*

The Head of the County chairs the County Board and organises its work and the work of the head of the County office he manages. The head of the County directs the current affairs of the County and represents it on the outside. He/she is the official superior for the employees of its office and managers of the County organisational units and the superior of the County service, control and security bodies. Moreover, the head of the County issues the decisions in individual cases within the scope of the public administration provided by the County unless special regulations state that the above is to be executed by the County Board.

c/ Province

Under the Act of June 5, 1998 *the Province* means: "1/ a local self-government unit, a regional self-governing community; 2/ the largest unit of the country territorial division with the competencias in the field of public administration". The competencies of the province self-government do not infringe on the independence of the County or the Community and its governing bodies do not posses the supervising or controlling competencias over the County or the Community, nor are they the units of the higher level in the administrative proceedings.

The tasks of the provincial self-government exceed the tasks of the Community or the County. They include, among others, defining the development strategies of the province, counteracting the unemployment and being active on the labour market, environmental protection and public safety.

In the provinces, as in the self-governing communities of the lower level, their inhabitants decide on the issues by way of voting or referendum or through the bodies of the provincial self-government. Such bodies are: provincial parliament and Board of the province.

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
BIBLIOTECA

The Provincial Parliament is an elected legislative and supervising body of the province. Its term is 4 years counting from the date of the elections. It consists of the councilmen numbering 45 in the provinces of the population of up to 2,000,000 and 5 additional councilmen for each additional 500,000 inhabitants or part of that number. Its exclusive competencies, among others, include:

1/ passing the resolutions on the development strategies of the province and on the long-term provincial programs,

2/ passing the resolutions on the land development plans,

3/ passing the resolutions on the selection of an independent auditor and on closing the accounts of the provincial budget,

5/ acknowledging the duties of the Board of the province,

6/ passing the resolutions, within the limits specified in relevant acts, on the regulations conceming taxes and local fees,

7/ electing and dismissing the Board of the province.

The provincial parliament has the exclusiva right to issue the *local legal acts.* Such acts concern in particular: the province charter, the rules on the managing the province property, rules on and ways of using the provincial public spaces. Such acts are issued based on the Act on the provincial self-government or on authorisations contained in other acts. They may not exceed the limits specified in such authorisations. They are binding within the whole area of a given province or within its part.

Unless an act states otherwise the resolutions of the provincial parliament are passed in open voting or in name-voting by an ordinary majority of votes when the quorum is a half of the statutory number of its councilmen. In case of an even vote the chairman of the provincial parliament has the casting vote.

The Chairman of the Provincial Parliament is elected by the provincial parliament among its councilmen in a secret voting by a qualified majority of votes. The provincial parliament also elects, in the same way, not more than 3 deputy chairmen. Neither the chairman nor the deputy chairmen may be the members of the Board of the province. The chairman organises the work of the provincial parliament and chairs its meetings and he/she is entitled to assign those duties to a deputy chairman. The chaiman, on its own initiative, convenes the sessions of the provincial parliament at least once a quarter of a year. He/she is also obliged to convene such sessions on the motion of the Board of the province or on the motion of at least 1/4 of the statutory number of the councilmen.

The provincial parliament may appoint committees. The Act on the provincial self-government contains only the regulations concerning the *supervisory committee* (Art. 30). It is appointed to control the Board of the province and the provincial self-government organisational units.

An executive body of the province is the *Board of the Province.* It consists of 5 persons including its chairman and not more than 2 deputy chairmen. The membership in the Board of the province may not be combined with the membership in the County or Community bodies, with the employment in the government administration or with the seat of the member of the Parliament or its Senator. The Board of the province is elected by the provincial parliament. First, among the councilmen, the provincial parliament elects - by a qualified majority of votes - the chairman of the province and then, on his/her motion - by a qualified majority of votes - the deputy chairmen and members of the Board.

The Board of the province or its individual members, excluding the chairman of the province, may be disimissed as the result of the lack of the acknowledgement of their duties or on a written, justified and endorsed motion of 1/3 of the statutory number of the councilmen of the provincial parliament. The provincial parliament dismisses the Board or its individual members in a secret vote by the 3/5 majority of votes of the statutory number of the councilmen of the provincial parliament. The provincial parliament may also, on the motion of the chairman of the province, dismiss individual members of the Board of the province in a secret vote by a qualified majority of votes. In case of the dismissal of the chairman of the province obligatory is a particular, constructiva vote of no confidence; the provincial parliament dismisses the chairman of the province for the reasons other than the lack of the acknowledgement of his/her duties only on the motion - justified in writing and endorsed by the supervisory committee - of 1/3 of the statutory number of the councilmen only when it elects, at the same time, the new chairman.

The Board of the province executes the duties of the provincial parliament that are not reserved for the provincial parliament or the provincial self-government organisational units. Especially its duties are:

1/ execution of the provincial parliament resolutions,

2/ management of the province property,

3/ preparation of the draft project and execution of the province budget,

4/ preparation of the province development strategy plans, plans of the land development and province plans and their execution,

5/ organising the co-operation with the regional self-government structures in other countries and with international, regional associations.

The Chairman of the Province organises the work of the Board of the province and its office, directs the current affairs of the province and represents the province on the outside. He/she is the head of chairman of the province office and official superior for the employees and managers of the provincial self-government organisational units. Unless special regulations state otherwise he/she issues the decisions in individual cases within the scope of public administration.

4. ASSOCIATIONS OF SELF-GOVERNMENT UNITS

The Constitution in Art. 172, Clause 1 grants the self-government units the right to associate and says that a relevant act shall specify the rules of such associations. The possibility to create associations of the self-government units stimulates the decentralisation processes and improves the work of the self-government and its bodies. The Act on the self-government in Art. 64 establishes the right to create inter-Community (municipal) associations for them to execute public duties together. The associations do not substituta for the self-government units of a higher level nor for the Communities creating such associations. The Community associations are voluntary and a duty to create them may be enforced only in the way of an act. The decision to create such association the Communities make in the way of a mutual resolution of the Community councils interested. The rights and obligations of such association assigned by the Communities forming it take effect on the date of the publication of its charter. Such charter is passed by the Community councils by a qualified majority of votes of the statutory number of their councilmen. Such association has a legal personality and it acquires it upon registration in the register run by the Prime Minister. The municipal association executes its public duties in its own name and on its own responsibility. It is entitled, based on the authorisation granted by the Community councils, to deal with individual cases within the scope of public administration. As a "municipal, legal

personality it is entitled to be the subject that administers the municipal property and to increase its value as the result of its activities" [11].

The municipal association has its organisational bodies. Its legislativa and supervising body is its assembly. Within the scope of assigned duties it executes the competencies granted to the Community councils. It consists of bailiffs and majors of the communities taking part in such association. On the consent of a relevant Community council such Community may be represented by another member of the Community Board. The resolutions of the association assembly are passed by a qualified majority of votes of the statutory number of its assemblymen. Each member of such assembly is entitled to submit a written protest against the assembly resolution within 7 days from the date of its passing. Such protest stops the execution of the relevant resolution and causes that the issue it concerns must be considered again. The same second resolution may not be protested.

An executive body of an association is its Board. It is appointed - and dismissed by the assembly - among its members.

The County Associations may be created by the counties to execute public duties together, including individual cases within the scope of public administration. The resolutions on the creation of such association and access to and withdrawal from it is passed by the councils of the counties interested. They also pass the association charter by a qualified majority of votes of its statutory number of councilmen. The rights and obligations of the association related to the assigned duties became effective on the date of the publication of such charter. The association obtains its legal personality on the date of the publication of its charter after the registration in the register run by the Minister of Public Administration. The County association executes public duties in its own name and on its own responsibility.

The organisational bodies of the County association include:

1/ The Assembly. It is a legislativa and supervising body of the association. It includes 2 representativas of each County taking part in such association. It resolutions are passed by a qualified majority of votes of the statutory number of its assemblymen. Each assemblymen is entitled to submit a protest against a resolution within 7 days from the date of such resolution. Such protest has to have a written form and

---

11. E. J. Nowacka *Samorzad....*, page 119.

it should be accompanied by its justification. It stops the execution of the resolution and causes the issue it concerns to be considered again.

2/ The Board. It is an executive body of the County association appointed by its assembly among its assemblymen.

The other permitted - in the Act on the local self-government - form of the cooperation between the Communities is a *municipal agreement*. The Communities are entitled to enter into them in order to entrust one of them with some specified public duties.

Such agreement, just as the municipal association, has a subsidiary character only. As opposite to the Community associations, the Communities entering into a municipal agreement do not create any new bodies or structures. The Community executing the duties entrusted to it by its partner Communities takes over their rights and obligations related to such duties. The partner Communities are obliged to bear their share of costs related to such duties. The agreement has no separate legal personality.

A similar character have the *County agreements* entered into to entrust one of the counties with the execution of specified public duties. Moreover, the cities with County rights may enter into municipal agreements with other Communities based on the same rules.

The Act on the local self-government in Art. 84 specifies the possibility of the creation of Community unions in order to defend their mutual intereses and to promote the idea of the local self-government. The organisation, duties and work of the Community union are specified in its charter. Such unions are regulated by the provisions of the Act of 07.04.1989 on unions and associations.

The similar character have the County unions which are also regulated by the provisions of the above Act. The counties may also create the same unions with Communities.

Art. 172, Clause 1 of the Constitution grants the units of the local self-government the right to join internacional associations of local and regional communities and to cooperate with local and regional communities in other countries.

The above forms of the organisation of the units of the local self-government are not the only ones under the law. There are also *agreements on assigning public duties*. The County, under Art. 5, Clause 2 of the Act on the County self-government, may enter into such agreements with the units of the local self-government and with the province it is located within. The province may enter into such agree-

ments with other provinces and units of the local self-government located within its territory. Such agreements are regulated by the provisions of the Act on the local self-government.

LA DECLARACION DE ADMISIBILIDAD EN LA ACCION DE PROTECCION

JOSE IGNACIO MARTINEZ E. *
MANUEL ANTONIO NUÑEZ P. **

1. LA DECLARACION DE ADMISIBILIDAD EN EL AUTO ACORDADO DE 8 DE MAYO DE 1998

El *análisis previo de admisibilidad* fue una de las innovaciones que a la tramitación del llamado recurso de protección introdujo el Auto Acordado de la Corte Suprema de 4 de mayo de 1998. Conforme al inciso 2° del N° 2 de dicho Auto Acordado, una vez presentado el recurso de protección, la Corte de Apelaciones respectiva procederá a efectuar un examen de admisibilidad del mismo. Los parámetros en base a los cuales se efectuará dicho estudio son (i) el plazo de interposición, y (ii) la fundamentación del mismo. Tal como lo indica el A.A.C.S., dicho análisis y pronunciamiento se emite en cuenta, permitiendo a la Corte declarar, de plano y por resolución someramente fundada, la inadmisibilidad de la acción [1].

---

* Profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez.

** Profesor de la Universidades Católica de Valparaíso, de Valparaíso y Adolfo Ibáñez.

1. "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

El plazo como requisito de admisibilidad

Como se sabe, si bien el artículo 20 de la Constitución no estableció un término para interponer la acción, el A.A.C.S. sí lo hizo, y lo fijó en 15 días. Se trata de un plazo fatal, pero la jurisprudencia ha efectuado algunas importantes precisiones, que sin duda modulan tal carácter. Así, se ha resuelto que el plazo se comienza a contar desde que quien pretende accionar tomó conocimiento de la acción u omisión arbitraria o ilegal. Además, los tribunales han fallado que tratándose de hechos que supongan permanente o constante privación, perturbación o amenaza de los derechos y libertades amparados por protección, el plazo se renueva con cada privación, perturbación o amenaza.

La fundamentación como requisito de admisibilidad

En lo que toca a la fundamentación la situación puede resultar más compleja y discutible. Un primer análisis debería procurar determinar si el derecho o libertad invocado es o no de aquellos que cuenta con la garantía del art. 20 de la Constitución. Como se trata de una cuestión objetiva, en principio no debería ser dificultoso arribar a la conclusión adecuada. Pero un segundo estudio, podría encaminarse a determinar si el asunto podría ser tratado mediante otro procedimiento, que es en base a lo cual muchos recursos de protección son declarados inadmisibles. Ello es no sólo grave, sino que además contradictorio con lo señalado por el propio texto constitucional, según el cual la interposición del recurso de protección se entiende *"sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes" (art.* 20 C. Pol.).

Por todo ello resulta trascendental contar con algún mecanismo de impugnación de la declaración de inadmisibilidad.

---

manifiesta falta de fundamento lo declarará inadmisible 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 de tercero día" (A.A.C.S., Nº 2, inciso 2º).

2. RECURSOS CONTRA LA RESOLUCION QUE SE PRONUNCIA SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA ACCION

En esta materia parece apropiado distinguir entre los recursos procesales que corresponden en contra de la resolución que declara inadmisible la acción de aquella que, por el contrario, lo declara admisible.

a) *En contra de la declaración de admisibilidad*

De acuerdo al inciso 2º del Nº 2 del A.A.C.S., en contra de la resolución que declare inadmisible la acción de protección *sólo procederá recurso de reposición ante la misma Corte.* Como se sabe, esta disposición tuvo por objeto terminar con la disputa a que, hasta 1998, daban lugar las diversas interpretaciones sobre la posibilidad de apelar la resolución que declaraba la inadmisibilidad de las acciones de protección. En este sentido, valga recordar que mayoritariamente nuestro máximo Tribunal se inclinó por sostener que la resolución que declaraba inadmisible un recurso de protección no era susceptible de ser apelada. Sólo por excepción se admitieron a tramitación las apelaciones contra dichos pronunciamientos de inadmisibilidad [2] o, a pesar de reiterar la inadmisibilidad del recurso de apelación, se ejerció facultades de oficio para reiniciar el proceso en primera instancia [3].

---

2. Vid. sentencia Corte Suprema de 30 de junio de 1992, en *FM.* 403 (1993), pp. 319 ss.

3. Vid. sentencia Corte Suprema de 8 de septiembre de 1994, en *FM* 430 (1994), p. 602, la cual se reproduce a continuación:
"Vistos:
Atendida la naturaleza procesal de la resolución recurrida, se declara inadmisible la apelación interpuesta a fojas 5 en contra de la resolución de dieciocho de agosto pasado, escrita a fojas 4.
Sin perjuicio de lo resuelto precedentemente, y actuando este tribunal en uso de las facultades que le otorga el artículo 541 del Código Ogánico de Tribunales, de oficio, se deja sin efecto la resolución de fojas 4 y se ordena a la Corte de Apelaciones de Concepción que someta a tramitación el recurso de protección deducido, habida consideración de que los fundamentos para declarar su inadmisibilidad resultan inatinentes, por cuanto el tribunal puede acoger un recurso de protección no obstante que no se invoque una determinada garantía constitucional, si se estima que concurren los requisitos establecidos en el artículo 20 de la Carta Fundamental".

A pesar de las intenciones, llama sin embargo la atención que el inciso 2° del N° 5 del mismo A.A.C.S. disponga que *"la sentencia que se dicte, ya sea que acoja, rechace o declare inadmisible el recurso, será apelable ante la Corte Suprema"*.

No cabe duda que ambas disposiciones resultan contradictorias.

En efecto, mientras la primera veda la posibilidad de apelación respecto de la resolución que declaró inadmisible el recurso, la segunda lo admite. La única diferencia de una y otra resolución es que la primera es una sentencia interlocutoria pronunciada tan pronto se presentó el recurso, en tanto que la segunda se dictó después de haberse desarrollado el procedimiento establecido para esta acción.

Parece obvio que en la práctica esta aparente contradicción no puede existir, por lo que debe resolverse acudiendo a la Constitución y a los principios procesales contemplados en el ordenamiento jurídico nacional.

El artículo 60 N° 3 de la Constitución, dispone que son materias de ley *"las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra"*. Por ello, y debido a que los recursos procesales son materia de ley, parece lógico entender que las dudas resultantes de la interpretación de un Auto Acordado deben zanjarse acudiendo a las *leyes* de procedimiento. Y de acuerdo a éstas, la doble instancia es regla general en todo procedimiento, en tanto que la única instancia es la excepción, y requiere norma legal que la establezca. Desde luego, esto último no ocurre a propósito del recurso de protección.

En concreto, las disposiciones comunes a todo procedimiento del Libro I del Código de Procedimiento Civil, artículos 186 al 188, deben primar frente a la aparente contradicción que existe en el Auto Acordado respecto del recurso de apelación. Dichos preceptos son claros en cuanto a que la apelación resulta procedente, ya sea que se entienda que la declaración de inadmisibilidad es una sentencia interlocutoria o un auto o decreto. Ello porque si se trata de una sentencia interlocutoria, al tratarse de una que pone término al procedimiento de protección o hacer imposible su continuación, resulta apelable. Y si se considerase un auto o decreto, también es apelable, debido a que dicho recurso procede en contra de esta clase de resoluciones *"cuando recaen sobre trámites que no estén expresamente ordenados por la ley"*, como sin duda es el caso de la declaración de admisibilidad contemplada en el Auto Acordado.

Por lo demás, según el artículo 210 del C.P.C. las resoluciones que recaigan sobre los incidentes que se promuevan en segunda instancia serán inapelables. Y como la Corte de Apelaciones constituye la primera instancia en materia de recurso de protección, no cabe duda que la cuestión de admisibilidad sí es apelable ante la Corte Suprema [4].

Sin perjuicio de todo lo anterior, sostener la improcedencia de la apelación en contra de la declaración de inadmisibilidad, supone validar la arbitrariedad o el error de apreciación. Y es que no cabe duda que cuestiones como la extemporaneidad y, sobre todo, la falta de fundamentos, son problemas siempre discutibles, por lo que al privarse al recu-

---

4. Valga citar los párrafos 1° al 6° del voto disidente del Ministro Arnaldo Toro a la sentencia de la Corte Suprema de 22 de marzo de 1995, en *GJ.* 179 (1995), pp. 62-63:

"1° Que del texto del Auto Acordado de 24 de junio de 1993 [sic] aparece sin ningún género de dudas que éste le otorga a la Corte de Apelaciones respectiva la calidad de tribunal de primera instancia, desde el momento que hace apelable la sentencia que se dicte;

2° Que si bien dicho Auto Acordado se refiere a la sentencia como susceptible del recurso de apelación, no excluye la posibilidad de que la resolución de que se trata sea apelable, porque en el N° 6 no se dice en forma categórica que sólo sea susceptible de apelación la sentencia definitva, sino que expresa 'será apelable ante la Corte Suprema';

3° Que ante el silencio del Auto Acordado sobre el particular, deben aplicarse las reglas que sobre la apelación da el Código de Procedimiento Civil que en su artículo 199 expresa que: 'la apelación de toda resolución que no sea sentencia definitiva se verá en cuenta, a menos que cualquiera de las partes, dentro del plazo para comparecer en segunda instancia, solicite alegatos;

4° Que es útil recordar que en las Cortes de Apelaciones, por vía de ejemplo, se recusa a los integrantes del Tribunal o de una Sala, de acuerdo con las normas que rigen esa materia y que para suspender la vista del recurso, el recurrente debe sujetarse a lo que previene el actual inciso tercero del N° 5 del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil: es decir, en el silencio del Auto Acordado se aplican las normas generales que sean pertinentes;

5° Que resulta de toda evidencia que la resolución que declaró inadmisible el recurso de protección es agraviante para el recurrente que es parte en el recurso y por lo mismo no se le puede negar el derecho de recurso de apelación;

6° Que la resolución que declara inadmisible un recurso de protección equivale en sus efectos a una sentencia definitiva denegatoria del mismo, razón que aconseja su revisión por el Tribunal Superior (...)".

Otro voto del Ministro Toro, en el mismo sentido, en *GJ.* 177 (1994), p. 46.

rrente de la posibilidad de apelar de dicha decisión, se le dejará muchas veces en la indefensión [5].

En al menos un caso se ha intentado que la Corte Suprema, vía recurso de hecho fundado en similares argumentos a los ya expuestos, admita a trámite un recurso de apelación en contra de una declaración de inadmisibilidad. Lamentablemente la Corte Suprema sólo se limitó a negar lugar al recurso de hecho, sin entrar a emitir mayor pronunciamiento.

b) *En contra de la declaración de inadmisibilidad*

A diferencia de la declaración de inadmisibilidad, el A.A.C.S. no prevé recurso alguno en contra de la declaración de admisibilidad. Y como quien ejecutó el hecho contra el que se recurre sólo tomará conocimiento de la protección cuando se le pida emitir informe, no podrá hacer presente su opinión sobre la inadmisibilidad sino después del pronunciamiento de la Corte. O sea, en la práctica sólo podrá solicitar la declaración de inadmisibilidad al momento de evacuar su respectivo informe.

Como se verá más abajo, esta pretensión no será resuelta sino a través de una sentencia de fondo.

3. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCION DE PROTECCION

Juzgar *a priori* la admisibilidad de una acción supone evaluar la concurrencia, en la petición o demanda, de ciertos presupuestos procesales exigidos por la ley o por la Constitución. El caso más corriente en las leyes procesales está dado por el plazo o la naturaleza de la resolución judicial en contra de la cual se interpone el recurso. En el derecho procesal constitucional chileno se pueden mencionar, como ejemplo, el

---

5. En este sentido puede citarse la argumentación del Ministro Servando Jordán: "Acordada con el voto en contra del Ministro señor Jordán, quien fue de opinión de declarar admisible el recurso, porque en su concepto la sentencia en la acción tutelar de excepción de que se trata puede alcanzar aspectos de forma y de fondo, o ambos supuestos, y ello implica que la Corte al resolver sobre los mismos está dictando pronunciamiento sobre la protección, sentencia que obviamente debe ser revisable por esta Corte" (sentencia de la Corte Suprema de 20 de junio de 1994, en *FM.* 427, p. 363).

plazo o la legitimación activa reservada que establece el art. 82 de la Constitución para interponer ciertas acciones ante el Tribunal Constitucional.

Cabe ahora preguntarse qué hay de todo esto en la acción de protección. Y la respuesta es: nada.

En efecto, la Constitución no articula la acción de protección bajo el sistema normal de presupuestos propios a la disciplina de los recursos procesales. No hay una legitimación activa especial, no hay un plazo constitucional, como tampoco hay ninguna serie de actos u omisiones excluidas *a priorísticamente* (o que puedan ser descartadas por una sentencia que no sea de fondo) de la competencia de las Cortes de Apelaciones.

Es la misma situación que se presenta en el recurso de amparo, el cual, no obstante el silencio de la Constitución, encuentra requisitos especiales de admisibilidad en la legislación procesal [6].

4. JUICIO DE ADMISIBILIDAD Y JUICIO DE FONDO

En consecuencia, en el "juicio de admisibilidad" o van contenidas consideraciones de fondo —cual es la declaración acerca de la manifiesta falta de fundamento, ajena a un verdadero análisis preventivo y más bien propia de una sentencia de fondo— o de mera admisibilidad —la extemporaneidad— que ni la Constitución ni la ley prescribe.

En este sentido, y bajo a sola perspectiva de la Constitución, el control judicial sobre cada uno de los elementos constitucionales que estructuran a la acción de protección debe centrarse exclusivamente sobre elementos de fondo, los cuales son:

a) La existencia de una acción u omisión.
b) La calificación de la ilegalidad o de la arbitrariedad.
c) La violación, en sus distintas formas constitucionales, de un derecho, de una libertad o de una norma constitucional.
d) La calificación acerca del quebrantamiento del imperio del derecho.

---

6. Nos referimos, en particular, al art. 306 del C.P.P., en cuanto exige que no se hubieran deducido los otros recursos legales en contra de la orden de arraigo, detención o prisión.

Luego, la resolución que se pronuncia sobre la concurrencia o no concurrencia de esos elementos será siempre una sentencia de fondo.

5. REGLAMENTOS JUDICIALES Y REGLAS DE PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL

A modo de epílogo, valga el reiterado recuerdo acerca de la inconstitucionalidad de las reglas de procedimiento fijadas por la Corte Suprema —a través de los autos acordados —[7] y de la falta de un Tribunal especial —como pudiera ser el Tribunal Constitucional— llamado a revisar dichas irregularidades [8]. Es claro que, desde el mismo día en que quedó sin efecto el Acta Constitucional Nº 3 [9], cesó la competencia normativa de la Corte Suprema para disciplinar, a través de un reglamento judicial, la tramitación del recurso o acción de protección. Si ya era muy opinable la competencia para reemplazar el Auto Acordado de 29 de marzo de 1977, con cuanta mayor razón lo es para reglamentar el procedimento de una forma incompatible con la Carta Constitucional.

---

7. Imposibles de contener en los márgenes de la superintendencia a que se refiere el art. 79, y en abierta contradicción con los arts. 19 Nº 3 y 60 Nºs 3 y 20, normas que consagran el principio de reserva legal en materia de procedimientos judiciales.

8. En este sentido se puede citar uno de los tantos intentos parciales e inorgánicos por revisar nuestra Constitucional: Bol. 2205-07, moción de los diputados Cardemil, Espina, Longton y Prokurica, reforma constitucional para revisar la constitucionalidad de los autos acordados de la Corte Suprema.

9. El D.L. Nº 1.552 (D.Of. de 13 de septiembre de 1976), señalaba en su Cap. II, inciso 2º del art. 2º, que "la Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso" [el recientemente estrenado recurso de protección].

MARCO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO EMPRESARIO: UNA CONCRECION DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

ENRIQUE NAVARRO BELTRAN *

1. LA NORMA CONSTITUCIONAL

El *artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República* en su inciso 2° señala que:

"El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. [1] En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación co-

---

* Profesor de Derecho Constitucional de la U. de Chile.

1. Sobre la materia vid. Aróstica M., Iván: "Crónica sobre la expansión del Estado empresario y el retraimiento de la iniciativa privada", IP 2 (1999), pp. 129-146; Bertelsen R., Raúl: "El Estado empresario en la Constitución de 1980", RCHD 14 (1987), pp.115-126; Collados N., Modesto: "El rol del Estado en economía", P13 (1987), PP. 77-88; Cumplido C., Francisco: "Reflexiones sobre el anteproyecto de ley que regula la actividad empresarial del Estado y sus organismos" RCHD 14 (1987), pp.141 y ss; Feliú J., Manuel : "El Estado y la empresa privada", P13 (1987), pp.47-58; García R., Ricardo: "El rol del Estado en materia empresarial", 13 (1987); pp.19-28; Larroulet V., Cristián: "Visión del Gobierno sobre el Estado empresario", RCHD 14 (1987), pp.157 y ss; López B., José L.: "Algunas consideraciones jurídicas sobre el desarrollo del Estado", TD9 N°1 (1994), pp. 87-103; Muñoz G., Oscar: "Visión del Estado empresarial en Chile", RCHD 14 (1987), pp.187-192; Pierry A., Pedro: "Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado", en RDP 37-38 (1985), pp.219-239; Precht P., Jorge: "El Estado Empresario: análisis de la legislación complementaria constitucional", G.J. 80 (1987),

mún aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser asimismo de quórum calificado"

2. PROPOSITO DEL CONSTITUYENTE

2.1. *El Anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*

La norma en cuestión comienza su discusión [2] con motivo de la intervención del entonces Fiscal del Banco Central, Roberto Guerrero, quien consignó como uno de los principios fundamentales que debía contemplar el nuevo texto constitucional *"la acción subsidiaria del Estado,* establecida en la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno y en las Pautas dadas por el Presidente de la República". Así, se precisó la necesidad de que *"el Estado debe desarrollar un papel subsidiario en el campo económico* (...) Para concretar ese principio hay que establecer que *cualquier creación de* servicios públicos o de *empresas del Estado debe hacerse por ley;* enseguida, que la participación del Estado, mayoritaria o minoritaria, en la gestión o en la propiedad de las empresas, también debe ser autorizada por ley" [3]. En la misma sesión, la señora Romo ratifica la anterior idea, haciendo presente que *la actividad empresarial del Estado "debe restringirse sólo a aquellos campos en que los particulares no quieren o no pueden actuar o en que una ley especial así lo dispone;* proponiendo al efecto como norma la siguiente: "El Estado no podrá, en forma directa ni indirecta por medio de empresas de su dominio o dependientes, desarrollar actividades industriales o comerciales,

---

pp.13-24; Soto Kloss, Eduardo: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile", IP 2 (1999), pp. 119-128; Tironi B. Ernesto: "Otro rol para el Estado de Chile: de subsidiario a promotor", RCHD 14 (1987), pp.171-186; Undurraga, Sergio: "Empresas estatales en la Economía", RCHD 14 (1987), pp.193-198; Urenda Z., Carlos: "El Estado Empresario: visión de un abogado", RCHD 14 (1987), pp.147-156.

2. Sobre la materia vid. Navarro B., Enrique y Guerrero D., Roberto: "Algunos antecedentes sobre la historia fidedigna de las normas de orden público económico establecidas en la Constitución de 1980", UFT 1(1997), pp. 117-142.

3. CENC, Sesión N° 384, p. 2817. Vid. Guerrero D., Roberto: "La Constitución Económica", RCHD 6 (1979); pp. 79-94.

con la excepción de aquellas que expresamente sean autorizadas por una ley especial"[4].

Con posterioridad, el debate mismo en torno a este aspecto de la norma se desarrolló en la sesión Nº 388 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Así, "el señor Carmona propone establecer que "sin embargo el Estado podrá desarrollar actividades industriales y comerciales cuando una ley lo autorice". El señor Bertelsen advierte que en este punto debe considerarse la situación de las sociedades mixtas. La señora Romo explica que por tal razón se consigna la frase "en forma directa o indirecta a través de empresas en las que tenga participación o sea dueño" (...) El señor Bertelsen opina que no sólo se está consagrando aquí la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas, sino que, por principio, se le está prohibiendo al Estado, el que únicamente podrá abordarlas de un modo excepcional (...) El señor Ortúzar reitera que el Estado requerirá de una ley especial para desarrollar tales actividades, y que, en principio, los particulares no precisarán de ley alguna (...) El señor Guzmán concuerda con el criterio sustentado por la Comisión en cuanto a que la iniciativa particular o privada es preferente y que *sólo en virtud del principio de la subsidiariedad el Estado puede desarrollar aquellas funciones que los particulares no pueden efectuar por sí solos* (...) El señor Bertelsen destaca que jamás ha pensado que el Estado no debe tener intervención alguna en la economía, por cuanto le compete una función normativa y de control. Pero, añade, no puede, apoyado en el principio de la subsidiariedad, conculcar la libertad personal para desarrollar cualquier tipo de actividad económica, ya sea extractiva, productiva o de comercialización, excepto cuando los particulares no puedan o no quieran emprenderlas, caso en el cual, fundado en ese mismo principio, el Estado debe asumirlas por razones de interés nacional. Advierte que, en este último caso, no será por simple voluntad del Gobierno que el Estado ejerza esas actividades, por cuanto la ley deberá autorizarlo expresamente para ello (...) piensa que la solución reside en que en el inciso primero se conceda la más amplia libertad para desarrollar cualquier actividad económica, y en el segundo, al hacer la excepción, se establezca que "el Estado podrá desarrollar actividades económicas empresariales", atendido que otras actividades económicas, como las normativas, las puede realizar sin ne-

---

4. Ibid., p. 2821.

cesidad de autorización legal". En dicha sesión se aprueba el inciso en los siguientes términos: "Sin embargo, el Estado podrá desarrollar o participar en actividades económicas empresariales cuando una ley así lo autorice"[5].

Luego, en la sesión N° 389 se perfecciona los términos del inciso, acordándose la siguiente redacción: "Sin embargo, podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas cuando una ley así lo autorice, la que requerirá de un quórum especial"[6].

Por último, cabe puntualizar que en la sesión N° 398 se discute en torno a la necesidad que el Estado, una vez autorizado para desarrollar actividades empresariales, quede sujeto a la legislación común. Al efecto, "el señor Guerrero expresa que la idea es que *el Estado, en el caso de que esté autorizado para tener empresas o para desarrollar una actividad empresarial, deba regirse por las mismas normas vigentes para el sector privado, sin privilegios ni estatutos especiales* (..) El señor Ortúzar estima obvio que la "legislación común" es la que rige para todos los que se encuentran en la misma situación. El señor Guzmán arguye que, en un texto jurídico, "legislación común" significa "ley ordinaria", por lo que cree necesario agregar a aquella expresión alguna connotación que la precise. El señor Ortúzar sugiere indicar que se trata de "legislación común que rija a este tipo de actividades". El señor Guzmán expresa su acuerdo con esta proposición (...) El señor Ortúzar puntualiza que la idea es que se aplique "la legislación que rija o regiría para los particulares"[7].

En definitiva, el texto aprobado por el Anteproyecto señalaba que:

"El Estado podrá desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo cuando una ley de quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, ellas estarán sometidas a la legislación común que rija este tipo de actividades para los particulares"

En este sentido, especialmente esclarecedor resulta el *Informe Final redactado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución,* en

---

5. CENC, Sesión N° 388, pp. 2916-2920.

6. CENC, Sesión N° 389, p. 2924.

7. CENC, Sesión N° 398, p. 3109.

el que se hace presente la conveniencia de que el nuevo ordenamiento jurídico debía contemplar:

"Normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común".

Del mismo modo, se consigna que:

"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"*[8].

2.2. *El Proyecto del Consejo de Estado*

Sabido que este tema fue especialmente debatido en el seno del Consejo de Estado, modificándose la exigencia de ley de quórum por la de una ley simple[9]; ello a petición del Vicepresidente del órgano asesor, don Gabriel González Videla.

En efecto, el ex Presidente de la República, en una minuta redactada al efecto y leída en la sesión N° 65, expresa su comprensión a la circunstancia que los hechos vividos a principios de los setenta hiciera pensar a algunos "en la *necesidad de consagrar normas que eviten la ampliación ilegal y arbitraria del sector público*". Sin embargo, continúa señalando en su minuta, "la inmensa mayoría del país no desea que se congele una determinada política económica, sino dotar al gobierno de la suficiente libertad para adoptar las políticas económicas que considere adecuada (...) *Lo que Chile desea es que no exista siquiera la remota posibilidad de recaer en una política económica (...) de monopolio estatal*". Pero, continúa, "no se puede aceptar sensatamente que dentro de las estructuras democráticas, se impida al Presidente de la República optar por el modelo de política económica que corresponde a sus conviccio-

---

8. Informe Final de la CENC, pp. 28-30.

9. Así fue aprobado, con el voto en contra del señor Cáceres, absteniéndose respecto de la totalidad de la disposición el señor Figueroa (sesiones 65 y 108).

nes". Como consecuencia de lo anterior, propuso que "La creación de empresas públicas o el traspaso de empresas del sector privado al público o viceversa deberá autorizarse por ley que determine, también, las modalidades de su constitución, desarrollo y funcionamiento" [10].

Sin embargo, se aprueba como texto del proyecto el siguiente:

"El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas si una ley los autoriza. En tal caso, las actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que, por motivos justificados, establezca la ley"

Al respecto, el *Informe final del Consejo de Estado* precisa en relación al proyecto constitucional que:

"El proyecto tiende a *evitar el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado.* Con tal propósito contempla una serie de normas dirigidas a ese objeto (...) lo que significa *reconocer el principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada.* No parece necesario abundar en este concepto para reconocer que su aplicación involucra una retracción del estatismo que había llegado a dominar la actividad empresarial" [11]

2.3. *El texto final aprobado por la H. Junta de Gobierno*

La H. Junta de Gobierno, sin embargo, vuelve al texto original aprobado por la CENC, en cuanto a la *exigencia de ley de quórum calificado* para que el Estado pueda incursionar en el ámbito empresarial [12].

Así, se indica que:

"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".

---

10. CE. Sesión N° 65.

11. Informe Final del CE, pp. 38-39.

12. Vid. Nota 2.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha señalado que, de acuerdo a esta norma *"Solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. De allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesario una ley de quórum calificado,* pero no para el regreso a la norma general, lo cual se logra mediante la privatización de la empresa estatal"[13]

El mismo Tribunal ha sentenciado que el artículo 19 Nº 21 es una consecuencia del principio de subsidiariedad, consagrado en el capítulo I, disposiciones que "constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que viene a *limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares"*[14].

De este modo, la norma, que tuvo su origen en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, consagra la excepcionalidad del actuar empresarial del Estado, sólo cuando así lo ha autorizado expresamente el legislador de quórum calificado, sujetándose, en tal caso, a la legislación común, todo ello como consecuencia del principio de subsidiariedad.

3. REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

Ahora bien, cabe preguntarse ¿tiene algún antecedente esta norma en el derecho comparado?

Analicemos el derecho comparado europeo e hispanoamericano.

3.1. *Europa*

a) En primer lugar, debe destacarse que la Constitución Política de *Irlanda,* de 1937, señala que:

"El Estado favorecerá, y cuando sea necesario suplirá, la iniciativa privada en la industria y comercio"[15].

---

13. Tribunal Constitucional, 9-09-91, Rol 134, consid. 5°.

14. Tribunal Constitucional, 6-04-93, Rol Nº 167, consid. 9° a 11°.

15. CPR de Irlanda, art. 45 Nº 3.

Sin duda, nos encontramos con una norma en la cual se halla plasmado el principio de subsidiariedad [16], reconocido años antes por la *Encíclica Papal "Quadragesimo Anno"* (Pío XI, 1931). En efecto, este último documento papal consigna que:

"Como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria puedan realizar, para entregarlo a una comunidad, así también es injusto y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, confiar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores. Toda acción social debe por su naturaleza prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos y destruirlos. *Conviene que la autoridad pública suprema deje a las asociaciones inferiores tratar por sí mismas los cuidados y negocios de menor importancia,* pues de otro modo le serán de grandísimo impedimento para cumplir con mayor libertad, firmeza y eficacia lo que a ella sola corresponde, y que sólo ella puede realizar: dirigir, vigilar, urgir, castigar, según los casos y la necesidad lo exijan. Por tanto, tengan bien entendido esto los que gobiernan: cuanto más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie este principio de la *función supletiva del Estado,* tanto más firme será la autoridad y el poder social y tanto más próspera y feliz la condición del Estado" [17].

b) En la gran parte de los países europeos, se reconoce —en general— la *libertad económica* (Italia) [18], la libertad de empresa (Espa-

---

16. Sobre subsidiariedad vid. Cuevas F., Gustavo: "El principio de la subsidiariedad en el régimen político chileno", P 13 (1987), pp.9-18; Oelkers C., Eduardo: "La acción interventora económica de la administración pública y principio de subsidiariedad", RDP 39-40 (1986), pp.51-57; Sagués, Pedro: "Principio de subsidiariedad y principio de antisubsidiariedad", RDP 39-40 (1986), pp.59-70; Silva B., Alejandro: "Proyección política de los cuerpos intermedios", VII JDP (Valpo., 1977), pp.113-132; Soto K., Eduardo: "Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad", RDP 39-40 (1986), pp. 32-48.

17. Encíclica Quadragesimo Anno, 1931, Ed. San Pablo, 1999, pp.149-150.

18. CPR de Italia: "Será libre la iniciativa privada. No podrá, sin embargo, desarrollarse de modo contrario al interés común o de modo tal que perjudique a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana. Se determinarán por ley los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda ir encaminada y coordinada a fines sociales" (art. 41).

ña)[19] o la libertad de comercio e industria (Luxemburgo)[20]. Sin embargo, también se consagran ciertas *reservas estatales,* tratándose de determinadas actividades económicas. Así ocurre, por ejemplo, en España [21] o Italia [22].

c) Un caso más extremo lo encontramos en *Portugal* (1976), en donde, sin perjuicio de consagrarse la libre iniciativa privada [23], se establece una prohibición general al sector privado, al señalarse que: *"La ley determinará los sectores básicos en los cuales se prohíbe la actividad de empresas privadas y demás entidades de la misma naturaleza"* [24].

3.2. *Hispanoamérica:*

a) En la mayoría de las Constituciones americanas se reconoce, en primer lugar, la *libertad económica* [25].

---

19. CPR de España: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" (art. 38).

20. CPR de Luxemburgo: "La ley garantizará la libertad de comercio y de industria y el ejercicio de las profesiones liberales y del trabajo agrícola, salvo las restricciones que establezca el poder legislativo"(art. 11.6).

21. CPR de España: "Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en casos de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exija el interés general" (art. 128 N° 2).

22. CPR de Italia: "Podrá la ley, para fines de interés general, reservar originariamente o transferir mediante expropiación y con indemnización al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas que tengan por objeto servicios públicos esenciales o fuentes de energía o constituyen situaciones de monopolio y revistan carácter de interés general prevaleciente" (art. 43).

23. CPR de Portugal: "La iniciativa económica privada se ejercerá libremente dentro del ámbito definido por la Constitución y por la ley, y teniendo en cuenta el interés general" (art. 61 N° 1).

24. Ibid., art. 87.

25. Sobre esta materia, vid. Navarro B., Enrique: "Notas sobre el contenido esencial de la libertad económica", UFT 3 (1999); pp. 19-28.

Así, en algunos casos se la vincula a la libertad de trabajo o industria; como es el caso de México [26], Argentina [27], Uruguay [28] o Bolivia [29].

En otros casos, en cambio, la libertad económica es regulada o resguardada de manera autónoma. Tal es la situación de Colombia [30], Paraguay [31], Venezuela [32] o Perú [33].

b) En lo que dice relación con la actividad empresarial del Estado, pueden distinguirse los siguientes grupos de Constituciones:

---

26. CPR de México: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos" (art. 5) y "La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución" (art. 25).

27. CPR de Argentina: "el derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita (...) navegar y comerciar"(art.14).

28. CPR de Uruguay: el derecho a "dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquiera otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes" (art. 36).

29. CPR de Bolivia: el derecho de toda persona a "trabajar y dedicarse al comercio, la industria y a cualquier actividad lícita, en condiciones que no perjudiquen el bien colectivo" y "la iniciativa privada recibirá el estímulo y la cooperación del Estado cuando contribuya al mejoramiento de la economía nacional"(arts. 141 y 144).

30. CPR de Colombia: "la libertad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley". Igualmente, se faculta al legislador para delimitar "el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación" (art. 333).

31. CPR de Paraguay: "toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia dentro de un régimen de oportunidades" (art.107).

32. CPR de Venezuela: "todos pueden dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social" (art. 96)"; agregando que "el Estado protegerá la iniciativa privada" (art. 98). Constitución en proceso de modificación.

33. CPR de Perú: "La iniciativa privada es libre" (art. 58).

i) *Algunas simplemente no regulan la materia* (Argentina).

ii) *Otras Constituciones hacen referencia a diversos sectores de la economía.* Es el caso de Ecuador [34], en donde el constituyente ha distinguido: el sector público, el sector de economía mixta, el sector comunitario o de autogestión y, finalmente, el sector privado.

iii) Sin embargo, *en la mayoría de los casos se hace mención a la actividad empresarial estatal.* Así ocurre en las cartas fundamentales de México [35], Bolivia [36] o Paraguay [37].

iv) En un cuarto, encontramos —adicionalmente— *cartas fundamentales en las que se exige cierta regulación legal para constituir o modificar empresas de propiedad estatal.* En este grupo, pueden citarse los casos de Uruguay [38] y Colombia [39].

---

34. CPR de Ecuador, art. 46. Se reservan al Estado, entre otras, las áreas de explotación de recursos naturales no renovables; servicios de agua, luz y telecomunicaciones y las empresas estratégicas definidas por ley.

35. CPR de México, art. 28. Se otorga exclusividad al Estado para ejercer actividades económicas en materia estratégica: correos; telégrafos; radiotelegrafía y comunicación vía satélite; petróleos e hidrocarburos; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; electricidad, ferrocarriles; y las demás actividades que señale la ley.

36. CPR de Bolivia. De acuerdo a la misma, son de propiedad del Estado "el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento" (art. 136). Lo mismo ocurre tratándose de los yacimientos de hidrocarburos, cuya exploración, explotación y comercialización corresponderán al Estado, a través de entidades autárquicas o concesiones y contratos entregados a sociedades mixtas o personas privadas (art. 139).

37. CPR de Paraguay. Al Estado le corresponde el dominio de los hidrocarburos, pudiendo otorgarse concesiones a empresas públicas, mixtas o privadas (art. 112).

38. CPR de Uruguay. Se regula en esta materia el establecimiento de entes autónomos y servicios descentralizados. Ahora, para que la ley pueda admitir capitales privados en la constitución o ampliación del patrimonio de ambos órganos se requiere de los 3/5 de los miembros de cada Cámara (art. 188); lo mismo para crear nuevos entes autónomos y suprimir los existentes (art. 189). A su vez, el Estado, previa autorización legal (de la mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara) puede participar en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados (art. 188). Finalmente, los entes autónomos y los servicios descentralizados no podrán realizar negocios extraños al giro que preceptivamente le asignen las leyes (art. 190).

39. CPR de Colombia. Los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Si,

v) Finalmente, ciertas cartas recientes reconocen expresamente el *principio de subsidiariedad.* Así lo hace el estatuto fundamental de *Perú,* de 1993, según el cual: *"Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal."* [40].

4. EXIGENCIAS PARA QUE EL ESTADO EN CHILE PUEDA INCURSIONAR EN ACTIVIDADES EMPRESARIALES:

4.1. *Autorización específica contenida en una ley de quórum calificado*

Se trata de una autorización específica contenida en una ley que requiere de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio (art. 63 CPR).

De este modo, *la autorización al Estado debe ser expresa y, consecuencialmente, debe ser interpretada en términos restrictivos, sin perjuicio de la necesaria adecuación a los cambios circunstanciales y, particularmente, a los nuevos requerimientos tecnológicos* (caso La Nación) [41]. En este sentido, no puede pretenderse petrificar en el tiempo el objeto social autorizado por el legislador.

Sobre el particular, resulta ilustrativo citar el Informe redactado por la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno relativo al proyecto de ley que estableció el recurso de amparo económico y en el cual se analiza la conveniencia de dictar una ley marco en materia empresarial estatal. Dicho Informe expresa textualmente que:

---

por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365).

40. CPR de Perú, art. 60.

41. Vid. Nota 58.

"La norma del inciso 2° del N° 21 del artículo 19 es de carácter excepcional, porque la garantía constitucional pretende que el Estado no actúe como empresario, a menos que se cumplan las condiciones económicas, sociales y políticas que el legislador debe evaluar para autorizarlo a una actividad empresarial. Ahora bien, siendo una norma excepcional, su interpretación jurídica es restrictiva y deben cumplirse estrictamente las condiciones que el precepto indica" [42].

4.2. *Dicha ley es una concreción del principio de subsidiariedad:*

Según lo anotado y, particularmente, de las constancias dejadas en Actas de la Comisión de Estudio, el Estado debe actuar en materia empresarial sólo cuando los particulares no puedan realizar dichas actividades o no están en condiciones de efectuarlas o por su importancia no sea aconsejable entregarlas a los privados; para cuyo efecto dictará la ley de quórum habilitante, todo ello como consecuencia del principio de subsidiariedad [43].

Sin embargo, la propia Constitución señala ciertas excepciones, en las que el Estado es empresario por expreso mandato constitucional:

a) *Estaciones de Televisión* (art. 19 N° 12);
b) *Sustancias mineras no concesibles* (art. 19 N° 24);
c) *Gran minería del cobre* (art. 3 transitorio); y
d) *Actividades empresariales autorizadas por leyes dictadas con anterioridad* a la entrada en vigencia de la Constitución Política, las que se entenderán que cumplen la exigencia de quórum constitucional (art. 5° transitorio).

---

42. Informe de Comisión, en Varas A., Paulino: "Amparo Económico", RDP 49 (1991), pp. 45-70.

43. De acuerdo a la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno de 1974: "Al Estado le corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus posibilidades (v.gr.: defensa, policía o relaciones exteriores), o porque su importancia para la colectividad no aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (v.gr.: empresas estratégicas fundamentales para el Estado) o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado" (cap. II).

4.3. *Sujeción del Estado a la legislación común*

Como consecuencia de lo anterior, el Estado se sujeta a la legislación común aplicable a cualquier particular, compitiendo como uno más de ellos. Ahora bien, para estos efectos, el Estado se organizará como empresa pública o, en su caso, se constituirá una sociedad esta tal [44].

Lo importante de la garantía constitucional aludida es que, en todo caso, *cuando el Estado ha sido autorizado a participar en una determinada actividad económica éste queda inmediatamente sujeto a la legislación común, en iguales condiciones que los demás actores económicos particulares,* evitándose así lo abusivo que importaría la circunstancia que la propia autoridad pretendiera establecer normas especiales y preferentes para sí mismo, lo que además importaría una discriminación arbitraria. Esto último no es sino consecuencia del principio fundamental de la igualdad ante la ley, constitucionalmente garantizado en los artículos 1° y 19 N° 2 de la carta fundamental. En otras palabras, *"El Estado en sus actividades empresariales recibirá el mismo trato que los particulares"* [45].

Confirma lo anterior, lo expresado en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución en cuanto a que:

> *"La idea es que el Estado, en el caso de que esté autorizado para tener empresas o para desarrollar una actividad empresarial, deba regirse por las mismas normas vigentes para el sector privado, sin privilegios ni estatutos especiales"* [46].

Como corolario de lo diho, debe concluirse además que si el Estado incursiona en una actividad empresarial, autorizado por ley de quórum calificado, al tratarse de un ente privado más *tiene el imperativo legal de ser eficiente* desde el punto de vista económico, prestando el servicio o realizando su actividad en las mejores condiciones posibles para sus usuarios o consumidores.

---

44. Sobre la materia, vid. Aróstica M., Iván: "Empresas públicas y sociedades del Estado", UFT 3 (1999), pp. 29-46.

45. CENC, Sesión N° 389, p. 2.941.

46. CENC, Sesión N° 398, p. 3.109.

Ratificando lo señalado, en la propia Comisión de Estudio se consignó que *"si la ley autoriza al Estado para emprender una actividad empresarial, no puede la Constitución poner una traba adicional que atente contra la eficiencia de las empresas"* [47].

En síntesis, una vez autorizado el Estado para desarrollar determinadas actividades económicas, el constituyente ha dejado claramente establecido que aquél pasa a ser un particular más, debiendo, por tanto, sujetarse a la legislación común que regula la materia en cuestión, careciendo de privilegios propios del poder estatal, y compitiendo en las mismas condiciones que los demás agentes económicos que participan en el mercado.

5. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ACTIVIDAD EMPRESARIAL ESTATAL

El artículo 19 N° 21 se encuentra doblemente tutelado, a través de los recursos de protección y amparo económico [48].

Nuestros tribunales han señalado que ambas acciones son perfectamente compatibles [49].

Sin embargo, los casos en los que se ha tratado el alcance de la actividad empresarial del Estado han sido fundamentalmente resueltos mediante la interposición de la acción de amparo económico [50].

5.1. *Sentencias que han acogido recursos de amparo económico en contra de la actividad empresarial del Estado* (Doctrina):

a) *Asociación Gremial de Impresores contra Ejército de Chile* (1991).

---

47. CENC, Sesión N° 398, p. 3.119.

48. Sobre la materia, vid. Navarro B., Enrique, "Protección y amparo de la libertad económica", UFT 2, 1998, pp. 77-93.

49. Corte Suprema, 3.09.98, Rol 2837-98; con comentarios nuestros en RDP 61 (1998-1999), pp. 225-229.

50. En relación a la jurisprudencia de los primeros cinco años, vid. Navarro B., Enrique: "El recurso de amparo económico en la jurisprudencia", GJ 200 (1997), pp. 47-55.

El Instituto Geográfico Militar debe abstenerse de realizar trabajos de impresión gráfica a terceros, que no sean del área de su especialidad (geografía y levantamiento y confección de cartas del territorio), determinados en su ley orgánica [51].

b) *Asociación Gremial de Impresores contra Correos de Chile* (1998).

Infringe el artículo 19 N° 21 las actividades comerciales realizadas por Correos y que son ajenas a los objetivos previstos por su ley: impresión de datos y mecanización o ensobramiento automático de correspondencia (correo híbrido). La implementación de este servicio no puede considerarse, por no ser de su específica finalidad, comprendida en el ámbito de la competencia que la ley orgánica de la Empresa de Correos le ha asignado [52].

c) *Chilexpress y Lan Chile contra Correos de Chile* (1999).

La empresa de Correos de Chile no está autorizada para realizar el servicio postal de encomienda expresa y paquetería ("ultracom") respecto de bultos o paquetes que excedan de cierto peso y tamaño. Tampoco está autorizada para desarrollar actividades relacionadas con la cobranza de cuentas de consumo ni la recaudación de pagos por cuenta de terceros ("banca de personas") [53].

5.2. *Sentencia en las que se ha rechazado el recurso de amparo económico contra empresas estatales* (Doctrina):

c) *Armat contra Casa de Moneda* (1992)

Las actividades que desarrolla La Casa de Moneda destinadas a aumentar su capacidad productiva en la elaboración y comercialización tanto de cospeles como de monedas acuñadas, por ser de su propia especialidad, quedan comprendidas en la competencia que su ley orgánica le asigna y, en consecuencia, al ejecutarlas no se ha infringido el Art. 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política de la República [54].

---

51. GJ 138 (1991), pp. 59-63.

52. GJ 222 (1998), pp. 50-59.

53. GJ 225 (1999), pp. 31-35.

54. RDJ 89 (1992), pp. 201-206.

d) *Asimet contra Codelco* (1993)

La actividad de Codelco al vincularse con una empresa extranjera para formar una sociedad anónima, cuyo objetivo queda comprendido dentro de las facultades que a aquella le otorga la ley para el cumplimiento de sus finalidades, no puede por sí sola constituir infracción al Art. 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, mientras esa sociedad no realice actividades que resulten ajenas al objeto social de Codelco definido en el Art. 3 del Decreto Ley 1350 de 1976 [55].

e) *Asociación Gremial de Impresores contra U. de Valparaíso* (1996).

Se rechaza recurso de amparo económico por estimarse que la recurrente no ha experimentado perjuicio que le dé derecho para ejercer la acción, como consecuencia de la participación de la Universidad de Valparaíso en una propuesta pública efectuada por la Intendencia Regional para la confección de 5.100 afiches [56].

f) *Chileexpress contra Correos de Chile* (1997).

Se declara inadmisible y extemporáneo el recurso de amparo económico. En este caso se impugnaba la realización de ciertos servicios ofrecidos por Correos de Chile que se encontrarían fuera de su objeto social (admisión, transporte y entrega de encomiendas) [57].

g) *Publicaciones Técnicas S.A. contra La Nación* (1997).

La empresa periodística recurrida se ha regido y se rige por sus estatutos, por las normas aplicables por la generalidad de las sociedades anónimas y otras disposiciones de derecho público, de suerte que las actividades de publicar y editar, por cualquier medio, se encuentran dentro del objeto social de dicha empresa y no vulneran el Art. 19 N° 21 [58].

h) *Confederación Nacional y Sindicatos de Empresas e Interempresas de Trabajadores del Transporte y otros contra Ministerio de Transporte, Metro S.A y otros* (1998).

No se observan actos ilegales en las actuaciones de Empresa Metro S.A. ni menos en los operadores del servicio de transporte públi-

---

55. FM 414 (1993), pp. 210-223.

56. GJ 191 (1996), pp. 53-55.

57. Rol 458-97

58. GJ 208 (1997), pp. 76-82.

co, llamados Servicios Metrobus, porque la empresa aludida está facultada expresamente para actuar en materia de transporte público de superficie, mediante buses, por una ley de quórum calificado (18.772), y en base a ella se suscriben convenios privados con los operadores, permitiéndoles el uso de las vías ya concesionadas, ruta cuyo trazado fija el Ministerio de Transporte [59].

i) *Aguas Cordillera S.A. contra Emos S.A.* (1998).

No resulta apropiado ni establecido en autos, la tesis de la recurrente de no corresponderle a Emos S.A. los derechos de tratamiento de las aguas servidas del Gran Santiago [60].

6. CONCLUSIONES

De lo señalado puede concluirse lo siguiente:

a) *El art. 19 Nº 21 establece una restricción en materia de actividad empresarial del Estado.* Se trata de una norma propia del ordenamiento jurídico chileno, inspirada en el principio de la *subsidiariedad.*

b) Dicho principio *sólo tiene cierto precedente en el derecho constitucional irlandés; habiéndose incorporado, a su vez, en la carta fundamental peruana de 1993.*

c) El artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República señala que *para que el Estado pueda ser empresario se requiere de una ley de quórum calificado,* sin perjuicio de las excepciones previstas en la propia carta fundamental.

d) Ahora bien, autorizado el Estado para emprender actividades económicas, queda *sujeto a la legislación común,* tal como cualquier otro particular, teniendo por tanto el deber de actuar de manera eficiente en su gestión.

Abreviaturas usadas

CE : Consejo de Estado
CENC : Comisión de Estudio de la Nueva Constitución
CPR : Constitución Política de la República

---

59. Rol 3441-97.

60. Rol 935-98.

GJ : Gaceta Jurídica
IP : Ius Publicum (U. Santo Tomás)
JDP : Jornadas de Derecho Público
RCHD : Revista Chilena de Derecho (U. Católica)
RDJ : Revista de Derecho y Jurisprudencia
RDP : Revista de Derecho Público (U. de Chile)
P : Política (Instituto de Ciencia Política, U. de Chile)
TD : Temas de Derecho (U. Gabriela Mistral)
UFT : Revista de Derecho de la U. Finis Terrae

Santiago, noviembre de 1999.

LA EMPRESA Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

TEODORO RIBERA NEUMANN *
HERNAN VIGUERA FIGUEROA **

I. INTRODUCCION

La Constitución Política de la República de 1980 [1] consagra un orden público económico que exige un funcionamiento adecuado del mercado como distribuidor de recursos, lo que supone no sólo una multiplicidad dè demandantes, sino que también de oferentes que compitan por conquistar cuotas de mercado, ofreciendo condiciones más óptimas por sus servicios o productos. Este orden público económico, ha sido constatado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional [2], y tiene como elementos esenciales el amplio ejercicio de la libertad y al mercado como principal distribuidor de los recursos.

---

* Doctor por la Universidad Julius Maximilian de Würzburg, Profesor de la Universidad Autónoma del Sur (Temuco) y de la Universidad de Chile (Santiago).

** Egresado de Derecho, Ayudante de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma del Sur (Temuco).

1. En adelante se citará como CPR.

2. Véase, a manera de ejemplo, Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 78, Considerando 14, a futuro a citarse como STC 78 /14 y especialmente STC 207/72, en que se hace referencia a la doctrina.

Al respecto cabe destacar, que la Constitución reconoció en el artículo 19, N° 21°, el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen [3]. Así mismo lo hizo respecto de las organizaciones empresariales en el artículo 9° CPR y de la empresa como ente jurídico propiamente tal, circunstancia esta última que se refleja específicamente en el artículo 19 N° 16° CPR.

El presente estudio constituye una introducción al análisis de la empresa como entidad constitucionalmente reconocida, a la que el Estado debe, en su calidad de grupo intermedio, reconocer, amparar y garantizar su adecuada autonomía para que cumpla sus propios fines específicos.

II. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA

La Constitución de 1980 reconoció el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica por parte de las personas y entes particulares en el artículo 19, N° 21° CPR, lo que fue reforzado por las diversas normas limitativas y restrictivas para el ejercicio de actividades económicas por parte del Estado y de sus organismos, que se imponen con el fin de resguardar la libre actividad económica que recae en los individuos, esto es, la libertad empresarial privada [4]. Fuera del reconocimien-

---

3. La doctrina española a este derecho también "libertad de empresa", toda vez que el artículo 38 de la Constitución de 1978 indica: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

4. Por ello, el desarrollo de actividades empresariales por el Estado, es en nuestro ordenamiento constitucional, una excepción, que se simboliza con la necesidad que se dicte una ley de quórum calificado para autorizarse y la que debe, en todo caso, someterse a la legislación común. La actividad empresarial estatal, presenta características especiales, pues como empresa debe optar por obtener mayores utilidades y como empresa del Estado, debe necesariamente tener un carácter servicial. Además, estamos en presencia de una empresa sin empresarios, administrada por quienes no asumen un riesgo patrimonial propio. Estas actividades empresariales estatales aparecen mencionadas en los artículos 19, N° 21, inciso segundo; 19, N° 24, inciso décimo; 55, incisos primeros y segundos; 60, N° 9); 98, inciso primero, y Disposición Transitoria Tercera.

to expreso de este derecho fundamental, también se refirió en el artículo 9º CPR a las "organizaciones empresariales" y en el artículo 19 Nº 16º CPR, relativo a la libertad de trabajo y su protección, a las empresas como entidades propiamente tales, distinta a la de sus propietarios.

De esta manera, la Constitución reconoció expresamente diversos elementos esenciales de una economía libre, tal es, el derecho fundamental a desarrollar cualquiera actividad económica (libertad de empresa); a la empresa como un ente creado en ejercicio de dicho derecho fundamental destinado a su vez a ejercerlo y a las organizaciones empresariales que agrupan a empresarios y empresas.

Específicamente el inciso quinto y sexto del artículo 19, Nº 16 CPR indica:

"La negociación colectiva con la empresa *en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse al arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.*

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, *cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización causa grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o* empresas *cuyos trabajadores* estarán sometidos a la *prohibición que establece este incisos".*

En el precepto antes citado el constituyente reconoce a la empresa como ente jurídico, al sostener que la negociación colectiva se realiza por los trabajadores *"con la empresa"* en que laboren, lo que sólo es posible, si consideramos a ésta como dotada de una personalidad distinta de sus propietarios y administradores. Esto es tal, pues la negociación colectiva debe realizarse necesariamente con un ente jurídico, sea éste una sociedad de hecho o una persona jurídica que adopte una de las variadas formas de organización, mas no con una "unidad económica" carente o incapaz de asumir obligaciones y de ejercer derechos. Al respecto podemos reiterar que la empresa, conformada por dos o más personas naturales o jurídicas, constituye una entidad diversa de sus propietarios, los que al formarla y organizarla ejercen la libertad de asociación consagrada en el artículo 19, Nº 15º, inciso primero, de la Constitución. Illanes Frontaura señala en el mismo sentido:

"La empresa es un organismo, porque es un ente con vida propia, despersonalizado y diferente de su dueño o propietario, frente al cual pese al estrecho vínculo que los une, debe considerarse como una estructura independiente. Ya sea que haya uno o muchos dueños, el esquema no varía en este sentido: la empresa y su dueño constituyen unidades distintas y separadas, tanto para efectos legales, contables y administrativos" [5].

Igualmente en lo relativo a la regulación de la huelga, el mismo constituyente se refirió tanto a la existencia de las "corporaciones", personas jurídicas sin fines de lucro, como a las "empresas", esto es, a las asociaciones con fines de lucro. Este reconocimiento expreso de la empresa como entidad jurídica destinada a realizar actividades económicas, hace que la misma esté especialmente protegida constitucionalmente, tanto por ser un cuerpo intermedio como por el hecho ejercer ella, por esencia, el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21° CPR.

Aún más, la libertad de empresa y la empresa como asociación constituida para el desarrollo de actividades económicas, implican un mero reconocimiento del ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que incluso en la ausencia de normas constitucionales expresas, su reconocimiento deriva de la consagración de otros derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Al respecto es interesante destacar, que mientras en España se reconoció la libertad de empresa expresamente en el artículo 38 [6], en Alemania ello es producto de la doctrina y de la jurisprudencia, la que ha estimado que es consecuencia directa de la libre elección del trabajo e industria, del derecho de propiedad y a la propiedad, del derecho de asociación y del libre desarrollo de la personalidad [7].

---

5. Pablo Illanes Frontaura, El sistema Empresa, Una visión integral de la administración, Leeds Impresores, Santiago 1999, 6ª. Edición, pág. 18.

6. Aunque con menos éxito práctico y ante una jurisprudencia vacilante, dada la existencia de normas constitucionales que permiten una irrupción del Estado en materias económicas. Sobre el particular puede consultarse a Gaspar Ariño Ortiz, Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa, Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid 1995.

7. Fernando Conesa, La libertad de empresa y Estado de Derecho. Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1978 p. 84. En el mismo sentido puede consultarse a Fritz Ossenbühl, las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 32, 1991.

En Chile puede reiterarse que el derecho a la libre empresa y la empresa como entidad asociativa goza de una protección doble: por su consagración constitucional expresa de los artículos 19, Nº 21 y 19, Nº 16 CPR, como por el hecho de constituir éstos, en la práctica, el ejercicio de diversos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que el constituyente igualmente ha reconocido, tales como el derecho de asociarse sin permiso previo, la libertad de trabajo y su protección, y el derecho de propiedad y a la propiedad.

El amplio reconocimiento y protección al libre ejercicio de cualquiera actividad económica y a la empresa tiene diversos fundamentos, entre los que cabe destacar particularmente que el libre ejercicio de cualquiera actividad económica es parte consustancial de la libertad del individuo a optar por su propio desarrollo, a buscar caminos de satisfacción y de crecimiento personal y conlleva, además, un ejercicio práctico de la capacidad de emprender desafíos y de asumir riesgos. Por lo demás, está comprobado que los sistemas económicos que confiaron en la planificación centralizada y en el poder del Estado, y no en las personas, tuvieron menores niveles de crecimiento, despreciando a los individuos y sus motivaciones y destruyendo en mayor intensidad el medio ambiente, que los sistemas económicos basados en la iniciativa individual. Sin empresarios y sin emprendedores, el hombre no habría evolucionado hacia su estado moderno y carecería de aptitudes para descubrir nuevas fronteras.

Como lo reitera Urenda Zegers:

"no es sólo un lugar de encuentro de personas, que ejerciendo sus libertades individuales de elegir su destino, deciden ejercer, asimismo, su derecho a la libertad de asociación, para juntarse con otras personas y hacer uso en conjunto de su libertad económica,es además el instrumento más eficiente que se conoce hasta ahora en el mundo entero para aprovechar la creatividad del hombre liberado de las amarras y limitaciones que le impone un Estado todopoderoso ..." [8].

III. EL CONCEPTO "EMPRESA"

La "empresa" ha sido una organización económica de difícil definición, tanto para el legislador, la academia como para la jurispruden-

---

8. Carlos Urenda Zegers, Economía libre y solidaridad, en: Centro de Estudios Públicos, Estudios Públicos, Nº 75, invierno 1999, Santiago, 1999, pág. 305.

cia dado que es un fenómeno asociativo complejo, que supera las posibilidades de regulación, debido a su versatilidad y desarrollo.

Así es como el legislador no ha pretendido dar definiciones omnicomprensivas, sino que más bien las ha consignado para determinados ámbitos del Derecho, tal como lo indica el Código del Trabajo en su artículo 3°, inciso tercero:

"Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada".

Académicos ligados a la Ciencias Empresariales señalan que la empresa es "toda unidad o institución organizada con fines productivos. Vale decir que, combinando ciertos bienes y servicios, y a través de un proceso de transformación, entrega a la economía otros bienes y servicios de mayor valor" [9]; otros indican que "la empresa es la unidad económica de producción encargada de combinar los factores o recursos productivos, trabajo, capital y recursos naturales para producir bienes y servicios que después se venden en el mercado" [10]. De esta manera, y desde su perspectiva, la empresa es principalmente una "unidad productiva".

El Diccionario de la Lengua Española, por su parte, indica que la empresa es una "unidad organizativa y autónoma dedicada a la producción de bienes o al mantenimiento o prestación de ciertos servicios, dirigidos al consumo de la comunidad, y en cuyo seno se desarrollan las relaciones laborales, y con una finalidad lucrativa, ya sea económica o moral, pudiendo gozar o no de personalidad jurídica propia según los casos" [11].

Por su parte la jurisprudencia ha asimilado en diversas sentencias el concepto "empresa" con una determinada forma jurídica de or-

---

9. Alvaro Bardón, Manual de Economía, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1997, cuarta edición, pág. 79.

10. Cristián Larroulet Vignau y Francisco Mochón Morcillo, Economía, Editorial Mac Graw-Hill, Madrid, 1998, 3. Edición, p. 153.

11. Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1994, pág. 373.

ganización que asume dicha asociación con el fin de realizar una actividad económica. De esta manera ha indicado que "la palabra empresa debe entenderse como sociedad mercantil o industrial para emprender o llevar a cabo obras materiales, negocios, proyectos de importancia, significado que le da el Diccionario de la Real Academia" [12].

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la empresa es una asociación [13] constituida principalmente para ejercer el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, estando el beneficio económico al que tienden u optan, resguardado por el derecho a la propiedad. Sin embargo, debemos reiterar que la misma formación de una empresa es además producto del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, que comprende el derecho a organizarse para desarrollar dicha libertad.

IV. LA EMPRESA COMO GRUPO INTERMEDIO

La Constitución de 1980 funda su estructura jurídica en la circunstancia que las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos. Es tal la relevancia que se le otorga a este tópico, que el artículo 5°, inciso 2° CPR expresa que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Por ello, al Estado le compete respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La Constitución reconoce además a los grupos intermedios un rol trascendente, pues a través de ellos se organiza y estructura la sociedad, debiendo el Estado ampararlos e igualmente garantizar la adecuada autonomía para que cumplan sus propios fines específicos. Al respecto, el artículo 1°, inciso tercero de la Constitución indica:

"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".

---

12. Corte Suprema, 17 de agosto de 1953, RDJ Tomo L, Segunda parte, Sección *Primera, pág. 292.*

13. Esto es tal, pues en Chile, al contrario que en otros países, aún no existen las sociedades unipersonales.

El Estado, además, asume un carácter servicial, que se expresa en el artículo 1°, inciso cuarto de la Constitución, en que se indica:

"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 de los derechos y garantías que esta Constitución establece".

Relevante es afirmar, por ello, que el Estado en nuestro ordenamiento fundamental tiene una función subsidiaria al actuar de las personas y de los grupos intermedios, estando la misma esencialmente destinada a fortalecer los derechos y libertades de las personas, las familias y los grupos intermedios, promoviendo el bien común en general y asumiendo ciertos deberes específicos, en especial. Así, al Estado no le compete decidir ni entregar una determinada o única "realización espiritual o material", debiendo sólo crear las condiciones para que cada persona o grupo, busque y concrete la suya. Por ello, la realización espiritual y material es un asunto individual o grupal, pero no estatal, salvo para crear las condiciones sociales adecuadas, garantizando, principalmente, la libertad y la igualdad de oportunidades [14].

Cuando la Constitución utiliza la expresión "y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional", debemos entender comprendida en ella a las personas y a los grupos intermedios a través de lo que se organiza y estructura la sociedad, siendo éstos toda expresión del derecho de asociación concretada por dos o más personas y que persigan fines que no contravengan el marco constitucional y legal.

Los grupos intermedios, de esta manera, son el resultado del libre ejercicio del derecho de asociación reconocido en el artículo 19 N° 15° CPR, el cual emana de la naturaleza humana, expresando las diversas preferencias de los individuos en la sociedad civil, por lo cual la estructura jurídica y constitucional debe protegerlos de intromisiones e instrumentalizaciones. Al respecto debemos tener presente, que el artículo 1° CPR consagra el principio de subsidiariedad, tendiente a que el Estado respete la fuerza vital de la sociedad civil, limitando su propio

---

14. Al respecto, véase: Teodoro Ribera, Tributos manifiestamente desproporcionados o injustos, trabajo presentado para las Jornadas de Derecho Público, Santiago 1998.

actuar al cumplimiento de su misión y deberes constitucionales, sin impedir el libre desarrollo de la actividad privada y social, tal es, aquella que realizan las personas individualmente como la que ejecutan con otros conformando los grupos intermedios.

En este sentido es destacable que a lo largo de la propia Constitución se consagren diversas disposiciones tendientes a garantizar esta autonomía de los cuerpos intermedios. El artículo 19 N° 15°, inciso quinto de la Constitución señala que "los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que le son propias", precepto que busca impedir que los partidos instrumentalicen a los grupos intermedios en su lucha por alcanzar el poder político. Igualmente, el artículo 19 N° 21° CPR establece que el Estado y sus organismos sólo podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas si una ley de quórum calificado los autoriza, norma que reitera que el libre ejercicio de cualquiera actividad económica es principalmente una actividad privada. El artículo 23 CPR, por su parte, sanciona a los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Carta Fundamental les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos.

El concepto "grupos intermedios" se asocia normalmente a las entidades sin fines de lucro, si bien el mismo comprende a todas aquellas entidades que son producto de la libertad de asociación y tienden a finalidades lícitas, por lo que lógicamente engloba en él a las corporaciones, fundaciones y otras entidades sin fines de lucro, pero igualmente a las que persiguen un beneficio económico. Esto es tal, además, pues el propio constituyente ha reconocido ampliamente el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica como también a las organizaciones empresariales (y consecuencialmente a sus integrantes, los empresarios) y a la empresa como entidad propia.

El reconocimiento de la empresa como grupo intermedio en la Constitución hace justicia a una organización relevante en el andamiaje social, sin cuya presencia grandes cometidos de la sociedad, que exigen administración, coordinación o acumulación de capitales, visiones y esfuerzos, serían imposibles de realizar.

Nuestra jurisprudencia ha constatado el carácter de grupo intermedio de las empresas, de lo cual ha inferido, así, el dèber del Estado de garantizar la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. Sobre el particular la Corte Suprema ha señalado:

"4°. Que la autonomía garantizada por la Constitución tiende al amparo de los grupos intermedios que organizan y estructuran la sociedad —algunos de los cuales son los entes mercantiles— que contribuyen a esa organización en lo económico" [15].

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha expresado refiriéndose a los medios de comunicación social:

"28) (..) No es ocioso recordar que el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios o entes asociativos, es uno de los pilares básicos de la organización de la sociedad civil, y así lo establece, ya en su artículo 1° de la Carta Fundamental, garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de permitirles —como células vivas de la sociedad— la obtención de sus fines propios, contribuyendo de este modo a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad. Reconocimiento, amparo y garantía de su autonomía son los términos en que la Constitución se expresa a su respecto" [16].

Debemos concluir, por lo tanto, que la empresa está protegida constitucionalmente tanto en lo que respecta al libre ejercicio de cualquiera actividad económica, como al igual en cuanto a su calidad de grupo intermedio.

V. LA EMPRESA Y EL RESGUARDO DE SU ADECUADA AUTONOMIA

Constituyendo la empresa un grupo intermedio que contribuye al bien común y que enriquece la trama social, le compete al Estado reconocerla y ampararla como igualmente garantizarle la *adecuada autonomía* para cumplir sus propios fines específicos.

"Autonomía", según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, conlleva la potestad de regir intereses peculiares de la vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios. Soto Kloss, explicando este concepto, señala:

"Autonomía consiste en darse sus propias normas, fijarse su propia ley, su estatuto social, administrarse por sí mismo, de acuerdo a su propia ley social, deter-

---

15. RDJ, Tomo LXXXII, Enero-Abril 1995, N° 1, p. 3. Véase también RDJ, Tomo Segunda Parte, Sección Quinta, págs. 78 y ss.

16. STC226/28.

minar sus propios fines; afectar bienes del modo más conveniente a esos objetivos, tener sus propios controles para asegurar así del mejor modo el cumplimiento de sus fines; repartir utilidades si son entidades societarias lucrativas" [17].

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha manifestado respecto de la autonomía de los grupos intermedios:

29) Dicha autonomía para cumplir con sus fines específicos implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar los objetivos que desean alcanzar, para organizar del modo que estimen más conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de persona o autoridad ajena a la asociación o grupo, y sin más limitaciones que las que imponga la Constitución; es decir, las que deriven de la moral, del orden público y la seguridad del Estado (artículos 19, N° 15 y 23), no interviniendo la autoridad pública sino en la medida que infrinjan el ordenamiento o su propio estatuto o ley social [18].

La Constitución, sin embargo, no garantiza una autonomía ilimitada o irrestricta, sino que ésta debe ser "adecuada" y estar destinada a "cumplir sus propios fines específicos" [19]. Por "adecuada" debemos entender la que es proporcional, apropiada o acomodada a las condiciones necesarias para cumplir dichos fines específicos de una manera razonable y prudente, correspondiéndole a cada empresa establecer en sus estatutos y por sus estructuras internas sus objetivos o misión institucional y su organización, sin interferencia de la autoridad, salvo en el marco de las limitaciones consignadas en el artículo 19, N° 21, inciso primero de la Constitución.

La adecuada autonomía de la empresa, conlleva, a lo menos, la libertad de organización, de adopción de sus decisiones y de sus autoridades, de determinación de sus propios fines para la prestación de servicios o producción y de sus procedimientos [20]. Ello hace que se comprenda dentro de esta autonomía la libertad de contratar libremente

---

17. Eduardo Soto Kloss, RDJ, Tomo LXXXV, Primera Parte, año 1988, pág. 53.

18. STC 226/29.

19. Así también la Corte Suprema en RDJ, Tomo LXXXV, Segunda Parte, Sección Quinta, pág. 79.

20. Este derecho, además, deriva del reconocimiento a desarrollar cualquiera actividad económica, la que comprende la organización jurídica y organizativa que se considere más adecuado para el cometido, salvo que una ley expresamente señale lo contrario.

tanto en lo que respecta al personal que en ella labora como al igual con sus proveedores y clientes, fijando de común acuerdo los términos económicos. En este sentido, la autonomía de la empresa comprende igualmente la libertad de inversión, esto es el derecho de decidir, asumiendo el riesgo de ganancia o pérdida, la destinación de los recursos para la consecución de sus fines.

VI. LOS PROPIOS FINES ESPECIFICOS DE LA EMPRESA

Un tema relevante es esclarecer cuáles son los "propios fines específicos" que una empresa en su calidad de cuerpo intermedio debe cumplir. En este sentido debemos recordar que la empresa es una asociación de individuos con el objeto de ejercer libremente el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, por lo que afán de brindar bienestar económico a sus asociados o a terceros, es parte integrante esencial de dichos fines. De esta manera, los fines específicos que se persigan pueden ser de toda índole económica, mientras no sean contrarios a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y se respeten las normas legales que la regulen, contando con la protección derivada del artículo 1° inciso tercero y del artículo 19, N° 21° CPR.

El Tribunal Constitucional interpretando el artículo 19, N° 21° CPR, ha señalado:

"8° Que, el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21°, antes transcrito, y que protege la libre iniciativa privada es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo 1 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,

9° Que, del tenor del artículo 19, N° 21°, resulta que los que desarrollen una actividad económica deben someterse a las normas legales que la regulen. Por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: "Ajustado y conforme a reglas". De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme con 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 [21].

---

21. STC 146/8, y 9. Con posterioridad, el Tribunal Constitucional indicó que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica es de fundamental importancia para los individuos, pues permite desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas. Así, STC 226/ 41 y ss.

De esta manera cabe expresar, que la libertad de empresa comprende necesariamente el derecho de formar con otros una entidad distinta de los asociados destinada a la realización de cualquier actividad económica, tal es una empresa. Igualmente conlleva el derecho a acceder al mercado ofertando bienes y servicios, fijado libremente la oportunidad y las condiciones de hacerlo, incluido el derecho a formar nuevas empresas o a adquirir otras existentes, etc.. Igualmente implica el derecho de permanecer en el mercado y de competir, resguardando las normas generales de competencia [22] y los derechos de los consumidores [23]. Por último, este derecho engloba igualmente el derecho a cambiar de rubro o a retirarse del mercado, optando por concluir sus actividades empresariales [24].

Consideramos parte consustancial de toda actividad económica empresarial, además, la libertad de organización, contratación, inversión y la de fijar las políticas comerciales, entre las que cabe considerar, la fijación de los precios y sus posibles márgenes de beneficio. Especialmente este último tema nos debe llamar la atención, pues la libertad a desarrollar libremente actividades económicas lleva consigo, lógicamente, el derecho a optar por utilidades, asumiendo el riesgo de ganancia o pérdida. Si bien no existe un derecho a obtener necesariamente utilidades, sí existe un derecho a que si dicha utilidad se presenta, pueda ser incorporada por la empresa a su patrimonio. La utilidad, además, es un reconocimiento a que su accionar satisface necesidades, por las cuales los demandantes están dispuestos a pagar.

---

22. En este sentido, compartimos lo indicado por María Teresa De Gispert Pastor, La Noción de la Empresa en la Constitución Española, en: La Empresa en la Constitución Española, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1989, pág. 48, que para una existencia adecuada de la libertad de empresa es necesario y conveniente la existencia de una adecuada competencia, por lo que pueden establecerse limitaciones para evitar monopolios y oligopolios, en tanto el mercado no se autorregule nuevamente. Al respecto puede consultarse el DL 211 del año 1973.

23. Entre otras, la Ley de Defensa del Consumidor, Ley N° 19.646.

24. Así, De Gispert, ob. cit., p. 46.

VII. LIMITACIONES A LOS PROPIOS FINES ESPECIFICOS DE LA EMPRESA

Las limitaciones al derecho a desarrollar cualquiera actividad económica han sido impuestas por la propia Constitución, siendo éstas no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, debiendo la actividad económica respetar, además, las normas legales que la regulen. De esta manera, el constituyente estableció en la propia Carta Magna, en forma taxativa, las prohibiciones absolutas para la libertad de empresa y confió al legislador una actividad restringida, pues sólo puede regular una actividad, mas no entrabar o menoscabar su ejercicio en términos que contravenga la garantía general del artículo 19, N° 26° CPR, que indica:

"Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

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".*

Esta norma, considerada por el Tribunal Constitucional como "garantía general" [25], tiene por objeto evitar que los preceptos legales puedan afectar el contenido esencial de un derecho o impedir su libre ejercicio. El Tribunal Constitucional ha descrito al artículo 19, N° 26, CPR, señalando:

"Un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica [26].

De la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, expresada en forma reiterada en otras sentencias, se colige que se "impide su libre ejercicio" cuando el legislador entraba un derecho "más de lo razonable" o lo hace en forma "imprudente". El Tribunal ha indicado

---

25. STC 43/19.

26. STC 43/19 y STC 280/29.

que los titulares e integrantes de los órganos del Estado "en el cumplimiento de su misión deben actuar con la debida "prudencia, equidad y mesura" [27], sosteniendo que si bien el legislador tiene autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo "en forma prudente, y dentro de latitudes razonables" [28]. Igualmente argumentó, que crear una situación inequitativa, carece de toda justificación

Es inconstitucional, así, cuando el Estado establece un sistema impositivo por el cual se apropia de un porcentaje significativo e irrazonable de la utilidad, o establece normas de acceso, de permanencia y de salida del mercado que imposibilitan la actividad empresarial o la desvirtúan completamente. Igualmente lo es, cuando de cualquier forma pretende privar la administración y organización de la empresa a sus propietarios, pudiendo únicamente establecer regulaciones generales tendientes a salvaguardar la moral, el orden público o la seguridad nacional, como es el caso de exigir determinadas formas jurídicas para realizar actividades económicas específicas.

EPILOGO

La Constitución de 1980 ha otorgado un amplio resguardo a la actividad empresarial, al consagrar expresamente el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica y al reconocer a las organizaciones empresariales y a las empresas como entes jurídicos.

Sin embargo, aún en ausencia de estas disposiciones expresas, las organizaciones empresariales, las actividades empresariales y las empresas están protegidas como consecuencia del amplio reconocimiento que se le otorgan al derecho de asociación, a la libertad de trabajo y su protección, y al derecho a la propiedad y de propiedad.

Cabe indicar, además, que el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica conlleva necesariamente la libertad de formar empresas, de acceder, permanecer y retirarse del mercado como, además, a ejercer libremente la administración de la empresa, sin otra limitación que las impuestas por la propia Constitución en los términos indicados en el artículo 19, N° 21° CPR.

---

27. STC 19/9.

28. STC 53/22.

Por último, al ser las empresas grupos intermedios, la Constitución les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos, lo que constituye una nueva limitación al ejercicio del poder estatal.

LA LEY Nº 19.611 DE REFORMA CONSTITUCIONAL: ¿FIN DE LA DISCRIMINACION A LA MUJER?

ALFONSO BANDA VERGARA *

1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

La reforma constitucional aprobada por Ley Nº 19.611 [1] se originó en una iniciativa del Presidente de la República, quien al remitir al Congreso el mensaje conteniendo el respectivo proyecto, lo hizo bajo el nombre de *"Proyecto de Reforma Constitucional que establece igualdad de opotunidades para hombres y mujeres y pone término a todo tipo de discriminación en contra de éstas"*. De la denominación del proyecto de modificación de la Carta Fundamental parece desprenderse de manera casi inequívoca que el principal objetivo de la reforma fue precisamente el de que, por su intermedio, se pusiese término definitivamente y se eliminara cualquier discriminación que afectaba a la mujer.

Pareciera pues, que luego de esta reforma se ha establecido en Chile, por fin, la más absoluta igualdad de oportunidades para hombres y mujeres y el problema sobre el trato discriminatorio que afectaba a estas últimas es cosa del pasado desde el momento que, en razón de la aprobación y entrada en vigencia de esta ley, se debería entender que esas diferencias discriminatorias han sido abolidas en nuestro país.

---

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Austral de Chile.

1. La ley Nº 19.611, sobre "Reforma Constitucional que establece la igualdad jurídica entre hombres y mujeres", fue publicada en el Diario Oficial de 16 de Junio de 1999.

Ante ello, nos formulamos algunas interrogantes que esperamos alcanzar a aclarar en alguna medida a través de la presente investigación, porque estimamos que son de interés dilucidar debido a que en nuestro país se nota una marcada tendencia "legalista" [2] en que se pretende dar solución a cualquier tipo de problemas, como el que se ha pretendido abordar y solucionar en virtud de la reforma en comento, con el solo expediente de reformar un ley, o agregar algunas normas a la Carta Fundamental, como si bastara con esa modificación para hacer desaparecer costumbres arraigadas, estereotipos sociales negativos, prácticas discriminatorias y otros prejuicios sexistas que afectan a las mujeres.

En efecto, nos inquieta indagar si la citada reforma a la Carta Magna logró el efecto buscado de eliminar, solamente mediante el cambio efectuado a la Constitución, el problema del trato desigual que hasta el presente ha debido soportar la mujer.

O, por el contrario, se trata de una reforma inútil que en nada ha cambiado la situación, porque sigue y seguirán existiendo prácticas y normas que establecen para las representantes del sexo femenino desigualdades que carecen de todo fundamento racional.

Si no ha bastado la reforma para lograr la eliminación de la arbitrariedad en perjuicio de la mujeres ¿habrá que reformar también algunas normas legales o reglamentarias actualmente vigentes y que propician el trato y comportamiento inequitativo en relación con éstas?.

Por otra parte, ¿se ha adecuado nuestro ordenamiento jurídico interno a las obligaciones internacionales a las que ha adherido nuestro país, especialmente en lo que dice relación con aquellos tratados o convenciones ratificados por Chile y que están vigentes en nuestro país, como normas que se han incorporado a nuestro derecho interno?. Lo anterior, desde luego teniendo presente la reforma de 1989 referida al artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

Si existen esas normas de tratados internacionales que eliminan la discriminación por razones de género, y han salvado las exigencias

---

2. Durante la discusión del proyecto el senador señor Sergio DIEZ manifestó una opinión que apunta en el sentido señalado expresando que el proyecto no contribuía a solucionar en absoluto el problema de la discriminación de la mujer y "además introduce en nuestra sociedad el falso concepto de que para corregir un modo de vida se necesita modificar la legislación, en circunstancias de que lo que se requiere es cambiar las conductas, los hábitos de vida, los criterios".

para su incorporación al derecho interno ¿son aplicadas en Chile?, ¿se les reconoce en la realidad interna su plena vigencia especialmente por los tribunales de justicia?.

¿Qué responsabilidad le cabe al Estado chileno ante el probable incumplimiento de dichas obligaciones internacionales válidamente contraídas por nuestro país que lo obligan a eliminar las discriminaciones que afectan a la mujer, si es que estimamos que la reforma a la Carta Fundamental que analizamos no basta y es absolutamente insuficiente para lograr tal objetivo?.

II. ¿ERA NECESARIA LA REFORMA PARA LOGRAR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA LA MUJER?

La interrogante es válida en el sentido que, constituyendo la Constitución la norma fundamental que debe responder a las necesidades y requerimientos sociales, es evidente que debe contener un sistema para su modificación de tal flexibilidad que permita adecuar su texto a esos requerimientos a ellos cuando se produzca un desajuste entre su normativa y dichas exigencias, pero sin llegar al extremo de efectuar modificaciones que carezcan de sentido o que desequilibren el sistema constitucional o sean discordantes con él, como ha ocurrido con algunas reformas aprobadas [3].

---

3. En este sentido podemos mencionar entre aquellas reformas a la Carta Magna que han significado un quiebre del sistema o que lo han desajustado, la relativa a la reducción del mandato presidencial de 8 a 6 años, según Ley N° 19.295 de 4 de Marzo 1994 por cuanto entre otros problemas que motivó, debido a que no se adecuaron otras normas constitucionales que tenían directa relación con el período presidencial de 8 años, como ser la simultaneidad de elecciones presidenciales y parlamentarias y el sistema de reemplazo del presidente en caso de vacancia en el cargo (en este sentido ver el estudio del profesor José Luis Cea "Implicancias constitucionales de la reducción del período presidencial" en XX Revista Chilena de Derecho. Tomo I, N° 2-3 (1993), págs. 206 y ss. Hay reformas que no se han aplicado, es decir, nos preguntamos como lo hace el profesor Cea - entonces ¿para qué se aprobaron si no se iban a aplicar?, ¿qué sentido tiene ello? (en clase dictada por el profesor don José Luis Cea, en la Escuela de Derecho de la Universidad Austral de Chile, en Valdivia, el día viernes 8 de Octubre de 1999 planteó esta inquietud). Por último ante la reforma aprobada por Ley N° 19.634 que se refiere a la educación parvularia y que introdujo una nueva disposición que se agregó al artículo 19 N° 10 de la Constitución en el sentido de establecer el deber del Estado de preocuparse de dicha educación, pero, ante esta modificación nos preguntamos ¿era necesaria dicha reforma?, ¿qué sentido tiene?. O dicho de otra forma: si no se hubiera

En la Constitución de 1980 hay un variado enfoque del tema de la igualdad y, por ende, de la interdicción de cualquier especie de discriminación, estableciendo nuestro Código Político un amplio catálogo de derechos que apuntan a este esencial requerimiento del trato igualitario para todas las personas [4].

En realidad el principio igualitario representa una tradición dentro de la evolución constitucional chilena [5] y fue consagrado en nuestros textos fundamentales desde muy temprano y su evolución refleja la maduración de un sistema político en el que la igualdad se percibe cada vez con mayor fuerza como una de las bases fundamentales del sistema constitucional [6].

La igualdad implica que todas las personas deben estar regidas por un mismo ordenamiento jurídico en cuanto al ejercicio de sus dere-

---

aprobado esa reforma ¿deberíamos entender que el Estado no tendría la obligación de preocuparse de dicha educación de los párvulos porque la Constitución no establecía explícitamente tal deber estatal?. Pero, si examinamos el texto constitucional éste ya contenía una prescripción general sobre la materia en dicho numerando décimo del artículo 19 en cuanto establecía que "corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación *en todos sus niveles*".

4. La Constitución asegura los derechos que se contienen en el Capítulo III, artículo 19, a todas las "personas", por lo que, se ha estimado que al así establecerse en dicha norma con "el vocablo *persona* quedan, consiguientemente, absorbidos los individuos de ambos sexos, de cualquiera nacionalidad, raza o condición", según palabras del profesor José Luis Cea Egaña, "El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica". Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago, 1999, pág. 110.

5. En efecto, y siguiendo en esta materia lo expuesto por doña Natacha Molina García, Ministra Directora Subrogante del SERNAM, quien en la Sesión 16ª del Senado, del día martes 12 de Enero de 1999, al hacer uso de la palabra en dicha sesión se refirió al tema de la igualdad y su evolución en nuestras constituciones citando al efecto el Reglamento Constitucional de 1812 que decía que "todo habitante libre de Chile es igual de derecho: sólo el mérito y la virtud constituyen acreedor a la honra de funcionario de la Patria" y la Constitución de 1818 se refiere a la "igualdad civil" y la de 1822 proclama que "todos los chilenos son iguales ante la ley, sin distinción de rango ni privilegio". Agregaba en la misma ocasión que la Carta de 1833 se refería a la igualdad ante la ley y a que en Chile no hay clase privilegiada y, finalmente la Constitución de 1925 mantuvo ese reconocimiento y agregó la consideración histórica de la esclavitud.

6. La señora Molina, Directora Subrogante del Sernam, en la misma sesión, según Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, versión taquigráfica.

chos y el cumplimiento de sus deberes, siendo inaceptables las distinciones de cualquier naturaleza que ellas sean, excluyéndose aquellas que se funden en motivos de raza, nacionalidad, religión, *sexo* [7], por razones de índole política u otras. Pero, indudablemente que la ley deberá trazar algunas diferencias entre las personas, en aquellas situaciones justificadas en que los seres humanos son distintos, como por ejemplo para ejercer plenamente algunos derechos de índole patrimonial se exigirá determinada edad y para acceder a la ciudadanía se requerirá ser chileno y tener 18 años de edad, pero la esencia de la igualdad, su núcleo indestructible lo constituye la interdicción de las diferencias arbitrarias, la eliminación de toda especie de discriminación [8].

En el anteproyecto de la Comisión se propuso una norma que hacía referencia a la no discriminación por motivos de sexo, al tratar de la igualdad, en cuanto preceptuaba que "el hombre y la mujer gozarán de iguales derechos", [9-10-11] norma que no apareció en el texto plebiscitado y en cuanto a los motivos de tal omisión ha opinado don Enrique Evans que ello podría deberse a que se estimó que esa nominativa constitucional podría [12] acarrear una gran cantidad de conflictos jurídicos en la

---

7. En el Acta Constitucional N° 3 de 1976, en su art. 1° N° 2 inciso segundo se incluía una disposición que establecía "que el hombre y la mujer gozarán de iguales derechos", similar a la que se incorporó posteriormente al anteproyecto de la C.E.N.C..

8. Principio básico de la igualdad recogido en el art. 19 N° 2, inciso 2° de nuestra Carta Fundamental.

9. Enrique Evans de la Cuadra, "Los Derechos Constitucionales", Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, pág. 14.

10. Igual a la disposición contenida en el Acta Constitucional N° 3, ya mencionada en cita N° 7 supra.

11. La disposión del proyecto de la C.E.N.C a este respecto establecía:
"N° 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay clase ni grupo privilegiados.
El hombre y la mujer gozan de iguales derechos, sin perjuicio de las distinciones que se deriven de sus diferencias naturales o que establezca el legislador fundado en las características de la familia.
Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer discriminaciones arbitrarias".

12. Se desconocen los motivos exactos que pudieron haber motivado tal exclusión debido a la no existencia de actas oficiales de las sesiones desarrolladas por el

aplicación de numerosas disposiciones legales que contienen diferencias importantes en la situación de la mujer, en especial cuando es casada, en el trato que la legislación le da en relación al varón [13-14].

El señor GUZMAN, en las actas oficiales de la Comisión Constituyente [15] dejó establecido que, respecto del problema de incluir una disposición que expresamente se refiera a la igualdad entre el hombre y la mujer, podía ello ser abordado desde una doble perspectiva: una, que se contemple una norma que exprese que ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias o discriminatorias y que agregue que tampoco pueden hacerse distinciones injustas o injustificadas "en razón de sexo" [16]; y otra fórmula sería, según dicho comisionado, el de establecer un inciso especial para consagrar la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, pero destacando que el hombre y la mujer gozan de iguales derechos "sin perjuicio de las distinciones que el ordenamiento jurídico pueda realizar en consideración a la diferente naturaleza de uno y otro" [17], pero, recalca que dicha norma debería, conforme a la redacción que se le diera en definitiva, apuntando a la idea de dejar consagrado el principio general —la igualdad de derechos entre los sexos— y abierta la posibilidad a las excepciones las que sólo podrían fundarse en "la diferente naturaleza" del hombre y la mujer, lo que abre la posibilidad a que la Corte Suprema y todo el ordenamiento

---

llamado "Grupo de Trabajo", que elaboró el proyecto final emanado de la Junta de Gobierno.

13. Ver Enrique Evans de la Cuadra, ob, cit., pág. 14.

14. En todo caso, tanto en el proyecto de la C.E.N.C. como en el del Consejo de Estado se contenía una disposición transitoria para resolver ese problema, en términos de preceptuar que mientras no se dicten las disposiciones que dieran cumplimiento a la citada igualdad del hombre y la mujer, continuarían rigiendo las normas legales actualmente en vigor con el fin de impedir la derogación tácita de aquellos preceptos por la sola entrada en vigencia de la Carta Fundamental. Ver, Enrique Evans, ob. cit., pág. 14.

15. En este sentido, ver transcripción de las Actas de la C.E.N.C. en el texto de Enrique Evans, citado, pág. 21 y siguientes.

16. Enrique Evaris, ob. cit. pág.. 21.

17. Enrique Evans, ibídem.

jurídico para que se reputen como inconstitucionales todos aquellos preceptos que establezcan distinciones entre el hombre y la mujer *"que no se basen en la diferente naturaleza de ambos"* [18], sino que en consideraciones de otro género que pudieran estimarse injustas o manifiestamente arbitrarias y discriminatorias.

Es de suma trascendencia para los efectos del presente estudio, tener presente que, al finalizar la C.E.N.C. el estudio de los preceptos relativos a la igualdad, se dejó constancia expresa en las actas [19], que ninguna autoridad podía establecer diferencias arbitrarias fundadas "sólo en la diferente naturaleza del hombre y de la mujer y que tengan carácter de arbitrarias" [20]. Igualmente es importante destacar que en la citada Comisión, su integrante don Jorge OVALLE dejó constancia de que, a su juicio, era absolutamente innecesario establecer en la Constitución la igualdad de sexos, ya que ella "estaba implícita y adecuadamente cautelada por la igualdad ante la ley y la prohibición general de establecer diferencias arbitrarias" [21-22].

III. LA LEY Nº 19.611 DE REFORMA DE LA CONSTITUCION Y SUS FUNDAMENTOS. ARGUMENTACION DE LOS DETRACTORES DE LA ENMIENDA

La reforma Constitucional materia del presente estudio, que fuera aprobada por la citada ley , de fecha 16 de Junio de 1999 introdujo en

---

18. Enrique Evans, ibídem.

19. Sesión 95 de 16 de diciembre de 1974, según E. Evans, en ob. cit., pág. 23.

20. Enrique Evans de la Cuadra, ob. cit., pág. 23.

21. Enrique Evans, ob. cit., pág. 23.

22. La intervención del comisionado señor Ovalle, es del tenor siguiente, de acuerdo a las actas de la referida sesión, según lo transcrito por don Enrique Evans, en ob. cit., pág. 23: "El señor OVALLE deja constancia de su oposición al precepto no obstante que su redacción le satisface, porque cree que la igualdad entre el hombre y la mujer está protegida por la disposición genérica de la igualdad ante la ley. De manera que no podría aceptar ninguna distinción que implicara desconocer esta igualdad. Le parece que la reafirmación que la mayoría de la Comisión ha aprobado más que constituir tal reafirmación, puede abrir una brecha a través de la cual se desconozca precisamente tal igualdad".

nuestra Carta Fundamental y modificaciones referidas a las siguientes disposiciones:

1. En el artículo 1° inciso 1° de la Constitución, que establecía:

"Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

Se reemplazaron las palabras *"los hombres"* por *"las personas"*, quedando entonces dicha norma de la siguiente manera:

"Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

2. En el artículo 19 número 2° inciso primero que establecía lo siguiente:

Art 19: La Constitución asegura a todas las personas:

2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre".

Aquí se agregó a continuación, la siguiente oración:

"Hombres y mujeres son iguales ante la ley".

Es interesante dejar constancia de que, al ser propuestas estas modificaciones a la Carta de 1980, el mensaje enviado para tal efecto por el Presidente de la República incluyó la siguiente denominación para el referido Proyecto de Reforma Constitucional: *"Proyecto de Reforma Constitucional que establece igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, y pone término a todo tipo de discriminación en contra de éstas"*. Este es, sin duda, un título un poco pretencioso que quizá debiera ser mirado según las palabras de la señora Ministra del Servicio Nacional de la Mujer [23], haciendo uso de la palabra en una sesión del Senado convocada para tal efecto, como "un gesto simbólico que dé cuenta del espíritu que anima al país en esta materia, y que en este momento debe incentivarnos aún más a que buscar esta igualdad ante la ley y se traduzca, efectivamente, en una igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres en todos los niveles de la convivencia nacional" [24].

A. *Fundamentos de la reforma*

¿Cuáles fueron las principales razones que se invocaron por quienes propiciaron la reforma en punto a justificar la modificación propuesta?.

---

23. En aquella ocasión asistió a la sesión de la Cámara Alta en calidad de Ministra Directora Subrogante del SERNAM, la Subdirectora señora Natacha MOLINA García.

24. Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, de la sesión celebrada el día martes 12 de Enero de 1999.

El senador señor HAMILTON, dando a conocer el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara Alta, señaló que "la iniciativa tiene por objeto *consagrar en forma expresa la igualdad del hombre y la mujer ante la ley* como un valor superior de todo el ordenamiento jurídico" [25]. Agregó, en su intervención el senador referido que en el proyecto primitivo se proponía agregar en el inciso primero del artículo primero la palabra "mujeres" (para que expresara dicha norma que "los hombres *y las mujeres* nacen libres e iguales..."), pero que la Comisión estimó que era más adecuado expresar *"las personas"* en atención a que este último término "era comprensivo de ambos sexos" y que el mismo artículo emplea este vocablo más adelante, cuando dispone que es deber del Estado "asegurar el derecho de *las personas*...".

En la discusión parlamentaria, especialmente en el Senado [26], se mencionaron, entre otras, las siguientes consideraciones en apoyo de la iniciativa:

1. Se trata de la *consagración expresa e inequívocamente y a nivel constitucional de la igualdad de hombres y mujeres* ante la ley y la no discriminación arbitraria en contra de éstas. Lo anterior, se argumentó, a pesar de que parece una reforma innecesaria desde el punto de vista "formal", desde el momento que hay consenso en cuanto a que en el uso habitual de las palabras se entiende que el término *"hombre"* es amplio y bajo tal acepción se comprendería tácitamente a todo el género humano, por lo que la Carta actual garantizaría la plena igualdad de hombres y mujeres. Pero, se ha demostrado, según los promotores de la enmienda que ello es y ha sido históricamente una expresión que ha motivado equívocos, ya que la legislación no las ha considerado a las mujeres en un mismo plano de igualdad que a los hombres (baste citar, expresan en este sentido las leyes electorales que solamente desde 1949 le reconocieron a la mujer en forma expresa el derecho a sufragio) [27].

2. Se dijo que, de esta forma *se da cumplimiento a obligaciones y recomendaciones emanadas de convenios y organizaciones internacionales*

---

25. Diario de Sesiones del Senado, documento citado.

26. Se extracta en esta parte, la discusión llevada a cabo de este proyecto en la sesión 16ª del día martes 12 de Enero de 1999, correspondiente a la Legislatura 339ª, Extraordinaria, según documento ya citado.

27. Id. Sesión anterior del Senado.

especialmente en cuanto se refiere a los tratados y convenciones suscritos por nuestro país y vigentes en nuestro ordenamiento y que el Estado debe respetar y promover en cuanto a los derechos allí contenidos de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, instrumentos internacionales que en este sentido se mencionaron en aquella sesión fueron, entre otros, los siguientes:

a. La *Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* [28] que en su artículo segundo, letra a) establece que los Estados Partes se comprometen a *"consagrar, si aún no lo han hecho, en sus contituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la niujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de este principio"*.

b. Tanto la *Declaración Universal de Derechos Humanos como la Convención Americana* establecen que las personas sujetas a su jurisdicción tienen los derechos que reconocen sin discriminación alguna por motivos de raza, color, *sexo,* etc., con, lo cual se establece como jurídicamente relevante la no discriminación por motivo de sexo.

c. Hay resoluciones y recomendaciones de organismos de las Naciones Unidas [29] para que el lenguaje utilizado en la legislación tienda a colocar a hombre y mujer, inequívocamente en un mismo plano, evitando una discriminación motivada por las diferencias de sexo, recomendando eliminar del vocabulario toda expresión. que transmita estereotipos sexuales.

3. También se destacó que el propio mensaje del Ejecutivo al Congreso señala *la importancia y el poder que tiene el uso del lenguaje* y,

---

28. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer fue adoptada por las Naciones Unidas y se encuentra en vigor desde el 3 de Septiembre de 1981, la que en su artículo 1° establece que para los efectos de la Convención, "la expresión *discriminación contra la mujer* denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". Texto de la Convención obtenido de internet en el sitio de University of Minnesota, Human Rights Library <http://wwwl.umn.edu/humanrts/instree/spanish/selcedaw.html>.

29. Recomendación de la UNESCO contenida en su Resolución 14.1 aprobada en la Vigésima Conferencia, según se cita en el referido Boletín del Senado, doc. cit.

en este caso, especialmente en cuanto al empleo en forma exclusiva de la palabra *"hombre"* lo que, por encima de la significación gramatical genérica que tiene, "refuerza prácticas discriminatorias que destacan el protagonismo masculino y ocultan la participación femenina" [30]. En el mensaje se expresa que "*el lenguaje* no es una creación arbitraria de la mente humana sino un producto social e histórico que influye en nuestra percepción de la realidad. Al transmitir socialmente al ser humano las experiencias acumuladas de generaciones anteriores, el lenguaje condiciona el pensamiento y determina la visión del mundo" [31]. Agrega el mensaje presidencial que "los prejuicios sexistas que el lenguaje transmite sobre las mujeres son el reflejo del papel social atribuido a éstas durante generaciones y a pesar que su papel ha experimentado transformaciones en la sociedad, los mensajes que el lenguaje sigue transmitiendo sobre las mujeres refuerzan su papel tradicional y dan una imagen de ellas relacionada con el sexo y no con sus capacidades y aptitudes" [32].

Asimismo, en otras intervenciones durante la discusión del proyecto [33] y referido a estas argumentaciones fundadas en el uso e importancia que tiene el lenguaje como vehículo de transmisión cultural, se dijo que es necesario darse cuenta de que a través del lenguaje es posible reforzar estereotipos y prácticas discriminatorias en relación con las mujeres, puesto que las palabras dan cuenta de valoraciones y experiencias que se encuentran arraigadas en una sociedad determinada. Lo anterior, sería así, porque cuando se habla de que *el hombre* tiene tal o cual derecho, se tiende a reafirmar la idea de un *"cierto protagonismo masculino"* [34]. Por ello, se planteó que "el desafío de ir produciendo en la sociedad una mayor igualdad material —es decir, efectiva— entre los hombres y las mujeres, pasa de algún modo por introducir conscientemente modificaciones en el lenguaje, orientadas a influir positi-

---

30. Boletín del Senado, documento citado.

31. Ibídem.

32. Ibídem.

33. En la mencionada Sesión del Senado.

34. Intervención de la señora Natacha Molina, Ministra Subrogante del SERNAM, en la referida sesión del Senado.

vamente en el comportamiento humano y en nuestra percepción de la realidad" [35] Desde tal perspectiva, dijo la señora Ministra Subrogante del SERNAM en el Senado, "el lenguaje cumple una función educativa que habrá de influir en el comportamiento humano" [36].

4. Se argumentó también por los promotores de la aprobación de tal reforma constitucional expresando que *la inexistencia en nuestro ordenamiento constitucional* de una norma en este sentido, que en forma explícita consagrara en la Carta Fundamental la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, fue lo que *permitió en el pasado discriminaciones en perjuicio de la mujer que, hoy se considerarían absurdas,* tales como:

a. Impedirles su ingreso a la Universidad, situación que se mantuvo hasta el año 1877 en que, en virtud de la dictación de un decreto supremo del Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública suscrito por el Ministro don Miguel Luis Amunátegui, se puso término a esa discriminación.

b. Habérseles negado la calidad de ciudadanas y el derecho a sufragio, hasta la dictación de la Ley N° 9.292 de 1949.

c. Se estimó a la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal como jurídicamente incapaz, hasta la reforma introducida al Código Civil por la Ley N° 18.802 de 1989.

5. Se invocó también entre los fundamentos para justificar la reforma *un antecedente histórico,* consistente en la determinación adoptada por la Comisión Constituyente de incluir en la Carta Fundamental, en forma expresa, la igualdad de hombres y mujeres ante la ley, no obstante que en el paso del proyecto por la Junta de Gobierno, se suprimió tal referencia, desconociéndose los motivos que llevaron a tal supresión.

B. *Argumentaciones de quienes se opusieron a la reforma*

Trataremos de hacer una síntesis de las principales argumentaciones que fueron expuestas durante la discusión del proyecto, por quie-

---

35 La misma intervención de la señora Molina.

36. Ibídem.

nes manifestaron su opinion contraria [37] al mismo y lo votaron negativamente. Los detractores de la iniciativa se basaron principalmente en las siguientes consideraciones para rechazarla:

1. Lo que se pretendió mediante esta iniciativa fue explicitar una homologación que siempre ha existido en la Constitución, pues nadie podría desconocer que el vocablo *"hombres"* empleado en su texto está referido a la especie humana con prescindencia de la distinción de sexo, entendiéndose que comprende tanto al masculino como al femenino. La enmienda en su redacción primitiva (que propiciaba agregar en el inciso primero del artículo 1° las palabras "y las mujeres" después del vocablo "hombres") habría traído consecuencias impredecibles, pues en cada oportunidad en que el legislador se refiriera a "los hombres" o empleara términos en su género masculino, se debería entender que sólo se estaría refiriendo al sexo masculino, excluyendo el femenino. Que en adelante la Constitución, en lugar de decir *"los hombres" diga "las personas"* en nada variaría el criterio anterior porque siempre se ha entendido que con el uso de la expresión *"los hombres"* se alude simultáneamente a ambos sexos de la especie humana [38].

2. En cuanto a la modificación consistente en agregar al numeral segundo del artículo 19 la oración de que *"hombres y mujeres son iguales ante la ley"* nada aportaría a la igualdad de trato para ambos, pues dicha isonomía ya estaba considerada en la Carta Fundamental en cuanto asegura *"a todas las personas"* —hombres y mujeres, desde luego— *"la igualdad ante la ley"* Además, se dijo que la Carta de 1980 reafirma el concepto igualitario al estatuir en el mismo precepto que *"en Chile no hay persona ni grupo privilegiados"* y para corroborar más aún el principio, finaliza estableciendo la prohibición en cuanto a que "ni *la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"*. Por lo anterior, se concluye que estos cambios de redacción es un "maquillaje" de la Carta Fundamental que en nada solucionan los problemas de discriminación en perjuicio de las mujeres y que actualmente les afectan y les seguirían afectando, a pesar de la reforma [39].

---

37. Nos referiremos a las principales opiniones contrarias a la aprobación del proyecto de reforma constitucional en comento expresadas por los senadores señores Bombal, Diez y Prat.

38. En este sentido se manifestó en la sesión 16°, ya mencionada, del Senado, el señor senador don Carlos BOMBAL.

39. Expresiones del senador BOMBAL, en la mencionada sesión.

3. También se manifestaron algunas opiniones rechazando la enmienda constitucional por la forma en que ella fuera planteada en el respectivo mensaje presidencial, por lo "jactancioso" [40] de los términos usados al presentarse el proyecto como que éste "introduce la igualdad jurídica del hombre y la mujer como un valor superior del ordenamiento jurídico, un principio de tal ordenamiento y una garantía material del derecho de igualdad ante la ley" [41]. Agrega que es inaceptable que el Gobierno pretenda presentarse ante la opinión pública como "el restaurador de la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres" [42].

En el mismo sentido, el senador señor Sergio DIEZ [43] manifiesta que, por la forma como se ha titulado este proyecto, es engañoso pues, en verdad, a pesar que se pretende establecer, por su intermedio, "la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres", no solucionaba absolutamente nada de aquellas discriminaciones que perjudican a las mujeres, aparte de carecer de valor jurídico. Por lo demás, agrega el referido senador que introduce el falso concepto de que en nuestra sociedad es posible corregir un modo de vida y una conducta, modificando la legislación, pero, según él lo expresa, la situación de la mujer discriminada no se debe al positivismo jurídico, sino que a problemas de índole cultural.

4. Igualmente mereció reparos la presentación del proyecto en el parlamento cuando se expresó que éste "no persigue otro objetivo que formular una declaración de intenciones" [44], pues ello aparece como inconciliable con una consideración seria de lo que es una base de la institucionalidad, puesto que la Carta Fundamental responde a una doctrina y salvaguarda valores profundamente arraigados en el ser nacional [45].

---

40. En estos términos calificó al proyecto el ya mencionado senador BOMBAL en una de sus intervenciones durante la discusión del proyecto.

41. Palabras del senador BOMBAL en la ya referida sesión de la Cámara Alta.

42. Senador BOMBAL, en la misma sesión.

43. El senador Sergio DIEZ formula sus observaciones al proyecto de reforma constitucional en la sesión 16ª de 12 de Enero de 1999, celebrada por la Cámara Alta, según documento ya citado.

44. Senador BOMBAL, misma sesión.

45. El mismo senador, en la ya referida sesión del Senado.

5. El texto de la Ley Fundamental que se trata de modificar, al referirse en su primer artículo a que "*los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos,*" nos deja en claro —según lo expresado por el senador don Sergio DIEZ— [46] que el *hombre,* valor ontológico integral, que no ha sido descubierto por nosotros a través de nuestra inteligencia y tampoco lo hemos creado, sino que, como la Carta estatuye, lo vinculamos a su nacimiento y, por el hecho de nacer, tiene atributos tales como la libertad e igualdad, conceptos que no se pueden atribuir al Estado ni al reconocimiento que éste les confiere, sino que a la naturaleza. Luego la Carta, al referirse a los derechos ya no menciona al *hombre* sino que a la *persona* , porque no sólo está él, sino también las asociaciones y grupos intermedios, que también tienen derechos. Es decir, la Constitución está, en este sentido, lógicamente estructurada, pues primero alude al hombre y luego aparece otorgando derechos a las personas. "Por el hecho de nacer somos libres e iguales en dignidad y derechos, que es mucho más que ser iguales ante la ley; las personas son las iguales ante ella" [47]. Por ello, concluye el senador Diez, se están creando confusiones porque con la enmienda "en orden a que ésta —la Constitución— asegure la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, en lugar de las personas, pareciera indicar que aquéllos no fueran personas" [48]. La Constitución tiene un sistema absolutamente lógico, basado en su filosofía valórica de índole *humanista* en que *el hombre* —ser humano— es el centro, no el *hombre y la mujer,* sino que alude al ser humano, creación divina y luego se refiere a las *personas* que pueden ser naturales o jurídicas y a ellas les asigna derechos y les impone deberes [49].

IV. NUESTRA POSICION ANTE EL PROBLEMA

No cabe duda alguna que, ante el planteamiento de la cuestión de si era o no necesaria esta reforma para así dar término a toda clase de

---

46. Intervención en la sesión 16ª de 12 de Enero de 1999 del senador don Sergio DIEZ U., según consta del documento ya citado.

47. Expresiones del senador DIEZ en la mencionada sesión.

48. Ibídem.

49. Ibídem.

discriminaciones que afectan a la mujer, es necesario hacer algunas distinciones para responder tal interrogante:

En efecto, en primer término, será indispensable dilucidar si ante cualquier problema o duda que se nos presente respecto del acertado uso del lenguaje, deba ser enmendada la Carta Fundamental especificando detalladamente en cada caso cuál es el ámbito de aplicación de su normativa, ¿o es que debe incorporarse al texto de la Ley Suprema todos aquellos asuntos que no han podido ser resueltos y que implican discriminaciones o diferencias odiosas dentro de la sociedad?.

Pensamos que la causa de la situación de discriminación en que se encuentra la mujer no se debe a la forma cómo estaba redactada la Constitución y que debido a que en ella se aludía a *"los hombres"* solamente, sin referirse específicamente también a *"las mujeres"* era la razón fundamental para que se mantuvieran tales diferencias arbitrarias. No se trata solamente de algo tan simple como aquello, tras ello hay hábitos sociales, conductas arraigadas que conducen a estereotipos y prejuicios sexistas que ubican a la mujer en un plano de inferioridad frente al hombre. La sociedad por generaciones ha transmitido mensajes que conducen inequívocamente a reforzar el papel tradicional que les es atribuido a las representantes del sexo femenino, dándose en definitiva una imagen de ellas relacionada con el sexo y no su persona y aptitudes como seres humanos.

Parece inconcuso concluir que no se debe abusar de las reformas al texto constitucional cada vez que se deba satisfacer a determinados grupos o sectores de la población que pudieran estar marginados o requieran de una más efectiva atención por parte del Estado y sus órganos (como por ejemplo, en cuanto a la reforma sobre la educación parvularia que perfectamente podemos incluir entre las "reformas inútiles", como las denomina el profesor José Luis Cea) [50].

En segundo lugar, desde un punto de vista estrictamente jurídico podemos concluir que dicha reforma no era estrictamente necesaria, concordando con aquellas opiniones que concluyen que el sentido amplio que contiene la terminología constitucional al referirse a *"los hombres"* entendiendo que con dichas expresiones, sin duda alguna, se contiene una referencia comprensiva tanto de los individuos de sexo mas-

---

50. El profesor José Luis Cea se refirió a ese tema en una clase dictada a los alumnos del curso de Derecho Constitucional a cargo del suscrito en la Escuela de Derecho de la Universidad Austral, el día viernes 8 de Octubre de 1999.

culino como del femenino, avalado ello incluso por una norma contenida en nuestro Código Civil que al respecto aclara el asunto en cuanto al uso de expresiones o palabras "como hombre, *persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de* sexo, *se entenderán comprender* ambos sexos *en las disposiciones de las leyes...*" [51].

Por ello, aunque estimemos que la enmienda era jurídicamente innecesaria dado el correcto significado de los términos usados por la Constitución de 1980, al mismo tiempo, ante la realidad práctica de la situación de los problemas de inequidad y falta de oportunidades que deben encarar las mujeres debido a una real hegemonía masculina, se podría justificar dicha reforma, pero en ningún caso como pretenciosamente lo dice el mensaje presidencial que dio inicio al proyecto, para dar con esta enmienda término a toda especie de discriminación en perjuicio de la mujer, ni tampoco como una mera declaración simbólica, pues para esto no está la Carta Fundamental. Podríamos considerar razonable la aprobación de esta reforma como una manera de poner término a las situaciones de discriminación dándole la posibilidad precisa a la mujer para interponer con éxito recursos de protección en cada caso en que se vea enfrentada a diferencias arbitrarias que la perjudiquen y que se hayan establecido sólo en razón de su sexo [52].

Por otra parte, es absolutamente justificable dicha reforma si atendemos a los compromisos internacionales suscritos por Chile en que se ha proclamado el término de cualquier tipo de discriminaciones en perjuicio de la mujer y que comprometen al Estado chileno a consagrar en su ordenamiento jurídico interno en la forma más explícita posible dicha isonomía. Por este motivo y en atención a la importancia que tiene el tema relativo a las obligaciones internacionales a que se ha sujetado nuestro país, nos referiremos a esta materia en el párrafo siguiente:

---

51. Artículo 25 del Código Civil.

52. Por ejemplo discriminándola para los efectos de incorporarse a algún trabajo mediante la exigencia de un test de embarazo previo como condición para su aceptación en tal empleo.

V. RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO DE CHILE EN RELACION A LA DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER

El Estado de Chile ha adquirido obligaciones internacionales al haber adherido a tratados o convenciones sobre la materia, especialmente en cuanto dice relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos [53] y a la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer [54]. En la Convención Americana los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio por toda persona... sin discriminación alguna en razón de raza, color, *sexo,* etc. [55]. Además se establece en dicha Convención que si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviere ya garantizado por las disposiciones legislativas o de otro carácter que correspondan, los Estados Partes se comprometen a adoptar "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" [56].

Por su parte, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, entre otras normas, que los Estados Partes se comprometen a "consagrar si aún no lo han hecho, en sus *Constituciones nacionales* y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio" [57].

---

53. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969 en la Conferencia Interamericana de Derechos Humanos, que entró en vigencia el 18 de Julio de 1978, depositando Chile su instrumento de ratificación el 21 de Agosto de 1990. Fue promulgada por Decreto Supremo N° 873 de 23 de Agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial de 5 de Enero de 1991.

54. Dicha Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de Diciembre de 1979, la que entró en vigencia el 3 de Septiembre de 1981. Nuestro país depositó el documento de ratificación el 7 de Diciembre de 1979. La Convención fue promulgada por Decreto Supremo N° 789 de 27 de Diciembre de 1989 y se publicó en el Diario Oficial de 9 de Diciembre de 1989.

55. Artículo 1.1 de la citada Convención Americana.

56. Artículo 2 de la Convención Americana.

57. Artículo 2.a de la mencionada Convención contra la Discriminación de la Mujer.

Conforme a lo establecido en los referidos instrumentos internacionales, el Estado chileno tiene la obligación de respetar los derechos humanos allí reconocidos respecto a todos los individuos sujetos a su jurisdicción o que estén en su territorio y al mismo tiempo a garantizar el efectivo goce y ejercicio de tales derechos, esto es, la obligación del Estado es de asegurarse que las normas internacionales operen efectivamente para lo cual deberá incorporar las normas internacionales, dictar normas internas que las reproduzcan y revisar la legislación interna para eliminar las discrepancias existentes entre ésta y las normas internacionales. Pero, no sólo ello, deben implementarse acciones y recursos efectivos y eficaces para restablecer los derechos cuando ellos sean violados. En lo que respecta precisamente a la no discriminación por razones de sexo, si se suceden en forma sistemática las violaciones y por cada una de ella se deba recurrir a los tribunales, resulta que ese derecho no está plenamente garantizado en cuanto a su goce y ejercicio y el Estado debe remover todo obstáculo de otra naturaleza —culturales por ejemplo— que perturben el libre ejercicio de tal derecho.

En este sentido la Convención sobre no Discriminación de la Mujer establece que los Estados deberán tomar las medidas apropiadas para "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" [58].

El Estado está obligado, si se adhirió a un tratado internacional sobre derechos humanos como lo es la Convención sobre no Discriminación de la Mujer, a respetar y garantizar el goce y ejercicio de esos derechos y puede ser considerado responsable no sólo si por la actuación directa de sus agentes se ocasiona una violación a un derecho, sino que incluso se estima que es responsable cuando la vulneración se produce por particulares y en este último caso por dos conceptos o vías: una, por no otorgar la debida protección a las víctimas en relación con los actos de esas personas particulares que privan a las mujeres de sus derechos, estableciéndose la responsabilidad estatal por una suerte de complicidad del Estado por haber fallado en el cumplimiento de sus obligaciones a que se había vinculado internacionalmente (al no perse-

---

58. Artículo 5 a) de la Convención sobre no discriminación de la Mujer.

guir o condenar a los autores de la vulneración del derecho). También es responsable el Estado por la vía de la violación del principio de igual protección ante la ley, ya que el Estado se ha comprometido a garantizarlos sin discriminación alguna por motivos de sexo u otros. El Estado debe eliminar las *"discriminaciones"* contra la mujer en el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales reconocidos y asegurados en los instrumentos internacionales mencionados.

El Estado, además debe desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de precisión para ser aplicados por los órganos del Estado y especialmente para ser invocados ante los Tribunales, porque el problema consiste en lo que se ha denominado la "autoejecutabilidad" de las normas de los tratados. ¿Todos los derechos contenidos en esos tratados pueden ser invocados directamente por los individuos ante nuestros Tribunales una vez que el ordenamiento jurídico chileno ha dado validez interna a esos tratados?. El problema no se refiere a la validez dentro del Estado de dicho Tratado, sino que a la posibilidad de que algunas de sus norma no puedan aplicarse por los Tribunales puesto que su formulación no lo permite. El Estado debe hacer realidad los derechos enunciados incluso de aquellos que por estar formulados de manera incompleta, el juez nacional carezca de una opción clara de aplicarlos a un caso particular. Este problema no debería ser tal desde el momento que nuestro país, al ser parte de la Convención Americana, entre otros tratados sobre la materia, está obligado a adecuar su derecho interno para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales [59].

En suma, como se puede apreciar hay fundados motivos para la adecuación de nuestra legislación interna, constitucional y de otra índole, para los efectos de que el Estado chileno dé cabal cumplimiento a las obligaciones internacionales que ha contraído sobre la materia de no discriminación por razones de sexo y con la finalidad última de evitar verse enfrentado a tener que asumir su responsabilidad internacional, de conformidad con los compromisos adquiridos.

---

59. El artículo 2 de la Convención Americana establece que "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviera ya garantizado por las disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, *las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivas tales derechos y libertades*".

VI. CONCLUSIONES

La reforma no era jurídicamente necesaria pues las normas constitucionales que estaban vigentes antes de su aprobación establecían claramente y en forma absolutamente inequívoca, dentro de la concepción humanista a que adhiere el constituyente de 1980, el principio de que los seres humanos —el hombre— nacen dotados de cualidades que le pertenecen por el hecho de ser miembro de la familia humana. La dignidad es el sustrato y sustento axiológico de los derechos humanos, éstos son reconocidos como inherentes a la dignidad de la persona, que emanan de un ser racional, dotado de voluntad, que es libre y responsable de su comportamiento, acreedor a un trato respetuoso precisamente por hallarse dotado de aquellas cualidades [60]. Dicho principio se encontraba nítidamente reflejado en el primer artículo de la Carta ("los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos"), en que la expresión "hombres" —qué duda cabe— es evidentemente comprensiva tanto de los individuos del sexo masculino como del femenino.

Ello es así porque los "hombres", es decir, los "seres humanos" "son" iguales no es que el Estado o la Constitución los haya tornado "libres e iguales", son cualidades con las que "nacen" por su propia condición de tales seres humanos. En forma lógica la Carta Fundamental, a esos seres dotados por calidad de seres humanos de tales cualidades intrínsecas, les reconoce ciertos derechos, pero se los reconoce a las "personas", que obviamente lo pueden ser las "naturales" y las personas "jurídicas".

Por lo demás, el nuevo término introducido —*"persona"*— también debemos suponer que incluye tanto a los hombres como a las mujeres, (también como a los parvularios y las parvularias, a los jóvenes y las jóvenes, los ancianos y las ancianas, etcétera, etcétera). Pero, la Constitución ya establecía claramente, al referirse a la igualdad que *"todas las personas"* son *"iguales ante la ley"*; que *"no hay persona ni grupo privilegiado"* en nuestro país. Y, para reafirmar el principio igualitario, la Carta Magna cerraba dicho número referido a la igualdad estableciendo el principio básico y trascendental de que *"ni la ley ni autoridad*

---

60. José Luis Cea Egaña, "El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile, Santiago, 1999, pág. 90.

alguna podrán establecer diferencias arbitrarias", y ¿qué más arbitrarias son las distinciones que se fundan en motivos de raza, religión y *sexo?*.

La reforma la estimamos como jurídicamente innecesaria porque en la Constitución hay muchas disposiciones que podrían corregir cualquier discriminación que afecta a la mujer, porque todos estamos de acuerdo en que ello es así, que la discriminación a la mujer es real, pero que no era indispensable enmendar la Constitución para poner fin a tales diferencias arbitrarias, y se trató —en las palabras del profesor Cea [61]— de "una reforma más bien programática" que nos lleva a la interrogante de que ¿para ello era necesario cambiar la Constitución?, ¿por qué se hacen estas enmiendas "en conserva" [62] o aquellas que son "meramente programáticas"? [63].

Aunque jurídicamente innecesaria, sin embargo estimamos que su aprobación se justificaría no para "poner fin a la discriminación en perjuicio de la mujer", porque ello no será así, pues nadie cree que con la sola aprobación de esta reforma ha bastado para que, automáticamente, desaparezcan todas las arbitrariedades que las afectan, sino que la creemos oportuna si ella está destinada a cumplir los compromisos internacionales suscritos por Chile en que nuestro país se ha obligado a consagrar en la Constitución y en cualquier otra especie de legislación "el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese princi-

---

61. Palabras del profesor José Luis Cea, en la referida clase dictada en Valdivia el día 8 de Octubre de 1999.

62. El profesor Cea Egaña, en la misma clase, llamaba reformas "en conserva" de la Carta Fundamental a aquellas que se aprueban pero que no se aplican por el momento, hasta que no se dicten determinadas normas. En este sentido se refería a la reforma aprobada por Ley N° 19.526 de 17 de Noviembre de 1997, referida a la Administración Comunal por cuanto de conformidad con la Disposición Transitoria N° 38ª aprobada junto a la enmienda se la dejó en suspenso en cuanto a su vigencia hasta que no se "regule en la ley respectiva las modalidades, requisitos y limitaciones para el ejercicio de estas nuevas competencias". Por ello, el profesor Cea se preguntaba, ¿entonces para qué se aprobó si se iba a dejar así en suspenso o "en conserva"?.

63. Otra reforma que podemos incluir entre las llamadas "programáticas" es, sin duda, la aprobada por Ley N° 19.634 de 1999 que se refiere a la educación parvularia.

pio" [64]. Además, miramos como un punto positivo su aprobación si con ello se pudiera contribuir de alguna manera a la eliminación de ciertos estereotipos sociales que discriminan a la mujer y que se traducen en alusiones sexistas que la perjudican, desconociendo o minimizando sus cualidades y aptitudes.

Lo que esperamos con la reforma, es que con ella se produzca un amplio consenso para dar cumplimiento a los aspectos que son tareas inconclusas en nuestro país y que también constituyen obligaciones internacionales emanados de la referida Convención sobre No Discriminación de la Mujer que es la eliminación de todo vestigio de discriminación en las disposiciones de las leyes que nos rigen, muchas de las cuales, mantienen o permiten prejuicios en razón de sexo que deben ser eliminados. Es evidente que la legislación interna debe adecuarse a los instrumentos internacionales a fin de que el Estado chileno dé cabal cumplimiento a sus obligaciones internacionales, específicamente en cuanto dice relación con la no discriminación en razón de sexo, de manera que no sea en la disyuntiva de tener que asumir su responsabilidad ante los compromisos internacionales contraídos.

La gran tarea pues no se ha terminado, creemos que aún no empieza y en ese sentido valoramos la reforma con el propósito no de proclamar que en su virtud ya se puso fin a las discriminaciones, pues ello es falso, sino simplemente estimamos que esa modificación permitirá la adecuación de todo nuestro ordenamiento jurídico pero sin criterios "legalistas" sino que motivado por la convicción de que se han eliminado los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole basadas en ideas de inferioridad o superioridad de un sexo respecto del otro o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres [65].

En consecuencia, lo importante, es no creer que la reforma solucionó el problema de la discriminación, sino que con ella se puedan abordar todos los otros problemas de costumbres, prejuicios, y también normas legales que impiden hacer realidad la igualdad de oportunidades que se pretende alcanzar.

---

64. Artículo 2.a) de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la Mujer.

65. Palabras del artículo 2 a) de la citada Convención sobre No Discriminación de la Mujer.

Lo que se debe buscar es adecuar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para lograr, con los cambios legales, que sean estrictamente necesarios, la *igualdad efectiva de oportunidades para hombres y mujeres.*

Para finalizar, queremos recordar, como lo hace la mencionada Convención sobre eliminación de la discriminación contra la mujer en su Preámbulo en cuanto a que "la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad" [66].

---

66. Preámbulo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

COMENTARIOS A DOS SENTENCIAS Y LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS VIGENTES SOBRE LA EXPULSION DE EXTRANJEROS

FERNANDO SAENGER GIANONI *

SENTENCIAS SOBRE EXPULSION DE EXTRANJEROS. DE LA I.C. DE TEMUCO Y CONCEPCION. FEBRERO Y MARZO DE 1999

Corte de Apelaciones de Concepción de cuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve. (REVOCADA).

Ballestero Patricia-Pope Lee.

RECURSO DE AMPARO

Conociendo del Recurso de amparo

LA CORTE

VISTO:

A fojas 1 comparecen *Roberto Celedón Fernández,* abogado y Juan Pablo Orrego Silva, ecólogo, ambos con domicilio en Santiago, y recu-

---

* Profesor de Derecho Político y Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.

rren de amparo en favor de los extranjeros Patricia Ballestero Vidal, española y Lee Pope, natural de los Estados Unidos de Norteamérica, que fueron expulsados del territorio nacional por Resolución Exenta N° 145 de 23 de febrero pasado, firmada por el asesor jurídico de la Intendencia, Alejandro González Sanhueza, y que por ser ilegal debe ser dejada sin efecto.

En efecto, los fundamentos no se sujetan a la realidad ya que los recurrentes no han cometido ningún ilícito de los que autoriza la expulsión de un extranjero, y la razón de ser *"sorprendidos participando en una manifestación pública autorizada"*, no conforma algún ilícito de los referidos en el artículo 26 N° 1 en relación al artículo 30 del Reglamento de Extranjería. Solicita sea acogida el recurso de amparo y se deje sin efecto la medida de expulsión.

A fojas 11, el Intendente Regional, Martín Zilic Hrepic, informa el presente recurso, solicitando su rechazo ya que la expulsión fue decretada en uso de atribuciones legales y en los casos contemplados en la ley, conformando su accionar al artículo 21 de la Constitución Política de la República y Decreto Ley 1094, en sus artículos 15 N° 1, 17, 65 N° 3 y 84 inciso 2°, pues los extranjeros intervinieron directamente en actos de alteración de orden público, pese a su calidad de turistas que les impedía cometer actos contrarios al orden público del país, como consta de los partes policiales pertinentes.

A fojas 5 y 76 rolan fotocopia del decreto de expulsión y a fojas 7, fotocopia del informe N° 143 de 24 de Febrero pasado, remitido por Carabineros del Bío Bío entre un grupo de mapuches y otros, con Carabineros, resultando 28 personas detenidas, Carabineros y algunos de los detenidos, con lesiones, aparte de los daños ocasionados a un microbús.

A fojas 75 obra fotocopia del fax N° 52 referido en el decreto de expulsión.

De fojas 14 a 70, rolan fotocopias de piezas agregadas a la causa rol N° 2031 del Juzgado de Letras de Santa Bárbara, y remitidas por ese tribunal.

A fojas 74 y 79 se decretaron medidas para mejor resolver, que se cumplieren a fojas 75, 76; a fojas 80, a fojas 88 y a fojas 91.

A fojas 73 se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1°. Que por mandato constitucional el objetivo del recurso de amparo es velar y lograr el cumplimiento de las normas establecidas en la ley sobre libertad individual, citando al respecto el artículo 21 de la C. P. de la República, en cuyo inciso 2° hace extensivo el recurso, no sólo a las personas arrestadas, detenidas o presas con infracción de ley, sino que también a *"toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra privación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual"*.

En la especie se está impugnando un decreto de expulsión, de manera que deberá analizarse si ha emanado de una autoridad con facultad suficiente y si ha sido expedido en los casos autorizados por la ley.

2° Que la lectura del decreto revela que la causa de la expulsión se la hace radicar en haber participado los amparados en *"una manifestación pública no autorizada, infringiendo con esto lo señalado en el artículo 26 N° 1 en relación con el artículo 30* del *"Reglamento de extranjeros"* y que *"se trata de extranjeros cuya estadía resulta negativa e inconveniente para el país"*, según se dice en dicho decreto.

El informe evacuado a fojas 11 por el Intendente Regional permite afirmar que ese fundamento se obtuvo de *"partes policiales"* que daban cuenta de participación de los afectados en manifestaciones en la localidad de Ralco, que alteraron el orden público y obligaron a la intervención de la autoridad policial.

De acuerdo a esto es indispensable establecer en primer lugar la efectividad de los basamentos fácticos del decreto y cuáles fueron los hechos en que intervinieron los extranjeros expulsados.

3° Que con el mérito del fax N° 52 de 19 febrero pasado, emanado de la Gobernación Provincial de Bío Bío (fs. 75) y dirigido al Ministerio del Interior en conjunto con el informe remitido por la Prefectura de Carabineros de Bío Bío a la Intendencia (fs. 7), se dan por establecidos los siguientes hechos:

a) Que el 18 de febrero del año en curso, alrededor de las 8,30 horas, se formó un grupo de aproximadamente 50 personas en el sector Palmucho Alto del Bío Bío, para protestar por la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco, y con esta finalidad levantaron barricadas valiéndose de troncos, trozos de metro - ruma y piedras, en camino interior de la parcela N° 69, para impedir el acceso a las faenas de cons-

trucción y tránsito de vehículos, en especial de la empresa Besalco que está ejecutando obras en la Hidroeléctrica. Dicha vía se comunica con el camino público a Guayalí y las barricadas estaban como a 170 metros de éste (fojas 8 del legajo en custodia).

b) Que a petición de la empresa constructora, la Gobernación Provincial de Bío Bío, dispuso el envío de Carabineros que en un número de más o menos 40 efectivos se constituyeron en el lugar, y luego de dialogar infructuosamente con personas del grupo, para su dispersión y apertura del camino, iniciaron las labores de despeje siendo repelidos violentamente por los manifestantes que utizaron palos, hondas y piedras, frente a lo cual, Carabineros detuvo a 28 personas, entre éstos, a los recurrentes Patricia Ballestero Vidal y Lee Pope, portadores de permiso de turismo, y luego los dejó en libertad provisoria.

En la incidencia resultaron lesionados nueve detenidos y 8 Carabineros aparte de daños causados al bus que transportaba a los funcionarios.

c) Que tales hechos fueron denunciados por Carabineros al Juzgado de Policía Local de Santa Bárbara (fs. 1 legajo en custodia) quien los remitió por incompetencia al Juzgado de Letras de la Localidad, iniciándose la causa rol N° 2031 por daños y otros, de la cual se obtuvieron las fojas que obran en fotocopia en el legajo custodiado. Además los sucesos se pusieron en conocimiento de la Fiscalía militar, según consta a fojas 91, denunciándose los delitos de maltrato de obra a Carabineros.

d) Que los días 22 y 23 de Febrero, los dos extranjeros fueron interrogados por la Policía de investigaciones de Los Angeles, notificándose de la infracción a los artículos 15 y 84 del Decreto Ley 1094 que se les atribuía (fs. 80, 82, 84, 86).

4°. Que los hechos establecidos no están desvirtuados con los antecedentes del legajo en custodia, apareciendo de todos ellos como indiscutible, la presencia desde un comienzo de los dos amparados en el grupo de pehuenches y no pehuenches que cerraron un camino, con barricadas y portaban carteles y pancartas alusivos al motivo de la protesta e incautados por Carabineros (fs. 15 legajo), habiendo incluso permanecido ambos en ese grupo una vez que se iniciaron las incidencias antes consignadas, tanto es así que Patricia Ballestero se opuso de hecho a la acción de Carabineros cuando detenía a dos mujeres participantes, según propio reconocimiento (fs. 111 legajo).

Los dos amparados han aceptado explícitamente haber estado en el lugar y grupo, Patricia Ballestero para fotografiar la manifestación

y el otro, como observador, todo lo cual sólo puede significar que debe estimárselos partícipes en los sucesos acaecidos, seguramente solidarizando con las reclamaciones pehuenches, pero lo cierto es que los dos integraron físicamente el grupo de manisfestantes, aun cuando Lee Pope en una actitud más pasiva, pero este hecho pierde relevancia ante la innegable realidad de que la sola presencia de los dos extranjeros constituía un estímulo especial en el actuar y propósito del grupo de manifestantes chilenos. Debe agregarse que en la declaración de fs. 82, Patricia Ballestero ha reconocido pertenecer a una organización de apoyo indígena y en cuanto a Lee Pope, a fojas 85 dice que los primeros días de Febrero se contactó con el grupo de amigos del Bío Bío, en Santiago, a través de los cuales se supo de una rogativa en Ralco Lepoy, dirigéndose a ese lugar, donde fue invitado a la manifestación del día 18.

Esta manifestación resulta más clara si se piensa que los extranjeros tuvieron cabal conocimiento desde el inicio que se estaba en presencia de una irregularidad e ilicitud, obstrucción de camino, barricadas, carteles, pancartas, sentir y saber que debió acentuarse con la presencia de Carabineros que quiso disuadir con diálogo a los manifestantes, así que mal podría pretenderse que su conducta es inocente y ajena al comportamiento observado.

5°. Que dado los términos del decreto de expulsión, aparece claro y cierto que los hechos antes concretados, son los que motivaron su dictación.

Ahora bien, en ese acto administrativo se dicen infringidos los artículos 26 N° 1 en relación con el artículo 30 del Reglamento de Extranjería, y dentro de los fundamentos legales, se citan también los artículos 15 N° 1, 65 N° 3 y 84 inciso 2° del Decreto Ley 1094 de 1975.

En el último artículo aludido, se dispone en lo pertinente que la "expulsión de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo, se dispondrá sin más trámite por resolución del Intendente Regional, exenta del trámite de toma de razón".

En el artículo 65 N° 3 se prescribe que *"deben revocarse los permisos de extranjeros que con posterioridad a su ingreso a Chile como turista o al otorgamiento del permiso del que son titulares, realicen actos que queden comprendidos en los números 1 ó 2 del artículo 15 o en el número 3 del artículo 63"*.

Y en lo pertinente del artículo 15 N° 1 se establece que *"se prohíbe el ingreso al país de los extranjeros que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la*

seguridad interior y el orden público del país". Esta norma es idéntica a la del artículo 26 N° 1 del Reglamento de Extranjería.

6°. Que dentro de los ilícitos contrarios al orden público, podemos mencionar el atentado contra la autoridad descrito en el artículo 261 N° 2 del Título VI del Código Penal y su necesaria relación con el artículo 416 del Código de Justicia Militar, y también los delitos contra el orden público tipificados en el Título 3° de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado, en especial su artículo 6 letras a), c) y d).

En la letra a) se dice que *"Cometen delito contra el orden público, los que provocaren desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública".*

En la letra c) se expresa en lo pertinente, que también cometen delito contra el orden público *"los que por cualquier otro medio paralicen, interrumpen o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de actividades industriales, mineras o agrícolas, comerciales, de comunicación, de transporte, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos".*

Por último en la letra d) se sanciona como delito contra el orden público *"los que de hecho o por cualquier medio impidan el libre acceso a caminos u otros bienes de uso público semejante".*

7°. Que de todo lo dicho hasta ahora fluye que los dos extranjeros participaron en una manifestación pública no autorizada, constitutiva de una alteración de orden público, pues aparte de obstruirse e impedirse el tránsito por un camino interior de acceso a las obras de construcción de una Central Hidroeléctrica y comunicado con un camino público, se resistió con actos de violencia la labor de Carabineros, algunos de cuyos miembros fueron objeto de maltrato, llegándose incluso a dañar el bus que transportaba los efectivos policiales.

Dicho accionar atribuible al grupo de protesta, del cual formaban parte los amparados, comporta la ejecución de hechos que presentaban los caracteres de delitos contra el orden público según los artículos precitados, de manera que el Intendente Regional, no ha cometido ninguna ilegalidad al dictar el decreto de expulsión, pues lo hizo en uso de facultades legales (artículo 65 N° 3 y 15 N° 1 del 1094 ó 26 N° 1 del Reglamento de Extranjería).

En relación a esta materia nos permitimos citar la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema el 18 de abril de 1994 y que aparece en la Gaceta Jurídica N° 166, pág. 33, sección civil).

Que la Ley de Extranjería (Dl 1094, D. Oficial de 19 de julio de 1977) concede expresamente al Intendente Regional la facultad de expulsar *"sin más trámite"*, lo que quiere decir sin sujeción a algún procedimiento específico o a la espera de una sentencia judicial, salvo la obligación contemplada en el artículo 82 inciso 2° de tomarse una declaración al infractor por la autoridad policial, lo que en la especie se cumplió con los testimonios de fojas 82 y 86, notificándose incluso en esa oportunidad a los amparados y por personal de la Policía de Investigaciones de la infracción a los artículos 15 y 84 del decreto precitado, según aparece en las actas de fojas 80 y 84, hecho este último que viene a corroborar el oportuno conocimiento que los dos amparados tuvieron de las infracciones atribuidas y de los fundamentos del decreto de expulsión.

9. Que habiéndose cumplido con esta exigencia procedimental e impuesta en un texto legal plenamente vigente, no derogado expresamente, y existiendo antecedentes fácticos enmarcados en normas legales que abonan la decisión del Intendente, no puede sostenerse que su actuar ha sido ilegal, debiendo insistirse que la Ley de Extranjería no requiere de una resolución previa que someta a proceso o condene al extranjero como partícipe en algún delito para poder expulsarlo, pues de lo contrario así lo habría dispuesto, sino que ha radicado en el Intendente Regional, seguramente por razones de Estado, la facultad de decidir sobre tales aspectos, y es lo que se ha hecho con el decreto de expulsión, el que, a la luz de los argumentos consignados a lo largo de este fallo no es ilegal ni arbitrario.

No está de más consignar para mayor ilustración, que el comportamiento de los expulsados se apartó por completo de los objetivos propios del permiso de turismo que poseen, hecho este no discutido, el que conforme al artículo 97 del Reglamento de Extranjería (D.S. N° 597, Ministerio del Interior, D. Oficial 24 de noviembre de 1984), lo es con fines de recreo, deportivos, de salud, de estudios, de gestiones de negocios, familiares, religiosos u otros similares. Por cierto que la conducta asumida por los extranjeros, no se compadece con los propósitos señalados.

Por estas consideraciones, disposiciones legales y de conformidad además a lo prevenido en los artículos 360 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, se desecha el recurso de amparo deducido a fojas 1.

Acordada con el voto disidente en contra del Ministro señor Fidel Henríquez Saavedra que fue de parecer de acoger el recurso de amparo en atención a los siguientes fundamentos:

1°. Que la resolución exenta N° 145 de 23 de Febrero de 1999, que ordena la expulsión de los extranjeros Lee Pope, natural de los estados Unidos de América y Patricia Ballestero Vidal, natural de España, ambos con domicilio temporal en la comuna de Santa Bárbara, tiene como fundamento de facto el haber sido sorprendidas esas personas participando en una manifestación pública no autorizada y, como fundamento de derecho, lo preceptuado en el artículo 15 N° 1 y el inciso 2° del artículo 84 del Decreto Ley 1094, que establece normas sobre extranjeros en Chile, de 19 de julio de 1975 y en el N° 1 del artículo 26 del reglamento de Extranjería N° 597, de 24 de marzo de noviembre de 1984.

2°. Que la resolución 145, formula a los amparados el reproche de haber ejecutado hechos que tipifican los ilícitos descritos en el N° 1 del artículo 15 del D.L. 1094 y repetidos en el N° 1 del artículo 26 de su Reglamento. Sin embargo, el único antecedente que ha tenido en vista la autoridad administrativa para decretar la expulsión de los amparados es el fax N° 52, de 19 de Febrero pasado, emanado del Gobernador Provincial de Bío Bío, en que narra los hechos ocurridos ese día y el parte policial en que ese documento se basa, como aparece de su informe a fojas 11.

3°. Que de esta forma, a juicio disidente, no resulta establecido que los amparados hayan propagado o fomentado doctrinas tendientes a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país, o sus sistemas de gobierno, tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas; ejecutados hechos calificados de delito contra seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país, realizando actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado.

4°. Que la medida de expulsión del país es una especie de extrañamiento y, por lo tanto, una pena, aplicada por la autoridad administrativa; supone, además, la prohibición permanente de regresar al país, porque no tiene límite de duración.

5°. Que el administrador, cuando impone sanciones está ejerciendo una función jurisdiccional y por razón sus actos pueden ser revisados por los Tribunales ordinarios de justicia a través de la acción de amparo.

6°. Que no se dicute la facultad discrecional del Intendente Regional para adoptar medidas tan graves como la expulsión de extranjeros que en ciertos casos, por la gravedad de los hechos, puede justificarse, pero, para que esa discrecionalidad no se transforme en arbitrariedad, es necesario conciliar los intereses de la sociedad con la de los individuos y ello es perfectamente posible aplicando los principios básicos de carácter universal recogidos en nuestra Carta Fundamental, referidos al debido proceso, garantía que se echa de menos en la actuación de la autoridad y que, de haberse observado, pudo permitir a los afectados ser oídos, esbozar alguna defensa y allegar las probanzas conducentes a establecer su inocencia, lo que no ha ocurrido en el caso en análisis. No está de más hacer presente que el D.L. 1094 es anterior a la Constitución Política que nos rige.

7°. Que, por lo expresado, el Ministro Disidente es de opinión de acoger el recurso de amparo deducido en contra del Intendente de la Octava Región del Bío Bío Sr. Martín Zilic Hrepic, y ordenar que se deje sin efecto la medida de expulsión dictada en contra de los amparados Lee Pope y Patricia Ballestero Vidal, mientras no se cumpla con las normas del debido proceso.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del voto de mayoría del Ministro señor Freddy Vásquez Zavala y del de minoría, su autor.

N° 16-99.

FALLO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

Santiago, quince de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Vistos y teniendo únicamente presente:

1°. Que de los antecedentes reunidos en los autos, surge que los hechos a que se refiere este recurso, ocurrieron en la Parcela N° 69 del sector de Palmucho y no tienen, por ende, el carácter de una manifestación realizada en lugar público;

2°. Que tampoco se encuentra acreditado en autos, que los amparados hayan tenido alguna intervención activa y determinante en los referidos sucesos;

Por estos fundamentos y con arreglo a lo previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Autoacordado sobre la materia se REVOCA la resolución apelada de cuatro de marzo en curso, escrita a fojas 98 y en cambio, se decide que se ACOGE el recurso de

amparo deducido a fojas 1 en favor de Patricia Ballestero Vidal y Lee Pope, consecuentemente, se deja sin efecto la resolución exenta N° 145 de 23 de Febrero último, por medio de la cual la autoridad recurrida el señor Intendente de la Región del Bío Bío, dispone la expulsión de las mencionadas personas.

No se expide la orden del artículo 311 del Código de Procedimiento Penal, por no existir mérito para ello.

Se expresa que el Ministro señor Correa y el Abogado Integrante señor Bullemore, no comparten la frase final del fundamento primero que expresa: "y no tienen, por ende, el carácter de una manifestación realizada en lugar público". Lo enmendado "intervención", vale.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Rol N° 738-99.

Corte de Apelaciones de Temuco, cinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Fuentes Arnaud Louis

RECURSO DE AMPARO

LA CORTE

VISTOS:

A fs. 1 comparece Alejandro Navarro Brain, Diputado de la República, domiciliado para estos efectos en M. Bulnes N° 699, oficina 414, Temuco, e interpone recurso de amparo en contra de la resolución exenta N° 059 del 22 de Febrero pasado, del Intendente (S) Isaac Vergara Torres, y en favor del ciudadano francés Arnaud Fuentes, estudiante, por la cual se le expulsa del país, y por ser una resolución arbitraria que afecta la libertad de movilización del afectado.

Que la resolución del Intendente (S) se fundamenta en juicios no comprobados y acreditados como también ser acusado de participar en hechos que alteran el orden público, y el único antecedente fidedigno que obra es el Decreto de la Titular del Juzgado de Letras de Traiguén, que desestimó procesarlo, resolviendo en cambio, su libertad por falta de méritos.

La resolución Exenta debe ser dejada sin efecto por sus propios fundamentos, ya que siendo dictada con fecha 22 de Febrero de 1999,

con la misma data que la Jueza referida declaró la libertad incondicional del ciudadano francés por no haber cometido ningún hecho contrario a la ley.

El amparado es un estudiante que se encontraba en la comunidad de Temulemu realizando una investigación para su tesis.

La resolución impugnada afecta su derecho a la libertad de movilización del artículo 19 Nº 7 de la Constitución Política, habiendo ingresado al país el día 2 de Febrero pasodo con todos los documentos al día, no configurándose en la especie la hipótesis del artículo 128 de Reglamento de Extranjería que faculta al Ejecutivo para expulsar del país a una persona, resultando improcedente el decreto que debe ser dejado sin efecto.

A fs. 4 rola copia de la Resolución Exenta Nº 059 de fecha 22 de Febrero del año en curso, por la cual se dispone la expulsión del territorio de la República de Chile del Extranjero de nacionalidad francesa, don Arnaud Louis Fuentes.

A fs. 6 corre el oficio Nº 70 evacuado por la Prefectura de Carabineros de Malleco dirigido al Gobernador Provincial de Malleco, dando cuenta de los sucesos acaecidos en el Fundo Santa Rosa de Colpi, ubicado en el sector de Temulemu.

A fs. 9 se agrega oficio emanado de la Comisaría Judicial de Investigaciones de Triaguén, informando acerca de la situación del extranjero què indica.

A fs. 12 rola oficio Nº 409 de la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional, indicándose que Arnaud Fuentes, de nacionalidad Francesa, nacido en 1977, soltero, estudiante, turista, pasaporte Nº 53235, ingresó a Chile el 9 de Febrero de 1999, procedente de Argentina, por el A. Merino B., sin que conste su salida.

A fs. 21 rola fax remitido por el Embajador de Francia en Chile, acompañando la documentación que se agrega de fs. 13 a 19.

A fs. 27 Elizabeth Brevis Silva, abogada, en representación del Intendente de la Novena Región, evacua informe señalando que la autoridad respectiva se ha encuadrado dentro de la normalidad legal vigente como lo son el artículo 2º de la ley Nº 19.175, Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional; D.L. 1094 de 1975, del Interior, Ley de Extranjería; DS. 597 de 1984, de Interior, Reglamento de Extranjería, en sus artículos 84 inciso 2º, de aquella Ley, 167 inciso 2º, del Reglamento. Después de relatar los hechos en que habría participado el amparado y que motivaron la dictación de la resolución im-

pugnada, señala la informante que la participación de aquél, que ingresa al país como turista, en actos que alteran gravemente el orden público, se encuadra en las conductas descritas en la Ley, artículos 15 Nº 1 y 17 y 26 Nº 1 y 30 del Reglamento, y constituyen precisamente los actos por los cuales la autoridad recurrida está facultada para disponer, sin más trámites, la expulsión de un extranjero. Agrega que la autoridad ha hecho uso de una atribución que la ley le confiere, cumpliendo con la normativa vigente sobre la materia, así como con su deber de resguardar el orden público y la seguridad de las personas, por lo que no puede calificarse de ilegal o arbitraria y, por lo mismo, no se cumplen los requisitos que el amparo requiere y por lo tanto la resolución que dispuso la expulsión del señor Fuentes se ajusta plenamente a derecho, no constituye un acto ilegal y arbitrario que lesione la garantía constitucional del artículo 19 Nº 7 de la Constitución Política de la República, y en consecuencia, el recurso de amparo interpuesto debe ser rechazado.

A fs. 34 corre informe evacuado por el señor Embajador de Francia en Chile, dando cuenta que se conversó con el Director de la Facultad donde estudia el amparado quien le señaló que aquél tiene fama de ser un estudiante muy serio, dedicado a sus estudios, de carácter equilibrado y tranquilo, y que lo beneficia una beca del Estado Francés que se otorga cumplidas algunas exigencias especiales.

A fs. 36 corre un certificado emitido por el profesor Jean Michel Hoerner, Presidente de la Facultad de Perpignan (Francia), señalando que Arnaud Fuentes está matriculado en su establecimiento, como estudiante de cuarto nivel del Departamento de Estudios Hispánicos y que está desarrollando investigaciones sobre la etnia mapuche chilena, con el fin de compararla más tarde en el marco de una tesis doctoral, con los melanesios de Nueva Caledonia.

A fs. 37 informa doña María Angélica Haltenhoff, Jueza Subrogante del Juzgado de Letras de Traiguén, indicando que el día 20 de Febrero del año en curso, mediante parte de la Comisaría de Carabineros de Traiguén, fueron puestos a disposición de ese tribunal 15 indígenas por los delitos de porte y tenencia ilegal de armas de fuego, maltrato de obra a carabineros de servicio, con resultado de lesiones graves, menos graves y leves, desacato judicial, hurto de maderas, lesiones leves a perros policiales e incendio forestal provocado, entre ellos Arnaud Louis Fuentes, estudiante de la Universidad de Perpignan, Letras y Civilización de Francia, domiciliado en Residence Marisol, Block o appt., 1, D. 316, 18 Avenida Alfredo 66100 Perpignan, Francia.

Agrega la Magistrada que el detenido prestó declaración manifestando haber llegado a Chile el día 9 de Febrero del año en curso, pues se encontraba haciendo su memoria de la cultura mapuche, dirigiéndose para tal efecto a tales comunidades, siendo invitado a la comunidad, llegando allí el día 18 de Febrero y que fue detenido por Carabineros el día 19 y que fue puesto en libertad por falta de méritos el día 20 de ese mismo mes.

A fs. 39 se trajeron los autos en relación

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1° Que de acuerdo con la Constitución Política de la República el objetivo del recurso de amparo es velar y hacer cumplir las normas que establece la ley sobre la libertad personal, como así lo dispone el artículo 21, cuyo inciso 2° se hace extensivo, también a toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.

2°. Que mediante el recurso de amparo preventivo interpuesto en favor del ciudadano Francés Arnaud Louis Fuentes, se impugna un decreto dictado por el Intendente Subrogante de la IX Región de la Araucanía, contenido en la Resolución Exenta N° 059 del 22 de Febrero del año en curso, por medio de la cual se ordena la expulsión de aquel ciudadano del Territorio de la República, teniendo como fundamento de hecho que habría infringido las normas de Extranjería al haber participado en acciones graves y violentas, alterando el orden público y obstruyendo el cumplimiento de una orden judicial, hechos ocurridos el 19 de febrero retropróximo, en comuna de Traiguén, siendo los fundamentos de Derecho lo preceptuado en el artículo 15 N° 1 y el inciso 2° del artículo 84 del Decreto Ley 1094, que establece normas sobre extranjeros, y en el N° 1 del artículo 26 del Reglamento de Extranjería N° 597 del 24 de noviembre de 1984.

3°. Que es preciso estudiar, de acuerdo con el mérito de los antecedentes acompañados al recurso, si los hechos en que funda la autoridad recurrida su resolución son atinentes y guardan relación con la gravedad de su decisión.

Así, la Prefectura de Carabineros de Malleco da cuenta al Gobernador de esa provincia que el día 19 de Febrero de 1999, a las 03,30 horas, Carabineros de esa Prefectura, dando cumplimiento a una orden de incautación de madera talada por la comunidad mapuche Antonio

Ñirripil, concurrieron al fundo Santa Rosa Colpi, ubicado en el sector Temulemu, a 26 kilómetros al Sur Poniente de Traiguén, orden emitida por el Juzgado del Crimen de esa ciudad, deteniéndose en el lugar a 7 mapuches, y al ciudadano francés Arnaud Fuentes, "quien portaba una escopeta hechiza", conjuntamente con Germán Trinamil Coronado, el que también portaba una escopeta de fábrica con serie y número ilegibles, sin inscripción, personas éstas que custodiaban un aserradero clandestino en el lugar y madera talada.

Que posteriormente, una vez que los camiones de la empresa Forestal Mininco comenzaban las faenas de retiro de la madera talada llegaron más o menos 100 mapuches liderados por Pascual Pichun Huentelao oponiendo tenaz resistencia al mandato judicial, lanzando palos, piedras, mediante el uso de boleadoras y objetos contundentes, deteniéndose a otro grupo de mapuches, resultando algunos de ellos heridos como asimismo el personal policial. Se incautaron 200 metros cúbicos de madera aserrada y 80 metros ruma y la totalidad del aserradero portátil clandestino.

4°. Que, por otro lado, también aparece de las probanzas aportadas al recurso que el amparado ingresó al país el día 9 de febrero de 1999, procedente de Argentina, con visa de turista y con su documentación al día, que se trata de un estudiante de la universidad de Perpignan que desarrolla una investigación sobre la etnia mapuche chilena, con el fin de compararla, más tarde, en el marco de una tesis doctoral, con los melanesios de Nueva Caledonia, territorio francés del que procede el señor Fuentes (documento de fs. 36); que el señor Embajador de Francia en Chile refiere haber conversado telefónicamente con el Director de la Facultad donde estudia el amparado, siendo informado de que se trata de una persona que tiene fama de ser estudiante serio, muy dedicado a sus estudios, de carácter equilibrado y tranquilo, y que goza de una beca del Estado Francés que es otorgado previo cumplimiento de requisitos especiales, agregando este Embajador que la situación que vive actualmente el señor Fuentes lo obligaría a abandonar sus estudios para los que ya había realizado investigaciones y que debía proseguir más allá de su muestre, en vista de un doctorado de estudio comparativos sobre etnias mapuche y melanesia, puesto que nació en Nueva Caledonia, lo que explica su interés peculiar por las etnias indígenas (documentos de fs. 34).

5°. Que también es necesario analizar las disposiciones legales en las cuales se funda la resolución reclamada.

El *art. del Dl 10994* señala que se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 1: *"Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado"*. Conceptos que son reiterados en el numeral 1° del artículo 26 del DS N° 597, Reglamento de Extranjería.

6°. Que armonizados los hechos imputados al amparado con lo preceptuado en las disposiciones legales referidas, no resulta debidamente acreditado que el amparado haya incurrido en alguna de las conductas establecidas en la ley ni que hubiese sido sorprendido portando un arma de fuego, ni haber estado custodiando el aserradero portátil incautado, y, por el contrario, hay elementos de juicio suficientes para darle credibilidad a su exposición que hace fs. 13, 14 y 15 de autos y que es un estudiante universitario que investiga o reúne antecedentes relacionados con la etnia mapuche para su tesis predoctoral en la Universidad de Perpignan, en Francia.

Aquella actividad estudiantil, acreditada debidamente a juicio de los sentenciadores de mayoría, se encuentra protegida en el artículo 87 del DS. 597 tantas veces aludido, que señala que tendrán la calidad de turistas los extranjeros que ingresen al país con fines de recreo, deportivos, de salud, de estudios y otras.

7°. Que el funcionario recurrido en su informe invoca, además, para justificar la legalidad de su decreto, lo prevenido en el artículo 84, inciso 2° del D.L. 1094 y 167 inciso 2° del Reglamento que establecen la atribución del Intendente Regional para disponer la expulsión del país sin más trámite y exenta del trámite de toma de razón, de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo.

Sin embargo, el artículo 19 N° 3, inciso 4° de la Constitución Política de la República, señala que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento.

Es evidente que la medida de expulsión del país de un ciudadano constituye una pena o sanción para la conducta que se le reprocha,

aplicada, en este caso, por una autoridad de ámbito administrativo del país.

8°. Que analizando el precepto Constitucional referido en el motivo precedente, es preciso dejar claramente establecido que se trata de una disposición legal aplicable a *"cualquier autoridad que ejerza jurisdicción, o sea, que debe cumplir funciones o ejercer atribuciones que afecten derechos de las personas"* y que por sentencia debemos entender, asimismo, *"cualquier resolución que una vez dictada afecte derechos constitucionales o legales"*.

Además, cuando una autoridad adminsitrativa dicta una resolución que afecta derechos de una persona, ejerce una función o un "deber" impuesto por la ley, y ese acto puede ser revisado, por los recursos legales pertinentes, por la autoridad judicial sin que ello signifique un atropello a las facultades de esa autoridad administrativa.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la resolución administrativa que afecte derechos constitucionales o legales debe ser producto de un juicio previo o un debido proceso, y que en caso contrario esa resolución puede ser dejada sin efecto por la autoridad judicial como garante de la protección de la Carta Fundamental o la ley le otorga al ciudadano.

Y por último, las disposiciones legales del D.L. 1094 son anteriores a la Constitución Política de la República.

9°. Que por lo expuesto en los razonamientos precedentes el recurso de amparo preventivo deducido a fojas 1 será acogido.

Por estas consideraciones, disposiciones legales, citas y de acuerdo, además con lo establecido en los artículos 306 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, SE ACOGE el recurso de amparo deducido a fojas 1 por don Alejandro Navarro Brain en favor del ciudadano francés *Arnaud Louis Fuentes* dejándose, en consecuencia, sin efecto la resolución exenta N° 059 del 22 de febrero de 1999, citada por el señor Intendente (s) de la IX Región de la Araucanía, Isaac Vergara Torres, y por la cual se dispone la expulsión del territorio de la República de Chile del nombrado ciudadano francés.

Acordada, contra el voto del Ministro, señor Archivaldo Loyola López, quien atendido el mérito de los antecedente, documentos acompañados estima que la Resolución Exenta que se ha impugnado por la vía de este recurso de Amparo fue dictada por autoridad facultada para ello, dentro de la órbita de su competencia y en los casos en que la ley lo permite, existiendo mérito suficiente para ello y estuvo en consecuen-

cia, por rechazar el recurso de amparo preventivo deducido a fs. 1 en favor de don Arnaud Louis Fuentes.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro, señor Julio César Grandón Castro, Presidente de la Primera Sala.

No firma el Ministro señor Archivaldo Loyola López, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse con permiso.

Rol Nº 2052-99.

FALLO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

Santiago, dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS:

SE CONFIRMA la sentencia apelada de cinco del actual, escrita de foja 40 a 45.

Regístrese y archívese.

Rol 759-99.

COMENTARIOS

1º. Estas sentencias, aunque con distintas consideraciones son importantes de analizar en un mundo que está entrando al siglo XXI y en que el movimiento de personas entre los distintos países es de una importancia colosal, así como el crecimiento inusitado de los medios de transporte.

2º. Expulsar a un extranjero, sin duda que constituye un hecho de mucha gravedad, máxime que no se está en presencia de delincuentes terroristas, traficantes de drogas u otros delitos de significación y contenido internacional.

3º. Una de las primeras observaciones que es posible formular al fallo de la I.C. de Concepción es la total ausencia de razonamientos y argumentaciones a nivel Constitucional y los consiguientes Tratados Internacionales sobre la materia.

D.L. 1094 DE 1975 (*"Establece normas sobre los extranjeros en Chile"*).

4°. En efecto, la fundamentación jurídica para rechazar el reclamo sólo se refiere al D.L. 1094 de 1975 y a su reglamento que es de 1984, y con algunas modificaciones.

5°. Los textos legales invocados de este D.L. y que se refieren a materias de expulsión de extranjeros son los sgtes.:

a) En primer lugar, tenemos el *Art. 15 del D.L. 1094,* normas importantes, ya que nos señala los impedimentos de ingreso al Territorio de un país. Nos indica que:

"Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros:

1. Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado;

2. Los que se dediquen al comercio o tráfico de drogas o armas, o contrabando, a la trata de blancas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres;

3. Los condenados o actuales procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de crímenes y los prófugos de la justicia por delitos no políticos.

b) Partiendo de la base de que toda persona, sea nacional o extranjera puede entrar y salir libremente del territorio de un Estado, lógicamente, como es de suponer, ello tiene algunas limitaciones. Por ello es que el *Art. 16* del citado D.L., prescribe que: *"Podrá impedirse el ingreso al territorio nacional de los siguientes extranjeros:*

1. Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de simples delitos;

2. Los que hayan salido de Chile por disposición del Gobierno, y no estén comprendidos en el N° 6 del artículo anterior.

3. Los expulsados de otro país por autoridad competente;

c) Cabe destacar, que la mayoría de extranjeros que ingresan al territorio de un Estado, lo hace no con la finalidad de adquirir residencia o de permanencia definitiva sino que en calidad de *"turista"*. Es por ello, que este D.L. ha definido lo que debe entenderse por tal en su *artículo 44 inc. 1°,* el cual dispone que:

"*Considéranse* turistas, *los extranjeros que ingresen al país con fines de recreo, deportivos, de salud, de estudios, de gestión de negocios, familiares, religiosos u otros similares, sin propósito de inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas.*

d) Como ya se ha señalado, la entrada a un Estado está afecta a algunas limitaciones y formalidades que deben observarse so pena de no ser permitido su ingreso o reingreso al mismo. Es así como en el *Art. 63,* se estatuyen las solicitudes que deben rechazarse. Indica que:

"Deben rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios:

1. Los que ingresen a Chile, no obstante hallarse comprendidos en alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 15;

2. Los que con motivo de actos realizados o de circunstancias producidas durante su residencia en el país queden comprendidos en los números 1 ó 2 del artículo 15;

e) Cabe resaltar lo señalado en el art. 89 del D.L., que se refiere al recurso de que disponen los extranjeros cuya expulsión hubiese sido dispuesta por decreto supremo, haciendo notar que su interposición ante la Excelentísima Corte Suprema suspende la ejecución de la orden de expulsión. Esta norma señala que:

"El extranjero cuya expulsión hubiere sido dispuesta por decreto supremo, podrá reclamar judicialmente por sí o por medio de algún miembro de su familia, ante la Corte Suprema dentro del plazo de 24 horas, contado desde que hubiere tomado conocimiento de él.

Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte Suprema procediendo breve y sumariamente fallará la reclamación dentro del plazo de 5 días, contado desde su presentación.

La interposición del recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión, y durante su tramitación el extranjero afectado permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen".

PROMULGACION DEL ACTA CONSTITUCIONAL Nº 3

7º. En 1976, o sea un año después de la dictación del decreto ley sobre extranjeros en Chile, se promulga el *Acta Constitucional Nº 3* como fruto de los trabajos de la comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Esto marca un hito en el desarrollo de los derechos fundamentales.

8°. Estimamos conveniente reproducir los *Considerandos y fundamentos de esta Acta Constitucional* en materias relacionadas con estas sentencias:

A.C. N° 3.
DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES
D.L. 1552, 13-9-1976

Considerando:

1. *Que siendo los derechos del hombre anteriores al Estado y su vida en sociedad la razón de ser de todo ordenamiento jurídico, la protección y garantía de los derechos básicos del ser humano constituyen necesariamente el fundamento esencial de toda organización estatal;*

2. *Que la tradición jurídica e histórica chilena ha sido consecuente con estos principios, y ha evidenciado un propósito permanente de perfeccionamiento de los derechos de las personas y de los procedimientos que aseguren su eficaz protección;*

9°. No debemos olvidar que la propia *Acta Constitucional* consagró en esa materia el *nuevo recurso de amparo o habeas corpus,* ampliándolo enormemente.

Por el *artículo 3°* se dijo:

"Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en esta Acta Constitucional o en las leyes, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de que ésta ordene que se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado. Esta magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso y en igual forma podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad y seguridad individual. La Corte de Apelaciones respectiva dictará en tal caso las medidas indicadas en el inciso

anterior que estime conducente para establecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección al afectado".

10°. El *Art. 1° N° 6* del Acta, a su vez, con relación a la *libertad personal,* la estableció en términos casi similares a la C.P. de 1980 que más adelante transcribiremos.

CONSTITUCION POLITICA DE 1980

11°. Siguiendo el orden cronológico la *Constitución de 1980* comienza a regir el *11de marzo de 1981.* Contiene trascendentales normas relativas a esta materia que no podemos dejar de transcribir.

a) En efecto los *artículos 6° y 7°* consagran el *Estado de Derecho,* la *división de poderes* y la *Supremacía Constitucional.*

El *Art. 6°* señala que:

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

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

Por su parte el *Art. 7°* indica:

"Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en 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".

b) Es importante destacar, también, lo dispuesto en el Art. 19 N° 3 inciso 4°, que consagra la igual protección de la ley y el ejercicio de los derechos inherentes a toda persona. Esta norma preceptúa:

La Constitución asegura a todas las personas:

"La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos".

"Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación ra-

cional y justos". O sea, todos los derechos están completamente garantizados, sean las personas nacionales o extranjeras. No cabe la menor duda de este aserto.

c) Por otro lado, en materia de libertad personal y seguridad individual, nuestra Carta señala en el *Art. 19 Nº 7:*

La Constitución asegura a todas las personas:
"El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual".

En consecuencia:

a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;

b) Nadie puede ser privado de su libertad ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;

c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante con el sólo objetivo de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

d) Por otra parte, es bueno recordar que el *Capítulo VI* sobre el *Poder Judicial,* precisa con exactitud sus atribuciones:

"La facultad de conocer *de las causas civiles y criminales,* de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, *pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.*

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los Tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás Tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar".

PLEBISCITO DEL 30 DE JULIO DE 1989. INNUMERABLES REFORMAS A LA CONSTITUCION

12°. Dentro de este contexto, por el plebiscito del *30 de julio de 1989* se reforma la C. P. en 40 materias, más o menos, y una de las más importantes fue la nueva redacción al *Artículo 5°* el que desde esa fecha preceptúa:

"La Soberanía de Chile reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

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".

13°. Es sabido, que existe una gran tendencia doctrinaria y jurisprudencial en orden a señalar que los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos forman parte de la Constitución material y que en consecuencia tendrían la misma categoría jurídica de la Constitución.

14°. Soslayando la discusión académica y judicial con respecto al tema, no es menos cierto que los Tratados Internacionales referentes a las libertades y derechos de los seres humanos han adquirido una preeminencia internacional de grandes proporciones. No otra cosa puede significar la detención del General Pinochet en Londres y los fallos de la Cámara de los Lores (Octubre de 1998 en adelante).

VIGENCIA DEL PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

15°. En abril de 1989, y antes del plebiscito de 30 de julio del mismo año, se promulga y entra en vigencia el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.* Este fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16

de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. Es importante transcribir las sgtes. disposiciones relativas al tema que nos preocupa:

a) En el *Artículo 5°* se consagra el principio de *obligatoriedad del Pacto:*

1. "Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él".

2. "No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentalmente reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de las leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

b) Este Pacto, al igual que el resto de la normativa citada en esta materia, se ha preocupado de regular el tema de la *libertad y seguridad.* Así en el *Art. 9 N° 1* se dice que:

"Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a la detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".

b) A su vez, el *Art. 12,* establece el *derecho de circulación en el territorio de un Estado,* el cual nos señala:

1. "Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia".

2. "toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio".

3. "Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. "Nadie podrá ser arbitrariamente privado del Derecho a entrar en su propio país.

c) Se reconoce el derecho a la libre circulación en el territorio de un Estado y a permanecer en él ya sea como turista, residente temporal o en otra calidad de acuerdo a este Pacto y a la ley del Estado respectivo.

Cuando la permanencia de un extranjero pone en peligro la seguridad nacional y así calificado por la autoridad gubernamental respectiva, el extranjero podrá ser expulsado. Este punto lo trata el *Art. 13,* el cual indica:

"El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; *y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente, o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, hacerse representar con tal fin ante ellas".*

PROMULGACION DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS PACTO SAN JOSE DE COSTA RICA

16° El 5 de enero de 1991 entra en vigencia esta *Convención,* Veamos, ahora, las normas relativas a este tema:

a) Por el *Art. 1°* se establece la:

Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

B) Al igual que en nuestra Constitución Política y que la restante legislación señalada, el Pacto San José de Costa Rica en el *Art. 7* consagra la libertad personal. Este artículo dice que:

Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

BIBLIOTECA

2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*

C) Unido a lo anterior, este Pacto consagra, también, el derecho que tiene toda persona a la circulación y residencia, señalando el *Art. 22:*

Derecho de Circulación y de Residencia

1. *Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.*

2. *Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.*

3. *El ejercicio de los derechos anteriores no pueden ser restringidos sino en virtud de una* ley *en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.*

6. *El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la* ley.

8. *En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad o religión, condición social o de sus opiniones políticas.*

D) No obstante, el reconocimiento de los derechos consagrados en este Pacto una persona puede verse afectada por alguna arbitrariedad, discriminación u otra situación análoga. Es por ello, que esta Convención ha tratado expresamente el tema de la protección judicial. Así el *Art. 25,* establece los recursos procesales de que dispone una persona para lograr restablecer su derecho afectado. Asegura la:

Protección judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o Tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal viola-

ción sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL QUE OPTARON LAS PERSONAS EXPULSADAS POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

17°. Llama la atención que en ambos casos los recurrentes hubieren hecho uso del recurso de amparo establecido en el artículo 21 de la C.P. y no del recurso establecido en el artículo 89 del D.L. 1094 anteriormente transcrito.

Este es un muy buen precedente tanto de la I.C. de Concepción como la de Temuco, con respecto a la procedencia, amplitud y alcances del recurso de amparo preventivo que establece el *inciso final del Art. 21* de la C.P.

18°. Actualmente, el recurso de amparo preventivo es un arma eficacísima y poderosa para resguardar la libertad personal y la seguridad individual, abarcando e incluyendo una multitud de hechos, circunstancias, situaciones que dan mucho mayor protección y eficacia a todo lo relativo a estos derechos.

19°. Dar lectura al antiguo *Artículo 16* la *C.P.* de *1925* y compararla con el actual *Art. 21* de la *C.P.* de *1980* significa concluir de inmediato que estamos ante dos recursos muy diferentes.

20°. El actual amparo preventivo es una gran conquista de la nueva Constitución y un potente reforzamiento de las garantías individuales. Es así como a diferencia de la Constitución de 1925, en la de 1980 se consagró expresamente el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, tutelando de manera más eficaz esta garantía especialmente a través del recurso de amparo preventivo. Todo individuo, por el sólo hecho de ser persona, tiene derecho a vivir en paz, a no ser molestado, ni perturbado en sus actividades cotidianas.

21°. Las situaciones que pueden ser amparadas por el recurso preventivo, comprende por ejemplo, aquellos casos en que el atentado constitucional no necesariamente se encuentra en grado de consumado. Bastará un acto de autoridad o particulares que se aparte de la legalidad vigente, más allá del arresto, detención o prisión ilegítimos a que se refiere el artículo 21 inciso primero y segundo de la Carta, para que la Corte esté en condiciones de restablecer el imperio del derecho.

22°. Si la libertad y la seguridad reconocen excepciones en las cuales es posible limitarlas en su ejercicio, el legislador ha cuidado de normar estas excepciones. Cualquier infracción de procedimiento, arbitrariedad o ilegalidad, es un atentado constitucional. Una citación a declarar a una unidad policial, que no está amparada judicialmente; una actuación ilegal o arbitraria de la Policía que afecte a terceros, puede ser objeto de amparo preventivo.

Bastará una privación, perturbación o amenaza a la libertad o la seguridad, para que el sujeto esté en condiciones de pedir amparo preventivo y en ejercicio de las facultades que el ordenamiento le otorga, la Corte puede adoptar todas las medidas que estime necesarias para restablecer el imperio del derecho, que pueden ir desde oficiar a la persona u organismo para que cese en los actos, hasta revocar autos de procesamiento.

23°. En consecuencia, el amparo preventivo está situado más allá de la frontera que marca el *Art. 21 inc. 1°* de la *Constitución* y desborda ampliamente las situaciones que enumera el *artículo 306* del *Código de Procedimiento Penal.* Asume una fisonomía propia que el intérprete debe descubrir, no sólo del tenor literal del artículo 21 inciso tercero, sino del espíritu de la Carta, que no es otro que servir de protección al individuo frente al Estado y sus semejantes.

24°. No deberá olvidarse que en general las Cortes antiguamente exigían un procesamiento o detención para dar lugar al recurso.

Hoy en día cualquier privación, perturbación o amenaza hace procedente su interposición.

25°. Es mucho mas justo y acorde con una moderna teoría de los derechos humanos la procedencia del amparo en contra de una expulsión del territorio nacional, que el recurso de reclamación ante la Corte Suprema.

Este último tiene un plazo absurdo de 24 horas. No así el amparo.

26°. El amparo se puede interponer en cualquier Corte de Chile, facilitando los costos y la tramitación en favor del afectado. La reclamación sólo se interpone ante la Corte Suprema.

27°. El fallo de 1ª instancia de I.C. de Concepción, sólo se sustenta en el *D.L. 1094 de 1975.* Este D.L. es de dudosa Constitucionalidad y me atrevo a sostener que está derogado y superado por la frondosa legislación dictada con posterioridad que he transcrito anteriormente.

En efecto desde las Actas Constitucionales hasta los Tratados Internacionales, se ha demostrado hasta la saciedad que la libertad personal, la seguridad individual y el amplio derecho de los extranjeros a la libre circulación en los diferentes países, son actualmente un derecho a nivel internacional.

28°. No hay que olvidar, que el Pacto Int. de D°s Civiles y Políticos, en su artículo 12, señala que es un derecho del extranjero el circular libremente por el país. Ya señalamos, que los derechos del extranjero en este sentido, no pueden ser objeto de restricción, salvo en los casos previstos en la *ley,* y en las condiciones que explica el referido artículo.

Desazón produce el fallo de Patricia Ballestero y Lee Pope, cuando logramos comprobar que los considerandos de la sentencia se remiten numerosas veces al Reglamento de Extranjería.

La sola lectura del Pacto Int. en relación al art. 5° de la C.P. impide aplicar el Reglamento, por cuanto las restricciones sólo pueden estar fundadas en la ley. Los art. 6 y 7 de la C.P., que consagran los principios del Estado de derecho y la legalidad confirman ampliamente nuestro pensamiento.

29°. La misma argumentación la podemos hacer con el Pacto San José de Costa Rica, que en su art. 22 establece que las restricciones al derecho de circulación y residencia, sólo podrán provenir de la ley, y por supuesto no de un reglamento.

30°. Además es bueno volver a insistir, que de acuerdo al art. 13 del Pacto Int. de Derechos Civ. y Pol. y 22 del Pacto San José, ningún Extranjero podrá ser expulsado, sino en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

31°. La xenofobia hoy día es una forma de genocidio, y por ende todo extranjero que ha entrado legalmente a un país y no ejecuta acciones delictuales (por ejemplo drogas, terrorismo, etc.) tiene amplio derecho a permanecer y circular en el territorio respectivo como si fuera nacional del mismo.

32°. Otro aspecto digno de comentarse es el referido a la *"facultad administrativa"* para expulsar, casi sin expresión de causa, al extranjero. Como ya antes se demostró con la cita de diferentes disposiciones, el Intendente Regional puede aplicar administrativamente las disposiciones de la ley de Extranjería.

Estimo que esta disposición no guarda consonancia con la Constitución Política, ni con los pactos internacionales.

Atenta a los artículos *19 N° 3 inc. 4° y 73 de la C.P.*

33°. Es efectivo que el art. 2 de la ley 19.175 O.C. sobre Gobierno y Administración Regional, en su letra g, dispone que:

"Corresponderá al Intendente, en su calidad de representante del Presidente de la República en la región:

g) Aplicar administrativamente las disposiciones de la Ley de Extranjería, pudiendo disponer la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, en los casos y con arreglo a las formas previstas en ella;

Sin embargo, como es obvio, y de acuerdo a los artículos 6 y 7 de la C.P. y a las normas del Estado de Derecho que nos rigen, el acto administrativo debe ser valorado conforme al espíritu de la Constitución.

34°. El art. 19 N° 26 de la C.P. consagra lo que se ha denominado en doctrina *"la esencia de los derechos"*.

La disposición señala:

"La Constitución asegura a todas las personas".

"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".

Como puede apreciarse, el sentido de la C.P. y su genuina interpretación, nos están indicando que los preceptos legales (se entiende reglamentos) no pueden afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, etc., que impidan su libre ejercicio.

La autoridad administrativa deberá ceñirse estrictamente a los términos de la Constitución y a los Pactos Internacionales.

Lo demás, es simplemente infringir los derechos en su esencia. Una norma de grado inferior jamás puede estar en contra de una superior como es la C.P.. No es más que el principio normativo de Kelsen consagrado expresamente en el articulado de la C.

35°. En relación a este punto cabe destacar un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 13 de junio de 1985, ha resuelto que *"Legalidad Constitucional significa que se ha de observar el respeto a las normas jerárquicas superiores, de forma que el uso de esa facultad no conduzca a una solución que implique perturbar un derecho o garantía constitucional. En otros términos, debe interpretarse las normas con la debida coherencia para que la conclusión no vulnere un derecho garantizado por la Constitución. Así resulta de aplicar lo dispuesto en los artículos 6° y 7° y en especial el 19 N° 26 de la Carta Fundamental"*.

36°. En un fallo del Tribunal Constitucional, de 24 de febrero de 1987, se dijo en lo pertinente que *"Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica".*

37°. El Derecho Comparado nos ofrece interesantes aplicaciones del principio. Así por ejemplo, el Derecho Alemán y especialmente el *Español.* El *art. 5°* de la Ley Orgánica Constitucional del Poder Judicial dispone que: *"La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".*

38°. Por su parte, cabe mencionar lo dispuesto en el *art. 6°,* el cual dice que: *"Los jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa".*

39°. Y lo preceptuado en el *art. 8* del mismo cuerpo legal, que señala: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

40°. En nuestro derecho, como bien lo ha dicho el Tribunal Constitucional en un fallo, *Rol 33 de 24-09-1985* considerando N° 19: *"Que una interpretación que conlleve a tal conclusión resulta definitivamente inadmisible. La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella".*

41°. O como también, lo ha señalado en el fallo Rol 43 de 24-02-1987, considerando N° 5 que señala: *"Que sin embargo, el verdadero sentido y alcance del precepto antes transcrito fluye con claridad si se tienen presentes dos reglas fundamentales que han inspirado frecuentemente a este Tribunal para conseguir dicho objetivo. La primera 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".*

42°. Importante avance son estas sentencias, ya que dejan claramente establecido el principio de la *legalidad administrativa* y de la *revisión judicial de los actos de la administración,* cuando no se ajustan a las normas constitucionales o legales.

Con estos nuevos precedentes queda claro que los Tribunales de Justicia están revestidos de un derecho para analizar, estudiar e invalidar actos administrativos no ajustados a la ley.

43°. Especial mención merece el voto disidente del Ministro de la I.C. de Concepción, señor Fidel Henríquez, quien estimó que la expulsión del país, era una especie de extrañamiento, con lo cual se da categoría de sanción penal a la expulsión.

Sabido es, que siendo una sanción penal, ella sólo puede ser aplicada mediante debido proceso, cosa que no ocurre cuando se trata de una simple resolución administrativa.

Desgraciadamente, el voto disidente ignora, también, los Pactos Internacionales ya comentados.

44°. La I.C. de Temuco acogió por voto de mayoría el amparo de Arnaud Louis Fuentes, pero lamentablemente, también, ignoró completamente los Pactos Internacionales y normas de la Constitución, básicas y fundamentales, con lo cual, las consideraciones son débiles y no tienen la profundidad y valor que debían habérsele dado, en una materia que reviste tamaña importancia.

45°. No deja de llamar la atención la circunstancia que los Intendentes Regionales, al informar los recursos prácticamente casi negaron la jurisdicción de los Tribunales para conocer de esta materia. Argumentaron que la expulsión se puede hacer sin más trámite y exenta de la *TOMA de RAZON.* No es posible pensar que una autoridad administrativa esté fuera del Control de Constitucionalidad de sus actos.

46°. Finalmente, estimamos oportuno transcribir la opinión de Segundo Linares Quintana, en su obra "Tratado de Interpretación Constitucional", Cap. XIII, pág. 273:

"En la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución Nacional, que si es instrumento de gobierno, también y primordialmente es restricción de poderes en amparo de la libertad individual. La finalidad suprema y última de todas y cada una de las normas de la Constitución es la protección y garantía de la libertad y la dignidad del hombre, la justicia y el bienestar general. Por consecuencia, la interpretación de la Ley Fundamental de la República debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema que inspira e ilumina a

todas y cada una de las cláusulas, como un todo orgánico y sistemático y como parte inescindible del mismo".

Por último, y a pesar de las omisiones, ausencias y faltas de consideraciones de fondo, estimo que estos fallos constituyen un valioso precedente para la defensa de las garantías individuales en nuestra jurisprudencia.

CONSTITUCIONALIDAD DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE TRANSITO DE FOTO-RADAR

JOSE IGNACIO MARTINEZ ESTAY *

I. PRESENTACION

Durante 1999 se ha venido desarrollando una interesante polémica, que incluso ha llegado a nuestros tribunales. Se trata de la discusión acerca de la legitimidad del sistema de control de tránsito de foto-radar, que ha sido adoptado por varias municipalidades del país. El sistema consiste en que mediante aparatos que cuentan con sensores y cámaras fotográficas, pueden detectarse excesos de velocidad u otras infracciones, e identificarse a los vehículos infractores, mediante una fotografía de la patente o matrícula de los mismos. En la mayoría de los casos los aparatos son manejados por particulares, que pertenecen a empresas privadas que actúan como contratistas de los municipios que han adoptado este sistema. Incluso dichas empresas basan sus ganancias en un porcentaje de las multas que recaude la Municipalidad respectiva, por concepto de las infracciones cursadas mediante foto-radar.

Su aplicación ha dado origen a varios recursos de protección, mediante los cuales se ha cuestionado su constitucionalidad y legalidad, sin que hasta la fecha se cuente con una abundante y uniforme jurisprudencia sobre la materia. No cabe duda que nuestro país presenta índices alarmantes en materia de accidentes de tránsito, y que un porcentaje importante de los mismos se produce por fallas humanas, muchas de

---

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Adolfo Ibañez.

ellas ligadas al exceso de velocidad. Por lo mismo, parece indiscutible la necesidad de adoptar medidas destinadas a disminuir estas oscuras y trágicas estadísticas. Sin embargo, no puede pasarse por alto que en un Estado de Derecho el fin no justifica los medios, sino que, por el contrario, resulta indispensable que toda actuación de los poderes públicos se enmarque en los límites que le fija la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, en último término, la esencia del régimen constitucional es la sujeción del poder al Derecho, que es precisamente lo que encarna una Constitución.

En este trabajo se analizará la constitucionalidad del polémico sistema de control de tránsito de foto-radar. Para tal efecto se considerarán dos parámetros fundamentales, que al parecer resultarían afectados debido a la utilización de dicho mecanismo. El primero dice relación con el ejercicio de potestades públicas, y la competencia y condiciones para ejercerlas. El segundo se relaciona con el derecho al debido procedimiento jurídico, y muy especialmente con algunos de sus componentes esenciales, como el derecho a no declarar en contra de uno mismo ni de determinadas personas, la presunción de inocencia y el principio de responsabilidad personal en materia penal e infraccional. En tal sentido, resulta de interés analizar el régimen jurídico de la responsabilidad por infracciones de tránsito, a fin de determinar si, respetando el debido procedimiento jurídico, es posible admitir la responsabilidad objetiva.

II. COMPETENCIA Y CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE POTESTADES PUBLICAS

a) *El Imperio del Derecho y la supremacía de la Constitución*

En palabras de Pereira Menaut, el Estado de Derecho o Imperio del Derecho "es un procedimiento, invento del constitucionalismo, para que el Derecho frene al poder" [1]. Ello supone, la "primacía del Derecho sobre el poder; sujeción de la acción del poder a los límites que le imponga el Derecho, expresados, ordinariamente, por medio de ley formal..." [2]. Pero además, el Estado de Derecho se traduce en la "delimita-

---

1. Pereira Menaut, Antonio Carlos: *Teoría Constitucional*, Santiago, Conosur, 1998, 110.

2. *Ibíd.*, 111.

ción por ley de las competencias y ámbitos de cada órgano de poder, lo que conduce, lógicamente, a la exigencia de legalidad en la actuación de cada uno de esos órganos" [3]. En otros términos, el Imperio del Derecho exige la completa sujeción de los órganos del Estado al Derecho, sin que pueda existir ninguna excusa que justifique que éstos actúen fuera de los límites que le fije aquél.

En el Estado de Derecho el Derecho actúa como límite y freno al poder, y el instrumento en que se plasma este fin es la Constitución. Para tal efecto en ella se crean y establecen órganos, a través de los cuáles actúa el Estado, a los que se fijan atribuciones y competencias, las que siempre deben ser interpretadas en sentido estricto, sin que tengan cabida interpretaciones extensivas de ningún tipo. Y como la Constitución supone un límite al poder, necesariamente ésta debe estar fuera del alcance del mismo, lo que implica la supremacía de la misma, y, en último término, del Derecho. En palabras de Soto Kloss, ello supone que "respecto del término Derecho la primacía la tiene —obviamente— la Constitución" [4]. Así, el Derecho, a través de la Constitución, opera como habilitador de la actuación estatal, y por ende, como legitimador de la misma. De ahí que sin dicha habilitación simplemente no pueda haber actuación, y si la hay, ésta carecerá de reconocimiento jurídico. Por ello toda acción u omisión estatal desarrollada fuera de los límites fijados por el Derecho es ilegítima, y por tanto inconstitucional.

Todas estas ideas han sido plasmadas de manera expresa en nuestra Constitución, en sus artículos 6 y 7. El primero de estos preceptos señala que "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella" (inciso primero). Por su parte el segundo dispone que "los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley (inciso primero). Y añade que "ninguna magistratura, 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 las leyes" (inciso segundo). Por consiguiente, ambos artículos encarnan los supuestos básicos de todo siste-

---

3. Ibid.

4. Soto Kloss, Eduardo: *Derecho administrativo. Bases Fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, Vol. II, 23.

ma constitucional, a saber, el Imperio del Derecho y la supremacía de la Constitución [5].

b) *Imposibilidad de delegar competencias y funciones encomendadas por la Constitución y las leyes*

Como se ha dicho antes, en el Estado de Derecho la Constitución actúa como habilitadora de la actuación de los órganos estatales, para lo cual les fija su ámbito competencial y de atribuciones. Eso es precisamente lo que disponen los artículos 6 y 7 de la Constitución. Pero dichas competencias y atribuciones no pueden ser ejercidas de cualquier forma, sino sólo de acuerdo a lo establecido por la Constitución y las leyes (artículo 7). Entre otras cosas ello se traduce en que las facultades que competen a cada órgano del Estado, sólo pueden ser ejercidas por aquél al que le ha sido reconocida la facultad o competencia de que se trate, sin que la pueda delegar, a menos que la Constitución o las leyes lo autoricen [6].

Es obvio que si está vedado que un órgano estatal delegue atribuciones y competencias en otro órgano estatal, con mayor razón le estará vedado hacerlo respecto de un particular. Todo esto es consecuencia de un principio fundamental en Derecho Público, en virtud del cual la interpretación de las normas atributivas de facultades y competencias a órganos públicos, deben siempre interpretarse de manera estricta. Ello se traduce por ejemplo en la absoluta imposibilidad de darles un

---

5. Para referirse a ambas cualidades de la Constitución, el profesor Soto Kloss ha acuñado la expresión "principio de juridicidad", que significa "la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar". *Ibid.*, 24. Obviamente el principio supone no sólo la sujeción del poder a la Constitución, sino que también a las normas dictadas conforme a ella. En tal sentido, Soto Kloss advierte que con relación al Estado y sus órganos, el Derecho no es sólo un "límite de su actuación..., sino que además es la condición de su existencia, de su ser y de su obrar. Fuera del Derecho simplemente no es, ni existe ni obra...". *Ibid.* 27.

6. El profesor Silva Bascuñán señala a este respecto que "es inevitable entender que la Constitución prohíba la delegación de las funciones que ella confía, puesto que si se autoriza, se alteraría la distribución de competencias cuya determinación representa la finalidad sustancial de su preceptiva, ya que 'delegar' es 'dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio para que haga sus veces o conferirle su representación' ". Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 2ª ed., Tomo IV, 149.

sentido extensivo a dichas normas [7], bajo ningún pretexto o razón. Y es que una vez más el fin no justifica los medios. De ahí que por mucho que la inspiración que mueva la actuación de los órganos del Estado sea el bien común y los intereses generales de la comunidad, los actos que ejecute deban realizarse de acuerdo a la Constitución y las leyes.

c) *Consecuencias de la infracción al Imperio del Derecho y a la supremacía de la Constitución*

Como se comprenderá, cualquier acto de un órgano estatal que se realice fuera de los límites, atribuciones y ámbitos competenciales fijados por la Constitución, es inconstitucional, y por ende ilegítimo, por ser contrario a Derecho. Una actuación de este tipo supone un atentado al Imperio del Derecho y a la supremacía de la Constitución, y en nuestro sistema constitucional aquello acarrea la nulidad de dicho acto. Según el artículo 7, la infracción al marco competencial y de atribuciones fijado por esta norma "es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale" (inciso tercero). Dicha nulidad ha pasado a ser conocida con el nombre de "nulidad de derecho público", la que constituye la específica consecuencia que acarrea una actuación estatal contraria a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ésta.

Sin embargo, dicha nulidad tiene caracteres especiales, distintos de los que reviste esta institución en otros ámbitos jurídicos, en especial en el Derecho Civil. Ello es consecuencia directa del hecho de que los actos de los órganos del Estado existen y tienen valor jurídico sólo porque el Derecho, a través de la Constitución, ha creado dichos órganos, les ha dotado de ciertas atribuciones y competencias, y les ha señalado la forma en que deben ejercerlas. Por eso opera *ipso iure,* es insanable e imprescriptible [8]. Todos estos caracteres son consecuencia directa del hecho de que los órganos estatales creados por la Constitución, sólo pueden desarrollar su actividad de acuerdo a la habilitación que ésta les da, la que supone el estricto apego, en la forma y en el fondo, a las normas constitucionales y legales que señalan sus atribuciones y compe-

---

7. A diferencia de lo que ocurre con los derechos y libertades, ya que las normas relativas a éstos deben ser interpretadas de manera extensiva cuando se trata de aplicarlas frente al Estado.

8. *Ibid.,* 173.

tencias. Esto es manifestación de "uno de los postulados definitorios del derecho público: el de que la autoridad sólo puede hacer aquello para lo cual se halla expresamente facultada" [9]. Así, los actos de estos órganos sólo nacerán a la vida del Derecho si cumplen con dichas exigencias, y en caso contrario simplemente no existirán desde el punto de vista jurídico.

d) *Régimen de competencias en materia de control del cumplimiento de las normas de tránsito*

La normativa básica que rige la circulación de vehículos está contenida en la Ley 18.290 [10], cuyo artículo 4 dispone expresamente que "Carabineros de Chile y los Inspectores Fiscales y Municipales serán los encargados de supervigilar el cumplimiento de las disposiciones a que se refiere la presente ley, sus reglamentos y las de transporte y tránsito terrestre que dicte el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones o las Municipalidades, debiendo denunciar, al Juzgado que corresponda, las infracciones o contravenciones que se cometan".

La claridad de la norma es evidente. Según ésta sólo Carabineros de Chile, los Inspectores Fiscales y los Inspectores Municipales están facultados para supervigilar el cumplimiento de las normas de tránsito. Nótese que la norma no contiene ninguna excepción o autorización para que esas facultades puedan ser delegadas o compartidas con otros organismos, funcionarios o personas. Y como este precepto es una norma atributiva de competencias, debe ser interpretada de manera estricta. Así las cosas, no cabe ninguna duda que ni las Municipalidades ni ningún otro órgano estatal, pueden encomendar el control de dichas normas a funcionarios o personas distintas de las que expresamente contempla el artículo 4.

Por ello no es posible que la función a que se refiere el artículo 4 de la Ley 18.290 sea encomendada a particulares, sea que actúen como colaboradores, contratistas o a cualquier otro título. Nada puede justificar que las Municipalidades encomienden a privados la realización de tareas que sólo pueden y deben ser asumidas por el personal al que ex-

---

9. Silva Bascuñán: *op. cit.*, Tomo IV, 148.

10. Diario Oficial de 7 de febrero de 1984.

presamente alude la ley, o sea, Carabineros de Chile e Inspectores Fiscales y Municipales. Ninguna buena intención puede servir de excusa para violar la Constitución y la ley, pues, como se dijo al comienzo de este trabajo, en un sistema constitucional el fin no justifica los medios. Muy por el contrario, cualquiera que sea la actividad que pretenda llevar a cabo un órgano del Estado, ésta sólo podrá llevarla a efecto de acuerdo a los procedimientos y mecanismos contemplados en la Constitución y las leyes.

Por todo ello, parece evidente que si un municipio pretende implementar un sistema de control de tránsito para su comuna, éste deberá ser operado y manejado por quienes están facultados para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito. De ahí la absoluta inconstitucionalidad de las medidas de control en que actualmente intervienen particulares, como es el caso de las foto-radar. Es más, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 de nuestra Constitución, la denuncia de una infracción de tránsito basada en foto-radar operado de la forma que se ha señalado, es nula de nulidad de derecho público.

Esto sin perjuicio de que resulta dudoso que detrás de la adopción de este mecanismo se escondan fines meramente altruistas, de protección de la vida, integridad y propiedad de las personas. Y es que la mayor parte de las empresas a cargo de la operación de los aparatos de foto-radar, cobran por sus servicios un porcentaje de las multas resultantes de las infracciones detectadas mediante dichos instrumentos. No hace falta ser muy suspicaz para sospechar de un sistema que, tal como se ha implementado, parece ser un muy buen negocio para los municipios y para las empresas que están a cargo de la operación de los aparatos.

III. DEBIDO PROCEDIMIENTO JURIDICO, PRESUNCION DE INOCENCIA Y RESPONSABILIDAD POR INFRACCIONES DE TRANSITO

a) *Importancia y ámbito de aplicación del derecho fundamental a un debido procedimiento jurídico*

De poco o nada valdrían los derechos y libertades si el Estado pudiese discriminarnos en su ejercicio, o si no pudiésemos obtener su garantía y protección por los jueces. En tal sentido, el principio de igualdad y el debido procedimiento jurídico son complemento indispensa-

ble de todos y cada uno de los demás derechos y libertades. Y tal como ocurre con la igualdad, el debido procedimiento jurídico es un derecho formal, en el sentido que sólo adquiere sentido en relación con otro derecho o libertad: es garantía de otros derechos y libertades. Es decir, no basta con pensar que uno "tiene la justicia de su parte, sino que tendrá que demostrarlo, y para ello habrá de existir un procedimiento que nos garantice nuestro derecho, de naturaleza procedimental —o sea, que no se pronuncia sobre el fondo de la pretensión— a defender aquellos nuestros derechos de naturaleza sustancial —o sea, los que se refieren al fondo o justicia material del caso—" [11].

Como se ve, la importancia de este derecho es inmensa. Y es que, en último término, lo que hace que un derecho sea tal, en sentido jurídico, es su carácter justiciable, su posibilidad de ser invocado ante un juez, a fin de que éste le dé protección. Para tal efecto el juez debe observar una serie de principios, sin los cuales la tutela judicial sería ilusoria: la bilateralidad, la presunción de inocencia, el derecho a probar los dichos, etc.. De ahí la importancia de derechos formales como el principio de igualdad y el debido procedimiento jurídico. Como en el deporte, "antes que ganar la competición, lo primero, es la imparcialidad del árbitro y el respeto a las reglas del juego; si no se cumplen estos objetivos procesales, no vale la pena ni comenzar a luchar por los objetivos sustanciales, los resultados.

Así que de poco serviría que los derechos pudieran invocarse ante los jueces, si no se respetaran los principios mínimos de todo proceso justo" [12].

No cabe duda que sin debido procedimiento jurídico no puede haber justicia, y sin justicia, no hay Derecho. Por eso, hoy en día la practica la totalidad de los países occidentales, incluido el nuestro, garantizan y asignan una importancia enorme a la estricta observancia del mismo. En todo caso, ya en Roma se entendió que era indispensable el respeto de algunas reglas mínimas que garantizasen un proceso justo. Producto de ello son una serie de aforismos, que perduran hasta nuestros días, tales como: nadie puede ser juez en su propia causa, nadie puede ser condenado sin ser oído, etc.. En la Edad Media estos prin-

---

11. Pereira Menaut et alii: *Temas de Derecho Constitucional Español,* Santiago de Compostela, Follas Novas, 1996, 266.

12. *Ibid.*

cipios se incorporaron al derecho anglosajón, y se plasmaron en el artículo 39 de la famosísima Carta Magna, otorgada por Juan sin Tierra en 1215. Según dicho artículo "ningún hombre libre será detenido o sometido a prisión, o privado de sus bienes, o puesto fuera de la ley, o exiliado, o de cualquier modo molestado, y no procederemos ni mandaremos proceder contra él sino mediante un juicio regular por sus pares o de acuerdo con la ley del país".

Más tarde, en algunos principios del due process se incorporan a la *Petition of Right* de 1628, y a la *The Act of Settlement,* de 1701. Tanto la Carta Magna como estos otros instrumentos, forman parte de la Constitución británica, y en gran medida están vigentes hasta hoy. Todos estos principios viajaron después al otro lado del Atlántico, donde dan forma a lo que en el derecho norteamericano se conoce como *due process of law.* El 16 de junio de 1776, vio la luz la Declaración de Derechos de Virginia, cuya sección VIII consagró una serie de requisitos y principios propios del debido procedimiento jurídico. Entre otras cosas, dicho precepto proclamó el derecho del acusado a conocer la acusación formulada en su contra, así como sus derechos a rendir prueba y a un juicio imparcial por sus pares. Luego el debido procedimiento jurídico pasa a ser formalmente un derecho constitucional, a través de las Enmiendas V, VI, VII y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo contenido será expuesto más adelante.

En Europa continental, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789, incorporó también los principios constitutivos del debido procedimiento jurídico, en sus artículos 7, 8 y 9. De ahí en adelante, la mayor parte de los textos constitucionales comenzaron a incorporar cláusulas relativas al debido procedimiento jurídico, dentro de los listados de derechos y libertades fundamentales. Es más, durante el siglo XX el debido procedimiento jurídico ha sido recogido también en tratados internacionales sobre derechos humanos. Tal es el caso de los artículos 8 a 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Lo mismo sucedió más tarde en los artículos 5 a 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, y artículos 7 a 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.

En todos estos textos pueden verse algunos de los elementos constitutivos de un debido procedimiento jurídico, y puede comprenderse mejor por qué se dijo que este derecho es de carácter formal. En Chile

la Constitución de 1980 consagra el debido procedimiento jurídico en su artículo, 19 números 3 y 7 letras b, c, e y f, y ya antes lo había hecho la Constitución de 1925. Si bien dichos preceptos tienen especial aplicación en el ámbito judicial, particularmente el penal, el debido procedimiento jurídico resulta exigible a todos los poderes y órganos del Estado. Como lo expresa Cea Egaña, el debido procedimiento jurídico debe ser observado no sólo por los tribunales, sino también "por las autoridades políticas, gubernamentales y administrativas —así como, en su caso, por autorización del Estado y con sujeción a los estatutos respectivos, a los representantes de las corporaciones, fundaciones y asociaciones privadas que gozan de personalidad jurídica— con facultad legal para decidir sobre la conducta o suerte de los bienes de terceros, conociendo y comprobando los hechos, subsumiéndolos en las normas vigentes, interpretándolas y aplicándolas para ordenar, finalmente, la ejecución de lo juzgado" [13].

Es obvio en todo caso que la forma en que debe ser respetado el debido procedimiento jurídico por esos poderes, es distinta en cada uno de ellos. El poder legislativo deberá respetarlo fundamentalmente en las leyes que fijen procedimientos, o que regulen o limiten un derecho fundamental, cuando la Constitución así lo ha autorizado. Por su parte, el poder ejecutivo deberá observarlo en todas las decisiones con las que pueda afectar los derechos de las personas. Y los jueces deberán hacerlo en los casos de que conocen.

b) *Contenido del derecho al debido procedimiento jurídico*

En sí mismo, el debido procedimiento jurídico es un principio general del Derecho [14], compuesto a su vez por una serie de principios de los que emanan derechos. Como se recordará, aquellos principios fueron expresados en forma de aforismos por los romanos, y constituyen verdaderas fórmulas, con plena vigencia hasta nuestros días. Muchos de éstos han sido recogidos de manera expresa por algunos textos constitucionales, y también han sido plasmados en tratados internacio-

---

13. Cea Egaña, José Luis: *Tratado de la Constitución de 1980,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

14. Esparza Leibar, Iñaki: *El principio del proceso debido,* Barcelona, Bosch, 1995, 25.

nales y por los legisladores, sobre todo en las leyes de procedimiento. Pero también es posible encontrar interesantes referencias al debido procedimiento jurídico en la jurisprudencia, y no sólo en la anglosajona, como alguno pudiera deducir de lo dicho hasta aquí. La jurisprudencia de los países de tradición jurídica europea continental, como Chile, también es una rica fuente doctrinaria acerca de los principios que componen el *due process of law*. Es más, nuestra Carta Fundamental contiene preceptos referidos a elementos propios de todo debido procedimiento jurídico, a partir de lo cual nuestra jurisprudencia ha elaborado interesantes criterios.

En concreto, si bien el debido procedimiento jurídico no aparece consagrado de manera expresa en la Constitución, ésta sí consagra una serie de principios que forman parte integrante del mismo, de los que resultan una serie de derechos. Más específicamente, tales principios y derechos están consagrados en el artículo 19 números 3 y 7 letras b), c), e) y f). Pero en lo que toca a este trabajo, sin duda que resultan de especial interés los preceptos del artículo 19 números 3 y 7 letra f). El inciso 61 del número 3 del artículo 19, dispone que la ley no puede presumir de derecho la responsabilidad penal, en lo que constituye una curiosa manera de consagrar la presunción de inocencia, principio básico del derecho al debido procedimiento jurídico. Por su parte la letra f) del número 7 del artículo 19, consagra el derecho del inculpado a no declarar bajo juramento sobre hecho propio, así como el derecho de su cónyuge, ascendientes. descendientes y demás personas que señale la ley, a no declarar en contra del primero.

En todo caso, y parafraseando a la IX enmienda a la Constitución norteamericana, no cabe duda que la enumeración de tales principios y derechos no significa que sean los únicos que formen parte del debido procedimiento jurídico. Es más, una adecuada interpretación de nuestro ordenamiento constitucional, debe considerar lo dispuesto por la parte final del inciso 20 del artículo 5 de nuestra Magna Carta, Según ésta los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover los derechos fundamentales consagrados en la propia Constitución, "así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Entre dichos tratados se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyos artículos 7 al 9 están referidos al debido procedimiento jurídico. Por su importancia para los fines de este trabajo, cabe mencionar lo dispuesto en el artículo 8 número 2 de la Con-

vención, según el cual «toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente,su culpabilidad. Y la letra g) del mismo numeral y artículo, reconoce "el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable".

A continuación se verá si estos derechos resultan amagados como consecuencia de la aplicación del sistema de control de tránsito de foto-radar, como en apariencia parece ocurrir. Para tal efecto se tomará especialmente en consideración la forma práctica en que opera dicho sistema de control, así como la normativa legal bajo cuya virtud podría encontrar algún amparo la sanción del propietario de un vehículo que ha protagonizado una infracción de tránsito.

c) *Debido procedimiento jurídico y control de tránsito de foto-radar. El problema de la presunción de responsabilidad del artículo 175 de la Ley 18.290*

En la práctica, el sistema de foto-radar supone que mediante aparatos dotados de sensores especiales, puede detectarse a aquellos vehículos que infringen la normativa del tránsito (sobre todo en materia de velocidad y señales de tráfico), identificándolos mediante una fotografía en que se consignan las patentes de los mismos. En base a ello las municipalidades averiguan las identidades de los propietarios de los vehículos, requiriendo dichos antecedentes en el Registro de Vehículos Motorizados, para luego citarlos a los Juzgados de Policía Local respectivos. En apariencia nada hay de reprochable en este proceder, máxime si se considera que según el inciso 2° del artículo 175 de la Ley 18.290, "serán imputables al propietario, las contravenciones cometidas por un conductor que no haya sido individualizado, salvo que aquél acredite que el vehículo le fue tomado sin su conocimiento o sin su autorización expresa o tácita".

Sin embargo, si se medita brevemente respecto, de lo anterior, aparecen una serie de interrogantes, que hacen dudar de la constitucionalidad del sistema de control de tránsito por foto-radar, y aun del propio artículo 175 de la Ley 18.290. Y es que si bien la Constitución permite la presunción simplemente legal de la responsabilidad penal (art. 19 N° 3, inc. 6°), no parece ajustarse a la Carta Fundamental la forma en que el mencionado art. 175 de la Ley de Tránsito presume la responsabilidad del propietario. Ello porque al citarse al propietario al Juzga-

do de Policía Local. se le está compeliendo de manera tácita a que confiese si él conducía, o si lo hacía otra persona "sin su conocimiento o sin su autorización". Y como lo más probable es que si él no conducía lo hacía algún miembro de su familia o su cónyuge, se contraría no sólo el derecho constitucional a no declarar en contra de uno mismo, sino también el derecho constitucional a no hacerlo en contra del cónyuge, ascendientes y descendientes (art, 19 Nº 7, letra f).

Pero además, como el artículo 175 de la Ley de Tránsito sólo le permite al propietario del vehículo eximirse de responsabilidad si acredita que éste le fue tomado sin su conocimiento o sin su autorización, se afecta el principio de que la responsabilidad en materia penal e infraccional es personal, y no objetiva. Esto parece no sólo inconstitucional, sino que además injusto y desproporcionado. Ello porque, en último término, el propietario deberá afrontar las consecuencias del actuar imprudente de quien conducía el vehículo con su consentimiento o conocimiento, y de la negligencia de los agentes encargados de supervisar la normativa de tránsito, quienes no pudieron identificar al conductor. Pero ni uno ni otro hecho parecen tener suficiente entidad como para deducir responsabilidad del propietario. Si éste presta o facilita su vehículo a otra persona, no se ve por qué deba responder de las infracciones cometidas por ésta, haya sido o no individualizada. Más aún, si no pudo ser identificado por los agentes encargados de velar por el cumplimiento de las normas de tránsito, no se entiende por qué el propietario deba responder de la incapacidad de éstos y de la Administración.

Por otra parte, se vulnera también el debido procedimiento jurídico porque la denuncia se funda en un sistema no regulado por ninguna norma. Por ello nadie puede hacer fe de que los aparatos utilizados para este fin funcionen adecuadamente. Si a ello se suma el hecho de que estos aparatos son operados por empresas contratistas que obtienen ganancias de acuerdo a las infracciones cursadas, fácil es concluir que el debido procedimiento jurídico se ve seriamente amenazado. Se podrá argumentar diciendo que nada impide impugnar la denuncia y rendir prueba para tal efecto. No obstante, todo el que conoce el funcionamiento de la justicia de Policía Local, sabe que es prácticamente imposible desvirtuar una denuncia por infracción de tránsito. Más de alguno puede haber vivido en carne propia la citación a un Juzgado de Policía Local por una infracción de tránsito, y comprobado con desconcierto que ni siquiera se lleva a cabo la audiencia ante el Juez, ya que la sentencia está preparada de antemano, limitándose un funcionario a comunicar el monto de la multa aplicada.

Pero además, el sistema de control de tránsito de foto-radar se presta para situaciones absurdas, como las denunciadas por un canal de televisión. En Santiago uno de estos aparatos fotografió a todos los vehículos de un cortejo fúnebre, que cruzaron una intersección de calles con luz roja, por lo que todos los propietarios de éstos fueron citados al respectivo Juzgado de Policía Local.

Obviamente el sistema no consideró que en Chile la costumbre ha hecho Derecho la preferencia de paso de los cortejos fúnebres.

IV. ¿ES CONSTITUCIONAL EL SISTEMA DE FOTO-RADAR?

a) A lo largo de este trabajo se han efectuado una serie de reparos de constitucionalidad al sistema de foto-radar aplicado en Chile. El primero deriva del hecho de que éste es operado por regla general por empresas contratistas, lo que vulnera lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución, con relación al artículo 4 de la Ley 18.290. Ello porque las atribuciones y competencias de los órganos públicos deben ejercerse de acuerdo a lo que dispongan la Constitución y las leyes. Y ninguna de éstas autoriza a delegar o compartir con particulares las funciones encomendadas por el art. 4 de la Ley de Tránsito. Sin embargo, el sistema podría pasar este primer examen de constitucionalidad, si fuese operado directamente por quienes tienen encomendada la supervisión del cumplimiento de la normativa de tránsito, o sea, Carabineros, Inspectores Fiscales y Municipales.

b) Pero además, sería necesario que dichos agentes del Estado identificasen al conductor del vehículo, ya sea a través del propio sistema, o mediante la detención de éste inmediatamente después de cometida la infracción, para los efectos de identificar al conductor y citarlo al Juzgado de Policía Local. Ello porque si bien la Constitución permite la presunción simplemente legal de la responsabilidad penal (art. 19 Nº 3, inc. 6º), la forma en que está redactado el art. 175 de la Ley de Tránsito impone tácitamente al propietario la obligación de confesar si él conducía, o si lo hacía otra persona "sin su conocimiento o sin su autorización". Y como lo más probable es que si él no conducía lo hacía su cónyuge o algún ascendiente o descendiente, se contraría tanto su derecho constitucional a no declarar en contra de sí mismo, como el derecho constitucional a no hacerlo en contra del cónyuge, ascendientes y descendientes (art. 19 Nº 7, letra f).

Asimismo, como el artículo 175 de la Ley de Tránsito sólo permite eximirse de responsabilidad si se acredita que el vehículo fue tomado sin el conocimiento o autorización del propietario, se atenta contra el principio de que la responsabilidad en materia penal e infraccional es personal, y no objetiva. Así, se hace afrontar al propietario las consecuencias del actuar imprudente de quien conducía el vehículo con su consentimiento o conocimiento, y de la negligencia de los agentes encargados de supervisar la normativa de tránsito, quienes no pudieron identificar al conductor.

c) Por otra parte, para que el sistema sea plenamente constitucional se hace necesario que éste sea regulado, sobre todo a efectos de establecer normas sobre homologación de los aparatos utilizados para tal efecto. Ello porque el debido procedimiento jurídico exige contar con garantías de que el sistema es fiable e imparcial, por lo que si éste no se ajusta a las normas que lo regulan, siempre será posible impugnarlo por quien resulte afectado por él.

INDICE DEL TOMO I

Página

Autoridades universitarias 7

Comisión Organizadora 7

Comité Editorial 7

Convocatoria 9

Participantes 11

Cronología de Las Jornadas Chilenas de Derecho Público 15

Historia de las Primeras Jornadas Chilenas de Derecho Público 23

Reglamento 25

PRIMERA SECCION:

DISCURSOS Y CLASES INAUGURAL

Palabras del Rector de la Universidad de Valparaíso,
Profesor don JUAN RIQUELME ZUCCHET 31

Palabras del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la
Universidad de Valparaíso, don ANTONIO PEDRALS 35

CLASE INAUGURAL:
"ASOCIACIONES INTERMEDIAS, ESTADO Y BIEN COMUN"

LAUTARO RIOS ALVAREZ:
Asociaciones Intermedias Estado y bien común 39

SEGUNDA SECCION:

COMUNICACIONES RECIBIDAS EN LA I COMISION
DERECHO CONSTITUCIONAL

Página

MIGUEL ANGEL FERNANDEZ GONZALEZ:
Autonomía de los grupos intermedios y determinación de sus propios fines específicos 77

EDUARDO ALDUNATE LIZANA:
Asociaciones Intermedias, Constitución, Estado y Bien Común 101

EDUARDO ANDRADE RIVAS:
Comentarios sobre la colegiación profesional obligatoria y el estatus jurídico de las Asociaciones Gremiales 109

LAUTARO RIOS ALVAREZ:
Las Asociaciones, el Derecho de Asociación y los Colegios Profesionales 141

GERMAN VALENZUELA OLIVARES:
Grupos intermedios del ámbito laboral: Los Sindicatos 159

ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN:
MARIA PIA SILVA GALLINATO:
La globalización del Derecho 169

JOSE LUIS CEA EGAÑA:
Premisas y promesas de la hermenéutica constitucional en Chile 177

HERNAN MOLINA GUAITA:
Alcances críticos a normas sobre funcionamiento del Congreso 189

LUZ BULNES ALDUNATE:
La extensión de la potestad reglamentaria en la Constitución de 1980 203

FRANCISCO ZUÑIGA URBINA:
Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública: Posición constitucional, política y elecciones primarias 207

SALVADOR MOHOR ABUAUAD:
PAULINO VARAS ALFONSO:
Corte Penal Internacional: Evaluación crítica y cuestiones constitucionales .. 231

HUMBERTO NOGUERA ALCALA:
El derecho a la libertad de información sin censura previa en el contexto del ordenamiento jurídico interamericano y chileno 257

Página

ANA MARIA GARCIA BARZELATTO:
Tratado y Ley, plazo para requerir al tribunal constitucional sobre cuestiones de constitucionalidad 281

EMILIO PFEFFER URQUIAGA:
Jerarquía, naturaleza, vigencia y eficacia de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico 289

FERNANDO JIMENEZ LARRAIN:
Las requisiciones en los estados de excepción constitucional 307

CARLOS HANSSON NIETO:
La forma de gobierno de la Constitución Peruana y los problemas de aplicación de la separación de poderes 319

BOGUSLAW BANASZAK:
The local self-government in Poland after the fall of communism 337

JOSE IGNACIO MARTINEZ E.:
MANUEL ANTONIO NUÑEZ P.:
La declaración de admisibilidad en la acción de protección 359

ENRIQUE NÀVARRO BELTRAN:
Marco constitucional del estado empresario: Una concreción del principio de subsidiariedad 367

TEODORO RIBERA NEUMANN:
HERNAN VIGUERA FIGUEROA:
La empresa y su reconocimiento constitucional 387

ALFONSO BANDA VERGARA:
La Ley Nº 19.611 de reforma constitucional: ¿Fin de la discriminación a la mujer? 403

FERNANDO SAENGER GIANONI:
Comentarios a dos sentencias y la dudosa constitucionalidad de las normas vigentes sobre la expulsión de extranjeros 427

JOSE IGNACIO MARTINEZ ESTAY:
Constitucionalidad de los sistemas de control de tránsito de Foto-Radar 461

Universidad de Valparaíso
Chile
00062533

FACU
DE DE
Y CIENCIA

ESCUELA DE DERECHO



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
(C H I L E)