

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2010
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2010

©Ediciones Universidad Diego Portales

Primera edición: junio de 2010

Universidad Diego Portales
Dirección de Extensión y Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono: (56 2) 6762000
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl

ISBN: XXXXXXXXXX

Depósito legal: XXXXXXXX

Editor: Javier Couso
Secretario de redacción: Juan Pablo González
Edición de estilo: Sergio Missana

Diseño: Juan Guillermo Tejeda + TesisDg
Portada: fragmento obra Hernán Gana
Impreso en Chile por Salesianos Impresores

Todos los derechos reservados

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2010
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

PRESENTACIÓN

A lo largo de sus ya casi tres décadas de historia, la Universidad Diego Portales se ha caracterizado por perseverar en su preocupación por los problemas y dilemas que como sociedad hemos ido presentando, particularmente en las esferas de mayor impacto público. Nuestra Facultad de Derecho permanentemente ha colaborado con esa misión, incentivando la acumulación de información, la realización de estudios y la elaboración de propuestas en las áreas más sensibles para la consolidación del estado de derecho y el desarrollo nacional, persiguiendo siempre generar un amplio debate público con independencia crítica.

Sin dudas, una de las áreas que más rápida y sustantivamente ha cambiado en el ámbito de lo jurídico es la del derecho público, tanto el constitucional como el administrativo y el internacional. Y ese proceso vertiginoso de transformaciones no parece que vaya prontamente a cesar.

Nuestra Facultad tiene especiales fortalezas en esta área del derecho. Contamos con un amplio y excelente cuerpo académico, integrado por profesores activamente vinculados con esas mismas transformaciones. Hemos desarrollado una activa labor de investigación y contamos con un prestigioso Centro de Derechos Humanos y, desde este año, formalmente con un Programa de Derecho Constitucional. Es constante aquí nuestra presencia en labores de extensión y en las discusiones académicas y públicas.

La elaboración del primer *Anuario de Derecho Público UDP*, que ahora presentamos, resulta un paso necesario en el trabajo al que antes nos referíamos,

pues con él pretendemos reseñar los principales y más relevantes acontecimientos acaecidos en el área, con rigor académico pero con una aproximación atractiva y asequible para la comunidad jurídica en general. El Anuario no pretende ser neutro sino contener comentarios, incluyendo voces críticas, a los más relevantes desarrollos jurídicos del período, tales como reformas constitucionales y legislativas, tratados internacionales ratificados y disposiciones administrativas aprobadas; sentencias particularmente emblemáticas, ya sean de los tribunales ordinarios o, principalmente, del Constitucional; publicaciones académicas y, en términos más generales, sobre los hechos y la discusión habida en el período en cada uno de los campos del derecho público.

No tengo duda alguna que esta publicación será ansiosamente esperada, año a año, por la comunidad jurídica nacional e internacional.

Juan Enrique Vargas Viancos

Decano

Facultad de Derecho

Universidad Diego Portales

PALABRAS DEL DIRECTOR

El año 2009 fue uno muy especial para quienes cultivamos el derecho público en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Luego de casi tres décadas de trabajo de docencia, investigación y extensión en los ámbitos del derecho constitucional, administrativo e internacional público, finalmente hemos dado el paso de lanzar una publicación, el *Anuario de Derecho Público UDP*, que esperamos sea una contribución útil para la comunidad jurídica nacional.

El *Anuario de Derecho Público UDP* es una publicación académica de carácter anual elaborada por el Programa de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales, que busca dar cuenta de los avances (y retrocesos) del derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho internacional público en el año precedente. Su objetivo es comentar los desarrollos jurídicos más relevantes (reformas constitucionales y legislativas, tratados internacionales, normas administrativas, sentencias especialmente emblemáticas, etc.) ocurridos en el período.

El sentido de este esfuerzo editorial es poner al servicio de la comunidad legal general (académicos, jueces, abogados y estudiantes de derecho) una síntesis analítica de los sucesos más importantes ocurridos durante el año anterior en las referidas especialidades del derecho público nacional. Dada la orientación que le hemos dado al *Anuario*, los autores han hecho un esfuerzo por elaborar sus trabajos en un lenguaje directo y desprovisto de excesivos tecnicismos, de manera de lograr transmitir a la comunidad jurídica (incluso la no especializada) análisis que, manteniendo un alto nivel de rigurosidad y profundidad,

resulten accesibles a todos los operadores legales. Por lo dicho, los diferentes trabajos del volumen que se pone a disposición del lector incluyen material útil para entender el contexto en que se insertan los desarrollos analizados.

El impulso para iniciar esta publicación fue la convicción de que vivimos en una época muy particular para el campo jurídico, caracterizada por la peculiar combinación de la cada vez mayor especialización de cada una de las ramas del derecho con una creciente interrelación entre las mismas. Así, por ejemplo, al mismo tiempo que el derecho constitucional chileno alcanza mayores niveles de sofisticación, se ha vuelto inconcebible estudiarlo sin tener en cuenta ciertos aspectos del derecho internacional y del derecho administrativo. Esto obliga a jueces, abogados y estudiantes a estar permanentemente atentos a variados y complejos desarrollos del campo jurídico que son en ocasiones difíciles de seguir. En este contexto, el equipo editorial del *Anuario* convocó a destacados juristas de nuestra Facultad y de otras importantes instituciones académicas del país a contribuir con sus trabajos a dar cuenta de algunos de los desarrollos más relevantes ocurridos en el derecho público nacional en el año 2009.

El *Anuario* que presentamos al lector consta de cinco secciones. La primera, contiene trabajos que dan cuenta de algunos de los principales hitos ocurridos durante el año pasado en materia de derecho constitucional. La segunda, analiza lo acaecido en materia de derecho administrativo, mientras que la tercera sección cubre el ámbito del derecho internacional público. Adicionalmente, el *Anuario* incluye una sección especial que publica cuatro trabajos inéditos de destacados juristas nacionales presentados durante el año 2009 en los *Coloquios de Justicia Constitucional* que organiza nuestro Programa de Derecho Constitucional. Finalmente, se incluye una última sección en que se reseña y comenta una de las mejores obras de derecho constitucional publicada en el período, el libro *Derechos fundamentales* del profesor Eduardo Aldunate de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Cuando se revisan los trabajos especialmente preparados para el *Anuario* impacta la entidad de los desarrollos que se produjeron durante el 2009. Así, por ejemplo, incluso el observador más atento del derecho nacional puede que se sorprenda al advertir que el año pasado se aprobaron cinco reformas constitucionales, una nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, un importante

convenio que protege los derechos de los pueblos indígenas (Convenio 169 de la OIT) y una ley introducida para superar el impasse producido por la declaración de inconstitucionalidad del decreto supremo que disponía la distribución gratuita de la denominada “píldora del día después”. Asimismo, en el ámbito administrativo, destacan cuestiones como las nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo, el impacto de un importante dictamen de la Contraloría General de la República en las relaciones entre el derecho administrativo y el constitucional, y la forma en que se resolvió el conocido “Caso Campiche”. Finalmente, en el campo del derecho internacional público, se produjeron coyunturas de gran interés para la disciplina, como la forma en que el sistema interamericano procesó el golpe de Honduras o el ingreso de Chile a la OECD, entre otros.

Antes de terminar esta breve presentación del *Anuario de Derecho Público UDP*, quisiéramos dar nuestros sinceros agradecimientos al decano de nuestra Facultad, Juan Enrique Vargas, por su incondicional apoyo a esta iniciativa; al Director de Ediciones Universidad Diego Portales, Matías Rivas, por su excelente trabajo de publicación del *Anuario*; a Sergio Missana, editor de estilo de la presente publicación; al Secretario de Redacción del mismo, Juan Pablo González, por su responsabilidad y persistencia en todo el proceso y a Jorge Correa Sutil, quien fue clave en la formulación de este proyecto editorial. Finalmente, quisiera agradecer muy especialmente a todos y cada uno de los autores de este volumen, que son quienes finalmente hicieron posible esta publicación.

Javier Couso S.

Profesor de Derecho Constitucional

ÍNDICE DE CONTENIDOS

SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

- 1. Pueblos indígenas y participación política en la óptica del Tribunal Constitucional.**
Jorge Contesse y Domingo Lovera.....21
- 2. La Nueva Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional: Encuentros y desencuentros.**
Javier Couso.....38
- 3. El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: El caso de las ISAPRES.**
Alberto Coddou.....55
- 4. Las reformas constitucionales de 2009: ¿Nuevos parches para una Constitución fatigada?.**
Juan Pablo González.....74
- 5. Ejecución de sentencias internacionales sobre derechos humanos en Chile.**
Tábata Santelices y Mayra Feddersen.....92
- 6. La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: Esquema general y regulación del derecho de acceso a la información.**
Tomás Vial.....114

7. Comentario relativo a la sentencia del Tribunal Constitucional referida a la píldora del día después del año 2008.	
<i>Rodolfo Figueroa</i>	144

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La jurisprudencia administrativa en perspectiva: Entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después.	
<i>Luis Cordero</i>	165
2. Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo: Una jurisprudencia interesante, pero inconsistente.	
<i>Juan Carlos Ferrada</i>	189
3. Campiche: La Resolución de Calificación Ambiental es revisable.	
<i>Matías Guilloff</i>	204
4. El traje nuevo del emperador: Una revisión de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia respecto de las empresas públicas.	
<i>Diego Pardow y Rodrigo Vallejo</i>	220
5. La modernización del Ministerio de Defensa Nacional.	
<i>Jorge Correa</i>	244

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. El caso sobre el límite marítimo entre Chile y Perú ante la Corte Internacional de Justicia.	
<i>Álvaro Arévalo</i>	265
2. Hacia mayor seguridad jurídica en la protección regional de los derechos humanos: Las reformas procesales en el Sistema Interamericano.	
<i>Judith Schonsteiner</i>	291

3. Impacto Jurídico del ingreso de Chile a la OCDE.	
<i>José Ignacio Merino</i>	319
4. UNASUR: Nuevo desafío de integración en Suramérica.	
<i>Carlos Crisóstomo</i>	330
5. La Carta Democrática Interamericana con referencias al caso de Honduras.	
<i>Eduardo Vio</i>	343

SECCIÓN COLOQUIOS

1. Neoconstitucionalismo.	
<i>Eduardo Aldunate</i>	361
2. La relación Tribunal Constitucional-tribunales del fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos de la acción.	
<i>Francisco Zúñiga</i>	370
3. El principio de proporcionalidad como parámetro de control de la legislación de interés especial.	
<i>José Francisco García</i>	429
4. ¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales? Crítica a una propuesta inconveniente.	
<i>Sergio Verdugo</i>	449

SECCIÓN RECENSIÓN DE PUBLICACIONES

1. Derechos fundamentales de Eduardo Aldunate.	
<i>Jaime Bassa</i>	481

SECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

PUEBLOS INDÍGENAS Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA ÓPTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Jorge Contesse ¹ y Domingo Lovera ²

Introducción: Cortes, control judicial y participación política

El control judicial de la constitucionalidad de las leyes ha sido fuertemente criticado por Fernando Atria y vigorosamente defendido, entre otros, por Patricio Zapata. De acuerdo al primero, las cortes —quienes jamás han estado del lado de los derechos, razón que hace poco probable que lo estén en el futuro³—, cuando “adjudican” conflictos de principios, como lo son los casos que suelen decidirse en sede de justicia constitucional, invaden la definición de valores cuya determinación debe quedar en manos del proceso político. Los jueces, en esos casos, tienen de jueces solo el rótulo y su papel es, como lo ha sugerido el propio Tribunal Constitucional chileno (en adelante el TC), reemplazar la voluntad del legislador.⁴ El tribunal, por su parte, es también una cuestión solo de rótulos, toda vez que el funcionamiento de la justicia constitucional se asemeja más al de una tercera cámara que al de una corte.⁵ En ese contexto, los “jueces constitucionales” (ahora con comillas), cuando

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2000), Abogado (2002), LL.M. Yale University (2005), profesor de derecho constitucional y director del Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales..

2 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2002), Abogado (2003), LL.M. Columbia University (2007), profesor de derecho, Universidad Diego Portales. Investigador Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

3 Atria, Fernando, “Revisión judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha”, en 70 *Revista Estudios Públicos*, en especial 373-393

4 Atria, Fernando, “Participación y alienación política en Chile”, en 575 *Revista Mensaje*, 9.

5 La función jurisdiccional, así, es una cuestión de *formas* orgánicas que tienen sentido únicamente cuando pretenden hacer probable una *función*. En Atria, Fernando, “La improbabilidad de la jurisdicción”, en 114 *En Foco*, 5-10, disponible en: http://www.expansivaudp.cl/media/en_foco/documentos/14112007100957.pdf.

deciden los casos que se someten a su conocimiento, solo tomarán partido de acuerdo a sus propias preferencias políticas por alguna de las posiciones en desacuerdo⁶, pero no serán jamás un arbitro imparcial que decida conflictos de derecho.⁷

Patricio Zapata, en la vereda opuesta, ha defendido la justicia constitucional. Para él los tribunales constitucionales sí son, en rigor, tribunales. En sus palabras: “[q]ue la tarea de la aplicación de la ley es distinta a la del legislador⁸ (...) [q]ue las reglas que reconocen derechos fundamentales (...) son normas jurídicas susceptibles de interpretación relativamente predecible y razonablemente independiente de las concepciones del juez de turno (...)”⁹ Para Zapata, la justicia constitucional lidia habitualmente con casos comunes y corrientes (“de carácter concreto e instrumental”) que definirían el “auténtico corazón funcional del constitucionalismo.”¹⁰ Finalmente, reconociendo el costo que la justicia constitucional irroga al ideal del autogobierno (“habrá (...) cosas que el pueblo no podrá hacer”), afirma que ésta arroja beneficios que se compensan con esa pérdida. En efecto, insiste Zapata, el valor de la justicia constitucional radica en “su aptitud para asegurar a las distintas minorías (...) las condiciones mínimas de seguridad, libertad e igual consideración a que tiene derecho”¹¹, argumento similar al sostenido por Dworkin para justificar la lectura moral de la Constitución.¹²

6 Atria, Fernando, “Legalismo, derechos y política”, en *Derechos Fundamentales* (2001) 120-4.

7 Que esta es la imagen en la cual uno está pensando al referirse al “tribunal” y al “juez”. Atria, “La Improbabilidad de la jurisdicción” (nota 3) 2. En un sentido similar, Jeremy Waldron ha señalado que “aun cuando los jueces fueran electos [como lo son en algunos estados de los Estados Unidos] la función de las cortes no se realiza, como sí ocurre con la función legislativa, bajo un *ethos* de representación y rendición de cuentas”. Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, en *115 The Yale Journal*, (2006), 1363.

8 Hasta dónde se encuentra, al menos a nivel teórico, de acuerdo con Atria y Waldron (nota 5)

9 Zapata, Patricio, *Justicia constitucional: Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Editorial Jurídica de Chile) 2008, 8-134.

10 *Ibid.*, 46.

11 *Ibid.*, 49. Zapata probablemente no está pensando en las minorías que reclamaron sus derechos en *Dred Scott*, caso en que la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció los derechos de propiedad sobre los esclavos de origen afro descendiente; en las mujeres cuyos derechos sexuales y reproductivos fueron omitidos por el TC en el caso sobre la anticoncepción de emergencia; ni menos, como sugeriremos, en los pueblos indígenas cuyos derechos a la participación fueron leídos por el TC como simples concesiones estatales. Lo que el argumento de Zapata obvia, creemos, es que a nivel de los resultados persiste el desacuerdo, lo que ha llevado a Waldron a plantear la cuestión en términos procedimentales antes que de resultados. Waldron, “The Core of the Case...” (nota 7).

12 La democracia, afirma Dworkin, se justifica en tanto permite la manifestación *calificada* de la voluntad de la mayoría. Esa voluntad es *calificada* en tanto que, para ser democrática, no le basta simplemente con concitar el apoyo de una mayoría, sino que requiere, además, que tenga un resultado que

Atria y Zapata replican un debate común —y persistente— en el derecho comparado.¹³ Sin embargo, tanto los argumentos que miran con fuerte desconfianza la existencia de tribunales constitucionales (porque corremos el riesgo de depositar las decisiones políticas en una cámara sobre la que carecemos de control) como el que alaba su existencia (porque permite satisfacer de mejor manera —en tanto tribunales— las demandas de los grupos minoritarios), obvian la existencia de grupos sociales de la comunidad¹⁴ que, por cuestiones de diseño institucional, desigualdad estructural y persistencia de ciertos patrones culturales,¹⁵ se encuentran marginados del proceso político.

Esa marginación que sufren ciertos grupos sociales los sitúa en condición de alienación legal, esto es —en palabras de Roberto Gargarella— “*la posibilidad de que las vidas de las personas no sólo no estén definidas por normas que ellas han creado sino, más bien, que ellas se relacionen con normas que los ciudadanos tienen razones para rechazar*”.¹⁶ Para esos grupos privados de participación política, las leyes no son manifestación de su propia voluntad, no por razones sustantivas,¹⁷ sino porque para ellos las leyes aparecen como fuerzas externas de cualquier clase en cuya configuración no han tomado parte.¹⁸ Para insistir en clave republicana, y recogiendo las palabras de Viroli: “*el poder de hacer las leyes por nosotros mismos—directamente o por medio de los representantes—es el medio más eficaz (junto con otros) para vivir libres, en el sentido de no estar sujetos*

se concilie con el reconocimiento de la agencia moral de cada uno de los miembros de la comunidad. Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Harvard University Press) 1997, 33.

13 Al respecto, y solo a modo general, véase Ferreres Comella, Vicente, *Justicia Constitucional y Democracia* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 1997; Dworkin, Ronald, *Freedom's Law* (n.9), 1-38; Ackerman, Bruce, *We the People Vol.1 Foundations* (Oxford University Press) 1991, 3-33;

14 En el sentido de asociaciones involuntarias a que alude Walzer, Michael, *Politics and Passion: Toward a more Egalitarian Liberalism*, (Yale University Press) 2004, 1-20.

15 Véase, Young, Iris, *La justicia y la política de la diferencia*, (Ediciones Cátedra – Universidad de Valencia) 2000, 71-113.

16 Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, (Editorial Siglo del Hombre) 2008, 27.

17 Atria ha señalado que uno de los problemas de la justicia constitucional lo representa, justamente, el hecho que las interpretaciones a que se arriba en ella son siempre facciosas en tanto son —generalmente— manifestación de sus propias convicciones. Las leyes, en cambio, pueden reconducirse a un procedimiento común que tiene por objeto definir las normas (igualmente) comunes. En Atria, Fernando, “Seguridad jurídica y derechos Fundamentales: sobre predicibilidad y autogobierno,” en *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales* (Editorial Lexis Nexis) 2006, 7.

18 Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement* (Oxford University Press) 1999, 232.

a la voluntad arbitraria de uno o varios otros individuos.”¹⁹ En esa lógica, hay quienes razonablemente sienten que su libertad no es igual a la de otros que dicen compartir la membresía de un cuerpo político.

En el contexto de ese debate, se ha sugerido una suerte de camino intermedio que nos interesa destacar en este comentario a efectos de evaluar la decisión del TC sobre el Convenio 169 de la OIT. John H. Ely, a comienzo de los 80s, justificó la existencia de la justicia constitucional —una terminología que la escuela norteamericana no utilizaría, sin embargo— sobre la base de jueces que debían, ante todo, evitar definir los *valores* de la comunidad, para dar paso a un escrutinio de los *procedimientos* políticos.²⁰ Permitir a los jueces definir los valores fundamentales de la comunidad implica abrirles la puerta —argumentó Ely— para que en las disposiciones constitucionales se cuele la ideología de los propios jueces; para que éstos reclamen estar decidiendo los casos a la luz de los criterios del derecho natural; para que se justifiquen diciendo que, en verdad, lo que hacen es recurrir a principios naturales de derecho; en fin, para que los jueces argumenten que no son sus convicciones sino los dictados de la razón, el peso de la tradición y el consenso en torno a los valores sociales ampliamente aceptados por nuestra comunidad los que deciden una contienda.²¹

En vez de abocarse a definir los valores fundamentales, sobre la base de cualquiera de las razones recién mencionadas, Ely propuso para los jueces un papel mucho más modesto, pero muy relevante: éstos debían ser los encargados de cuidar que el proceso de participación política se encontrara abierto en condiciones de igualdad a todos los grupos sociales.²² El espacio de definición de los principios constitucionales, en cambio, sería el parlamento, lugar en que los valores substantivos deben ser propiamente identificados, sopesados y definidos en el proceso político.

Una concepción, digamos, *procedimental* de la labor de los tribunales constitucionales permitiría: (i) que el proceso político siga funcionando autóno-

19 Viroli, Maurizio, *Republicanism* (Hill & Wang) 2002, 42-3.

20 Ely, John H., *Democracy and Distrust: Theory of Judicial Review* (Harvard University Press) 1980.

21 *Ibid.*, 43-72.

22 *Ibid.*, 73-77.

mamente, sin correr los riesgos que una corte fije los valores fundamentales (por caso, determinar cuándo comienza la vida) que deben ser recogidos en la legislación; (ii) que los grupos sociales marginados sean tomados en cuenta por el proceso político, honrando su ideal de justicia y elevando el grado de legitimidad de las decisiones que se adopten en su seno; y, finalmente, (iii) gatillar importantes procesos de revisión del propio sistema político, el que evaluará los niveles de inclusión —y como afirmamos acá, consecuentemente, de legitimidad— de sus procedimientos y decisiones.²³

Sostenemos que, bajo esta concepción, el TC desaprovecha una oportunidad para ganar legitimidad por medio de la apertura de espacios de participación para grupos que usualmente quedan marginados de los procesos de toma de decisiones colectivas. Tal cuestión ocurre, entre otras razones, debido a la mala (o a la ausencia de) concepción que el TC tiene respecto de los estándares internacionales que regulan estas materias. En lugar de construir su legitimidad determinando los valores fundamentales de nuestra comunidad política, el TC haría bien en abrazar una empresa menos ambiciosa —aunque no por ello menos complicada— de revisar la legitimidad de las decisiones atendiendo al mérito que la participación política arroja.

El plan es el que sigue. La segunda sección avanza algunas notas sobre participación política que nos servirán, luego, para acercarnos críticamente a la sentencia del TC sobre control de constitucionalidad del Convenio 169.²⁴ Dejamos la tercera sección para ese efecto; con especial énfasis en la forma en que el TC conceptualiza la participación política, identificaremos algunas imprecisiones en los estándares de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos obviados por el Tribunal. Llamaremos la atención, principalmente, sobre el escaso rigor con que el TC se acerca a la interpretación de fuentes del derecho internacional, así como en la insuficiente disposición que exhibe de servir como agente que abra los canales de participación a grupos marginados del proceso político, como ocurre con los pueblos indígenas. Reservamos para el final algunas conclusiones.

23 Estudiamos este mismo modelo para un caso chileno en Contesse, Jorge y Lovera, Domingo, “Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH/SIDA: éxitos sin victoria en Chile”, en *8 Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*.

24 Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1.050, 3 de abril de 2008

¿Qué participación y qué democracia?

Dos de los derechos estructurales sobre los cuales se configura una democracia son el *derecho al auto-gobierno*²⁵ —ese compromiso de la democracia— y el *derecho a participar*.²⁶ En el contexto de democracias republicanas²⁷, el derecho a participar es más que solo votar;²⁸ es el derecho a intervenir y criticar la forma en que el gobierno se comporta y a tomar parte en la configuración de la voluntad popular. No basta, para lo anterior, simplemente con que exista alguna clase de elemento popular en el gobierno, sino que ese elemento popular debe tener un rol crucial y decisivo.²⁹

Solo con una política inclusiva, en la que como pueblo somos invitados a tomar parte (decisiva) de ella, nos auto-gobernamos. Por medio de la participación compartimos, como colectividad, el poder de hacer que las cosas cambien,³⁰ y solo ahí —y así— somos nuestros propios dueños.³¹ Para decirlo con Waldron, mientras ese elemento de participación popular se encuentre ausente, todos quienes son obligados por las leyes, es decir, todos los miembros de una comunidad (sujeta, digamos, a las órdenes de un dictador) tendrán legítimas razones para considerar esas decisiones como fuerzas externas de cualquier tipo,³² pero jamás como sus propias decisiones —la promesa del autogobierno.

Ahora bien, para que ese elemento popular se encuentre satisfecho no basta solo con que no existan trabas externas a la comunidad. Estos derechos estructurales imponen también deberes internos a la misma, entre ellos, el de promover la participación de todos los miembros de la comunidad, como

25 Marks, Susan, *The Riddle of all Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology* 2 (Oxford University Press) 2000, 2 advirtiendo sobre el hecho de que el concepto de democracia no se agota concediendo el poder por medio de elecciones competitivas populares y asegurando un catálogo de derechos.

26 Waldron, *Law and Disagreement*, 232.

27 Artículo 4 de la Constitución Política de la República.

28 Urbinati, Nadia, *Representative Democracy: Principles and Genealogy* (Chicago University Press) 2008, 21-2, 23-37.

29 Waldron (nota 18), 235.

30 *Ibid.*, 236.

31 Berlin, Isaiah, *Liberty* (Oxford University Press) 2001, 178.

32 Waldron, (nota 18), 235.

expresa el artículo 1 de la Constitución chilena.³³ Porque, así como un Estado puede ser esclavo de otro que le impide adoptar sus decisiones internas libremente, grupos sociales de nuestra comunidad se encuentran en condición de subordinación respecto de otros que copan las instancias de decisión políticas.³⁴ Para esos grupos las decisiones que se adoptan excluyéndolos son, también, puras imposiciones de fuerza.

Cuando ocurre lo contrario, es decir, cuando una parte de la comunidad se encuentra excluida (como ocurre en Chile, por ejemplo, con los pueblos indígenas en tanto sujetos de derechos), los que han sido dejados de lado por el proceso político tienen legítimas razones para suponer que las leyes así aprobadas no son sus propias decisiones, perdiendo la libertad y transformándose en esclavos bajo la voluntad arbitraria de otros individuos que, al menos en términos formales, son parte de la misma comunidad.³⁵

Libertad, autogobierno y participación son importantes para entender la forma en que debería funcionar una democracia. Particularmente si se tienen en cuenta, como ha señalado Nadia Urbinati, que el procedimiento de toma de decisiones basado en la regla de la mayoría tiene importancia más que por el gran número de votos que una determinada posición obtiene en ese proceso, por el debate que previamente se ha sostenido en la arena política³⁶ y cuyo punto cúlmine, pero no necesariamente el más relevante, es la votación.

En este mismo sentido, la reglamentación internacional es clarificadora. Y no solo por el hecho de tratarse de normas internacionales a las que hemos soberanamente adherido, sino por los principios que tras ellas se alojan y las motivan. Es decir, los principios que los estados endosan a efecto de entender, a su turno, cómo ellos mismos comprenden el derecho internacional que

33 “Es deber del Estado (...) asegurar el derecho de todas las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

34 Ya señalamos que este “copan” debe entenderse no en un sentido electoral, sino en un sentido institucional, estructural y cultural.

35 Viroli, *Republicanism*, 36.

36 Urbinati, *Representative Democracy* (nota 26), 5 (“El discurso público es uno de los principales rasgos que caracteriza y da valor a la política democrática . . . La presencia por medio de la voz (del discurso), a través de la cual los razonamientos de los ciudadanos se exponen públicamente, define el carácter indirecto de las política democrática tanto cuando los ciudadanos votan las leyes, como cuando votan a sus representantes”).

positivizan. Así, por ejemplo, la Carta Democrática Interamericana³⁷ señala que, si bien “[e]l ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos,” ésta “(. . .) se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía (. . .)”³⁸ En otras palabras, no basta solo con la representación, sino que ella debe ir acompañada de participación.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, señala, en su artículo 25, que todos los ciudadanos gozarán sin discriminación del derecho a “[p]articipar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.”³⁹ Más claro aun, en el sentido que venimos señalando, es la interpretación que el Comité de Derechos Humanos realiza sobre dicho precepto. El Comité señaló, entre otras cosas, que el derecho a participar se encuentra en el centro del gobierno democrático basado en el consentimiento del pueblo.⁴⁰ Desde luego no se trata de un derecho que admite una única interpretación. Es más, se trata de un derecho de implementación progresiva que, pese a las declaraciones del Gobierno de Chile,⁴¹ parece tenernos sin cuidado.

37 Carta Democrática Interamericana, 11 Sep., 2001, disponible en: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm.

38 Artículo 2. El artículo 6, por su parte, dispone que “[l]a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.”

39 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 Mar., 1976, artículo 25°.

40 Human Rights Committee, *General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25)*, 57th sesión, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 12 Jul., 1996, disponible en <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/o/dob7fo23e8d6d9898025651e004bc0eb?Opendocument>.

41 Misión Permanente de Chile ante la OEA, en Organización de Estados Americanos, *Carta Democrática Interamericana: Documentos e Interpretaciones* (OEA) 2003, p. 272 (“Se trata de una declaración que consagra el derecho de los ciudadanos a vivir en un sistema político específico e impone a la autoridad la obligación de mantener vigente ese sistema y *garantizar su perfeccionamiento*.”) (el destacado es nuestro), disponible en: http://www.oas.org/OASpage/esp/Publicaciones/CartaDemocratica_spa.pdf).

¿Por qué “falló” el TC?

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el Convenio 169 de la OIT. La primera vez, en 2000;⁴² la segunda, en 2008.⁴³ Este breve comentario se refiere a la sentencia de 2008, pero resulta ineludible hacer mención a algunos de los aspectos del fallo de comienzo de la década para analizar en clave de participación política la sentencia que declaró la plena compatibilidad entre las normas sobre consulta y participación del Convenio y la Constitución chilena.

En 2008, el TC debió pronunciarse respecto de ciertas partes de los artículos 6 y 7 del Convenio, toda vez que se trata de normas que versan, según lo dispuso el propio Tribunal en 2000, sobre materias de leyes orgánicas constitucionales.⁴⁴ Estas disposiciones, como se ve, se refieren a dos de los derechos más importantes que se han establecido a favor de los pueblos indígenas: el derecho a ser consultados cada vez que se discutan medidas que les puedan afectar directamente y el derecho a participar en las decisiones que también les incumban y puedan interesar.⁴⁵

En agosto de 2000, a pesar que el Convenio no tuvo los votos suficientes para ser aprobado por el Congreso Nacional, el Tribunal despejó algunas

42 Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol No 309, 4 de agosto de 2000.

43 Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol No 1050-08, 3 de abril de 2008.

44 Los enunciados pertinentes que se sometieron a examen del TC son los siguientes. Artículo 6 del Convenio: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Por su parte, el artículo 7, no1 dispone que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.” La sección destacada es la frase sobre la que el TC se pronunció.

45 Respecto de la consulta previa, existen numerosas fuentes de derecho internacional que se refieren a ella, muchas veces generando dispersión normativa y poca claridad en actores institucionales. Una buena sistematización sobre esta materia se puede encontrar en Meghan Morris *et al*, “La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional”, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos: Serie Documentos, U. de los Andes, Bogotá, 2009.

cuestiones de importancia a la hora de determinar el valor normativo de este instrumento internacional que, a partir de septiembre de 2009, es ley de la República. En esa ocasión, los diputados requirentes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de todo el Convenio (y, en subsidio, de algunas disposiciones). No hay espacio acá para analizar el fallo y los argumentos que motivaron a los diputados (de la entonces oposición política) a sostener semejante tesis, pero sí conviene detenerse en algunos puntos que inciden en la manera como, ocho años más tarde, el mismo Tribunal —aunque con una conformación institucional y personal diferente— sostuvo la plena compatibilidad entre el Convenio y la Constitución.⁴⁶

En 2000, el TC realizó la distinción entre las normas programáticas (o “no auto-ejecutables”) presentes en el Convenio, respecto de las cuales se requiere actividad normativa doméstica de implementación, y las normas auto-ejecutables que, como su nombre lo indica, tienen fuerza vinculante sin necesidad de reglamentación ulterior. En la ocasión, el Tribunal señaló de manera expresa que tanto el artículo 6 como el 7, en las secciones pertinentes que son materia de este comentario, eran *auto-ejecutables* y que, por ello, no requieren que el Estado dicte normas de implementación para que surtan efectos jurídicos.⁴⁷

En la sentencia de 2008, llama la atención, primero que todo, la exigua argumentación que el Tribunal despliega. Es cierto, para él no hay tensión entre lo dispuesto por el Convenio y las cláusulas de la Constitución, por lo cual, podría pensarse, no sería tan urgente una argumentación profusa que decante las esferas de acción del Convenio y su relación con el ordenamiento jurídico chileno. Pero ello no es así. Se incorporan normas que afectan, al menos, procedimientos de toma de decisiones colectivas —como lo reconoce el propio Tribunal respecto de los procedimientos de comisiones legislativas— por lo cual sí era esperable que el Tribunal diera luces sobre cómo los órganos del Estado pueden honrar el compromiso de cumplir de buena fe el tratado internacional y ejercer sus competencias. Sin embargo, en lugar de señalar

46 Puede consultarse un análisis sobre la sentencia de 2000 en Carlos Carmona, “Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio No 169, sobre Pueblos Indígenas”, en *Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional*, (Fac. de Derecho Univ. de Chile) 2001.

47 Tribunal Constitucional, sentencia rol 309, cons. 7°, respecto del artículo 6 (“[e]sta norma, a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa”) y considerando 6°, respecto del artículo 7 (“La simple lectura de este precepto es suficiente para estimar que estamos en presencia de una norma autoejecutable como se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactada ...”).

cómo el Convenio *puede* tener aplicación, la sentencia se encarga de enumerar obligaciones que *no* emanan del Convenio. En lugar de mostrar cómo el Convenio puede servir para materializar sus aspiraciones (y las de la propia Constitución, que busca asegurar a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización), en vez de apuntar la ruta constitucional que permitiría expandir las posibilidades de participación y desarrollo de los pueblos indígenas en línea con el derecho internacional, tal como lo hacen otras Cortes Constitucionales que destacan en el mundo, nuestro TC decidió levantar verdaderas rejas normativas.

El Tribunal descarta que la consulta a que se refiere el artículo 6 “*implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece*”, del mismo modo como tampoco puede entenderse la consulta del Convenio como una de tipo vinculante, ya que esta clase de consultas está, dice el TC, expresamente regulada por la Constitución (en los artículos 118 y 128).⁴⁸

En seguida, el TC señala que la consulta —que sobre el derecho de participación, como veremos a continuación, dice prácticamente nada— tiene como fin “*llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, [pero] no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades (...)*”.⁴⁹

Son estos dos considerandos los que fijan, por así decirlo, la posición mayoritaria del Tribunal respecto del sentido y alcance de las normas sobre consulta del Convenio. Lo que destaca es que nunca se explica de dónde arranca la argumentación de nuestro Tribunal: parece estar basada en la Constitución, pues se determina la manera como el Convenio puede operar *desde* los preceptos de la Constitución. Pero ocurre que el Estado, que ha ratificado un tratado y con ello ha empeñado su palabra ante la comunidad internacional, no aduce su derecho interno para darle sentido al tratado y la forma de argumentar del

48 Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-08, considerando 13°.

49 Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-08, considerando 14°.

Tribunal se acerca mucho a ello. Son las normas de la Constitución las que van moldeando el modo en que el Convenio será implementado, en circunstancias que debiera ser éste –y las opiniones de expertos que lo acompañan– la fuente del raciocinio del Tribunal.

En efecto, resulta sorprendente que el Tribunal no haga siquiera *una* mención a las fuentes de derecho internacional sobre la materia. Al momento de pronunciarse la sentencia, el tratado tenía casi dos décadas desde su adopción y mucha tinta había corrido sobre los modos de interpretar la consulta previa por parte de actores estatales así como actores multilaterales. Pero el Tribunal adopta una actitud parroquial y no mira hacia fuera para nutrir su pronunciamiento, lo que lo lleva a cometer errores técnicos en la manera de caracterizar el Convenio. Por lo pronto, la idea que la consulta es nada más “una forma de recabar opinión” se aleja del propósito del Convenio de llegar a acuerdos mediante negociaciones llevadas adelante de buena fe, de modo de estar las partes abiertas a la posibilidad de modificar sus posturas iniciales y se parece más a una actitud de enviar formularios que permitan recopilar datos para “conocer” la opinión de los pueblos indígenas. No es ése el sentido de la consulta previa en el derecho internacional: lo que la consulta (y la participación) demandan del Estado es que exista la posibilidad real para los pueblos indígenas de influir en los procesos de toma de decisiones en las materias que les afecten.⁵⁰ Y no solo el derecho internacional de los derechos humanos, sino también las directrices de organismos multilaterales, como el Banco Mundial, prescriben esta manera robusta de comprender el deber de consulta y el derecho de participación de los pueblos indígenas.⁵¹ Sin embargo, no hay rastro de ese entendimiento, al que Chile se ha obligado internacionalmente, en la sentencia del Tribunal.

El TC nos dice que la consulta, si bien tiene por objeto llegar a acuerdos, no es más que una manera de recabar opiniones. Es notable la distancia que hay entre lo anterior y el profuso desarrollo que en el derecho internacional existe sobre la materia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejem-

50 S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, (Trotta) 2005, 235 (las consultas “no pueden consistir simplemente en informar a las comunidades indígenas sobre las medidas susceptibles de afectarles. Los procedimientos de la consulta deben ser diseñados de forma que se les conceda a los pueblos indígenas la oportunidad de influir de forma efectiva en las decisiones que afectan a sus intereses”).

51 Ver Banco Mundial, *Directriz Operativa 4.20*, 2001.

plo, ha señalado que el deber de consultar “*requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes*”.⁵² En un sentido similar, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, órgano especializado a cargo de impulsar el sentido y alcance de los Convenios, ha dicho que “*una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y puedan participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales*”.⁵³ Los casos de consulta que se han verificado en Chile, preliminares como han sido, se han parecido demasiado a la idea del TC –v. gr., mediante el envío de formularios que permitan recabar opinión— y se han alejado de las nociones que en el derecho internacional no son discutidas, generando, entre otras, la reacción del propio Relator Especial de la ONU para los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁵⁴

Y en materia de participación, según adelantamos, la sentencia del TC es singularmente mezquina. Como solo le dedica un considerando al tema, parece oportuno reproducir *in extenso* las palabras del Tribunal:

*Que la posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1° de la Carta Fundamental, toda vez que ellas disponen, para un grupo socio-económicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante.*⁵⁵

Pareciera que el considerando anterior quedó inconcluso. Pero es lo que nos entrega el TC. Lo que resulta interesante es que, a ojos del Tribunal, las normas del Convenio serían corolario del principio de participación igualitaria

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Saramaka v. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 133.

53 CEACR, Observación individual sobre el Convenio No. 169, Colombia, 2004, párr. 3, citado en Morris et al., op. cit., 41.

54 Sobre los procedimientos de consulta aplicados durante 2009 en Chile, ver *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009*, (Universidad Diego Portales) 2009, 223-230.

55 Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-08, considerando 15°.

contenido en la Constitución, pero éste tendría la característica de no ser vinculante (no sabemos qué quiere decir ello realmente, ni por qué es así). Además, el hecho que esas normas se establezcan a favor de un grupo vulnerable importa, pero, de nuevo, no queda claro en qué sentido. Una lectura acorde con los estándares del derecho internacional sugeriría que, precisamente *porque* se trata de un grupo vulnerable, entonces las normas sobre participación acá toman nuevas formas y van más allá del principio genérico contenido en el artículo 1 de la Constitución. O, dicho de otra manera, la mejor lectura en concordancia con los principios de participación y del derecho internacional de los derechos humanos, a los que hemos hecho referencia en la sección anterior, habría impuesto al Tribunal la carga de mostrar cómo es que el principio de participación contenido en el Convenio puede implicar, por ejemplo, medidas especiales a favor del involucramiento de pueblos indígenas en asuntos de su interés sin que ello pugne con el principio de participación igualitaria del artículo 1 de la Constitución. Así, por caso, en el evento de una medida que discrimine a favor de un pueblo indígena con el objeto de lograr su plena participación en la adopción de una medida que le afecte, el Tribunal tendría que haber ofrecido razones para que tal discriminación esté en sintonía con el ideal de participación igualitaria. Tal esfuerzo brilla por su ausencia y esta ausencia es especialmente notoria porque el Tribunal razona sobre la base que los pueblos indígenas suelen ser grupos vulnerables, respecto de los cuales los Estados deberían adoptar medidas especiales si quieren realizar las promesas de igual consideración y respeto que se formulan en las constituciones (esto no lo dice el TC pero es una conclusión firmemente asentada en el derecho internacional).

Pareciera, a fin de cuentas, que la participación es una concesión que el Estado puede otorgar, que en ningún caso le obligará y modificará el reparto de potestades, dejando así a estas normas del Convenio cerca del ámbito de las cláusulas programáticas. La idea anterior se refuerza si se atiende al voto concurrente del ministro Navarro Beltrán. Para él, *“los preceptos contenidos en el Convenio No 169 (...) no son auto ejecutables, teniendo el carácter de normas programáticas, que deberán ser desarrolladas por el legislador”*.⁵⁶ Para sustentar su afirmación que, entre otras cosas, aspira a borrar lo señalado por el mismo Tribunal ocho años antes, el ministro Navarro cita la opinión de distintos fun-

⁵⁶ Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-08, voto concurrente del ministro E. Navarro Beltrán, cons. 1°.

cionarios del Ejecutivo, como es el caso del entonces ministro José Antonio Viera-Gallo, quien afirmó que “*la mayoría de las normas del tratado no son autoejecutables*”. Y, nuevamente, en esta parte no hay referencia alguna al derecho internacional de los derechos humanos. Para el ministro concurrente, “[l]os artículos 6 y 7 del Convenio no vienen sino a dar concreción al derecho fundamental de las personas a participar con igualdad de oportunidades, como lo indica el artículo 1 de la Ley Fundamental, en estrecha vinculación con la libertad de opinión y el derecho de petición que se encuentran asegurados en el artículo 19 Nos 12 y 14”.⁵⁷

En el voto del ministro Navarro queda claro que la comprensión de este derecho a participar no es más que una manifestación del derecho a opinar y de peticionar a la autoridad, lo que pone en abierta tensión el compromiso adquirido por el Estado con la comunidad internacional, toda vez que, como hemos visto, el deber de consulta y el derecho de participar supone más que meramente hacer llegar la opinión a la autoridad sobre asuntos de interés, sin que ella tenga obligación de responder.⁵⁸

El Tribunal Constitucional desperdició una valiosa oportunidad para mostrarse como un órgano genuinamente preocupado por la realización de las promesas de iguales oportunidades para todos los integrantes de la comunidad política, en especial respecto de aquellos grupos que históricamente han sido marginados de los procesos de tomas de decisiones colectivas. No hace falta abundar en citas para afirmar que los pueblos indígenas en Chile constituyen un grupo que, en general, ha estado al margen de los procesos de decisión colectiva. Y ello, también es sabido, ha llevado en ocasiones a situaciones de inestabilidad social que impiden la consolidación de una práctica constitucional robusta.

57 Tribunal Constitucional Sentencia rol 1050-08, voto concurrente del ministro E. Navarro Beltrán, cons. 6°.

58 Junto con el voto concurrente de Navarro, el ministro Colombo Campbell también elabora un voto, aunque sin mayor relevancia para el análisis desarrollado en este comentario. Por su parte, la sentencia contó con el voto en contra del ministro Fernández Baeza, quien estuvo por declarar las normas como inconstitucionales, en primer lugar, porque, según él, en Chile los pueblos indígenas no son un grupo vulnerable dado que la Constitución garantiza a todas las personas la posibilidad de realización material y espiritual (pasando por alto el ministro que se trata de una aspiración normativa) y que la voz ‘pueblo’ no puede ser utilizada como lo hace el Convenio porque implicaría el ejercicio de soberanía que está reservado a la Nación.

La misión del Tribunal, junto con declarar que no había incompatibilidad constitucional con el tratado, era mostrar el camino por el cual los órganos del Estado podrían implementar las directrices y normas allí contenidas, en lugar de decir todo lo que *no* es el Convenio: no es ejercicio de soberanía (aunque en el derecho internacional se entienden los derechos de consulta y participación como basados en la autodeterminación de los pueblos indígenas);⁵⁹ no es vinculante; no es negociación obligatoria; es nada más una forma de recabar opinión.

Es en este sentido que, volviendo a la concepción procedimental de Ely, es posible criticar la sentencia del TC sobre el Convenio 169. Los procedimientos políticos no siempre —más bien, nunca— parecen estar abiertos para que las demandas de los pueblos indígenas sean canalizadas tal como ellos entienden que deben ser sopesadas, lo que genera una distancia entre el Estado y estos grupos que no beneficia a ninguna de las dos partes. El Tribunal, pudiendo dar pasos concretos para reparar y llenar ese vacío, parece haberse cuadrado con una concepción localista del derecho, que pone trabas a la materialización de las promesas tanto del Convenio como de la propia Constitución. Dicho de otra manera, en lugar de abrir espacios de participación política, la sentencia del TC sobre el Convenio 169 los sella con voz de autoridad final.

Conclusiones

En este comentario hemos revisado la sentencia de 2008 del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que rige en Chile desde septiembre de 2009. Para ello, hemos emprendido el análisis desde una concepción “procedimental” de la justicia constitucional, defendida por John H. Ely a comienzos de la década de los ochenta y que se sitúa a mitad de camino entre quienes defienden a ultranza las virtudes de la revisión judicial de las leyes y quienes, en cambio, ven en ella una lesión profunda al estado de derecho y al principio de separación de poderes.

En nuestra opinión, un Tribunal Constitucional está llamado no a determinar como árbitro final el alcance de los valores fundamentales de una comunidad que tiene foros de deliberación política, pero sí debe cautelar que dichos pro-

59 Ver Anaya, *op. cit.*, 175 y ss.

cesos de deliberación sean los suficientemente abiertos de modo de permitir –e incluso favorecer– la más amplia participación de ciudadanos y grupos interesados.

En la sentencia que examinamos, que versa sobre dos derechos clave para el desarrollo de los pueblos indígenas en condiciones de igualdad –el deber de ser consultados y el derecho a participar—, podemos observar que el Tribunal se sitúa en la vereda opuesta a las promesas que tiene entre sus manos. Así, el TC dismantela las nociones de consulta y participación, dejándolas como normas programáticas o, cuando no dice ello, como mecanismos que solo buscan recabar la opinión de los pueblos indígenas, en circunstancias que el derecho internacional ha avanzado nociones mucho más robustas de consulta y participación de los indígenas en los asuntos que les afectan.

Mostramos que estos derechos, que son consustanciales a una práctica constitucional democrática y republicana, en que los destinatarios de las normas perciben que el auto-gobierno no es una frase carente de significado, van quedando reducidos a su mínima expresión con el fallo del TC, no obstante reconocer éste que los pueblos indígenas son un grupo especialmente vulnerable.

Es por ello que se perdió una oportunidad valiosa para que el Tribunal hubiese mostrado su compromiso, primero, con la palabra que el Estado dice querer honrar a nivel internacional y, lo que es más importante, con los sectores de nuestro país que viven en condiciones de desigualdad estructural y que, con el auxilio del derecho, pueden sentirse muchas veces como ausentes del pacto social que sustenta nuestra comunidad política.

LA NUEVA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

Javier Couso ¹

I. Una reforma largamente esperada

Uno de los acontecimientos más importantes del año 2009 en el ámbito del Derecho Constitucional chileno fue la promulgación de la nueva Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (Ley N° 20.381, que modificó la Ley N° 17.997).² Esta norma había sido largamente esperada ya que las profundas modificaciones a la organización, funcionamiento y competencia del Tribunal Constitucional (en adelante el TC) introducidas por la reforma constitucional de 2005 habían hecho obsoleta la ley anterior.³

1 Javier Couso es Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Director del Programa de Derecho Constitucional de la misma. Obtuvo su Licenciatura en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile en 1990 y su Doctorado en Jurisprudence and Social Policy en la Universidad de California, Berkeley (EE.UU.) en 2002.

2 La Ley N° 20.381 fue promulgada el 11 de septiembre de 2009 y publicada el 28 de octubre del mismo año.

3 En todo caso, el Tribunal Constitucional –anticipándose a la importancia que adquiriría la acción de inaplicabilidad en su labor jurisdiccional— adoptó a comienzos de 2006 la inédita determinación de comenzar a tramitar este tipo de casos sin esperar la reforma a su ley orgánica. Invocando el principio de inexcusabilidad, el Tribunal procedió a admitir a tramitación acciones de inaplicabilidad ya en marzo de 2006. Como lo sostuvo la propia Memoria del Tribunal Constitucional en el año 2008: “El Pleno del Tribunal estableció tal procedimiento en cumplimiento del imperativo mandato de ejercer su jurisdicción para hacer efectiva su competencia judicial, de acuerdo al principio de inexcusabilidad que regula la actuación del sistema de tribunales en nuestro país, como forma de lograr la aplicación efectiva de la supremacía de la Constitución. Precisamente debido a lo anterior es que durante el año 2006 y hasta la fecha el tribunal debió adoptar el procedimiento consagrado en su ley original, adecuándolo para poder abordar las nuevas tareas que el Constituyente le ha entregado y, en definitiva, para poder sustanciar los procesos sometidos, resolviendo fundamentalmente los conflictos que se formulen respecto de un precepto legal que pueda resultar contrario a la Constitución.” Véase Memoria del Tribunal Constitucional 2007-2008, en sitio web <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/documentos/downloadpdf/301>, visitado el 8 de marzo de 2010.

Considerando el carácter de ley orgánica que la Ley N° 20.381 ostenta, el TC se vio en la peculiar situación de tener que realizar el control obligatorio de constitucionalidad de una ley dirigida a regular su propia organización y funcionamiento, situación algo anómala, que implica que el propio órgano regulado (limitado) por una norma legal la pudo modificar unilateralmente, mediante la declaración de inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos. Es difícil imaginar una coyuntura que recuerde más nítidamente el clásico problema de ‘*Who guards the guardians?*’ (¿Quién controla a los controladores?) que ha acechado a la justicia constitucional desde sus orígenes, a comienzos del siglo diecinueve. Dicho esto, y sin siquiera abordar este potencial conflicto de interés que el controlar la constitucionalidad de su propia ley orgánica implicaba, el TC procedió a ejercer el mismo con asertividad, modificando importantes aspectos del proyecto aprobado por el Congreso Nacional.

En este trabajo, se comenta la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El análisis no pretende ser pormenorizado, sino que focalizarse en aquellos aspectos de la misma que son más relevantes y que presentan mayor potencial de innovación en la práctica jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

II. Una nueva ley orgánica para un ‘nuevo’ Tribunal Constitucional

Como se planteaba en la sección precedente, la reforma que comentamos vino a poner al día la regulación legal de un órgano que fue profundamente modificado por la enmienda constitucional del año 2005, al punto que para buena parte de la doctrina este representa un ‘nuevo’ Tribunal Constitucional.⁴ En efecto, el traspaso al último de la acción de inaplicabilidad, la introducción de la inédita acción de inconstitucionalidad y la muy diferente integración que dispuso la reforma constitucional mencionada, contribuyeron a transformar radicalmente el rol que este órgano juega en la vida jurídica y política del país.

Como lo hemos planteado en otro trabajo,⁵ el efecto combinado de que el Tribunal Constitucional resuelva ahora casos iniciados por el público en general (mediante acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad), más el hecho

4 Véase, al respecto, el trabajo de Lautaro Ríos “El nuevo Tribunal Constitucional”, en Francisco Zúñiga, ed., *Reforma Constitucional* (LexisNexis) 2005, 627.

5 Véase el trabajo de Javier Couso y Alberto Coddou “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena”, en 2 *Serie Working Papers ICSO-UDP*.

que el órgano de control constitucional esté ahora integrado por ex políticos y juristas (sin miembros del poder judicial entre sus integrantes) son factores que han contribuido al mayor activismo exhibido por el Tribunal a partir de 2006, lo que a su vez ha contribuido a que el último se haya constituido en un actor políticamente relevante.

En relación a la acción de inaplicabilidad, es importante anotar que desde la reforma de 2005 ella se ha transformado en el principal ‘negocio’ del Tribunal, al punto que en el periodo 2006-2009 el 87 % del total de ingresos correspondió a acciones de inaplicabilidad.⁶ Esto no debiera sorprender demasiado, ya que el traspaso de esta acción desde la Corte Suprema (que no hizo mucho con ella cuando estuvo a cargo de la misma) al TC despertó fuertes expectativas entre los operadores jurídicos respecto del potencial de esta reforma. Más allá de si esto último ha sido el caso, lo cierto es que la inaplicabilidad contribuyó sustancialmente al enorme aumento de la carga de trabajo del Tribunal. Esto fue reconocido formalmente por su ex Presidente, quien sostuvo recientemente que *“Sin duda que de todas las atribuciones confiadas hoy al Tribunal Constitucional son precisamente las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad las que constituyen la mayor demanda que hemos enfrentado”*.⁷

III. Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional en la nueva ley orgánica

Como ocurre con otras leyes orgánico-constitucionales que regulan a entes jurisdiccionales, parte importante de la Ley N° 20.381 introduce reformas a la organización y funcionamiento del TC, de manera de adaptarlo a la nueva fisonomía constitucional que adquirió con la reforma de 2005. En esta sección, se comentan los aspectos más relevantes en este plano.

a) Establecimiento de normas más precisas sobre inhabilidades e incompatibilidades de los ministros del Tribunal Constitucional.

En materia de organización y funcionamiento, uno de los aspectos más importantes de la nueva Ley Orgánica del TC es la mayor profesionalización de

6 Véase el trabajo de Javier Couso y Alberto Coddou “La reforma a la jurisdicción constitucional del 2005: Problemas y oportunidades del ‘nuevo’ Tribunal Constitucional”, documento inédito, diciembre 2009, 13.

7 Véase *Tribunal Constitucional: Memoria 2007-2008*, 12.

sus integrantes. Congruente con la mayor demanda de trabajo que suponen sus nuevas atribuciones, la reforma a la ley orgánica introdujo normas que en la práctica transformaron a los ministros del TC en jueces de dedicación exclusiva, algo que innova radicalmente con la situación existente hasta el año 2005, en que la dedicación de los ministros era parcial, al punto que tres de ellos destinaban la mayor parte de su jornada laboral a servir como ministros de la Corte Suprema de Justicia y, los demás, al ejercicio libre de la abogacía o a otras actividades profesionales. Si bien ya a partir del año 2006 los ministros del TC en la práctica dedicaban toda su jornada laboral a este último, ello no constituía una obligación legal, por lo que el nuevo artículo 12 bis de la ley que comentamos representa un importante avance. En efecto, este precepto legal prohíbe expresamente a los ministros del Tribunal ejercer la profesión de abogado, incluyendo a la judicatura. Adicionalmente, ella contribuye a la transparencia al establecer una serie de prohibiciones dirigidas a evitar conflictos de interés. Así, por ejemplo, se prohíbe a los integrantes del Tribunal Constitucional celebrar o caucionar contratos con el Estado, ser directores en bancos y sociedades anónimas o *'ejercer cargos de similar importancia en esas actividades'*, como lo expresa el mencionado artículo 12 bis. En este punto, es interesante subrayar que la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional estableció la expresa autorización para que los ministros desempeñen la docencia hasta por doce horas semanales en establecimientos públicos o privados de enseñanza superior, dejando en claro que las labores de dirección superior de una entidad académica no se considerarán labores docentes.

b) Profesionalización de los 'ministros suplentes' e incorporación formal de los 'abogados asistentes'.

Desde el punto de vista de la mayor profesionalización de la labor jurisdiccional del TC destaca también en la nueva ley el reforzamiento del personal de apoyo a los diez ministros que lo integran, lo que es congruente con el sustancial incremento en el número de casos que este órgano conoce en la actualidad. En efecto, y considerando que el TC pasó de resolver entre 30 a 35 casos anuales (en el periodo al 1981-2005) a cerca de 300 casos anuales (en el periodo 2006-2009),⁸ debe ser bienvenido el hecho que la nueva ley orgánica se haya preocupado de reforzar el personal de apoyo a la labor juris-

8 Véase el trabajo de Javier Couso y Lisa Hilbink "From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile", en Julio Ríos Figueroa y Gretchen Helmke, eds., *Courts in Latin America* (Cambridge University Press) en prensa.

diccional de los ministros titulares. En este sentido, cabe subrayar en primer lugar la incorporación de la figura de los ‘*ministros suplentes*’, que reemplaza a la de los ‘*abogados integrantes*’ que contemplaba la ley anterior. Si bien los nuevos ministros suplentes son menos en número que los antiguos abogados integrantes,⁹ ellos tienen un mayor grado de compromiso profesional con el TC, puesto que deben destinar al menos media jornada a las tareas de integración de las salas o el pleno,¹⁰ al tiempo que tienen las mismas prohibiciones, obligaciones o inhabilidades (y una remuneración equivalente) a las de los ministros titulares.¹¹

Por otra parte, y en consonancia con la mayor profesionalización que implica la sustitución de la figura de los abogados integrantes por la de los ministros suplentes, la nueva ley modificó sustancialmente el mecanismo de designación de los últimos. Así, mientras la antigua ley entregaba exclusivamente al Tribunal Constitucional la designación de sus abogados integrantes (en un procedimiento bastante opaco), la nueva ley establece un mecanismo de designación de los ministros suplentes mucho más institucionalizado y transparente. En efecto, el nuevo artículo 15 de la ley establece que cada tres años se designará a dos ministros suplentes nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, eligiéndolos de una nómina de siete personas propuestas por el Tribunal Constitucional previo concurso público de antecedentes.¹²

9 La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional contempla en su artículo 15 solo dos ministros suplentes, mientras que la antigua ley contemplaba 5 abogados integrantes.

10 Véase artículo 15, inciso 5to. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

11 Véase el artículo 15, inciso 4to. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

12 El artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala al respecto lo siguiente: “*Artículo 15: Cada tres años, en el mes de enero que corresponda, se procederá a la designación de dos suplentes de ministro que reúnan los requisitos para ser nombrado miembro del Tribunal, quienes podrán reemplazar a los ministros e integrar el pleno o cualquiera de las salas sólo en caso que no se alcance el respectivo quórum para sesionar. Los suplentes de ministro a que se refiere el inciso anterior serán nombrados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, eligiéndolos de una nómina de siete personas que propondrá el Tribunal Constitucional, previo concurso público de antecedentes, el que deberá fundarse en condiciones objetivas, públicas, transparentes y no discriminatorias. El Tribunal formará la nómina en una misma y única votación pública, en la que cada uno de los ministros tendrá derecho a votar por cinco personas, resultando elegidos quienes obtengan las siete primeras mayorías. El Senado adoptará el acuerdo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto, debiendo pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad. Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, el Tribunal Constitucional deberá presentar una nueva lista, en conformidad a las disposiciones del presente inciso, dentro de los sesenta días siguientes al rechazo, proponiendo dos nuevos nombres en sustitución de los rechazados, repitiéndose este procedimiento hasta que se aprueben los nombramientos. Los suplentes de ministro concurrirán a integrar el pleno o las salas de acuerdo al orden de precedencia que se establezca por sorteo público. La resolución del Presidente del Tribunal que designe a un suplente de*

El nuevo procedimiento de designación de los reemplazantes de los ministros titulares representa un importante avance en la materia, que toma en cuenta la crucial importancia que tienen los ministros suplentes en un órgano tan relevante como el TC. La única objeción que cabe realizar al nuevo mecanismo de designación de los ministros suplentes, es que el acuerdo del Senado requiera un quórum tan alto (dos tercios de sus miembros en ejercicio), ya que éste en la práctica genera fuertes incentivos para que los nominados se *cuoteen* anticipada y secretamente entre las dos coaliciones con mayor representación parlamentaria, ya que si no existe un acuerdo informal previo difícilmente un candidato concitará el consenso de dos tercios de los senadores en ejercicio. Así, el loable objetivo de que los candidatos al Tribunal Constitucional sean los más capacitados termina frustrándose, ya que en definitiva lo que ocurre es que cada coalición *coloca* a uno de los *suyos*, con la tranquilidad de que la otra coalición no pondrá problemas (porque ella debe cumplir con su parte del trato, si quiere que su candidato también prevalezca).

Continuando con las medidas de reforzamiento del personal del Tribunal Constitucional, debe destacarse la institucionalización —mediante su incorporación a la planta de la misma— de los llamados *abogados asistentes*,¹³ profesionales que juegan un rol similar al desarrollado en la Corte Suprema de los Estados Unidos por los denominados *clerks*. Si bien los abogados asistentes ya existían *de facto* en el Tribunal desde inicios de 2006 (prestando una valiosa colaboración a los ministros), ellos carecían hasta ahora de reconocimiento legal. El único reparo que merece la forma en que la nueva ley los regula, es que su número debió ser equivalente al de los diez ministros que integran el Tribunal y nos los ocho que se incorporaron a la planta del mismo. Dada la cantidad y complejidad de los asuntos que están llegando al TC no parece exagerado que cada uno de los ministros titulares (y también cada uno de los suplentes) tenga un abogado asistente trabajando exclusivamente para ellos.

ministro para integrar el pleno o las salas deberá ser fundada y publicarse en la página web del Tribunal. Los suplentes de ministro tendrán las mismas prohibiciones, obligaciones e inhabilidades que los ministros y regirán para ellos las mismas causales de implicancia que afectan a estos. Sin embargo, no cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad ni se les aplicará la incompatibilidad con funciones docentes a que se refiere el artículo 12 bis. Los suplentes de ministro deberán destinar a lo menos media jornada a las tareas de integración y a las demás que les encomiende el Tribunal y recibirán una remuneración mensual equivalente al cincuenta por ciento de la de un ministro."

13 Los 'abogados asistentes' fueron incorporados a la planta de personal del Tribunal Constitucional en el artículo 74 de la nueva Ley Orgánica.

c) Mayor transparencia y publicidad de los actos del Tribunal Constitucional

Quizá debido a la enorme importancia que la transparencia y el acceso a la información pública han adquirido en nuestro país en el último tiempo, uno de los aspectos más innovadores de la nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional es lo mucho que se ha avanzado en ese plano. En este sentido, destaca el reforzamiento de la publicidad de los actos y resoluciones del Tribunal, los cuales –si bien tenían tal carácter en la ley anterior— podían ser declarados reservados por una mayoría simple de sus integrantes. Contrastando con este procedimiento, la nueva ley exige que a lo menos dos tercios de los miembros del Tribunal den su conformidad para que se puedan decretar reservados o secretos determinados documentos o actuaciones.¹⁴

Otro aspecto en que la nueva ley evidencia un mayor compromiso con la transparencia aparece de manifiesto en su artículo 31 bis, que dispone la publicación en la página web del Tribunal Constitucional de la integridad de sus sentencias y de una variada gama de actos, resoluciones y otro tipo de información relevante (como las resoluciones que pongan término al proceso o hagan imposible su prosecución; el listado de causas ingresadas y fecha de ingreso; las tablas de las salas y el pleno; la designación del relator; la sala que resuelve sobre la admisibilidad de un requerimiento; el nombre del ministro redactor de cada una de las sentencias y de las actas de sesiones; y los acuerdos del pleno).¹⁵ Cabe mencionar que la ley anterior no obligaba a hacer públicas ninguna de estas cuestiones y, si en los últimos cuatro años el Tribunal Constitucional venía publicando sus sentencias en su sitio web, ello se debió a la voluntad de sus integrantes y no al cumplimiento de una obligación legal.

¹⁴ El artículo 4to. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala: “Son públicos los actos y resoluciones del Tribunal, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilice. Sin embargo, el Tribunal, por resolución fundada acordada por los dos tercios de sus miembros, podrá decretar reservados o secretos determinados documentos o actuaciones, incluidos los documentos agregados a un proceso, con sujeción a lo prescrito en el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución.”

¹⁵ “Artículo 31 bis.- Las sentencias del Tribunal se publicarán íntegramente en su página web, o en otro medio electrónico análogo, sin perjuicio de las publicaciones que ordenan la Constitución y esta ley en el Diario Oficial. El envío de ambas publicaciones deberá ser simultáneo. Las sentencias recaídas en las cuestiones de constitucionalidad promovidas en virtud de los números 2º, 4º, 7º y 16º del artículo 93 de la Constitución se publicarán en el Diario Oficial in extenso. Las restantes que deban publicarse lo serán en extracto, que contendrá a lo menos la parte resolutive del fallo. También se publicarán en la página web del Tribunal, al menos, las resoluciones que pongan término al proceso o hagan imposible su prosecución, el listado de causas ingresadas y fecha del ingreso, las tablas de las salas y del pleno, la designación de relator, de la sala que deba resolver sobre la admisibilidad del requerimiento y de ministro redactor y las actas de sesiones y los acuerdos del pleno. La publicación de resoluciones en el Diario Oficial deberá practicarse dentro de los tres días siguientes a su dictación.”

Relacionado con lo anterior, debe destacarse el hecho de que si bien la nueva ley sigue disponiendo que el procedimiento ante el TC es escrito,¹⁶ ahora dispone que éste se encuentra obligado a oír alegatos en la vista de la causa de los asuntos más relevantes que conoce, como las inaplicabilidades y las inconstitucionalidades. Esto contrasta fuertemente con lo que disponía el antiguo artículo 27 de la ley, que en lo pertinente disponía: “*Excepcionalmente, el Tribunal, si lo estima necesario, podrá disponer que se oigan alegatos en la forma y condiciones que determine*”. Subrayando la importancia que ahora se otorga a los alegatos en el procedimiento ante el TC, la nueva ley dispone que la duración, forma y condiciones de los mismos debe ser establecida por el último mediante un auto acordado y que en los casos en que deba oírse alegatos, la relación será pública.¹⁷

IV. Normas especiales de procedimiento y la problemática regulación de la acción de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad

Más allá de los cambios en la estructura y organización del Tribunal Constitucional a los que hemos pasado revista en la sección precedente, la nueva ley orgánica innovó sustancialmente en materia de procedimiento, ámbito regulado en el Capítulo II de la ley (“*Del procedimiento del Tribunal Constitucional*”). En especial, destaca la regulación del procedimiento respecto de las nuevas atribuciones del Tribunal, como lo son la acción de inaplicabilidad (‘Párrafo 6, del Título II, Normas Especiales de Procedimiento’), la acción de inconstitucionalidad (‘Párrafo 7, del Título II, Cuestiones de Inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable’); y las cuestiones de constitucionalidad sobre autos acordados del Poder Judicial (‘Párrafo 2’).

Como hemos planteado más arriba, el aspecto más urgente que debía regular la nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional es la forma en que conoce de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, que representan en la actualidad los asuntos más frecuentes (inaplicabilidad) o más importantes (inconstitucionalidad) de cuantos conoce el Tribunal. En el caso de la inaplicabilidad, la nueva ley incorporó 14 nuevas letras al artículo 47 de la ley (desde el 47A al 47N) para regular minuciosamente el procedimiento en dichos casos.

¹⁶ Véase el artículo 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁷ Véase el artículo 32 B, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Un detallado análisis de las normas de procedimientos de lo que la ley denomina *Cuestiones de Inaplicabilidad* sería demasiado extenso para un trabajo de esta naturaleza, por lo que a continuación se comentan solo algunos de los aspectos más importante y/o problemáticos de la regulación que la ley hace del procedimiento en materia de inaplicabilidad que, recordemos, constituye por lejos el ‘negocio’ central del Tribunal Constitucional a partir de la reforma de 2006.

a) Un primer aspecto que cabe subrayarse en relación a la forma en que la nueva ley orgánica regula el procedimiento referido a las cuestiones de inaplicabilidad es el énfasis que la ley hace en que el requerimiento de inaplicabilidad (promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por alguna de las partes de la misma) deba “*contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional*” (Artículo 47B). Esta redacción sugiere la importancia que el legislador otorgó a los hechos en las cuestiones de inaplicabilidad, algo que, como veremos más adelante, no ha sido aquilatado debidamente por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

b) Otro aspecto importante de la regulación del procedimiento en materia de inaplicabilidad dice relación con las causales de inadmisibilidad, que se establecen en el artículo 47F de la nueva ley. Sin perjuicio de que, en general, las hipótesis de inadmisibilidad son atendibles,¹⁸ existe una que nos parece objetable y que a nuestro juicio contribuye a la confusión conceptual que persiste tanto en la ley orgánica como en la jurisprudencia del Tribunal respecto a la naturaleza del control de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad. En efecto, el número 2° del artículo 47F, dispone que deberá declararse la inadmisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad: “*Cuando la cuestión*

¹⁸ El artículo 47F de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala lo siguiente: “*Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado; 2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y 6° Cuando carezca de fundamento plausible. Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales. La resolución que declare la inadmisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.*”

se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”.

Para entender la objeción que suscita la norma recién transcrita, debe tenerse en consideración la nueva fisonomía que adquirió la acción de inaplicabilidad producto de la reforma constitucional de 2005. En efecto, mientras que el antiguo Artículo 80 de la Constitución de 1980 prescribía que la Corte Suprema podía declarar inaplicable para casos particulares “*todo precepto legal contrario a la Constitución*”, el actual Artículo 93 n° 6 de la Constitución de 1980 autoriza al TC a declarar la inaplicabilidad de “*un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”. Como la comparación entre ambos textos lo evidencia, mientras que en el antiguo texto constitucional el objeto de la inaplicabilidad era dejar sin efecto para casos particulares preceptos legales *contrarios a la Constitución* (lo que sugiere un ejercicio de cotejo abstracto entre un precepto legal determinado y la Carta Fundamental), en el texto introducido por la reforma de 2005 aparece claro que el objeto de la acción de inaplicabilidad es dejar sin efecto preceptos legales *cuya aplicación* en una gestión determinada *resulte contraria a la Constitución* (lo que sugiere la necesidad de considerar si, atendidos determinados supuestos fácticos, la aplicación específica de una norma legal determinada produce una situación inconstitucional).¹⁹ Pues bien, si lo que autoriza a declarar la inaplicabilidad de un precepto legal es el tipo de control concreto a que aludimos, no se entiende por qué la declaración de conformidad de una ley con la Constitución efectuada por el Tribunal a propósito de un control preventivo y abstracto debiera dar lugar a la declaración de inadmisibilidad de una acción que busca dejar inaplicable una ley que —si bien puede ser constitucional en abstracto— produce sin embargo un resultado contrario

¹⁹ Cabe señalarse que esta interpretación del nuevo objeto de la acción de inaplicabilidad ha sido reiteradamente afirmada por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia de los últimos tres años y medio. Así, por ejemplo, en el Considerando N° 2 de la Sentencia Rol N° 546-2006, de 17 de noviembre de 2006, el Tribunal afirmó que: “*de la simple comparación del texto de la norma (...) con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental (...) se desprende que (...) mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá (ser) declarado inconstitucional es la aplicación del precepto legal impugnado, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando una clara diferencia con el texto constitucional anterior*”.

a la Constitución a consecuencia de determinadas circunstancias fácticas del caso específico de que se trate. Por lo dicho, el mencionado Artículo 47F n° 2 introduce una causal de inadmisibilidad de los requerimientos de inaplicabilidad que contradice la fisonomía que el constituyente derivado de 2005 le dio a la inaplicabilidad, causal que impedirá que personas que vean afectados sus derechos constitucionales en hipótesis en que normas generalmente inocuas producen sin embargo resultados inconstitucionales, puedan hacer uso de la acción de inaplicabilidad en resguardo de sus derechos.

Dicho en otros términos, la causal de inadmisibilidad de los requerimientos de inaplicabilidad que objetamos no es coherente con la propia arquitectura de la acción de inaplicabilidad que el constituyente derivado de 2005 instaló, ya que el vicio de inconstitucionalidad de que puede adolecer un proyecto de ley controlado en forma preventiva por el Tribunal (necesariamente ‘abstracto’, esto es, en que se coteja el texto legal con el texto constitucional sin que se haya aplicado la misma) nunca podrá ser *el mismo vicio* que se puede detectar en el control de inaplicabilidad de una ley, que es necesariamente un control ‘concreto’, en que los hechos del caso a mano son los que se combinan para producir un *resultado de inconstitucionalidad*, de normas que no son necesariamente inconstitucionales en abstracto.

La crítica que hacemos a este aspecto de la nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional fue articulada por el voto de minoría de los Ministros Bertelsen y Vodanovic de la siguiente forma:

(...) los preceptos en comentario (...) desconocen las importantes diferencias entre la actual acción de inaplicabilidad y la que era de competencia de la Corte Suprema con anterioridad a la reforma constitucional del año 2005. En efecto, en virtud de esta reforma se sustituyó el antiguo artículo 83 de la Constitución por el actual artículo 93, eliminando el inciso final de aquél, que disponía que la Corte no podía declarar inaplicable un precepto legal por el mismo vicio, si el Tribunal Constitucional lo había declarado previamente constitucional. Esta eliminación no es sino una consecuencia de los cambios que se efectuaron a la acción de inaplicabilidad, manifestados en el actual artículo 93 de la Constitución, que hoy contempla una clara diferencia entre el control abstracto de consti-

tucionalidad (números 1° y 3° del artículo 93 de la Constitución) y el control concreto que tiene lugar en sede de inaplicabilidad (número 6° del artículo 93 de la Constitución).²⁰

Recordándole a la mayoría las reiteradas declaraciones del Tribunal Constitucional respecto a las diferencias entre el objeto de la ‘antigua’ y la ‘nueva’ inaplicabilidad, Bertelsen y Vodanovic agregan:

(...) de la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior (...) lo dicho deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional” (Rol N° 608, considerando decimoprimer) (...) por tanto y conforme a la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad, puede perfectamente ocurrir que una norma en abstracto sea constitucional, pero en concreto –en su aplicación a una gestión pendiente que se siga ante un tribunal– sea inconstitucional, y esta Magistratura debe hacerse cargo de ello.²¹

Hemos reproducido esta parte del voto de minoría de Bertelsen y Vodanovic porque nos parece sintetiza extraordinariamente bien la confusión en que

²⁰ Véase el Considerando 2 del voto disidente de los ministros Bertelsen y Vodanovic, Sentencia Rol N° 1288, de 25 de agosto de 2009.

²¹ Véase el Considerando 3 del voto disidente de los ministros Bertelsen y Vodanovic, Sentencia Rol N° 1288, de 25 de agosto de 2009.

tanto la nueva ley orgánica como la mayoría del TC incurrieron al aceptar que se puede detectar el *mismo vicio* de inconstitucionalidad cuando se ejecuta un control preventivo y abstracto de una ley y cuando realiza un control concreto de la misma. Adicionalmente, cabe señalar que –considerando lo sólido del planteamiento de los ministros redactores de este voto de minoría— sorprende que la mayoría ni siquiera se haya referido los argumentos de los ministros Bertelsen y Vodanovic.

Para finalizar con esta crítica a la causal de inadmisibilidad establecida por el artículo 47F n° 2 debe señalarse que, para ser justos, el defecto que anotamos en esta última norma legal no hace sino repetir la confusión en que incurrió el propio constituyente derivado de 2005 cuando estableció que la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal determinado constituye un requisito *sine qua non* para accionar de inconstitucionalidad del mismo. En efecto, tomando en consideración que el objeto de la inaplicabilidad es radicalmente diferente al de la inconstitucionalidad –el primero, recordemos, un control que busca corregir las inconstitucionalidades que una determinada aplicación de la ley produce en un caso particular; el segundo, un control que busca la expulsión de una norma legal que es en sí misma inconstitucional—, no se entiende por qué la inaplicabilidad deba ser un prerequisite de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad.

c) Otro aspecto importante de la regulación del procedimiento en materia de inaplicabilidades que dispone la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dice relación con dos normas de la misma que no lograron sobrevivir el control de constitucionalidad obligatorio efectuado por el Tribunal. Nos referimos al artículo 47B²² y el artículo 47G, inciso primero N° 4,²³ del proyecto aprobado por el Congreso Nacional. Estos preceptos prescribían la improcedencia de la inaplicabilidad respecto de los tratados internacionales y la consiguiente inadmisibilidad de requerimientos que buscaran la inaplicabilidad de los mismos.

22 El artículo 47B del proyecto aprobado por el Congreso Nacional señalaba lo siguiente: “*De conformidad con el número 1) del artículo 54 de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.

23 El artículo 47G, inciso primero N° 4, del proyecto aprobado por el Congreso Nacional señalaba lo siguiente “*Procederá declarar la inadmisibilidad (de la cuestión de inaplicabilidad) en los siguientes casos: 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente.*”;

En una decisión que generó una fuerte controversia en la comunidad jurídica (y política),²⁴ el Tribunal Constitucional decidió eliminar estas normas del proyecto de nueva ley orgánica, dejando abierta la puerta para que se pueda declarar inaplicable para casos particulares un tratado internacional ratificado por nuestro país, lo que a su vez podría llevar a otros estados a considerar que Chile no honra sus compromisos internacionales. Si bien la mayoría del TC fue enfática en afirmar que la declaración de inaplicabilidad de un tratado no lo expulsa del ordenamiento jurídico nacional —puesto que éste sigue vigente— es probable que tal disquisición sea considerada como un resquicio que en la práctica deja incumplido un tratado ratificado por el país y que se encuentra vigente.

El razonamiento de la mayoría del Tribunal Constitucional para llegar a la conclusión que los tratados internacionales pueden ser objeto de requerimientos de inaplicabilidad fue relativamente simple. Partiendo de la premisa que los tratados deben ser considerados como ‘preceptos legales’, la mayoría argumentó luego que el legislador no puede limitar las atribuciones que el propio Constituyente otorgó al Tribunal para declarar inaplicable ‘todo precepto legal’ contrario a la Constitución. A este argumento la mayoría añadió que, en todo caso, existe una gran diferencia entre declarar la inconstitucionalidad de un tratado (algo que, concedió, debe estar prohibido)²⁵ y declarar la inaplicabilidad del mismo (algo que, sostuvo, es perfectamente posible).

Contrastando con esta opinión, el voto disidente de los ministros Colombo,

24 Véase la Sentencia Rol N° 1288, de 25 de agosto de 2009.

25 *“Que, conforme a las disposiciones constitucionales ya mencionadas, lo que el Estado de Chile no puede hacer es, por ley, derogar las disposiciones de un tratado, pues éste es un acuerdo entre dos Estados, a diferencia de la ley que es una manifestación de la soberanía de un solo Estado. No obstante, la declaración de inaplicabilidad de un precepto de un tratado internacional no genera ese efecto pues, como esta Magistratura ya lo ha indicado en reiteradas oportunidades (Roles Nos 478, 546, 473, 517, 535, 588, 589, 608, 609, 610, 611, 612 y 623, entre otros), la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal sólo produce efectos particulares en la gestión pendiente concreta en que incide, en la cual el Juez no podrá aplicar dicho precepto. Ello no implica la derogación del tratado ni de ninguna de sus disposiciones; Ver considerando n° 58 : “Que, en efecto, una declaración de inconstitucionalidad de un precepto de un tratado internacional por parte de este Tribunal implicaría una vulneración a las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados, así como una infracción a las disposiciones de la Constitución Política que otorgan al Presidente de la República la conducción de las relaciones internacionales y la negociación, conclusión y ratificación de tratados internacionales (artículos 54, N° 1°, y 32, N° 15°, de la Constitución), pues esa declaración de inconstitucionalidad genera el mismo efecto que una ley derogatoria: expulsar al precepto legal del ordenamiento jurídico. Esta situación es diferente a la del requerimiento de inaplicabilidad, en que la norma jurídica sigue vigente, sólo que es inaplicable a una gestión judicial determinada”*

Cea y Peña argumentó que las normas de la nueva ley orgánica declarados inconstitucionales estaban ajustados a la Constitución, ya que los tratados internacionales no deben ser considerados como ‘preceptos legales’, quedando así fuera del alcance de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Planteando que, mientras que las leyes emanan de la sola voluntad unilateral de un estado determinado, los tratados internacionales son actos que dependen de la voluntad de más de un estado, los disidentes sostuvieron que “(..) *un Estado Parte no puede, unilateralmente, dejar sin efecto las obligaciones y derechos que emanan del tratado*”.²⁶

Para entender mejor la significación de la decisión del TC que comentamos, es importante considerar que las normas eliminadas del proyecto original de nueva ley orgánica constituían para sus impulsores la natural consecuencia de lo dispuesto en la propia Constitución, la cual –en el inciso quinto de su artículo 54— prescribe que “*las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional*”.²⁷ Por otra parte, esta norma constitucional (introducida en la reforma constitucional de 2005) fue una forma en que el constituyente derivado pretendió evitar que el Estado de Chile apareciera en el futuro transgrediendo el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que prohíbe que los estados parte invoquen su derecho interno para dejar incumplidos los tratados que hayan ratificado.²⁸ Pues bien, dado que cada vez que el Tribunal Constitucional declare inaplicable para un caso particular un precepto legal determinado inevitablemente suspenderá su aplicación a ese caso, aparece claro que el tratado

26 Véase el Considerando 6°, letra d) de la Sentencia Rol N° 1288, de 25 de agosto de 2009.

27 Véase el Considerando Q del voto de minoría de los Ministros Colombo, Cea y Peña en relación con los artículos 47B y 47G, inciso primero, N° 4, de la Sentencia Rol N° 1288 (25 de agosto de 2009): “*Que, como puede apreciarse, el sentido final de la disposición que hoy se contiene en el inciso quinto del artículo 54, N° 1, de la Constitución apuntaba a evitar que Chile incurriera en responsabilidad internacional si hacía primar su normativa interna por sobre un tratado vigente vulnerando las obligaciones derivadas de éste. Ello se concilia perfectamente con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que preceptúa que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”, lo que, junto al principio de buena fe o “pacta sunt servanda” en el cumplimiento de tales normas –consagrado en el artículo 26 de la misma Convención–, constituyen la médula de las obligaciones que un Estado contrae al obligarse por un tratado internacional*”

28 El voto disidente de Colombo, Cea y Peña fue enfático en este punto, sosteniendo: “w) *Que, sobre la base de lo afirmado, no puede declararse la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado internacional vigente, pues ello importaría una suspensión de la misma y una vulneración del artículo 54, N° 1), inciso quinto, de la Constitución, con clara responsabilidad internacional para el Estado chileno, al que se imputaría una violación de las obligaciones que le impone ese tratado y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y, por ende, la comisión de un ilícito internacional.*”

específico de que se trate habrá en la práctica sido ‘suspendido’ en forma diferente a la prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas del derecho internacional, que es precisamente lo que el artículo 54 prohíbe. Si bien la mayoría del Tribunal sostuvo en su fallo que las contrapartes chilenas en los diferentes tratados que ha ratificado deberían entender que un fallo que acoge la inaplicabilidad de todo o parte de un tratado deja incólume este último, nos parece bastante evidente que para culturas jurídicas menos formalistas, resultará un pobre consuelo que se arguya desde Chile que incluso si se llegara a declarar cientos de veces que un tratado es inaplicable por inconstitucional debe entenderse que el tratado en cuestión sigue plenamente vigente. Por el contrario, de seguro que para una mentalidad más práctica, lo que habrá ocurrido serán sucesivos casos aislados en que el tratado ha sido suspendido unilateralmente por un órgano del Estado de Chile.

V. Conclusión

La aprobación de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional representó uno de los hitos más importantes de la justicia constitucional chilena durante el año 2009, ya que contribuyó a institucionalizar mejor un órgano que había adquirido —con la reforma constitucional de 2005— una fisonomía y un rol muy diferentes, que hacían necesario poner al día una ley orgánica que databa de comienzos de la década de los ochenta.

En este trabajo se han enfatizado los aspectos más innovadores que la mencionada enmienda a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional introdujo, tanto a la organización y funcionamiento de este último como a los procedimientos en materia de inaplicabilidad que, recordemos, representan desde la reforma constitucional de 2005 el principal ‘negocio’ del Tribunal.

Entre las innovaciones que deben celebrarse en materia de organización y funcionamiento del TC, destacan el establecimiento de normas más exigentes en materia de inhabilidades e incompatibilidades de sus ministros; la mayor profesionalización de los nuevos ‘ministros suplentes’; la incorporación formal de los ‘abogados asistentes’ y la mayor transparencia y publicidad de los actos del Tribunal. Estas normas sin duda contribuirán a que este último opere en forma más eficaz y eficiente en un contexto social y político mucho más exigente en materia de transparencia y publicidad de lo que era el caso hasta pocos años atrás.

Por otra parte, es importante consignar que la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exhibe algunas deficiencias bastante serias en materia de regulación del procedimiento de la ‘acción de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad’, en particular, el que se establezca que se deberá declarar la inadmisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme con la Constitución a propósito de un control previo de carácter ‘abstracto’ (obligatorio o producto de un requerimiento), cuestión que no parece coherente con la clara distinción que tanto el constituyente como la doctrina y la jurisprudencia nacionales han establecido entre el control abstracto y el control concreto de constitucionalidad. Asimismo, es criticable el hecho que el TC haya eliminado del proyecto de nueva ley orgánica la improcedencia de la acción de inaplicabilidad respecto de los tratados internacionales, lo que podría exponer al país a serios problemas con otros estados. Los elementos de la nueva ley que se critican, ameritan a nuestro juicio que a futuro se revise esta última, de manera que sirva de sólida base para la actuación de este importantísimo órgano del Estado.

EL NUEVO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS SOCIALES: EL CASO DE LAS ISAPRES

Alberto Coddou ¹

I. Introducción

En términos generales, el sistema de salud chileno es conocido por su marcado carácter privatista. Quien desee recibir una prestación de salud, debe pagar por ella de acuerdo a sus necesidades, pero principalmente de acuerdo a sus posibilidades. Así, quien puede pagar más, recibirá una atención de salud más expedita, personalizada y, por regla general, de mejor calidad.

En términos constitucionales, la salud se considera como un bien básico al que todos los ciudadanos tienen acceso libremente y sin discriminación, aunque no necesariamente de manera igualitaria². En otras palabras, por una parte, se garantiza a cada ciudadano la protección de su salud y, al mismo tiempo, que la misma no será abandonada hasta el punto de transgredir la esencia del derecho a la salud y de todo lo que ello involucra (19 n° 9, inciso 1°

¹ Abogado, Profesor de Introducción al Derecho, Universidad Diego Portales.

² Lo que, en términos explícitos, se encuentra protegido, es “*el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo*”, cuestión que objeta mi afirmación. Esta primera lectura de la disposición constitucional contrasta con la idea, asentada en nuestro sistema institucional (al menos, supongo yo, hasta antes de las sentencias que se someten a comentario), de que la “*Constitución no asegura a las personas poder permanecer en un determinado plan o seguro de salud, ni menos a hacerlo por un precio inalterable. La obligación impuesta al Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, que la Constitución sí establece, es diversa a los derechos de las personas a permanecer en un plan o más precisamente a mantener inalterable un precio de un seguro destinado a cubrir los costos en que incurran en materia de salud*” (Tribunal Constitucional, rol 976-2008, considerando 9ffl, voto de minoría). En otras palabras, se sostiene que ambos derechos –uno, social; el otro, civil– son de naturaleza diferente, de modo que no podría considerarse como inconstitucional una situación en que los pobres (o las mujeres y los/as viejo/as) acceden a prestaciones de salud mínimas (al menos mínimas desde una perspectiva constitucional, es decir, que respete los contenidos mínimos o la esencia del derecho a la protección de la salud y que considere la dignidad de las personas) mientras los ricos pueden (o los hombres y lo/as jóvenes) acceder a prestaciones de salud máximas.

y 19 n° 26); por otra parte, se garantiza a cada ciudadano la libertad para que elija el sistema de salud que prefiera (19 n° 9, inciso final).

El sistema privado de salud es controlado por las instituciones de salud previsional (ISAPRES), las cuales, para participar en el mercado privado de la salud, deben cumplir con ciertas regulaciones y someterse a la fiscalización pública de la Superintendencia de ISAPRES. Cumplidas las condiciones, las ISAPRES pueden proveer prestaciones de salud y cobrar el precio o contraprestación correspondiente, dentro de ciertos límites. En ese contexto, la ley de ISAPRES (Ley No. 18.933) permite que estos entes privados puedan determinar los precios de sus planes de salud de acuerdo a ciertos criterios que fueron consensuados en una reciente reforma del sistema de salud (2005). En concreto, se permitió a las ISAPRES modificar unilateralmente los precios de los planes de salud de acuerdo a criterios como la edad y el sexo de sus afiliados, los que constan en una tabla de factores que aumentan el valor del plan, lo que ocurre en caso que el afiliado envejezca o sea mujer (existe otro criterio determinante: la condición del afiliado). Las obvias tensiones que ello conlleva han desplazado las discusiones hacia los foros judiciales.

En el presente artículo, se dará cuenta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) del año 2009 acerca del problema recién descrito. En términos generales, se hará un breve análisis de las sentencias que durante el pasado año acogieron recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, siguiendo la jurisprudencia de la primera sentencia que se dictó al respecto durante el año 2008. Además, se considerará una sentencia de comienzos de 2010, que recayó sobre la acción de inconstitucionalidad que tres diputados interpusieron en contra del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que contiene la tabla de factores en discusión.

II. Judicialización del derecho a la salud³

Para muchas personas, la idea de que el ordenamiento jurídico permita que los privados puedan hacer de la salud un negocio es injusta⁴. Además, muchas

3 Ocupo el término judicialización en el sentido más trivial posible, esto es, en cuanto hace referencia a un aumento de las cuestiones conflictivas que se llevan al foro judicial, sea cual sea el tribunal al que se recurre.

4 Así, por ejemplo, en la Encuesta de Opinión Pública del Instituto de Investigación en Ciencias

consideran que no se puede cobrar más a las personas por el solo hecho de envejecer o de haber nacido mujer. Con ese trasfondo, y desde hace algunos años, se han venido interponiendo acciones constitucionales en contra de las alzas de precios en los planes de salud realizadas por las ISAPRES. Por una parte, se han iniciado miles de recursos de protección ante las cortes de apelaciones y varios requerimientos de inaplicabilidad ante el TC. Así, por ejemplo, de acuerdo a un estudio de la consultora Altura Management, el 75,3% de los recursos de protección presentados en 2008 corresponden a alzas en los planes de salud. La tendencia es que cada año vaya creciendo la cantidad de recursos de protección que se presentan por este problema. Por otra parte, hasta noviembre del 2009, 40 recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 38 ter se encontraban pendientes ante el TC⁵.

Se han preferido acciones constitucionales antes que mecanismos administrativos de reclamo ante la Superintendencia de ISAPRES. En efecto, la opinión de la Superintendencia –quien participó en el proceso de reforma de la tabla de factores en el Congreso– al participar de los procesos constitucionales que se gatillaron, es el mismo de las ISAPRES: es decir, no se puede entrar a revisar judicialmente una tabla de factores que fue democráticamente consensuada en el Congreso. En conocimiento de ello, muchas personas (debidamente asesoradas) han preferido recurrir a las Cortes, en la esperanza de que la sensibilidad de justicia del poder judicial, ajena a cuestiones en extremo técnicas (como parecen ser las que rigen la actividad de una entidad reguladora), pueda entregar una justicia negada, a juicio de ellos, por un sistema que discrimina por cuestiones que no elegimos: envejecer o ser mujer.

Justificadamente, podemos decir que somos testigos de un verdadero proceso de judicialización del derecho a la salud en nuestro país. La notoriedad pública de este fenómeno viene de la mano de un lento proceso de transformación social en que los individuos comienzan a verse como titulares de derechos sociales y no como meros beneficiarios pasivos de ciertas prestaciones sociales

Sociales de la Universidad Diego Portales del año 2009, un 54% de los chilenos se mostraba en desacuerdo con la idea de que las ISAPRES deberían seguir siendo privadas. Además, un 85% de los encuestados, señala que debería existir una cadena de farmacias estatales (disponible en: <http://www.icsa.cl/images/documentos/encuestaudp/2009/encuesta-nacional-udp-2009.pdf>)

5 *El Mercurio*, 17 de Noviembre de 2009. En términos porcentuales, 40 requerimientos corresponden al 16% del total de los ingresos del año 2008, cifra no menor.

entregadas por el Estado⁶. Lentamente, y en diversas esferas como el trabajo, la salud o la educación, ha comenzado una preocupación por la calidad y por las condiciones en que se realizan esas actividades.

La discusión de este tema al interior del TC ha sido ilustrativa de las tensiones, intereses y argumentos que se han esgrimido, principalmente, acerca del rol y del alcance que compete al Estado y a los organismos privados en las prestaciones de salud. Han participado: Ciudadanos ‘de a pie’⁷; el Estado, a través de la Superintendencia de ISAPRES; y las ISAPRES, quienes han llegado al TC representados por destacados abogados constitucionalistas que forman parte de los estudios jurídicos más reputados del país.

III. Las tres sentencias que acogen los requerimientos de inaplicabilidad

1. Introducción

El nuevo sistema de control de constitucionalidad inaugurado con las reformas constitucionales del año 2005 trajo nuevas esperanzas para la ciudadanía que acude a los tribunales para el reclamo de sus derechos. En el caso de la salud, y más específicamente en los reclamos en contra de las ISAPRES, se abrió el flanco del recurso de inaplicabilidad, que ahora estaba disponible para que la ciudadanía cuestionara directamente ante el TC la constitucionalidad de las normas que rigen las prestaciones de salud privadas. Junto al recurso de protección, cuyo conocimiento corresponde a las cortes de apelaciones en primera instancia, ahora se encontraba disponible el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el cual, además, podía guiar a una expulsión de un precepto legal del ordenamiento jurídico en caso de que prosperara la cuestión de inconstitucionalidad.

Así, no era difícil esperar que el TC entrara al conocimiento de recursos de inaplicabilidad relacionados con los problemas surgidos con ocasión de la modificación unilateral de los precios de los planes de salud que realizan las ISAPRES. A mediados de 2008, se dictó la primera sentencia que acoge un

6 Véanse, por ejemplo, las ideas avanzadas por el trabajo de Javier Couso y Carolina Tohá, “Las Transformaciones de la Política Chilena: ¿Qué Representar y Cómo?”, en *El Chile que viene*, (Expansiva-UDP), 2009.

7 No deja de llamar la atención que, en dos de los tres recursos de inaplicabilidad acogidos, los requerientes han sido abogados con buenos conocimientos de derecho público: Silvia Peña Wassaf, abogada del departamento de estudios del Ministerio Público, y Pedro Fernández B., destacado profesor de derecho ambiental.

recurso de inaplicabilidad en la materia (Sentencia Rol N° 976, de 26 de Junio de 2008). Asimismo, durante 2009, dos sentencias adicionales acogieron similares requerimientos (Sentencia Rol N° 1218, de 7 de Julio de 2009; Sentencia Rol N° 1287, de 8 de Septiembre de 2009).

Las tres sentencias mencionadas exponen, en términos generales, que los derechos sociales se encuentran reconocidos en nuestra Constitución y que estos últimos no son meras expectativas o directrices sino que verdaderos derechos que pueden ser justiciables. Con ese trasfondo, se incorporan diversos argumentos que pretenden justificar la obligación de los entes privados que materializan derechos constitucionales como la salud, en orden a realizar los máximos esfuerzos por que estos derechos no se vean violentados ni menoscabados en su esencia. Asimismo, la segunda y tercera sentencia sumaron nuevos argumentos para justificar la impugnación constitucional del precepto legal en discusión⁸.

2. Críticas

Para parte importante de la doctrina, estos fallos fueron motivo de celebración: por primera vez, de manera explícita, y por la máxima instancia constitucional, se estableció que los derechos sociales son verdaderos derechos reconocidos en la Constitución y que, por ello mismo, son derechos plenamente justiciables⁹. Para muchos¹⁰, esta sentencia representa un fuerte avance en materia de derechos económicos, sociales y culturales, al considerarlos como verdaderos derechos y no como simples declaraciones programáticas o directrices políticas. A pesar de mostrar cierta crítica en torno a algunos aspectos

8 Es importante notar que la segunda y tercera sentencias, acogen los requerimientos no en base al artículo 19 n°9, sino en base a la protección constitucional de la seguridad social y un presupuesto de solidaridad que sería parte de la esencia de ella. Ello, sin embargo, no altera el análisis que se hace aquí. Para una de las posibles lecturas de este cambio argumentativo y su relación con la inadecuada distinción entre control concreto y abstracto, véase Lovera, Domingo, “El TC y las ISAPRES: A propósito de los derechos sociales en la Constitución de 1980”, de próxima publicación.

9 “*Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica*” (considerando 26° de la Sentencia Rol N° 976, de 26 de junio de 2008).

10 Véase Viera, Cristián, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de Junio de 2008”, Sentencia Rol N° 976, de 26 de junio de 2008, que acoge requerimiento interpuesto por doña Silvia Peña Wasaff para declarar inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (ley de Isapres)” (disponible en <http://www.uvm.cl/derecho/masjurisp.shtml>); Aguilar Carvallo, Gonzalo, “Principio de Solidaridad y derecho privado: comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional”, en 14 *Ius et Praxis*, n°2; y Zúñiga, Francisco, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en 20 *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*.

del fallo, celebran que se haya desechado la argumentación de que no se trata de verdaderos derechos dada la dependencia de su exigibilidad respecto de los recursos económicos del Estado¹¹.

Ahora bien, tratándose de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional que reconocían a los derechos sociales como verdaderos derechos, debería haber existido un análisis más profundo acerca de los fundamentos de los mismos, así como de su justiciabilidad. Ello pues un sector importante de la doctrina constitucional cuestiona que los derechos sociales puedan ser discutidos en tribunales o ser objeto de revisión judicial¹². Los argumentos que se han esgrimido son variados y van desde una crítica a la legitimidad democrática de los jueces para realizar tales juicios hasta la incapacidad técnica de éstos para definir políticas sociales. En otra perspectiva, algunos van más allá en su crítica y llegan a señalar que el término ‘derechos sociales’ es una contradicción en los términos¹³. Considerando los problemas teóricos y prácticos que implican los derechos sociales, la jurisprudencia del TC podría haber integrado, aunque fuera de manera panorámica, la ardua discusión que se da en la doctrina constitucional al respecto. Es importante que el Tribunal Constitucional esté a la altura de tales discusiones.

Más allá de este avance doctrinal, los aspectos críticos son los que verdaderamente importan en un comentario de jurisprudencia. Sin una adecuada dogmática constitucional que le sirva de barrera, la jurisprudencia constitucional puede tornarse arbitraria, dañando la certeza jurídica que ella está llamada a proveer¹⁴. De ahí la importancia de las críticas.

En lo que sigue, se hará una breve presentación de las críticas que se pueden realizar a los fallos objeto del presente comentario.

11 Este argumento, refutado por las sentencias de inaplicabilidad, ha sido el que ha defendido parte importante de nuestra doctrina constitucional, al menos de aquella que nace al amparo de la Constitución de 1980. Para ello, véase Lovera, Domingo, “Los derechos sociales en la Constitución de 1980”, *Working Papers ICSSO* (disponible en icso.cl/archivos/working-papers-icso-udp-3-2009-Lovera.pdf).

12 Para un resumen de estas críticas, véase Gargarella, Roberto, “Justicia y Derechos Sociales: Lo que no dice el argumento democrático”, en *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*, tomo II (Abeledo-Perrot), 2009, 965 y ss.

13 Véase, por ejemplo, Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, en 4 *Discusiones: Derechos Sociales*, para quien los reclamos o metas sociales que subyacen a los derechos sociales se ahogan y contradicen en sí mismos al plantearse en una formulación liberal y burguesa como la de los derechos.

14 Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional*, (Editorial Jurídica) 2008, 40-45.

a) El uso del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como un cuasi-amparo de derechos fundamentales, similar a lo que se controla a través del recurso de protección.

En parte debido a la inadecuada distinción entre control concreto y control abstracto, que ha sido expuesta en otros trabajos¹⁵, el recurso de inaplicabilidad se transforma en una acción constitucional con un objeto similar al recurso de protección. En el caso concreto, el recurso de inaplicabilidad se transforma en un procedimiento para controlar la discrecionalidad de las atribuciones de las ISAPRES con respecto al precio de los planes de salud que pueda generar efectos lesivos de derechos fundamentales, cuestión que parece propia de los procesos de protección¹⁶. Ello es correctamente entendido, a nuestro juicio, por el voto de minoría (presente en los tres fallos de inaplicabilidad), que advierte que la magnitud del alza discrecional es una cuestión que cabe resolver a los jueces del fondo en el recurso de protección: *“Más allá de estos márgenes legales, autorizados por el artículo 38 ter impugnado, no le corresponde a esta Magistratura determinar si la específica alza determinada por la ISAPRE en el caso de la requirente fue legal o arbitraria, pues ello es precisamente la materia del recurso de protección que han de resolver los jueces del fondo”*. Ello es respaldado por las opiniones de Francisco Zúñiga, quien, en esta misma línea argumentativa, critica el fallo: *“compete a los Tribunales Superiores de Justicia en sede de protección determinar la antijuridicidad lesiva de derechos fundamentales de la modificación del costo o precio del plan de salud otorgado en el marco del contrato de salud previsual, todo lo cual es propio del proceso de amparo de estos derechos. Nuevamente el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad transforma el control concreto en un seudo amparo constitucional extraordinario de derechos fundamentales con el efecto explícito revocatorio supercasatorio de sus sentencias”*¹⁷.

15 Couso, Javier y Alberto Coddou, “La Naturaleza Jurídica de la Acción de Inaplicabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un Desafío Pendiente”, de próxima publicación. Del mismo modo, Fermandois, Arturo “Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley”, 17 *Revista Actualidad Jurídica*, 175, 183-7.

16 Muchos de los cuales quedan suspendidos con la presentación de recursos de inaplicabilidad ante el TC.

17 Zúñiga, Francisco, “Comentarios de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, sentencia rol 976-2008 (disponible en www.legalpublishing.cl). Uno de los efectos de esta concepción del recurso de inaplicabilidad es entregar un sólido argumento en apoyo de la idea de que los derechos sociales sí se encuentran amparados en el esquema de garantías del derecho chileno. Así, como señala Lovera, *“si una garantía es aquel ‘método, mecanismo o dispositivo (...) que sirve (...) para asegurar la efectividad de un derecho’ entonces el esquema de garantías constitucionales chileno debe comprenderse más allá de la acción de protección”. De este modo, la acción de inaplicabilidad podría pensarse como una garantía, distinta al recurso de protección, “que viene a transformar una meta social –digamos, un derecho social sin garantía o solo reconocido constitucionalmente– en derecho”*. Lovera, Domingo, “El TC y las Isapres:

b) Justificación iusnaturalista¹⁸.

En nuestros tiempos, la justificación iusnaturalista de los derechos fundamentales es objeto de diversas críticas por parte de la doctrina jurídica. Que ello sea obviado por un amplio sector de la jurisprudencia constitucional, simpatizante de doctrinas neoconstitucionales, no implica el olvido de las críticas que pueden realizarse a este tipo de justificaciones. El neoconstitucionalismo, de este modo, reemplaza la función que en otros tiempos cumplió el derecho natural: adecuar el derecho legislado a la moral, de modo que se revive una conexión necesaria entre derecho y moral, cuestión que de inmediato trae problemas para el reconocimiento del contenido de la Constitución. En efecto, no se entiende qué otro tipo de justificación, sino una de tipo moral, es la que podría justificar el adecuar ciertas reglas legales a cuestiones sustantivas que se encuentran expresadas en términos excesivamente amplios en nuestra Carta Fundamental. Se abre la posibilidad de que la justificación moral no provenga de una moral crítica ni mucho menos objetiva, sino de la moral personal del juez que resuelve la cuestión. Creemos que la justificación de los derechos fundamentales, si bien puede apelar a cuestiones morales, debería recoger las críticas que se le realizan.

c) Los valores de la Constitución como parámetro del control de constitucionalidad.

Otra de las cuestiones problemáticas en esta sentencia es atribuirle a los valores de la Constitución, un mismo estatus que su texto. Para Letelier, *“al TC parece no temblarle la mano cuando afirma que la Constitución está integrada no sólo por normas y principios (lo que ya discute el constitucionalismo positivista con argumentos bastante certeros) sino que además por ‘valores’. Ello unido a que considera que ciertas normas constitucionales en realidad reflejan prerrogativas que ‘preexisten’ a la sociedad misma, lo que constituye una clara apelación iusnaturalista siempre peligrosa en estos tiempos”*¹⁹. Parte de la doctrina no se ha detenido en el análisis crítico de estas ideas, salvo el caso de Viera y Zúñiga. Más

a propósito de los derechos sociales en la Constitución de 1980”, de próxima publicación. Ello, sin embargo, se hace al costo de desnaturalizar la acción de inaplicabilidad.

18 Entre otros argumentos que aluden al iusnaturalismo, el TC señala lo siguiente: *“Que, en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, se articula el sistema constitucional chileno, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella”*.

19 <http://decive.blogspot.com>, Letelier, Raúl, “¡Qué buenos parlamentarios son nuestros jueces constitucionales!”. Desde ya, disculpo al autor citado por esta referencia, pues estas ideas no han sido confrontadas en un plano académico.

aún, algunos, como Aguilar Carvallo, han celebrado este hecho: “*El Tribunal Constitucional, en el fallo de la Ley de ISAPRES, reitera el principio de que la Constitución no es sólo la letra de la misma, mucho más que eso, son sus valores, principios y espíritu, eso es lo que constituye verdaderamente el parámetro pleno de constitucionalidad, y por esta vía, los derechos fundamentales o humanos se configuran en un parámetro objetivo de constitucionalidad, cualquiera sea la fuente que los contiene*”²⁰. El peligro de que los valores de la Constitución se erijan en el parámetro del control de constitucionalidad salta a la vista. Para discernir esos valores, previo a ejercer cualquier atribución del control de constitucionalidad, entraremos en disputas metafísicas (propias de la filosofía iusnaturalista presente en diversas sentencias del Tribunal), acerca de qué es lo que, en cada caso, puede decir la Constitución más allá de su texto. Para otros comentaristas, estas sentencias son una expresión del fenómeno que se ha denominado como ‘inflación de derechos’. De acuerdo a éste, el Tribunal expande sus atribuciones para consagrar derechos o valores no reconocidos explícitamente en la Constitución²¹. Este fenómeno, que parece encajar con un concepto de activismo, se diferencia marcadamente de la excesiva moderación que mostraba la Corte Suprema cuando conocía de los recursos de inaplicabilidad con anterioridad al año 2005. Según algunos, “*en esta nueva etapa de nuestro Derecho Constitucional, todo parece indicar que el TC está decidido a jugar un rol protagónico en el diseño de la sociedad en la que queremos vivir*”²².

d) En términos generales, no hay ninguna referencia importante de las sentencias al derecho internacional de los derechos humanos, que es el foro que más esfuerzos ha realizado por justificar la existencia y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

La evolución de los DESC, al amparo del derecho internacional, ha logrado significativos avances respecto a su normatividad. Por ejemplo, y considerando la argumentación a nivel abstracto que realizó el TC, se podrían haber citado las ideas aportadas por el Comité de derechos económicos, sociales y culturales en la observación general n°14 que señalan que la privatización de la provisión de prestaciones sociales no debe implicar una discriminación en

20 Aguilar Carvallo, op. cit.

21 Sierra, Lucas, “Inflación”, *El Mercurio*, 25 de Agosto de 2008.

22 Letelier, op. cit.

el acceso al disfrute de ellas²³. Asimismo, se podría haber hecho referencia a la obligación de no discriminar en el ejercicio de los DESC, en tanto constituye un “*principio fundamental del derecho internacional de los Derechos Humanos aplicable a todo derecho, sea civil, político, económico, social o cultural*”²⁴. Ello, claro está, supone la prohibición de establecer discriminaciones arbitrarias, como aquellas basadas en el sexo o cualquier otra condición social. En particular, tratándose del género, se prohíben no solo las discriminaciones directas (por ejemplo, aquellas contenidas en la legislación, lo que en el caso en discusión sucede de manera explícita), sino también las indirectas: ello exige que los Estados tengan en cuenta “*la manera en que la aplicación de normas y principios jurídico aparentemente neutrales en lo que se refiere al género tenga un efecto negativo en la capacidad del hombre y la mujer para disfrutar de sus derechos humanos en pie de igualdad*”²⁵. En las condiciones de la mujer chilena, es patente la discriminación indirecta en el acceso a prestaciones de salud de mejor calidad²⁶.

e) Los efectos de los fallos del TC en la comunidad.

El Tribunal no considera que sus fallos pueden generar potentes mensajes que alteran la racionalidad de los agentes del sistema. Es decir, más allá de que el Tribunal enfatice que los efectos de la inaplicabilidad se reducen al caso concreto, los diversos actores recogen los argumentos de una acción acogida, haciendo surgir diversas conductas entre los actores, quienes buscan igualar las circunstancias para ser tratados de igual manera por el sistema. Los jueces, de acuerdo a las ideas aportadas por el análisis económico del derecho, “*no pueden omitir el futuro (...) el juez debe considerar el probable efecto de decisiones alternativas sobre el comportamiento futuro de los individuos*”²⁷. El tribunal tiene plena consciencia de

23 Párrafo 4.

24 Espejo, Nicolás, “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Consagración, Contenido y Justiciabilidad”, en *Manual sobre Justiciabilidad de Derechos Sociales para Jueces de Iberoamérica* (OXFAM-Chile), 2009, 38.

25 Comité DESC (n.47), párr. 18.

26 Téngase en cuenta, por ejemplo, la baja participación de la mujer en el mercado del trabajo y la diferencia de ingresos en puestos similares de trabajo. Para ello, véanse los informes sobre Chile de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (www.ocde.org) y la Organización Internacional del Trabajo (www.oit.org).

27 Richard Posner, citado en Soto, Sebastián, “Fallo Isapres: una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces”, en *Sentencias Destacadas 2008*, (Libertad y Desarrollo).

que los fallos generan incentivos para la comunidad jurídica, pues en casos como este es enfático en recalcar los efectos inter partes, cuestión que parece más bien una mera advertencia antes que una reflexión sobre el nuevo diseño de la inaplicabilidad. Como evidencia empírica, se puede citar el aumento de recursos de protección interpuestos en contra de ISAPRES con posterioridad a la fecha de dictación de la primera sentencia, lo que refrenda la idea expuesta aquí²⁸.

f) ¿Son buenos parlamentarios nuestros jueces constitucionales ante la ineficacia del poder legislativo?.

Debido a la ineficacia de nuestro Poder Legislativo para recoger oportunamente las demandas de la población respecto de una mejor cobertura y calidad de las prestaciones de salud, algunos intentaron justificar la judicialización de los reclamos ante el TC: “*Si no hemos podido conseguirlo por la parte legal, esperamos lograrlo por la vía constitucional*”²⁹. Las palabras de Enrique Accorsi representan la ineficacia de nuestro Poder Legislativo para canalizar adecuadamente lo que la opinión pública demanda de su sistema de salud. Ello ha explicado que una situación que goza de poca legitimidad y aceptación entre la ciudadanía, como las discriminaciones por sexo y edad, lleguen al TC después de haber fracasado en la discusión legislativa. Como señala Letelier: “*cabe indicar que el TC ha hecho justo aquello que los parlamentarios temen hacer, regular más y mejor el ‘mercado’ de los servicios de salud haciendo que las ganancias de los prestadores del servicio sean a lo menos un poco menos abultadas y el sistema provea un servicio de salud mucho más justo y solidario. Si eso le corresponde o no hacer al TC es algo de lo cual no nos cansaremos de discutir. Sin embargo, al final del día, y puestos en la situación, siempre paradigmática, de creer que un grupo de abogados interpreta mejor la Constitución que una mayoría democráticamente legitimada, sólo nos queda alabar esta sentencia proclamando: ¡Qué buenos parlamentarios son nuestros jueces constitucionales!*”³⁰.

Estructura básica de la sociedad, arreglos institucionales y deberes individuales: Un considerando que se repitió en los tres fallos que acogieron los recursos de inaplicabilidad, sostuvo “*que, sin duda, las instituciones aludidas tienen*

28 Soto, op. cit. 176-179.

29 *El Mercurio*, 24 de Julio de 2009.

30 Letelier, op. cit.

también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes, encuentran límites y obligaciones legítimas, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad. Precisamente, entre tales delimitaciones aparece, al tenor del artículo 19, N° 24, inciso segundo, de la Constitución, cuanto exija la salubridad pública, es decir, lo que sea bueno para la salud de sus habitantes”. Lo problemático de este razonamiento es que, para la protección de las garantías constitucionales, no bastaría con un arreglo institucional que se corresponda con el compromiso asumido en el código político. En otras palabras, para el cumplimiento de los valores que la Constitución considera como socialmente valiosos, no solo podríamos exigir modificaciones a la estructura básica de la sociedad, a través de los deberes constitucionales (principalmente mandatos al legislador) sino que también deberes personales, cuyos límites son imprecisos, respecto de las acciones de los particulares. Todo ello redundaría en un problema complejo de resolver y que la filosofía política ha resumido en las críticas que Gerald Cohen realiza a la teoría de la justicia rawlsiana: si queremos hablar de la justicia como un valor, no podemos reducir la discusión a la estructura básica de la sociedad. Así, *“la justicia no puede ser sólo una cuestión de la estructura legal del Estado dentro del que la gente actúa, sino que es también una cuestión que tiene que ver con los actos que la gente elige dentro de esa estructura, con las opciones personales que llevan a cabo en su vida diaria”*³¹. Resumiendo la crítica, podemos decir que Cohen ataca la defensa del principio de la diferencia en torno a proteger los incentivos de quienes están en una mejor posición en la sociedad: en el caso en estudio, de las ISAPRES, quienes justifican su posición en el sistema de salud generando incentivos para una mejor cobertura, un mejor desarrollo tecnológico y una mejor atención de salud, consideradas las cosas integralmente. Serían las propias ISAPRES, y sobre todo sus dueños, quienes hacen que sean necesarias elevadas recompensas *“con su actitud de no querer trabajar, a cambio de las recompensas habituales, con la misma productividad con que lo harían a cambio de recompensas más elevadas y esa falta de disposición por*

31 Cohen, Gerald, *Si eres igualitarista, ¿Cómo es que eres tan rico?* (Paidós Ibérica) 2001, 166.

su parte es lo que asegura que los no especialmente dotados obtengan menos de lo que obtendrían en otro caso”³². Con las sentencias que se comentan aquí, los argumentos de Cohen esbozados parecen recibir un reconocimiento institucional, siendo plenamente exigibles ciertas conductas individuales en el cumplimiento de los derechos fundamentales. Que ello es una discusión latente en la filosofía política que ha causado grandes controversias intelectuales, no cabe duda. Que ello sea asumido de manera irreflexiva en foros judiciales, parece, al menos, problemático.

IV. La sentencia Rol No 1444, sobre acción de inconstitucionalidad

De acuerdo a este fallo, la acción de inconstitucionalidad presentada por tres diputados para expulsar del ordenamiento jurídico al artículo 38 ter de la ley de ISAPRES, que contiene la tabla de factores que ha estado en el centro de la disputa, no satisface la exigencia de contener una petición razonablemente fundada, por lo que ni siquiera se acoge a tramitación. En concreto, señala que si bien se citan las sentencias previas de inaplicabilidad que van en apoyo de la pretensión, no se desarrollan los argumentos constitucionales que le sirven de sustento³³.

El conocimiento de la acción de inconstitucionalidad viene a profundizar la confusión que reina entre los ministros del Tribunal Constitucional al intentar distinguir entre control concreto y control abstracto. Para ilustrar ello, presentaremos algunos extractos de los votos de mayoría y de minoría que revelarán los extremos a los que ha llegado la comentada confusión. Por una parte, el considerando 6° del voto de mayoría afirma que *“si bien los requirentes han manifestado expresamente que la inconstitucionalidad que solicitan sea declarada en este proceso se funda en ‘las mismas consideraciones’ contenidas en los fallos de inaplicabilidad dictados por este Tribunal que citan, en la pretensión que se contiene en el libelo se agregan argumentaciones que resultan incompatibles e incluso contradictorias con el control constitucional abstracto que se pide ejercer a este Tribunal en virtud de la atribución que le confiere el numeral 7° del inciso primero del artículo*

32 Ibid., 172

33 El artículo 47 P de la Ley N° 17.997 (Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional), modificada por la Ley N° 20.381 (2009), dispone lo siguiente: *“Si la cuestión de inconstitucionalidad es promovida mediante acción pública, la o las personas naturales o jurídicas que la ejerzan deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo”*.

93”. Por otro lado, para argumentar a favor de la conformidad de la acción con el artículo 47 P de la Ley Orgánica Constitucional del TC, el voto de minoría señala que, “*por una parte, en ella se indican las sentencias de inaplicabilidad previas en las que se sustenta (...) por otra parte, la indicación precisa de los fundamentos que le sirven de sustento es suficiente, ya que los requirentes solicitan a esta Magistratura que tal decisión se adopte ‘por las mismas consideraciones formuladas en los referidos fallos’ aludiendo a las sentencias de inaplicabilidad citadas. Obvio resulta, en consecuencia, que, accediendo a tal solicitud, tanto la fundamentación como lo resolutivo de ambas sentencias de este Tribunal, representen un respaldo sólido para lo reclamado en el requerimiento de autos*”.

Estos argumentos contradictorios son dignos de consideración. Muestran la confusión en que se encuentran los ministros del Tribunal Constitucional y la comunidad jurídica al no distinguir, en forma real, entre ambos tipos de control. En efecto, de la lectura de los mismos queda en evidencia la falta de coherencia del sistema de control constitucional en manos del TC. Por una parte, los diputados que interponen la acción pública de inconstitucionalidad se limitan a indicar las sentencias previas de inaplicabilidad y a incorporar como argumentos adicionales las ‘mismas consideraciones’ formuladas en aquellas sentencias. Ello indica, al menos a simple vista, que los usuarios del sistema no distinguen entre control concreto y abstracto, pensando, más bien, que se trata de dos etapas de un mismo proceso. En otras palabras, la comunidad jurídica es incapaz de distinguir que entre ambos tipos de control hay una diferencia significativa. Como hemos visto, a ello ha colaborado un inadecuado diseño del sistema de control de constitucionalidad y una deficiente y cambiante jurisprudencia en torno a esta distinción³⁴. Por otra parte, los ministros del voto de mayoría de esta sentencia argumentan que la acción de inconstitucionalidad se distingue de la acción de inaplicabilidad justamente por su carácter abstracto. Fundados en ello, señalan que la acción no se encuentra suficientemente motivada pues los requirentes esgrimen los mismos argumentos que en sede de inaplicabilidad: “*argumentaciones que resultan incompatibles e incluso contradictorias con el control constitucional abstracto que se pide ejercer a este Tribunal en virtud de la atribución que le confiere el numeral 7º del inciso primero del artículo 93*”. Lo increíble de este argumento es que estos ministros olvidan (o, al menos, no advierten) que en los fallos de inapli-

34 Fernandois, op. cit.

cabilidad comentados el voto de mayoría era de un carácter marcadamente abstracto, como ya se ha señalado aquí. Por su parte, los ministros del voto de disidencia (Carmona, Cea y Fernández) de este fallo pretenden negar toda diferencia entre ambos tipos de control. En efecto, ellos entienden que los dos requisitos exigidos por el artículo 47P de la Ley Orgánica Constitucional del TC se encuentran perfectamente cumplidos al ‘indicarse’ las sentencias previas de inaplicabilidad (las que, en palabras de la misma ley, le ‘sirven de sustento’ a la acción) y al esgrimirse los ‘mismos’ argumentos que se habían expuesto en las sentencias estimatorias de inaplicabilidad. Con este argumento, bastaría fundar las acciones de inconstitucionalidad en una sola página: indicando las sentencias previas de inaplicabilidad más una referencia general a las ‘mismas consideraciones anteriores’ contenidas en las sentencias de inaplicabilidad.

En nuestra opinión, en esta sentencia yerran todos los ministros del TC. Unos, al usar la distinción entre control concreto y control abstracto de manera arbitraria (esta distinción, manipulada arbitrariamente, puede servir, por ejemplo, para negarse al conocimiento de cuestiones conflictivas, o para generar legitimidad en áreas de alto impacto mediático; en otras palabras, de acuerdo al caso que se enfrenta, esta distinción puede servir para un ‘activismo soterrado’ o para una ‘deferencia aparentemente razonada’ con el legislador). Los otros, al negar cualquier distinción significativa entre control concreto y control abstracto.

En el voto disidente de Mario Fernández, quien agrega argumentos de fondo en una sentencia de trámite, esta confusión llega a sus extremos. En efecto, en el considerando 10° se señala que *“no puede entenderse (...) que el requisito de la inaplicabilidad previa del precepto legal impugnado para declarar la inconstitucionalidad, sea una fase secuencial de ésta, pues se trata de una acción de naturaleza jurídica completamente distinta”*, para después, en el considerando 19°, agregar que la acción de inconstitucionalidad presentada *“indica con precisión los argumentos constitucionales en los que se funda la pretensión, que coinciden con los que este Tribunal tuvo a la vista para dictar los fallos citados”*. Estos dos argumentos son, a primera vista, contradictorios, pues si se trata de acciones que contienen pretensiones jurídicas completamente distintas, no se entiende por qué la acción de inconstitucionalidad se encuentra suficientemente motivada

al hacer referencia a los mismos argumentos que se tuvieron en vista en las sentencias previas de inaplicabilidad.

V. Una adecuada justificación de la revisión judicial respecto de derechos sociales

En medio de tantas críticas, quisiera aventurar, basado en las ideas de otros autores, una justificación del control de constitucionalidad relativo a derechos sociales. Entendiendo que existen sistemas de revisión judicial fuertes y débiles, me inclino por estos últimos a la hora de configurar un sistema de control constitucional que sea respetuoso de la legitimidad democrática. La característica de los sistemas débiles *“no radica en que el alcance de la revisión judicial sea reducido. En su forma débil, estos sistemas tienen el poder de evaluar toda la legislación con el fin de determinar si es o no consistente con las disposiciones constitucionales. Antes bien, la característica principal de la revisión judicial débil descansa en que son las mayorías legislativas ordinarias las que pueden desplazar ciertas interpretaciones judiciales de la Constitución en el relativo corto plazo”*³⁵. En resumen, los tribunales de estos sistemas no se conciben a sí mismos como los únicos y exclusivos intérpretes de la Constitución, sino como uno más de los entes llamados a realizar aquello. En esa tarea, sin embargo, pueden servir como mecanismos de control democrático. En otras palabras, la revisión judicial puede servir para la democracia, evitando, de algún modo, la objeción contramayoritaria (aquella que cuestiona la legitimidad de los jueces para resolver asuntos que debieran ser resueltos en el Poder Legislativo). Para ello, sin embargo, debemos hacer referencia a un concepto de democracia que vaya más allá del principio mayoritario, a un concepto que incluya la deliberación pública como parte esencial de su contenido. De ahí que, en nuestro contexto latinoamericano, carente de discusión o deliberación pública, se justifique, en algún sentido relevante, la existencia de cortes o tribunales constitucionales que controlen que el proceso democrático se haya llevado a cabo de acuerdo a estándares mínimos de deliberación. Así, un rol alternativo de las cortes, distinto a la adjudicación de derechos fundamentales en términos definitivos, es el de *“servir como mecanismos de control de la inactividad legislativa”*³⁶. Otras perspectivas del rol que debieran jugar las cortes, una defe-

35 Tushnet, Mark, “Alternative forms of Judicial Review”, en Michigan Law Review, vol. 101, n°8, Symposium: Judging Judicial Review: Marbury in the Modern Era, 2781-2802.

36 Lovera, Domingo, “Políticas Públicas y Derechos Sociales: en busca de un lugar adecuado para las cortes”, de próxima publicación.

rente o una activista, no ayudan a responder la objeción democrática. Las cortes (excesivamente) deferentes, debilitan la participación democrática o colaboran a solventar una democracia de elites. Las cortes activistas, debilitan el respeto que le debemos al sujeto principal de la democracia: el pueblo.

En palabras de Gargarella, *“si tomamos como punto de partida el hecho que todos somos falibles, tenemos una primera razón para promover, en principio, todos aquellos mecanismos que nos ayuden a corregir nuestras decisiones. Nuestras decisiones son, y siempre estarán abiertas a incluir errores fácticos y lógicos, así como serán vulnerables frente a la falta de información y a los prejuicios. Además, como todos sabemos, el sistema político sufre de numerosos problemas, que permiten frecuentemente la aprobación de decisiones parciales. Existe una extensa literatura, tanto teórica como empírica, que menciona y documenta la influencia excesiva de los grupos de interés y de los intereses más poderosos sobre el proceso político. De acuerdo con dicha literatura, el sistema político tiende a sesgarse indebidamente o a resultar demasiado sensible a la presión de ciertos grupos, lo cual afecta tanto su carácter mayoritario, como su ambición de promover la imparcialidad”*³⁷.

Lo que pasó en el caso de las ISAPRES en el TC puede ser sintomático de esta discusión desarrollada al nivel de la teoría democrática³⁸. En efecto, el artículo impugnado en estos casos, que contempla la tabla de factores que utiliza, entre otros criterios, al género y la edad para aumentar los precios de los planes de salud, genera numerosos críticos entre la ciudadanía. Difícilmente pasa los controles de razón pública y de universalidad sobre los que tanto se pregona en la teoría política. En efecto, los demócratas deliberativos debieran resistir decisiones que *“son el resultado circunstancial de un proceso de toma de decisiones que no tomó en consideración ciertos argumentos relevantes, o que de otra manera no aseguró la justificación pública de sus conclusiones (decisiones basadas en una deliberación imperfecta)”*³⁹. Que dos cuestiones que no dependen de nosotros, como el género y el envejecimiento, sean determinantes a la hora de recibir una mejor o peor atención de salud son cuestiones, a primera vista, problemáticas para un país que considera odiosas las discriminaciones arbitrarias.

37 Gargarella, Roberto, “Democracia deliberativa y el papel de los jueces frente a los derechos sociales”, 19-20. Disponible en <http://cablemodem.fibertel.com.ar/seminario/rg-delibsoc.doc>

38 Para Sunstein, una concepción deliberativa de la democracia exigiría que el sistema institucional se organizara de modo que “favorezca una deliberación no distorsionada por el poder privado”, citado en *Ibid.*

39 *Ibid.*

De este modo, creo que solo esgrimiendo este tipo de justificaciones previas, es decir, con referencias a una idea deliberativa de la democracia, los jueces podrían reproducir los argumentos que utilizó Mario Fernández, en su voto de minoría, para acoger a tramitación la acción de inconstitucionalidad que se comenta (en lo principal, los argumentos del ministro Fernández descansan en la igualdad de género en tanto valor superior de todo el ordenamiento jurídico; para ello, hace referencia a la Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, para sostener que la tabla de factores impugnada lesiona tanto la igualdad de iure como de facto). De otro modo, una democracia imperfecta, incapaz de recoger las demandas de la ciudadanía y de someter sus discusiones a una idea mínima de razón pública, se queda sin control alguno. Considerando las deficientes condiciones de participación política que subsisten en nuestro sistema político⁴⁰, es posible justificar un rol innovador de las cortes en este sentido. Para ello, sin embargo, el TC debería hacer dos cosas: primero, abandonar la idea de que él es el único y exclusivo intérprete final de lo que dice la Constitución; segundo, explorar otros mecanismos de adjudicación propios de un sistema débil de revisión judicial⁴¹.

VI. Conclusiones

Si bien hay cuestiones loables en la reciente jurisprudencia del TC sobre derechos sociales, los aspectos críticos de la misma pueden colaborar a generar un debate mucho más fructífero al respecto. Se convierte en un imperativo leer críticamente las sentencias, con el objeto de que la dogmática constitucional pueda constituir, en efecto, un marco de aceptabilidad para la jurisprudencia constitucional, aspirando a “*servir de límite eficaz a la discrecionalidad del intérprete*”⁴². Solo así, podremos canalizar de manera adecuada uno de los

40 Atria, Fernando, “Participación y Alienación Política en Chile”, en Vol. n°57, 575 Revista Mensaje, 8-II.

41 Para Gargarella, las cortes “tienen amplias posibilidades de actuar de manera respetuosa hacia a la autoridad popular: ellos poseen suficientes técnicas y medios procedimentales a su alcance para actuar en consecuencia. Pueden bloquear la aplicación de una cierta norma y devolverla al Congreso, forzándolo a pensar de nuevo sobre ella; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los legisladores una solución concreta; pueden establecer que una violación de derechos debe ser corregida en un tiempo límite, sin ponerse en el lugar del legislador ni decidir cuál remedio particular debería ser aprobado; pueden sugerir al legislador una serie de remedios alternativos, dejando la decisión final en las manos del último”, op. cit.

42 Zapata, op. cit. P. 41.

debates inconclusos en nuestra sociedad: la discusión acerca del desarrollo y el bienestar de nuestros ciudadanos, cuestiones que subyacen al reclamo que contienen los derechos sociales. La necesidad de discutir estas cuestiones nos debe llevar, al mismo tiempo, a una reflexión de los lugares adecuados en los que ello debe suceder. Si las cortes o los parlamentos son los adecuados, dependerá de las condiciones de nuestra democracia.

LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2009: ¿NUEVOS PARCHES PARA UNA CONSTITUCIÓN FATIGADA?

*Juan Pablo González*¹

Introducción

El año 2005 entró en vigencia la ley 20.050, la cual estableció una serie de reformas a la Constitución Política. Entre las 54 modificaciones que estableció dicha ley destacaron la eliminación de la protección de la vida pública tal como estaba consagrada en el artículo 19 N°4, la consagración de los principios de probidad y publicidad de los actos del Estado, el deber de fortalecimiento de la regionalización del país por parte de los órganos del Estado, cambios en cuanto a la adquisición de la nacionalidad y a los requisitos para ser Presidente de la República y la reformulación —que ha tenido grandes consecuencias— del Tribunal Constitucional, dándole competencia tanto para conocer del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (lo cual hasta ese momento competía a la Corte Suprema) como para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, expulsándolo del ordenamiento jurídico.

Esta reforma ha sido una de las más importantes a nuestra Carta, que ha sido objeto, por lo demás, de numerosas modificaciones (27 leyes modificatorias). Esto se debe a que el escenario político y jurídico hoy es muy distinto al de 1980, partiendo obviamente, porque la Constitución ha debido adecuarse a los estándares que una democracia demanda.

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales UDP y Abogado. Ex pasante ante la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington DC). Actualmente se desempeña en el Centro de Modernización de la Justicia y en el Programa de Derecho Constitucional, ambos de la Facultad de Derecho UDP.

Esto no deja de llamar la atención cuando vemos experiencias comparadas, como es el caso de España, cuya Constitución, que data del año 1978, ha sido objeto únicamente de una modificación, o el caso de la Constitución de Estados Unidos (“We the People”) que contiene también 27 enmiendas, siendo la última del año 1992.² Si bien lo anterior puede parecer una similitud de esta última con nuestra Carta, hay un elemento de gran relevancia que rompe con esta semejanza: la carta norteamericana es de 1787 y la nuestra de 1980.

La forma en que se estableció el poder constituyente originario y el escenario en que este creó la actual Constitución, junto a otros factores, han obligado a ir parchándola poco a poco, eliminando toda regulación que atente contra los principios democráticos, como lo eran la prohibición de la ideología marxista, la imposibilidad de remoción de los jefes de las fuerzas de seguridad y orden por parte del presidente de la república, los senadores designados o la censura previa en materia cinematográfica. Estas continuas modificaciones no se han detenido, sino que constituyen un permanente proceso que subsiste en el tiempo.

Ejemplo de este proceso es que durante el año 2009, han sido publicadas cinco leyes modificatorias a la Constitución.³ De éstas me parece necesario detenerme en dos: la autorización al Estado Chileno para que reconozca la competencia de la Corte Penal Internacional y la consagración de la inscripción inmediata en los registros electorales y ejercicio voluntario del voto.

De este modo, las siguientes páginas contienen la siguiente estructura: (i) un breve análisis de por qué nuestra Constitución ha sido objeto de continuas modificaciones; (ii) análisis de dos de las reformas realizadas durante el año 2009: la autorización al Estado Chileno para que reconozca la competencia

2 Cabe aclarar además que en el caso de Estados Unidos son enmiendas y no leyes modificatorias como es el caso chileno. Cada ley modificatoria a la Constitución conlleva diversas modificaciones, como sucedió por ejemplo con la ley 20.050, la cual está compuesta de 52 artículos, donde cada uno modifica diversos aspectos del texto constitucional.

3 Una última modificación a la Constitución, publicada en enero de 2010, fue la ley 20.414 la cual destaca por incorporar al artículo 8 de la Constitución dos nuevos incisos que establecen la obligación para el Presidente de la República, sus ministros, diputados y senadores y toda otra autoridad que determine su ley orgánica constitucional, a declarar sus intereses y patrimonio en forma pública. Del mismo modo, dicha ley establece una modificación al número 15 del artículo 19 estableciendo la posibilidad para los partidos políticos de que los candidatos a ser elegidos mediante elección popular sean determinados mediante el mecanismo de primarias. Debido a razones metodológicas esta última ley no es analizada en este trabajo.

de la Corte Penal Internacional y la consagración de la inscripción automática y el voto voluntario; reseñando sus avances y los problemas que enfrentan; y (iii) conclusiones finales.

I. Constitución parchada ¿Por qué no una nueva?

Tal como señalé anteriormente, 27 son las leyes que han modificado la Constitución. Estos cambios fueron realizados por la Junta de Gobierno, que ejercía bajo la dictadura la labor legislativa (por la necesidad de modificar ciertos aspectos para el correcto funcionamiento de la Carta en democracia y llevar a cabo de mejor forma la transición política a la que Chile se enfrentaba), y luego en democracia a través de diversas modificaciones como la ley 20.050 de 2005.

Así, la pregunta inevitable es: ¿por qué se ha mantenido una Constitución que ha sufrido diversas modificaciones en 30 años? Para responder esta pregunta me basaré en los trabajos de los profesores Ginsburg, Elkins y Melton,⁴ y en el de Negretto⁵, quienes han estudiado en el ámbito mundial y latinoamericano la durabilidad de las constituciones o lo que se ha denominado como *lifespan of constitutions* (esperanza de vida).

Una primera razón para tener hoy una Constitución parchada es de naturaleza histórica y tiene directa relación con el poder constituyente originario. En el caso chileno nuestra Constitución es fruto de un proceso cerrado en el que participaron principalmente la Comisión Ortúzar, el Consejo de Estado y, finalmente, la Junta de Gobierno. Todas estas instancias fueron a puertas cerradas, durante el gobierno militar, sin representantes ni de la sociedad civil ni de personas contrarias al régimen imperante. En palabras de los autores antes mencionados, “*muchas constituciones son elaboradas por un pequeño grupo de líderes en una sala contigua*”.⁶

4 Ver Ginsburg, Tom; Zachary, Elkins y Melton, James; “The Lifespan of Written Constitutions”. 2008. Disponible en http://www.gwu.edu/~igis/assets/docs/Elkins_paper.pdf.

5 Ver Negretto, Gabriel; “The Durability of Constitutions in Changing Environments: A Study on Constitutional Stability In Latin America”. 2006. Disponible en http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/1/5/2/6/8/pages152687/p152687-1.php.

6 Ginsburg, Zachary y Melton, op. cit.,5. La versión en inglés señala “Many constitutions are crafted by a small set of leaders in a back room” (traducción del autor).

Esto conlleva un problema teórico, cual es la falta de debida representación de todos los sectores de la sociedad en la elaboración de la que será la Carta Fundamental. Al no ser así, se da cuenta de una realidad parcializada, por lo que la Constitución no tendrá respuestas frente a las realidades y sucesos que no fueron escuchados.

A esto se debe sumar la ausencia de métodos de participación ciudadana, que mermó la legitimidad del proceso. Si bien existió un plebiscito en 1980 para aprobar el texto de la Constitución, éste estuvo exento de las características elementales con que un proceso de esta naturaleza debe contar. Tal como señalara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *“Las condiciones que rodearon la realización del plebiscito merecieron diversas observaciones de parte de destacadas personalidades e importantes instituciones chilenas. Ellos coincidieron en negar toda validez al acto electoral por haber sido convocado y realizado bajo la vigencia de estado de emergencia con las severas restricciones a los distintos derechos que ello implicaba; por no existir registros electorales; por la ausencia de una adecuada fiscalización del acto; por la falta de alternativas que el elector pudiese oponer a la constitución propuesta; por la desventaja de hecho en que actuó la oposición respecto a la publicidad brindada a sus posiciones; porque los partidos políticos se encontraban proscritos o disueltos y porque un significativo sector de la población se encontraba fuera del país sin poder regresar”*.⁷

La legitimidad no está dada únicamente por la existencia de un proceso de aprobación por parte de la ciudadanía, sino que dicho proceso debe contener garantías mínimas. Al respecto, el estudio de Ginsburg, Zachary y Melton señala que *“La ratificación pública conlleva constituciones más duraderas en democracias, pero no así en autocracias. Los referéndum en dictaduras no confieren genuina legitimidad ni facilita el cumplimiento de los términos de la Constitución”*.⁸

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile”, párrafo 64. 1985. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Chile85sp/Index.htm>

8 Ginsburg, Zachary y Melton, op. cit. La versión en inglés señala “Public ratification produces more enduring constitutions in democracies, but not in autocracies. This is intuitive: referenda in dictatorships do not genuinely confer legitimacy or facilitate collective enforcement or constitutional terms” (traducción del autor).

De este modo, una constitución que no ha sido aprobada por mecanismos que garanticen eficientemente la real voluntad de la ciudadanía, tiene menos probabilidades de persistir —tal cual como fue aprobada— en el tiempo.

Una segunda razón alude a la realidad que ha vivido nuestra sociedad en los últimos 20 años. Bajo los cuatro gobiernos de la Concertación (1990-2010), el país ha sido objeto de profundas transformaciones en lo cultural, social y económico, a las que la Constitución no ha logrado adaptarse por sí misma, debido a que ésta proclamaba un régimen de democracia protegida, consagrando posibilidades de censura previa, fuertes restricciones a las libertades bajo estados de excepción constitucional y senadores designados por el Estado, entre otros. Tal como señala Suárez, “*La Constitución vigente tuvo como propósito, desde sus inicios, contener aquellos que consideraba los peligros del sistema que pretendía entablar. El modelo de democracia que se procuraba era el de una democracia protegida y limitada, el modelo de participación, uno que llevara a los ciudadanos al ámbito de lo ‘doméstico’, lo gremial, descontaminando estas esferas de la política*”.⁹

Dicho de otro modo, el constituyente originario redactó la Constitución desde la desconfianza hacia los ciudadanos y no como una herramienta garantista de las libertades individuales. Así, la ley fundamental no posee la capacidad de adaptarse a lo que los autores han denominado “*changing conditions*”, es decir, todas aquellas condiciones ontológicas que tienen lugar en una sociedad con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución. Al no tener la capacidad de adaptación, se hace necesario cambiar el texto en innumerables ocasiones, principalmente cuando lo que la ciudadanía demanda hoy con más fuerza no son prohibiciones, sino que la protección de las libertades individuales y el respeto a la auto determinación. Son estas últimas las “*changing conditions*” del caso chileno. Como señalan los autores antes mencionados, “*Una constitución rígida calza correctamente en una sociedad, cuando los cambios tecnológicos o del medio son lentos. Sin embargo, la misma constitución tendrá una pobre respuesta si los cambios son rápidos*”.¹⁰

9 Suárez, Christian; “La Constitución celda o ‘straightjacket constitution’ y la dogmática constitucional” en 24 *Revista Universum*, Universidad de Talca, 256.

10 Ginsburg, Zachary y Melton, op. cit., 13. La versión en inglés señala “A rigid constitution that fits its society well at the outset may be suitable if the rate of technological or environmental change is low. But the same constitution may perform poorly if change is rapid” (traducción del autor)

Ahora bien, cabe aclarar que una reforma constitucional *per se* no constituye un hecho preocupante; su necesidad se debe analizar en función de otros factores como son el tiempo de vigencia de la Constitución, número de veces que ha sido modificada y la magnitud de esas modificaciones. A esto se refiere Negretto al señalar que “*Las constituciones no son inmutables. Estas necesitan ser a menudo modificadas con el tiempo para responder a los cambios políticos, económicos o sociales del ambiente bajo el cual opera. El punto clave es definir si dicha modificación implica una derogación de la constitución existente*”.¹¹

Desde ese punto de vista, si comparamos el texto original de la Constitución con el actual, encontraremos claras diferencias. Si bien ninguna de las leyes modificatorias ha tenido como objeto la derogación absoluta del texto, varias de las modificaciones cambian el sentido y espíritu original. En este sentido, es difícil determinar si estamos frente a una nueva constitución, toda vez que, si bien se han abierto más espacios para la participación ciudadana, la estructura de la Carta sigue siendo la original de 1980. Así, es más correcto hablar de una Constitución modificada en reiteradas ocasiones que de una nueva. Una nueva constitución implica no solamente el reemplazo de oraciones por otras, sino que exige un proceso amplio de debate público y una marcada participación ciudadana.

Con todo lo anteriormente señalado, cabe volver a plantear la pregunta del inicio: ¿por qué no una nueva constitución? Al respecto me parece interesante analizar dos posibles respuestas que, si bien no son del todo satisfactorias, sí dan luces para el debate de este punto.

Una primera respuesta la brinda la tradición histórica constitucional de nuestro país. Chile ha sido uno de los países latinoamericanos que menos constituciones ha tenido en su vida republicana. A modo de ejemplo, Venezuela ha contado con 16 constituciones y Latinoamérica cuenta con un promedio de una nueva constitución cada 12.4 años.¹² Según Negretto, los países latinoamericanos han tenido un promedio 5.7 constituciones y, del total de 102

11 Negretto, op. cit., 2. La versión original en inglés señala “Constitutions are not immutable. They need to be and often are altered over time to respond to changes in the political, economic, or social environment. Under which they operate. The key point is whether the alteration implies the legal abrogation of the existing constitution” (traducción del autor).

12 Ver datos más completos en Ginsburg, Zachary y Melton, op. cit.

constituciones que han sido promulgadas en la región, solo 32 se han dictado bajo regimenes democráticos.¹³

Chile, salvo el período posterior a la independencia, ha tenido 3 grandes constituciones (1833, 1925 y 1980), las cuales dan un promedio de una constitución cada 59 años, 46.6 años más que el promedio de la región. Esto demuestra que como sociedad existe una tendencia a tener constituciones longevas. Por lo tanto, aunque la Carta Fundamental presente problemas, tradicionalmente se prefiere la opción de parcharla a instaurar una nueva.

Negretto ofrece una respuesta complementaria a la anterior al señalar que el costo de mantención de una constitución es menor al costo de crear una nueva. A este respecto, el autor señala al momento de analizar la opción de cambiar la constitución, que dicho costo debe ser tomado en cuenta. “*Si el costo de reemplazar excede al costo de mantener es una hipótesis que debe ser analizada*”.¹⁴

Dicho costo no debe ser entendido únicamente en un sentido económico, sino que también social y político. Por una parte, el costo social se relaciona con lo ya dicho sobre nuestra tradición histórica de un promedio alto de vida de las constituciones, sumado a que la ciudadanía mira con desconfianza una nueva constitución. Por otra parte, el costo político es el que más ha pesado. El mapa político de los últimos 20 años ha estado fuertemente marcado por el sistema binominal, estructurado a través de las listas parlamentarias, lo que ha generado dos bandos políticos muy fuertes, dejando sin representación a terceras fuerzas. En esta lógica, la negación por una parte de una reforma absoluta implica la mantención del orden jurídico constitucional, toda vez que la misma constitución exige quórum altos para su reemplazo.

En definitiva, estos factores no son esperanzadores en términos de que prontamente exista una nueva constitución creada en y para una democracia. Más aún cuando según estudios, los factores que provocan un cambio de constitución son golpes de Estado, guerras civiles o la transición de un gobierno dictatorial a uno democrático¹⁵, lo cual no es el caso chileno.

13 Negretto, op. cit., 10.

14 Negretto, op. cit., 4. La versión original en inglés señala: “the costs of replacing exceed the costs of maintaining the existing constitution is a hypothesis that should be tested” (traducción del autor).

15 Para más información sobre estas causales, ver Ginsburg, Zachary y Melton, op. cit.

II. Nuevas modificaciones a la Constitución

En lo que sigue, analizaré dos de las reformas a la Constitución realizadas durante el año 2009: la autorización al Estado Chileno para reconocer la competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) y la modificación en cuanto al sufragio, pasando éste a ser un sistema de inscripción automático y voto voluntario.

Cabe aclarar que la decisión de detenerme en estas dos modificaciones es en base a qué materias en mi parecer parecen más atractivas de analizar y no implica de modo alguno, que las restantes tres modificaciones no sean de relevancia.¹⁶

a. Ratificación del Estatuto de Roma

El 29 de junio de 2009, Chile depositó el instrumento de ratificación al Estatuto de Roma (en adelante el Estatuto) que crea la Corte Penal Internacional, tratado que había sido firmado por el Estado chileno en 1998 pero que hasta el momento no era vinculante para nuestro país. Recordemos que nuestra Constitución en su artículo 5, inciso segundo, establece que los tratados internacionales que versen sobre “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y que se encuentren ratificados y vigentes, constituyen un límite a la soberanía nacional. Así, el problema se encontraba en que el tratado en cuestión no cumpliría con este último requisito sino hasta la realización del depósito del instrumento que lo ratifica.

Este hecho no estuvo exento de un arduo debate político y jurídico, lo cual provocó una demora en la ratificación del tratado. Ésta queda demostrada al constatar que el Estado Chileno, de los 120 países que firmaron el tratado, fue el 109° en ratificar el Estatuto. Dicho debate se concentró en el concepto de soberanía y, específicamente, en si el hecho de reconocer jurisdicción a dicha Corte internacional comprometía afectar la exclusividad que tienen los tribunales internos para conocer, investigar y sancionar supuestos hechos ilícitos. Esto basado en que la Constitución establece los distintos poderes, entre ellos el poder judicial (capítulo sexto), y en dicha regulación no se hacía referencia a la CPI.

¹⁶ Además de las modificaciones ya comentadas, la Constitución fue objeto de tres otras leyes modificatorias. A saber: Ley 20.390, reforma en materia de gobierno y administración general; Ley 20.354, que modifica la fecha de elección de presidente de la República; y Ley 20.346, reforma en materia de asociacionismo municipal.

Esto llevó a que, producto de una solicitud de parlamentarios de la época, el Tribunal Constitucional (TC) se pronunciara respecto a la constitucionalidad del tratado. Al respecto, dicho Tribunal estimó que se debía modificar la Constitución de manera tal que permitiera la existencia de la Corte. Específicamente, señaló que *“El Tribunal creado por el Estatuto, en la categoría a la que se deba adecuar, no se encuentra directa o indirectamente previsto o admitido por el texto constitucional y la esfera jurisdiccional que le es atribuida verá reducir, correlativamente, la dimensión de soberanía constitucional deferida a los tribunales. Con el Estatuto, la competencia soberana que es una jurisdicción constituida resultará necesariamente disminuida, por la transferencia para el Tribunal de una de sus atribuciones.”*¹⁷. Luego continúa señalando que *“En consecuencia, para que la Corte Penal Internacional sea un tribunal establecido para juzgar delitos cometidos en Chile, debe incorporarse al sistema interno mediante una adecuación constitucional”*¹⁸.

La lógica argumentativa del Tribunal se basa en estimar que hechos que puedan configurar determinados delitos no pueden ser conocidos por tribunales ajenos a los establecidos por la ley chilena por mandato constitucional. Esto, en opinión del tribunal, afectaría la soberanía nacional y la misma Constitución, al ser un tratado internacional el que establezca un tribunal y no la ley. En definitiva, reconocer la CPI implicaría desconocer la Constitución y dejar los derechos en un plano de desprotección.

Esto es criticable por varios motivos. En primer lugar, porque es la misma Constitución la que establece como límite a la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que estén recogidos por tratados internacionales sobre la materia. En el caso bajo análisis, el Estatuto de Roma constituye un tratado internacional que versa sobre derechos esenciales, como son el derecho al debido proceso, a una resolución fundada y a que se investiguen hechos que puedan configurar delitos contra los derechos humanos. Por tanto, es una limitación a la soberanía que la misma Constitución permite. En segundo lugar, el Tribunal no toma en cuenta que la competencia que ejerce la CPI es subsidiaria, por lo que dicho tratado no le quita competencia a los tribunales internos, sino que actúan a falta de estos

¹⁷ Tribunal Constitucional, sentencia rol N° 346-2002, considerando 51.

¹⁸ Tribunal Constitucional, sentencia rol N° 346-2002, considerando 58.

o cuando su actuar provoca una indefensión. En este sentido, es la misma reforma a la Constitución la que establece que “*Al efectuar este reconocimiento [de competencia a la CPI], Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación a la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria a la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional*”.¹⁹

Al respecto Nogueira señala que “*El concepto de soberanía que usa el tribunal Constitucional es pre-Segunda Guerra Mundial, desconociendo o desnaturalizando el verdadero sentido y alcance del inciso 2° del artículo 5°*”.²⁰ Esto no deja de llamar la atención cuando tenemos en cuenta que justamente el objetivo del inciso segundo al que el autor hace referencia es abrir la puerta a los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que se ha denominado como el “bloque de constitucionalidad”. Nogueira incluso agrega que “*Una vez más el fallo de mayoría del Tribunal Constitucional asume una concepción de Constitución testamento o estatua, quedándose en la voluntad de la Junta de Gobierno del régimen autoritario militar, en vez de asumir la perspectiva de una interpretación actualizadora de las normas constitucionales con forme a los valores y perspectivas democráticas*”.²¹

En todo caso, no sería justo indicar al TC como el responsable de una demora de 11 años en la ratificación del Estatuto. Esto porque, en materia internacional, la responsabilidad es del Estado y, por lo tanto, los poderes ejecutivo y legislativo deben cumplir con la formalidad establecida por el TC de manera tal de modificar la Constitución permitiendo la ratificación del Tratado. El compromiso internacional del Estado no se agota únicamente en la firma de un tratado, sino que incluye adoptar todas las medidas para que éste sea vinculante, lo cual en este caso pasaba necesariamente por una eficaz ratificación del tratado, que tardó 11 años.

Así, fue dentro de este escenario que durante 2009 se aprobó la ley 20.352 que autorizó al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma que creó

19 Constitución Política de Chile, disposición transitoria Vigésimocuarta, inciso segundo, introducida por la ley 20.352.

20 Nogueira, Humberto; “Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional” en 8 *Ius et Praxis*, 563-581.

21 Nogueira, op. cit.

la CPI. Dicha modificación se traduce específicamente en que “*El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional...*”²². Dicha redacción no es muy clara, ya que utiliza el vocablo “podrá”, como si la ratificación fuese una prerrogativa meramente facultativa del Estado que pudiera ejercer en cualquier momento. Aún así, dicha advertencia es fútil al ya haberse ratificado dicho tratado.

Esta ratificación se traduce finalmente en un Estado que cumple con sus obligaciones internacionales y, principalmente, en una ampliación del bloque de constitucionalidad, lo cual implica una mayor garantía en que el Estado cumpla su obligación de investigar, sancionar y hacer ejecutar lo sentenciado.

b. Inscripción automática y voto voluntario

Desde sus inicios, la Constitución ha establecido —en su artículo 15— que el sufragio es personal, igualitario y secreto. Estos tres atributos han caracterizado a dicha forma de manifestación política. Con todo, la Constitución establecía que, para quienes estuvieran inscritos, el sufragio sería, además, obligatorio. De esta forma, se consagraba un sistema de inscripción voluntaria y de sufragio obligatorio para quienes se inscribieran.

Este sistema, principalmente en períodos de elecciones presidenciales, ha sido objeto de debate en torno a qué sistema asegura una mayor participación ciudadana. El tema está, entonces, en definir qué visión adoptar frente al sufragio: como derecho o como obligación. En palabras de Vivanco, dicha legitimidad estará dada por el “*consenso con el que debe contar el mando por parte de quienes deben obedecerlo, para que cuente con efectiva obediencia de la comunidad*”.²³ Dicho consenso estará dado por un sistema que permita la posibilidad de que todos participen, aún cuando no todos voten.

Este punto genera un álgido debate en la doctrina. Para Chuaqui, la obligatoriedad de la participación electoral no constituye una infracción de la libertad personal. Se basa en Arend Lijphart al señalar que “*la participación electoral obligatoria satisface más adecuadamente las promesas igualitarias de la democracia por cuanto... en los sistemas voluntarios los que no participan tienden a perte-*

22 Constitución Política de Chile, disposición transitoria Vigésimocuarta, introducida por la ley 20.352.

23 Vivanco, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Tomo I*, (Ediciones Universidad Católica) 2007, 51.

necer mayoritariamente a los niveles socioeconómicos más bajos".²⁴ El argumento aquí es que una ínfima intromisión en la libertad del individuo –como es la obligación de votar– cumple un fin auténticamente democrático, cual es la protección de la libertad individual de la persona. Aún más, Chuaqui señala que *"los que no votan, son en efecto free riders, o polizones, que se benefician de un sistema democrático que protege sus libertades sin contribuir a la custodia y promoción de esta protección"*.²⁵

En contraposición a este argumento, Sierra considera el sufragio como derecho, sujeto a la libre voluntad del ciudadano en ejercer o no su facultad, siendo toda intromisión del Estado (como sería establecer la obligatoriedad del voto) una afectación a la libertad individual de la persona. En palabras del autor, *"el voto voluntario refleja en la forma más nítida el carácter del voto como un derecho... que se tiene frente al poder políticamente organizado en el Estado e incluso, como todo derecho básico, se puede llegar a tener contra el Estado"*.²⁶ Para Sierra, este sistema debe ser promovido además por una razón de integración. En su entender, *"si hay una masa con ideas radicalmente distintas de la mayoría, es preferible que ella esté incorporada a los mecanismos formales de la comunidad política, antes que al margen de ellos"*.²⁷

En otras palabras, establecer el sufragio como derecho permite una libre participación en el debate público de ideas –en este caso políticas– de manera tal que se vean confrontadas todas las que quieran participar sin barreras de entrada, como ha sido en Chile el requisito de la inscripción previa. Si puedo votar voluntariamente, voy a querer que mis ideas sean escuchadas ya que estaré integrado al sistema y la decisión final será relevante a mis intereses. Sobre esto, Fiss es muy claro al señalar que *"el hecho de que el resultado se vea alterado como consecuencia de la ampliación del debate no debe ser motivo de preocupació(n). Lo que la democracia exalta no es simplemente la elección pública, sino la elección pública que se hace con toda la información y en condiciones adecuadas de reflexión"*.²⁸

24 Chuaqui, Tomás; "Participación electoral obligatoria: una defensa", 188. Disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4276_2380/tchuaqui_LibroModernizacion.pdf

25 Chuaqui, op. cit., 197.

26 Sierra, Lucas; "El voto como derecho: una cuestión de principios", 168. Disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4275_2379/lssierra_LibroModernizacion.pdf

27 Sierra, Lucas;; op. cit., 166.

28 Fiss, Owen; *La ironía de la libertad de expresión*, (Gedisa Editorial) 1999, 36.

El establecer el sufragio como un derecho obliga a cambiar un sistema obligatorio de escrutinio, integrando más voces políticas al debate. Así, el punto no pasa únicamente por dirimir qué sistema implementar, sino que –ya sea en uno o en otro– la información veraz y oportuna hacia los ciudadanos juega un rol fundamental.

La Constitución, en su artículo 19, no hace mención al derecho a sufragio, pero sí hace referencia a éste de manera directa e indirecta a lo largo del texto. De manera directa porque, tal como se señaló anteriormente, el artículo 15 consagra el sufragio como personal, secreto e igualitario y, para quienes estén inscritos, obligatorio (solo una vez que se apruebe la LOC respectiva, entrará en vigencia la reforma constitucional en materia que establece el voto voluntario). Esto llama la atención, ya que a continuación el artículo 16 se refiere al derecho de sufragio: es decir, la Constitución establece un derecho que es obligación ejercer. Si vemos el sufragio como una obligación, no es apropiado tratarlo como derecho, ya que es de la esencia de todo derecho el que cada persona opte a ejercerlo o no. En palabras de Sierra, “lo que no puede haber es un deber jurídico de votar, pues, el deber jurídico hace mutar el carácter de voto como derecho, transformándolo en un deber”.²⁹

De manera indirecta, se puede argumentar que el voto es un derecho si partimos de la premisa que el sufragar es un acto de expresión, consistente en una manifestación política que se ejerce de manera secreta para que cada persona esté libre de toda presión externa en su decisión. Así, cuando el artículo 19 N° 12 de la Constitución asegura la libertad de emitir una opinión por cualquier medio y forma, podemos aplicar estas características al voto ya que es una manifestación de una opinión política, ejercida mediante el trazado de una raya en una papeleta y de forma secreta en la urna.

En este sentido, el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece como derecho político de todo ciudadano el de “*votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*”.³⁰

29 Sierra, op. cit., 167.

30 Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 23.1.b.

Tal como se ha señalado, este artículo configura el sufragio como un derecho de toda persona y como una expresión de tipo político.

Esto ha sido confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yatama vs. Nicaragua*. En dicha sentencia la Corte señala que “*El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.*”.³¹

A mayor abundamiento, el artículo 1 de la Constitución establece como deber del Estado que este contribuya “*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*”.³² Desde este punto de vista, mediante la inscripción automática se permite que todos los ciudadanos queden en libertad de ejercer su derecho. Así, el ejercer o no este derecho quedará como decisión de la persona y no como una imposición del Estado. Si el hecho de votar implica para una persona una realización espiritual o material, estará en la libertad de hacerlo, al igual que la persona para la cual no sea así. De este modo, si para el Estado es un deber para con las personas, correlativamente es un derecho de las personas exigible al Estado.

Sobre este punto, Eduardo Aldunate es muy preciso al señalar que “*Forma parte del contenido mismo de las libertades, el que su titular pueda no hacer ejercicio de ellas hasta el punto de desprenderse de su contenido*”.³³ Observa además que “*Lo que protege la Constitución es al titular de un derecho frente a intromisiones en su ejercicio, pero no le impone una modalidad específica de este ejercicio... Cualquiera sea el derecho que se pretende proteger en contra del ejercicio de la libertad de su titular, la ‘protección’ significará una restricción de esa libertad*”.³⁴

Si se otorga al sufragio las características de un derecho, la pregunta es a continuación si la modificación a la Constitución introducida por la ley 20.337

31 Corte IDH, sentencia caso *Yatama vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005, párrafo 198.

32 Constitución Política de la República, Artículo 1, inciso tercero.

33 Aldunate, Eduardo; *Derechos Fundamentales*, (Editorial Legal Publishing), 2008, 161.

34 Aldunate, op. cit.

del 4 de abril de 2009 efectivamente establece el sufragio como un derecho y no como una obligación. El nuevo texto señala “*En las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario*”. Así, quienes cumplan los requisitos exigido por la Constitución y la ley, quedarán por el solo ministerio de la ley incorporados en el sistema de registro electoral. De este modo, vemos que la voluntariedad ya no está en la decisión de inscribirse en los registros electorales, sino que en ejercer o no el derecho a voto. Así, al estar la voluntariedad en el ejercicio, queda dentro del criterio de cada persona votar o no, no siendo objeto de intromisión por parte del Estado.

Este sistema permite una mayor libertad para cada individuo. Primero, porque quien quiere votar no se ve obligado a cumplir trámites que entran el ejercicio, como era el hecho de inscribirse en los registros electorales. En segundo lugar, porque el requisito de inscribirse en los registros obligaba a la persona en toda circunstancia (salvo contadas excepciones) a votar en todas las elecciones que hubiesen a futuro, lo cual afecta el derecho de quien libre y voluntariamente ha decidido no votar. Desde este punto de vista, el abstenerse de votar no implica una falta de compromiso con la sociedad, sino que es una expresión manifestada en una omisión.

Junto con esto, la inscripción automática rompe con los cálculos políticos. Cuando todos pueden votar, quienes quieran someterse a cargos de elección popular no podrán dirigir su discurso a quienes están inscritos, dejando de lado los intereses de quienes no lo están, sino que por el contrario, se verán forzados a plantear políticas públicas que beneficien a todas las personas. En este mismo sentido, la no participación en las elecciones debiese ser un llamado de atención para la clase política.

Problema práctico.

Si bien fue aprobada la modificación constitucional, ella misma establece como disposición transitoria que ésta regirá a partir de la entrada en vigencia de la respectiva ley orgánica constitucional que exige el artículo 18 de la Constitución.

Dicho proyecto de ley está en primer trámite constitucional en el Senado³⁵, habiendo sido ingresado en marzo de 2009. Así, una importante modificación al texto positivo de la Constitución queda incorporada solo de manera nominal hasta que el respectivo proyecto de ley que regula los aspectos técnicos de esta modificación sea aprobado. Así, el avance que implica este sistema respecto de la inscripción voluntaria y voto obligatorio, queda consagrado como letra muerta. El proceso de incorporar un sistema de voto voluntario no acaba con la mera modificación a la constitución, sino que es necesario tomar todas las medidas necesarias para que dicha modificación quede plenamente vigente. Un derecho consagrado de manera meramente literal, pero sin las garantías y requisitos para que sea ejercido, termina siendo en la práctica lo mismo que no haber modificado el artículo 15 y 18 de la Constitución. Esto por la simple razón que los ciudadanos siguen incapacitados de ejercer el derecho, aun cuando este esté aparentemente consagrado.

Sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“La Corte [Interamericana de Derechos Humanos] entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención [Interamericana de Derechos Humanos], el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”*.³⁶

Es de esperar que dicha ley sea prontamente aprobada, porque la entrada en vigencia de la modificación en cuestión implica agregar a nuestra parchada democracia más mecanismos de participación y de libertad para todos los ciudadanos.

35 Para más información véase boletín 6418-07 en www.senado.cl

36 Corte IDH, sentencia caso Yatama vs. Nicaragua, 23 de junio de 2005, párrafo 201. Lo destacado es del autor.

Conclusiones

¿Por qué existe aún una Constitución que fue elaborada durante un gobierno militar? ¿Hay una afectación a la soberanía interna con la ratificación del Estatuto de Roma por parte del Estado chileno? ¿Es un derecho o una obligación el sufragio? Estas son las tres preguntas centrales sobre las cuales brevemente en estas páginas he querido aportar al debate público. Si bien es ambicioso querer responderlas, sí parece razonable emitir una opinión jurídica sobre temas que no son menores en una sociedad democrática como la nuestra. Así, estas se pueden resumir en las siguientes:

1. En materia de reformas constitucionales, se puede constatar una Constitución que ha sido objeto de continuas modificaciones en sus 30 años de existencia. Por eso se ha utilizado el término de Constitución parchada, es decir, un cuerpo normativo que ha debido ir adaptándose a los cambios sociales, culturales, políticos y económicos no de forma natural, sino que mediante alteraciones reiteradas con un promedio de prácticamente una reforma por año (27 leyes modificatorias en 30 años, sin olvidar que cada ley contiene más de una modificación).

Este continuo proceso se debe a problemas en la génesis de nuestra ley fundamental, al haber sido ésta elaborada por un poder constituyente originario de facto, a puertas cerradas, sin participación por parte de la sociedad civil y con un plebiscito criticado fuertemente por no contar con garantías mínimas. Esto, como se señaló anteriormente, no es menor, toda vez que genera dudas sobre la legitimidad de la voluntad del pueblo en aprobar dicha Constitución. Una falsa legitimación no conlleva un cumplimiento natural de los mandatos de la Constitución.

Además, es necesario reiterar que no es objeto de este trabajo señalar que todo cambio a la Constitución es negativo *per se*, sino que son diversos los factores que se deben analizar, especialmente si los cambios son de tal magnitud que se está derogando el texto original. Si bien las modificaciones a nuestra Constitución no han implicado una derogación de ésta, sí van en una dirección contraria al espíritu del poder constituyente originario, creando más espacios de participación ciudadana y más fiscalización sobre el Estado y sus autoridades.

La nula voluntad política en crear un nuevo texto constitucional ha jugado un rol central en la mantención de la actualmente vigente. Chile tiene una tradición histórica longeva en esta materia, con tres últimas constituciones muy separadas en el tiempo. Existe un temor a un cambio radical, sumado a que el costo de crear una nueva constitución pareciera ser mucho mayor al costo de mantener la actual.

De este modo, y en atención a las causas que autores extranjeros han desarrollado, no se ve que haya en el futuro cercano una nueva constitución, menos aún cuando en nuestro país impera un sistema binominal que obliga a realizar políticas de acuerdo y con una Constitución que establece altos quórum para su modificación.

2. En cuanto a la ratificación por parte del Estado Chileno del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, es necesario recalcar que con este paso se ha potenciado el bloque de constitucionalidad reconocido en el artículo 5, inciso segundo de la Constitución, y se ha dejado atrás un concepto antiguo de soberanía; hoy los organismos que ejercen jurisdicción internacional tienen un rol fundamental, toda vez que, de forma subsidiaria a los tribunales internos, ejercen jurisdicción sobre casos de violaciones a derechos humanos.

3. Finalmente, con la consagración constitucional de la inscripción automática y voto voluntario, se ha dado un paso importante en la eliminación del sistema existente y el establecimiento del sufragio como un derecho. Este cambio implica una integración al debate público de sectores de la sociedad que estaban apartados. Así, el rol del Estado cambia profundamente debido a que, al considerar el sufragio como una obligación, se acepta una mayor intromisión por parte del Estado, que lo faculta para regular sin límites claros. En cambio, al ser este un derecho, constituye un límite para el Estado, pudiendo regular limitadamente el ejercicio del sufragio, sin realizar actos de disposición sobre el mismo.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE

Tábata Santelices y Mayra Feddersen¹

I. Introducción

“*Derechos humanos*” es un término utilizado recurrentemente en el ámbito social. No es poco común encontrar asiduas referencias a esta expresión en la prensa, discursos políticos e, incluso, en conversaciones coloquiales. Si bien no existe una definición clara de lo que involucra el concepto “*derechos humanos*”, configurándose una amplia gama de intentos por definir este término, se manifiesta un consenso escasamente discutido sobre la importancia de los derechos humanos en el desarrollo y avance de la sociedad. Es posible que esta calificación de los derechos humanos como esenciales sea la razón de su creciente popularidad, tanto en el campo político como social.

La centralidad de los derechos humanos ha repercutido determinadamente en su protección legal y judicial. En Chile, la Constitución Política de la República consagra en su artículo 19 una serie de derechos esenciales, permitiendo accionar de protección frente al incumplimiento de alguno de ellos. El catálogo de derechos humanos reconocidos en la Carta Magna no se agota en el artículo 19. El artículo 5, inciso 2, de la Carta Fundamental Chilena incorpora al ordenamiento jurídico interno los derechos humanos consagrados en el ámbito internacional. El precepto dispone que “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la*

¹ Tábata Santelices es Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y Abogada. Asistente del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales y coordinadora del Proyecto Diálogos y Talleres participativos sobre el Convenio 169 OIT.

Mayra Feddersen es Abogada. Investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales y profesora de la misma casa de estudios.

naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Chile, además, ha ratificado una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que implica que reconoce la existencia de sistemas supranacionales de protección de derechos fundamentales.

Siguiendo la tendencia mundial, Chile forma parte del sistema universal de protección de derechos humanos y ha firmado algunos de sus principales instrumentos, dentro de los que destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. A nivel regional, Chile adscribe al sistema interamericano de protección de derechos humanos, habiendo firmado su instrumento fundante, la Carta de la OEA, y ratificado, entre otros instrumentos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención o CADH, indistintamente) y reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte), órgano contencioso del sistema.

Lo expuesto anteriormente implica que, ante una violación de derechos humanos, la persona afectada debe recurrir primero a los procedimientos judiciales internos para que se restablezca el legítimo ejercicio de su derecho. Si mediante éstos no se logra tutelar los derechos vulnerados, es posible recurrir a instancias internacionales para lograr su protección.

Siguiendo un criterio territorial, y en atención a la adscripción del Estado de Chile a dos sistemas internacionales de protección de derechos humanos, si la violación se ha producido en Chile, la víctima está legitimada para concurrir al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante el Comité) o a la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.²

² En el sistema interamericano de derechos humanos las víctimas no pueden acudir directamente a la Corte a presentar sus peticiones. Deben pasar primero por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que tramitará su caso y de proceder, lo someterá a la consideración de la Corte. Una vez en este tribunal, la víctima adquiere autonomía propia. Ver Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV Periodo Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, Artículo 40.

Previo cumplimiento de los requisitos necesarios para comparecer en dichas instancias internacionales y con posterioridad al conocimiento de fondo del caso presentado, el órgano, sea el Comité o la Corte, emitirá una resolución sobre el asunto acogiendo o rechazando la pretensión conocida.

En el primer caso, esto es la aceptación de la pretensión de la persona afectada, el pronunciamiento pasa a constituirse en una decisión vinculante para el Estado, por tanto debe ser ejecutada en los mismos términos que estipula, so pena de incurrir en responsabilidad internacional por el incumplimiento.

Ahora bien, una vez pronunciada la resolución, ésta es notificada al Estado para su ejecución. El procedimiento finaliza con esta notificación y es el Estado quien desde ese momento tiene que cumplir la sentencia en cuestión.

No existe un procedimiento preestablecido para la ejecución de sentencias de órganos de derechos humanos conforme al cual se regule y estandarice el proceso de cumplimiento de las resoluciones internacionales. Por el contrario, solo existen algunos parámetros vagos a los que se hará referencia más adelante en este trabajo.

Los Estados tienen un amplio margen de discrecionalidad para dar cumplimiento a las sentencias de derechos humanos, lo que sin un adecuado y periódico control social, puede llegar a traducirse en la omisión por parte del Estado de la ejecución de pronunciamientos vinculantes.

En el presente trabajo se analizará el procedimiento de ejecución de sentencias internacionales sobre derechos humanos en Chile.

Si bien es interesante analizar latamente las particularidades de la ejecución de pronunciamientos internacionales emanados de cualquiera de los sistemas a los que Chile adscribe, por limitaciones de espacio y a efectos de realizar un estudio especializado del particular, se hará referencia al cumplimiento de resoluciones internacionales vinculantes en el marco del sistema regional de protección de derechos humanos al que Chile está sometido, esto es, sentencias expelidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con este objetivo, en un primer momento, se hará una breve introducción a la responsabilidad del Estado, enfatizando las hipótesis de procedencia de la misma y los medios de sanción correlativa existentes. Posteriormente se analizarán las vías de ejecución de las sentencias de la Corte en Chile, destacando las principales complejidades enfrentadas.

II. Responsabilidad del Estado en el ámbito interamericano

Para que se configure responsabilidad internacional del Estado por violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben concurrir en principio dos elementos, que pueden englobarse bajo el concepto de “hecho internacionalmente ilícito del Estado”.

El primer elemento hace referencia a la configuración de una violación de una obligación internacional del Estado. En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la violación de los deberes consagrados en ésta puede consistir tanto en una acción (discriminar en contra de una persona o un determinado grupo) o una omisión (no implementar políticas educacionales o de salud accesibles para toda la población).

Los artículos 1.1 y 2 del citado instrumento internacional establecen el marco de obligaciones de los Estados, que se circunscribe esencialmente al deber de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención.

La obligación de respeto consiste en cumplir lo establecido en la norma, ya sea mediante una acción u omisión. En su primer caso contencioso, respecto a este deber, la Corte Interamericana señaló que “*El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado*”.³

Con miras a complementar la definición de esta obligación, la Corte se remite a lo previamente señalado en su Opinión Consultiva 4 de 1984 en cuanto a que:

³ Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez versus Honduras*. Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C. N° 4, párrafo 165.

... la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.⁴

Por su parte, la obligación de garantizar implica la promoción del ejercicio de los derechos y libertades mediante medidas positivas conforme a las cuales se potencie su disfrute. En el caso *Velázquez Rodríguez versus Honduras*, la Corte desarrolló los alcances de esta obligación señalando que:

... implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.⁵

En términos similares, la obligación de garantizar supone que el Estado debe asegurar el ejercicio de los derechos; debe proteger a los individuos de amenazas de agentes privados o públicos; debe adoptar medidas de prevención general; debe cooperar con los órganos internacionales de control, lo que implica el deber de proporcionar información oportuna, permanente y veraz respecto a la situación general de los derechos humanos o de una cuestión en particular; y, finalmente, debe reparar a las víctimas, lo que se implica la obligación de investigar, sancionar y asegurar su no repetición.

4 La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrafo 21.

5 Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez versus Honduras*. Párrafo 166. Op. Cit.

El no cumplimiento de estas obligaciones respecto de cualquiera de los derechos consagrados en la CADH se traduce en la configuración del elemento de ilicitud del Estado.

Un segundo elemento en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado es la concurrencia del requisito de imputabilidad. Lo expuesto supone que el acto ilícito del Estado debe ser atribuible o imputable a éste en su calidad de persona jurídica.⁶ Se debe recalcar que en conformidad a la sentencia antes citada, el hecho ilícito en cuestión debe haber sido realizado por el Estado, lo que supone que funcionarios estatales, ya sea del poder ejecutivo, legislativo o judicial, hayan incurrido en una violación de la Convención.

De ahí que no obste al incumplimiento el hecho que los funcionarios causantes de la afectación pertenezcan al poder central o a una división territorial.⁷

Asimismo, desde su primer fallo, la Corte ha sido constante en su jurisprudencia en cuanto a la consideración del Estado como violador de derechos humanos aun cuando quienes hayan cometido materialmente el acto hayan sido funcionarios estatales que no actuaban en el ejercicio de sus atribuciones e incluso cuando la vulneración ha provenido desde particulares bajo la aquiescencia, la falta de prevención o la represión del Estado.⁸

Finalmente, es necesario destacar que existe un debate en la academia sobre la concurrencia del daño como consecuencia del acto u omisión ilícita como un tercer elemento necesario para que se configure la responsabilidad internacional del Estado. Mientras un sector de la doctrina considera este elemento como requisito de la responsabilidad,⁹ otro es de la opinión contraria, vale decir, señala que la responsabilidad nace del hecho ilícito imputable al Estado con prescindencia del daño provocado.

6 E. Jiménez de Arechaga en "Responsabilidad Internacional" citado en Nash, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. (Centro Derechos Humanos Universidad de Chile) 2009, 11

7 Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente ilícitos. Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional y anexado por la Asamblea General en 2001. Principio 4

8 Corte IDH, *Caso Velazquez Rodríguez vs. Honduras*, párrafo 166. Op. Cit.

9 Entre ellos Jiménez de Arechaga, op. cit.

La jurisprudencia de la Corte, en un principio, acogió la primera postura, esto es, la necesidad de concurrencia del daño. Con todo, este criterio no se ha mantenido estático, sino que, por el contrario, se ha modificado diametralmente. Desde la sentencia de Olmedo Bustos y otros vs. Chile, la jurisprudencia ha tendido a acoger demandas sin que exista un daño material, considerando suficiente que este sea potencial o eventual.¹⁰

La declaración de la responsabilidad internacional del Estado trae como directa consecuencia el deber de reparar los perjuicios ocasionados a las personas vulneradas. A su vez, este deber supone garantizar o asegurar la no repetición de la afectación ocasionada.

La Convención establece la obligación de reparación por parte de los Estados infractores, enfatizando la centralidad del derecho de la víctima a ser reparada. En su artículo 63, el citado instrumento manifiesta que *“cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”*.

A este respecto, la Corte en su jurisprudencia ha entendido la obligación de reparar no como una obligación entre dos o más Estados, sino como ligada a la protección y promoción de los derechos humanos y orientada a la persona lesionada. Esta conceptualización de la responsabilidad ligada a la reparación de la víctima encuentra su fundamento en el recién citado artículo 63. 1 de la Convención y demuestra que la importancia de la reparación subyace a los Estados, siendo fundamental para quienes han sido violentados.

Lo expuesto *“supone determinar cómo se puede restituir a la persona afectada en sus derechos fundamentales, cómo puede el derecho restablecer la situación, no sólo patrimonialmente, sino que integralmente, mirando a la persona como un todo”*.¹¹ En un voto conjunto, dos jueces de la Corte Interamericana indicaron que, *“todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe, a nuestro juicio, ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personali-*

10 Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”. (Olmedo Bustos y otros vs. Chile). Serie C No. 73. 2001.

11 Nash, op. cit.

dad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad”.¹²

Como fuere, una vez determinada la responsabilidad internacional, la Corte debe decretar los remedios procedentes. En primer término, debe restituir a la víctima a la situación ostentada previamente a la violación. En conformidad al Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado, la restitución implica que “*siempre que sea posible, se ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de las normas internacionales de DDHH*”.¹³ Sobre el particular, James Crawford ha señalado que “*la restitución implica el restablecimiento hasta donde sea posible de la situación que existía antes de la comisión del hecho internacionalmente ilícito*”.¹⁴

En segundo lugar, la Corte está facultada para decretar una indemnización. El artículo 20 del citado Proyecto consagra que “*se debe indemnizar de forma apropiada y proporcional a la violación... por todos los perjuicios económicamente valiables*” que sean consecuencia del hecho ilícito del Estado.¹⁵ Respecto a este tema, Crawford señala que la indemnización operará “*en la medida que ese daño no haya sido reparado mediante restitución*”.¹⁶ Así, esta indemnización persigue reparar tanto los daños morales como materiales sufridos por las víctimas, teniendo en consideración los criterios de daño emergente, lucro cesante y daño moral, contenidos expresamente en el Principio N° 20.

Finalmente, la Corte debe adoptar medidas de satisfacción en caso que la afectación no pueda ser reparada por las vías anteriores. En los términos del artículo 37 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional,

12 Voto Conjunto de los Jueces Cançado Trindade y A. Abreu B., *Caso Loayza Tamayo versus Perú*, reparaciones, 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 4.2, párrafo 17.

13 Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente ilícitos. Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional y anexado por la Asamblea General en 2001. Principio 19

14 Crawford, James *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional. Introducción, texto y comentarios sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, (Dyckenson) 2004, 257.

15 Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente ilícitos. Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional y anexado por la Asamblea General en 2001. Principio 20

16 Crawford, op. cit, 262.

“La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada”.

Reafirma la importancia que el sistema otorga a la obligación de reparar lo expuesto por la Corte en diversa jurisprudencia en el sentido de que *“el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados”*.¹⁷ Así y con independencia de la modalidad que se adopte para cumplir la sentencia dictada por la Corte, la existencia e importancia del derecho internacional de los derechos humanos descansa fuertemente en la reparación efectiva que realicen los Estados a las víctimas por los perjuicios causados.

III. Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El rol de la Corte finaliza con la expedición de la sentencia. Sin perjuicio que después pueda continuar revisando el caso en la etapa de cumplimiento, su decisión ha quedado firme y solo puede encomiar al Estado a ejecutar lo fallado, sin contar con medio alguno para lograr su acatamiento. En otras palabras, si bien las sentencias de la Corte son obligatorias o vinculantes, ésta no tiene facultad de imperio.

Si bien la Convención no hace referencia específica a la citada etapa de cumplimiento, la Corte ha entendido –a propósito del caso Baena Ricardo versus Panamá– que el fundamento jurídico de esta facultad descansa en el artículo 65 de la Convención, que señala que la Corte *“...de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”*.

La supervisión del cumplimiento de sentencias se ha constituido como un buen medio tanto para presionar al Estado a avanzar en la ejecución y en la reparación a la víctima, como para verificar el funcionamiento del sistema interamericano. Con todo, no obstante las bondades de este procedimiento son manifiestas, la supervisión de sentencias no se traduce necesariamente en el

¹⁷ Casos Trujillo Oroza, Cantoral Benavides, Cesti Hurtado, Villagrán Morales y otros y Bámaca Velásquez. (Todos pronunciamientos sobre reparaciones)

cumplimiento de las mismas, puesto que la Corte continúa careciendo de las potestades para obligar materialmente al Estado a su observancia.

Lo que en definitiva subyace al cumplimiento de las decisiones internacionales es el tema de la legitimidad del sistema. Esto, al igual que en cualquier otro sistema de protección de derechos humanos, está directamente ligado a los niveles de efectividad del mismo. Los usuarios del sistema tienen como fin último lograr la reparación de su afectación. Con este cometido, se someten a años de procesos judiciales y de batallas legales, las que traen aparejadas, como es lógico, un gran desgaste físico, psicológico y económico. Es por esto que ante una sentencia favorable existe una gran expectativa en su cumplimiento. La falta de obediencia, entonces, atenta contra la confianza en el sistema de protección referido.

Es por estas razones que resulta del todo fundamental lograr que las sentencias internacionales sobre derechos humanos no sean instrumentos nominales sino que, por el contrario, se constituyan como resoluciones conforme a las cuales se otorgue protección jurídica a los derechos fundamentales de las víctimas. Para esto es necesario esclarecer el procedimiento interno que debe ser seguido para ejecutar las sentencias internacionales, materia que no está exenta de discusión.

La Convención, en su artículo 67, es perentoria al señalar que el fallo de la Corte será definitivo e inapelable. Una vez que la Corte resuelve, las partes del proceso han agotado todas las etapas procesales, nacionales e internacionales, para hacer valer sus derechos. Con independencia de su contenido, la sentencia se transforma en una decisión obligatoria, lo que implica que la parte vencida debe cumplir las sanciones impuestas. La Corte en jurisprudencia constante ha señalado que sus *“sentencias deben ser acatadas en forma inmediata e integral; si tuviesen que ajustarse a los ordenamientos internos de los Estados Partes para ser ejecutables, la protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos resultaría ilusoria y quedaría a la entera discreción del Estado y no del órgano supranacional...”*¹⁸

¹⁸ *Castillo Petruzzi y otros versus Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia 17 de noviembre de 1999. Serie C No. 5, párrafo 4. g.

Refuerza las consideraciones en cuanto a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte el texto del inciso primero del artículo 68 de la Convención. Señala este precepto que “*los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”. Esto supone la existencia de una obligación de resultado por parte del Estado, pero no es posible interpretar esta norma en términos de la ejecutoriedad de la sentencia.

Tal como se ha anticipado, no obstante ser obligatorias las sentencias de la Corte Interamericana, éstas carecen de ejecutoriedad.¹⁹ En otras palabras, pese al carácter vinculante de las resoluciones de la Corte, no existe un modo de obligar coercitivamente al Estado a su cumplimiento. Así, el sistema no atiende a la fuerza para ejecutar sus sentencias sino, por el contrario, al deber moral de los Estados que han acordado voluntariamente ligarse mediante tratados internacionales.

Según la académica italiana Andrea Giardina,²⁰ la falta de ejecutividad de las resoluciones internacionales tiene dos causas principales. En primer lugar, al no existir un poder ejecutivo centralizado a nivel internacional, no es posible trasladar a esferas supranacionales categorías propias del derecho doméstico que atribuyen potestades ejecutivas a los jueces y que permiten ejercer la coacción necesaria en pos del cumplimiento. En segundo lugar, señala Giardina, los Estados restringen su libertad al adquirir compromisos internacionales y al manifestarse la obligación de que toda restricción debe ser interpretada de manera restringida no es posible agudizar las limitaciones a los Estados. Se concluye entonces que es el Estado y no un órgano internacional quien debe determinar la forma de ejecutar las sentencias pronunciadas en su contra. Sostener una interpretación contraria implicaría una interpretación más gravosa en contra del Estado que lo inicialmente pactado.

El hecho que las sentencias internacionales carezcan de ejecutividad tiene como consecuencia, entonces, que sea el Estado quien esté llamado a darles cumplimiento. Esta situación trae aparejadas numerosas dificultades, las que van desde el incumplimiento total de lo sentenciado hasta problemas más so-

19 Corresponde señalar que la doctrina mayoritaria distingue entre el concepto de ejecutoriedad y ejecutividad, pero a efectos de este análisis se utilizarán dichos términos indistintamente.

20 Citada en Salinas Hernán, “Chile y el Estatuto de Roma: perspectivas y aspectos pendientes”, *Revista Instituto y Libertad: Ideas Para Chile*, 6.

fisticados cómo la forma de ejecución de sentencias que anulan resoluciones judiciales o que ordenan la expedición de una ley cuyo acatamiento escapa muchas veces de la esfera de actuación del Ejecutivo.

La única referencia que hace la Convención a procedimientos de ejecución no se relaciona en ningún aspecto con los problemas expuestos y tiene una utilidad nimia, pudiendo solamente ser aplicada en materia de indemnizaciones compensatorias. Si bien la indemnización, como se señaló, es una de las formas de reparación que puede ser decretada por la Corte, no es la única ni tampoco la más importante. Según lo expuesto, existen otros remedios tales como la restitución y los medios de satisfacción, que igualan en importancia a la indemnización y respecto a los cuales no existe ningún parámetro a seguir para garantizar su cumplimiento al interior de un Estado.

Al respecto, el artículo 68.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “*La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*”.

La primera reflexión frente a este precepto se anticipaba en líneas previas: este inciso solamente se refiere a la parte del fallo que establezca una indemnización compensatoria. Un segundo análisis frente a esta norma revela que es de empleo facultativo para los Estados. El texto expreso de la norma utiliza el vocablo *podrá* lo que tiene como implicancia clara que la decisión de la aplicación de estos procedimientos es privativa del Estado condenado.

Esta conclusión, que a primera vista tiene un cariz negativo, posee también una lectura positiva. En términos más simples, el hecho que el Estado tenga la decisión final sobre qué procedimiento aplicar para la ejecución de la parte indemnizatoria del fallo, puede considerarse como un incremento en el poder discrecional del Estado. Éste mantiene el poder absoluto sobre el momento y la forma de dar cumplimiento a la sentencia, mientras que la persona acreedora de la reparación se encuentra en la más absoluta incerteza jurídica. La utilización de procedimientos ya establecidos a nivel interno sería en extremo útil para darle continuidad al proceso y permitiría que tanto las personas afectadas como la sociedad nacional e internacional en general tuviesen mayor seguridad respecto a plazos, procedimientos y expectativas.

El hecho que la Convención no establezca esta obligación en términos taxativos permite, a su vez, que los Estados generen nuevos procedimientos de ejecución, con características especiales que tomen en consideración las particularidades del procedimiento internacional y sean más rápidos, menos engorrosos y más accesibles para las víctimas.

Frente a este escenario, el Estado tiene la posibilidad de entender este artículo como un resguardo que otorga la Convención —que le permite mantener una posición de absoluta competencia— o como un desafío para uniformar y esclarecer los procedimientos de ejecución de sentencias extranjeras. La decisión es del Estado.

Es perentorio reiterar que en Chile no existe legislación, en el sentido amplio de la palabra, que aborde la ejecución de sentencias de esta naturaleza, por lo que el procedimiento queda a discreción del Estado o, lo que es más peligroso, del gobierno de turno. De ahí que, conforme a lo analizado, es evidente que el Estado se encuentra facultado para adoptar procedimientos *sui generis* o *ad hoc* o para aceptar la recomendación de la Convención y utilizar el procedimiento vigente para sentencias contra el Estado.

Para analizar esta última hipótesis, es necesario determinar fehacientemente cual es el procedimiento vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

1. Ejecución de las sentencias de la Corte bajo la legislación chilena

Existen en Chile algunos procedimientos aplicables en materia de ejecución de sentencias. Sin embargo, todos tienen requisitos taxativos y propios que imposibilitan su aplicación en la ejecución de sentencias internacionales, al tenor de la Convención.

En primer lugar, se podría intentar aplicar el procedimiento del Juicio de Hacienda para lograr la ejecución de sentencias internacionales. El Juicio de Hacienda se encuentra regulado entre los artículos 748 y 752 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) y se aplica en todos los juicios en que tenga interés el Fisco. Aunque —en conformidad al campo de aplicación de este procedimiento— parece ser una opción lógica para lograr el cumplimiento de sentencias internacionales, ello se ve obstaculizado por dos requisitos

copulativos para su procedencia: el Fisco debe tener interés pecuniario y el asunto debe ser conocido ante tribunales ordinarios. Es este último requisito el que inhabilita por completo la posibilidad de utilización de este procedimiento en la ejecución de fallos internacionales, al menos en los términos del CPC, puesto que determina taxativamente que el conocimiento de la litis debe encontrarse ante tribunales ordinarios. Se sigue entonces que la intención del procedimiento no se orienta al cumplimiento de sentencias internacionales, sino que más bien tiene como norte el resguardo del patrimonio fiscal.

Sin perjuicio de lo recién señalado, se podría intentar utilizar la última parte del Juicio de Hacienda, en lo que se refiere a la ejecución de lo fallado. Al respecto, el artículo 752 hace referencia a la ejecución de sentencias que condenan al fisco. Dispone el precepto que *“Toda sentencia que condene Fisco a cualquiera prestación, deberá cumplirse dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de recepción del oficio a que se refiere el inciso segundo, mediante decreto expedido a través del Ministerio respectivo”*. No conformándose la disposición con señalar un plazo para el cumplimiento, también regula el procedimiento aplicable. Determina que *“Ejecutoriada la sentencia, el tribunal remitirá oficio al ministerio que corresponda, adjuntando fotocopia o copia autorizada de la sentencia de primera y de segunda instancia, con certificado de estar ejecutoriada”*. Finalmente, el artículo se hace cargo de las condenas pecuniarias al Estado y regula el cumplimiento de la condena en materia de reajustes e intereses.²¹

Una primera aproximación al citado precepto permite calificarlo como idóneo para la ejecución de sentencias internacionales. La norma no se supedita solo a prestaciones pecuniarias y establece plazos de cumplimiento, lo que permitiría una supervisión más cercana por parte de la comunidad nacional e internacional, y mayor certeza jurídica para las víctimas. Ahora bien, la disposición legal es confusa por cuanto pareciera señalar que puede ser aplicada fuera del Juicio de Hacienda. Sin embargo, al leerla con mayor cautela, se identifica una clara vinculación con el procedimiento de hacienda, siendo imposible su utilización aislada.

²¹ El inciso tercero del artículo 752 CPC dispone “En caso que la sentencia condene al Fisco a prestaciones de carácter pecuniario, el decreto de pago deberá disponer que la Tesorería incluya en el pago el reajuste e intereses que haya determinado la sentencia y que se devenguen hasta la fecha de pago efectivo. En aquellos casos en que la sentencia no hubiese dispuesto el pago de reajuste y siempre que la cantidad ordenada pagar no se solucione dentro de los sesenta días establecidos en el inciso primero, dicha cantidad se reajustará en conformidad con la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior a aquel en que quedó ejecutoriada la sentencia y el mes anterior al del pago efectivo.”

Sobre el particular, el primer inciso de la norma reza “*toda sentencia que condene al Fisco a cualquiera prestación, deberá cumplirse dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de recepción del oficio a que se refiere el inciso segundo...*”. En atención al inciso segundo de dicho artículo, los oficios a los que se hace referencia son las copias de las sentencias de primera y segunda instancia. Al realizar la norma una mención a la primera y segunda instancia y al ser esta división en instancias una característica propia de los procedimientos judiciales nacionales, que no tiene cabida en la esfera internacional, se confirma que la norma se está refiriendo únicamente a las sentencias nacionales en las que ha sido condenado el Fisco en el Juicio de Hacienda, por lo que, no obstante la utilidad del artículo 752 para la ejecución de sentencias es notoria, no es aplicable a pronunciamientos sobre derechos humanos.

La institución del exequatur podría concebirse cómo una segunda vía para la ejecución de sentencias internacionales. El exequatur se encuentra regulado también en el CPC, en su artículo 242 que determina que “*las resoluciones pronunciadas en el extranjero tendrán en Chile la fuerza que le conceden los tratados respectivos*”. Así, el exequátur es el mecanismo existente para lograr la ejecución de las sentencias extranjeras, aunque, como se verá a continuación, no es el más idóneo. El profesor Aldo Monsálvez Muller lo define como “*un acto jurisdiccional emanado del tribunal competente por el cual se reconoce y otorga eficacia a una sentencia extranjera, una vez examinada formalmente para constatar que se cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno del país donde se pretende el cumplimiento*”.²² De la sola definición se deduce la ya mencionada falta de idoneidad de esta institución. La noción básica del exequátur implica que lo resuelto en la sentencia debe ser consistente con la legislación interna, ostentando como postulado central “*el control material de la adecuación a los ordenamientos internos de la sentencia que se pretende ejecutar, especialmente en materia de orden público*”.²³ La institución referida no cumple con las características necesarias en un procedimiento de ejecución de sentencias internacionales ya que su pretensión está referida a que se reconozca el valor de cosa juzgada de la sentencia extranjera o que se cumplan los requisitos de derecho interno, lo que no procede respecto a sentencias internacionales.

22 Monsálvez, Aldo. *Reconocimiento y ejecución en Chile de sentencias extranjeras*, (Legal Publishing) 2008, 92.

23 Salinas, op. cit.

Las sentencias de este tipo tienen una naturaleza compleja, imponiendo diversos tipos de obligaciones para el Estado y yendo dirigidas a una pluralidad de sujetos. Por ejemplo, no se agotan con el pago de una suma de dinero, sino que implican obligaciones de actuar que exceden los cortos tiempos fijados por las normas internas. Muchas veces, también, las prestaciones exceden el ámbito de atribuciones del Ejecutivo y ordenan un cambio de conductas por parte del poder Legislativo o Judicial.

Cómo ha quedado de manifiesto, las vías existentes al interior del Estado en materia de ejecución de sentencias extranjeras no pueden ser utilizadas para lograr el cumplimiento de sentencias internacionales, por lo que en el caso de Chile, el numeral 2 del artículo 68 de la Convención no podría ser aplicado. Dicho de otro modo, el Estado no tiene una real facultad de decidir si utiliza o no el “*procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*”, ya que no se configura ningún mecanismo para esta aplicación.

¿Significa esto que el Estado tiene facultades absolutas e indiscutidas en lo que a procedimientos de ejecución se refiere? Aunque una primera interpretación de lo analizado podría sugerir esa conclusión, ésta no es, por mucho, absoluta.

2. *Cumplimiento efectivo de las sentencias de la Corte*

En la presente sección, se analiza esta temática desde una perspectiva práctica.

Chile ha sido condenado cuatro veces por la Corte en los casos Olmedo Bustos (2001); Palamara Iribarne (2005); y Claude Reyes y Almonacid Arellano (ambos de 2006).

En el caso Olmedo Bustos y otros versus Chile, la Corte consideró que el Estado había violado los artículos 1.1 y 2 de la Convención en relación al artículo 13 del mismo instrumento legal (libertad de expresión). El Estado fue condenado a modificar su ordenamiento jurídico interno en un plazo razonable con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “la Última tentación de Cristo” y al pago de 4.290 dólares americanos.

Este pronunciamiento, desfavorable para el Estado de Chile, se constituía como una primera oportunidad para la creación e implementación de pro-

cedimientos de ejecución de sentencias internacionales. Si bien la administración gobernante acató lo resuelto por la Corte, no consideró la creación de un procedimiento especial para ejecuciones futuras. La explicación de esta decisión gubernamental puede estribar en que la decisión de la Corte en materia de libertad y censura previa coincidía con las intenciones legislativas de la coalición gobernante, por lo que la condena al Estado venía a ratificar la posición del ejecutivo.

La actuación del gobierno, aunque comprensible, no fue del todo acertada puesto que, de manera irreflexiva, omitió zanjar las vías de ejecución ante eventuales resoluciones contrarias al Estado. Se perdió así la posibilidad de determinar a ciencia cierta —o al menos avanzar en la discusión sobre este tema— cómo dar cumplimiento a los diferentes puntos resolutivos de los fallos internacionales.

Resulta relevante recordar que, como determinamos al tratar escuetamente la responsabilidad internacional del Estado, las sanciones que puede determinar la Corte son de amplia envergadura y no se agotan en la indemnización compensatoria. De ahí que la Corte también puede condenar al Estado a modificar una ley, legislar en una determinada materia o anular un procedimiento judicial, entre otras sanciones. Los casos ejemplificados tienen como núcleo común que, en virtud del principio de separación de poderes del Estado, su ejecución no depende del poder Ejecutivo, sino que se sitúan en las esferas del poder Legislativo y Judicial.

Por ello es necesario que sea el Parlamento quien zanje cualquier discusión sobre las formas de cumplimiento de las sentencias internacionales, mediante la promulgación de legislación omnicompreensiva, conforme a la cual sea posible acatar los procedimientos de ejecución de sentencias sobre derechos humanos en todo ámbito.

Pese a que en el caso *Olmedo Bustos y otros versus Chile* la Corte determinó con fecha 28 de noviembre de 2003 que el Estado de Chile había dado pleno cumplimiento a la sentencia de la Corte, su actuar se debió a una coincidencia de intenciones entre varios sectores de poder político y lo resuelto por este tribunal.

El panorama en la actualidad es bastante diferente. La falta de procedimientos pertinentes en materia de ejecución de sentencias ha traído como consecuencia no solo la demora e incerteza en el cumplimiento de las mismas, sino también la contravención a los fallos de la Corte.

Respecto a lo primero, en el caso *Claude Reyes y otros versus Chile*, se condenó al Estado a garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado y capacitar en este sentido a las autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso. El Estado dio cumplimiento a la obligación mediante la promulgación y publicación en el Diario Oficial de la ley N° 20.285 “Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado” en agosto de 2008 y la capacitación en varias reparticiones públicas.²⁴ El día 24 de noviembre de 2008, la Corte declaró que Chile había dado pleno cumplimiento a la sentencia, en conformidad con el artículo 68.1 de la Convención.²⁵

El cumplimiento del Estado de la totalidad de lo determinado por la Corte es loable. Sin embargo, persisten los mismos problemas en la forma de cumplir el fallo manifestados en 2003. Notificada la sentencia, ésta ingresa al departamento de derechos humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Es este último quien realiza las gestiones con los distintos ministerios para implementar la ejecución en el ámbito interno. El problema radica en que no existen procedimientos legales que establezcan plazos, formas de participación de quienes deben ser reparados, competencias de los distintos ministerios y actuación del Ejecutivo en la discusión o gestión de proyectos de ley, entre otras cuestiones relevantes. De este modo, no hay seguridad en cuanto a cómo se abordará el tema ante eventuales pronunciamientos internacionales, sean estos del sistema universal o interamericano.

En otros dos fallos contra el Estado, la carencia de legislación específica sobre el particular se ha traducido en el incumplimiento de lo dispuesto por la Corte. Al referirse ciertos aspectos de estos fallos a cuestiones discutidas entre distintos sectores partidistas, no han existido los acuerdos políticos ne-

24 Para mayor información ver Corte IDH, *Caso Claude Reyes vs Chile*. Supervisión de cumplimiento de sentencias, 24 de noviembre de 2008, párrafo. 15.

25 Corte IDH, *Caso Claude Reyes vs Chile*. Supervisión de cumplimiento de sentencias, 24 de noviembre de 2008, párrafo. 2.

cesarios para avanzar en el cumplimiento de dichas sentencias. De existir procedimientos legales obligatorios, la sujeción de Chile a los estándares sobre derechos humanos y el cumplimiento de sus obligaciones internacionales no dependerían de compromisos políticos entre partidos.

En relación con lo anterior, en el caso Palamara Iribarne, Chile fue condenado, entre otras cosas, a adoptar las medidas necesarias para derogar y modificar las normas sobre libertad de expresión incompatibles con los estándares de derechos humanos y a “*adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma que esta se limite sólo al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo*”.²⁶

En el procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias ante la Corte, Chile argumentó la falta de definición respecto de los procedimientos necesarios para la modificación determinada por la Corte, probando así que la hipótesis de falta de legislación adecuada se traduce en el incumplimiento internacional. Específicamente señaló que:

*... respecto de la obligación de Chile de derogar o modificar el delito de desacato actualmente vigente, con el objeto de ajustar los estándares internos a los establecidos en materia de libertad de expresión existe pleno acuerdo en derogar la figura existente ya que efectivamente restringe el discursos público y el rol de la opinión público a en una que, efectivamente restringe el discurso político en una sociedad democrática. Agregó que la manera de derogar el delito **no ha sido decidida y que se estudian distintas opciones.***²⁷

Respecto a la modificación de la jurisdicción militar, recién con fecha 28 de octubre de 2009, el ejecutivo presentó un proyecto de ley que modifica la Jurisdicción Militar. Sin embargo, el “Proyecto de Ley sobre Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Militares y Procedimiento ante ellos”, debe someterse a una extensa tramitación legislativa la que finalmente depende de los devenires políticos al interior del Parlamento.

²⁶ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne versus Chile*, Supervisión de cumplimiento de sentencias, 21 de septiembre de 2009. Párrafo 18.

²⁷ Ídem. Párrafo 9. Lo destacado es nuestro.

A más de cuatro años del fallo, Chile aún no ha resuelto cómo ejecutar la sentencia de la Corte, puesto que no existe un mecanismo idóneo que permita a las víctimas o a la sociedad en general presionar al Estado para su cumplimiento.

Una situación similar ocurre con la ejecución de la sentencia en el caso Almonacid Arellano que condenó al Estado a asegurarse que el Decreto Ley 2191, más conocido como “Ley de Amnistía”, no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones sobre derechos humanos en Chile. Pasados más de 3 años desde la expedición del fallo y pese a su declarada incompatibilidad con la Convención, no ha existido ninguna modificación al decreto cuestionado.²⁸

Esta mirada a la realidad chilena en materia de cumplimiento de sentencias, corrobora que la carencia de procedimientos idóneos ha coadyuvado a la falta de sujeción de Chile a los estándares internacionales sobre derechos humanos.

3. *Criterios para el cumplimiento de las sentencias de derechos humanos*

Pese a que, en la práctica, el Estado decide cómo deben realizarse los procedimientos de ejecución es posible identificar algunos criterios que deben estar presentes en éstos, sin importar la discreción del Estado. A continuación revisaremos algunos de estos criterios.

En primer lugar, como vimos, no es posible que el Estado en un procedimiento interno de ejecución revoque la sentencia de la Corte. En la supervisión de cumplimiento del caso Castillo Petruzzi, la Corte dispuso que “*la supremacía de las obligaciones internacionales del Estado sobre el derecho interno constituye uno de los pilares del derecho internacional, consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados*”.²⁹

Sobre el particular, Christian Courtis ha señalado que los tratados internacionales pasan por un proceso legislativo al interior del país que no puede ser desconocido. Ha manifestado que “*los tratados tienen dos partes, no sólo la decla-*

28 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párrafo 145.

29 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros versus Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrafo 4. h Op. Cit.

ración de derechos y el establecimiento de obligaciones sustantivas para los estados, sino el reconocimiento de que hay órganos internacionales de controlar el cumplimiento de estas sentencias” reafirmando que “ambas partes son obligatorias”.³⁰

En segundo término, la ejecución de la sentencia debe ser de buena fe, esto es, interpretando lo resuelto de acuerdo a las disposiciones de la Convención, respetando lo pactado por el Estado. El jurista venezolano y ex miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Carlos Ayala Corao, relaciona esto con el efecto útil del derecho internacional, señalando que el acatamiento del fallo debe garantizar el cumplimiento del instrumento mismo. Indica que la obligación de dar cumplimiento debe *“ser interpretada y aplicada de manera que la garantía sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos”*.³¹

En tercer término, la interpretación que el Estado realice de la sentencia debe ser consistente con el derecho internacional. En la etapa de ejecución interna del fallo, no pueden ser violadas las garantías consagradas en la misma Convención, que se pretende tutelar.

El artículo 29 de la Convención Americana entrega ciertas luces que son plenamente aplicables a la etapa de ejecución del fallo. En primer lugar, dicho artículo establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Así también, en la ejecución de los fallos interamericanos no pueden ser limitados los derechos o libertades que puedan estar reconocidas en las leyes del Estado o en otra convención en que éste sea parte. En similar sentido, no es posible excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno. Finalmente, en la selección del mecanismo de ejecución, la Convención prohíbe *“excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”*.

30 Courtis, Cristián, ponencia en Seminario Internacional: DDHH y la Constitución. Universidad Diego Portales, 25 de noviembre de 2009.

31 Ayala, Carlos. “La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Estudios Constitucionales*. Año 5. volumen 1, 129.

Así, estos tres principios se constituyen como los estándares mínimos que deben ser observados por el Estado al seleccionar un procedimiento para la ejecución de sentencias internacionales.

IV. Cuestiones finales

Durante los últimos años se han registrado importantes avances en materia de derechos humanos. Estos han traído como consecuencia una mayor visibilidad y publicidad del sistema interamericano de protección de derechos humanos, transformándose éste en un mecanismo fundamental para el resguardo de los derechos esenciales de las personas. Sin embargo, una de las grandes dificultades del sistema es la ejecución de sus pronunciamientos. Los órganos contenciosos no cuentan con mecanismos para forzar sus decisiones, quedando la ejecución de los fallos en manos del Estado infractor.

Es por esto que es imperioso legislar en materia de cumplimiento de sentencias internacionales, de modo que los casos fallados por los organismos internacionales no sean disposiciones vacías sino que permitan potenciar el sistema de protección internacional.

En el caso de Chile, no existen procedimientos que puedan ser directamente aplicados para cumplir sentencias internacionales, por lo que es imprescindible lograr los acuerdos políticos necesarios para legislar en la materia. Es fundamental que ante futuros fallos desfavorables para el Estado, existan vías predeterminadas y efectivas para lograr la ejecución de lo sentenciado en un plazo razonable, de modo que el cumplimiento de las obligaciones internacionales y la sujeción del Estado a los estándares sobre derechos humanos no descansen en los gobernantes de turno, sino que en procedimientos ajenos a las concepciones morales, políticas y sociales de éstos. Solo de esta manera será posible lograr potenciar el sistema interamericano de protección y avanzar en el respeto de los derechos humanos.

LA LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: ESQUEMA GENERAL Y REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Tomás Vial¹

I. Introducción

No cabe duda que, dentro del ámbito del derecho público, la entrada en vigencia en abril de 2009 de la nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información (En adelante, la Ley de Transparencia) fue un hito de gran importancia que puede tener substantivos y positivos efectos tanto en la forma en que se organiza el Estado chileno como en la relación entre éste y los ciudadanos.

Las normas que ella contiene profundizan un camino de mayor transparencia y de reconocimiento del derecho de acceso a la información pública que ya se había iniciado con la dictación de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, que introdujo en la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración (en adelante la Ley de Bases), entre otras normas, dos artículos (en ese entonces los II bis y II ter) que incorporaron un principio de publicidad de los actos de la administración y normas de acceso respecto a ellos. Luego de ser refundidas por el DFL/19.653, las normas quedaron en los artículos 13 y 14 de ese mismo cuerpo legal. Estas normas fueron insuficientes, entre otras razones, por carecer de un efectivo órgano fiscalizador; más bien permitieron la dictación de normas de secreto por parte de la administración.

¹ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile; LL. M en Derechos Humanos, U. Notre Dame (USA); Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor en Derecho, University College London; Profesor Derecho de Constitucional, Universidades Diego Portales y Andrés Bello.

Un paso posterior fue la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, del 26 de agosto de 2005, que introdujo el actual artículo 8° de la Constitución, que establece el principio de publicidad de los actos y resoluciones del Estado. Si bien la reforma no introdujo explícitamente un derecho de acceso a la información², sino que solo se limitó a constitucionalizar lo ya incorporado en la Ley de Bases, prestó una adicional base constitucional a la idea de un derecho implícito al acceso a la información contenido en la Carta Fundamental.³ Desde el punto de vista constitucional este reconocimiento solo vendrá cuando el Tribunal Constitucional emita su sentencia en el caso *Casas Cordero con Aduanas*, sentencia Rol 634, en el recurso de inaplicabilidad fallado el 9 de agosto de 2007.

El presente trabajo se propone describir los principales contenidos de la ley desde el punto de vista del derecho de acceso sin pretender, por razones de espacio, un estudio exhaustivo de la misma. Por ello se dejará fuera del análisis lo relativo al Consejo para la Transparencia. Junto con lo anterior, se hará, en lo pertinente, una comparación con algunos de los principales ordenamientos comparados en esta materia, como lo son la ley mexicana,⁴ la Freedom of Information Act (FOIA) de los Estados Unidos⁵ y la reciente Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales del Consejo de Europa, adoptada a fines de 2008.⁶ La razón de elegir estos ordenamientos particulares es la siguiente: La FOIA, dictada en 1966, es la ley de acceso contemporánea más antigua⁷ y

2 Como hemos dicho junto a Domingo Lovera, en Vial, Tomás y Domingo Lovera, “El Nuevo Artículo 8°. Probidad antes que el Derecho a la Información. Principios y no Derecho”, XXXV *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, U. de Valparaíso, EDEVAL, 2006, 501.

3 Esto queda meridianamente claro en la corta discusión legislativa de este precepto, ver Vial y Lovera, op. cit.

4 La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, del 11 de junio de 2002. Ver en sitio del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, en <http://www.ifai.org.mx>

5 Ver texto en el sitio de la Office of Information Policy, dependiente del Departamento de Justicia, que es el órgano encargado de coordinar la aplicación de la FOIA dentro del gobierno federal. En <http://www.justice.gov/oip/oip.html>

6 Esta convención del Consejo de Europa, que ya cuenta con doce países signatarios, se constituye así en el primer tratado internacional de carácter general relativo al derecho de acceso a la información. La previa Convención de Aarhus (1998) es un tratado abierto de los miembros de la Comisión Económica Europea, el equivalente de CEPAL para Europa, y otros países asociados, relativa al acceso a la información ambiental y la participación del público en la toma de decisiones sobre esta materia, que, por lo tanto, posee un alcance más reducido. Para el texto de la Convención Sobre Acceso a Documentos Oficiales ver en <http://conventions.coe.int>

7 Se indica como contemporánea, pues la primera norma de acceso es la Ley de Libertad de prensa de Suecia 1766.

ha producido una abundante jurisprudencia de los tribunales. La experiencia americana por ello es de gran interés para ver los problemas de aplicación que enfrentará la ley chilena. Por su parte, la norma mexicana —dictada el 2002— fue influyente en el proceso de redacción de la ley chilena y ha constituido el modelo en el mundo hispanoamericano. La jurisprudencia emitida por su órgano rector, el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), es sin duda útil también para clarificar los conflictos que levanta el derecho de acceso. La elección de la Convención Europea tiene el propósito de contrastar la norma nacional con una que representa el reciente consenso europeo sobre el tema, siendo esta convención, además, la primera a nivel mundial sobre el derecho de acceso a la información de naturaleza general.

II. Alcance de la ley

La Ley de Transparencia dispone una aplicación diferenciada de sus disposiciones, dependiendo del tipo de órgano estatal de que se trate. La diferencia fundamental que establece es respecto al reconocimiento o no del derecho de acceso a la información por parte de las personas (denominada, doctrinariamente, transparencia pasiva) y en cuanto a si el órgano estatal está sujeto o no a la supervigilancia del Consejo para la Transparencia.

La razón de esta aplicación diferenciada se fundaría en el principio de separación de poderes —que se argumentó en los debates parlamentarios y será ratificado por el fallo del Tribunal Constitucional que realizó el control obligatorio de la ley⁸—, que implica que los demás poderes y órganos constitucionales autónomos no pueden estar sujetos al control de un órgano parte o dependiente de la Administración como lo sería el Consejo para la Transparencia. Esa lógica es discutible, pues como señala el voto de minoría de los ministros Jorge Correa y Hernán Vodanovic, la autonomía es relativa al cumplimiento de sus funciones constitucionales propias y no respecto al ordenamiento jurídico general.

El análisis de cómo se ha dispuesto esta aplicación asimétrica en la ley chilena requiere señalar con cierto detalle qué partes de ella corresponden a cada órgano. Pero, antes de ello, conviene señalar que, desde la experiencia comparada,

8 Tribunal Constitucional, rol 1051, sentencia del 10 de julio de 2008.

este enfoque no es extraño, probablemente por las mismas razones alegadas en Chile. Así, la ley mexicana claramente diferencia el régimen aplicable al gobierno federal —y sujeto al control de IFAI— y aquel de los demás sujetos obligados, como lo son los poderes legislativos y judiciales federales.⁹ Sin embargo, es bastante precisa sobre el tipo de obligaciones a las que están sujetos estos órganos (en su artículo 61), lo que habría que emular en Chile. Por su parte, la FOIA es claramente una ley solo aplicable al gobierno federal. Los demás poderes poseen sus propios sistemas de acceso a la información. La Convención Europea, en cambio, realiza una distinción (artículo 1) obligando a los Estados partes a reconocer el derecho de acceso respecto no solo del gobierno (tanto a nivel nacional, regional o local), sino también a los cuerpos legislativos y judiciales en tanto desempeñen funciones administrativas. Y, opcionalmente, faculta a los Estados, en el momento de firmar la convención o depositar el instrumento de ratificación, a incluir dentro de las autoridades obligadas a los cuerpos legislativos y judiciales en sus otras funciones.

En el caso chileno, la Ley de Transparencia se aplica en su integridad a los órganos de la Administración del Estado, tal como lo dispone el artículo 2, que señala que ella se aplicara a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Los casos de aplicación parcial son varios, siendo el principio regulatorio de qué normas se aplican el que dispone el mismo artículo 2, en su inciso 4°, al señalar que los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1 de la misma, que dispone que la Ley de Transparencia regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado

De este modo, las normas sobre transparencia de la ley que se aplican en estos casos son solo aquellas que se contienen en las normas orgánicas de los respectivos órganos del Estado, las que, como se verá, hacen referencia a aspectos determinados de la ley, variando según el tipo de entidad. Esto se estipula en los artículos tercero a décimo de la ley.

9 La ley mexicana se aplica solo al sistema federal. Luego cada estado posee su propia ley.

Así, respecto al Congreso Nacional, el artículo sexto dispone que este debe aplicar, en lo pertinente, las normas sobre transparencia activa (la obligación de colocar información en las páginas web del órgano especificadas en el artículo 7). No hay, por tanto, reconocimiento ni regulación del derecho de acceso ni recursos ante el Consejo para la Transparencia.

El artículo octavo hace referencia a los tribunales, señalando que aquellos que forman parte del Poder Judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales, a través de su Corporación Administrativa, deberán mantener a disposición permanente del público en sus sitios electrónicos y debidamente actualizados los antecedentes indicados en el artículo 7 ya mencionado (transparencia activa).

Se señala también que los demás tribunales especiales de la República, tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley N° 19.940¹⁰, cumplirán esa obligación mediante propios sitios electrónicos y en caso que no dispongan de un sistema propio, en los de el o los servicios u organismos de que dependan o formen parte o tengan más próxima vinculación.

De este modo, tampoco en estos casos se aplican las normas del derecho de acceso ni hay relación con el Consejo para la Transparencia.

La omisión por parte del legislador respecto a la no regulación del derecho de acceso en el poder legislativo y el poder judicial la verdad es que carece de explicación, constituyendo una grave desprotección del derecho de acceso. Ella es también inexplicable si se compara con que todos los demás órganos del Estado si están sujetos a las obligaciones de transparencia pasiva.¹¹ La (débil) aplicación de la transparencia activa no sufre las múltiples situaciones que en que los ciudadanos pueden estar interesados en recibir información sobre las actuaciones de los poderes del Estado.

10 Este panel, regulado en los artículos 130 y siguientes de la ley 19.940 sobre servicios eléctricos, sirve para resolver las discrepancias de aplicación de la ley eléctrica.

11 Sebastián Soto hace la misma observación, agregando que el voto de minoría del Tribunal Constitucional también señala esta incongruencia entre los diversos órganos del Estado. Ver Soto, Sebastián, "Ley de Transparencia: desafíos en su aplicación", 3 *Temas de Agenda Pública*, año 4, 12.

En cuanto al Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral, la ley dispone, en su artículo noveno, que se les aplican tanto las norma de transparencia activa como la pasiva, con la importante diferencia respecto al régimen general de la Administración, de que en caso de negativa ante una solicitud de información, solo queda recurso a la Corte de Apelaciones respectiva. Esto es consistente con el hecho de que el Consejo para la Transparencia no posee tuición sobre estos órganos.

Respecto a la Contraloría General de la República y el Banco Central, el artículo segundo, en su inciso segundo, señala que estos órganos se ajustarán a las disposiciones de la ley que expresamente esta señale y a aquello que en sus respectivas leyes orgánicas se disponga. Consecuentemente, los artículos quinto y séptimo de la ley, modifican respectivamente las leyes orgánicas de la Contraloría General de la República y del Banco Central, haciendo aplicable a estas instituciones las normas de transparencia activa y pasiva, habiendo en este último caso solo recurso ante la Corte de Apelaciones respectiva, en el caso de la Contraloría, o a la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto al Banco Central. En ambas situaciones no se aplican las normas relativas al Consejo para la Transparencia.

El inciso tercero del mismo artículo 2 señala que también se aplicarán las disposiciones que la ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.¹² La ley, en su artículo décimo, señala estas normas estableciendo en lo esencial, un régimen de transparencia activa particular, sin recurso alguno en caso de no publicarse la información. Tampoco se aplica el régimen de acceso a la información ni la tuición del Consejo para la Transparencia.¹³

12 El Consejo para la Transparencia, ya muy tempranamente descartó que la transparencia pasiva (el derecho de acceso) se aplicara a las empresas públicas, fundado, correctamente en mi opinión, en esta disposición, que es clara. Ver Amparo A4-09, contra Empresa de Ferrocarriles del Estado, del 9 de junio de 2009.

13 Sin embargo, el Consejo para la Transparencia ha asumido que si tiene competencia para conocer del cumplimiento de la transparencia activa, diciéndolo en el mismo amparo contra EFE, el A4-09 antes mencionado.

Por último, la ley 20.405, que crea el Instituto de Derechos Humanos, en su artículo 5°, le hace aplicable la Ley de Transparencia.¹⁴

III. Ámbito de la información pública

El artículo 5 de la ley señala el ámbito de la información que es pública. La redacción es confusa, pues como se observará se dan tres conceptos de lo que es público que, siguiendo el orden del artículo, van desde una concepción más restrictiva a una más amplia.

Así, el primer inciso dispone que los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Como es apreciable, esta definición, en lo medular, es heredera de la contenida en el artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración, incorporado por la Ley 19.653 sobre probidad administrativa del 14 de diciembre de 1999.¹⁵ Ella restringe el acceso a la información respecto al ámbito total de la información que está en poder de la Administración, que no necesariamente siempre puede relacionarse con un acto administrativo particular; por ejemplo, una minuta interna de asesoría a un ministro, los resultados de un estudio hecho por un servicio (los que pueden o no dar origen a una decisión o política determinada, algo que puede ser incierto). Adicionalmente, de seguirse

14 La verdad es que ese artículo se inicia con la frase de que todos los actos y resoluciones del Instituto, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen, serán públicos, exceptuando aquella información que en virtud del artículo 8 de la Constitución Política tenga el carácter de reservado o secreto. Y luego agrega que se regirá por la ley de acceso a la información pública. Como veremos, la norma que hace públicos los actos y resoluciones da pie para problemas interpretativos en el acceso a información.

15 Quizás la principal —y muy relevante— diferencia es que el antiguo artículo 13 de Ley de Bases, en su inciso quinto, expresamente hacía pública la información provista por empresas, señalando que son públicos los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no ejerza su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en el artículo 11 bis de ley N° 18.575.

esta definición, dentro de un procedimiento determinado, si el acto administrativo no se llega a dictar, en principio, la información relacionada nunca sería pública.

Sin embargo, el segundo inciso del mismo artículo da dos definiciones más amplias. La primera dispone que es pública la información elaborada con presupuesto público. Esto sin duda es más comprehensivo pues, primero, se habla de *información* y no de una determinada actuación de Estado y, segundo, dado el principio de legalidad presupuestaria, es difícil imaginar que haya actuaciones del Estado que no sean consecuencia de una determinación presupuestaria contemplada en el respectivo presupuesto institucional. La segunda definición es la más comprensiva, pues dispone que será pública toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

Como señala Toby Mendel,¹⁶ esta última definición es amplia, pero la existencia de tres definiciones es confusa y da pie para interpretaciones erróneas. El derecho comparado revisado es en esta materia más claro y favorable al acceso a la información. Así, la normativa mexicana, en su artículo 2, establece que toda la información gubernamental a que se refiere la ley es pública. La FOIA se refiere a registros (*records*), señalando que por ellos se entiende cualquier información mantenida por una agencia, en cualquier formato, incluido el electrónico.¹⁷ Por su parte, la Convención Europea señala en su artículo 1.2(b) que entiende por documentos oficiales toda información registrada de cualquier forma, ya sea producida o recibida y en manos de una autoridad pública.

Por lo anterior, habría sido mucho más simple señalar que es pública la información en manos de los entes a los cuales se le aplica la ley. Las posibles interpretaciones restrictivas, reduciendo la información pública exclusivamente a alguno de los dos primeros conceptos, particularmente al primero, debe ser rechazada por ser inconsistente con la idea de un derecho de acceso como derecho constitucional de los ciudadanos dentro de una república democrática,

¹⁶ Mendel, Toby, *El Derecho de Acceso a la Información en América Latina. Comparación Jurídica*, (Unesco) 2009, 58.

¹⁷ *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. paragraph 552 (f) (2)-

lo que hace inconcebible que el Estado pueda, *ab initio*, salvo las justificadas causas de secreto o reserva, argumentar que parte de sus actividades son reservadas. La misma ley al señalar los principios bajo los cuales se rige el derecho de acceso a la información, dispuestos en su artículo 11, entrega dos que inclinan la interpretación a favor del concepto amplio de información pública, cuales son los principios de libertad de información (Artículo 11 letra b) y de apertura o transparencia (letra c). Por el primero, se señala que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado. El segundo, a fin de no dejar dudas, dispone que toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas (es decir, las contenidas en las leyes de quórum calificado).

IV. La Transparencia Activa

El título III de la ley introduce la llamada transparencia activa, es decir, la obligación de incorporar en las páginas web de los respectivos servicios determinada información que la misma ley detalla.

En el ámbito general de la administración del Estado, la obligación de colocar información en las páginas web posee su antecedente en el instructivo presidencial N° 8 del 4 de diciembre de 2006 que, en aplicación del artículo 8 de la Constitución, determinó que cierta información —como las adquisiciones y contrataciones (a través de Chilecompras), las relativas al personal de planta, contrata y honorarios—, el marco normativo aplicable, los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros, debían subirse a esos sitios.

Como se señaló antes, esta obligación se aplica —según lo especifica el artículo 7— a los órganos de la Administración del Estado, al Congreso Nacional, los tribunales que forman parte del Poder Judicial, los tribunales especiales tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley N° 19.940, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Justicia Electoral, la Contraloría General de la República y el Banco Central. Como se indicó también, en el caso de las

empresas del Estado, el artículo décimo de la ley establece un régimen particular de transparencia activa.

El actual artículo establece un listado comprensivo de la información que los servicios deben subir obligatoriamente en los sitios web. En términos comparados, ese listado es similar al contenido en ley mexicana, en su artículo 7. La FOIA, por su parte, contiene una enumeración bastante más limitada de la información que debe ser publicada, de naturaleza más bien procedimental, como su organización interna y la regulación de los procedimientos disponibles.

La ley nacional exige qué información se debe colocar en las respectivas páginas web, lo que debe realizarse en forma completa y actualizada y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito. Estas son, sin duda, exigencias claves para un eficaz cumplimiento de los objetivos de la ley, pues es evidente que es posible, dado el manejo informático actual, colocar vastas cantidades de información en la web, pero de una forma que haga muy arduo su empleo a los usuarios. Desgraciadamente, el tema de la calidad de la información, una vez superado el cumplimiento primario de las exigencias legales, es de muy difícil comprobación, pues se carece de criterios objetivos sobre que sería una información de completa y fácil identificación.

El artículo 8, por su parte, dispone que cualquier persona podrá presentar un reclamo ante el Consejo para la Transparencia si alguno de los organismos de la Administración no informa lo prescrito en el artículo 7. Esta acción se somete al mismo procedimiento que el amparo de información regulado en los artículos 24 y siguientes, tal como se verá.

En el caso de la Contraloría, el Banco Central, el Ministerio Público, Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral, esto sería también factible pues se les aplica el título III íntegramente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de control señaló que el artículo 8 no se aplicaba a esos órganos como condición para declarar constitucionales las normas de la ley sobre esos entes.¹⁸ La razón para ello fue la enunciada previamente:

¹⁸ En los considerandos 37°, 41° y 44°.

que ello atentaría contra la autonomía constitucional de esos órganos, lo que ya hemos criticado.¹⁹

En el caso de las empresas públicas, no se contempla mecanismo alguno para reclamar por el incumplimiento de las obligaciones de transparencia pasiva, pero el Consejo para la Transparencia sí ha decidido que posee competencia para revisar su cumplimiento, en base a la facultad de fiscalizar la observancia de la ley, fallando el amparo A4-09 del 9 de junio de 2009.

En cuanto al Congreso Nacional y los tribunales, la ley no estipula mecanismo alguno de control del cumplimiento de las exigencias de la transparencia activa, lo cual es también criticable pues, aún si se hiciera caso del argumento de la autonomía, debiera la ley haber impuesto la exigencia de crear mecanismos internos para asegurar este cumplimiento, como sucede, por ejemplo, en la ley mexicana en su artículo 61.

Las obligaciones que imponen estas normas han sido precisadas en el instructivo presidencial sobre transparencia activa del 13 de abril de 2009²⁰ y en los instructivos emitidos por el Consejo para la Transparencia.²¹

V. El derecho de acceso a la información (transparencia pasiva)

1. Principios que regulan el acceso

Los redactores de la ley, quizás emulando a la ley de procedimiento administrativo (en su artículo 4), incluyeron en el artículo 11 una serie de principios que orientan la ley. En esta materia, la ley chilena constituye una novedad respecto a los ordenamientos comparados estudiados.

19 Una crítica más amplia de esta postura, que fuera más allá de la mera enunciación de ella hecha antes, llevaría a desarrollar una teoría sobre qué debe entenderse por separación de poderes en nuestro ordenamiento constitucional, algo que no se ha realizado hasta ahora, pero que esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional hace urgente.

20 Oficio Ordinario 413, del Ministerio de Hacienda y Secretaría General de la Presidencia, del 13 de abril de 2009. Disponible en <http://www.gobiernotransparente.cl/asistente/documentos.php>

21 Estos son la Instrucción General N° 4 Sobre Transparencia Activa, del 19 de enero de 2009; y la Instrucción General N° 5 Sobre Transparencia Activa para Empresas Públicas, del Estado y Sociedades del Estado, de 19 de enero de 2009, ambos en <http://www.consejotransparencia.cl>.

Estos principios son sin duda útiles para la interpretación de la misma, tal como se podrá apreciar en este trabajo. Los principios considerados son los de relevancia, de libertad de información, de máxima divulgación, de divisibilidad, de facilitación, de no discriminación, de oportunidad, de control de responsabilidad y de gratuidad. En esta parte, solo se enunciarán, empleándolos en relación a las normas pertinentes de la ley en su oportunidad.

2. Titularidad del derecho legal de acceso a la información

Es una cuestión de suma relevancia el determinar quien puede ejercer el derecho de acceso. Al respecto, el artículo 10 de la ley es claro en indicar que este derecho lo tiene toda persona. Esto es ciertamente consecuente con entender el derecho de acceso como un derecho fundamental, tal como lo declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia rol 634, o un derecho humano, como lo fallo a su vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Claude vs. Chile*.

Esto implica que el derecho de acceso puede ser ejercido tanto por personas naturales como jurídicas, ya sea nacionales o extranjeras, pues nada hay en la ley que impida a una persona extranjera que viva fuera de Chile el pedir información por medio de la ley. Las exigencias formales para la petición, que revisaremos a continuación, son perfectamente cumplibles por un extranjero. Lo anterior es coherente con el principio de no discriminación contemplado en la misma ley, en su artículo 11, letra g), que se analizará más adelante.

La amplitud de los sujetos que pueden ejercer las peticiones es también consistente con los ordenamientos comparados observados. Así, la ley mexicana, en su artículo 40, al iniciar la regulación sobre el procedimiento de acceso, dispone que toda persona podrá ejercerlo. La FOIA, por su parte, habla de personas que pueden realizar una petición, sin mayor especificación. La Convención Europea, a su vez, señala que este es un derecho de todos (artículo 2.1).

3. Objeto

El mismo artículo 10 de ley dispone que el objeto del derecho de acceso a la información es la información, señalando expresamente que el derecho es a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

El inciso segundo —que indica que este derecho comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales— debe ser entendido como una enumeración ejemplar y no exhaustiva. Esta es la interpretación correcta, a la luz de los principios de libertad de información (Artículo 11, letra b)²² y de apertura o transparencia (Artículo 11, letra c)²³.

Que el objeto del derecho consiste en información, de cualquier naturaleza o formato, se ve también reforzado por la norma del artículo 12, letra b) sobre la forma de pedir ésta, indicándose que debe identificarse en forma clara *la información* que se pide. Por lo tanto, lo que se puede pedir no es solo un documento específico, como el contrato X o la resolución B, sino que información a secas, que puede estar contenida en uno o varios documentos.

De acuerdo a la anterior, constituiría una interpretación errada de la ley si un órgano sujeto a ella exigiera a un peticionario que este indicara un *documento*, acto o resolución específico a fin de dar curso a una petición. Lo que eventualmente se debe especificar es la información, no el soporte en la cual ésta puede o no estar. Es tarea del órgano, que conoce o debe conocer la información que posee, determinar en que tipo de formato o documento específico se encuentra ésta y proceder a entregarlos.

4. Forma de la petición

El artículo 12 regula la forma de la petición, señalando que ésta deber ser por escrito o por sitios electrónicos y deberá contener: a) Nombre, apellidos y dirección del solicitante y de su apoderado, en su caso; b) Identificación clara de la información que se requiere; c) Firma del solicitante estampada por cualquier medio habilitado; y d) Órgano administrativo al que se dirige.

22 Este principio dispone que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado.

23 Este principio, a su vez, señala que toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

Al respecto, el reglamento de la ley señala, en su artículo 28, que se entenderá que una solicitud identifica claramente lo pedido cuando indica las características esenciales de ésta, tales como su materia, fecha de emisión o período de vigencia, origen o destino.

En cuanto a la necesidad de firma, el mismo reglamento, en su artículo 28, señala que ésta puede ser por cualquier medio habilitado, entre los cuales se entiende la firma electrónica simple o avanzada.

Si la solicitud no reúne los requisitos señalados se requerirá al solicitante para que, en un plazo de cinco días contado desde la respectiva notificación, subsane la falta, con indicación de que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición.

El peticionario podrá expresar en la solicitud su voluntad de ser notificado mediante comunicación electrónica para todas las actuaciones y resoluciones del procedimiento administrativo de acceso a la información, indicando para ello, bajo su responsabilidad, una dirección de correo electrónico habilitada. Se señala que, en los demás casos, las notificaciones a que haya lugar en el procedimiento se efectuarán conforme a las reglas de los artículos 46 y 47 de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.²⁴

Las formalidades que exige la ley son similares a las contempladas en la ley mexicana, en su artículo 40, aunque esta última señale que se debe identificar *los documentos* lo que da pie para que se presenten obstáculos al acceso a la información, pues las personas no tienen normalmente conocimiento sobre el documento preciso que se requiere. La norma europea, en su artículo 4, por su parte, señala que los partes contratantes pueden otorgar el derecho a permanecer anónimos, salvo que la identificación sea esencial para procesar la petición.

²⁴ Estas normas establecen la notificación por escrito, por medio de carta certificada al domicilio del interesado. También se contempla la notificación personal, por medio del empleado del órgano correspondiente, y aquella que se realiza en la oficina del organismo o servicio, dejando en ambos casos constancia. Por último, también se contempla la notificación tácita, cuando el interesado hiciera cualquier gestión en el procedimiento, con posterioridad al acto, que suponga necesariamente su conocimiento, sin haber reclamado previamente de su falta o nulidad.

5. Casos de no competencia y de ausencia de información

El artículo 13 ordena las circunstancias de cuando la información no está en posesión del órgano o no sea este competente para ocuparse de ella. En estos casos se enviará de inmediato la solicitud a la autoridad que deba conocerla según el ordenamiento jurídico, en la medida que ésta sea posible de individualizar, informando de ello al peticionario. Se agrega que, cuando no sea posible individualizar al órgano competente o si la información solicitada pertenece a múltiples organismos, el órgano requerido comunicará dichas circunstancias al solicitante.

La norma chilena en este aspecto es más pro peticionario que la mexicana, pues esta última, en estas mismas circunstancias, solo obliga a orientar al peticionario respecto a la entidad competente (artículo 40, fracción IV). La FOIA, por su parte, nada dice al respecto.

Sobre este punto, nace la cuestión de si los plazos de que dispone la ley para que los órganos obligados respondan se deben contar desde la fecha de la petición original o desde que el órgano recibe la petición transferida. Lo segundo parece lo razonable, debiendo entenderse que, para el órgano al cual le llega la petición de información transferida, ésta equivale a una petición nueva, sujeta a las mismas obligaciones y plazos que la original.

6. Principio de no discriminación

Respecto a las peticiones de información, la ley establece dentro de los principios que ordenan el derecho de acceso a la información el de no discriminación (artículo 11, letra g), por el cual los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud. Este principio es de suma importancia práctica, pues sin él la tentación casi irresistible de los órganos obligados sería la de hacer diferencias respecto a peticiones que fueran particularmente molestas.²⁵

25 Fruto de la experiencia práctica de este autor en capacitaciones a funcionarios públicos sobre la Ley de Transparencia, el hecho que el peticionario pueda lucrar con la información, como es en el caso de las peticiones ante el Servicio de Impuestos Internos por tasaciones de vivienda, es frecuentemente alegado como una razón por la cual se debiera negar la información. La respuesta es que la ley es indiferente a esto y que, además, la información en manos de los órganos obligados ojala sea empleada de alguna forma útil, amén de que la actividad económica es algo perfectamente lícito y corresponde al ejercicio de un derecho constitucional, como es el de la libertad económica.

7. Procedimiento y plazos

Los plazos que la nueva ley dispone para procesar las peticiones son razonables²⁶ y en concordancia con el derecho comparado.²⁷ Así, el artículo 14 señala que la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido deberá pronunciarse sobre la solicitud, sea entregando la información solicitada o negándose a ello, en un plazo máximo de veinte días hábiles contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos del artículo 12.

Se agrega que este plazo podrá ser prorrogado excepcionalmente por otros diez días hábiles cuando existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, caso en que el órgano requerido deberá comunicar al solicitante, antes del vencimiento del plazo, la prórroga y sus fundamentos.

Estos plazos, como lo indica el artículo 1 de la ley, en su número 1, lo son de días hábiles, de acuerdo al artículo 25 de la Ley Sobre Bases de Procedimientos Administrativos, Ley 19.880, entendiéndose como inhábiles, entonces, los sábados, domingos y festivos.

El artículo 16 señala que la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición de terceros, regulada en el artículo 20, o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley en el artículo 22. En estos casos, su negativa a entregar la información deberá formularse por escrito, por cualquier medio, incluyendo los electrónicos. Además, deberá ser fundada, especificando la causal legal invocada y las razones que en cada caso motiven su decisión.

La resolución denegatoria se notificará al requirente en la forma dispuesta en el inciso final del artículo 12 de la ley, es decir, mediante medios electrónicos o de acuerdo a los artículos 46 y 47 de la Ley sobre Bases de Procedimientos Administrativos.

26 Ciertamente más que el absurdo plazo del artículo 13 de ley de Bases, que ordenaba la respuesta dentro de 48 horas.

27 Al respecto, la ley mexicana también exige 20 días hábiles, extendibles por el mismo período en caso de que existan razones que lo motiven (Artículo 44). La FOIA, por su parte, dispone que dentro de 20 días se debe informar respecto a la petición, ya sea en forma positiva como negativa (Section a) (6) (A) (i).

En el caso de respuesta afirmativa, el artículo 17 dispone que la información solicitada se entregará en la forma y por el medio que el requirente haya señalado, siempre que ello no importe un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional, casos en que la entrega se hará en la forma y a través de los medios disponibles. Se agrega que se deberá contar con un sistema que certifique la entrega efectiva de la información al solicitante, que contemple las provisiones técnicas correspondientes.

La ley chilena no considera, en forma explícita al menos, que el acceso sea por medio de la consulta directa del material.²⁸ Hay situaciones en el que peticionario puede no estar interesado en recibir el material sino solo en revisarlo. Esto es particularmente útil en el caso de materiales de antigua data, de difícil reproducción, o cuando no se sabe con precisión donde está la información que se quiere. La ley mexicana, en cambio, admite expresamente que el acceso se puede obtener cuando los documentos se ponen a disposición en el sitio en que se encuentre o por medio de copias. La Convención Europea es más explícita aún pues señala que el peticionario posee el derecho de elegir entre revisar el material in situ o recibir una copia en cualquier forma disponible o en la forma que lo prefiera a no ser que ella sea irracional (artículo 6).

8. Costos

No cabe duda que el tema de los costos es fundamental para asegurar el efectivo acceso a la información. Al respecto, la ley posee una ambigüedad inicial, pues ella en su artículo 11, sobre los principios que rigen el acceso, dispone entre ellos el de gratuidad, de acuerdo al cual el acceso a la información de los órganos de la Administración es gratuito, sin perjuicio de lo establecido en la ley. Y, luego, el artículo 18, ordena que solo se podrá exigir el pago de los costos directos de reproducción y de los demás valores que una ley expresamente autorice a cobrar por la entrega de la información solicitada.²⁹ No se ve cual es el sentido de afirmar una gratuidad que luego se limita. Bastaba con decir

28 Sin embargo, el Consejo de la Transparencia, en al menos un caso, ya ha resuelto que el servicio debe proporcionar el acceso a los documentos en el lugar en que se encontraban. Ver la resolución del Amparo A54-09 contra Servicio de Impuestos Internos, de fecha 28 de julio de 2009. El caso se presenta por una petición del señor Javier Ponce Facuse al SII de copia de los registros de tasación de 14 inmuebles. El Consejo resolvió que se entregara copia de los expedientes a su costa y, salvo que el gasto fuera excesivo o no previsto, acceso a los lugares de atención al público en que se encuentre. El SII interpuso recurso de reposición y esto fue denegado, el 8 de septiembre de 2009.

29 Hay diversos servicios que por ley pueden cobrar por cierta información de que disponen. Así, por ejemplo, el Servicio Electoral esta autorizado a cobrar por los registros electorales.

entonces que se cobraría los costos directos de reproducción. Al respecto, ni el reglamento ni el Consejo para la Transparencia han precisado qué se debe entender por estos. Sobre esta materia sería conveniente que hubiese una política y unas tarifas uniformes a través de la administración.

La norma mexicana es similar a las disposiciones nacionales: en su artículo 27, señala que los costos no podrán ser superiores al costo de los materiales utilizados en la reproducción y el costo del envío. En esta particular materia, la FOIA establece un régimen distinto y digno de estudiar con detalle.³⁰ Ella distingue, para efectos de costos, según el uso de la información. Así, en el caso de información para usos comerciales, los costos son aquellos razonablemente estándar para la búsqueda, duplicación y revisión. En cambio, si los documentos son solicitados por una institución científica o educacional no comercial, con el propósito de investigación académica o científica, o por un representante de los medios, el costo será solo el de la duplicación del material. En los demás casos, los costos serán los de búsqueda y duplicación. Se especifica que por éstos se entienden los costos directos. Ahora bien, los documentos se entregarán sin costo alguno o por un costo menor al de búsqueda y reproducción si la entrega de la información es de interés público —porque es probable que ella contribuya significativamente al entendimiento público de las operaciones o actividades del gobierno— y no esté primordialmente en el interés comercial del solicitante.

Tampoco se aplicarán cargos cuando el costo rutinario de procesar el cobro de los mismos sea igual al del costo que se quiere cobrar o, en los casos de información sin uso comercial o de interés científico o académico, por las dos primeras horas de tiempo de búsqueda o las primeras cien páginas de duplicación.

En materia de los costos que impone la ley, Sebastián Soto cita al Juez de la Corte Suprema norteamericana Antonin Scalia, que famosamente señaló que la FOIA era “*El Taj Mahal de la no anticipación de las consecuencias de una ley; la Capilla Sixtina de la ignorancia del costo beneficio*”³¹ para recordarnos que la aplicación de la ley sin duda impone costos que pueden ser elevados a la

30 Ver paragraph (4)(A)(i) a (viii).

31 Op. cit, 10.

Administración. Ellos deben ser contrapesados, en algo que parece difícil de cuantificar, con los beneficios de un Estado transparente. Lo que sí es claro es que no se puede suponer que el tener una organización estatal abierta sea gratis. Al respecto, conviene hacer notar que la discusión de la ley se hizo sin en el más mínimo cálculo de cuanto costaba implementarla.

La existencia de costos en la respuesta a peticiones no debiera convertirse en un obstáculo para el acceso, pues en verdad el cumplimiento de la ley no es algo externo o extraño a las funciones del servicio, algo que erróneamente se podría alegar en base al artículo 17, que dispone que la información solicitada se entregará en la forma y por el medio que el requirente haya señalado, siempre que ello no importe un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional, casos en que la entrega se hará en la forma y a través de los medios disponibles. Y no lo es porque la transparencia es hoy de la esencia de una administración en una sociedad democrática y claramente un mandato constitucional. No es, por lo tanto algo ajeno, sino que debe estar plenamente contemplado dentro de los presupuestos institucionales.

Ciertamente, en el caso de los documentos electrónicos, el costo de los materiales es cero y la reproducción implica el costo marginal del envío por correo electrónico. La ley también señala que la obligación del órgano requerido de entregar la información solicitada se suspende en tanto el interesado no cancele los costos y valores a que se refiere el inciso precedente.

9. Prohibición de imponer condiciones de uso a la información

El artículo 19 de la ley señala que la entrega de copia de los actos y documentos se hará por parte del órgano requerido sin imponer condiciones de uso o restricciones a su empleo, salvo las expresamente estipuladas por la ley. Esta norma es también de gran importancia pues, de no existir, se podría dar el caso que los órganos obligados restringieran el uso y divulgación de la información. Ayuda también a clarificar en los casos en los cuales puedan producirse eventuales problemas de propiedad de la información, pues —sin perjuicio de que una de las causales de reserva o secreto constituyen justamente los derechos económicos de terceros—, en los casos en que se afecten esos derechos, la obligación de no imponer condiciones o restricciones de uso coloca enteramente en el peticionario la responsabilidad de si acaso infringirá o no un derecho de propiedad intelectual. Un ejemplo puede ilustrar esto. Si

se pidiera una información como el contenido de un libro registrado por propiedad intelectual o una obra artística, el órgano obligado no puede indagar para qué se va a emplear la información ni imponer condiciones sobre cómo se va a usar; solo podría entregarla, salvo el caso en que per se la publicidad afecte el derecho. Pero en el caso de un libro o un escrito, éstos normalmente están hechos para ser públicos, para ser conocidos, pero solo los autorizados por el derecho de autor pueden determinar sus usos. El uso no autorizado de esa información por parte del peticionario podría constituir, eventualmente, una infracción a la propiedad intelectual o industrial. Sin embargo, no sería un problema de acceso a la información.

10. Procedimiento en caso de afectación de derechos de terceros

La ley contempla, en su artículo 20, un procedimiento para cuando una petición de información afecte a terceros. Esto es una novedad de la ley chilena, pues no se contempla en la ley mexicana, la FOIA o la Convención Europea.

Es evidente que este procedimiento hace más engorroso el funcionamiento de la ley. La protección de los derechos de terceros bastaba con hacerse por medio de las cláusulas de reserva que contempla ley. Como veremos, el intento de proteger la información de terceros conflictúa con un procedimiento de acceso relativamente ágil y, en la práctica la ley ha terminado en un punto intermedio que no es satisfactorio para nadie.

El artículo 20 señala que cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, informándoles la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados y adjuntando copia del requerimiento respectivo.

Esta parte de la norma merece tres comentarios. Primero, el plazo de dos días ya parece irreal, pues se exige que sea el Jefe de Servicio el que determine esto. Sin duda, la intención del legislador fue evitar lo más posible la demora que este proceso produce al acceso a la información. Sin embargo, es dudoso que

un plazo tan corto se cumpla en la práctica. Segundo, la norma impone una obligación que en muchos casos no se va a poder cumplir, pues con frecuencia los servicios no van a tener información al día sobre el domicilio de los afectados, siendo imposible, entonces, la notificación. Esto, como veremos, posee serias consecuencias para ellos.

Tercero, en estos casos opera el principio de la divisibilidad. Este principio, contemplado en la letra e) del artículo 11, dispone que si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda. Es decir, este principio obliga a la autoridad a discernir qué puede o no entregar, dividiendo la información. Por esto, en los casos en los cuales un documento —como por ejemplo, un registro hospitalario que dé cuenta de determinados procedimientos médicos— contenga información personal, ésta podría ser tachada y entregada solo aquella que no identifica a un persona particular.

La ley señala que los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. De acuerdo al artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo, esta última se entiende que se produce a contar de los tres días de depositada la respectiva carta en la oficina de correos. Es decir, el término de emplazamiento para hacer presente la oposición es de seis días hábiles a partir del depósito en el correo. Dada la velocidad del correo y que las notificaciones pueden afectar a personas viviendo a gran distancia de la entidad a la que se le hace la petición, este término parece muy corto, con la consecuencia de que, en muchos casos, el tercero simplemente no podrá hacer valer su eventual oposición.

Esta eventual oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa. Esto último es importante pues esta negativa incide directamente en el ejercicio del derecho de acceso, por lo que es necesario que sea justificada, a fin de poder ser eventualmente contradicha en el proceso de amparo.

Se agrega que, deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo para la Transparencia, dictada conforme al procedimiento que establece esta ley.

Por último, la ley indica que, en caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información. Es aquí donde la brevedad de los plazos y la misma obligación de notificar aun cuando no se tiene certeza de cuál es la dirección actual del tercero afectado, posee su efecto más rotundo, pues, en una posible interpretación del texto, la información debiera entregarse. En este punto se puede levantar la cuestión, nada de artificial dadas las limitaciones inherentes del proceso de notificación ya vistas, de si acaso el servicio requerido podría negar la información en base a la causal de que ella afecta a los derechos de terceros, contemplada en el artículo 21, número 2, aún cuando no hay respuesta de los terceros a los que se notificó.

Un ejemplo puede servir para ilustrar el dilema al que se puede ver enfrentando un servicio requerido. Imaginemos que una compañía de seguros pide a uno de los servicios de salud, servicio público al que se le aplica la Ley de Transparencia, la información médica de las personas que han sido atendidas por problemas cardíacos en los últimos cinco años. Esto puede tener gran interés para la compañía, ya sea para determinar los riesgos de posibles asegurados o el de ofrecer seguros de salud a esas personas. Esta información es, a todas luces, privada; el mismo artículo 21, número 2, menciona la salud como uno de sus casos de afectación de derechos de terceros.³² De acuerdo a la ley, lo que el servicio debe hacer es notificar a estas personas. Pero es obvio que en muchos casos éstas no serán habidas, lo más probable es que muchas personas pueden haber cambiado de domicilio, y, siguiendo el artículo 20, en este caso, a falta de respuesta, se entiende que el tercero consiente en la entrega de la información. ¿Debe el servicio hacer entrega de la información médica?³³

Lo que está en juego acá es, por un lado, los efectos de la autorización tácita o expresa del titular de la información versus la facultad de la autoridad de

32 Sin perjuicio de esto, la ley de protección de datos privados, (19.628) define dentro de los datos sensibles aquellos relacionados con la salud (artículo 2, letra g).

33 Este problema no se presentaba con el artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración, pues éste, en su inciso octavo, contemplaba expresamente lo siguiente: “Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución judicial en contrario, dictada conforme al procedimiento que establece el artículo siguiente. En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información, a menos que el jefe superior requerido estime fundadamente que la divulgación de la información involucrada afecta sensiblemente los derechos o intereses de los terceros titulares de la misma”.

negar el acceso en base a una de las causales de reserva, específicamente la de afectación de derechos de terceros, aún cuando exista esa autorización tácita.

Como veíamos, el artículo 16 señala que la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido *estará obligado a proporcionar* la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición de terceros, regulada en el artículo 20, o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley en el artículo 22. Como se aprecia, la ley contempla dos excepciones a la obligación de entregar la información. Una es la oposición del tercero y la otra la existencia de causales de reserva. A *contrario sensu*, de esto se puede deducir que la aceptación del tercero, ya sea tácita o expresa, no implica una obligación por parte de autoridad de entregar la información si es que esta determina que hay una causal de reserva. En esta materia, la ley no distingue y, por lo tanto, puede ser cualquier causal de reserva, incluso la protección de los derechos de terceros.

Se podría contra argumentar que, en el caso de la aceptación por parte del tercero, que es el titular de los derechos amagados, a la autoridad solo le quedaría aceptar esa decisión pues es el tercero el que tiene el control sobre su información, pues de eso se trata cuando se habla de un derecho ¿Cómo podría la autoridad ir en contra de esa decisión, que ciertamente es facultativa del titular del derecho afectado?

Lo anterior parece claro en caso de una aceptación expresa. La voluntad del titular prima sobre el juicio de la autoridad. Pero, en el caso de la aceptación tácita, que es una ficción de la ley, es necesario matizarlo, pues acá se produce un conflicto de derechos. Por un lado la eventual afectación del derecho del tercero, que puede ser el de la vida privada o patrimonial, y por otro el derecho de acceso a la información. Este conflicto debe ser resuelto en forma racional, balanceando ambos derechos en una solución que sea respetuosa de su igual valor. Aquí el principio de proporcionalidad entra en operación.

Así, si se concluyera que en caso de aceptación tácita existirá siempre la obligación legal de entregar la información (salvo, por supuesto, que haya una causal de reserva independiente de la protección de derechos), es indudable que se producirán casos en los cuales se infrinja el derecho de los terceros. El ejemplo de la información médica antes esbozado lo grafica. En este caso,

la divulgación de la información médica por sí sola es una grave infracción del derecho a la vida privada. Y, por otro lado, permitir que la autoridad pueda negar la información por que a su juicio se pueda ver afectado un derecho a tercero, sin mayor calificación y no contando con una clara expresión de aceptación o rechazo del tercero, abre la puerta a un alto grado de incerteza respecto al acceso a la información, que pasa a constituir una infracción al debido reconocimiento de éste. Este negativo efecto es consecuencia de que, como veremos, la causal de reserva es amplia y, al menos en el texto, no posee graduación en cuanto al daño al derecho de terceros que justifica el rechazo. Literalmente, basta la mera afectación. Por esa razón, sería en extremo fácil para la autoridad el negar el acceso en base a ella.

Por lo anterior, estimamos que una solución respetuosa de los derechos involucrados argumenta a favor de que esta negativa solo sería justificada cuando la afectación al derecho de terceros sea grave, precisa y evidente, debiendo la autoridad así fundarlo. En ese caso, el peticionario siempre podrá reclamar ante el Consejo para la Transparencia. De no darse estas condiciones, el servicio debiera entregar la información.

11. *Las causales de reserva*

El artículo 21 dispone las causales de reserva, señalando que las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las que ahí se enumeran.³⁴ Sobre ellas, en este trabajo, solo se harán algunas observaciones generales, reservando un análi-

34 Estas son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:
 - a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.
 - b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.
 - c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.
2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.
3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.
5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

sis pormenorizado de ellas y de cómo el Consejo para la Transparencia las ha aplicado para otro estudio. Primero, y coincidiendo con Sebastián Soto,³⁵ parece razonable que la ley disponga causales genéricas, ejemplificándolas con casos algo más precisos. Este es, con ciertas variaciones, el camino seguido por la mayoría de las legislaciones sobre acceso, salvo quizás las del *common law*, como la del Reino Unido. Así, por ejemplo, la mexicana posee un listado asimilable al chileno.³⁶ La FOIA contempla nueve casos de excepciones, algunas de ellas más detalladas que la norma chilena, y la Convención Europea, en su artículo 3, dispone once.

Respecto al contenido de las mismas, se coincide con Mendel en que ellas reflejan, en general, intereses que se consideran legítimos en la normas internacionales³⁷ sin perjuicio de las críticas que se hace a la amplitud de algunas de ellas.

En tercer lugar, basta para fundar las causales de negativa que dispone el artículo 21 en que se *afecte* uno de los motivos dispuestos en la ley para servir como justificación a la reserva o secreto. La mera afectación como fundamento de la negativa es demasiado amplia y desfavorable al derecho de acceso e implica conservar la cultura de secreto. Es difícil imaginar una información que no *afecte* de una forma u otra algún interés o derecho. Esto, sumado a la amplitud de las causales, hace que para el órgano requerido sea muy fá-

35 Op. cit., 6.

36 El Artículo 13 señala que como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda: I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional; II. Menoscabar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros estados u organismos internacionales entreguen con carácter de confidencial al Estado Mexicano; III. Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país; IV. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona, o V. Causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado. Y luego el Artículo 14 agrega que también se considerará como información reservada: I. La que por disposición expresa de una Ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial; II. Los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal; III. Las averiguaciones previas; IV. Los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado; V. Los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa o la jurisdiccional definitiva, o VI. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada.

37 Op. cit., 62.

cil justificar una negativa. Coincidimos con lo observado por Sebastián Soto cuando, realizando esta misma crítica, señala que lo que se requiere es que la afectación de los bienes jurídicos resguardados por las causales de reserva lo sea en forma muy probable, directa y además grave.³⁸

Sobre esta materia, la práctica del Consejo para la Transparencia ha sido estimar que recae en el órgano alegar las causales y justificarlas en forma precisa. Así, ya muy tempranamente, el Consejo —ante el alegato de los órganos requeridos de que las peticiones implicaban un número excesivo de actos— señaló, en su resolución al amparo A39-09 del 19 de junio de 2009, lo siguiente:

Que la circunstancia de referirse el requerimiento a un elevado número de actos administrativos ha sido invocada, pero no acreditada por el Subsecretario. A este respecto debe señalarse que dado que de esta circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega, vale decir, al Subsecretario. Por lo mismo, la falta de prueba que respalde esa afirmación llevará a rechazar esta alegación.

En cuarto lugar, y como también lo ha criticado Mendel,³⁹ no se ha incluido el test del interés público a fin de balancear la causal de reserva con el derecho de acceso. Sin este test, en una errónea interpretación de la ley, las causales de reserva podrían ser entendidas como absolutas, es decir, que una vez comprobada la existencia de ellas no habría justificación que permitiera dar la información, limitándose el Consejo para la Transparencia solo a determinar esta circunstancia. Sin embargo, el Consejo, en su práctica ha empleado este test, señalando en su decisión de amparo 45-09⁴⁰ lo siguiente:

38 Op. cit., 7.

39 Op. cit., 61.

40 Este es el primer caso en que el Consejo para la Transparencia hace uso del test de daño. Consistió en una petición del Departamento de Relaciones Públicas de Carabineros de Chile de José Pedro de la Carrera Valdés respecto del número de carabineros destinados al Departamento de Protección de Personas Importantes (PPI) y del número de autoridades o personas que reciben este tipo de protección. Carabineros negó la información en base a las causales de afectación del cumplimiento de las funciones (Artículo 21, n° 1) y de afectación de derechos de terceros (Artículo 21, n° 2). El Consejo, aplicando el test de daño, otorgó un parcial acceso a la información pedida, solo respecto a la información agregada de las personas que estaban bajo protección.

Que para determinar lo señalado en los considerandos precedentes se hace necesario aplicar, en este caso, lo que la doctrina comparada denomina un test de daño, consistente en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación.

El adecuado balance entre los derechos en juego, como lo ha destacado la doctrina nacional,⁴¹ no es sino consecuencia de entender que la restricción a un derecho, en este caso el derecho de acceso, está sujeta al principio de proporcionalidad, a la que también apela el mismo Consejo, citando la sentencia *Claude vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En quinto lugar, es criticable que la ley haya validado las causales de reserva existentes en la legislación previa.⁴² En consecuencia, se establece como causal de negativa, en el número 5 del artículo 21, que se podrá negar la información cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política. El efecto de esta disposición es que, en el régimen chileno de acceso a la información, se incluyen las causales de reserva que dispone el artículo 21 y todas las demás que establece la legislación previa consistente con estas condiciones. Estas causales pueden ser por las más diversas razones, las que no necesariamente serán coincidentes con las dispuestas en la ley. La referencia a que estén de acuerdo a la Constitución, crea automáticamente el problema de decidir cuando lo son o no, aumentando la dificultad para el ejercicio efectivo del derecho de acceso e incrementando la posibilidad de litigio. Como señala Mendel, habría sido preferible que la ley chilena hubiese dejado un solo régimen de excepciones más o menos claro (pero al menos conocido) y no una “X” como sucede ahora.

41 García, Gonzalo y Contreras, Pablo; “Derecho a la Información en Chile: Nueva Regulación e Impli-
cancia para el Sector de Defensa Nacional”, en 1 *Estudios Constitucionales*, año 7, 144.

42 La razón de esto es que en el debate parlamentario hubo temor de que, de no incluirse esta norma,
se derogaran tácitamente causales previas que, como se reconocía, no se conocían. Hasta la fecha no
existe un estudio comprensivo de las causales de secreto o reserva existentes en la legislación chilena.
Este temor no es justificado pues si se observan las causales contenidas en la ley actual todo interés o
derecho susceptible de justificar su secreto o reserva puede fácilmente ser reconducido a las causales
vigentes.

12. *Procedimiento de Amparo*

El artículo 24 de la ley regula el procedimiento de amparo para los casos en que la autoridad requerida no entregue la información dentro del plazo estipulado en el artículo 14 o cuando deniegue la información. Se presenta este recuso ante el Consejo para la Transparencia; cuando el requirente tenga su domicilio fuera de la ciudad asiento del Consejo, podrá presentar su reclamo en la respectiva gobernación, la que deberá transmitirla al Consejo de inmediato y por el medio más expedito de que disponga. En estos casos, el reclamo se entenderá presentado en la fecha de su recepción por la gobernación.

Esta reclamación deberá presentarse dentro del plazo de quince días, contado desde la notificación de la denegación de acceso a la información o desde que haya expirado el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de información.

Este plazo es altamente criticable, constituyendo sin duda un obstáculo a una efectiva protección del derecho de acceso. No hay razón para que la ley fije un plazo tan estrecho para la defensa de un derecho constitucional como el de acceso a la información, plazo que ni siquiera es consistente con el existente en el caso del recurso de protección, que actualmente es de 30 días.

VI. Conclusiones generales y propuestas de perfeccionamiento legislativo

Sin duda la Ley de Transparencia constituye un gran avance para el derecho público chileno, que es necesario celebrar puesto que significa un perfeccionamiento de la forma en que se organiza y relaciona el Estado. Por supuesto, mucho dependerá de cómo efectivamente se implemente ésta y, en particular, del uso de las facultades y capacidades del Consejo para la Transparencia. Lo visto hasta ahora augura un buen comienzo.

Los aspectos más destacables de esta nueva regulación son varios. Primero, la ley abarca a la Administración en su totalidad, sin ambigüedades. Segundo, la existencia de una clara y exhaustiva lista de información obligatoria que los servicios deben colocar. A mayor y más perfecta la información puesta en las páginas web, menos carga habrá en responder peticiones de información. Tercero, la regulación de un procedimiento de acceso a la información que

en líneas generales, es razonable y consistente con el derecho comparado. Cuarto —y aun cuando no ha sido objeto de este trabajo es imprescindible señalarlo aquí—, la creación del Consejo para la Transparencia como un órgano autónomo con las facultades básicas para llevar a cabo la implementación de la ley y la protección del derecho de acceso.

Las limitaciones y carencias de la normativa, que debieran ser corregidas en el Congreso Nacional por medio de una ley que avance en el perfeccionamiento de la transparencia y el acceso a la información, son también varias.

Primero, como ya ha sido observado, es necesario asegurar sin ambigüedades que la totalidad de los órganos del Estado chileno están sujetos al régimen de transparencia pasiva y activa. Si se quiere mantener la (errada) idea de la autonomía absoluta entre ellos, al menos hay que imponer un régimen mínimo de obligaciones y controles internos aplicables a cada institución.

Segundo, se debe clarificar la información que es pública, dejando la definición amplia de ella como la única operativa, a fin de evitar eventuales restricciones al acceso. Tercero, en cuanto al procedimiento de reclamo, es necesario establecer un plazo mayor para interponer el amparo.

En materia de causales de reserva, hay varios aspectos que mejorar. Primero, es necesario dejar como único régimen de reserva el existente en la ley, eliminado entonces las *otras* casuales previas. Las de la ley bastan y sobran para proteger cualquier bien jurídico que razonablemente merezca ser resguardado. Segundo, se debe añadir una graduación al daño a esos bienes, imponiendo que ellos justifican la restricción al derecho de acceso cuando se vean afectados en forma grave y directa por la publicidad. Tercero, se debe incluir expresamente el test del interés público como forma de solucionar el conflicto entre las causales de reserva y el derecho de acceso.

Last but not least, es imprescindible que se dicten normas legales, reglamentarias y de carácter técnico que definan cómo el Estado chileno procesa, guarda y archiva la información de que hoy ya dispone y la mucho mayor que producirá en el futuro. Sin una normativa clara y precisa de clasificación y archivo que esté al tono con los tiempos y las propias exigencias que

impone la transparencia y el derecho de acceso a la información, las promesas de la ley serán sin duda debilitadas.

COMENTARIO RELATIVO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL REFERIDA A LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS DEL AÑO 2008

Rodolfo Figueroa ¹

I. Introducción

Este artículo ofrece un comentario crítico sobre la sentencia² del Tribunal Constitucional chileno (en adelante el TC) recaída sobre el Decreto Supremo que autoriza la píldora del día después.³ Como se sabe, en este fallo el TC prohibió la distribución de la píldora del día después en el sistema público de salud.

El razonamiento del TC se puede presentar de varias formas. Una manera de estructurarlo es la siguiente:

1. La Constitución protege la vida (Considerando 41) y el derecho a la vida (Considerando 58) de las personas.
2. *Ser humano* no nacido desde la concepción y *persona* son conceptos equivalentes (Considerandos 49 al 53). Por tanto, la protección de la vida y del derecho a la vida se inicia desde la concepción (Considerando 50).
3. El derecho a la vida significa el derecho a mantener la vida y a conservarla, es decir, a que no nos la quiten (Considerando 56).
4. El aborto es contrario a la Constitución Política (en adelante la Constitución) porque vulnera el derecho a la vida del nasciturus y la protección que se le debe dar (Considerando 64).

¹ Abogado. LL.M y S.J.D University of Wisconsin. Profesor de Derecho Constitucional, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.

² Tribunal Constitucional, rol 740-07-CDS, sentencia de 18 de abril de 2008.

³ Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial con fecha 3 de febrero de 2007, que establece las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”.

5. No hay certeza sobre si la píldora impide la implantación y, por ende, si destruye la vida de un óvulo fecundado (Considerando 33).
6. Ante la duda sobre el efecto de la píldora, ella debe prohibirse porque lo contrario implica autorizar un eventual efecto que es inconstitucional (Considerando 67).

Por lo tanto, se prohíbe la píldora.

A su vez, el punto 2 recién señalado —según el cual el concepto de persona, constitucionalmente hablando, corresponde al de ser humano desde la concepción— es fundamentado por el TC de la siguiente manera:

- 2.1. La doctrina mayoritaria así lo ha sostenido (Considerando 49).
- 2.2. Así lo ha sostenido también la jurisprudencia de otros países del continente (Considerando 51).
- 2.3. Así se dejó constancia en una sesión del Senado, cuando se modificó la Constitución, sustituyéndose la voz *hombres* por *personas* (Considerando 52).
- 2.4. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4.I., se sitúa “en la misma línea” (Considerando 53).

Por tanto, para la Constitución, *persona* es el ser humano desde la concepción.

De los 6 puntos en que se ha estructurado el razonamiento del TC, el único que parece razonablemente admisible es el punto 5. En efecto, el punto 1 es muy impreciso; el punto 2 no es correcto y el fundamento que se ofrece para el mismo (los puntos 2.1. a 2.4) no contiene razones y es arbitrario; el punto 3 es inaceptable por ser absurdo; el punto 4 no está fundamentado y, de hecho, es erróneo; y el punto 6 es incorrecto.

En la siguiente sección se ofrecerá el fundamento de esta apreciación crítica. Me referiré únicamente al voto de mayoría (5 a 4) y no analizaré los votos concurrentes ni disidentes.

II. Análisis crítico del razonamiento del TC

En esta sección ofreceré las razones por las cuales considero equivocados 5 de los 6 puntos que estructuran el razonamiento del fallo del TC.

1. El punto 1 señala que la Constitución protege la vida⁴ y el derecho a la vida⁵ de las personas.

Esta afirmación es imprecisa. En primer lugar, cabe destacar que *vida* y *derecho a la vida* son cosas distintas.⁶ Es posible que una persona pierda su vida sin que se viole su derecho a la vida, como cuando la persona muere de una enfermedad inevitable y sin negligencia de terceros. A partir de ello, debe aclararse que la Constitución protege el *derecho a la vida*, no la *vida*. Se dirá más sobre este asunto cuando se comente el punto 3 del razonamiento del TC, que alude al modo como este Tribunal entiende el derecho a la vida.

Pues bien, la Constitución es explícita en señalar que lo que se protege es el derecho a la vida, no la vida. En efecto, prescribe en el artículo 19 N° 1, inciso 1°, que se asegura a todas las personas: “*el derecho a la vida*”, no la vida. El inciso 2° del artículo 19 N° 1 alude a la vida del que está por nacer y señala que el legislador deberá brindarle protección. La Constitución hace eso precisamente porque el nasciturus no es persona y, por tanto, no tiene derecho a la vida. Si el nasciturus tuviere derecho a la vida, entonces estaría comprendido en el inciso 1° del artículo 19 N° 1 y no sería necesario el inciso 2°. ⁷ El TC tiene claro que es distinto derecho a la vida que vida (ver el Considerando 58) pero, en mi opinión, el TC afirma que se protegen ambos con el objetivo de asimilar o confundir el inciso 1° y el inciso 2° del artículo 19 N° 1, lo que claramente es un error.

4 “Que el razonamiento del Tribunal en orden a resolver el conflicto constitucional descrito hace necesario caracterizar el valor de la vida humana en la Constitución vigente, así como en la arquitectura de los derechos fundamentales de la que forma parte inequívoca.” Considerando 41.

5 “Que de los antecedentes recordados puede concluirse que la intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, a que alude el encabezado del artículo 19. Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores.” Considerando 58.

6 Ver mi artículo: Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. “Concepto de derecho a la vida”. 1 *Ius et Praxis*, vol.14, 261-300, disponible en www.scielo.cl

7 Ver Gómez, Gastón. *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2005, 247 y ss. y Bascañán, Antonio. “La píldora del día después ante la jurisprudencia” en 95 *Estudios Públicos*, disponible en www.cepchile.cl

2. El punto 2 del razonamiento del TC consiste en que *ser humano* no nacido desde la concepción y *persona* son conceptos equivalentes (Considerandos 49 al 53). Este punto, junto con el 1, permite al TC concluir que la protección de la vida y del derecho a la vida se inicia desde la concepción (Considerando 50).

Como se señaló en la introducción, el TC funda esta idea en 4 consideraciones, que se pueden esquematizar del siguiente modo:

- 2.1. La doctrina mayoritaria así lo ha sostenido (Considerando 49).
- 2.2. Así lo ha sostenido la jurisprudencia de otros países del continente. El TC cita el fallo de la Corte Suprema costarricense y de la Corte Suprema argentina (Considerando 51).
- 2.3. Así se dejó constancia en una sesión del Senado, a petición del senador Bombal, cuando se modificó el artículo 1 de la Constitución, sustituyéndose la voz *hombres* por *personas* (Considerando 52).
- 2.4. En la misma línea se sitúa la Convención Americana de Derechos Humanos, con su artículo 4.1 (Considerando 53).

Por tanto, concluye el TC que para la Constitución *persona* es el ser humano desde la concepción.

El concepto constitucional de persona ha sido analizado en extenso en otra parte.⁸ Aquí sólo se comentarán los 4 elementos con los cuales el TC pretende dar por probada la afirmación de que *persona* en términos constitucionales es el ser humano desde la concepción.

2.1. Primer argumento del TC: La doctrina mayoritaria así lo ha sostenido.

Si se lee el Considerando 49, veremos que el TC ofrece extractos de Angela Vivanco, José Luis Cea, Alejandro Silva, Francisco Cumplido y Humberto Nogueira. Si revisamos lo que el TC extracta de tales autores, comprobaremos que dichas citas simplemente afirman o postulan que el ser humano desde la concepción es persona, pero no ofrecen ningún argumento razonable para sostenerlo. Veamos:

a) En el extracto que cita a Angela Vivanco, se alude a la historia fidedigna

⁸ Ver mi artículo: Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. "Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto". 2 *Rev. derecho* (Valdivia), vol.20, 95-130. Disponible en scielo.cl

de la palabra *persona* para apoyar su postura. Sin embargo, si revisamos la historia fidedigna de aquel precepto que es central en esta materia, el artículo 19 N° 1 y lo que la comisión redactora dijo sobre el aborto, la conclusión es precisamente la contraria: el *nasciturus* no es persona y no tiene derecho a la vida. Por eso la Constitución le dedica un inciso 2° en el artículo 19 N° 1. Luego, el TC extracta de Angela Vivanco lo siguiente:

(...) la vida humana es objeto de protección constitucional desde la concepción, ya que desde ese momento estamos en presencia de un ser humano que reúne en sí todas las calidades y requisitos de tal, sin importar que aún no haya desarrollado todas las potencias propias del hombre, y que por ello cuenta desde ya con la calidad de persona, que lo hace ser reconocido como digno y merecedor de la protección constitucional (Considerando 49).

Este párrafo es central porque el TC lo hará suyo más adelante. La idea es la siguiente: si desde la concepción hay un ser humano que tiene todas las cualidades para desarrollarse, entonces desde ese momento tiene protección constitucional y desde ese momento es persona.

El error del argumento es pensar que si X tiene protección entonces X es persona.⁹ Primero, es claro que el inciso 2° protege a quien no es persona. Si el *nasciturus* fuese persona, entonces estaría comprendido en el inciso 1° y no existiría el inciso 2°. Además, se comete un *non-sequitur*: se afirma que del hecho de ser humano se sigue que estoy (debo estar) protegido. No es lógico afirmar que si X es ser humano entonces debe entenderse protegido. X puede ser humano y no tener protección. Parece que la profesora Vivanco y el TC piensan que existe un nexo conceptual entre protección y ser humano. Si soy humano, tengo protección. Pues bien, eso no es así. Primero, el derecho no se limita a proteger a los humanos. De modo que no hay nexo conceptual entre protección y ser humano. Segundo, para que exista un deber de protección debe existir una norma, no un postulado conceptual. Pues bien, el inciso 2° es esa norma dice que la ley debe proteger al *nasciturus*, pero no dice cómo, ni desde cuando, ni con qué límites. No dice lo que Angela Vivanco y el TC quie-

⁹ En relación con esto mismo, Bascañán ha relevado otro error, que es pensar que porque la Constitución protege al *nasciturus* entonces le concede un derecho, es decir, si se protege X se confiere un derecho a X. Ver Bascañán, artículo citado en la nota 6.

ren: que sea desde la concepción. Habría sido simple: se habría dicho que la ley debe proteger al que está por nacer desde la concepción. Pero claramente no lo dijo.

Por tanto, en esta primera opinión doctrinaria no tenemos una demostración de que persona y nasciturus desde la concepción sean conceptos equivalentes.

b) En el extracto del TC referido a José Luis Cea, se lee:

(...) enfatizamos que para un humanista no cabe duda que la criatura que se halla en el vientre materno, desde el momento mismo de su concepción, es también persona y titular de los derechos propugnados en el artículo 19 del Código Político (Considerando 49).

Aquí el asunto es más patente en cuanto a carecer de argumentos pues claramente el texto se presenta como una opinión personal: “*para un humanista (...)*” Este extracto no contiene ningún argumento o razonamiento, sino un mero postulado, del cual además se dice que *no cabe duda*. Esto último es sorprendente porque prácticamente toda la jurisprudencia comparada e internacional ha sostenido lo contrario en este punto.¹⁰

c) En tercer lugar, el TC extracta la opinión de Silva y Cumplido:

Los principios básicos del constitucionalismo y de la hermenéutica de los Derechos Humanos, los avances en la genética, el tenor literal del precepto del artículo 19 N° 1, los principios inspiradores de nuestra legislación nacional plasmados en el Código Civil (art. (sic) 55, 74, 75 y 76), y lo dispuesto en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y artículo 1 de la Ley N° 20.120, llevan a concluir que el nasciturus desde su concepción no solo es un ser humano, sino que además, en tal carácter, es titular del derecho a la vida desde ese mismo momento(...) (Considerando 49).

¹⁰ Ver artículo citado en nota 7.

Aquí tampoco existe un argumento o un razonamiento, sino que se presenta un postulado y se agrega que dicho postulado sería una conclusión de varios elementos. Veámoslos:

c.i) *“los principios básicos del constitucionalismo y de la hermenéutica de los Derechos Humanos”*

De esta frase no se sigue nada: ¿qué principios básicos del constitucionalismo o hermenéutica? Estos asuntos han sido cubiertos extensamente y con profundidad en renombrados fallos, analizados y discutidos alrededor del mundo, como los de EE.UU. de 1973 y siguientes, el alemán de 1975, el español de 1985 y el colombiano de 2006.¹¹ Esos conocidos fallos acaso ¿no invocan principios del constitucionalismo o de “hermenéutica”?

c.ii) *“los avances en la genética”*

Esta frase no tiene sentido. ¿Acaso la genética dice desde cuándo los seres humanos son personas en términos constitucionales?

c.iii) *“el tenor literal del precepto del artículo 19 N° 1”*

Esta afirmación es extraña porque el único sentido posible del inciso 2° del artículo 19 N° 1 es exactamente lo contrario.

c.iv) *“los principios inspiradores de nuestra legislación nacional plasmados en el Código Civil”*

Esta afirmación también sorprende al lector. El Código Civil expresamente señala que la persona existe legalmente al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre. Luego agrega que la criatura que muere en el vientre materno o antes de separarse completamente de la madre o que no sobrevive a la separación un momento siquiera se reputará no haber existido jamás (Artículo 74). Por tanto, la conclusión es la inversa: antes de nacer, el nasciturus no es legalmente persona para el Código Civil.¹²

c.v) *“lo dispuesto en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos”*

Aquí también hay un error. El artículo 4.1 de dicha Convención señala que

11 Ibid.

12 Esto es independiente y no negado por las reglas civiles sobre derechos sucesorales deferidos antes de nacer al ahora nacido. Sobre el concepto de persona, el voto disidente del ministro Colombo se sitúa en esta línea, Considerando 8.

se protege el derecho a la vida, y agrega que ello será “*en general*” desde la concepción. Esta cláusula permite a los Estados miembros de la Convención incorporar excepciones en su legislación interna. Esta cláusula “*y en general*” se incorporó precisamente para permitir que los Estados suscribieran la Convención. Una protección del nasciturus desde la concepción fue expresa y deliberadamente descartada, como lo explica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 4.1 en el caso *Babyboy*, en que el actor pretendió obtener protección desde la concepción.¹³

c.vi) “*el artículo 1° de la Ley N° 20.120*”

Esta afirmación es francamente sorprendente. El artículo 1 de la Ley N° 20.120 sobre experimentación científica, genoma y clonación, establece: “*Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción*”. Esta ley efectivamente protege al ser humano desde la concepción. Pues bien, ¿qué se sigue de ello? ¿Que la Constitución también protege al nasciturus desde la concepción? Es decir, ¿si una ley dice algo, entonces la Constitución también lo hace? Esta absurda sugerencia resulta incomprendible en autores de la trayectoria de Silva Bascuñán y Cumplido.

d) Finalmente, el TC extracta la opinión de Humberto Nogueira en los siguientes términos: “*La vida humana constituye un proceso que comienza con la concepción en la cual ya se encuentra en potencia y acto la persona humana (...)*” (Considerando 49). Este es un postulado, no un razonamiento con argumentos.

Podemos cerrar este primer subpunto del punto 2 del razonamiento del TC señalando lo siguiente: i) ¿Por qué se citan estos autores y no otros? ¿Cómo se hace la selección de a quién citar y a quién omitir? ii) Los autores citados y sus extractos no exhiben razonamientos persuasivos sino más bien postulados, los que, a su turno, se relacionan muy cercanamente a una específica posición religiosa. Algunos comentaristas han llamado la atención sobre este punto, pues en materia de aborto siempre está en juego un asunto moral¹⁴ y no debe olvidarse que este fallo no es un fallo unánime sino 5 a 4.

13 Ver una explicación de este caso en el artículo citado en la nota 7.

14 Ver voto disidente del ministro Colombo, C°s 18 y ss, y también el voto disidente del ministro Vodanovic, p. 189 de la versión pdf del fallo, disponible en el sitio web del TC.

Ahora consideraremos el segundo subpunto del punto 2 del razonamiento del TC (recuérdese que todos estos subpuntos tienen por finalidad probar el punto 2: que el ser humano desde la concepción es persona).

2.2. El segundo subpunto señala: el ser humano es persona desde la concepción porque así lo ha sostenido la jurisprudencia de otros países del continente. Para demostrar esta afirmación, el TC cita el fallo de la Corte Suprema costarricense y la sentencia de la Corte Suprema argentina (Considerando 51).

Este tema lo he abordado en otra parte.¹⁵ La versión breve es que existe jurisprudencia muy conocida de países como EE.UU., Alemania, España y recientemente Colombia, que toca muy extensamente estos temas. En todos esos fallos, la lógica de su razonamiento y la decisión es opuesta a este fallo del TC. Por eso, el TC se limitó a mencionar los únicos dos fallos, de muy poca repercusión a nivel comparado, que apoyan su postura, en un ejercicio de auto-validación —algo que los anglosajones llaman *cherry picking*— más que de genuino intento por exhibir cuál es el estado de la cuestión en el derecho comparado. Por ejemplo, de los fallos aludidos, el alemán es el único que reconoce que el nasciturus es titular del derecho a la vida, pero de todos modos acepta diversas hipótesis en las cuales el embarazo es inexigible a la mujer.

2.3. El tercer subpunto consiste en lo siguiente: el ser humano es persona desde la concepción porque así se dejó constancia en una sesión del Senado.

Cuando se reformó la Constitución, sustituyéndose la palabra *hombres* por *personas* en la primera frase del artículo 1, el senador Bombal solicitó que la sala dejara constancia de que el ser humano es persona desde la concepción (Considerando 52).

Este antecedente es del todo trivial para efectos de interpretación constitucional y no puede utilizarse como un argumento a favor de probar que el nasciturus es persona desde la concepción. En efecto, ¿qué significa que Bombal haya hecho eso? ¿Que entonces debemos interpretar la Constitución de ese modo? El sena-

¹⁵ Está tocado en el artículo citado en la nota 7 y fue expuesto este tema en las XXXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, celebradas en la Escuela de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile el año 2009, con una ponencia titulada “Uso del derecho internacional y de la jurisprudencia extranjera en la 21ª sentencia del TC sobre la píldora, rol 740-07 de 18 de abril de 2008.”

dor Bombal o la sala con su *constancia* ¿determinan cómo interpretar la Constitución o cómo entender la historia fidedigna de un precepto? ¿Es sólo el Senado el que especifica la historia de un precepto? ¿Acaso no participa también la Cámara de Diputados? Un senador puede opinar lo que estime pertinente durante las sesiones y la sala puede dejar constancia de lo que se le antoje, pero de ahí a considerar esas opiniones o constancias como el parámetro autorizado para la interpretación constitucional, parece un exceso y carece de lógica.

2.4. El último subpunto del punto 2 señala que el ser humano es persona desde la concepción porque en esa línea se sitúa la Convención Americana de Derechos Humanos, con su artículo 4.1 (Considerando 53).

Esto constituye un error serio, como ya se ha comentado. Más aun, afirmar que el nasciturus es persona desde la concepción invocando la Convención Americana constituye una tergiversación, pues la cláusula “en general” contenida en el artículo 4.1 permite a los estados introducir excepciones cuando quieran.¹⁶ En resumen, cada uno de los 4 subpuntos que supuestamente fundamentan la idea del TC (punto 2) de que el nasciturus es persona desde la concepción, carecen de fundamento y no son aceptables.

Volvamos someramente a la idea de persona. Como se sabe, dicha palabra no está definida por la Constitución de modo que existe la posibilidad de remitirse a la definición legal. No es obligatorio hacerlo, evidentemente, y yo no soy partidario de que dicha definición sea imperativa para el intérprete de la Constitución. Puede utilizarse otra, a condición de que se proporcionen fundamentos para ello porque, en general, solemos aplicar las definiciones legales a diversas ramas del derecho. Por tanto, el TC no tiene por qué seguir al Código Civil en este punto, pero debe dar fundamento para ello.

Efectivamente, el TC expresamente descarta la noción legal de persona¹⁷, pero no explica por qué y en ello reside la debilidad de su razonamiento. Podría decir que no aplicará ninguna definición legal y, de ese modo, aplicar ley pareja.

¹⁶ Ver la explicación del caso *Babyboy* y cómo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos interpreta el artículo 4.1 de la Convención en el trabajo citado en la nota 7. Ver, también, el voto disidente del ministro Vodanovic, página 193 de la versión pdf. del fallo.

¹⁷ Dice el TC: “*Que, de esta forma, queda claro que, para el Constituyente –y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas–, el embrión o el nasciturus es persona desde el momento de la concepción.*” Considerando 54 (destacado del autor).

Pero no hace eso. De hecho, se remite y se ampara varias veces en normas legales (incluido el Código Civil) en su fallo.¹⁸ Por tanto, no se entiende la actitud arbitraria de seguir la ley en ciertos casos y no en otros. El TC podría construir una definición *ad-hoc* de persona para efectos constitucionales, pero eso requeriría de una buena fundamentación. Los 4 subpuntos que el TC ha proporcionado –extractos de cierta doctrina seleccionada que no contiene argumentos, dos fallos de jurisprudencia del continente elegidos a dedo, la errada alusión a la Convención Americana y, finalmente, la curiosa referencia a Bombal– no constituyen el fundamento que sería necesario para apoyar una tal concepción *ad-hoc* de persona para efectos constitucionales.

Solo cabe cerrar este punto insistiendo en una idea que ya ha sido mencionada. Si el nasciturus es persona desde la concepción, igual que el lector de este artículo, ¿para qué sirve el inciso 2° del artículo 19 N° 1 de la Constitución? El inciso 1° señala que las personas tienen derecho a la vida. ¿Es necesario agregar un inciso 2° que diga que la ley debe proteger la vida de tales personas? El artículo 19 N° 12 señala que todas las personas tienen derecho a la libertad de expresión, el N° 4 a la vida privada y la honra, etc. ¿Es necesario agregar incisos que digan que la ley debe proteger ese derecho a la libertad de expresión, a la vida privada, a la honra y a todos los demás? Evidentemente, no. Ello no se hace porque esa es la función del encabezado del artículo 19: se asegura a todas las personas los derechos que en dicho artículo se listan. Por tanto, el inciso 2° del artículo 19 N° 1 lo que hace es prescribir protección para quien no la tiene, para quien no está comprendido en el inciso 1°, el nasciturus, precisamente porque no es persona. No verlo así torna al inciso 2° en una norma superflua.¹⁹

Con esto cerramos los comentarios sobre el punto 2 del esquema de razonamiento del TC. Ahora pasamos al punto 3.

3. Este punto sostiene que el derecho a la vida significa el derecho a mantener la vida y a conservarla, es decir, a que no nos la quiten. Esta idea el TC la toma de José Joaquín Ugarte (Considerando 56).

18 En el Considerando 58 el TC cita los artículos. 75, 181 y 243 del Código Civil; cita el Código Orgánico de Tribunales, el Código Sanitario, la ley sobre Abandono de Familia y pago de pensiones alimenticias, hasta la ley sobre impuesto a la renta.

19 Ver voto disidente del ministro Vodanovic, sección “El nasciturus no es titular de derechos constitucionales”, pp. 187 y ss. de la versión pdf. del fallo, disponible en el sitio web del TC.

En otra parte²⁰ he analizado cinco formas de entender el derecho a la vida, incluida la recién transcrita. En dicho trabajo se señala que el derecho a la vida no puede entenderse como el derecho a mantener la vida pues la muerte es, finalmente, inevitable, al margen de consideraciones religiosas. Entender el derecho a la vida como el derecho a mantener la vida implicaría que toda vez que alguien muere se viola su derecho a la vida, lo que es absurdo.

La frase siguiente, tomada del señor Ugarte, señala que el derecho a la vida consiste en el derecho a que no nos quiten la vida. Esto es distinto de lo anterior y más cercano a una noción apropiada, aunque de todos modos es incorrecta. Si el derecho a la vida es el derecho a que no nos quiten la vida, entonces cada vez que alguien mata a otro viola su derecho a la vida. Sabemos que eso no es así porque está permitido matar a alguien bajo ciertas circunstancias. Esto significa que el derecho a la vida no es un derecho absoluto y ese es el problema de esta noción de Ugarte que hace suya el TC: pretender que el derecho a la vida es un derecho absoluto. No es necesario hablar de matar en legítima defensa u otras hipótesis justificables. Basta citar la propia Constitución, que explícitamente reconoce el derecho a la vida como un derecho *no absoluto* cuando recepciona la pena de muerte, en el art. 19 N° 1. Por tanto, este punto 3 que recoge un concepto absoluto del derecho a la vida es incorrecto.

El derecho a la vida debe entenderse de manera, al menos preliminar, como el derecho a que no nos maten arbitrariamente²¹, lo que deja espacio para muertes justificadas (y, cuando se habla de justificación, se habla de ponderación). Esta idea está del todo ausente en el razonamiento del TC, como se dirá en la próxima sección. Adelantando un poco, casi todos los tribunales (que ejercen jurisdicción constitucional) que han debido enfrentar el tema de la constitucionalidad del aborto (como EE.UU., Alemania, España y Colombia), han debido enfrentar el problema de la ponderación. Incluso si el nasciturus es persona con derecho a la vida (como lo afirmó la Corte constitucional alemana) ese derecho no es absoluto y debe ser ponderado frente a los derechos de la mujer y se debe determinar las condiciones bajo las cuales el embarazo es inextinguible.²² Pues bien, en mi opinión, precisamente para no tener que entrar

20 Ver el artículo citado en la nota 5.

21 Ibid. Ver, también, el voto disidente del ministro Vodanovic, sección “El aborto no es un ilícito constitucional”, p. 192 de la versión pdf. del fallo.

22 Ver artículo citado en nota 7.

en estas consideraciones de ponderación es que el TC chileno prefiere entender el derecho a la vida del nasciturus como un derecho absoluto. Así, se evita analizar qué ocurre con los derechos e intereses de la mujer, asunto del todo preterido por el TC. Resulta muy llamativo que en un asunto tan relevante para la mujer, el TC la soslaye de modo absoluto.²³

4. El punto 4 sostiene que el aborto es contrario a la Constitución. Dice el TC:

Por el contrario, si se sigue la tesis de quienes sostienen –como además lo entendió nuestro propio Constituyente- que la vida comienza con la concepción (...) un eventual efecto de las píldoras del día después que impidiese la implantación de un ser vivo (...) se transformaría en un aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer que ha impuesto la Constitución al legislador (...) (Considerando 64).

Esta afirmación del punto 4 es sorprendente. En primer lugar, es necesario destacar que el fallo no incluye un análisis del aborto y su compatibilidad con la protección de la vida del que está por nacer (inciso 2°, artículo 19 N° 1). Concretamente, la palabra *aborto* aparece una sola vez en el razonamiento jurídico del tribunal y es en el pasaje recién citado.²⁴ Por tanto, ¿cómo puede el TC declarar que el aborto es contrario a la Constitución sin haber hecho un análisis del asunto? La explicación es simple. El TC, como la mayoría de los constitucionalistas católicos, parte de la base de que el aborto es contrario a la Constitución. Leen el inciso 2° del artículo 19 N° 1 y piensan que la Constitución prohíbe el aborto. Por tanto, asumiendo el TC que el aborto es inconstitucional, la única cosa importante que cabe dilucidar es si la pastilla del día después es o no abortiva, porque, si lo es, entonces debe declararse inconstitucional.

23 Ver el artículo de Andrés Bordalí y Yanira Zúñiga, “Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después”, en *Anuario de Derechos Humanos 2009*. 177 y 179. Disponible en www.anuario-cdh.uchile.cl. El asunto de los derechos de la mujer es tratado por el voto disidente del ministro Vodanovic, sección “Acerca de los Derechos sexuales y reproductivos de la mujer”, 193 y ss. de la versión pdf. del fallo.

24 Ciertamente la palabra *aborto* aparece muchas veces en el fallo, cuando reproduce alegaciones de los actores en este juicio constitucional, cuando cita documentos aportados por las partes, etc. Pero el razonamiento sobre asuntos jurídicos de fondo y no cuestiones preliminares está contenido entre los considerandos 40 a 70, páginas 119-143 de la versión pdf del fallo, disponible en el sitio web del TC. En esta parte del fallo, el TC se refiere a los asuntos jurídicos que cabe dilucidar, y en esta parte usa la palabra *aborto* una sola vez.

En segundo lugar, debe señalarse que el aborto no está prohibido por la Constitución.²⁵ La Constitución establece en el artículo 19 N° 1 inciso 2°: “*La ley protege la vida del que está por nacer*” ¿Qué significa esta frase, tomada del artículo 75 del Código Civil?

i) Debe entenderse que dice “*La ley debe proteger* la vida del que está por nacer” y no *protege* la vida a secas. Se trata de una prescripción y no de una descripción. Esta prescripción está dirigida al legislador. Podemos decir que la Constitución establece aquí un mandato al legislador para que proporcione protección al nasciturus.

ii) Imaginemos solo por un momento que el legislador decide implementar ese mandato de protección prohibiendo el aborto. De ser así, sería el legislador y no la Constitución el que prohibiría el aborto (como, de derecho, es así actualmente). Por tanto, esto permite demostrar que la Constitución no prohíbe el aborto.

iii) ¿Quién decide desde qué momento y qué tipo de protección se debe dar al nasciturus? El propio legislador. Como hemos visto, la Constitución le encarga al legislador proteger al nasciturus, de modo que es el legislador el que decide qué protección debe brindarle al nasciturus y desde cuándo rige esa protección.

iv) Todos saben que las protecciones jurídicas pueden ser de distinto tipo e intensidades. Por ahora, pensemos en lo siguiente. La protección que el legislador dé al nasciturus, ¿puede constitucionalmente ser mínima? Esto es, ¿puede la ley permitir el aborto en muchos casos y dar escasa protección al nasciturus? Ciertamente. La extensión y forma de la protección del nasciturus se la encarga la Constitución al legislador. La Constitución no le dice al legislador que esa protección deba ser la más fuerte y amplia posible. Los redactores prefirieron dejar este asunto a la decisión del legislador. Yo no soy un entusiasta de interpretar la Constitución siguiendo las actas²⁶, pero si las leemos

25 Sobre este punto, ver el voto disidente del ministro Vodanovic, sección “El aborto no es un ilícito constitucional”, 190 y ss. de la versión pdf. del fallo.

26 Ver mi artículo “*De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional.*” Figueroa, Rodolfo, en *Revista de Ciencias Sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Edeval, 2000.

veremos que los comisionados –salvo Guzmán– expresamente señalaron que la decisión en torno al aborto se la dejan al legislador. Expresamente, decidieron no decidir el asunto. Ahora bien, como esto dejaba una discrecionalidad absoluta al legislador, decidieron incorporar en el artículo 19 N° 1, un inciso 2° que dijera “*La ley protege la vida del que está por nacer*” para limitar esa discrecionalidad. Al hacer esto, no estaban prohibiendo el aborto, pues esa decisión se la dejaron al legislador; más bien, estaban poniendo un límite a la permisión del mismo. Silva Bascuñán dijo expresamente que el legislador, al decidir este tema, no podía ser “*tan liberal como en los países nórdicos*” y por ello la Constitución debía fijar un límite al legislador. Ese límite está dado por la referida frase.

v) ¿Podría constitucionalmente el legislador permitir el aborto sin límites, en todos los casos? Ciertamente no, porque eso significaría que el legislador no le está dando ninguna protección al nasciturus, con lo que incumple su mandato de proporcionar protección.

vi) Por la inversa, ¿podría el legislador conceder una protección máxima al nasciturus, prohibiendo el aborto en todos los casos? Esta es la pregunta central que han debido afrontar los tribunales cuando han revisado la constitucionalidad de las leyes que prohíben o permiten el aborto (EE.UU., Alemania, España y Colombia) y es la pregunta que el TC chileno no se hace. Visto así, el TC chileno no abordó lo único importante que debía abordar en este caso.

La respuesta a esa pregunta es larga y compleja, como dan testimonio diversos fallos de países extranjeros. En todo caso, la respuesta suele ser la misma: no²⁷, con excepción de los casos citados por el TC chileno: Argentina y Costa Rica. El legislador no puede dar máxima protección al nasciturus y prohibir el aborto de modo absoluto en todos los casos porque eso vulneraría los derechos de la mujer. Sin entrar en ese análisis, y remitiendo el lector al estudio de los fallos aludidos²⁸, baste enumerar por ahora: sus derechos sexuales y reproductivos, su derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, su derecho a la salud mental y física, su dignidad, su derecho a la privacidad tal como ha sido

27 Para identificar los fallos pertinentes, ver el artículo citado en la nota 7.

28 Ibid.

entendido en EE.UU., su derecho a la igualdad, etc.²⁹ Por tanto, la protección al nasciturus debe ser ponderada con los derechos e intereses de la mujer.³⁰ Esto nos lleva al complejo tema de la ponderación o de la determinación de cuando el embarazo es inexigible. Estos son los temas centrales en materia de aborto. En efecto, el legislador debe decidir la protección que dará al nasciturus, la que no puede ser nula ni máxima, sino que debe ubicarse en algún punto entre esos dos extremos, dependiendo de cómo valora políticamente la vida del nasciturus y los derechos e intereses de la mujer. Es importante tener esto claro.

En casi todos los países del mundo occidental se permite alguna forma de aborto, pero eso no significa que no den protección al nasciturus. Le dan protección, pero es limitada, no absoluta. Por ejemplo, algunos países permiten el aborto hasta las primeras 10-12 semanas y luego lo prohíben. Eso da protección al nasciturus. El famoso fallo *Roe v. Wade* permite el aborto hasta la viabilidad y luego señala que los Estados pueden prohibirlo. Aquí también se protege al nasciturus. La misma lógica vemos en el fallo español y el colombiano. Dan protección al nasciturus, pero esa protección no comienza en la concepción. Aparentemente el TC chileno y los constitucionalistas católicos piensan que dar protección al nasciturus (como manda el artículo 19 N° 1 inciso 2°) supone concederla desde la concepción. ¿De dónde sacaron esa idea, que no está en la Constitución chilena y tampoco en el derecho comparado (salvo Argentina y Costa Rica) e internacional? La respuesta es simple: de la doctrina de la Iglesia Católica. Esto explica por qué piensan que permitir alguna forma de aborto y proteger al nasciturus es incompatible. En casi todos los países del mundo occidental se piensa que sí es compatible, porque al mismo tiempo permiten el aborto y protegen al nasciturus.

Cerramos aquí el análisis del punto 4 y pasamos al final, el punto 6 (recuérdese que el punto 5 es el único que puede estimarse correcto).

5. El punto 6 del razonamiento del TC señala que ante la duda sobre el efecto de la píldora (si afecta o no la implantación de huevo fecundado), la píldora

29 Ver el artículo de Bordalí y Zúñiga, citado en la nota 22.

30 Como se ha dicho, el voto de mayoría no entra en este asunto, pero sí el voto disidente del ministro Vodanovic, sección “Eventual conflicto entre el interés protegido del nasciturus y derechos constitucionales de la mujer,” pp. 196 y ss. de la versión pdf. del fallo.

debe prohibirse. La razón es que lo contrario implica autorizar un eventual efecto que es inconstitucional (Considerando 67). Ante la duda de si la píldora afecta o no la implantación del huevo fecundado,³¹ el TC decidió prohibirla.

El razonamiento que sustenta esta decisión llama la atención. Ante la duda sobre los efectos de la píldora, el TC debió haber decidido lo contrario. En este caso, hay un requerimiento de 36 diputados en el cual solicitan se declare inconstitucional la norma que autoriza la píldora del día después. Ellos están demandando la prohibición. Para respaldar su solicitud, afirman que la píldora produce un cierto resultado. El TC reconoce que la producción de dicho resultado no está acreditada pues, hasta la fecha del fallo, había antecedentes científicos en uno y otro sentido. Por tanto, si pidió que se prohibiera algo basado en un efecto que no pudo probar, ¿qué debería haber hecho el TC? ¿Qué debería hacer cualquier tribunal? La respuesta es simple: denegar la solicitud. Ante la duda, se debe denegar la petición precisamente porque no está probada.

Así funciona el sistema legal. Si solicito a un tribunal que declare que fulano debe pagarme una indemnización de cierto monto por daños que me ocasionó, pero no logro probar el fundamento de mi petición, el tribunal va a rechazar mi solicitud. Si el fiscal acusa a un imputado de haber cometido un delito y solicita se lo condene a una cierta pena, pero no logra probar que cometió el delito, el tribunal va a rechazar la petición del fiscal. En este caso, el TC obró al revés: se pidió que se prohibiera algo y, aunque no se logró probar, de todos modos se acogió la petición.

El TC parece haber razonado interpretando equivocadamente el sentido común. Si me ofrecen un vaso de agua y me dicen que puede estar envenenada, pero que no es seguro que lo esté, obviamente la precaución me dice que no debo tomarla. Pero si solicito a un tribunal que le prohíba a una empresa distribuidora de agua que la distribuya, alegando que el agua que distribuye está envenenada, pero no logro demostrar que lo está, el tribunal va a rechazar mi petición. Si pido que cierren una fábrica porque contamina y pone en peligro la salud de las personas pero no logro probar que genere emisiones del tipo

31 Lo digo de esta forma en vez de decir si la píldora es *abortiva*, porque algunos han precisado que *aborto* implica terminar un embarazo y el embarazo supone implantación. Por ejemplo, en esta línea, ver el voto disidente del ministro Colombo, Considerando 11.

que pongan en peligro la salud de las personas, entonces seguramente el tribunal va a rechazar la petición, no la va a acoger. Un tribunal accede a una petición si tiene pruebas. Aquí, el TC accedió a una petición sin tenerlas.³²

El TC intentó fundar esta actitud en el principio precautorio —según el cual ante una duda razonable, hay que actuar— citando un informe de la Universidad Católica³³, tesis apoyada por Angela Vivanco.³⁴ Es decir, el razonamiento del TC es que si no está probado al daño al óvulo fecundado, existiría una duda razonable de que la píldora podría producir daño y, ante ello, sólo cabe prohibirla.

Esta idea también es objetable, pues no está probada la duda razonable. Sobre este punto, en mi opinión, lo mejor es sugerir la lectura de los extensos y acuciosos comentarios de los ministros disidentes Correa y Fernández, para ver por qué ella tampoco existe en este caso.³⁵

III. Conclusiones

1. El fallo del TC exhibe considerables deficiencias argumentativas, si pensamos que de los seis puntos que estructuran su razonamiento de fondo sólo uno es aceptable. Los votos disidentes dejan esto muy de manifiesto. Su debilidad se aprecia, además, en que fue un fallo 5 a 4, considerando que uno de esos 5 jueces debió haberse inhabilitado.

32 Ver voto disidente del ministro Colombo, Considerandos 30 a 34, y los votos disidentes de los ministros Correa y Fernández, sección “C. La afirmación de que existe al menos la duda de que los fármacos cuyo uso se ordena aconsejar y distribuir puedan impedir la implantación del embrión o de darle muerte antes de que la implantación se verifique. Peso de la prueba y estándar de certeza.” Considerandos 34 y ss. Destaco el siguiente párrafo: “A juicio de estos disidentes, no es posible a esta Magistratura partir, sin más, del supuesto que ese fármaco es apto para interrumpir el embarazo y mortal para el embrión. Ese es un hecho que debe probarse, por parte de quienes impugnan la norma que ordena distribuir el mismo fármaco debidamente autorizado. Partir del supuesto contrario haría imposible el gobierno, en este caso, haría inviable la política de autorización de medicamentos, pues habría que presumir que todo fármaco es capaz de producir la muerte mientras el propio órgano técnico no acredite lo contrario. Ello llevaría a la situación absurda y políticamente inviable de transformar a los tribunales en el verdadero órgano técnico -que no lo son- llamado a autorizar los medicamentos.” Considerando 37.

33 Considerando 64 y ss.

34 Vivanco, Angela. “La píldora del día después” 3 *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, 543-577 y 656.

35 Sección “C. La afirmación de que existe al menos la duda de que los fármacos cuyo uso se ordena aconsejar y distribuir puedan impedir la implantación del embrión o de darle muerte antes de que la implantación se verifique. Peso de la prueba y estándar de certeza.” Considerandos 34 y ss. Ver conclusión en p. 271 de la versión pdf. del fallo.

2. El TC no argumenta de modo riguroso:
 - a. Que el nasciturus sea una persona, constitucionalmente hablando, desde el momento de la concepción.
 - b. Que el nasciturus tenga derecho a la vida.
 - c. ¿Qué sentido tiene el inciso 2° del artículo 19 N° 1 y cómo se relaciona con el inciso 1°?
 - d. ¿Por qué el aborto estaría prohibido por la Constitución?
 - e. ¿Por qué habría que acoger el requerimiento a falta de prueba fehaciente sobre sus fundamentos?

3. El TC no aborda los temas centrales que el aborto plantea y que son fácilmente inteligibles si se lee la mundialmente famosa jurisprudencia de países como EE.UU., Alemania, España o Colombia. Entre esos muchos temas están los derechos e intereses de la mujer, asunto preterido por el fallo de mayoría.

SECCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA EN PERSPECTIVA: ENTRE LEGISLADOR POSITIVO Y JUEZ ACTIVISTA.

Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después

*Luis Cordero Vega*¹

I. Cuestiones Generales

Al abordar lo más significativo en la jurisprudencia administrativa del año 2009 es necesario estudiar la extensión de la potestad de dictaminación de la Contraloría General de la República en la perspectiva de cuál fue su objetivo y en qué se ha convertido.

Durante el año 2009, el caso más conocido fue el de la “píldora del día después”². Como se sabe, el Tribunal Constitucional (TC) acogió la impugnación de inconstitucionalidad del Decreto Supremo (DS) N° 48 de 2007, que regulaba la utilización de ese medicamento en los planes de control de la fertilidad³. Concretamente sostuvo que:

- ¹ Profesor de Derecho Administrativo e investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- ² Durante el año 2009 también destacan el Dictamen N° 896 sobre la interpretación de los beneficios de la ley N° 18.216 y la imposibilidad de extender sus efectos a la aplicación de la ley de control de armas; el Dictamen N° 8.442 y la elaboración de la una teoría de convalidación del acto administrativo para evitar el enriquecimiento sin causa; el Dictamen N° 26.506 que analiza la participación y aumento de capital de las empresas públicas, descartando el principio de eficiencia económica e interpretando la actividad empresarial del Estado desde el clásico principio de subsidiariedad; el Dictamen N° 26.261, donde insiste que el rango de Ministro de Estado no otorga la calidad de tal; el Dictamen N° 33.652 que establece que las solicitudes de dictaminación de los funcionarios públicos deben cumplir los mismos requisitos que los particulares; el Dictamen N° 30.338 sobre la manera de interpretar la expresión “espacio público” como una categoría de uso y no de propiedad; el Dictamen N° 36.930, en donde expresa que la reformateo in pejes como garantía en el procedimiento administrativo regulado en el art. 41 de la LBPA no se aplica a los procedimientos especiales; el Dictamen N° 40.816, en donde señala que no le corresponde a la Contraloría interpretar los efectos de una pena accesoria, cuando un funcionario público accedió a los beneficios de la Ley N° 18.216 (contradiciendo una abundante jurisprudencia previa),
- ³ Sobre el caso “Píldora del día después” la Contraloría tiene diversos pronunciamientos. El año 2002 se pronunció en el Dictamen N° 36.758 sobre la constitucionalidad y legalidad del procedimiento de registro del medicamento “postinor -2”, señalando que si bien tiene competencias para velar por la

(...) este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 N° 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del D.S. N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en la parte contenida en el acápite 3.3 de la Sección C, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”. Asimismo, debe estimarse inconstitucional, por derivación, la sección D de las mismas Normas Nacionales, referida a la “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”.⁴

Al realizar esta declaración, el tribunal agregó explícitamente:

Que la referida declaración, pronunciada en sede abstracta de constitucionalidad, tiene un efecto ERGA OMNES que se desprende del inciso tercero del artículo 94 de la Constitución: “En el caso del N° 16º, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo”.

“No escapa a la consideración de esta Magistratura el impacto evidente que tal declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas contenidas en esta sentencia, tiene también

legalidad del procedimiento de registro, en tanto procedimiento administrativo, carece de atribuciones para pronunciarse en materias técnicas o científicas; el año 2005 emitió el Dictamen N° 32.921 en el cual sostuvo que, de conformidad a las “Normas y Guía Clínica para la Atención en Servicios de Urgencia de personas víctimas de Violencia Sexual”, resolución Exenta N° 527, no es era posible, como pretendía la Subsecretaría de Salud Pública, ampliar el otorgamiento gratuito de la píldora a hipótesis diferentes a la violencia sexual; el año 2006, emitió el Dictamen N° 53.137 que contenía el informe al Tribunal Constitucional defendiendo la procedencia de fijar las “Normas nacionales sobre regulación de fertilidad” mediante resolución exenta del Ministerio de Salud, cuestión que, como se sabe, fue objetada por el Tribunal en sentencia Rol N° 591, sosteniendo que éstas solo podían ser fijadas por normas de carácter reglamentario, es decir, Decreto Supremo; el año 2007 emitió el Dictamen N° 5.425 mediante el cual tomó razón del Decreto Supremo N° 48 de 2007 que daba cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional al probar las “normas de fertilidad” mediante ese instrumento; el año 2008, emitió el Dictamen N° 1.352 mediante el cual se abstuvo de emitir pronunciamiento sobre la legalidad de la importación del fármaco “post day”, por existir una acción de nulidad de derecho público en contra del registro sanitario; en 2009, emitió tres dictámenes: el N° 31.356, en que determinó los alcances de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 740; el N° 42.424, mediante el cual rechaza la reconsideración del dictamen anterior, y N° 49.432 que informó en el recurso de protección interpuesto contra del primero de los dictámenes de 2009.

4 STC Rol 740, C. 69. El destacado es nuestro.

connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables. No obstante, en la misma línea estrictamente jurídica que caracteriza a toda sentencia, es preciso recordar que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (artículo 6°, inciso segundo, de la Constitución). Fluye de lo expuesto que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal Constitucional, porque ha ejercido la tarea que el propio Constituyente le ha confiado de velar por la supremacía, sustantiva y formal, de la Carta Fundamental”⁵.

En función de esto, la Asociación Chilena de Municipalidades y el Ejecutivo sostuvieron que la sentencia del TC no afectaba la prestación que, de conformidad a la autonomía Municipal, podían realizar las municipalidades⁶. A esa presentación realizó observaciones el abogado patrocinante del requerimiento ante el TC⁷, el Ministerio de Salud⁸ y un grupo de abogados y profesores de derecho público, quienes además solicitaban que, en virtud de la sentencia, quedará sin efecto el registro sanitario del producto⁹.

La Contraloría, en un dictamen de mucha diversidad conceptual, sostiene dos cuestiones esenciales: (a) reconoce la calidad de fuente del derecho a las sentencias del TC y por lo tanto determina los alcances de ella en la Admi-

5 Ibid., C. 70. El destacado es nuestro.

6 El argumento legal invocado era el art. 56 de la ley N° 19.378.

7 Jorge Reyes Zapata, como abogado patrocinante del requerimiento parlamentario ante el Tribunal Constitucional en este caso, solicitó que se tuviera presente lo resuelto en dicho proceso, por cuanto, por un lado, este fallo habría modificado sustancialmente la política pública referida a las normas sobre fertilidad de las personas contenidas en dicho decreto y, por otro, la autonomía municipal no puede implicar una forma de defraudar el contenido material de la Carta Fundamental respecto a la protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

8 El Ministerio de Salud, informó en relación con la presentación de la Asociación Chilena de Municipalidades, mediante el oficio N° 5.198 de 2008, en el cual, luego de un análisis de la normativa prevista en el decreto con fuerza de ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud y en las leyes N°s 18.695 y 19.378, concluye que en el ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 56 de la última ley mencionada y el principio de autonomía municipal, los municipios pueden realizar acciones de salud destinadas a entregar a la población otro tipo de prestaciones distintas a las que entregan o ejecutan en su calidad de integrantes de las Redes Asistenciales de Servicios de Salud del país, toda vez que se trataría de acciones no comprendidas en los planes y programas del Ministerio y, en definitiva, correspondería al ejercicio de sus facultades de origen constitucional y legal en la materia.

9 En efecto, fueron 37 abogados y profesores de derecho, patrocinados por los también abogados señores Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido Cereceda y Eduardo Soto Kloss.

nistración¹⁰ (b) se declara incompetente para pronunciarse sobre los efectos indirectos de la sentencia.

Al actuar así, la Contraloría (reconocerle a la sentencia la calidad de fuente del derecho directa aplicable a la Administración) diseña un nuevo estándar para controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de la Administración,

10 Afirma el órgano contralor:

“En el contexto descrito, es necesario en primer término precisar, en lo que atañe a la competencia de este Organismo Contralor, que el Capítulo X —artículos 98 a 100— de la Constitución Política y la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, le encomiendan, entre otras, la función fundamental de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración del Estado.

A su vez, el artículo 93 de la Constitución Política, a través del otorgamiento de las atribuciones que allí se establecen, le encarga al Tribunal Constitucional la misión de conservar la supremacía e integridad de la Constitución, mediante la facultad de resolver conflictos jurídicos de constitucionalidad, dictando al efecto sentencias que, en su caso, con autoridad de cosa juzgada expulsan del ordenamiento jurídico el acto estatal contrario a ella, trazando de esta manera, además, líneas de demarcación para los poderes normativos en sus diferentes niveles jerárquicos y orgánicos —como sucede con la potestad reglamentaria entregada al Presidente de la República en el artículo 32, número 6 de la Constitución—, fijando igualmente límites interpretativos para todos los operadores jurídicos.

En este orden de ideas, debe señalarse que las sentencias pronunciadas por órganos que ejercen jurisdicción, fijan irrevocablemente el derecho aplicable y su acatamiento es obligatorio, debiendo agregarse, que tratándose de la jurisdicción constitucional, en lo específico, de un pronunciamiento de inconstitucionalidad de un acto administrativo normativo, como consecuencia de un requerimiento de esa especie, la resolución respectiva constituye también una peculiar fuente del derecho, por cuanto la eliminación de la norma viciada de inconstitucionalidad implica también una actividad de integración creadora del derecho.

Ahora bien, efectuadas las precisiones precedentes y relacionando de manera coherente las disposiciones constitucionales citadas con el ámbito de competencia de esta Contraloría General, teniendo en consideración el carácter sistemático del ordenamiento jurídico, menester es señalar que corresponde a este Organismo Contralor velar por la juridicidad de las actuaciones de los órganos integrantes de la Administración del Estado sometidos a su fiscalización, directamente vinculados al acto administrativo impugnado declarado inconstitucional, sin que ello de modo alguno implique entrar a determinar el alcance de la sentencia, yendo más allá de lo que ésta expresamente señale, labor del todo ajena a la competencia de esta Entidad.

No obstante, conforme al principio de legalidad establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, es condición sine qua non que dichas acciones se ajusten a la juridicidad vigente.

Pues bien, en la situación en análisis y considerando lo ya asentado por el Excmo. Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete jurídico supremo de la Constitución, en orden a que constituye una vulneración a la Carta Suprema la realización por parte de los entes integrantes de la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de acciones que impliquen la utilización del fármaco Levonogestrol y el método combinado Yuzpe, denominados “píldora del día después”, conforme a la resolución recaída en el requerimiento de inconstitucionalidad causa rol N° 740-2007 y teniendo en cuenta que entre aquéllos se encuentran los municipios, necesario es informar que las municipalidades quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha sentencia y, en consecuencia, están jurídicamente impedidas de implementar planes o programas o realizar actividades o acciones que impliquen la utilización o entrega a cualquier título de ese fármaco, ni aun a costo municipal o mediante cobro al usuario”.

lo que, acompañado de su potestad de interpretación de la ley, expande los efectos de este dictamen a un conjunto de hipótesis, por ahora, imposible de precisar.

Pero, ¿por qué este dictamen nos provoca tanta preocupación? ¿Qué hay detrás de la potestad de dictaminación que haría pensar que hay consecuencias hasta ahora imposibles de dimensionar?

En lo que sigue trataré de explicar, brevemente por ahora, la lógica tras la potestad de dictaminación y sus implicancias en el sector público, para luego analizar en perspectiva sus consecuencias.

II. La explicación convencional, tradicional e irreflexiva de la potestad interpretativa de la Contraloría

Una potestad de alcances normativos generales

Se denomina tradicionalmente jurisprudencia administrativa a la serie de dictámenes emanados del órgano administrativo especialmente habilitado para precisar el sentido y alcance de una ley y, en general, de las normas positivas¹¹. Por tal motivo, se indica que la calidad específica de la jurisprudencia administrativa es que la norma o resolución que de ella se deduce puede generalizarse mediante su concreción en otra clase de actos¹².

Se ha afirmado, de una manera categórica, que en nuestro sistema la Administración no solo está sujeta al derecho que dice el Juez, una vez que sus actos han nacido a la vida del derecho, sino también está sujeta al derecho que dice la Contraloría¹³.

Se sostiene que la potestad de interpretar la ley por la Contraloría, con el objeto de obtener la correcta aplicación del derecho por parte de la Administra-

11 Vid. En este sentido, Caldera Delgado, *Manual de Derecho Administrativo*, (Editorial Jurídica de Chile) 1979, 86.

12 Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, (Edit. Jurídica de Chile) 1992, 274.

13 Soto Kloss, Eduardo, "La Toma de Razón y El Poder Normativo de la Contraloría General de la República", en *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927 - 1977)*, (Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 1977, 188.

ción, se encuentra reservada por mandato de la ley exclusivamente al órgano contralor. Se afirma que —si el objetivo del control, en términos generales, es la preservación del principio de legalidad administrativa— y la interpretación del derecho establecida por el Ejecutivo pudiera de algún modo impedir la actuación que de dicha interpretación se siguiera, su corrección sería a través del control del organismo contralor. Para ello éste organismo debe, también, interpretar la norma que se ha aplicado, interpretación por la cual establecerá el alcance de la misma y que le permitirá evaluar la corrección de la aplicación normativa¹⁴⁻¹⁵.

Obligatoriedad general

Existe consenso en la literatura en torno a que los dictámenes del organismo contralor son obligatorios para los empleados públicos y que el desconocimiento de los mismos por un Jefe de Servicio que resuelva contra lo informado por ésta, acarreará la responsabilidad de ese funcionario, sea en vía civil, administrativa o penal, según corresponda¹⁶. En efecto, prescribe la ley, en relación a los dictámenes, que son obligatorios para los órganos y funcionarios sometidos a control, que deben ser especialmente observados por los “abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública”, y que son los “únicos medios” que se pueden hacer valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias del órgano contralor¹⁷.

14 Fiamma, G., “¿Apreciación de los hechos o interpretación del Derecho?. Reflexiones en torno a la jurisprudencia administrativa, en *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)*, (Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 1977, 201.

15 De conformidad a la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría (art. 33) corresponde al Departamento Jurídico (actual División Jurídica) informar en derecho y recopilar la jurisprudencia administrativa.

16 Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El control público*, (Edit., Jurídica de Chile), 1994, 77 y 171; Aylwin Azócar, Patricio, - Azócar Brunner, E., *Derecho Administrativo*, (Universidad Andrés Bello) 1996, 123.

17 Arts. 6.4 y 19, Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

Art. 6.4. De acuerdo con lo anterior, solo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1°.

Art. 19. Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición.

A partir de estos argumentos y disposiciones, la jurisprudencia administrativa ha señalado que los dictámenes de la Contraloría General no solo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general¹⁸.

En este sentido, los dictámenes “constituyen la doctrina vigente de [la] Contraloría sobre [un asunto], [pues] al limitarse a determinar el verdadero sentido y alcance de [una norma] es un juicio declarativo respecto a la materia, que nada agrega al precepto interpretado”¹⁹.

Igualmente, afirma que éstos son la única fuente de interpretación legítima del ordenamiento jurídico del país, revistiendo el carácter de obligatorios. “Los dictámenes de esta Contraloría General son informes que tienen por objeto interpretar el verdadero sentido y alcance, siendo de cumplimiento obligatorio para el servidor que corresponda”; ellos pueden ser aplicados a cualquier caso particular, “mientras constituyan jurisprudencia vigente, sin que sea indispensable que previamente se dicte un acto administrativo”²⁰.

De este modo se concluye que el sector público no solo está regido por un derecho administrativo de carácter potestativo en su atribución y restrictivo en su actuación, sino que implica, además, que la interpretación de las normas que lo componen está centralizadas única y exclusivamente en la Contraloría General²¹.

Precedente vinculante

Del efecto obligatorio se construye para la jurisprudencia administrativa la característica de precedente vinculante de ella, siendo esta quizá la consecuencia más gravitante. En efecto, la aplicación constante, reiterada y uniforme de sus criterios jurisprudenciales es uno de los pilares en que se fundamenta la obligatoriedad y el carácter vinculante de la juris-

18 Dictamen N° 5.698, de 2005. Con igual criterio, Dictamen N° 34.053, de 1999.

19 Dictamen N° 2.406, de 1998.

20 Dictámenes Nros 2.638, 39.086, de 1986, y 14.448, de 1998.

21 Pantoja Bauzá, R., Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad., (Edit. Jurídica de Chile) 1994, 226.

prudencia administrativa²².

El propio órgano contralor al definir su función de dictaminar²³, señala:

Esta potestad permite la elaboración de una doctrina administrativa conformada por un sistema de precedentes obligatorios y favorece la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente, donde cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles, haciendo que la regulación aplicable a los entes públicos sea más coherente, íntegra y estable (...)

Asimismo, el sistema jurídico basado en el precedente administrativo –esto es, la interpretación uniforme de una misma regla jurídica permite que la actuación administrativa gane en previsibilidad, esto es, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes.

Es decir, tras la figura del dictamen como instrumento de manifestación de la interpretación uniforme, existe, en opinión de la Contraloría, una especie de confianza legítima por parte de los ciudadanos que, frente a circunstancias similares o equivalentes, la Administración debe comportarse de conformidad a ciertos y determinados parámetros preestablecidos en la norma y en la interpretación vinculante y obligatoria del órgano contralor²⁴.

La interpretación contenida en el dictamen se incorpora a la ley interpretada desde su dictación.

La jurisprudencia administrativa sistemáticamente ha sostenido²⁵ que los dic-

22 Astorquiza, G., “A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Fundamento. Condiciones. Criterios.”, en La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional, (Imprenta Contraloría) 2002, 169

23 Vid. www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/portal?_nfpb=true&_pageLabel=_MFuncionesv2

24 En este sentido, se encuentra el clásico fundamento del precedente como fuerza vinculante. Para un análisis del precedente administrativo con este fundamento ver Díez Sastre, S., *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, (Marcial Pons) 2008, aunque planteado desde la perspectiva de la razonabilidad de la decisión jurisdiccional posterior

25 Vid. Dictámenes N°s. 72.479, de 1976; 31.219, de 1986; 14.448, de 1988; y 20.101, de 2000.

támenes jurídicos que la Contraloría emite, en ejercicio de las atribuciones contenidas en su Ley Orgánica Constitucional, interpretan la ley administrativa, fijando su exacto sentido y alcance, produciendo sus efectos desde la fecha de vigencia de la disposición interpretada.

En este sentido, la jurisprudencia señala que los efectos a que se refiere este criterio jurisprudencial no son otros que los que la ley ha establecido y que el legislador ha querido producir, en tanto que el dictamen, atendida su naturaleza meramente interpretativa, se limita solo a esclarecerlos, razón por la cual éste rige desde la fecha de la ley que interpreta y se entiende incorporado a ella²⁶.

De este modo —y dado que, conforme al art. 6° de la LOCCGR, le corresponde velar por la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que rigen a los organismos sometidos a su fiscalización (inciso primero) y sus dictámenes son los únicos medios constitutivos de la jurisprudencia administrativa (inciso cuarto), misma que resulta de obligatorio acatamiento por parte de las entidades que integran la Administración—, sostiene la Contraloría²⁷ que, si la interpretación que contiene un dictamen, pronunciándose acerca de la correcta aplicación de una norma y dilucidando los efectos que ella ha querido establecer, solo fuera aplicable desde la fecha en que fue emitido, se infringiría la antedicha disposición orgánico constitucional, al impedir el ejercicio de esta potestad correctiva respecto de las actuaciones acaecidas entre la fecha del precepto interpretado y la del dictamen.

III. La explicación en perspectiva. Desde los méritos a los peligros

La advertencia

Frente a esta forma de entender la interpretación de la ley administrativa por parte de la Contraloría, afirmando que su jurisprudencia tiene el carácter de vinculante no solo para el caso en particular, si no que para cualquiera que a éste se asemeje, y que esta forma de hacer esa interpretación alcanza no solo a la ley administrativa, sino también a la ley aplicada por la Administración, es legítimo preguntarse cuáles son sus riesgos o peligros y cuáles son, también, sus méritos.

²⁶ Dictamen N° 50.185, de 2007.

²⁷ Dictamen N° 50.185, de 2007.

Un destacado ex Contralor señalaba que los actos administrativos de dictamen pueden ser vinculantes o no. En el primer caso, la opinión emitida por el fiscalizador obliga al consultante. Advertía que, cuando ello ocurre, el fiscalizador y el fiscalizado se unen en una especie de co-administración, o aun, si no hay acuerdo entre uno y otro, en la práctica quien pasa realmente a administrar es el órgano de control, lo que subvierte la realidad y racionalidad de todo el sistema administrativo^{28,29}

El que mediante la emisión de dictámenes se constituye otro de los mecanismos de control jurídico de la Administración, puede tener sobre ésta efectos más que significativos. Por tal motivo, señalaba el ex Contralor que la calidad de jurisprudencia administrativa solo se debía referir a las materias señaladas específicamente en el artículo 6° de la LOCCGR y, en tal virtud, tienen el carácter de vinculante solo para la Administración³⁰.

La evolución institucional como clave de comprensión de los objetivos limitados de la jurisprudencia administrativa.

Como se sabe, la Contraloría es una institución que nació en el contexto de una demanda progresiva de reforma estatal. Así, el Tribunal de Cuentas, una de sus fuentes, se creó en 1888 cuando era necesario profundizar el control sobre los gestores públicos, heredando un régimen institucional focalizado esencialmente en el gasto público, que llevó a las reformas de 1909 (que reguló la insistencia) y de 1917 (que amplió sus atribuciones), lo que se tradujo en la década de 1920 en un consenso en la necesidad, nuevamente, de reformar el Estado, especialmente en lo relativo al control de los fondos públicos³¹.

De ahí que el informe presentado por la Comisión Kemmerer tratara de trasladar al sistema nacional un diseño institucional que buscaba poner énfasis en el control y eficiencia en el gasto público. Esto explica que el modelo del año 1927 concentrara las instituciones clásicas del sistema nacional en esa

28 Silva Cimma, E., nota 16, 77.

29 A la inversa de lo que sucede en el Decreto de Insistencia, en que la disputa interpretativa de la ley sede a favor del Presidente de la República, y en el caso de la constitucionalidad, debe ser resuelta por el Tribunal Constitucional. Ver en este sentido Cordero Vega, L., *El control de la Administración del Estado*, (Lexis Nexis) 2007, 77.

30 Silva Cimma, E., nota 16, 171.

31 Sobre el origen y evolución del órgano contralor, ver Cordero Vega, nota 29, 47 y sgts.

materia, reconociendo a su vez las particularidades desarrolladas tras el Tribunal de Cuentas desde su creación³².

En este sentido, resulta especialmente decidora la exposición de motivos del DFL N° 400³³ bis que:

(...) la desorganización que existe en la fiscalización de los ingresos nacionales y en la inversión de los fondos fiscales, ha producido una situación que ha causado verdadera alarma pública por los desagraciados y pavorosos sucesos y defraudaciones de la recaudación e inversión de los fondos públicos, descubiertas en diversos servicios.

El modelo original desarrollado para la Contraloría en 1927 concentró las atribuciones esencialmente en la legalidad de la inversión y gastos de los fondos públicos, reconociendo tras ella el modelo de agencia administrativa que venía desarrollando la regulación Norteamérica desde finales del siglo XIX, que concentraba en un solo organismo atribuciones de control, regulación y adjudicativas en relación al gasto público³⁴.

El año 1928 se dictó el DFL N° 2960 bis³⁵ que reorganizó a la Contraloría, explicitando las regulaciones de 1927 y consagrando dos nuevas atribuciones, sin perjuicio de que una de ellas venía desde el año 1894: la toma de razón de los decretos supremos con un estándar de legalidad

32 En 1925 fue contratada por el Gobierno de Chile una misión de expertos norteamericanos, denominada "Misión Kemmerer", que debe su nombre a quien la encabezaba: Edwin Kemmerer, profesor de Economía de la Universidad de Princeton. El objetivo de ella fue la elaboración de un conjunto de recomendaciones para enfrentar el problema de la inflación y reestructurar toda la organización financiera del país. Esta misión reestructuró los sistemas de buena parte de los países andinos de América latina. Preparó diversos proyectos de ley sobre Régimen Bancario, sobre Administración Financiera y sobre Fiscalización. Uno de estos proyectos dio origen al Decreto con Fuerza de Ley N° 400-bis de 26 de marzo de 1927 que creó la Contraloría General de la República, refundiendo en ella al "Tribunal de Cuentas", a la "Dirección General de Contabilidad", a la "Sección de Bienes Nacionales" y a la "Dirección General de Estadística". Esta misión también tuvo impactos en la creación del Banco Central, el Servicio de Impuestos Internos, el Servicio Nacional de Aduanas, la Superintendencia de Bancos y la Dirección de Presupuestos. Sobre los antecedentes e impactos de la Misión Kemmerer, Ver Fermandois, J., *Mundo y fin de mundo. Chile en la política mundial 1900 – 2004*, (Ediciones Universidad Católica de Chile) 2005, 96-101.

33 D.O 12.05.1927.

34 Sobre esta evolución, que permitió dar origen posteriormente al debate de los Administrative Tribunals para diferenciarlos de las Court, en las propias agencias públicas, ver Cane, P. *Administrative Tribunals and Adjudication*, (Hart Publishing) 2009, 23 y sgts.

35 D.O 19.01.1928.

y constitucionalidad para el control³⁶.

En el artículo 7°, entregó como atribución al Contralor la obligación de:

(...) emitir su informe por escrito, a petición de cualquier Jefe de Servicio, empleado o agente encargado de fondos o de la administración de los bienes nacionales de cualquier ítem del presupuesto, fondo especial o reserva, o sobre la legalidad de los desembolsos o disposición de cualquier propiedad del Estado. Este informe obligará a los funcionarios administrativos, pero éstos podrán apelar de él, por conducto del Ministro del ramo ante el Presidente de la República, y dentro del plazo de treinta días, contados desde la notificación de la providencia recurrida.

Por su parte, el año 1932 se dictó el Decreto Ley (DL) N° 258³⁷ que estableció la estructura definitiva de la Contraloría y que marca la manera en que operará con posterioridad esta institución.

En él se advertían dos tendencias en lo que respecta a la función esencial de fiscalización que debía competir a la Contraloría. Por una parte, se acentuaban las funciones fiscalizadoras en materia contable y financiera, según lo recomendado por la Misión Kemmerer. Por otro, se infería del contexto del precitado DL una tendencia propia que pretendía adecuar el sistema a la realidad jurídica chilena y que, enfrentando la acción de los órganos administrativos dentro de un régimen de derecho, le permitía revisar todos los actos de la Administración con el fin de impedir que pudieran llegar a ejecutarse aquellos que aparecían contrarios a la normas legales³⁸.

Dicho DL, en lo que nos importa, señalaba en su artículo 7° que:

(...) es obligación del Contralor emitir por escrito su informe, a petición de cualquier jefe de oficina o de Servicio, acerca de todo asunto

³⁶ En efecto, la ley N° 1.488, extendió el trámite de toma de razón a todo tipo de actos administrativos, ampliando el campo mas allá de los decretos de pago, como había sido hasta esa fecha.

³⁷ D.O 26.07.1932.

³⁸ Recabarren Delgado, R. La toma de razón de los Decretos y Resoluciones, (Editorial Jurídica de Chile) 1969, 51.

relacionado con los presupuestos; con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso 1° del artículo precedente; con la organización y funcionamiento de los servicios públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos, o con cualquiera otra materia en que la ley dé intervención a la Contraloría.

Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran.

Corresponderá exclusivamente al Contralor, informar los expedientes sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones y montepíos, o cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos fiscales, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las respectivas leyes.

Por otro lado, la ley N° 10.336 de 1952 estableció una nueva ley orgánica, luego de la reforma constitucional de 1943, que le otorgó autonomía constitucional, agregando a las disposiciones ya señaladas la vinculatoriedad de los dictámenes y la jurisprudencia administrativa a los abogados de la Administración, que no tuviesen a cargo la defensa fiscal³⁹.

Finalmente, el año 1964 se dictó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 10.336, vigente hasta hoy, que agregó a las atribuciones interpretativas vinculantes, además de las señaladas, las que correspondían al Estatuto Administrativo⁴⁰.

39 Corresponía al artículo 55 y hoy está en el artículo 19.

Esta norma se incorporó producto de que en la evolución normativa de la organización administrativa, en especial la creación de las instituciones semifiscales y las autónomas, estos servicios comenzaron a señalar que dada su “independencia” (en estricto rigor tener personalidad jurídica y patrimonio propio) no les eran vinculantes, por tal motivo se estableció esta norma para obligar a los abogados de esas instituciones a respetar la jurisprudencia de la Contraloría.

40 Paralelamente, a partir de los años 70 y específicamente durante el Gobierno Militar, la Contraloría vino sosteniendo que era la cabeza de serie del “sistema nacional de control” y que, en tal virtud, le correspondía el control de la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa a través de sus atribuciones de control de legalidad.

Tal afirmación, llevó a que el Gobierno decidiera modificar la recién dictada Ley Orgánica de Ad-

Estas son las normas que se han encontrado vigentes desde entonces, pero la práctica de los operadores jurídicos fue otorgándole una vida propia, cuyas consecuencias es necesario advertir.

*Las consecuencias de esa evolución institucional:
los aciertos y los riesgos*

Como se puede apreciar los hitos legislativos asociados a la Contraloría General de la República (1927, 1932, 1943, 1952 y 1964), corresponden a etapas de demandas progresivas por una reforma a la gestión del Estado, focalizada principalmente en las tareas de control del gasto público, combinadas con el reconocimiento de los poderes de control normativo que la hicieron única, en términos comparados: la toma de razón y la facultad de emisión de dictámenes⁴¹.

ministración Financiera del Estado (LOAFE), DL 1263 (nov. De 1975), estableciendo una distinción entre control interno y control externo, que se utiliza hasta hoy.

En efecto, el año 1977 se dictó el DL 2053 (Dic), mediante el cual se delimitaron las potestades de control de la Contraloría y de la Administración activa, dejando el control formal (externo) de legalidad a la primera y el control de fines (eficiencia y eficacia) a la segunda.

Señala la norma:

“Artículo 52°. inc. 1 y 2. Corresponderá a la Contraloría General de la República, en cuanto al control financiero del Estado, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas programadas de los servicios públicos.

La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo”.

Con este criterio, se ha enfrentado en numerosas veces la Contraloría y la Administración, lo que se tradujo en la modificación a la LOCCGR el año 2002 mediante la dictación de la ley N° 19.817, que incorporó el art. 21 B que señala:

Artículo 21 B. La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas.

Como consta de la historia fidedigna de la norma, en especial su discusión en el Senado, lo que se encontraba detrás era el tratar de acotar los ámbitos del control jurídico de la Contraloría, porque para algunos la Contraloría estaba ocupando un peligroso camino a través del control de legalidad material para llegar al control de mérito.

El contexto del debate, en donde se vuelve a citar la situación de 1977, se puede ver ampliamente en el Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la actual ley orgánica de la Contraloría General de la República. Boletín N° 2.610-07.

Para una revisión del concepto amplio de control en disputa ver Aylwin A., “Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República”, 20 años de la Constitución Chilena 1981 – 2001, (Editorial Jurídica Conosur Ltda.) 2001, 599-613.

41 Para un análisis detenido de la evolución de la Administración chilena, con especial referencia a los

Como ya señalaba la literatura, desde entonces, “la Contraloría ejerce un control jurídico a través de los pronunciamientos o dictámenes que emite, especialmente de aquellos que tienen carácter de vinculantes, que son obligatorios para los servicios públicos que los solicitan”, lo que se traduce en que la ley “hace obligatoria la jurisprudencia emanada (...) y ésta (...) no puede ser desconocida por las oficinas públicas fiscalizadas por el Organismo Contralor.”⁴².

La insistencia por el sometimiento a la ley y la Constitución fue la obsesión inicial del control de la Administración. A finales del siglo XIX y principios del XX, la necesidad de una Administración ordenada y profesional resultaba una cuestión esencial. La facultad entregada al Tribunal de Cuentas el año 1894, que amplió las potestades de toma de razón a todos los actos administrativos, ocupando el estándar de legalidad y constitucionalidad —lo que se repitió en la normas de 1928 y 1932, en la reforma constitucional de 1943, en la ley de 1952 y en el refundido de 1964—, ocurrió en el contexto de dos restricciones que es importante tener en cuenta para explicar la evolución del control público administrativo: (a) la ausencia de implementación legislativa de los Tribunales Contenciosos administrativos⁴³; (b) la ausencia de un órgano

procesos de reforma ver Urzúa Valenzuela, G., y García Barzelatto, A., *Diagnóstico de la Burocracia Chilena (1818 – 1969)*, (Editorial Jurídica de Chile) 1971; Pantoja Bauzá, R., *La Organización de la Administración del Estado*, (Editorial Jurídica de Chile) 1996.

42 Recabarren, nota 38, 58.

43 Por la ausencia de la implementación legislativa del art. 87 de la CPR de 1925.

El artículo 87. CPR (1925), señala: “Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materias de ley”.

Tal como lo sostiene Ibáñez Santa María, *En Herido en el Ala. Estado, Oligarquías y Subdesarrollo. Chile 1924 – 1960*, (Biblioteca Americana) 2003, 159-160, la ausencia de Tribunales Administrativos, contemplados en la Constitución de 1925, para resolver las reclamaciones que se interpusieron contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas y administrativas, contribuyó a tornar más drásticas y eficaces la paraleglislación y las sanciones de la Administración Pública, pues ellas carecieron de un ámbito legal preciso que debió haberles fijado el Congreso y de la jurisprudencia que habría emanado del Poder Judicial. La falta de dichas sanciones y de regulación en un contexto de amplitud creciente para su aplicación discrecional y arbitraria, distorsionaron el funcionamiento de la Administración.

Para un clásico debate en este tema ver Pantoja Bauzá, R., “Estudios preliminar: La jurisdicción contencioso - administrativa. Decisiones legislativas al año 2001”, en *La jurisdicción contenciosa - administrativa*, Documentos, (Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 2001; Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo, T. II.*, (Universitaria) 1959, 384-386; Jirón Vargas, E., Mery Bravo, S., Sarjc Paredes, A., *Lo contencioso - administrativo*, (Editorial Jurídica de Chile) 1959, 201-235; Rodríguez Elizondo, J. A., *Protección Jurisdiccional de los Administrados*, (Editorial Jurídica de Chile) 1961, 141-147; Primera Comisión Legislativa, *Junta de Gobierno de la República de Chile*, Los

que garantizara la supremacía constitucional, cosa que solo fue posible en la reforma constitucional del año 1970.

¿En que se traduce todo esto? En que la Contraloría desde su creación se transformó en protagonista del control de legalidad y constitucionalidad de la Administración por dos vías: (a) por el control preventivo en la toma de razón; (b) por la potestad para interpretar la ley aplicable a la Administración.

¿Qué incentivos tuvo esto? Que, en la medida que en el sistema legal se fue complejizando la función de la Administración durante en el siglo XX, la presión por tratar de resolver las controversias en el ejercicio de atribuciones fue progresivamente llevando a la Contraloría a tener un rol protagónico no solo en el control del gasto público, sino que también en el de la aplicación de la legalidad administrativa: disponiendo de una potestad de interpretación general, fue transformándose en legislador positivo en la medida que cubrió las omisiones legislativas en las regulaciones básicas de la Administración.

Ello explica que, en la medida que la Contraloría se fue consolidando, la Administración no solo debía someterse al derecho legislado, sino que también al que declaraba ella. Solo eso explica que, durante largos años, pese a la carencia de leyes de procedimientos administrativos o contratos públicos, se mantuviese una Administración con cierta uniformidad⁴⁴.

Muchos son los ejemplos que demuestran esta circunstancia. Durante la década de los 50 y los 60, la principal dictaminación de la Contraloría se concentró en las materias estatutarias. El sesgo que manifestó en ese período es especialmente relevante para entender lo que vendrá, sobre todo en la manera de entender la legalidad administrativa⁴⁵.

Tribunales Contencioso Administrativos. Antecedentes para su estudio. Doctrina, Jurisprudencia, Proyectos., (Armada de Chile) 1982; Pantoja Bauzá, R., "Los tribunales contenciosos administrativos", en 82 GJ, 3; Soto Kloss, E., "La competencia contencioso – administrativa de los Tribunales Ordinarios de Justicia", RCHDUC, V. I, 349-359.

44 Hay muchos ejemplo, pero quizás el más decidor de la situación sea la ausencia, hasta el año 2003 (en que se dictó la ley N° 19.880), que no existiera entre nosotros normas la comunicación del acto administrativo (notificación o publicación). Fue el Dictamen N° 61.403 de 1961, que estableció la regla de procedencia y desde ese momento, salvo norma legal expresa, esa era la norma que regulaba la comunicación del acto administrativo. Ese criterio se encuentra en el contenido y redacción de los artículos 45 y 48 de la LBPA.

45 Como explica Pantoja Bauzá, nota 21, 226 para "la jurisprudencia administrativa, el sector público no solo está regido por un Derecho administrativo de carácter potestativo en su atribución y restrictivo en su actuación, sino que implica, además, que la interpretación de las normas que lo componen y la fiscalización de su cumplimiento, están centralizadas, única y exclusivamente, en la Contraloría

Mientras el mandato de su ley orgánica era que le correspondía informar en materias de remuneraciones, estatuto administrativo y funcionamiento de los servicios públicos “para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”; que en relación a las materias de gastos de los fondos públicos debía informar cuando se suscitaren “dudas para la correcta aplicación de las leyes”; que solo sus dictámenes podían hacerse valer como jurisprudencia administrativa; y que, finalmente, no podía informar en asuntos que “por su naturaleza sean propiamente litigiosos” o que estén “sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”; la práctica administrativa llevó a la Contraloría a pronunciarse en materias que iban más allá de la aplicación de la ley por parte de los organismos administrativos, transformándose en una jurisprudencia que tendió a resolver conflictos asignativos y, por lo tanto, a transformarse progresivamente en un organismo de solución de controversias, primero al interior del Estado y luego entre los particulares y el Estado.

Por otro lado, durante la primera parte del ejercicio de los potestades de interpretación administrativa, el organismo contralor se concentró en elaborar un conjunto de criterios y principios aplicables a la función pública, en materias derechamente no legisladas.

Así sucedió, desde la década de los 50, con el concepto de probidad administrativa, el desarrollo del concepto institucional del Estatuto Administrativo, el régimen jurídico de los actos administrativos y el régimen de garantías de los funcionarios públicos⁴⁶.

A finales de los 60 y principios de los 70, la Contraloría (y su jurisprudencia) se transformó en determinante para resolver los problemas de diseño organizacional de la Administración chilena, en el contexto de caos normativo de las décadas anteriores⁴⁷.

General de la República”.

46 Por ejemplo, sostuvo que cuando el Código del Trabajo se aplicaba a los organismos administrativos, éste tenía la calidad de Estatuto Administrativo (ver, entre otros, dictámenes N° 8.419, 9,525 y 12.165, de 1983, en donde se hace referencia a esa antigua jurisprudencia).

47 Ver, por ejemplo, el clásico dictamen N° 23379 de 1959 en donde sostuvo que “(...) la legislación no ha señalado explícitamente lo que ha de entenderse por sector público, solo lo contraponen al concepto de sector privado. desde el punto de vista etimológico y de los principios del derecho público, supone la idea de autoridad o de intervención del estado. el conjunto de organismos integrantes del estado constituyen el sector público, en contraposición a los organismos o empresas que actúan por iniciativa privada o al margen del estado. Así, instituciones semifiscales, empresas del estado y organismos autónomos pertenecen

En 1974, el entonces contralor Humeres tomó una decisión que cambiaría adelante la manera de entender la jurisprudencia administrativa. En dicho año se establecieron, por vía dictamen-instrucción, los requisitos que debían cumplir las solicitudes de dictámenes tanto de parte de los organismos públicos cuanto de los particulares. Afirmaba⁴⁸:

Toda consulta que se dirija a la Contraloría General deberá emanar del respectivo Ministerio, Subsecretaría, Intendencia, Gobernación o de la Jefatura Superior del Servicio (...).

Toda consulta que se formule a Contraloría deberá ser acompañada de un informe de la Fiscalía, Departamento legal o Asesoría Jurídica del respectivo servicio (...).

*La Contraloría General solo conocerá y se pronunciará sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o **particulares que se refieran asuntos a en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado.***

La expresión del Contralor Humeres es determinante para comprender qué rol jugaba la Administración. Al señalar que los particulares podían solicitar dictamen cuando existiera agravio de una situación jurídica subjetiva,⁴⁹ la

al sector público pues constituyen especies de servicios públicos, lo cual significa que empleados de estos servicios, cualquiera sea su condición jurídica, pertenecen a ese sector”.

Por su parte el dictamen N° 65.338, de 1963 señaló que lo que caracterizaba al sector público es el estar sometido “a un procedimiento de derecho público, a un régimen jurídico especial”.

Y el ya clásico dictamen N° 64.792 de 1970, donde ordenó la gran dispersión institucional de la administración chilena del siguiente modo: “los servicios públicos se encuadran dentro del sector fiscal o de administración central y del sector autónomo o de administración descentralizada, según la personalidad jurídica que los habilite para actuar y atendiendo a la naturaleza de sus recursos. Así, son servicios fiscales o de administración central los que actúan bajo la personalidad jurídica del fisco, del estado en sentido restringido. son entes autónomos o de administración descentralizada, los servicios públicos que tienen personalidad jurídica distinta del fisco y manejan su propio patrimonio, pudiendo distinguirse entre ellos, como especies, a las instituciones y a las empresas públicas. Se entiende que una institución (fiscal o semifiscal), se caracteriza por ser un servicio personificado que persigue fines de progreso general, de fomento o de índole social. Lo peculiar en una empresa es el hecho de que exista un servicio personificado que persiga fines de carácter comercial o industrial, y que por lo mismo, su actividad ordinaria se traduzca en celebrar o ejecutar actos de comercio”.

48 Dictamen N° 24.841, de 1974.

49 A esto se debe agregar la circunstancia de que progresivamente la Contraloría comenzó a aceptar

Contraloría estaba anticipando su rol como organismo de tutela subjetiva, es decir, como un “tribunal administrativo”.

Así, hasta la década de los 90, la Contraloría se irá pronunciando progresivamente sobre cuestiones que involucran a los particulares, poniendo énfasis en los principios procedimentales⁵⁰, extendiendo su función a cuestiones tales como el otorgamiento de pensiones, tarifas y regulación urbana⁵¹. Un hito central en esa relación fue la dictación de la ley de bases del medio ambiente de 1994. A partir de ella, la Contraloría se transformó en organización admi-

la presentación de particulares en el trámite de toma de razón sobre la base del derecho de petición, generando un sistema de impugnación desformalizado.

La doctrina general en esta materia se encuentra en el Dictamen N° 47.272, de 2008. Afirma:

(...) “la toma de razón es una función que la Constitución Política de la República y la ley han encargado privativamente a la Contraloría General.

Asimismo, que en el ejercicio de esa función ni la Constitución ni la ley prevén la intervención de terceros. De este modo, cuando particulares concurren a la Contraloría General a propósito del trámite de toma de razón para hacer ver sus planteamientos, no actúan en ejercicio de un derecho especialmente otorgado al efecto, sino solo haciendo uso del derecho a formular peticiones a la autoridad que reconoce el artículo 19 N° 14 de la Carta Suprema.

En tales circunstancias, el deber de la Contraloría General de pronunciarse acerca de la legalidad de un acto administrativo, tomando razón del mismo o representándolo, lo es con entera prescindencia de si terceros han ejercido su derecho de formular peticiones al Contralor en uno u otro sentido.

Lo expuesto no obsta, desde luego, a que la Contraloría General, en ejercicio de sus atribuciones, pondere la conveniencia de poner tales peticiones en conocimiento de la autoridad emisora del acto, para que ésta manifieste su opinión al respecto, siendo del caso agregar que ni la existencia de peticiones de terceros ni la eventual falta de informe por parte de la autoridad, pueden afectar el deber de la Contraloría General de pronunciarse oportunamente acerca de la toma de razón”.

50 Ver en este sentido Cordero Vega, L., “El procedimiento administrativo: Desarrollo y perspectivas”, en *Derecho Administrativo*. 120 años de cátedra, (Editorial Jurídica de Chile) 2008, 332 y sgts.; González Méndez, M.F., “El procedimiento administrativo en Chile. Aporte de la Contraloría General”, en *Contraloría General de la República y Estado de Derecho*. Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional, 2002, 343 y sgts.

51 Los casos Santa Rosa de Las Condes (CA, Santiago, Rol N° 8344-2005), Sporting de Viña, (CA, Santiago Rol N° 531-2006), Sagrados Corazones (CA, Santiago Rol N° 811 – 2006) y Plaza Las Lilas (CA, Santiago Rol N° 3137, 2006), son el mejor ejemplo de cómo se ha manifestado la tensión que enunciamos. En todos casos, la Corte Suprema confirmó las sentencias de la Corte de Apelaciones mediante las cuales objetaba al órgano contralor que al pronunciarse sobre competencias privativas de la autoridad administrativa, se encontraba sustituyendo a la Administración activa.

Concretamente, afirman, con diferentes matices, que “el control de legalidad de la Contraloría General de la República debe efectuar de los actos de la administración es de carácter formal. En consecuencia, no puede entrar a analizar aspectos sustantivos que han sido conocidos y decididos por órganos de la administración que se encuentran legalmente facultados para ello, más aún si la decisión se ha adoptado previo cumplimiento de los procedimientos legales que precisamente garantizan la transparencia y publicidad que requieren los actos administrativos”.

nistrativa a cargo de decisiones abiertamente de adjudicación⁵².

De los años 2000 en adelante, ese deambular permitirá consagrar un modelo que sobrepasa al control de legalidad objetivo, para ir transformándose progresivamente en un control subjetivo de tutela con consecuencias claramente adjudicativas. La justicia administrativa comenzó, entonces, a ejercerse progresivamente a través de la jurisprudencia administrativa.

IV. Lo que viene: la necesidad de una reforma

Como sostuvimos en un trabajo anterior⁵³, hoy más que nunca es indispensable discutir sobre la Contraloría, su rol y sus competencias, pues, curiosamente, pese a su gran protagonismo constitucional (es una autonomía regulada en la Constitución), no ha ingresado en ninguna de las etapas de los procesos de reforma del Estado de las últimas décadas.

En ese trabajo, tratamos de demostrar que la toma de razón, instrumento más representativo de la competencia de control del órgano contralor, estaba sustentado en cuatro argumentos falaces desde el punto de vista jurídico, lo cual es respaldado por la evidencia empírica⁵⁴.

Sosteníamos que la Contraloría ha tenido un rol estabilizador básico en la Administración Pública chilena, sobre todo ante la ausencia de regulación normativa. Y este rol estabilizador lo ha jugado a través de sus competencias de “interpretación de la ley administrativa”.

Este rol estabilizador ha significado que la Contraloría norme algunas situaciones. Esta forma de intervenir ha sido positiva, pero a través de ella la Contraloría también ha expandido sus competencias a materias donde

52 En este sentido ver Vargas I., “La función de la CGR y la fiscalización ambiental”, en Primer Diálogo sobre instrumentos y gestión ambiental para el Chile del Bicentenario, Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, 2006, disponible en www.derecho.uchile.cl/cda/cda/dialogos/1_dialogos.html

53 Cordero Vega, L., “La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de cuatro falacias”, 69 Revista de Derecho Público, V.2, 139-166.

54 Indicábamos que parecía adecuado rediseñar su contenido y no seguir apreciándola como un verdadero dogma de fe. En nuestra opinión, hay suficientes argumentos para cuestionar su utilidad, dado que nada indica que su actual funcionamiento sea verdaderamente útil (en términos agregados) para el funcionamiento de la Administración, en el sentido de que, al existir poderosa evidencia que demuestra en qué lugar está concentrado este control de legalidad (personal), hay otros instrumentos más adecuados que la toma de razón, para su solución.

las decisiones son difíciles de diferenciar de aquellas que corresponden a la Administración activa.

Además, desde su origen, el modelo tras el cual ha descansado el sistema jurisprudencial de la Contraloría, se ha basado en el ejemplo francés; por lo menos eso es lo que se ha buscado⁵⁵. En relación a ello, parece razonable preguntarse cuánto de actividad jurisdiccional se encuentra en el ejercicio de esta competencia, considerando que las facultades están establecidas para casos particulares. Si se utiliza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para tratar de precisar el contenido de la función jurisdiccional, la respuesta sigue siendo ambigua⁵⁶.

El dictamen de la píldora es solo un ejemplo de la ductilidad de la jurisprudencia administrativa, en la medida que el caso concreto le permite ir diseñando un conjunto de principios que ya no solo gobiernan a la Administración, sino que también a los particulares que recurren a ella. En resumen: adjudica y regula.

Durante el siglo XX, la Contraloría no solo experimentó un proceso de implementación de su potestad de control, sino que también se vio afectada por la evolución de la teoría legal⁵⁷.

55 Siguiendo la explicación que Parada, R., *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*, (Marcial Pons) 2008, 71, por lo pertinente sobre la aplicación del Derecho administrativo por principios del Derecho francés, siguiendo a Rivero, "Desde el principio, pues, las leyes administrativas establecen disposiciones, no a la vista de categorías jurídicas definidas abstractamente en términos generales [como sucede en el Derecho privado o el Derecho penal codificado luego de la revolución], sino a la vista de casos concretos. Así, por ejemplo, la ley administrativa ignoró, en principio, la responsabilidad del poder público en general, aunque lo admitiera en casos concretos, y asimismo ignoró hasta los últimos tiempos el concepto y el régimen jurídico de la función pública, limitándose a conceder ciertas garantías a este o aquel cuerpo de funcionarios./ Pragmática, concreta, incompleta, dejando fuera de sus supuestos campos amplísimos la ley administrativa no podía, pues, prestar al juez administrativo los mismos servicios que el Código Civil al juez ordinario. Pero el Consejo de Estado francés no se va a atrincherar tras el silencio de la ley para rehusar su fallo (...) el Consejo de Estado no sintió nunca con respecto a la ley escrita la timidez un poco supersticiosa que ha paralizado durante mucho tiempo las iniciativas del juez civil; como reflejo natural de su situación junto a las fuentes del poder, apoyado sólidamente por éste, ha sido siempre espontáneamente en vanguardia. De otro lado, las necesidades prácticas de la vida administrativa, para las cuales su posición le hacían especialmente sensible, no permitían dejar sin solución los litigios de la vida cotidiana, creando el Derecho cuando el Derecho faltaba, y sin dejarse detener por escrúpulos doctrinales. Así han ido naciendo a lo largo del siglo XIX las reglas fundamentales cuyo conjunto ha terminado constituyendo el Derecho administrativo francés en los intersticios de la ley y por la acción espontánea del juez./Ahora bien el Consejo de Estado no ha vacilado en hacer firma por su propia autoridad una nuevas reglas (...) [presentándose] como el servidor de un cuerpo de reglas no escritas que no deben su autoridad a los textos, pero que vinculan tanto como la ley su actividad".

56 Ver SSTC Roles N° 124; 165; 176; 214; 309; 346; 386; 472; 499; 502; 504; 515; 555 y 681.

57 De la objetividad a la subjetividad. Para estas explicaciones ver Kelly, J.M., *History of Western Legal*

No es de extrañar que, durante la primera mitad del siglo, su rol se concentrara en un estándar objetivo de control de los actos administrativos con referencia a la Constitución y la ley, dejando a los jueces el rol de la cuestión subjetiva (derechos). La progresiva subjetividad de la condición jurídica del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, que evidentemente se trasladó a nuestra literatura, hizo que la Contraloría, ocupando el estándar de constitucionalidad y legalidad, comenzará a subjetivizar el control jurídico⁵⁸ y, en consecuencia, la interpretación de la ley administrativa⁵⁹, legitimando su intervención no solo con un estándar de control objetivo y abstracto, sino que también en la protección de situaciones jurídicas subjetivas concretas.

Pero por otro lado, al ampliar la cobertura de la vinculatoriedad de su jurisprudencia y derechamente afirmar que ésta, más allá del mandato explícito de su ley, “no solo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto de la materia de que se trate, por lo que mientras constituyan jurisprudencia vigente, son de aplicación general”, se ha transformado en un legislador positivo.

Mientras nuestra teoría constitucional ha hecho grandes esfuerzos por tratar de comprender la posición de nuestro Tribunal Constitucional en su operación como legislador negativo y su tolerancia o no con el régimen democrático⁶⁰, desde su creación la Contraloría ha tenido competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los actos administrativos, de manera que, aun antes de la creación del Tribunal Constitucional en la reforma de 1970, la Contraloría era custodio de la Constitución.

Si a este rol se agrega la manera de entender su potestad de interpretación de

Theory, (Oxford University Press) 2006, 348-454; Van Caenegem, R.C., *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, (Cambridge University Press) 1996, 244-295.

58 Sobre este aspecto ver Ferrada Bórquez, J.C., “La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial”, en *La constitucionalización del Derecho Chileno*, VVAA, (Editorial Jurídica de Chile) 2003, 63 y sgts.

59 En la actualidad la Contraloría sostiene que los particulares pueden recurrir a ella en defensa de sus derechos frente a la Administración. Ver en este sentido el Dictamen N° 39736 de 2007 relativo a la opinión del organismo en relación al proyecto de ley que crea la Superintendencia de Educación.

60 Ver un resumen de nuestro debate, con defensa de posición, en Zapata, P., *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, (Editorial Jurídica de Chile) 2008, 15-72. En términos comparados, ver Salazar Ugarte, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, (Fondo de Cultura Económica - UNAM) 2006.

la ley aplicada por la Administración, si sus dictámenes no solo son obligatorios para el caso concreto sino que también deben aplicarse a “todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto de la materia de que se trate, siendo de aplicación”, además de custodio de la Constitución es legislador positivo.

Y si agregamos que, para la jurisprudencia Constitucional, la circunstancia de que ella sea una autonomía constitucional supone que no está sujeta a ningún organismo de control, salvo el coyuntural aplicado en la jurisdicción (de urgencia para la protección de derechos) o el político (por la acusación constitucional en contra del Contralor), lo cierto es que sus potestades son prácticamente ilimitadas⁶¹.⁶²

La Contraloría ha jugado un rol estabilizador en la Administración chilena, de eso no cabe duda. Sin embargo, la manera en que ha ejercido su potestad de dictaminación, más allá de sus resultados positivos, está sujeta a un conjunto de riesgos que colocan en entredicho un sistema democrático en que el derecho es legislado y está sujeto a escrutinio.

La Contraloría ha desarrollado sus facultades en el marco de un conjunto de incentivos institucionales: la necesidad de disciplinar la Administración y la ausencia de un sistema de solución de controversias entre el Estado y los par-

61 Ver STC Rol N° 1051, considerando 37. En donde señaló:

“Que, en diversas oportunidades -como en la sentencia de 22 de septiembre de 1989, Rol No 80-, esta Magistratura ha puesto de relevancia la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado como la Contraloría General de la República, autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”.

62 Parte de estas ideas se desarrollaron en Cordero Vega, L. “Jueces y Democracia”, IV Congreso de Estudiantes de Derecho Constitucional, Agosto de 2009. En ese momento concluimos “(...) la Contraloría (una autonomía con la extensión señalada) tiene la atribución no solo para interpretar la ley, sino que también la Constitución, que sus dictámenes al ser obligatorios para casos semejantes van más allá del precedente y se transforma en un legislador positivo, y que al permitir la posibilidad de que cualquiera concurra a solicitar un pronunciamiento ha transformado sus atribuciones en contenciosas, las que se traduce en el poder para adjudicar de un modo permanente circunstancias activas o pasivas en las personas, lo que lo transforma en un órgano jurisdiccional. Si a esto agregamos que buena parte de los temas de interés público pasan por esta institución, las consecuencias para el sistema institucional resultan abrumadoras. Un órgano diseñado para un control externo de la Administración, se ha transformado en legislador positivo, en un órgano de carácter jurisdiccional, interprete de la Constitución y con capacidad para adjudicar derechos, transformándose evidentemente en organismo contramayoritario regulador y jurisdiccional, sin las reglas del juego que debemos consensuar para ese tipo de instituciones”.

ticulares, que es una deuda vergonzosa de nuestro sistema legal.

Ocuparnos de una agenda de reforma en esta materia resulta indispensable. Los criterios de cómo se debe construir, los estándares que deben existir en esa revisión y la legitimación para recurrir, forman parte de otra investigación.

NUEVAS RESTRICCIONES A LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO COMO PROCESO ADMINISTRATIVO: UNA JURISPRUDENCIA INTERESANTE, PERO INCONSISTENTE¹

Juan Carlos Ferrada ²

I. Antecedentes generales

El 22 de junio de 2009, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia (en adelante Corte o Corte Suprema, indistintamente) dictó sentencia definitiva en la causa rol N° 5553-2007, caratulada “*Sky Service S.A. con Fisco de Chile*”, en materia de nulidad de derecho público. En lo sustancial, dicho fallo viene a rechazar la demanda presentada por la empresa aeronáutica nacional, sobre la base de una falta de legitimación de ésta para iniciar la acción en esta materia, atendido la inexistencia de un derecho o interés legítimo de la actora en el resultado del juicio, existiendo solo *una mera expectativa*.

Con esta sentencia, la Corte solo viene a confirmar un criterio que venía sosteniendo en los últimos años y que se había expresado en las sentencias roles N°s 2377-2005, 1720-2006, 3011-2006 y 1428-2007, en todas las cuales se rechazan las demandas interpuestas por los actores, fundado en la falta de legitimación activa de éstos. Ahora bien, esta falta de legitimación activa estaría establecida, según la Corte, en la ausencia de derecho o interés legítimo del actor, sin perjuicio que en todos estos casos los demandantes tenían una relación directa con el asunto discutido y la sentencia judicial afectaba sus derechos, bienes o patrimonio.

¹ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación Fondecyt N° 1030311 (2010-2011), del que el autor es investigador principal.

² Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente es profesor de Derecho Administrativo de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: juancarlos.ferrada@uv.cl

Así, por ejemplo, es evidente que la nulidad de derecho público del convenio entre Chile y Alemania para la reinserción de los exiliados retornados al país, promulgado por D.S. N° 1171/1993, demandada precisamente por un grupo de personas beneficiadas por este convenio (rol 2377-2005), o la misma nulidad invocada por parte de la I. Municipalidad de Con-Con y la Junta de Vecinos de Bosques de Montemar, respecto de acuerdos de la I. Municipalidad de Viña del Mar que autorizaban la enajenación de terrenos destinados a equipamiento y que actualmente pertenecerían a aquella municipalidad y aledaños a estos vecinos, son procesos en los que los demandantes tienen directa relación con los actos administrativos impugnados y con los resultados del pleito, pero no obstante en ambos, la Corte Suprema rechaza las demandas interpuestas, entre otras razones, por falta de legitimación activa de los actores. Es decir, a juicio de nuestra Corte, a pesar de tener los actores relación directa con los actos impugnados y los efectos de la sentencia, ellos carecen de la titularidad jurídica para impugnar ese acto, por falta de derecho o interés comprometido.

Lo anterior parece bastante curioso, ya que si se toman como referencia procesos de impugnación de actos administrativos de derecho comparado, como el español o el francés, se aprecia una amplia legitimación para demandar la nulidad de aquellos y, sorprendentemente, sobre la base de las mismas categorías jurídicas (titularidad de derechos o intereses). Así, en el derecho español por ejemplo, se entiende que está legitimado activamente para demandar la nulidad de un acto administrativo el particular interesado en una licitación pública, aun cuando - y tómesese nota de ello- no haya participado en la licitación misma³. Lo mismo ocurre en el derecho francés, donde el Consejo de Estado ha reconocido legitimación activa a un ex combatiente para impugnar un acto de la Administración que pretendía ampliar el concepto de *ex combattente* -lo que en principio, no lo perjudicaba directamente- o de un hotelero para impugnar la decisión del Ministro de Educación fijando las vacaciones escolares, afectando con ello la actividad turística⁴.

En este contexto, es evidente que el concepto de *derecho* e *interés* -y principalmente este último- que utiliza nuestra Corte Suprema es diferente del utili-

3 Ver, en este sentido, Parejo, Luciano, "Lecciones de Derecho Administrativo" (Tirant Lo Blanch) 2008, 574.

4 Vedel, Georges, "Derecho Administrativo" (Biblioteca Jurídica Aguilar) 1980, 473-475.

zado en el derecho comparado de referencia, restringiendo severamente la operatividad de la nulidad de derecho público como proceso administrativo ordinario de impugnación de los actos administrativos. Así, es indispensable determinar en primer lugar, cuál es el concepto que maneja la Corte Suprema en esta materia y, en segundo lugar, qué alcances tiene ello para el sistema de control de la actividad administrativa y la protección de los derechos de los particulares frente a la actividad estatal. A estas dos cuestiones dedicaremos las páginas que siguen.

II. La legitimación activa en los procesos administrativos

Como se sabe, la legitimación activa es un concepto procesal muy complejo, pero cuya sustancia se puede identificar con la aptitud para ser demandante en un proceso determinado⁵. Es decir, se trata que el actor tenga una relación con el objeto del litigio, independientemente que el juez en la sentencia definitiva reconozca o no el derecho material demandado por el actor.

En el fondo, se trata de reconocer en ciertas personas la titularidad para iniciar un proceso, asumiendo con ello que no todos los ciudadanos gozan de esa titularidad en todos los casos. Así, por ejemplo, no cualquier persona podrá demandar la nulidad de un contrato de compraventa celebrado entre dos personas, sino solo -en palabras de nuestro Código Civil- aquellos que tienen interés actual en ello. Tampoco podrá demandar el divorcio de los cónyuges cualquier persona, sino solo los contrayentes del vínculo matrimonial. Por último, en principio, tampoco podría un tercero presentar un Recurso de Protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, pidiendo el amparo del derecho fundamental a la inviolabilidad de la correspondencia de un particular, salvo que lo haga en nombre de éste, cuestión que en todo caso dependerá en último término de la voluntad del mismo.

Pues bien, en el ámbito contencioso administrativo, o simplemente administrativo, tampoco están habilitadas todas las personas para impugnar un acto administrativo cualquiera, sino solo aquellas personas que tienen una especial relación con éste. Así, en el derecho comparado, se ha reconocido esa habilitación o titularidad a los que poseen un derecho subjetivo, un interés

5 González, Jesús, *“Manual de Derecho Procesal Administrativo”* (Civitas) 2001, 176.

legítimo o un interés simplemente. Excepcionalmente, se les ha reconocido esa titularidad a todas las personas -acción popular- en procesos cuyo interés general o público lo exige, declaración que hace el legislador expresamente, en la medida que constituye una excepción calificada en el sistema jurídico. En nuestro derecho, la regla general en materia administrativa está dada por el artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República (en adelante la Constitución), que señala, como se sabe, que cualquier persona que haya sido *lesionada en sus derechos* por la Administración del Estado, puede demandar ante los tribunales que determine la ley. En otras palabras, la condición o requisito indispensable que ha puesto el constituyente para incoar una acción judicial en contra del Estado, es la existencia de *lesión en un derecho*, reiterando de alguna forma la fórmula general de protección jurisdiccional de los derechos de los particulares o reconocimiento del derecho de acción, establecido en el artículo 19 N°3 de la misma Constitución⁶.

Esta fórmula, utilizada por el constituyente de 1980, es similar a la contenida en la Ley Fundamental de Bonn en el artículo 19.4, que señala que “*toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial*”. Ahora bien, esto, por un lado, descarta inmediatamente el reconocimiento de una acción popular en materia administrativa en términos generales, salvo las habilitaciones o reconocimientos de este tipo de acción que haga expresamente el propio legislador. Por otro, califica la titularidad de la acción a la existencia de un *derecho lesionado*, concepto complejo que requiere algunas precisiones.

En principio, del texto constitucional uno podría inferir que los únicos legitimados para interponer una acción judicial en Chile son los titulares de derechos subjetivos en sentido estricto, excluyendo cualquier otra posición jurídica material, incluidos los intereses. Esto sería consistente con el texto constitucional y seguiría, en cierto modo, la interpretación estricta que ha hecho la doctrina alemana de la vulneración de derechos en base al artículo 19.4 ya citado⁷. Ello llevaría a que en el ámbito del proceso administrativo, los

6 Bordalí, Andrés y Ferrada, Juan Carlos, “*Estudios de Justicia Administrativa*” (Lexis Nexis) 2008, 138 y ss.

7 Blanke, Hermann-Josef, “La legitimación procesal: Ilustrado en el derecho alemán y comparado del medio ambiente”, en “*Ley de la Justicia Administrativa Alemana*” (Konrad Adenauer Stiftung/Abeledo Perrot) 2009, 24-25.

únicos legitimados para interponer una acción serían los titulares de derechos, restringiendo la instancia judicial a estos casos y habilitando, al mismo tiempo, las otras instancias de control de la actividad administrativa para los casos de controversias sobre intereses u otras posiciones jurídicas⁸.

Sin embargo, la doctrina procesal chilena ha entendido implícitamente que la referencia a derechos que hace el artículo 19 N°3, no es estricta e incluye la titularidad de derechos e intereses legítimos⁹. De esta forma, y sin texto expreso que lo establezca, hemos adoptado el criterio de legitimación señalados por la Constitución Española (artículo 24.1) e Italiana (artículo 24) para todos los procesos judiciales, incluyendo los procesos administrativos, acogiendo a veces de manera poco reflexiva las construcciones doctrinales generadas a partir de dichas disposiciones.

Este estado de la discusión, ha permitido a la doctrina nacional especializada sostener que la legitimación activa en los procesos administrativos, es la titularidad de derechos e intereses legítimos, trasplantando así las categorías utilizadas especialmente por el derecho español en este ámbito¹⁰. Así, bajo esta premisa, estarían legitimados para interponer una acción en un proceso administrativo el titular de un derecho subjetivo, es decir, aquel que ostenta un querer o poder hacer conferido por el ordenamiento jurídico y que le permite exigir su respeto de otras personas¹¹, como el titular de un interés legítimo, entendido como la *“aspiración legítima de orden pecuniario o moral, que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta”*¹².

Esta concepción es la que precisamente ha recogido, en términos generales, la Corte Suprema en los fallos antes citados. Así, por ejemplo, en la causa *“Agrícola Forestal Reñihue Limitada con Cubillos Casanova y Fisco de Chile”*, rol 3011-2006, señala expresamente que *“sólo pueden intentar la acción de nulidad*

8 Cordero, Luis. “Procedimientos administrativos y jurisdicción contenciosa administrativa”, en *“La justicia administrativa”* (Lexis Nexis) 2003, 331-332.

9 Romero, Alejandro, *“Curso de Derecho Procesal Civil”*, tomo I (Editorial Jurídica de Chile) 2007, 13.

10 Cordero, Eduardo, “La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo”, en *“La justicia administrativa”* (Lexis Nexis) 2003, 391 y ss.

11 Blanke, op. cit., 23.

12 Couture, Eduardo, *“Vocabulario Jurídico”* (Depalma) 1993, 344.

los sujetos que resulten directamente afectados por el acto administrativo, esto es, aquellos que tuvieren un derecho subjetivo o interés cualificado”. En el mismo sentido se pronuncia la Corte en la sentencia recaída en la causa “*Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica*”, rol 1428-2007, identificando incluso los elementos que configuran el interés exigido por el ordenamiento jurídico.

De lo expuesto, queda en evidencia que para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria chilena, la legitimación activa para iniciar un proceso administrativo está dada por la titularidad de derechos e intereses, acogiendo de esta forma la fórmula general utilizada por la doctrina italiana y española, aún cuando nuestro texto constitucional utiliza términos diferentes. Ello permitiría, en principio, ampliar el acceso de los particulares a la jurisdicción para impugnar la validez de un acto administrativo, ya que reconoce esta facultad no solo a los titulares de derechos, sino también a los que tienen comprometido un interés cualificado.

III. La legitimación en el proceso de nulidad de derecho público

La concepción descrita en el punto anterior, permite entonces sostener que en el ámbito más específico de la nulidad de derecho público, la legitimación activa para demandar ésta ante los tribunales está dada por la titularidad de un derecho subjetivo o un interés cualificado. Así, podrían demandar la nulidad de un acto administrativo no solo aquellos que se vean privados de un derecho subjetivo por un acto ilegal, sino además aquellos cuya actuación atente contra un interés cualificado.

Lo anterior supone, en primer lugar, la exclusión de la acción popular como legitimación general para incoar una acción de nulidad de derecho público. Sobre el particular, es bien conocida la construcción doctrinal planteada a fines de los 80 por Fiamma¹³, quien postulaba la existencia de una acción popular en materia de nulidad de derecho público, fundada en un aparente derecho reaccional general, atendido el interés público comprometido en el control de la actuación administrativa. Esta posición ha sido descartada actualmente por la mayoría de la doctrina, no solo atendido el tenor literal del artículo 38 inciso 2° de la Constitución, sino sobre todo por la incompatibilidad de dicho

¹³ Fiamma, Gustavo, “Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva”, en 49 *Revista de Derecho Público*, 95.

postulado con los presupuestos básicos formulados por la doctrina procesal sobre la actividad jurisdiccional.

Por otro lado, esta concepción supone también afirmar clara e inequívocamente la legitimación activa de los titulares de derechos subjetivos en el proceso de nulidad de derecho público, sin que ese derecho tenga una cualificación especial o *numerus clausus*, como ocurre por ejemplo, en el Recurso de Protección o en el amparo económico. Es decir, bastará tener comprometido un derecho subjetivo, cualquiera sea su entidad o contenido, para estar legitimado para interponer una demanda de nulidad de derecho público ante el tribunal competente.

Sin embargo, el problema se produce a la hora de identificar los *intereses* como categoría jurídica que legitima la interposición de la acción judicial, sobre todo considerando las características o elementos que debería ostentar este *interés*, según la Corte Suprema. Así, según nuestro más alto tribunal, el interés que legitima la actuación del particular para impugnar un acto administrativo debe ser *legítimo, personal y directo*, poniendo así una especial cualificación en su contenido¹⁴. Se excluye de esta condición, a los intereses no conformes con el ordenamiento jurídico y aquellos que pertenecen a terceros o a los ciudadanos en general y que no suponen un beneficio o perjuicio directo para el accionante.

En este contexto, el concepto de interés que utiliza nuestra jurisprudencia para legitimar activamente a los particulares para iniciar un proceso de nulidad de derecho público, se acerca mucho a la titularidad de un derecho subjetivo, llegándose incluso a confundir ambos. Así, la propia Corte Suprema al calificar ese interés, señala que “*debe ser de tal envergadura que pueda considerarse que el acto recurrido lesiona un derecho*”¹⁵ o, que es lo mismo, afectando “*su esfera personal de manera directa y determinante, lesionando un derecho*”¹⁶. En este contexto, alguna doctrina identifica sustancialmente *interés* con *derecho comprometido*, entendiendo que solo hay interés cuando hay un derecho com-

14 Corte Suprema, rol 5553-2007, sentencias de la 22 de junio de 2009; rol 1428-2007, 16 de octubre de 2008; y rol 3011-2006, 28 de agosto de 2008. En el mismo sentido, Cordero, Eduardo, “La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo”, op.cit., 401.

15 Corte Suprema, rol 5553-2007, sentencia del 22 de junio de 2009.

16 Corte Suprema, rol 1428-2007, sentencia del 16 de octubre de 2008.

prometido, excluyéndose de este modo a las meras expectativas¹⁷.

Como se puede observar, para la doctrina y jurisprudencia dominante, la legitimación activa para incoar un proceso de nulidad de derecho público es la titularidad de derechos o intereses, pero en este último caso la cualificación de los mismos adquiere una entidad que los asemeja a los derechos, identificándolos materialmente. Aun más, pareciera que la referencia al interés es una categoría procesal vinculada al interés específico que debe tener una persona en los procesos judiciales, pero que complementa la titularidad del derecho y no la sustituye. En este sentido, el interés exigido para demandar en un proceso de nulidad de derecho público sería similar al exigido por la doctrina civil clásica para demandar la nulidad de un acto jurídico privado, exigiéndose por lo mismo un carácter actual y patrimonial al actor.

Esto explicaría, en el criterio de la Corte, la falta de legitimación activa de la empresa aeronáutica para impugnar un acto administrativo que autoriza a otra empresa a operar en el mismo espacio aéreo y comercial¹⁸; o de la sociedad competidora para impugnar el acto administrativo de adjudicación en una licitación pública¹⁹ en la que tenía interés; o de una empresa forestal para impugnar un acto que autorizó la venta de un inmueble fiscal a un particular que no cumplía las condiciones para celebrar dicho acto jurídico cuando sí, en cambio, las cumplía este actor²⁰; o de un grupo de chilenos exiliados en Alemania y retornados posteriormente para impugnar la validez de un acto administrativo que promulgó un convenio internacional que establecía algunos beneficios para ellos mismos²¹.

Ahora bien, esta concepción del *interés* se aleja claramente del utilizado en el derecho comparado de referencia, para legitimar activamente a los particulares para impugnar la actuación de un órgano de la Administración del Estado. En efecto, como se verá a continuación, en el Derecho italiano, espa-

17 Aldea, Rodolfo, "Interés actual y declaración judicial en las nulidades de derecho público", en 10 *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 3.

18 Corte Suprema, rol 5553-2007, sentencia del 22 de junio de 2009.

19 Corte Suprema, rol 1428-2007, sentencia del 16 de octubre de 2008.

20 Corte Suprema, rol 3011-2006, sentencia del 28 de agosto de 2008.

21 Corte Suprema, rol 2377-2005, sentencia del 15 de enero de 2006.

ñol y francés, el concepto de *interés* tiene alcances muchos más amplios que los reconocidos por nuestra doctrina y jurisprudencia, sirviendo de cláusula de apertura para la habilitación de los particulares para impugnar los actos u omisiones de la Administración del Estado.

En este contexto, en el Derecho italiano, el *interés legítimo* -denominación que adquiere en este Derecho- es una categoría sustancial distinta y diferenciada del derecho subjetivo, que el constituyente ampara expresamente habilitando su protección jurisdiccional (artículo 24 de la Constitución Italiana). Este *interés*, se relaciona en el ámbito administrativo, con la posición que tiene un individuo frente a la actividad desplegada por la Administración frente a ciertas normas de acción, particularizando así, el interés público general del ordenamiento jurídico²².

Esta cláusula jurídica ha permitido tradicionalmente -aunque ello está cambiando en los últimos años- el acceso a la jurisdicción administrativa especializada (Consejo de Estado y tribunales derivados), como ámbito competencial distinto y separado del asignado a los tribunales ordinarios para proteger los derechos subjetivos de los particulares. De esta forma, la existencia de un derecho subjetivo o un interés legítimo es una cuestión relevante para determinar la competencia del tribunal, pero sin afectar la legitimación de los particulares para acceder a los tribunales para obtener la protección jurisdiccional.

En el caso español, el *interés legítimo* -denominación que probablemente fue copiada del derecho italiano- también es una categoría que determina la intervención de los tribunales de justicia, pero ya no para establecer ámbitos de competencia entre éstos, sino para habilitar el acceso de los particulares a la jurisdicción. Sobre esto, el artículo 24.1 de la Constitución Española señala que “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*”, determinando las posiciones jurídicas sustanciales que pueden invocar los particulares para requerir la intervención de un tribunal.

Ahora bien, este *interés legítimo* abarca todo “*interés moral o material que pueda resultar beneficiado por la estimación de la pretensión*”, superando el viejo inte-

²² Casarino, Sebastiano, “El problema de la jurisdicción administrativa”, en 248-249 *Documentación Administrativa*, 218-219.

rés estrictamente patrimonial y directo exigido por la doctrina administrativa preconstitucional²³. En este sentido, la Constitución Española de 1978 amplió la titularidad de la acción ante los tribunales de justicia con el preciso objeto de fortalecer a los tribunales en su rol de control de la actividad administrativa. Así, el propio Tribunal Constitucional Español, tempranamente en 1982²⁴, puso de manifiesto el impacto que tuvo la Constitución de 1978 en la reconfiguración de la titularidad de la acción de los particulares para impugnar un acto u omisión de la Administración, superando la vieja concepción del interés directo que había promovido la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, siguiendo la doctrina y jurisprudencia francesa del siglo XIX.

En este contexto, la doctrina española actual ha ampliado considerablemente el interés como categoría procesal para habilitar la impugnación de un acto u omisión de la Administración, entendiendo que este interés puede ser material o moral; económico, social, cultural o político; directo o indirecto; actual o futuro; en fin, personal o colectivo²⁵. En este punto, una cuestión relevante es la ampliación progresiva que hace la doctrina a los intereses morales, indirectos y futuros, ampliando considerablemente las posiciones jurídicas habilitadas para recurrir a los tribunales de justicia para impugnar una actuación administrativa. Especialmente debe destacarse, la mención que se hace a los intereses indirectos y futuros, ya que con ello se aleja la exigencia de una titularidad estricta sobre la base de intereses patrimoniales actuales, para ampliarse hacia otros intereses públicos y privados que reflejen una relación del actor con el acto u omisión estatal, pero sin configurar una legitimación popular.

Por último, en el derecho francés se aprecia también una tendencia similar a la señalada en el derecho español, es decir, una habilitación a los particulares para actuar ante los tribunales no solo en aquellos casos que se detente un derecho subjetivo, sino también un interés. Ahora bien, este último, en el

23 González, op.cit.,178.

24 Tribunal Constitucional Español, sentencias 60/1982 y 62/1983.

25 Por todos, ver González, Jesús, "Manual de Derecho Procesal Administrativo", op.cit., 178; Parejo, op.cit., 574; Sánchez, Miguel, "*Derecho Administrativo*" (Tecnos) 2007, 845; y Gimeno, Vicente, Moreno, Víctor y Sala, Pascual, "*Derecho Procesal Administrativo*" (Centro de Estudios Ramón Areces) 2004, 3.

derecho administrativo francés, no constituye una posición sustancial respecto de actos u omisiones, sino un interés para actuar o condición procesal, es decir, para ser titular de la acción²⁶.

Ahora bien, este interés, a juicio de esta misma doctrina, es un interés amplio, pero suficientemente caracterizado, incluyendo, al igual que en el derecho español, los intereses patrimoniales y morales, directos e indirectos, actuales y futuros, individuales y colectivos. De esta forma, la titularidad de la acción para impugnar los actos administrativos o las omisiones de la Administración, es la existencia de un interés procesal, que se aleja de la titularidad de derechos subjetivos u otras posiciones jurídicas formales, para relacionarse con intereses públicos que atañen o impactan especialmente a ciertos particulares.

Lo anterior, explica que se encuentren legitimados en el derecho comparado para impugnar los actos administrativos, los particulares que han sido excluidos o derrotados en una licitación pública y aun a los que no hayan postulado formalmente en el procedimiento concursal. Asimismo, también estarían habilitados para impugnar un acto administrativo, los ciudadanos que se han sentido afectados por una regulación pública, aun cuando la regulación concreta no los afecte directamente a ellos, en la medida que pueda provocarles, eventualmente, un perjuicio patrimonial o moral. Del mismo modo, y sin que esto sea una enunciación taxativa, también estarían habilitados para impugnar un acto de la Administración, los particulares afectados indirectamente por una medida administrativa, aun cuando ésta estuviera dirigida protitariamente a otro sector de la población.

Esta posición, contrasta frontalmente con lo sostenido por un sector importante de la doctrina nacional y la jurisprudencia sostenida por la Corte Suprema, que ha identificado la titularidad de la acción sobre la base de los mismos derechos subjetivos e intereses legítimos, pero caracterizando éstos como legítimos, directos y personales. Así las cosas, el demandante, para estar legitimado, según nuestro alto tribunal, requiere un *“interés cualificado en la anulación de que se trata, porque el interés que la acción exige debe ser legítimo, personal y directo, esto es, el titular debe encontrarse frente al acto que infringe el*

26 Chapus, René, *“Droit du contentieux administratif”*, (Montchrestien) 2004, 445; y Vedel, op.cit., 473.

*principio de legalidad, en una especial situación de hecho que el ordenamiento jurídico ampara y que le afecta en su esfera personal de manera directa y determinante, lesionando un derecho como señala el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política*²⁷. En este sentido, la sentencia más reciente de la alta Corte que se tiene a la vista, recalca que *“dicho interés debe ser de tal envergadura que puede considerarse que el acto recurrido lesiona un derecho”*²⁸, lo que en caso de no producirse, impide al particular impugnar el acto administrativo emanado del poder público.

De lo expuesto, parece evidente que la caracterización del interés como categoría procesal, está asociada, en esta jurisprudencia, con la titularidad de derechos y no con la identificación amplia de otras posiciones jurídicas subjetivas más amplias, que den cabida a otros intereses no patrimoniales e indirectos que permitan iniciar los procesos administrativos de control. Sobre el particular, la identificación que hace esta jurisprudencia con los derechos subjetivos de carácter patrimonial, como categoría sustancial que legitima para la actuación judicial, citando incluso el artículo 38 de la Constitución, guarda una estrecha relación con la doctrina alemana que, a partir de una norma constitucional similar (artículo 19.4), llega también a construir una legitimación activa más restrictiva que la del derecho italiano, español o francés.

Ahora bien, esta tendencia doctrinal y jurisprudencial -que evidentemente no es en sí misma criticable, aun que sí lo sea su forma alambicada- se aleja de la ampliación que han tenido los intereses en el derecho comparado de referencia como categoría procesal que determina la legitimación activa en los procesos administrativos. Sin embargo, lo más curioso de este proceso en el caso chileno, es que se produce sin renunciar a legitimar a los titulares de intereses -al menos formalmente-, sino incluso proclamando su cobertura, pero entendiendo a éstos en una versión muy estricta, más propia de la titularidad de derechos subjetivos de carácter patrimonial.

Así, el elemento determinante para legitimar o no a los particulares en los procesos administrativos, no es en la práctica, la existencia de un interés legítimo, sino un derecho subjetivo de carácter patrimonial, única posición

27 Corte Suprema, rol 1428-2007, sentencia del 16 de octubre de 2008.

28 Corte Suprema, rol 553-2007, sentencia del 22 de junio de 2009.

subjetiva que sirve para estar legitimado activamente en estos procesos. Esto explica que la Corte Suprema excluya como legitimados activos, a interesados morales, indirectos y futuros en la impugnación de ciertos actos administrativos -como la empresa interesada en la entrega de una licencia pública de operación aérea o el particular afectado por la autorización de enajenación de un predio vecino a su inmueble-, ya que el concepto *interés* es extremadamente estrecho, vinculado casi exclusivamente a la patrimonialidad y al efecto directo sobre su actividad empresarial o personal.

El debilitamiento del sistema de control judicial de la actividad administrativa

Lo antes relatado deja en evidencia, en mi opinión, las nuevas restricciones impuestas por la Corte Suprema a la utilización de la nulidad de derecho público como proceso administrativo de general aplicación en esta materia. Así, una legitimación activa tan restrictiva tiene un importante efecto en disminuir el ámbito de acción de este proceso de impugnación de los actos administrativos, quedando disponible en la práctica, como ya se señaló, solo para los titulares de derechos subjetivos y no para los demás interesados en el acto.

A lo anterior deben sumarse, sin duda, las otras restricciones ya impuestas por la jurisprudencia -mucho más razonables y fundadas, por cierto, aunque no muy trabajadas-, por el transcurso del tiempo y las causas legales de procedencia. En efecto, la primera de ellas la prescripción ha sido una concepción que ha costado mucho tiempo a la doctrina y jurisprudencia instalar en nuestro derecho²⁹, luego de una tendencia generalizada a declarar la imprescriptibilidad general de la nulidad de derecho público³⁰. No obstante, la solución a que ha arribado nuestra Corte, creo, resulta insatisfactoria desde el momento en que sigue sosteniendo la prescripción de las acciones patrimoniales asociadas a la nulidad y no de la nulidad de derecho público misma, anclada en una equivocada interpretación de una vieja concepción francesa de separación de ordenamientos jurídicos, pero sin base ni aplicación en nuestro medio.

29 Nuestro caso paradigmático en este sentido, que cambió la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, es "*Aedo con Fisco*", rol 852-2000, de 7 de noviembre de 2000.

30 Soto, Eduardo, "*Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*" (Editorial Jurídica de Chile) 1996, tomo II, 176.

En relación a las causas legales de procedencia, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha ido acotando el proceso de nulidad de derecho público a la concurrencia de infracciones de los *elementos constitutivos* del principio de juridicidad establecidos en el inciso 1° del artículo 7° de la Constitución. Así, la incompetencia, la falta de investidura regular y la infracción a las formas establecidas, serán causales preferentes de nulidad de derecho público, uniéndose a ellas -sin que exista claro fundamento de esta ampliación nominativa-, según la jurisprudencia, la desviación de poder y la violación de la ley³¹. Esto implica una restricción a los vicios que lleva aparejada la nulidad de derecho público del acto administrativo, ya que deja fuera otras infracciones de gran entidad y relevancia, como son la falta de motivación del acto o el contenido ilícito o imposible ordenado por el propio acto.

Estas restricciones, como se puede ver, vienen a establecer otras nuevas a la nulidad de derecho público, poniéndose en entredicho su carácter de proceso administrativo general y supletorio, tal como lo ha afirmado la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, sobre todo considerando la carencia de un proceso especial de revisión de la legalidad de los actos administrativos.

Claro está, que ello se aminora por la existencia de procesos especiales en algunas materias, muchos de los cuales contienen una amplia legitimación y una causal genérica de impugnación -la mera ilegalidad-, pero ello solo opera, como su denominación lo indica, respecto de aquellas materias en que se aplican restrictivamente esos procesos. Así, en materia de nulidad de actos municipales por infracción a las normas legales correspondientes, el ordenamiento jurídico contempla el reclamo de ilegalidad municipal, que opera como mecanismo de impugnación de estos actos cualquier sea la infracción a las normas legales establecidas, habilitando para ello, por un lado, al particular afectado, y por otro a cualquier persona en interés de la comuna.

Ahora bien, estas restricciones impuestas a la nulidad de derecho público como proceso de impugnación de los actos administrativos, sobre todo por la legitimación activa, como ya se expuso, se complementan con las restricciones que ya posee, por su propia naturaleza, el Recurso de Protección como

31 En este sentido, Corte Suprema, rol 3132-2005, sentencia de 28 de junio de 2006.

contencioso administrativo³². Este proceso constitucional, por su propia finalidad, tampoco da cobertura judicial a la amplia variedad de ilegalidad o irregularidades que pueda cometer la Administración del Estado por sus actos u omisiones, ya que requiere para ello la privación, perturbación o amenaza de alguno de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y que pueden ser objeto de este amparo (artículo 20 de la Constitución), quedando excluidas las infracciones que no impliquen tal contravención.

En este contexto, parece evidente que el control judicial de la actividad administrativa se debilita en nuestro medio, pasando a ser un mecanismo excepcional de revisión de la legalidad de ésta. Ello, que constituye por sí mismo una cierta inflexión al Estado de Derecho³³, podría no obstante superarse parcialmente a través del fortalecimiento de otros mecanismos de control político y administrativo, los que, sin embargo, se han también debilitado en el último tiempo, con el fin de promover precisamente el control jurisdiccional. Así, por un lado, se promueve por nuestra doctrina un mayor protagonismo de la jurisdicción como instancia de control de la actividad administrativa, pero, por otro, se le restringe -en su recurso más depurado y menos fundado- por medio de la interpretación estricta del *interés* exigido para los efectos de la legitimación activa.

Algo parece no está funcionando bien en esta materia.

32 Ver, Ferrada, Juan Carlos, “El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo”, en *La Justicia Administrativa* (Lexis Nexis) 2003.

33 García de Enterría, Eduardo, *Las transformaciones de la justicia administrativa* (Thomson/Civitas) 2007, 12.

CAMPICHE: ES REVISABLE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL

Matías Guiloff^{1 2}

El presente trabajo tiene por objeto analizar el que fue, sin duda, el fallo más destacado en materia ambiental del año 2009 y –por qué no decirlo– uno de los más relevantes en la historia del recurso de protección ambiental: Campiche. Los adjetivos usados se justifican ya que no solo es el primero en varios años³, sino que es de los pocos casos en que un fallo judicial ha dejado sin efecto una Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA).

La tesis que se defenderá es que Campiche es un fallo totalmente ajustado a derecho, que marca un hito en la historia del denominado recurso de protección ambiental, puesto que modifica una largamente asentada jurisprudencia de la Corte Suprema en relación a la deferencia que deben profesar las cortes al revisar una RCA

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2003), Abogado. LL.M. Columbia University (2007), Profesor de Derecho, Universidad Diego Portales.

2 Quién suscribe, firmó y redactó, junto a los alumnos de la Clínica de Justicia Ambiental de la Facultad de Derecho, de la Universidad Diego Portales, el Informe en Derecho que presentaron los recurrentes antes de la vista de la causa en la Corte Suprema. El informe está disponible en <http://derechoambiental.udp.cl/wp-content/uploads/2009/06/informe-cja-campiche-definitivo1.pdf>

3 Los otros dos son: Corte Suprema, Rol 4658-96, 19 de marzo de 1997 y Corte Suprema, Rol 89-2000, 8 de febrero del 2000. Ambos son especialísimos. El primero de ellos porque, si bien deja sin efecto una Resolución de Calificación Ambiental, ésta (por no haberse dictado hasta esa fecha el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental) había sido dictada en el marco de un procedimiento regulado en un instructivo, cuestión que fue esencial para que la Corte Suprema, revocando el fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, acogiera el recurso. En tanto, en la Resolución de Calificación Ambiental impugnada en el segundo, se había desconocido de manera ostensible el cambio de criterio del organismo sectorial competente, el cual se había manifestado de manera previa a ésta a través de un oficio del Ministerio de Vivienda y Urbanismo sobre la materia, que había sido aplicado (también previo a la RCA) por el Seremi regional de la misma repartición.

Finalmente, en las conclusiones se aludirá a las proyecciones en el tiempo de esta jurisprudencia, en vista de la comprometida entrada en vigencia del Tribunal Ambiental⁴.

I. Sobre el recurso de protección en general

No obstante el amplio alcance que le otorgó la jurisprudencia⁵ y alguna influyente doctrina en el pasado⁶, el recurso de protección es “*un mecanismo procesal que tiene por objeto la protección del libre ejercicio de determinadas garantías y derechos constitucionales*”⁷.

Sus requisitos de procedencia, que se desprenden de su regulación general en el artículo 20 de la Constitución Política (en adelante la Constitución), son: la existencia de un acto u omisión ilegal que prive, perturbe o amenace el libre ejercicio de alguno de los derechos enumerados en el artículo 20 de la Constitución⁸.

Además de estos requisitos de fondo, hay otros de forma, a saber, que el recurso lo presente justamente *el que* por actos u omisiones arbitrarios o ilegales esté siendo privado, perturbado o amenazado en el ejercicio de sus derechos fundamentales -lo que en el derecho procesal se denomina legitimación activa- y que esto se haga dentro del plazo fatal de treinta días, establecido en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de Garantías Constitucionales.

4 Ver punto 2 del acuerdo suscrito el 26 de octubre de 2009 por los Senadores de la Concertación Democrática, Coalición por el cambio, algunos Independientes y el Ejecutivo. Disponible online en http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/ministerio-medio-ambiente/protocolo-acuerdo/view. Cumpliendo con dicho acuerdo, el 28 de octubre el Gobierno presentó el proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental.

5 Por todos, Jana, Andrés y Marín, Juan Carlos, *Recurso de protección y contratos*, (Editorial Jurídica de Chile) 1996.

6 Por todos, Soto, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, (Editorial Jurídica de Chile) 1982. Para una buena explicación de los fundamentos de esta doctrina y para una crítica a la misma, ver en general Ferrada, Juan Carlos, Bordalí, Andrés y Cazor, Kamel, “El Recurso de Protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en XIV *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile.

7 Tschorne, Samuel y Correa, Rodrigo, “Derecho Administrativo”, en I *Revista de Derecho*, Universidad Adolfo Ibáñez, 644.

8 *Ibid.*

Como se podrá observar, siguiendo a Tschorne y Correa, además de la afectación del legítimo ejercicio de un derecho fundamental, se requiere que ésta sea causada por un acto arbitrario o ilegal. Esto porque –congruentemente con el carácter extremadamente sumario de su tramitación– el recurso de protección sólo procede contra actos ostensiblemente ilegales⁹. Esta limitada procedencia –como en seguida demostraremos– se acentúa aún más tratándose del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

II. Sobre el recurso de protección ambiental

El inciso segundo del artículo 20 de la Constitución se separa de la regulación general del recurso de protección para efectos de regular su procedencia en materia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Hasta antes de la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050, el recurso de protección ambiental, a diferencia de lo que se exigía para su interposición tratándose de cualquiera de los otros derechos enumerados en el artículo 20, sólo procedía: 1) ante actos (no se incluían las omisiones), 2) que fueran copulativamente arbitrarios e ilegales, y 3) imputables a personas determinadas¹⁰.

La aludida reforma constitucional, sin perjuicio de modificar esta divergente regulación, mantuvo las diferencias tratándose de la antijuricidad frente a la cual procedería este recurso. En efecto, en vez de exigir –como sucede tratándose de cualquiera de los otros derechos contemplados en el N° 20 del artículo 19– disyuntivamente la concurrencia de un acto arbitrario o ilegal, se optó por “sólo” exigir la concurrencia de un acto ilegal¹¹.

9 *Ibid.*, 647.

10 Cabe señalar adicionalmente que tratándose de la regulación de la procedencia del Recurso de Protección, la Constitución, en vez de hablar de privación, perturbación o amenaza de este derecho –como lo hace al referirse a su procedencia en relación a los otros derechos que ampara– utiliza el término afectación, lo que a dado pie a una discusión doctrinaria. Ver, Bermúdez, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso) 2007, 99-100.

11 Con todo, una cuidadosa revisión de la jurisprudencia anterior a la reforma lleva a la conclusión que, aun cuando se mantienen en materia de antijuricidad exigencias diversas a la generalidad, ésta mejora la situación del Recurso de Protección Ambiental. Lo anterior está basado en un conjunto de fallos en los que, no obstante haberse declarado la ilegalidad del acto, el recurso fue igualmente desechado por no haberse acreditado su arbitrariedad. Para una buena compilación, Ver Galindo, Mario, *El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ante la jurisprudencia*, (CONAMA) 2001, 89.

De esta manera y no obstante haber sido objeto preciso de modificaciones, la procedencia del recurso de protección en materia ambiental continúa siendo bastante limitada. Ya vimos que la exigencia copulativa de un acto antijurídico (arbitrario o ilegal) con la de afectación en el ejercicio de un derecho fundamental, determina que este sólo proceda ante situaciones ostensiblemente antijurídicas. La calificación de la antijuricidad se refuerza –no aminorar– cuando, en vez de exigirse disyuntivamente arbitrariedad o ilegalidad, se exige “sólo” ilegalidad.

Como ha señalado Galindo¹², la ilegalidad se refiere a la infracción en el ejercicio de los elementos reglados de la potestad jurídica que a la administración le ha sido conferida por el legislador¹³. La arbitrariedad, en cambio, dice relación con la ausencia de razonabilidad en la actuación u omisión, la falta de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se desea obtener o la carencia de fundamentación en la actuación¹⁴; ¹⁵.

Así pues, en la medida que actos carentes de razonabilidad o en los que no existe proporcionalidad entre los fines y los medios (que se emplean para satisfacerlos) no pueden ser impugnados mediante el recurso de protección ambiental, se entiende por qué la sola exigencia específica de ilegalidad refuerza el requisito de la antijuricidad del acto, haciendo, de esta manera, más difícil que en la generalidad de los casos la procedencia del recurso de protección tratándose de este derecho.

Esta calificada antijuricidad se agrega al (siempre difícil de acreditar) elemento causal, esto es, que la afectación al legítimo ejercicio del derecho alegado como vulnerado sea precisamente ocasionada por el acto ilegal contra el que

¹² Galindo, op. cit., 88 (citando Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol 46-98, sentencia de 1 de agosto de 1998. Confirmada por la Corte Suprema)

¹³ En el mismo sentido Tschorne y Correa, op. cit., 648 (señalando que un acto es ilegal cuando carece de cobertura legal) y Bermúdez, op. cit., 103 (citando Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1294/1994, sentencia de 25 de agosto de 1994)

¹⁴ En el mismo sentido Tschorne y Correa (señalando que la arbitrariedad dice relación con la carencia de base fáctica suficiente de la actuación), op. cit., 649.

¹⁵ Con todo, hay que tener cuidado aquí. Buena parte del acto administrativo terminal del procedimiento de calificación ambiental, denominado Resolución de Calificación Ambiental, es discrecional. Justamente, para efectos de controlar la legalidad de actuaciones de carácter discrecional, se han empleado técnicas como la existencia de fundamentación adecuada, base fáctica suficiente o control de los hechos determinantes. Ver Tschorne y Correa, op. cit., 648. En el mismo sentido, Bermúdez, op. cit., 103 (utilizando el ejemplo de un acto inmotivado como uno que, por arbitrario, es ilegal)

se interpone el recurso. Este elemento también es objeto de una especial calificación tratándose del recurso de protección ambiental, en cuanto el acto ilegal frente al cual se interpone el recurso –nuevamente a diferencia de lo que sucede con la regulación de su interposición en cualquiera de sus otras hipótesis de procedencia– debe poder ser imputable a una persona o autoridad determinada¹⁶.

Son estos los “*condimentos adicionales*” que la Constitución establece para que proceda el recurso de protección en materia ambiental. En primer lugar, una antijuricidad calificada, distinta y más exigente que la establecida en las demás hipótesis de procedencia. En segundo lugar, un elemento causal también calificado, en el sentido que exige al Recurso determinar a qué persona o autoridad es imputable el acto u omisión recurrido. Teniendo en consideración estas peculiaridades de su regulación general y especialmente las dificultades que para su exitosa interposición acarrearán, adentrémonos entonces en el análisis del caso Campiche, el cual –es bueno señalarlo– fue conocido en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la cual lo acogió por dos votos contra uno¹⁷, y apelado ante la Corte Suprema, la cual confirmó la sentencia por unanimidad.

III. El caso Campiche

1. *Los hechos*

Recorre Ricardo Correa Drubi, por sí y en representación de la ONG Chinchimén, en contra de la RCA N° 499 de la Comisión Regional del Medio Ambiente (en adelante COREMA) de Valparaíso, por la cual se calificó favorablemente el Estudio de impacto Ambiental de la Central Termoeléctrica Campiche de la empresa AES Gener. Dicho acto administrativo –señala el recurrente– vulnera su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación¹⁸.

¹⁶ La aludida Ley N° 20.050 hizo procedente la interposición del Recurso de Protección Ambiental frente a omisiones, aunque –a pesar de esto– mantuvo la divergente exigencia de determinación de la persona u autoridad causante del acto y (ahora de) la omisión recurrida. Ver Bermúdez, op.cit., 105.

¹⁷ El voto de minoría se basó en dos argumentos, a saber: 1) que no se ha acreditado en los autos que se haya conculcado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y 2) que, tratándose de la Resolución N°112 de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puchuncaví, el recurso presentado no es la vía idónea ni oportuna para impugnarlo.

¹⁸ En el recurso también se esgrimieron como vulnerados el derecho a la vida, a la salud y a desarrollar actividades económicas.

2. Aspectos formales¹⁹

2.1. Legitimación activa

Sin perjuicio de recurrir igualmente a nombre propio, el recurrente lo hace también en representación de la ONG Chinchimén. Este último aspecto resulta interesante de analizar, en cuanto no ha sido pacífico en la jurisprudencia si, tratándose del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, procede la interposición de un recurso de protección por parte de personas jurídicas.

Esta cuestión es respondida afirmativamente en el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en un considerando que, al no ser eliminado por la Corte Suprema, se entiende que ésta última hace suyo. En particular, el fallo –realizando una interpretación progresiva de los artículos 50 y 64 de la Ley sobre Bases Generales de Medio Ambiente, que establecen los legitimados para reclamar en contra de diversos instrumentos de gestión ambiental y de daño ambiental respectivamente– señala:

En definitiva, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación es un derecho inherente al ser humano consagrado por nuestra Carta Fundamental y Tratados Internacionales, de preocupación mundial que interesa a todos pues afecta a una pluralidad de individuos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión no solo es perceptible en la esfera individual, de manera que son titulares todos las personas naturales o jurídicas que habitan el territorio de Chile y que sufran una vulneración del derecho al medio ambiente libre de contaminación que asegura el artículo 8 de la Constitución Política de la República²⁰.

19 A diferencia de otros varios fallos en la materia, el plazo no fue un aspecto de relevancia. Es este un buen síntoma, especialmente si se considera la doctrina sentada por el fallo Metrogas en el año 2008, en donde la Corte Suprema desestimó por extemporaneidad un Recurso de Protección en contra de la respectiva Resolución de Calificación Ambiental, no obstante haberse interpuesto dentro de los 30 días posteriores a la notificación de dicha resolución, en razón de que el recurrente debió haberse entendido notificado en la fecha misma en que se efectuó la sesión de la Corema en donde se votó la definitiva aprobación del estudio de impacto ambiental. Resulta difícil comprender la lógica de tal postura –salvo que esta sea restringir lo máximo (y de cualquier manera) posible la procedencia del Recurso de protección en esta materia– en cuanto mal se puede recurrir fundadamente en contra de una resolución de calificación ambiental si a la fecha de inicio del cómputo del plazo ésta aun no se ha formalizado por escrito.

20 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 317- 2008, Sentencia de 8 de enero de 2009, Considerando 17.

2.2. El acto ilegal

La principal ilegalidad alegada –sin perjuicio que en el escrito hagan presentes otras adicionales– es que la RCA hace vista ciega al hecho que la central termoeléctrica Campiche pretende emplazarse en un área que, desde la perspectiva de la planificación territorial, se encuentra calificada como zona de restricción primaria de riesgo para el asentamiento humano. La consecuencia directa de esta zonificación en el respectivo instrumento de planificación territorial es que, como uso de suelo –algo que, como se verá, resulta decisivo para el establecimiento del nexo causal en el fallo–, solo admite el desarrollo de áreas verdes y áreas recreacionales vinculadas a las actividades propias del uso de las playas con sus instalaciones mínimas complementarias –calificadas como tales por la Secretaría Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la V Región–, como sombreadores, camarines de carácter transitorio, etc.

Esta restricción de uso fue levantada previamente a la dictación de la RCA N° 499 mediante la Resolución N° 112 de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puchuncaví. Lo anterior, basado en el artículo 2.1.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (en adelante OGUC), que, en aquellos supuestos en que la restricción de uso se deba a riesgos por desastres naturales u otros motivos subsanables mediante la incorporación de obras de ingeniería, permite, previa presentación de estudios técnicos fundados, que pueda autorizarse un proyecto en el área afecta a restricción²¹. Cabe destacar que esa interpretación de la normativa urbanística fue respaldada por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo. Probablemente fue debido a esto que la COREMA no formuló reparo alguno al emplazamiento de la termoeléctrica.

La legalidad de la Resolución N° 112 de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puchuncaví no sólo fue revisada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y posteriormente –en apelación– por la Corte Suprema, sino que además fue objeto de un Dictamen por parte de la Contraloría General de la República. Dado que constituye una cuestión central del caso y frente a la cual los pronunciamientos de estos organismos no fueron similares, parece oportuno detenerse en cómo cada uno de éstos fundó su pronunciamiento acerca de esta resolución.

21 Esta –quizás por Campiche– ya no es la redacción de la citada disposición en la OGUC.

Al respecto, Contraloría General de la República señaló:

Si bien se advierte que la empresa AES Gener S.A. presentó a la Municipalidad de Puchuncaví el Estudio Hidráulico y Diseño de Protecciones Fluviales Estero Campiche, emitido por IHS Ingenieros Civiles Limitada, el cual fue considerado para los efectos de otorgarse la autorización municipal que se cuestiona, no ha sido posible determinar los fundamentos técnicos del establecimiento de la zona de riesgo de que se trata y, por ende, la suficiencia del antedicho estudio para los efectos previstos en el último artículo aludido, toda vez que requerida a la indicada Secretaría Regional Ministerial una copia de la memoria del Plan Regulador Intercomunal de Valparaíso, ésta aún no ha remitido tal documento, señalando, por su oficio N° 786, de 2008, que no ha sido posible encontrarlo²².

El argumento de la Contraloría es el siguiente: si bien el artículo 2.1.17 faculta la autorización de proyectos en áreas de riesgo, esto lo hace siempre y cuando, frente al riesgo que motivó esa zonificación, se presenten estudios técnicos que permitan fundadamente concluir que la realización del proyecto no provocará esos riesgos. En el caso en cuestión, aun cuando se presentó un estudio firmado por un especialista, no ha sido posible verificar su carácter fundado, ya que, requerida la respectiva memoria de la modificación que incorporó al Plan Regulador Intercomunal de Valparaíso esa restricción, esta no pudo ser habida.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valparaíso –habiendo previamente hecho suyo el razonamiento de Contraloría antes aludido– señaló que: “...la Ley General de Urbanismo y Construcciones dispone –artículos 43 y 45- que cualquier cambio del uso del suelo se tramitará como modificación del Plan Regulador, lo que en este caso no se tuvo a la vista por la Comisión del Medio Ambiente de esta Región”²³.

Como se puede observar –aunque es de pensar que fue debido a haber hecho suyo previamente el precedente razonamiento de contraloría– la Corte de

22 Contraloría General de la República, Dictamen 59.8222, de 17 de diciembre de 2008.

23 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 317- 2008, Sentencia de 8 de enero de 2009, Considerando 21.

Apelaciones de Valparaíso se limitó a hacer un análisis bastante abstracto de la ilegalidad, pasando por alto la excepción establecida en el artículo 2.1.17.

Por último, la Corte Suprema señaló al respecto:

(...) la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puchuncaví, a través de la Resolución N°112 de 29 de diciembre de 2006, conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 2.1.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones –que permite edificar proyectos en esas zonas si se mejoran las condiciones de riesgo mediante la incorporación de obras de ingeniería u otras suficientes para tales efectos- autorizó a la empresa titular del proyecto en cuestión “la ubicación de instalaciones para la construcción de infraestructura eléctrica en el área...”, bajo la condición de ejecutar determinadas defensas fluviales en la ribera del estero Campiche. Es decir, la autoridad local sólo atendió a que hubieren sido subsanados los motivos de seguridad que determinaron que la zona fuera definida como área de riesgo, pero omitió comprobar si el proyecto que autorizaba cumplía los requisitos y condiciones para ser emplazado en ese lugar²⁴.

Puede apreciarse que la Corte Suprema fundó la ilegalidad de manera distinta a como lo habían hecho la Contraloría General de la República y la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Para ella, a diferencia de las dos anteriores, no fue decisivo que no se hubiese podido verificar el carácter fundado del estudio presentado para subsanar el riesgo originalmente establecido. Lo relevante, más bien, fue que la autoridad local no reparara en si un proyecto de la envergadura de una central termoeléctrica cumplía con todos los requisitos y condiciones para emplazarse en un área de riesgo.

Con todo, no está de más señalar que la ilegalidad bien pudo haber sido fundada de un modo distinto. La Resolución N° 112 de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puchuncaví, en tanto acto administrativo, manifiestamente adolecía de otros vicios, en particular de publicidad y de fundamentación. Respecto al primero, cabe señalar que la aludida resolución municipal no fue publicada dentro de los plazos legales. Prueba de ello es que la Corte de Apela-

24 Corte Suprema, Rol 1219- 2009, Sentencia de 22 de junio de 2009, Considerando 8.

ciones de Valparaíso, en primera instancia, y la Corte Suprema, en Apelación, determinaron que se oficiara a la Municipalidad de Puchuncaví para que ésta comunicara de qué manera se había notificado esa resolución, sin que se pudiera establecer la regularidad de ésta.

El segundo vicio aparece de manifiesto en un considerando del fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso –que la Corte Suprema no elimina– en donde se establece que, en el vistos de esta Resolución, se señala “*la aprobación ambiental para la instalación de una planta de generación de energía eléctrica en la zona actualmente restringida por el Plan Intercomunal Valparaíso*”²⁵. Ambos aspectos, notificación²⁶ y fundamentación²⁷, se encuentran dentro de las exigencias que la ley formula a todo procedimiento administrativo, por lo que la ilegalidad también pudo haber sido fundamentada sobre esta base.

Más allá de la caracterización del acto ilegal, lo relevante del fallo, desde la óptica de la jurisprudencia del recurso de protección ambiental, es que termina con una bien asentada línea jurisprudencial en relación a la revisión judicial de la RCA. Esta dice relación con los efectos de una RCA favorable en relación a los demás organismos del Estado con competencia en materia ambiental.

Al respecto, el inciso segundo del artículo 24 dispone: “[s]i la resolución es favorable, certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación y restauración, no pudiendo ningún organismo del Estado negar las autorizaciones ambientales pertinentes”²⁸.

Como se ve, congruentemente con la naturaleza de autorización integrada de la RCA, la citada disposición establece que de calificarse favorablemente un proyecto, los organismos del Estado a los que corresponda otorgar permisos de carácter ambiental no podrán negarlos. Puesto en términos más simples, la calificación favorable de un proyecto por parte de la autoridad ambiental es vinculante e irresistible para los demás organismos del Estado con competencia en materia ambiental.

25 Ver, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 317- 2008, Sentencia de 8 de enero de 2009, Considerando 18.

26 Véase artículos 16 y 48 letra a de la Ley 19.880.

27 Véase artículos 11 inciso segundo y 41 inciso 4 de la Ley 19.880.

28 Ver artículo 24 inciso 2, Ley N° 19.300 sobre Bases generales de Medio Ambiente.

Siendo esto así –quizás porque buena parte de la RCA queda entregada a la discrecionalidad del organismo calificador, específicamente lo que dice relación con la idoneidad de las medidas de mitigación, reparación o compensación (en el evento que el proyecto presente efectos adversos sobre el medio ambiente)²⁹, existiendo por tanto una buena razón para ser deferente con la autoridad que la emitió–, durante varios años la jurisprudencia vio a la RCA como sólo un paso más dentro de una cadena de actos, al cual sucederían otros en el contexto de un procedimiento integrado, de manera tal que sólo a su término total se podía entender aprobado un proyecto.

Así lo sostuvo la Corte Suprema en el paradigmático *fallo Itata*³⁰, señalando que la RCA es una “*autorización o informe que constituye tan sólo uno de los numerosos eslabones que deben preceder a un proyecto [de la envergadura del impugnado]*”³¹ y, algunas líneas después –reiterando la misma idea– que la resolución “*constituye solamente uno de los requisitos para que [el complejo industrial en cuestión] pueda instalarse*”³², atribuyéndole consecuentemente el carácter de un acto administrativo de opinión y no de resultado material, y por ende no apto para vulnerar algunos de los derechos fundamentales indicados por el respectivo recurso³³.

Casi exactamente siete años más tarde, la Corte Suprema varía su jurisprudencia sobre este punto y lo hace de manera contundente, señalando:

(...) conviene dejar asentado que la Resolución en que culmina el proceso de evaluación de impacto ambiental de un proyecto (...) que lo califica favorablemente, resulta ser vinculante para todos los organismos del Estado, los que no podrán denegar las autorizaciones ambientales pertinentes, según expresamente lo dispone el artículo 24 de la citada ley. En atención entonces a la trascendencia de sus decisiones en el ám-

29 Ver artículo 16 inciso 4, Ley N° 19.300 sobre Bases Generales de Medio Ambiente.

30 Para un comentario específico del mismo, así como de los estándares de revisión de la Resolución de Calificación ambiental, Ver Galindo, Mario, “El Caso Itata: Sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección”, en 1 *Revista de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

31 Corte Suprema, Rol 764- 2002, Sentencia de 19 de junio de 2002, Considerando 4.

32 Corte Suprema, Rol 764- 2002, Sentencia de 19 de junio de 2002, Considerando 4.

33 Ver Corte Suprema, Rol 764- 2002, Sentencia de 19 de junio de 2002, Considerando 4.

bito administrativo, la recurrida queda sujeta al control jurisdiccional por la vía de la presente acción cautelar si en ellas se incurriera en ilegalidad al pronunciarse sobre un determinado proyecto de impacto ambiental, como sucede si sus resoluciones no se ajustan a la ley o a la normativa reglamentaria que está obligada a respetar conforme lo dispone el artículo 13 de la ley, o se resuelve en forma arbitraria, esto es, al margen de lo razonable³⁴.

Como se puede apreciar, la Corte Suprema da un giro significativo en este punto. Con anterioridad, del hecho que a la RCA la siguieran necesaria y obligatoriamente una serie de permisos por parte de los organismos sectoriales competentes, la Corte concluía su incidencia relativa –no decisiva– sobre la autorización final del proyecto. Ahora, en cambio, la Corte ve a la Resolución como de gran relevancia en el ámbito administrativo –“trascendencia“ es la palabra precisa que utiliza–, por lo que ha de quedar sujeta al control jurisdiccional por la vía del recurso de protección. Dicho en otras palabras, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, la naturaleza compleja o integrada del procedimiento administrativo en el que se dicta la RCA es una razón que refuerza –y no una que aminora– la revisión judicial de la misma.

Otra de las innovaciones en materia jurisprudencial del fallo se refiere a si acaso existe comunicabilidad entre un vicio que, si bien ocurre fuera del procedimiento de calificación ambiental, sirve de sustento a la RCA que finalmente se dicte. Recordemos algo que se dijo al exponer los hechos del caso: con anterioridad a la RCA y en un procedimiento distinto al de la dictación de la misma –seguido ante la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puchuncaví–, se levantó la restricción de uso establecida en el respectivo Instrumento de Planificación Territorial. Dicho pronunciamiento fue tenido en cuenta explícitamente por la Resolución de Calificación Ambiental N° 499³⁵.

Pues bien, habiendo sido planteado por los recurrentes el punto relativo a la ilegalidad de la Resolución N° 112 de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puchuncaví, como uno que viciaba el procedimiento que culminó con la dictación de la RCA N° 499, la Corte Suprema tuvo que pronunciarse sobre

34 Corte Suprema, Rol 1219- 2009, sentencia de 22 de junio de 2009, Considerando 3.

35 Específicamente en lo referido a emplazamiento del proyecto y a los efectos adversos sobre el recurso renovable suelo.

el asunto. Al respecto señaló:

(...) la calificación favorable del proyecto de una nueva central termoeléctrica se sustentó en la actuación de un órgano incompetente en la modificación de los usos del suelo. Así, ha existido un vicio que impide que el acto de la recurrida se genere legítimamente pues hay un defecto originario que le resta validez³⁶.

El criterio de la Corte Suprema parece acertado pues –como se señaló– en el propio vistos de la Resolución N° 112 se establece como fundamento para su dictación “*la aprobación ambiental para la instalación de una planta de generación de energía eléctrica en la zona actualmente restringida por el Plan Intercomunal Valparaíso*”. En otras palabras, se reconoce ahí que el objeto de ese acto administrativo es servir de base –es funcional– para la aprobación ambiental de una planta de generación de energía eléctrica. Siendo esto así, no cabe duda que se trata de un acto trámite del procedimiento en donde, en definitiva, se aprobará desde el punto de vista ambiental ese proyecto de generación energética.

Si esta es su naturaleza, no puede afirmarse que no sea impugnabile. Por el contrario, lo es, y con muy buenas razones, cuando la impugnación –como en este caso– se hace respecto del acto terminal del procedimiento en que se dictó ese acto trámite. Como sostiene la doctrina, y sólo en principio, la regla es que los actos trámites no sean impugnables separadamente. Por lo que, habiéndose esperado la dictación del acto terminal, nada obsta que se pueda impugnar en esa ocasión un acto trámite del procedimiento y que, de verificarse la existencia de un vicio de nulidad esencial³⁷ en este último –recordemos que se acreditó plenamente en el proceso judicial que la Resolución N° 112 no fue publicada y que tenía un severo déficit de fundamentación–, éste sea comunicable a la resolución de término del procedimiento, en este caso la RCA N° 499.

Hasta aquí, la Corte ha establecido la existencia de una ilegalidad, pero –como sabemos– eso no es suficiente para acoger un recurso de protección. Resulta necesario, adicionalmente, demostrar que *esa* ilegalidad afecta el derecho

³⁶ Corte Suprema, Rol 1219- 2009, sentencia del 22 de junio de 2009, considerando 9.

³⁷ Recordemos que el artículo 13 de la Ley N° 19.880 sobre Bases Generales de los Procedimientos Administrativos dispone que no cualquier vicio de forma acarrea la nulidad del procedimiento administrativo.

fundamental alegado como vulnerado. Puesto de otro modo, resta establecer el nexo causal entre la ilegalidad y la vulneración al legítimo ejercicio de un derecho fundamental, que en este caso es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Con ese objetivo, la Corte señala: “[q]ue (...) la eliminación ilegal de un uso de suelo para áreas verdes en una localidad afectada por la alta emisión de contaminantes provoca un menoscabo evidente al entorno en que viven los recurrentes, vulnerando su derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación³⁸”.

Un análisis de esta formulación lleva a concluir que, para la Corte, parece ser muy relevante el hecho que esta ilegalidad ocurra en el contexto de una zona tan golpeada por emisiones contaminantes como lo es Ventanas. Esa formulación podría ser criticada en razón de su amplitud, en cuanto no prueba de manera concreta cómo se está afectando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de los recurrentes, aunque, en definitiva, la procedencia de esa crítica dependerá de qué es lo que se entienda por afectación, materia sobre la cual existe doctrina que apoya la amplitud que se le da al concepto de afectación en este fallo³⁹.

A mayor abundamiento, dada la propia naturaleza sumaria del recurso de protección, parece exagerado fetichizar el requisito del nexo causal. Una cosa es la necesidad de probar la presencia de un electo subjetivo –dolo– o la vulneración de un estándar idealmente objetivo –culpa– tratándose del establecimiento de la responsabilidad extracontractual por daño ambiental, pero otra bien distinta es hacerlo en el contexto de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales⁴⁰, en el cual –como se ha visto– la sola afectación de un derecho fundamental no basta para el acogimiento de la pretensión del recurrente. Es, por tanto, razonable que el estándar bajo el cual se debe medir la causalidad sea más exigente en el primer supuesto que en el segundo.

Así pues, habiéndose cumplido los requisitos formales (legitimación activa e interposición dentro de plazo) y acreditado los de fondo –la existencia de un acto ilegal y la vulneración por parte del mismo del legítimo ejercicio del

38 Corte Suprema, Rol 1219- 2009, sentencia del 22 de junio de 2009, considerando 11.

39 Ver Bermúdez, op. cit., 99-100 (arguyendo que la voz afectación es amplia y cubre no solo la privación, sino que también la perturbación y amenaza).

40 En similar sentido, señala Bermúdez que en sede constitucional no se requiere probar elemento subjetivo alguno en la conducta del recurrido. Ver Bermúdez, op. cit., 104.

derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación– la Corte Suprema confirma el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y acoge el recurso de protección. De paso, a través de su fundamentación, modifica una jurisprudencia largamente asentada en torno al estándar de revisión judicial de la RCA.

IV. Conclusión

¿Perdurará la jurisprudencia de Campiche? A diferencia de lo que en abstracto se pudiera pensar, la respuesta va a venir dada en gran parte por la pronta entrada en acción del Tribunal Ambiental. Considerando que se faculta al Tribunal Ambiental, en el respectivo proyecto de ley, para pronunciarse de la legalidad de los actos del Servicio de Evaluación Ambiental⁴¹ –el principal de los cuales es la RCA–, dicho procedimiento será, desde luego, una alternativa al recurso de protección ambiental. Más aun, existen razones que llevan a pensar que será más que eso.

Una de ellas es que la legitimación activa se regirá por el artículo 21 de la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos⁴², que abarca no sólo derechos sino que también intereses, incluso de carácter colectivo, que pudieran llegar a ser afectados por la resolución del respectivo procedimiento administrativo, siempre y cuando se hayan apersonado en el procedimiento. La otra es que el estándar de revisión, a diferencia de lo que sucede en el recurso de protección, no queda a la discrecionalidad del Tribunal y es también más amplio que el tradicionalmente utilizado en sede de protección⁴³. Así, todo hace pensar que quienes deseen impugnar una RCA, antes que mediante el recurso de protección, preferirán hacerlo ante el tribunal Ambiental.

Por el contrario, si el recurso de protección sigue siendo utilizado para impugnar la RCA, no resulta posible advertir razones por las que la jurisprudencia de Campiche no habría de mantenerse. Al fin y al cabo, esta sólo establece que la RCA queda sujeta a la revisión judicial de las

41 Ver artículo 17 N° 3 del Proyecto de Ley del Tribunal Ambiental, Boletín N° 6747-12.

42 Ver artículo 18 del Proyecto de Ley del Tribunal Ambiental, Boletín N° 6747-12.

43 Ver artículo 27 del Proyecto de Ley del Tribunal Ambiental, Boletín N° 6747-12.

Cortes y que, en el evento que se constate una ilegalidad, siempre y cuando –como en este caso– esta traiga consigo la afectación del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el recurso de protección debe ser acogido. No parece mucho para un Estado de Derecho.

EL TRAJE NUEVO DEL EMPERADOR: UNA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA RESPECTO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Diego Pardow y Rodrigo Vallejo ¹

*“El niño es inocencia y olvido, la primavera de un nuevo comienzo, un juego, un aro que rueda fuera de sí mismo, un primer movimiento, una santa afirmación” (FRIEDRICH NIETZSCHE)*²

I. Introducción

En su célebre cuento infantil, Hans Christian Andersen relata la historia de un grupo de supuestos sastres que recurriendo a un ingenioso engaño convencieron al emperador de vestirse con un traje invisible. El engaño consistía en hacer creer al emperador y sus funcionarios subalternos que la tela invisible con que estaba urdido el traje tenía ciertas propiedades mágicas, las cuales únicamente permitían apreciar la belleza de la tela a quienes tuvieran un mínimo de inteligencia. De este modo, persuadidos por la congoja de ser considerados mentalmente ineptos, el emperador y sus funcionarios subalternos decidieron abandonar el sentido común y sucumbieron al engaño, provocando que éste desfilara desnudo frente a todo el pueblo. Como lo demuestra el personaje del niño que, imbuido en su inocencia, revela el engaño de la tela invisible, la moraleja de la historia es simple: abandonar el sentido común a pretexto de aparentar inteligencia, puede llevarnos a cometer el más absurdo de los ridículos.

El cuento viene a colación, por las similitudes existentes entre el referido relato infantil y la dogmática puritana que parece haber secuestrado el debate público sobre la transparencia en las empresas públicas³. Recurriendo al

¹ Diego Pardow Lorenzo es Abogado de la Universidad de Chile y Profesor Invitado del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. Rodrigo Vallejo Garretón es Abogado de la Universidad de Chile y Ayudante del Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile. Los autores agradecen al profesor Carlos Carmona Santander por sus valiosos comentarios y consejo especializado. Las opiniones aquí expresadas son de exclusiva responsabilidad de los autores.

² Nietzsche, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, (Alianza Editorial), 1993, 27.

³ Ver por ejemplo, “Empresas Públicas y Transparencia”, en *El Mercurio* de 25 de junio de 2009; “Fallo

ejercicio retórico de contraponer transparencia y opacidad en una dicotomía moral, un influyente sector de la opinión pública intenta persuadirnos de que cualquiera que no aprecie las bondades de vestir a las empresas públicas con un traje completamente invisible estaría tomando partido por el oscurantismo y la corrupción⁴. La moraleja nuevamente es simple: abandonar el sentido común a pretexto de ser calificado como políticamente incorrecto puede conducirnos hacia una regulación extremista y desequilibrada. Desde esta perspectiva, nuestro comentario busca superar la innecesaria dicotomía moral entre transparencia y opacidad, para evaluar la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia (en adelante el CPLT) sobre las empresas públicas en atención a los objetivos de política pública perseguidos por la Ley sobre Acceso a la Información Pública.

Como toda regulación, la Ley sobre Acceso a la Información Pública buscaba aumentar de alguna forma el bienestar de la sociedad. En términos generales, los deberes de publicidad y transparencia pueden perseguir beneficios externos a la empresa, como sucede con la normativa sobre hechos esenciales de la Ley N°18.045 y sus efectos en el funcionamiento general del mercado de valores; o bien beneficios internos, como sucede con los deberes de información hacia los accionistas de la Ley N°18.046 y sus efectos en el gobierno corporativo de la compañía. Por un lado, mayores niveles de transparencia permiten corregir las asimetrías de información en el mercado de valores y disminuir el costo asociado al financiamiento de proyectos empresariales⁵. Por otro, mayores niveles de transparencia también contribuyen a mejorar la fiscalización sobre los administradores de la compañía y evitar que puedan desviar los recursos de la empresa para satisfacer sus intereses personales⁶. Atendido que las empresas públicas generalmente no recurren al mercado de valores en busca de financiamiento, los deberes de publicidad o transparencia que se les imponen mediante la Ley sobre Ac-

del Consejo de Transparencia Sobre Empresas Públicas”, en *La Tercera* de 29 de junio de 2009; “Publicidad de los actos estatales: venciendo la cultura de la opacidad”, en *Revista Ideas & Propuestas* de 31 de marzo de 2009; y, “Consejo de la Transparencia: Cinco Desafíos”, en *Revista Temas Públicos* de 3 de octubre de 2008.

- 4 Pardow, Diego y Vallejo, Rodrigo, “Fiscalización y transparencia en las empresas del Estado: ¿Es más sinónimo de mejor?”, en 71 *Revista de Derecho Público*, 220-240.
- 5 Bushman, Robert y Smith, Abbie, “Transparency, Financial Accounting Information, and Corporate Governance”, en *FRBNY Economic Policy Review*, 65-87.
- 6 Hermalin, Benjamin y Weinsbach, Michael, *Transparency and Corporate Governance*, National Bureau of Economic Research Working Papers, N°12875, 2007.

ceso a la Información Pública deben entenderse principalmente como un mecanismo para mejorar sus estándares de gobierno corporativo⁷.

También, como toda regulación, la Ley sobre Acceso a la Información Pública produce necesariamente daños colaterales. En particular, aumentar los niveles de transparencia en una empresa típicamente genera dos tipos costos: en primer lugar, los costos directos asociados a los recursos humanos y materiales destinados a producir la información que debe divulgarse; y, en segundo lugar, los costos indirectos derivados de poner información estratégica al alcance de potenciales competidores y futuras contrapartes⁸. A diferencia de lo que sucede con otros órganos del Estado, la Constitución Política exige que las empresas públicas tengan un régimen jurídico análogo al que rige a las empresas privadas con las que compiten⁹. Por esta razón, una revisión de su historia fidedigna revela que la finalidad de extender la Ley sobre Acceso a la Información Pública a las empresas públicas consistió en homologar los estándares de transparencia a que están sujetas las empresas públicas con los deberes de información de las sociedades anónimas que se transan en bolsa¹⁰. En otros términos, el objetivo de política pública perseguido por el legislador

7 El proceso de admisión de Chile a la OCDE gatilló un conjunto de reformas al gobierno corporativo de las empresas públicas en dos ámbitos diferentes. Por un lado, existen reformas orgánicas que establecen un nuevo diseño institucional para el Sistema de Empresas Públicas de CORFO, así como nuevos mecanismos de selección para sus directores y gerentes. Por otro lado, se incluyen reformas funcionales que buscan adaptar al contexto de las empresas públicas los procedimientos con que las sociedades anónimas abiertas controlan la gestión de la empresa, auditan los registros contables por terceros independientes y enfrentan los conflictos de intereses de directores o gerentes. Según se verá, la historia de la Ley sobre Acceso a la Información Pública fue concebida como una reforma del segundo tipo.

8 Aunque no se refiere directamente a la situación de las empresas públicas, los cambios en la regulación norteamericana sobre mercado de valores después del denominado *Caso Enron* han generado abundante literatura especializada acerca de los costos directos de la transparencia. Un estudio actualizado en Leuz, Christian y Wisoki, Peter, "Economic Consequences of Financial Reporting and Disclosure Regulation: What we have learned?" (2007) Disponible en: www.intacct-research.org/files/intacct/10576.pdf. Para una introducción a los costos indirectos que genera la transparencia, Hayes, Rachel y Lundholm, Russel, "Segment Reporting to the Capital Market in the Presence of a Competitor", en 34 *Journal of Accounting Research*, 261-279; y, Wagenhofer, Alfred, "Voluntary Disclosure with a Strategic Opponent", en 12 *Journal of Accounting and Economics*, 341-364.

9 Vallejo, Rodrigo y Pardow, Diego, "Derribando Mitos Sobre El Estado Empresario", en 1 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, 135-156.

10 En este sentido, el entonces Ministro Viera-Gallo señalaba durante la tramitación del proyecto que "en cuanto a las empresas públicas, es muy importante lo dispuesto en el artículo décimo transitorio, respecto al cual, después de una larga discusión, hubo coincidencia en que las disposiciones consagradas en el proyecto son similares a las que hoy rigen en las empresas privadas respecto a la información que deben proporcionar a las Superintendencias respectivas. Es decir, en materia de transparencia, Televisión Nacional de Chile no tendrá ninguna obligación adicional a las que imperan en Chilevisión o Megavisión, con las cuales compete, pero tampoco ninguna menos", en Sesión N°84 del Senado, 16 de enero de 2008.

consistió en obtener los beneficios de mejorar el gobierno corporativo de las empresas públicas, imponiéndoles costos similares a los que soportan sus competidores privados.

Sin embargo, una revisión de la jurisprudencia del CPLT durante su primer año de funcionamiento revela una preocupante intención de soslayar el objetivo de política pública perseguido por el legislador y reemplazarlo por ciertas convicciones personales acerca de las virtudes invisibles de la transparencia. Para efectos de este análisis, la jurisprudencia del CPLT sobre empresas públicas puede agruparse siguiendo la división temática de la Ley sobre Acceso a la Información Pública entre deberes de transparencia pasiva y activa. Mientras, en el primer grupo, las controversias se han centrado en el ámbito de competencia que tendría el CPLT para conocer de la negativa de las empresas públicas a entregar información requerida por particulares, el segundo grupo se refiere a las controversias respecto del nivel de publicidad exigible a las empresas públicas respecto de la remuneración de sus directores y gerentes. El objetivo de nuestro comentario es utilizar ambos grupos de controversias para evaluar críticamente el desempeño del CPLT como órgano encargado de ponderar la necesidad de transparencia con el referido principio de igualdad de régimen jurídico entre las empresas públicas y privadas. Para ello, primero se revisarán los principales hitos de la decisión de someter a las empresas públicas al régimen de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, para posteriormente abordar en capítulos separados cada uno de los mencionados grupos de controversias.

II. El estatuto de acceso a la información para las empresas públicas

Como es sabido, la Ley sobre Acceso a la Información Pública no es la primera regulación sobre la materia en nuestro ordenamiento y su objetivo principal era simplemente establecer procedimientos adecuados para desarrollar el principio de publicidad de la función pública, incorporado en el artículo 8 de nuestra Constitución Política durante la reforma del año 2005¹¹. De este

¹¹ Para un análisis del proceso de reforma constitucional, Fernández, Miguel Ángel, “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8 inciso segundo de la Constitución Política”, en *Reforma Constitucional*. (LexisNexis) 2005, 191-205. Con todo, esperamos demostrar a lo largo de este trabajo que los efectos normativos atribuidos por el autor a la disposición constitucional en comento, resultan francamente insólitos teniendo en cuenta el espíritu y tenor literal de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.

modo, con la Ley sobre Acceso a la Información Pública se daba por terminado un largo proceso de reformas destinado a corregir las malas prácticas administrativas que hacían ilusorias las reglas de transparencia establecidas originalmente en los artículos 13 y 14 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado¹². Cabe destacar que estas malas prácticas no solamente habían sido sancionadas en instancias judiciales y administrativas, sino que también fueron la causa de emblemáticas condenas por tribunales internacionales en contra del Estado de Chile¹³.

Antes de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, no existía certeza acerca de si las empresas públicas se encontraban efectivamente sometidas a las reglas de transparencia establecidas en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁴. De hecho, la primera vez que el Congreso Nacional discutió específicamente sobre la conveniencia de aplicar las reglas generales de transparencia a las empresas públicas fue precisamente en el contexto de la Ley sobre Acceso a la Información Pública¹⁵. No debe extrañar que este impulso en la agenda legislativa haya venido determinado por los publicitados casos relativos a la negativa de TVN, CODELCO y Banco Estado para cumplir con un conjunto de solicitudes de información por parte de miembros del Congreso, amparadas en el supuesto ejercicio de la fiscalización parlamentaria. La frustración que generó la actitud de las empresas públicas, sumada a los escándalos por malversación de fondos en algunas de ellas, terminaron por persuadir a nuestros parlamentarios de que las reglas sobre transparencia constituían un mecanismo apropiado para corregir los problemas de gestión

12 Para una exposición acerca del contexto político de este proceso, Cordero, Luis (2006), “Vida, obra y muerte del acceso a la información administrativa o cómo implementar inadecuadamente una regulación legal”, en 309 *Gaceta Jurídica*.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 de septiembre de 2006. Un análisis de su contexto e implicancias en, Muñoz, Alex, “Chile y el Acceso a la Información Pública”, en *Anuario de Derechos Humanos 2007*, (Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) 2007. Para una revisión de la jurisprudencia judicial, Contesse, Jorge, “La opacidad del legislador y la indulgencia judicial”, en *Libertad de Expresión en Chile*, (Universidad Diego Portales) 2006, 97-198. Con relación a los pronunciamientos administrativos, pueden consultarse los dictámenes de la Contraloría General de la República (CGR) N°35.259/2000, 42.779/2000, 4.228/2002, 35.421/2003, 2.420/2004, 9.206/2004, 14.807/2004 y 49.883/2004.

14 Aunque en su Dictamen N°21.763/2004 la CGR había resuelto que CODELCO debía sujetarse al este estatuto común aplicable a los órganos de la administración del Estado, las propias leyes orgánicas de CODELCO y de la mayoría de las empresas públicas eximen a este tipo de organismos de las reglas generales del sector público, ver Pardow y Vallejo, *op. cit.*, nota 3, 226-230.

15 Ver, Boletín N°3773-06.

y de conflictos de intereses en las empresas públicas¹⁶. Esta convicción se asentó inicialmente entre la mayoría de los parlamentarios, marcando una fuerte tensión entre el Gobierno y el Congreso durante el debate legislativo.

Originalmente, el proyecto de ley no contemplaba mención alguna a las empresas públicas. Sin embargo, el punto fue incorporado tempranamente a la discusión por el Senador Larraín mediante la presentación de indicaciones que buscaban explícitamente sujetar a las empresas públicas a ciertas reglas especiales de transparencia activa y al deber de divulgar las actas de sus respectivos directorios¹⁷. Con todo, solamente la primera de estas medidas fue aprobada con ciertas modificaciones. La segunda fue rechazada en la sala del Senado debido a que implicaba sujetar a las empresas públicas a estándares de publicidad más exigentes que los aplicables a las empresas privadas, lo que a su vez terminaba afectando su capacidad competitiva¹⁸. La relevancia de esta primera decisión legislativa, que se irá asentando a lo largo del debate, es que permite comprender que el criterio para orientar la aplicación de las reglas de transparencia a las empresas públicas era simplemente homologar los estándares que rigen a las empresas privadas¹⁹.

16 Resulta ilustrativa la intervención del Senador Leal durante la discusión del proyecto, quién señalaba que incorporar “a CODELCO, a Televisión Nacional y al Banco del Estado, hará que desaparezca la sombra que existía hasta ahora, porque algunas empresas aducen que, no obstante ser públicas, no son del Estado y que, por lo tanto, no se rigen por las normas sobre fiscalización de la Cámara de Diputados”, en Sesión N°35 de la Cámara de Diputados, 13 de junio de 2007.

17 Ver, indicaciones N°23, 24 y 25 presentadas el 11 de julio de 2005.

18 En este sentido, el Senador Vásquez consignaba en actas que “si obligamos a las empresas públicas a informar sus acuerdos, las vamos a dejar -como advirtió el Senador señor Viera-Gallo- en situación desmedrada (...) soy partidario de que la norma establezca, a lo sumo, la misma reglamentación existente para las empresas privadas -que ya la tienen, por lo demás-, bajo el control de la Superintendencia de Valores y Seguros y mediante la obligación de informar de los hechos esenciales y de los hechos reservados que puedan afectar al mercado. Pero no más que eso”. Así también, el Senador Orpis da cuenta del consenso político alcanzado apuntando que “se está haciendo el esfuerzo de introducir cambios de envergadura en los gobiernos corporativos de las empresas públicas, los cuales van mucho más allá de la norma establecida en este artículo, que procura asimilarlas a las normas de la Ley de Valores y de la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto al acceso a la información, a la transparencia, a la información privilegiada, a los actos entre personas relacionadas. Es decir, estamos ante una proposición de bastante trascendencia. Al menos desde mi punto de vista, la objeción apunta a que en esta norma estamos siendo más exigentes que la propia Ley de Sociedades Anónimas. Por lo tanto, sin perjuicio de apuntar hacia una mayor transparencia e información, creo que en esta materia lo correcto sería asimilar la situación de las empresas públicas a la de las sociedades anónimas abiertas”, en Sesión N°38 del Senado, 4 de octubre de 2005 y Sesión N°39 del Senado, 5 de octubre de 2005.

19 En palabras de la Senadora Matthei analizando la referida indicación: “Estando absolutamente a favor de avanzar hacia una mayor transparencia en el trabajo de las empresas públicas, anuncio que votaré en contra del artículo. Porque, publicar las actas de los directorios de las empresas a los cinco días de haberse realizado una sesión, me parece realmente algo complicado. Hay una serie de problemas que, aunque no

Como consecuencia de la condena al Estado de Chile en la Corte Interamericana de Derecho Humanos, el proyecto de ley que se había originado en una moción de los Senadores Gazmuri y Larraín obtuvo el patrocinio del Gobierno mediante una indicación sustitutiva que dejaba explícitamente a las empresas públicas fuera de su ámbito de aplicación. Los fundamentos del Gobierno para justificar esta decisión fueron que, pese a estar regidas por el principio de publicidad del artículo 8 de la Constitución Política, su artículo 19 N°21 exigía también respetar un principio de igualdad de régimen jurídico. A su turno, ello impedía aplicar a las empresas públicas los deberes generales de transparencia establecidos para los demás órganos de la administración del Estado y resultaba preferible diferir esa discusión para una instancia técnicamente más apropiada, como lo era el proyecto de ley sobre gobiernos corporativos de las empresas públicas que ya incorporaba deberes especiales de publicidad adaptando la regulación existente para las sociedades anónimas abiertas²⁰.

Si bien la posición del Gobierno propició cierto apoyo parlamentario, la mayoría de nuestros legisladores consideraban que la actitud de las empresas públicas frente a sus solicitudes de información constituía un verdadero desacato y decidieron tomar revancha insistiendo inicialmente en incorporarlas al estatuto general de Ley sobre Acceso a la Información Pública²¹. Frente a ello, el Gobierno argumentó persistentemente que este proyecto buscaba regular un ámbito diverso del régimen de fiscalización parlamentaria y que, en consecuencia, sus posibles deficiencias debían ser abordadas en la discusión de las

afectan la política comercial, el secreto de otras personas, van marcando pautas y rumbos. El BancoEstado, por ejemplo, compite con otros, que son privados. Televisión Nacional compite con canales que son universitarios o privados. Por lo tanto, no me parece adecuado pedir a estas empresas públicas algo que las privadas que compiten con ellas no realizan. El artículo en debate exagera en su búsqueda de la transparencia, causando, en mi concepto, un perjuicio a tales empresas", en Sesión N°38 del Senado, 4 de octubre de 2005.

20 Sesión N°35 de la Cámara de Diputados, 8 de mayo de 2007.

21 Como lo consigna la cuenta de la discusión parlamentaria, la negativa de las empresas públicas a responder las solicitudes de información fue un elemento clave en la convicción del Congreso: "*El Diputado señor Leal destacó la claridad de la argumentación entregada, pero recordó que las empresas del Estado se escudaban en la inexistencia de normas que les obligaran a entregar información, a consecuencias de lo cual, por citar un ejemplo, la Cámara de Diputados tardó seis años en hacerse de la información relacionada con la remuneración de los ejecutivos de la Corporación Nacional del Cobre. (...) El Diputado señor Cardemil advirtió que de acogerse la proposición del Ejecutivo, Ferrocarriles del Estado, Televisión Nacional, Banco Estado y la Corporación Nacional del Cobre no podrían ser fiscalizadas, por cuanto se trata de entidades que de acuerdo a sus respectivas leyes orgánicas no están afectas a las normas generales que rigen al sector público, salvo que se las mencione expresamente*", *Ibid.*

reformas a la ley orgánica del Congreso Nacional²². Finalmente, esta tensión derivó en una solución de consenso que permitió seguir adelante con el proyecto de ley: una indicación para incorporar a las empresas públicas dentro de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, pero bajo un régimen especial que comprendía exclusivamente ciertos deberes específicos de transparencia activa y obligaciones adicionales de entregar información a la Superintendencia respectiva²³. En definitiva, esta indicación fue aprobada por unanimidad en las comisiones respectivas y posteriormente ratificada por la sala.

Como se aprecia, la historia de la Ley sobre Acceso a la Información Pública demuestra fehacientemente que la intención del legislador era someter a las empresas públicas a un régimen especial que ponderase los principios constitucionales de transparencia de la función pública y de igualdad de régimen jurídico con la empresa privada²⁴. De este modo, aunque cierta corriente de opinión insistía en las virtudes invisibles de someter a las empresas públicas al estatuto común de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, lo cierto es que el Congreso rechazó expresamente esta alternativa en una decisión soberana de política pública. Lamentablemente, según se verá, la dogmática puritana de la transparencia dejó de ser una minoría política que se oponía a la solución de consenso en el Congreso para incrustarse como votos de minoría en el CPLT y prevenciones en la Corte de Apelaciones de Santiago. Por esta razón, esperamos que las siguientes secciones de este trabajo contribuyan a que esas ideas que fueron incapaces de persuadir a la mayoría por la vía democrática, no terminen imponiéndose bajo el alero de la libertad interpretativa que caracteriza a los principios constitucionales²⁵.

22 “Los representantes del Ejecutivo estimaron que las discrepancias decían relación más bien con aspectos relacionados con la técnica legislativa y la oportunidad de la legislación que se propone, por cuanto todos son partidarios de transparentar la información. Precisaron que se trataba de un proyecto que no era de fiscalización sino que sólo buscaba, en términos generales, transparentar el acceso a la información pública para el común de los ciudadanos. Las cuestiones relacionadas con la fiscalización parlamentaria a las empresas del Estado deberían tratarse en la respectiva ley orgánica. Por otra parte, el hecho de que no figuraran en esta normativa las empresas del Estado, no implicaba una absoluta carencia de control por cuanto todas ellas están sujetas a la respectiva Superintendencia o a la Contraloría General de la República”, *Ibid.*

23 Sesión N°35 de la Cámara de Diputados, 8 de mayo de 2007.

24 Como lo expuso el entonces Ministro Viera-Gallo “el principio que se estableció es la total equivalencia o simetría entre la empresa pública y la privada, siguiendo la norma constitucional sobre el Estado empresario, que establece que las empresas públicas se regirán en su funcionamiento, salvo que la ley establezca otra cosa, por las normas de derecho común. Por tanto, el ciudadano tendrá el mismo acceso a la información de cualquier empresa pública que el que tiene respecto de cualquier empresa privada. Ese es el principio básico”, en Sesión N°35 de la Cámara de Diputados, 13 de junio de 2007.

25 Para una interpretación de la Ley sobre Acceso a la Información Pública desde enfoque, ver Contesse,

III. Los deberes de transparencia pasiva y las empresas públicas

El primer ámbito de controversia sobre la Ley sobre Acceso a la Información Pública ha radicado en determinar si sus reglas de transparencia pasiva resultan aplicables a las empresas públicas y, a partir de ello, definir si el CPLT sería competente para conocer de las solicitudes de amparo del derecho de acceso a la información deducidas en contra de ellas. Durante el año 2009, el CPLT se pronunció en cuatro oportunidades sobre el asunto, resolviendo declararse incompetente en idénticos fallos divididos²⁶. En síntesis, dichas decisiones se fundaron en que las atribuciones del CPLT estarían restringidas a velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en “*esta ley*” y las empresas públicas estarían sujetas únicamente a ciertos deberes especiales de transparencia activa, de manera que el CPLT sería incompetente para conocer de solicitudes de amparo al derecho de acceso a la información sustentadas en disposiciones que no resultan aplicables a este tipo de organismos²⁷.

En contraste, el voto de minoría del Consejero Urrutia consideró que el CPLT sería competente para conocer las solicitudes de amparo, atendido que los deberes de transparencia pasiva establecidos en la Ley sobre Acceso a la Información Pública serían plenamente aplicables a las empresas del Estado. Para ello considera, en primer lugar, que su artículo primero regula el derecho de acceso a la información de manera genérica y respecto de todos los órganos de la administración del Estado, entre los cuales se encuentran las empresas públicas. Luego sostiene que la expresión “*también*” utilizada por el artículo segundo, al referirse a las empresas públicas, tendría por objeto reconocer la posibilidad de aplicarles otras normas que las mencionen explícitamente, pero no excluir a este tipo de organismos de las disposiciones generales que rigen a la generalidad de los órganos de la administración del Estado. Finalmente, estima que, como el principio de publicidad establecido en la Constitución Política resulta expresamente aplicable a las empresas públicas, sin distinguir entre obligaciones de transparencia activa y pasiva, no correspondería al CPLT distinguir²⁸.

Jorge (ed.), Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009 Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales) 2009, 143-170.

26 Ver, los procesos seguidos ante el CPLT bajo los números de expediente A4-09, A69-09, A106-09 y A202-09.

27 Decisión Reclamo N°A4-09, considerandos 7° y 8°, a cuya doctrina se ha remitido expresamente el CPLT para resolver los demás amparos.

28 Voto de minoría en Reclamo N°A4-09, a cuya doctrina también se han remitido expresamente para fundar su decisión en los demás amparos señalados.

Por último, un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago viene a coronar el cuadro jurisprudencial instalando todavía mayores grados de incertidumbre en la materia. Conociendo del primer recurso de reclamación deducido contra las decisiones del CPLT en esta materia, y a pesar de rechazar de plano el recurso por su extemporaneidad, la Corte termina realizando una escueta afirmación en su parte resolutive, señalando que todo lo anterior era “no obstante haber sido el Consejo para la Transparencia plenamente competente para conocer del reclamo de *habeas data* [sic] deducido por el recurrente”. Esta parca declaración, junto con una extraña prevención suscrita por el Ministro Barra, han generado un insólito entusiasmo en ciertas corrientes de opinión que publicitan este fallo como un supuesto respaldo al razonamiento del voto de minoría del Consejero Urrutia²⁹. No obstante, existen al menos tres grupos de razones que exigen interpretar esta resolución con un alcance totalmente diverso.

En primer lugar, una revisión mínimamente respetuosa de la historia fidedigna de la Ley sobre Acceso a la Información Pública deja en evidencia que la decisión de incluir a las empresas públicas en su ámbito de aplicación fue consecuencia de un acuerdo político explícito, que implicaba someterlas a un régimen especial y excluirlas de las reglas comunes en materia de transparencia pasiva y activa aplicables a la generalidad de los órganos de la administración del Estado³⁰. En segundo lugar, un análisis exegético del artículo segundo

29 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°4625-2009, integrada por los Ministros Cornelio Villarroel, Mauricio Silva y Antonio Barra. Este último redactó una extraña prevención argumentando que la competencia del CPLT para resolver la solicitud podía fundarse “además” en la potestad explícita que el artículo 8 de la Ley sobre Acceso a la Información Pública le atribuye para conocer de las infracciones a las reglas de transparencia activa cuya aplicación no habría estado en cuestión por las partes. Ello atendido que la obligación de publicar “los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros” que establece su letra g), habría obligado en dicho caso a BancoEstado a hacer pública preventivamente la información que estaba solicitando el recurrente. Sin embargo, resulta evidente que los deberes de transparencia activa establecidos en el artículo 7 nunca se aplican a las empresas públicas, precisamente porque ellas tienen las reglas especiales del artículo décimo. Lo anterior jamás ha estado en discusión y por tanto la prevención del Ministro Barra seguramente obedece a un simple mal entendido que no puede servir para determinar el sentido y alcance de la referida parte resolutive.

30 Tratándose de las obligaciones de transparencia pasiva, ello queda de manifiesto en la discusión motivada por la indicación que formalizó esta decisión de consenso: “Ante las afirmaciones del Diputado señor Nicolás Monckeberg en el sentido de que la proposición sería insuficiente porque no incluiría a las empresas públicas en las reglas sobre transparencia pasiva y las de los Diputados señores Cardemil y Eluchans en el sentido de que si las empresas públicas estarían obligadas a entregar la información en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas, significaría que esa información sería la que debe figurar en la Ficha Estadística Codificada Uniforme (FECUS), que trimestralmente deben las sociedades anónimas abiertas entregar a la Superintendencia de Valores y Seguros, pero los accionistas de estas sociedades también pueden acceder, si la solicitan, a la información que dichas empresas tienen pero que no figura en la FECUS; en consecuencia, si se quiere asimilar la situación de las empresas públicas a la de las sociedades anónimas abiertas y siendo,

de la Ley sobre Acceso a la Información Pública revela que esta disposición distingue claramente en sus diversos incisos entre el estatuto común aplicable a la generalidad de los órganos de la administración del Estado, establecido en el artículo primero de la ley, y los regímenes especiales de transparencia establecidos en los artículos siguientes para ciertos órganos específicos de la administración y otros órganos del Estado. En particular, los artículos quinto, séptimo y décimo de la ley regulan a la Contraloría General de la República (CGR), el Banco Central y las empresas públicas, mientras que los artículos sexto, octavo y noveno contemplan al Congreso Nacional, el poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral. Finalmente, ambos razonamientos vienen ratificados por el Reglamento de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, que explícitamente excluye a las empresas públicas de las reglas comunes aplicables a la generalidad de los órganos de la administración del Estado.

en definitiva, todos los chilenos accionistas de las primeras, lo lógico sería que esa información no incluida en la FECUS fuera también pública y, por lo mismo, debieran las empresas públicas estar afectas a las disposiciones sobre transparencia pasiva, el Diputado señor Saffirio hizo presente que no había similitud entre ambos tipos de empresas porque el accionista de una sociedad anónima tiene un interés patrimonial claro, producto de su derecho de propiedad y, por lo tanto, nunca solicitará que se haga pública una información que pondría a su empresa a merced de la competencia, con las negativas repercusiones que ello tendría en sus dividendos y en el precio de sus acciones. Por ello, so pretexto de la transparencia, no es posible pedir a las empresas que compiten en el mercado y a las cuales se exige eficiencia, que entreguen información que administración alguna, en su sano juicio, estaría dispuesta a entregar si con ello puede perder posición en el mercado” en Sesión N°35 de la Cámara de Diputados, 8 de mayo de 2007.

DISCUSIÓN LEGISLATIVA	TEXTO DE LA LEY	APLICACIÓN REGLAMENTARIA
<p>Constituye un logro haber incorporado a los principios de transparencia activa y pasiva del artículo quinto a las empresas públicas creadas por ley. Éste fue un reclamo transversal del Congreso Nacional. Todos los diputados planteamos que no era posible que empresas públicas no se dejaran fiscalizar. No se ha logrado todo lo que queríamos, pero hay un avance (...).</p>	<p>Artículo 2°.- Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.</p>	<p>Artículo 2.- Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este reglamento serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.</p>
<p>En materia de transparencia pasiva, se consagra la obligación de darle a cualquier ciudadano al menos la información contenida en la FECU de una empresa privada, de una sociedad anónima, y sanciona el incumplimiento de esta obligación con multa a beneficio fiscal. Me parece importante este avance; al fin dejamos a las empresas públicas sujetas a algún grado de requerimiento ciudadano en materia de información.</p>	<p>La Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de esta ley que expresamente ésta señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente. También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.</p>	<p>No se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio (...). Dichos organismos se regirán por las disposiciones de la ley N° 20.285 que ésta expresamente señale y por las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente.</p>

Tabla 1. Espíritu, tenor literal y aplicación reglamentaria de las reglas sobre transparencia pasiva.

Como puede advertirse, el voto de minoría del Consejero Urrutia instrumentaliza la interpretación del principio constitucional de publicidad para desconocer tanto el espíritu de la Ley sobre Acceso a la Información Pública como su tenor literal y aplicación reglamentaria. Esta forma de razonamiento, olvidada que las reglas legales y reglamentarias son un producto de la ponderación entre diversas opciones de política pública, todas constitucionalmente admisibles, pero que compiten por imponerse mediante procedimientos democráticos³¹. Probablemente, el Consejero Urrutia fue incapaz de abstraerse de las frustraciones que experimentó al intentar fiscalizar las empresas públicas durante su labor parlamentaria, apelando así al espacio de libertad interpretativa que caracteriza a los principios constitucionales para simplemente perseverar en sus convicciones personales³². Más allá de los aplausos que seguramente recibirá esta interpretación en la cínica corte del emperador, el problema es que confundir los roles de legislador y juez resulta gravísimo, pues no solamente significa despreciar el proceso de deliberación democrática y de este modo la propia dignidad de la representación ciudadana, sino que también implica transformar en derecho vigente a una mera disidencia política³³

Ahora bien, respecto de la competencia del CPLT para conocer de solicitudes de amparo deducidas en contra de empresas públicas, el voto de mayoría parece haber asumido una interpretación extrañamente restringida. En términos generales, la competencia de los organismos públicos viene determinada por una combinación entre sus funciones genéricas y sus diversas atribuciones específicas³⁴. De este modo, parece claro que la función de “*garantizar el derecho de acceso a la información*” establecida en el artículo 32 de la Ley sobre

31 Sobre la importancia de que nuestros jueces respeten la distinción entre reglas y principios, Aldunate, Eduardo: “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en *La constitucionalización del derecho chileno*, (Editorial Jurídica de Chile) 2003, 13-38; y, Lovera, Domingo y Ugarte, José Luis: *Sobre la (peligrosa) irrelevancia de la distinción entre reglas y principios*, actualmente inédito y de próxima publicación.

32 El Consejero Urrutia ejerció durante dos periodos sucesivos como diputado del Distrito N°14 de Viña del Mar, en representación del partido Renovación Nacional. Entre otras, integró la Comisión Especial de CORFO y la Comisión Investigadora de CODELCO que tuvo lugar como consecuencia del escándalo público por los fraudes de Juan Pablo Dávila, disponible en línea: <http://biografias.bcn.cl>. Para una advertencia específica sobre esta anomalía hermenéutica en la apelación a principios constitucionales, Alcalde, Enrique (2008), “Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile”, en 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, 463-484.

33 Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, (Cambridge University Press) 1999.

34 Tschorne, Samuel: “Comentario de la jurisprudencia sobre Derecho Administrativo del año 2004”, en 2 *Revista de Derecho*, 855-856.

Acceso a la Información Pública, junto con la atribución específica de “*resolver los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados*” que su artículo 33 letra b) entrega al CPLT, permitirían al menos conformar una potestad inherente para pronunciarse sobre este asunto³⁵. Ello es consistente con el amplio reconocimiento institucional de la competencia exclusiva del CPLT para resolver las solicitudes que se formulen en el marco de la Ley sobre Acceso a la Información Pública dentro del orden administrativo³⁶, así como también con el principio de inexcusabilidad que rige a todos quienes desarrollan procedimientos administrativos. Sin embargo, sorprendentemente, el CPLT asumió que carecía de las atribuciones necesarias para pronunciarse sobre el fondo de la pretensión deducida.

Lamentablemente, es posible que la decisión del CPLT haya estado motivada por la claridad con que los distintos elementos interpretativos de la Ley sobre Acceso a la Información Pública descartan la posibilidad de aplicar a las empresas públicas las reglas generales sobre transparencia y, en particular, los deberes de transparencia pasiva. En el fondo, pareciera que el CPLT prefirió declararse incompetente antes que adoptar la impopular decisión de rechazar los recursos. A nuestro entender, esto fue lo que razonablemente intentó corregir la Corte de Santiago con la frase final de su pronunciamiento, reafirmando que el CPLT era el organismo competente para pronunciarse respecto de este tipo de solicitudes, aunque fallando conforme a derecho deba rechazarlas por improcedentes. En definitiva, este grupo de controversias demuestra que la incapacidad del CPLT para adoptar decisiones políticamente incorrectas terminó por resucitar una discusión que había sido ampliamente zanjada mediante los procedimientos democráticos de la discusión legislativa.

IV. Los deberes de transparencia activa en las empresas públicas

El segundo ámbito donde la Ley sobre Acceso a la Información Pública ha generado controversia dice relación con la extensión de los deberes de transparencia activa a que estarían sujetas las empresas públicas. Específicamente, la controversia se refiere

35 En efecto, el ordenamiento jurídico administrativo siempre ha reconocido que junto con las potestades expresas, los órganos de la administración cuentan con una serie de potestades inherentes que pueden inferirse de éstas y que determinan sus respectivos ámbitos de competencia, con el objeto de dotar de coherencia e integridad a su actuar en relación con los fines regulatorios propuestos por el legislador. Santamaría, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo I, (Editorial Iustel) 2004, 425-426.

36 Véanse a modo ilustrativo dictámenes de la CGR N°3.591/2010, N°68.966/2009 y 68.314/2009.

al nivel de transparencia que resultaría exigible a las empresas públicas respecto de la remuneración de sus directores y gerentes³⁷. Por un lado, las empresas públicas, lideradas por Televisión Nacional de Chile (TVN), sostienen que solamente estarían obligadas a informar en detalle la remuneración de los miembros del directorio y del cargo equivalente al gerente general, mientras que la remuneración de los restantes cargos directivos o gerenciales podría ser divulgada de manera consolidada. Por otro lado, el CPLT sostiene que este tipo de organismos estaría obligado a informar en detalle tanto la remuneración de los miembros del directorio y del cargo equivalente al gerente general, como la de los que ejerzan una función similar a los gerentes de área (v.g. gerente de operaciones, gerente de ventas, gerente de finanzas) y de todo otro cargo con capacidad relevante para tomar decisiones dentro de la compañía.

Tratándose de los deberes de transparencia activa, el objetivo regulatorio de homologar los estándares de publicidad entre las empresas públicas y las sociedades anónimas abiertas resulta especialmente evidente. Esta intención no solamente fluye de diversos pasajes de la historia de la ley, sino que los distintos literales del artículo décimo de la Ley sobre Acceso a la Información Pública parecieran haberse conformado con recoger ciertos deberes generales de informar establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Mercado de Valores, para luego adaptarlos al contexto de las empresas públicas³⁸. Esta similitud se reproduce a nivel reglamentario entre el Instructivo General N°5 del CPLT y la Norma de Carácter General N°30 de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS)³⁹. Según se muestra en la siguiente tabla, la principal diferencia entre los deberes de transparencia activa de las empresas públicas y los deberes de informar de las sociedades anónimas abiertas se refiere precisamente al asunto que suscita controversia, esto es, el nivel de detalle con que debe informarse la remuneración de los directores y gerentes de las compañías⁴⁰.

37 Ver, los procesos seguidos ante el CPLT bajo los números de expediente R12-09 y R15-09, así como el Oficio N°150/09 del CPLT respecto de la Empresa Periodística La Nación S.A. y el Instructivo de los Ministerios del Interior, Hacienda y Secretaría General de la Presidencia, de 17 de abril de 2009.

38 Una introducción a los deberes de informar en el ámbito de las sociedades anónimas, en Carey, Guillermo, *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores*, (Editorial Universitaria) 1993, 181-201.

39 Para una revisión exhaustiva de la estructura y contenido de la Norma de Carácter General N°30 de la SVS, Núñez, David, *Responsabilidad civil en la oferta pública de valores*, (Memorias de Grado Universidad de Chile) 2006.

40 En contraste, la sección I.1 del Instructivo General N°5 del CPLT sobre '*marco normativo aplicable*' es sustancialmente idéntica a la sección II.2.C.2.2.b. de la Norma de Carácter General N°30 de la SVS sobre '*identificación de la entidad*'. Lo mismo sucede entre las siguientes secciones de los respectivos

INSTRUCTIVO GENERAL N°5	NORMA DE CARÁCTER GENERAL N°30
<p>1.6. Información consolidada del personal y la remuneración total percibida por el personal de la empresa, de forma global y consolidada. En este literal se deberá informar el número total de trabajadores, diferenciados por lugar de desempeño, si existiera más de uno, y el número específico que se desempeña en cada unidad u órgano interno de la empresa consignados en el organigrama. En cuanto a la remuneración del personal de la empresa deberá informarse la remuneración total bruta percibida por todos los trabajadores de la empresa.</p>	<p>II.2.C.2. 5. Remuneraciones. Se deberá informar, de forma global, la remuneración total percibida por los gerentes y ejecutivos principales de la sociedad. Se deberá informar, de forma global, la indemnización por años de servicio total percibida por gerente y ejecutivo principales. En caso que existan planes de incentivo tales como bonos, compensaciones en acciones, opciones de acciones u otros, se deberá describir brevemente el plan y la base sobre la cual los directores, administradores y/o ejecutivos participan en él (letras d, e y f).</p>
<p>1.7. Remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes. La información relativa a la remuneración deberá contenerse en forma bruta y por anualidades, considerando todo tipo de estipendio que conceda la empresa en virtud del cargo u otra causa, respecto de cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa. Se entenderá por “gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa” a aquellos gerentes que tengan la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí solos o junto con otros.</p>	<p>II.2.C.2. 5. Remuneraciones. De acuerdo al artículo 33° de la Ley N° 18.046 deberá señalarse toda remuneración percibida por cada director o administrador en el ejercicio, incluso las que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y en general todo otro estipendio, incluyendo aquéllas que correspondan en virtud de lo dispuesto por el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046. La presentación deberá realizarse en forma comparativa y en detalle, de tal forma que pueda identificarse claramente para cada director o administrador, el monto y origen de las remuneraciones percibidas. En aquellos casos que la remuneración no consista en dinero, deberá presentarse evaluada en moneda de la fecha de cierre del ejercicio (letras a, b y c).</p>

Tabla 2. Comparación de la regulación sobre remuneraciones entre sociedades anónimas y empresas públicas

Como se aprecia, las sociedades anónimas solamente deben entregar información detallada respecto de la remuneración de sus directores, bastándoles con divulgar información consolidada respecto del gerente general y su equipo de ejecutivos principales. En contraste, las empresas públicas estarían sujetas a un estándar diferente que incluye informar detalladamente tanto la remuneración de sus directores, como la de los gerentes y de todo otro cargo análogo “*responsable de la dirección y administración superior de la empresa*”⁴¹. Para apreciar la importancia de esta diferencia, debe tenerse en cuenta que las organizaciones empresariales son esencialmente estructuras jerárquicas, cuya cúspide suele estar formada por los dueños de la compañía representados en la junta de accionistas, situándose bajo ella, primero, un órgano colectivo como el directorio y, después, el gerente general, secundado por el equipo de trabajo que forman los gerentes de áreas y ejecutivos principales⁴². De este modo, incluir la remuneración de cargos gerenciales dentro de la información cuyo detalle debe ser divulgado implica aumentar el nivel de transparencia en uno o más grados dentro de la estructura jerárquica de la compañía.

Conforme a la posición de las empresas públicas, esta diferencia obedecería a una intención de homologar la diversidad terminológica y funcional de los esquemas de gobierno corporativo de las empresas públicas. Así, por ejemplo, mientras el ejecutivo superior de CODELCO tiene el cargo de Presidente Ejecutivo, en ENAMI se denomina Vicepresidente Ejecutivo y, en Correos de Chile, Gerente General. Así también, en la mayoría de las empresas públicas el ejecutivo superior es elegido por el directorio, pero en otras este cargo puede ser designado directamente por el Gobierno⁴³. Por esta razón, para de-

textos reglamentarios: 1.2 ‘*estructura orgánica y organización interna*’ y II.2.C.2.4 ‘*administración y personal*’; 1.3 ‘*estados financieros*’ y II.2.C.2.15 ‘*informes financieros*’; 1.4 ‘*filiales y coligadas*’ y II.2.C.2.9 ‘*filiales y coligadas*’; y, 1.5 ‘*composición de directorios y responsables de la administración*’ y II.2.C.2.4.a ‘*directorio, comité de directores, gerentes y ejecutivos principales*’.

41 Al igual que muchos otros aspectos de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, ello es resultado de una solución de consenso entre la posición inicial del Congreso y la posición inicial del Gobierno. Mientras la posición inicial del Congreso está representada en la indicación del Senador Larraín que incluía “*las remuneraciones de todo el personal de la empresa*”, la posición inicial del Gobierno consistió en divulgar solamente la remuneración de los miembros del directorio, ver indicación N° 23 presentada por el Senador Larraín el 11 de julio de 2005 e indicación sustitutiva del Ejecutivo presentada en Sesión N° 35 de la Cámara de Diputados, 8 de mayo de 2007.

42 Para una explicación acerca de la manera en que la regulación sobre sociedades anónimas recoge esta estructura jerárquica de gobierno corporativo, Bernet, Manuel, “El gobierno de las sociedades abiertas”, en *Revista de Derecho Universidad Austral*, Vol. 16, 33-57.

43 Entre otras, así sucede con las empresas vinculadas a ramas castrenses como la Empresa Nacional de Aeronáutica (Ley N° 18.297, artículo 7), la Fábrica y Maestranzas del Ejército (DFL N° 223, artículo 2) y

terminar los cargos responsables de la dirección y administración superior de una empresa pública debería atenderse a lo que disponga la ley orgánica respectiva. Atendido que estas leyes generalmente distribuyen la administración de la compañía entre un órgano colegiado análogo al directorio y un cargo unipersonal análogo al gerente general, la consecuencia natural de homologar los deberes de informar en las sociedades anónimas abiertas sería aumentar el estándar de transparencia de las empresas públicas en un grado dentro de su estructura jerárquica⁴⁴.

Por su parte, la posición del CPLT pareciera fundarse en que la administración superior de una empresa pública sería una cuestión de hecho, que dependería de las facultades que el directorio efectivamente haya delegado en el gerente general y su equipo de trabajo. En efecto, utilizando criterios extremadamente abstractos como “*conducción superior de los negocios*” o “*política estratégica de la entidad*”, el CPLT entendió que TVN debía entregarle información detallada respecto de todos los ejecutivos de la compañía que “*respondieran directamente al Director Ejecutivo*”⁴⁵. Como se muestra en la siguiente figura, ello implica aumentar el estándar de transparencia aplicable a las empresas públicas en dos grados dentro de su estructura jerárquica respecto del estándar que existe para las sociedades anónimas abiertas. En el fondo, mientras las empresas públicas habrían adoptado un enfoque formal con la intención de limitar el impacto de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, el CPLT habría adoptado un enfoque material con la intención de aumentar la diferencia entre los estándares de las empresas públicas y las sociedades anónimas abiertas.

los Astilleros y Maestranzas de la Armada (Ley N°18.296, artículo 5).

44 Sección (i) del referido Instructivo Ministerial de 17 de abril de 2009.

45 CPLT, considerandos 5 y 6 de la Decisión Amparo N°R15-09.

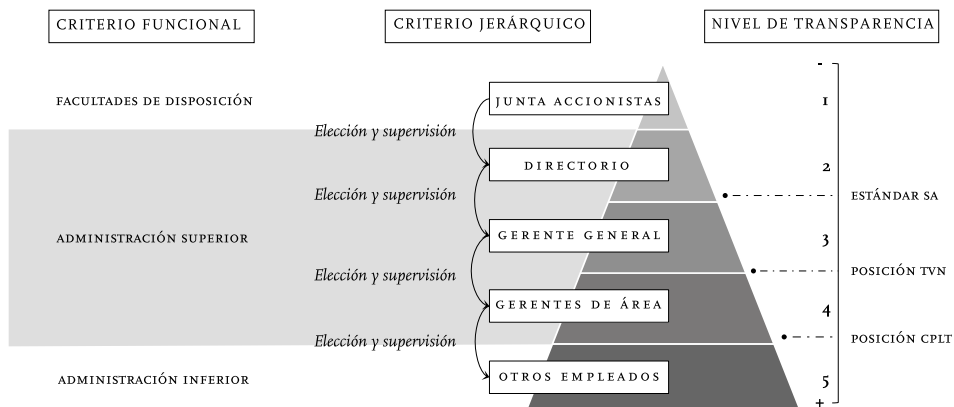


Figura 1. Comparación de los estándares de transparencia entre sociedades anónimas y empresas públicas

En derecho comparado, los estándares de transparencia suelen estar relacionados con la configuración y profundidad del mercado de valores⁴⁶. Por un lado, países como Chile o Alemania, donde el mercado de valores se caracteriza por la presencia de accionistas controladores fuertes, tienden a fijar estándares de transparencia menores y solamente exigen divulgar detalladamente la remuneración de los miembros del directorio, así como también la del gerente general cuando este cargo es ejercido por un miembro del directorio. Por otro lado, países como Inglaterra o Estados Unidos, donde los mercados de capitales son profundos y el control está disperso entre una multitud de accionistas minoritarios, tienden establecer estándares de transparencia mayores y exigen también entregar información detallada respecto de la remuneración del gerente general y de los principales ejecutivos de la compañía.

En términos generales, la literatura especializada señala que esta divergencia en el derecho comparado obedecería a que la presencia de un controlador fuerte garantiza que el directorio cuente con poder suficiente para mantener las remuneraciones del gerente general y su equipo de trabajo dentro de límites razonables. Frente a este contexto, la publicidad de las remuneraciones del

⁴⁶ Ferranini, Guido, Moloney, Niamh y Vespro, Christiana, "Governance Matters: Convergence Across the EU Executive Pay Faultline", (2004). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=498362>

directorio constituye una medida para evitar que los accionistas controladores extraigan beneficios de la compañía por una vía diferente al reparto de dividendos. Al contrario, en las jurisdicciones con mercados de valores profundos el control sobre la compañía típicamente está radicado en el gerente general y su equipo de trabajo, quienes están en condiciones de instrumentalizar al directorio y fijar sus propias remuneraciones más allá de márgenes competitivos⁴⁷. Frente a este otro contexto, la publicidad de las remuneraciones del gerente general y sus ejecutivos principales constituye un correctivo para compensar la debilidad del directorio.

En virtud de lo anterior, la decisión del CPLT de aumentar la diferencia entre los estándares de transparencia entre las empresas públicas y las sociedades anónimas abiertas podría tener un fundamento razonable: como los directorios de las empresas públicas no están respaldados por un controlador fuerte que actúe con los incentivos propios de un dueño, estos organismos carecerían de poder suficiente para negociar con los gerentes y la publicidad sería el mecanismo idóneo para mantener sus remuneraciones dentro de márgenes competitivos. Aunque los publicitados escándalos sobre los planes de jubilación de Correos de Chile o las asesorías contratadas por la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE) parecieran apoyar esta intuición, lo cierto es que la evidencia disponible sugiere precisamente lo contrario.

En primer lugar, las medidas de publicidad en materia de remuneraciones parecieran tener un efecto perverso en materia de costos⁴⁸. Por una parte, las empresas con menores niveles de eficiencia en materia de remuneraciones, tienden a incrementar los costos directos de la transparencia, contratando asesorías legales y contables que permitan a los gerentes eludir en todo o parte las obligaciones de informar. Por otra parte, las empresas con mayores niveles de eficiencia en materia de remuneraciones muestran mejor disposición a cumplir las obligaciones de informar, pero en este caso típicamente aumentan los costos indirectos de la transparencia por la vía de forzar a la empresa a incrementar periódicamente los sueldos y beneficios de sus ge-

47 Una extensa exposición de este argumento, en Bebchuk, Lucian y Fried, Jesse, *Pay Without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, (Harvard University Press) 2004, 61-118.

48 Coulton, Jeff, James, Clayton y Taylor, Stephen, *The Effect of Compensation Design and Corporate Governance on the Transparency of CEO Compensation Disclosures*. 45 UTS School of Accounting Working Papers, 2001, 19-20.

rentes para evitar que emigren a empresas de la competencia. De este modo, en materia de remuneraciones, la transparencia pareciera ser no solamente un mecanismo costoso, sino particularmente injusto con las empresas más eficientes⁴⁹.

En segundo lugar, existirían alternativas regulatorias menos costosas y más eficaces que la transparencia. Así, por ejemplo, podrían adoptarse medidas para potenciar el poder del directorio, como sucede con la obligación de exigir un pronunciamiento explícito de los miembros de directorio acerca de la justificación de las remuneraciones, con el objetivo de comprometer su responsabilidad personal en las decisiones de este tipo⁵⁰. Así también, la legislación tributaria suele ofrecer herramientas especialmente efectivas para castigar las remuneraciones de los gerentes que excedan márgenes competitivos⁵¹. Sorprendentemente, ambas alternativas comparten dos importantes similitudes: evitan los costos de la transparencia al mantener la información aislada dentro de un ámbito de confidencialidad y exceden largamente la competencia del CPLT.

En definitiva, el aumento de la transparencia en las empresas públicas por sobre el nivel que fija la regulación de las sociedades anónimas abiertas corresponde a una opción política adoptada por la Ley sobre Acceso a la Información Pública. Frente a ello, la decisión del CPLT de interpretar la ley aumentando la brecha entre ambos estándares pareciera fundarse en una desconfianza intuitiva acerca de la capacidad de las empresas públicas para mantener los sueldos de sus gerentes y ejecutivos dentro de márgenes competitivos. Sin embargo, ese razonamiento omite un aspecto esencial: los incrementos en el estándar de transparencia permiten a terceros acceder a mayor información sobre la remuneración de los gerentes y ejecutivos, pero son completa-

49 Lewellen, Wilbur, Park, Taewoo y Ro, Byung, “Self-Serving Behavior in Managers’ Discretionary Information Disclosure Decisions”, en 21 *Journal of Accounting and Economics*, Vol. 2, 227-252. De hecho, resulta llamativo que la atención del CPLT se haya centrado en TVN, quién había sido reconocida como una de las empresas públicas mejor evaluadas en materia de transparencia incluso por los sectores más conservadores de la opinión pública, ver “Evaluación del nivel de Cumplimiento de las Obligaciones de Transparencia Activa que Tienen las Empresas Públicas”, en *Estudios Fundación Jaime Guzmán*, 22 de octubre de 2010.

50 Gordon, Jeffrey, “Executive Compensation: If There’s a Problem, What’s the Remedy?”, en 30 *Journal of Corporation Law*, 19-20.

51 Polsky, Gregg, “Controlling Executive Compensation Through the Tax Code”, en 64 *Washington & Lee Law Review*, 877-926.

mente ineficaces para aumentar el poder del directorio dentro de la empresa. De este modo, el enfoque maximalista del CPLT aumentaría los costos de la transparencia, pero sin conseguir ningún beneficio asociado a mejoras en el gobierno corporativo de las empresas públicas. En otros términos, disminuye la capacidad competitiva de las empresas públicas, pero dejando subsistente el problema de fondo que pretendía combatir⁵². Más allá de los aplausos que seguramente también recibirá este enfoque maximalista en la cínica corte del emperador, desde una perspectiva de política pública resulta francamente preocupante.

V. Conclusiones: un balance sobre el desempeño del CPLT

Según lo expuesto, la historia de la Ley sobre Acceso a la Información Pública demuestra que la voluntad del legislador era someter a las empresas públicas a un régimen especial de transparencia. A su turno, ello fue consecuencia de una opción de política pública que intentaba ponderar tanto los principios constitucionales de publicidad en la función pública y de igualdad de régimen jurídico con las empresas privadas, como los potenciales costos y beneficios de la transparencia. En pocas palabras, las reglas sobre transparencia aplicables a las empresas públicas responden a un justo medio entre dos posiciones políticas divergentes, que fue alcanzado mediante los procedimientos más representativos que contempla nuestro ordenamiento.

Sin embargo, en el primer grupo de casos, el CPLT adoptó una actitud pasiva, excusándose de tomar una decisión que necesariamente implicaba rechazar las solicitudes de amparo de acceso a la información por resultar improcedentes y resucitando de este modo un debate ampliamente zanjado por los cauces democráticos. En contraste, en el segundo grupo de casos, el CPLT aprovechó el espacio interpretativo que le dejaba la Ley sobre Acceso a la Información Pública para adoptar una actitud proactiva, aumentando irreflexivamente los estándares de publicidad de las empresas públicas, pero sin considerar los

52 De hecho, cuando los estándares de transparencia no vienen acompañadas de mejoras en los procedimientos de gobierno corporativo, los gerentes tienden a enfocarse en los resultados de corto plazo y están dispuestos a aumentar los niveles de riesgo de la empresa para efectos de justificar sus remuneraciones ante la opinión pública. En este sentido, investigaciones recientes sugieren incluso que una de las principales causas de la denominada *Crisis Subprime*, habría sido precisamente la regulación *pro-transparencia* adoptada en los años previos, Hannes, Sharon, "How the Regulation that Followed the Enron Debacle Led to the 2008-2009 Financial Crisis", en 2 *CGN Corporate Governance & Law*, Vol. 6.

costos y beneficios asociados a su decisión. Como se aprecia, el balance es sin duda negativo. Lejos del espíritu de ponderación que debía informar su función como órgano jurisdiccional, el CPLT pareciera estarse comportando como parte interesada y adoptando una actitud militante frente a los conflictos que estaba llamado a resolver.

El problema de esta actitud es que frustra la pretensión asociada al diseño institucional del CPLT y amenaza con privarlo de toda legitimidad. A diferencia de organismos como la Inspección del Trabajo o el Servicio Nacional del Consumidor, cuyo diseño típicamente alinea los intereses de la institución con los intereses de una de las partes en conflicto, el complejo sistema de contrapesos para el nombramiento de los miembros del CPLT demuestra que se trata una agencia pública diseñada para actuar con un grado importante de objetividad. Más allá de las justificadas críticas que recibió recientemente el Ministerio de Hacienda por disminuir las asignaciones presupuestarias del CPLT, este conflicto resulta ilustrativo de los roces institucionales que puede producir la captura de un organismo por un sector tan extremista de la opinión pública como el que sostiene una dogmática puritana de la transparencia.

Hasta cierto punto, esta captura resultaba previsible teniendo en cuenta la trayectoria previa de algunos de los Consejeros del CPLT⁵³. No obstante, todo diseño institucional tiene sus límites y el buen desempeño de cualquier organismo público depende también de una autocomprensión acerca de la función que le corresponde cumplir en un Estado democrático de derecho. En este sentido, la principal tarea del CPLT es tomar consciencia de que no tiene la legitimación democrática para alterar el sentido de las leyes, ni tampoco forma parte del numeroso universo de Organizaciones No Gubernamentales que promueven un ideal romántico de transparencia. Al contrario, su función es bastante más humilde y consiste simplemente en proteger el equilibrio relativo que inspira la Ley sobre Acceso a la Información Pública. Por ello,

53 Junto al caso antes citado del Consejero Urrutia, el Consejero Olmedo presidió la Fundación Pro Acceso. Respecto de sus convicciones personales acerca del principio de transparencia, resultan ilustrativas sus intervenciones durante la tramitación de la Ley sobre Acceso a la Información Pública insistiendo sobre la pertinencia de someter a las empresas públicas al régimen general de los órganos de la administración del Estado sobre la base de que sería la tendencia en el derecho comparado, en Sesión N°35 de la Cámara de Diputados, 8 de mayo de 2007, y Sesión N°34 del Senado, 17 de julio de 2007. Para un contrapunto acerca de la tendencia del derecho comparado y un análisis de las complejidades doctrinales y jurisprudenciales que ha generado en su aplicación, Fernández, Severiano: *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, (Editorial Marcial Pons) 1997, 409-414. y, Rams, Leonor, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, (Editorial Reus) 2008, 375-381.

confiamos en que la excitación por la novedad de la Ley sobre Acceso a la Información Pública será pasajera y que dejará paso a un espíritu reflexivo, donde finalmente el CPLT podrá recuperar la inocencia del niño de Andersen y decirles de una vez a los sastres de la transparencia que ya hemos tenido suficiente de sus virtudes invisibles.

LA MODERNIZACIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

*Jorge Correa*¹

Introducción

En el umbral de la incorporación de Chile al mundo desarrollado, la variable constituida por la seguridad y la defensa se ha sabido mantener como una de sus grandes fortalezas, debido a que las distintas Administraciones han estado de acuerdo en que la defensa y la mantención del aparato disuasivo que se requiere para conservar la paz son materias en extremo delicadas, que exigen la mayor cautela y el mejor consenso en su estructura legal.

La seguridad es una condición que se desea establecer para que se realicen los fines del Estado y de la Nación, particularmente los del desarrollo social y económico. La defensa contribuye a la seguridad del país por medio de su preparación para el empleo legítimo de la fuerza, la disuasión y la participación en misiones de cooperación internacional.

Los principios del orden institucional republicano y democrático de nuestro país y los objetivos nacionales desempeñan un papel crucial dentro de los elementos en que se basa la defensa nacional. Ellos sustentan su arquitectura, orientan la acción del Estado en tal sentido y hacen posible apreciar la importancia de los desafíos de seguridad que el país enfrenta en el entorno internacional y del proceso de conducción para superarlos exitosamente.

¹ Abogado, Magíster en Derecho con mención en Derecho Administrativo y Magíster en Derecho con mención en Seguridad Social, ambos por la Universidad de Chile. Obtuvo la maestría en el Curso de Defensa Continental del Interamerican Defense College. Actualmente elabora su tesis doctoral en la Universidad de Lleida, España. Profesor Derecho Administrativo, Universidad Diego Portales.

Diversos supuestos en la Constitución Política de la República (en adelante la Constitución) contribuyen a encauzar y dar coherencia a la actividad global del Estado y, en especial, a la defensa. Entre ellos se pueden mencionar los siguientes: la preservación de la nación, el mantenimiento de su independencia política, la soberanía e integridad del territorio nacional; concurrir a la creación de condiciones de seguridad externa fundamentales para lograr el bien común; contribuir al desarrollo nacional y cooperar al logro equilibrado y armónico de las distintas capacidades del país; mantener y promover la paz y la seguridad internacional, de acuerdo con el interés nacional. Además, están los intereses políticos o institucionales, como son los de preservar la institucionalidad de Chile como República democrática y el Estado de Derecho. También están aquellos que forman parte de los propósitos históricos que animan a alguna de sus instituciones públicas, tales como el mantenimiento de las relaciones internacionales afines con el desarrollo nacional, las necesidades de cooperación y la proyección internacional del país. De la misma manera, ciertas aspiraciones se encuentran en el propio acervo político-cultural. En esta categoría se incluye la preservación de una convivencia ciudadana pacífica y solidaria; la conservación y enriquecimiento de la identidad nacional y del patrimonio cultural; el logro de un desarrollo económico sustentable, sostenible y acorde con el desarrollo social, sobre la base de la capacidad individual e igualdad de oportunidades para todos. Todos éstos son objetivos de la defensa nacional.

En este escenario, en que la defensa se orienta a ser un factor de desarrollo, las Fuerzas Armadas han pasado a tener como rol natural primordial ser instrumentos de paz y seguridad, y estar capacitadas para participar activamente en misiones internacionales de paz.

Para definir los planes, políticas y acciones que conduzcan a tales propósitos, en el año 2009 se puso término a un arduo trabajo legislativo de reestructuración del Ministerio de Defensa Nacional, que se materializó al dictarse la ley N° 20.424, que fijó su Estatuto Orgánico, texto publicado en el Diario Oficial de 4 de febrero de 2010. Ha sido ésta su mayor reforma desde comienzos de la década de los años treinta del siglo XX. El diseño estructural y funcional que mantuvo durante setenta años tuvo solo dos modificaciones: la creación del Estado Mayor de la Defensa en 1942 y la incorporación de las Subsecretarías de Carabineros y de la Policía de Investigaciones de Chile en 1976.

Este trabajo tiene por finalidad explicar en qué consisten las transformaciones efectuadas a esa Secretaría de Estado y analizar si ellas se adecúan a los requerimientos del sector.

I. Criterios Fundamentales

La defensa nacional “*es el conjunto de medios materiales, humanos y morales que una nación puede oponer a las amenazas de un adversario en contra de sus intereses. Su propósito es alcanzar una condición de seguridad externa tal que el país pueda lograr sus objetivos libre de interferencias exteriores*”². En tanto función estatal, requiere para su materialización de una estructura orgánica capaz de planificarla y ejecutarla, de mecanismos de control de gestión, de una legislación de respaldo, de financiamiento y de políticas orientadoras.

Sobre la base de estos conceptos, la elaboración de la legislación que transforma y moderniza el Ministerio de Defensa Nacional tuvo en consideración los siguientes criterios fundamentales:

A. Innova en la institucionalidad política de la defensa al consolidarla como un área de políticas públicas del Estado sujeta, por ende, a condiciones generales de formulación, implementación y verificación por parte de las demás políticas públicas, incluidos los requerimientos de transparencia y participación ciudadana. Por tal motivo, se concibe como suprapartidista y basada en un amplio consenso nacional.

B. Simplifica la estructura superior de la defensa, procurando un funcionamiento más efectivo, al suprimir o modificar organismos y competencias cuya existencia respondía a una concepción heredada de la Guerra Fría, donde se confundía la seguridad interior con la exterior, en lo que se refiere a planes y acciones.

C. Fortalece la autoridad presidencial y la autoridad ministerial –nivel político– en la gestión de los procesos de seguridad y defensa. Se prioriza otorgar coherencia a la posición del Ministro de Defensa Nacional, dado que es necesario guardar la debida correspondencia entre la relación de dependencia del Ministro con las jefaturas militares que le están subordinadas. A su vez, se

² Libro de la Defensa Nacional de Chile 2010, (Ministerio de Defensa Nacional) 107.

establece –como en casi todos los países– una corta cadena de mando en el desarrollo de las operaciones militares, lo que permite identificar con rapidez los problemas y sus costos. Ésta comienza en el Presidente de la República, quien se relaciona con los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas a través del Ministro de Defensa Nacional.

D. Sustenta las respectivas normas, por una parte, en la figura del Presidente de la República, a quien, en su condición de Jefe del Estado, le corresponde conservar el orden público en el interior y la seguridad externa de la República, todo ello, a través de procedimientos políticos o gubernativos; y, por otra, en el Ministerio de Defensa Nacional, que tiene algunas funciones específicas que lo distinguen del resto de la Administración Pública, por cuanto cumple tareas exclusivas y excluyentes relacionadas con el uso de la fuerza militar del Estado, mediante procedimientos administrativos.

E. Incrementa la eficacia y eficiencia de la gestión de los aludidos procesos administrativos, de manera de evitar duplicidades, esto es, que unas mismas funciones sean realizadas por más de un órgano.

F. Fortalece la institucionalidad conjunta, tanto en el ámbito de la asesoría y planificación estratégica como de las operaciones, posibilitando de esta manera una visión global de la defensa a la que deberán supeditarse las decisiones de cada rama de las Fuerzas Armadas, precisándose las funciones que se radican en cada órgano. Se gesta, así, un *sistema de defensa*, nombre que engloba a los organismos que participan tanto en la toma de decisiones como en la ejecución de las acciones en que se materializa la defensa. Integran este sistema todas las instituciones y autoridades que conforman los niveles político, estratégico y operacional: específicamente, el Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional, en el primero; el mencionado Secretario de Estado, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el Jefe del Estado Mayor Conjunto, el Consejo de Seguridad Nacional, la Junta de Comandantes en Jefe, en el segundo; y el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la industria de la defensa, en el tercero. Interactúan en un entorno normativo en las decisiones y acciones de los procedimientos relevantes, fundamentalmente legislativos, el Ejecutivo y el Congreso Nacional.

G. Integra el mundo civil y militar en las tareas de la defensa nacional, respetando y cautelando las competencias políticas y profesionales, en especial con respecto al elemento humano que formará parte de las dotaciones del Ministerio de Defensa Nacional.

II. Estructura y contenidos de la ley N° 20.424

A. Estructura

Esta ley consta de 38 artículos permanentes y 8 transitorios. Los artículos permanentes se encuentran divididos en cinco títulos, denominados “De la Organización de la Defensa Nacional”, “De las Subsecretarías del Ministerio de Defensa Nacional”, “Del Estado Mayor Conjunto, de su Funcionamiento y Organización”, “Del Personal del Ministerio de Defensa Nacional” y “De la Fiscalización de las actividades del Sector Defensa”, respectivamente, además de un párrafo titulado “Disposiciones Finales”.

B. Contenidos

I. La conducción superior

Como cuestión previa, es necesario formular algunas precisiones. La conducción de la defensa se materializa en el ejercicio del mando, proceso mediante el cual se adoptan las decisiones para dirigir la defensa del país. Las decisiones sobre la conducción de la defensa se agrupan en tres niveles. El primer nivel es el político, el más alto del Estado, que corresponde al Presidente de la República, quien recibirá del Ministerio de Defensa Nacional las propuestas de soluciones para enfrentar posibles riesgos y amenazas que se hubieren establecido. La resolución presidencial que en tal sentido se adopte se denomina *planificación primaria de defensa* y estará destinada a preparar al país y sus medios para oponerse a tales eventualidades. El segundo nivel es el estratégico, el cual se basa en las decisiones adoptadas en el ámbito político; es un proceso militar y conjunto denominado *planificación secundaria*, esto es, de desarrollo y preparación de la fuerza. El tercer nivel es el operacional, fundado en las decisiones adoptadas en el ámbito estratégico; corresponde específicamente al empleo de la fuerza.

Considerando estos conceptos, la ley se aboca, en primer lugar, al tratamiento del Presidente de la República y los organismos y órganos de trabajo en materias propias de la defensa nacional, como son el Ministerio de Defensa Nacional y el Ministro respectivo.

Se establece que la conducción superior de la defensa nacional corresponde al Jefe del Estado, quien desarrollará lo dispuesto en la Constitución sobre la base del deber que le asiste de resguardar la seguridad exterior del país y dar protección a su población. Para ejercer dichas funciones, el Presidente de la República cuenta con la colaboración directa e inmediata del Ministro de Defensa Nacional y dispone de las fuerzas de aire, mar y tierra —las cuales dependen de esa Secretaría de Estado—, las organiza y distribuye, de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional.

En segundo término, se regulan las funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras del Ministerio de Defensa Nacional, siendo dable destacar, entre ellas, las de proponer y evaluar la política de defensa, la política militar y la planificación de la Defensa Nacional; estudiar, proponer y evaluar las políticas y normas aplicables a los órganos que integran el sector defensa y velar por su cumplimiento; estudiar las necesidades financieras y presupuestarias del sector, proponer el anteproyecto de presupuesto anual y supervisar la inversión de los recursos asignados a los correspondientes organismos, servicios e instituciones; fiscalizar las actividades del sector defensa y velar por una eficiente administración en los organismos que lo componen; e informar al Congreso Nacional respecto de las políticas y planes de la defensa nacional, especialmente sobre la planificación de desarrollo de la fuerza y los proyectos específicos en que se materialice.

De este modo, se procura satisfacer dos objetivos: primero, actualizar las disposiciones orgánicas de acuerdo a los estándares previstos por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y, segundo, contemplar una estructura capaz de llevar a cabo el ciclo completo de políticas públicas del sector.

Como complemento de lo anterior, la ley señala que la organización del Ministerio de Defensa Nacional será la siguiente: El Ministro de Defensa Nacional; la Subsecretaría de Defensa; la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, y el Estado Mayor Conjunto.

En seguida se explicitan las diversas funciones que corresponden al Ministro de Defensa Nacional, quien tendrá la responsabilidad de la conducción del Ministerio, en conformidad con las políticas e instrucciones que el Presidente

de la República imparta. Especial mención merecen las de proponer, para conocimiento y aprobación del Presidente de la República, la política de defensa nacional, la política militar³ y las restantes políticas públicas del sector defensa, así como la documentación de la planificación primaria de la defensa nacional; aprobar, en conformidad con las instrucciones que el Presidente de la República imparta, la planificación secundaria de la defensa nacional; colaborar con el Presidente de la República en la conducción de la defensa nacional en situación de guerra externa o crisis internacional que afecte la seguridad exterior de la República, en el ejercicio de la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas y en las restantes atribuciones que la Constitución confiere a aquél en materias de defensa y seguridad exterior; proponer al Jefe del Estado para su resolución los objetivos estratégicos propios de la función de las Fuerzas Armadas y sus prioridades; determinar las necesidades de personal, financieras, de bienes y servicios para el funcionamiento del Ministerio, y proponer al Primer Mandatario los proyectos de adquisición e inversión de material de guerra.

Para las funciones de enlace permanente entre el Ministro y las Fuerzas Armadas, de ayudantía militar y para llevar a cabo las tareas de seguridad y protocolo del Ministerio, la ley contempla la existencia de una Ayudantía Militar del Ministro, integrada por un Oficial Superior o Jefe de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas, quienes se desempeñarán como sus ayudantes. El Jefe de la Ayudantía Militar del Ministro será el oficial más antiguo de entre ellos.

A continuación, la ley regula la subrogación del Ministro, estableciendo que en caso de ausencia o inhabilidad será subrogado por el Subsecretario de Defensa y, en caso de ausencia o inhabilidad de éste, por el Subsecretario para las Fuerzas Armadas, sin perjuicio que el Presidente de la República, cuando lo estime pertinente, designe a otro Ministro de Estado como subrogante.

3 *Libro de la Defensa Nacional de Chile 2010*, (Ministerio de Defensa Nacional) 167. Define la política militar como el conjunto de lineamientos que el Ministerio de Defensa Nacional dirige a las Fuerzas Armadas para materializar las normas propiamente militares de la política de defensa. Ella orienta su quehacer como un todo armónico y coordinado, por lo que tiene un carácter conjunto. En otras palabras, sienta las bases de las políticas institucionales específicas, como, por ejemplo, fijar estándares para materiales y equipos de uso común en las tres instituciones, procedimientos de tipo logístico y gestión de recursos, procedimientos operativos normales, entrenamiento conjunto y cumplimiento de tareas comunes. Los ámbitos en que se desarrolla la política militar son la conducción, el empleo de la fuerza y materias de personal, caso este último que comprende la formación profesional de las instituciones militares, la creación de las plantas de personal y todo lo concerniente al Servicio Militar Obligatorio.

2. La conducción estratégica

A este respecto, la ley se estructuró teniendo en consideración las causas de excepción constitucional de origen externo que reconoce el ordenamiento jurídico, como son la guerra externa y los casos de crisis internacional que afecten la seguridad exterior del país.

Es así como, en caso de guerra externa, el Presidente de la República, junto con asumir la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas, activa una organización de mando de naturaleza operativa que, planificada, prevista y entrenada en tiempos de paz, se haga cargo de las operaciones militares sean o no conjuntas. En los casos de crisis internacional, el Jefe del Estado activará los planes de defensa nacional. En ambas circunstancias ordenará el empleo de las fuerzas militares, entregando el mando de la conducción estratégica de los medios asignados al Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En otras palabras, el mando que se confiera al conductor estratégico sobre las fuerzas que se asignan a las operaciones es un mando militar, por lo que el Oficial General que lo ejerza estará en una relación de mando directa con los órganos de maniobra en los que se organicen las fuerzas, sea que tengan el carácter de conjuntos o no.

El mando y la organización de las fuerzas que sean asignadas a las operaciones, serán los previstos en la planificación secundaria de la defensa nacional, en cuya elaboración participan tanto las autoridades políticas del Ministerio como las autoridades militares de nivel institucional y conjunto, lo que permite dar, en este nivel estratégico de integración mixta, la necesaria flexibilidad organizativa y de estructura a tales fuerzas.

3. Junta de Comandantes en Jefe

Aun cuando no integra la organización del Ministerio de Defensa Nacional, sino que del sector defensa, se estimó necesario mantener este organismo como consultor del Ministro de Defensa Nacional en materias comunes de las Fuerzas Armadas relativas al desarrollo y empleo de los medios militares.

Entre otras materias, el Ministro de Defensa Nacional deberá requerir opinión de la Junta de Comandantes en Jefe sobre la planificación primaria y secundaria, doctrina y reglamentación conjunta; creación o activación de coman-

dos, fuerzas u órganos de maniobra, reparticiones o unidades de naturaleza conjunta; asignación de medios terrestres, navales, aéreos o conjuntos a las operaciones que se lleven a cabo en situaciones de guerra externa o crisis internacional, o sobre la asignación de medios a misiones de paz; adquisiciones institucionales, comunes y conjuntas de material de guerra; u otras materias que el Ministro estime conveniente someter a su consideración.

La Junta de Comandantes en Jefe será convocada por dicho Secretario de Estado, quien la presidirá, y estará integrada por el Comandante en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y por el Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En suma, la ley en comento asigna a la Junta de Comandantes en Jefe el carácter de organismo permanente de consulta del Ministro de Defensa Nacional, cuyo pronunciamiento obligatorio en las materias que se indican lo es tanto en tiempos de paz como de guerra.

4. Las Subsecretarías

La ley rediseña el esquema de las Subsecretarías del Ministerio de Defensa Nacional, constituyendo una de las reformas más significativas, ya que incide en la organización misma de dichas Secretarías de Estado y en los procedimientos por los que darán cumplimiento a sus tareas.

En efecto, se suprimen las Subsecretarías de Guerra, de Marina y de Aviación y la Dirección Administrativa del Ministerio, sustituyéndose por la Subsecretaría de Defensa y la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas. Estas modificaciones se formulan sobre la base del principio de que cada Subsecretaría se abocará a un ámbito de competencia propio y específico, sin superposiciones ni duplicidades. De este modo, se crea la Subsecretaría de Defensa, encargada de la preparación y elaboración de las propuestas políticas y planes del sector, y la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, que pasa a tener las funciones que correspondían a las tres que se suprimen, vale decir, que estará dedicada a las tareas administrativas ministeriales que para el cumplimiento de sus misiones requiere cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas, pero desarrollándolas de manera integrada.

4.a. Subsecretaría de Defensa

La Subsecretaría de Defensa se concibe como el órgano de colaboración inmediata del Ministro en los asuntos de política de defensa que sean propios de su competencia; su jefe superior será el Subsecretario de Defensa.

Sus funciones más relevantes son: proponer al Ministro la política de defensa, la política militar y la planificación primaria de la Defensa Nacional, asegurando su correspondencia con la planificación secundaria; efectuar el análisis político y estratégico para la elaboración, actualización y proposición al Ministro de la apreciación de los riesgos y amenazas para el país en el ámbito de su seguridad exterior; proponer al Ministro el texto de los informes al Congreso Nacional sobre las políticas y planes de la defensa nacional, en aquellas materias que sean de su competencia; proponer al Ministro la política de adquisiciones de material de guerra; proponer al Ministro la agenda de asuntos internacionales de la defensa y las políticas sobre cooperación internacional en materias de seguridad y defensa del Ministerio, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores; proponer al Ministro las políticas en materia de desarme, no proliferación, verificación y control internacional de armamentos, participación de medios militares chilenos en misiones de paz, y derecho internacional humanitario y de los conflictos armados; proponer al Ministro y coordinar las políticas sectoriales para el desarrollo científico, tecnológico e industrial de la defensa nacional; y evaluar los proyectos de desarrollo e inversión que de ellas se deriven, en coordinación con los órganos competentes del Estado.

Para el desempeño de esas funciones, se dota a la Subsecretaría de Defensa de cuatro divisiones –de planes y políticas, de evaluación de proyectos, de relaciones internacionales y de desarrollo tecnológico–, y se establece que las empresas estratégicas –Fábricas y Maestranzas del Ejército, Astilleros y Maestranzas de la Armada y Empresa Nacional de Aeronáutica– se relacionarán con el Supremo Gobierno por intermedio de la Subsecretaría de Defensa.

El jefe superior de la Subsecretaría será el Subsecretario de Defensa.

4.b. Subsecretaría para las Fuerzas Armadas

Esta Subsecretaría es definida como el órgano de colaboración del Ministro en aquellas materias que dicen relación con la formulación de políticas y con la

gestión de los asuntos y procesos administrativos que el Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Armadas requieran para el desarrollo de la fuerza y el cumplimiento de sus funciones.

Entre otras, le corresponden las siguientes funciones generales: realizar la gestión de los asuntos de naturaleza administrativa y la tramitación de la documentación respectiva proveniente de las Fuerzas Armadas o de los organismos del sector que corresponda; elaborar los decretos, resoluciones, órdenes ministeriales y oficios relativos a nombramientos, ascensos, retiros, renunciaciones, destinaciones, comisiones de servicio al extranjero y, en general, todos aquellos actos administrativos orientados a la resolución de solicitudes, beneficios u otros asuntos del personal de las Fuerzas Armadas, en servicio activo y en retiro, y a sus familias, que deban tramitarse por la Subsecretaría; proponer al Ministro la política sectorial de reclutamiento; proponer al Ministro la programación financiera y presupuestaria de largo plazo de los recursos del sector; formular y evaluar, en coordinación con el Subsecretario de Defensa, el anteproyecto de presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional, incluyendo los de las instituciones armadas; coordinar y supervisar la ejecución del presupuesto asignado al Ministerio; estudiar el financiamiento de los proyectos de adquisición e inversión para las Fuerzas Armadas; proponer al Ministro el texto de los informes al Congreso Nacional sobre las políticas y planes de la defensa nacional, en aquellas materias de su competencia.

Para el desempeño de tales funciones, la Subsecretaría contará con cinco divisiones –de asuntos institucionales, administrativa, jurídica, de presupuesto y finanzas, y de auditoría–, precisándose que la Dirección General de Movilización Nacional, la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y la Defensa Civil de Chile son organismos que dependerán o se relacionarán con el Ministro de Defensa Nacional, según corresponda, por intermedio de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

El jefe superior de la Subsecretaría será el Subsecretario para las Fuerzas Armadas.

5. El Estado Mayor Conjunto de la Defensa Nacional

La ley crea un nuevo Estado Mayor Conjunto de la Defensa Nacional, para suceder al denominado Estado Mayor de la Defensa Nacional, el cual define

como el organismo de trabajo y asesoría permanente del Ministro de Defensa Nacional en aquellas materias que tengan relación con la preparación y empleo conjunto de las Fuerzas Armadas.

En este sentido, dos son los objetivos que persigue este organismo, por una parte, promover e impulsar “lo conjunto”, dentro del ámbito ministerial propio de su competencia, relacionado con la reorganización de la conducción estratégica y la Junta de Comandantes en Jefe, y, por otra, reordenar lo que en doctrina se ha llamado “lo político estratégico”, que con anterioridad a la vigencia de la ley se resolvía dentro de la esfera de competencia del antiguo Estado Mayor de la Defensa Nacional –al que específicamente le correspondían las Direcciones de Planificación Primaria, de Asuntos Internacionales y de Asuntos Especiales– y que ahora se le entrega a la Subsecretaría de Defensa.

Al Estado Mayor Conjunto de la Defensa Nacional le han sido asignadas diversas funciones propias de la naturaleza de estos organismo, tales como, de personal, de inteligencia, operaciones y logística. En lo sustancial, le corresponderá: servir de órgano de asesoría y trabajo en la conducción estratégica para enfrentar las situaciones que puedan demandar los estados de excepción constitucional⁴ y, en particular, los casos de guerra externa o crisis internacional que afecte a la seguridad exterior de la República; elaborar y mantener actualizada la planificación secundaria; asegurar la correspondencia, en materia de desarrollo y empleo de la fuerza, entre la planificación secundaria y la planificación institucional operativa; planificar, preparar, disponer y apoyar el entrenamiento conjunto de las Fuerzas Armadas; servir de órgano de asesoría y trabajo para la planificación y coordinación de las actividades de los medios chilenos que participen en misiones de paz; elaborar y proponer al Ministro los proyectos de adquisición e inversión conjuntos; y proveer de inteligencia a la Subsecretaría de Defensa para efectos de la planificación primaria.

Con respecto a esta última función, la ley dispone que la Dirección de Inteligencia de la Defensa dependerá del Estado Mayor Conjunto. También serán de su dependencia las Agregadurías de Defensa y el Centro Conjunto de Operaciones de Paz de Chile (CECOPAC). Por último, en relación con las misio-

4 Con motivo del terremoto del 27 de febrero de 2010, que afectó a cinco regiones del país, se decretó el estado de excepción constitucional de catástrofe, siendo ésta la primera actividad de relevancia que le correspondió realizar al Jefe del Estado Mayor Conjunto.

nes de paz a que se hizo referencia en el párrafo anterior, se reorganiza el mando operacional de los medios terrestres, navales y aéreos que participen en esas misiones, el cual corresponderá al Jefe del Estado Mayor Conjunto, quien será la Autoridad Militar Nacional para tales efectos.

La Jefatura del Estado Mayor Conjunto estará a cargo de un Oficial General especialista en Estado Mayor, designado por el Presidente de la República de entre aquellos que tengan el grado de General de División, Vicealmirante o General de Aviación. Dependerá del Ministro de Defensa Nacional, de quien será asesor directo e inmediato en todo lo que diga relación con el desarrollo y empleo conjunto de la fuerza, ejerciendo el mando militar de las fuerzas terrestres, navales, aéreas y conjuntas asignadas a las operaciones, en conformidad a la planificación secundaria de la defensa nacional.

6. Personal del Ministerio de Defensa Nacional

El personal que se desempeñará en esa Secretaría de Estado estará conformado por funcionarios que integren la planta ministerial, por los a contrata y por el personal de las Fuerzas Armadas destinado por las respectivas Instituciones, a requerimiento del Ministro, a prestar servicios en ella.

Desde el punto de vista de su vinculación estatutaria, tanto el personal de planta como el a contrata estarán afectos a las disposiciones de la ley N° 18.834, que aprobó el Estatuto Administrativo; sus remuneraciones se regirán por el decreto ley N° 249, de 1973, sobre Escala Única de Remuneraciones, y su legislación complementaria, y en materia de previsión social y de salud se regularán por las normas del decreto ley N° 3.500, de 1980, que establece el Nuevo Sistema de Pensiones. Distinta es la situación del personal perteneciente a alguna de las Instituciones de las Fuerzas Armadas –sea éste militar o civil–, quienes continuarán sujetos a la legislación especial que rige el ejercicio de sus funciones, esto es, la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, N° 18.948, y el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, el decreto con fuerza de ley N° 1, de 1997, Subsecretaría de Guerra, del Ministerio de Defensa Nacional. En cuanto a sus remuneraciones, percibirán exclusivamente las que les correspondan como miembros de sus respectivas instituciones; en materia de previsión y salud, el personal militar estará afecto a las normas de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y el civil al referido texto del decreto ley N° 3.500.

7. Fiscalización de las actividades del sector defensa

La inversión de los recursos asignados a los organismos, servicios e instituciones del sector defensa serán supervisados por el Ministerio de Defensa Nacional. Por su parte, las metodologías de evaluación de los estudios y proyectos de inversión institucionales o conjuntos, se fijarán por decreto supremo de los Ministerios de Defensa Nacional y de Hacienda.

Con respecto a las empresas estratégicas a que ya se hizo mención, serán también evaluadas por el Ministerio de Defensa Nacional.

Como norma general, se establece el carácter público de los actos administrativos presupuestarios de la defensa nacional, y los registros de proveedores de los organismos e instituciones del sector. No obstante, los fundamentos de los actos y resoluciones presupuestarios de la defensa nacional, incluidos los que formen parte del proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público, serán secretos o reservados en todo lo relativo a planes de empleo de las Fuerzas Armadas; estándares en los que éstas operan; especificaciones técnicas y cantidades de equipamiento bélico y material de guerra; estudios y proyectos de inversión institucionales o conjuntos referidos al desarrollo de capacidades estratégicas; y los gastos institucionales y conjuntos de las Fuerzas Armadas. El Congreso Nacional y sus Cámaras deberán conocer, en sesiones secretas, los informes del Ministerio de Defensa Nacional sobre la planificación de desarrollo de la fuerza, incluyendo la planificación financiera asociada y el estado de avance en su ejecución, y los proyectos de adquisición e inversión en sistemas de armas aprobados y su financiamiento, en todo aquello que revista el carácter de secreto o reservado.

Por último, llama la atención que la ley no haga ninguna referencia, directa ni indirecta, a las competencias fiscalizadoras que tiene la Contraloría General de la República de las actividades del sector defensa, las que, en todo caso, requerirán de coordinación permanente tanto respecto de las que ejerce el Ministerio como las que corresponden a las Contralorías Internas de las instituciones de la defensa nacional.

8. Disposiciones finales y transitorias

Las disposiciones finales y transitorias de la ley abordan un conjunto de aspectos necesarios de solucionar, que son una consecuencia de la transformación organizacional que regula. De ellas, merecen destacarse las siguientes:

En primer lugar, se resuelven diversas situaciones de sucesión legal, identificando los nuevos organismos que se encargarán de ejercer derechos y cumplir las obligaciones que correspondían a los que se suprimen. Así, por ejemplo, y como ya se expresó, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas es la sucesora para todos los efectos legales, reglamentarios y contractuales de las Subsecretarías de Guerra, de Marina y de Aviación, y de la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional. De igual modo, el Estado Mayor Conjunto es sucesor, para todos los efectos legales, reglamentarios y contractuales del Estado Mayor de la Defensa Nacional, y el Ministerio de Defensa Nacional lo será del Consejo Superior de Defensa Nacional.

En segundo lugar, para el funcionamiento de la nueva estructura ministerial, se dispone que el Ministerio de Bienes Nacionales destine al Ministerio de Defensa Nacional los bienes inmuebles que se hayan asignado a cualquier título a los mencionados organismos que se suprimen.

En tercer lugar, se regula una situación especial como es la que se produce con los bienes muebles, archivos y documentación de los aludidos organismos que se eliminan, cuya custodia y uso pasa a sus sucesores legales.

En cuarto lugar, se precisa que un reglamento complementario de la ley establecerá aquellas disposiciones destinadas a poner en ejecución sus normas en materia de organización y funcionamiento administrativo del Ministerio de Defensa Nacional.

En quinto lugar, se contempla un régimen legal provisorio para la dependencia y funcionamiento de las Subsecretarías de Carabineros e Investigaciones y la Dirección de Previsión de Carabineros, mientras no entren en vigencia las normas que crean el Ministerio encargado de la Seguridad Pública, bajo cuya dependencia pasarán a quedar las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. De esta manera, en tanto no entre en vigencia la ley que establezca ese Ministerio, dichas Subsecretarías seguirán existiendo como tales, continuarán dependiendo del Ministerio de Defensa Nacional e integrando su estructura orgánica, pero rigiéndose por su legislación y reglamentación propia vigente a la fecha de publicación de la ley N° 20.424 en comentario.

En sexto lugar, con el propósito de agilizar administrativamente el proceso de modernización, se otorgan facultades legislativas delegadas al Presiden-

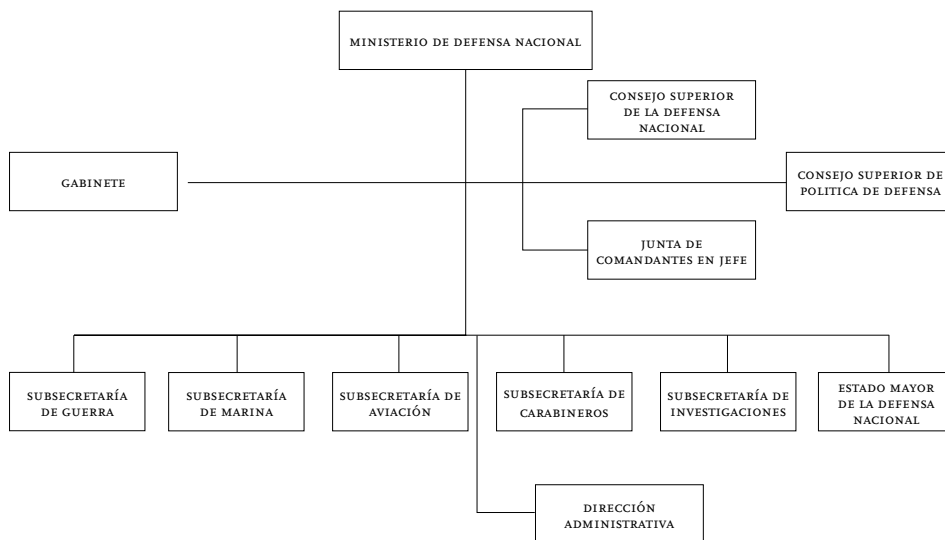
te de la República para que, dentro del plazo de un año, contado desde el 30 de marzo de 2010, mediante uno o más decretos con fuerza de ley, fije las plantas y escalafones de personal de las Subsecretarías del Ministerio de Defensa Nacional y del Estado Mayor Conjunto. Como complemento de lo anterior, el Jefe del Estado deberá dictar las normas para disponer el traspaso y encasillamiento del personal de planta y a contrata, en servicio a la fecha de publicación de la ley N° 20.424, desde las Subsecretarías de Guerra, Marina y Aviación y de la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional a las nuevas plantas de personal que fije, o bien a plantas de personal transitorias y en extinción.

En séptimo lugar, y a fin de producir la debida correspondencia legislativa, se derogan diversos textos legales, entre los cuales cabe mencionar la ley N° 7.144, que creó el Consejo Superior de Defensa Nacional; el decreto con fuerza de ley N° 181 de 1960 del Ministerio de Hacienda, que creó el Consejo Superior de Seguridad Nacional y la ley N° 18.952, que creó la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional.

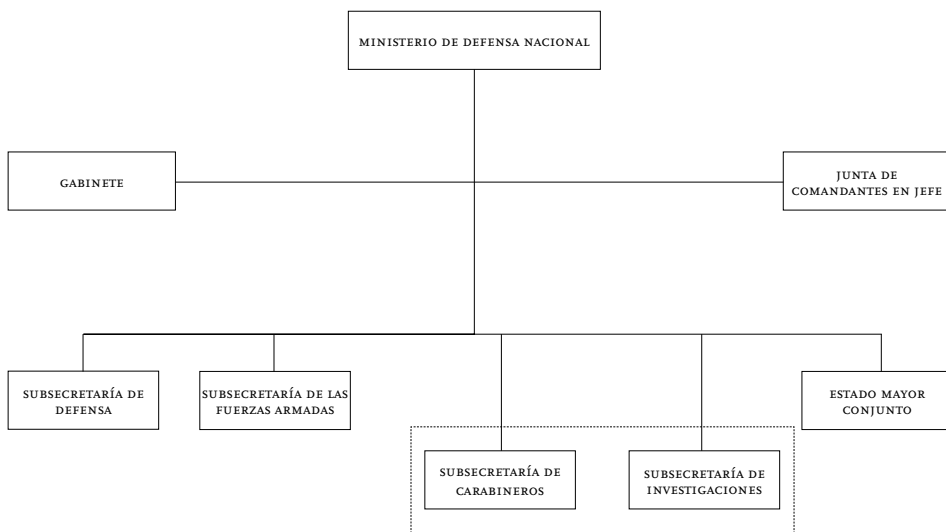
III. Organigrama del Ministerio de Defensa Nacional

Las representaciones gráficas que a continuación se expresan, ilustran más aun el contenido de las modificaciones a que se ha hecho referencia:

A. Antes de la vigencia de la Ley N° 20.424



B. A partir de la vigencia de la Ley N° 20.424



IV. Conclusiones

La reforma del Ministerio de Defensa Nacional prevista por la ley N° 20.424 se basa en un modelo que, en lo sustancial, contempla las siguientes características:

A. Simplifica la estructura superior de la defensa al suprimirse o modificarse organismos del sector, y reformularse algunas de sus competencias. Es así como se transfieren a organismos del Ministerio de Defensa Nacional funciones de consejos cuya existencia legal termina.

B. Fortalece la figura del Ministro de Defensa Nacional en los procesos de gobierno y administración del sector, al extenderse en tres ámbitos el ejercicio de sus competencias: se le confiere la Presidencia de la Junta de Comandantes en Jefe; es responsable ante el Presidente de la República de la planificación primaria y secundaria de la defensa; y la ley lo posiciona como colaborador directo e inmediato del Jefe del Estado cuando éste asume como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.

C. Redefine la Junta de Comandantes en Jefe, confiriéndole el carácter exclusivo de órgano asesor militar consultivo del Ministro de Defensa Nacional sobre aspectos institucionales, comunes y conjuntos de las Fuerzas Armadas, ya sea en tiempos de paz o de guerra. También se la fortalece con la presidencia permanente de dicho Secretario de Estado y la incorporación como miembro pleno del Jefe del Estado Mayor Conjunto.

D. Reestructura el esquema de las Subsecretarías que dependen del Ministerio de Defensa Nacional, pasando de uno institucional –caracterizado porque sus desempeños eran separados para el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea– a Subsecretarías con competencias funcionales. De cinco se reducen a dos: una, la Subsecretaría de Defensa, dedicada a los asuntos de política de defensa; y la segunda, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, a cargo de la gestión de los procesos administrativos que el Ministerio y las Fuerzas Armadas requieran para el cumplimiento de sus cometidos específicos. Transitoriamente, y mientras no se cree el Ministerio encargado de la seguridad pública, permanecerán dependiendo de esta Secretaría de Estado, las Subsecretarías de Carabineros y de la Policía de Investigaciones de Chile.

E. Crea el Estado Mayor Conjunto. Si bien la conducción de la defensa corresponde al Presidente de la República, quien para ello cuenta con el Ministro de Defensa Nacional como órgano superior de colaboración en las funciones de gobierno y administración, con la existencia legal de dicho organismo se fortalece la institucionalidad conjunta, tanto en los niveles estratégico –específicamente en los campos de la asesoría y la planificación– como operacional. Se entrega, asimismo, al Jefe del Estado Mayor Conjunto el mando militar de las fuerzas asignadas a las operaciones, de entrenamiento conjunto y de la respectiva elaboración doctrinaria.

F. Finalmente, una reflexión: si bien quedan temas pendientes de mucha relevancia que solucionar en el sector defensa –tales como definir el mecanismo de financiamiento a través de la Ley del Cobre para las adquisiciones del equipamiento de las Fuerzas Armadas y adecuar el Código de Justicia Militar al nuevo régimen procesal penal– cuyo análisis exorbitaría la pretensión de este trabajo, es indudable que las transformaciones de que ha sido objeto el Ministerio de Defensa Nacional, mediante la ley N° 20.424, al crear una estructura institucional que hace responsable de la conducción de la defensa nacional a

la autoridad política, consolidar un sistema de defensa nacional, establecer procedimientos para evaluar la conveniencia de mantener tropas chilenas en el extranjero y de plasmar la voluntad de transparentar el accionar del sector, son elementos integrantes de la dinámica modernizadora de la administración del Estado Chileno que contribuirán a impulsar y dar una fisonomía más concreta a las ventajas económicas y sociales que fluyen de la compleja trilogía seguridad, defensa y desarrollo y, al mismo tiempo, estarán llevando a cabo el Plan Maestro de la Constitución Política de la República.

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

EL CASO SOBRE EL LÍMITE MARÍTIMO ENTRE CHILE Y PERÚ ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Alvaro Arévalo ¹

Introducción

Las siguientes consideraciones presentan un sucinto relato del estado en el que se encuentra actualmente el procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante la Corte o CIJ, indistintamente) iniciado el 16 de enero de 2008 con la presentación de una demanda del Perú en contra de Chile, en relación con lo que dicho país sostiene es, esencialmente, una controversia sobre delimitación marítima, a partir de la inexistencia de tal delimitación. Se hará referencia a ciertos aspectos de procedimiento vinculados al caso, así como un desarrollo de las posiciones fundamentales de las partes.

Cabe señalar que, en la actual fase del procedimiento, tanto la Memoria del Perú como la Contra Memoria de Chile, presentada el 9 de marzo pasado, mantienen el carácter de textos reservados.

La demanda peruana, presentada ante la Corte por el Agente designado al efecto por el Gobierno de Perú, Allan Wagner², se estructura sobre la base de diversos elementos. En primer lugar, alude a lo que denomina el *objeto de la controversia*. Indica al respecto que la controversia entre ambos países se refiere a la delimitación entre las zonas marítimas de los dos Estados en el Océano Pacífico, comenzando en un punto de la costa llamado Concordia en el Tratado entre Chile y Perú del 3 de junio de 1929.

Agrega que la controversia comprende también el reconocimiento a favor de

¹ Abogado. Magíster en Derecho con Mención en Derecho Internacional, Universidad de Chile. El autor deja expresa constancia que los contenidos expuestos solo representan sus puntos de vista personales y por lo tanto no comprometen a ninguna institución a la que se pueda encontrar vinculado.

² Texto íntegro se puede consultar en www.icj-cij.org

Perú de una amplia zona marítima situada dentro de las 200 millas marinas de las costas de Perú y por ello pertenecientes a Perú, pero a la que Chile considera como formando parte de alta mar. Este espacio es lo que se denomina el *triángulo exterior*, que se conforma a partir de la proyección que hace Perú de las doscientas millas marinas medidas desde sus líneas de base, como parte de su dominio marítimo. Tal espacio, situado mas allá de las doscientas millas marinas de zona económica exclusiva chilena, tiene actualmente la calidad de alta mar.

En la parte referida a los hechos, Perú indica que las zonas marítimas entre Chile y ese país no han sido nunca delimitadas, ni por acuerdo ni de ninguna otra forma.

Como consecuencia de lo anterior, el planteamiento peruano lleva a que la delimitación de las zonas marítimas entre Chile y Perú debe ser determinada por la Corte de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario.

Perú indica que Chile sostiene que ambos Estados han acordado una delimitación marítima que comienza en la costa y continúa luego a lo largo de un paralelo de latitud. Desde la década de 1980, señala su presentación, Perú ha intentado negociar los diversos temas en conflicto, pero ha encontrado sistemáticamente el rechazo de Chile a entrar en negociaciones.

A continuación, Perú indica las bases en las que se sustenta la jurisdicción de la Corte para conocer de este caso, materia que analizaremos más adelante.

En la cuarta parte de su demanda, Perú señala que los principios y reglas de derecho internacional consuetudinario que regulan la delimitación marítima se recogen en las normas pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, desarrollados por la jurisprudencia de la Corte y otros Tribunales, constituyendo las principales fuentes del derecho internacional aplicables a lo que define como una controversia.

Agrega más adelante que, bajo el derecho internacional, tanto Chile como Perú tienen derecho a un espacio marino adyacente que constituye una prolongación de sus respectivos territorios terrestres hasta una distancia de 200 millas marinas desde sus respectivas líneas de base. Teniendo en cuenta lo

anterior, y debido a la configuración geográfica de la costa de ambos países, sus derechos respectivos se superponen. En la medida que no se ha alcanzado un acuerdo por las partes respecto de la delimitación de sus respectivas zonas marítimas y en ausencia de circunstancias especiales de tal naturaleza que pongan en cuestión la línea de equidistancia, esta línea refleja un resultado equitativo. En consecuencia, la frontera marítima entre las partes debería ser determinada sobre esa base.

En contraste, agrega, una línea divisoria a lo largo del paralelo comenzando en la costa, defendida por Chile, no reúne el requisito fundamental de alcanzar un resultado equitativo ni surge de ningún acuerdo entre las partes.

Finalmente, en la Parte V, Perú solicita a la Corte que determine el curso del límite entre las zonas marítimas de los dos Estados de acuerdo con el derecho internacional y que resuelva y declare que Perú posee derechos de soberanía exclusivos en el área marina situada dentro del límite de las 200 millas marinas desde sus costas, pero fuera de la zona económica exclusiva o de la plataforma continental de Chile.

Perú, en su demanda, sostiene los siguientes argumentos fundamentales:

- a) La frontera marítima entre Chile y Perú no ha sido establecida ni por acuerdo ni de ninguna otra forma.
- b) Siendo ese el caso, las reglas para delimitar espacios marinos entre Estados con costas adyacentes están contenidas en el derecho internacional general tal como se recoge en las normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, de la que Chile es Estado Parte, no así Perú.
- c) Perú tiene derecho a un espacio marino proyectado a 200 millas marinas desde sus costas, que se ubica más allá de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental chilena, que tendría en consecuencia la calidad de zona económica exclusiva peruana y no alta mar como actualmente sucede.
- d) La alegación chilena de que el límite marítimo entre ambos países ha sido establecido a partir del paralelo que comienza en la costa no reúne la exigencia de que la delimitación de espacios marinos entre Estados con costas adya-

centes, como es el caso en cuestión, alcance un resultado equitativo; además, no se basa en ningún acuerdo adoptado entre las partes. Deja entrever igualmente en este concepto una discrepancia respecto de la ubicación del punto inicial de la frontera marítima.

El siguiente paso procesal, luego de la presentación de la demanda, lo dieron ambas partes el 14 de marzo de 2008 cuando se llevó a cabo en la sede de la Corte en La Haya una reunión entre la entonces Presidenta del Tribunal, la jueza Rosalyn Higgins (Reino Unido) y los agentes de ambos Gobiernos, el ya mencionado Allan Wagner de Perú, el Embajador Alberto van Klaveren, agente designado por el Gobierno de Chile, los coagentes Jorge Chávez Soto, de Perú, y las Embajadoras María Teresa Infante y Cecilia Mackenna de Chile.

Teniendo en cuenta los puntos de vista de ambos Gobiernos y las circunstancias del caso, el 31 de Marzo de 2008 la Corte resolvió que Perú debía presentar su Memoria hasta el 20 de marzo de 2009 y que Chile debería presentar su Contra Memoria hasta el 9 marzo de 2010.

Una vez cumplida esta fase del procedimiento escrito, es altamente probable que los Agentes de las partes sean invitados a reunirse en la sede de la Corte y se les consulte sobre los plazos que estimarían adecuados para presentar la réplica y la dúplica, de Perú y Chile, respectivamente, antes de dar curso a la fase oral del procedimiento. Se estima que es muy factible que la alternativa de una segunda ronda de escritos sea realidad y que, a lo menos, la réplica peruana se presente en 2010. En definitiva, las partes informarán a la Corte sobre el tiempo que solicitan para presentar esta segunda ronda de escritos y la Corte lo determinará, según su propio criterio.

Por qué el caso se radica en la CIJ

Como es sabido, la jurisdicción en el ámbito internacional es voluntaria o facultativa. A ningún Estado se le puede llevar a un tribunal internacional sin que ese Estado haya dado su consentimiento mediante alguna de las formas previstas al efecto.

Así, por ejemplo, en el año 1955, Chile fue demandado ante la CIJ, en forma paralela a Argentina, por el Gobierno de Gran Bretaña, en relación con

materias vinculadas con los territorios antárticos. No habiendo aceptado la jurisdicción de la Corte bajo alguno de los medios reconocidos, el Gobierno de Chile no se sintió bajo la obligación de comparecer ante ella por lo que la Corte debió eliminar el caso de su Lista.

Lo anterior contrasta con las situaciones en que la jurisdicción de la Corte es obligatoria para determinados Estados: por ejemplo, si así se ha convenido en un tratado bilateral o multilateral y en los términos previstos en esos instrumentos, o bien de otra forma, como podría ser la modalidad de la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria regulada en el artículo 36 (2) y siguientes del Estatuto de la Corte.

En el presente caso, la base de la jurisdicción obligatoria de la Corte se encuentra en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o *Pacto de Bogotá*, de 1948, instrumento del cual son partes tanto Chile como Perú.

En efecto, el artículo XXXI de dicho instrumento establece:

De conformidad con el inciso 2º. del Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto de cualquier otro Estado Americano, como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial, mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre: a) La interpretación de un Tratado; b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional; c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional; d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

En consecuencia, existe un tratado por el cual se ha reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte y Chile es parte de aquél. Respecto de la jurisdicción de la Corte en este caso particular y a la luz del contenido de la demanda del Perú, caben algunas consideraciones.

En primer lugar, las cuestiones que versen sobre el límite terrestre que pudiesen ser planteadas, aunque estuviesen vinculadas estrechamente con la

cuestión del límite marítimo, estarían *prima facie* fuera de la competencia de la Corte. El artículo 12 del Tratado de Lima de 1929 dispone:

“Para el caso en que los Gobiernos de Chile y el Perú no estuvieren de acuerdo en la interpretación que den a cada una de las diferentes disposiciones de este Tratado, y aunque, a pesar de su buena voluntad, no pudieren ponerse de acuerdo, decidirá el Presidente de los Estados Unidos de America la controversia”.

El segundo argumento que adicionalmente limitaría la jurisdicción de la Corte en esta materia, está contenido en el propio Pacto de Bogotá de 1948. Su artículo VI dispone:

“Tampoco podrán aplicarse dichos procedimientos a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en la fecha de celebración del presente Pacto”.

Los procedimientos a que alude la norma son los diferentes medios de solución pacífica de controversias que recoge el Pacto de Bogotá.

El tema del límite terrestre ya fue resuelto por las partes y se encuentra regido por un Tratado que estaba en vigor en la fecha de celebración del Pacto de Bogotá (1948). El Tratado de Lima se adoptó en 1929.

Por otra parte, Chile sostiene en su argumentación que el límite marítimo se encuentra acordado con Perú en diversos instrumentos internacionales, reafirmados por una práctica posterior común no cuestionada por cerca de 50 años, que ha determinado un efectivo y no disputado ejercicio de soberanía y jurisdicción en el área delimitada por parte de Chile. Chile ha ejercido, efectivamente, en los espacios hoy cuestionados por Perú, la totalidad de las competencias que el derecho internacional le reconoce en ellos.

En consecuencia, siendo ese el caso, la Corte no estaría facultada para acceder a lo solicitado por Perú en su demanda: esto es, fijar el curso del límite marítimo entre ambos países.

Esta falta de jurisdicción para establecer el curso del límite marítimo entre Chile y Perú, por tratarse de una cuestión ya resuelta entre ellos, podía haber sido alegada como excepción preliminar sobre la base del ya mencionado artículo VI del Pacto de Bogotá, en relación con el artículo 79 del Reglamento de la Corte.

Por razones de estrategia procesal, Chile decidió no hacer uso de la facultad que le daba el artículo VI del Pacto de Bogotá por la vía de deducir una excepción preliminar de falta de jurisdicción de la Corte. En efecto, una de las posibles resoluciones de la Corte ante esta excepción preliminar de incompetencia, de acuerdo a lo establecido en el referido artículo 79 del Reglamento, podía haber sido que el tema se resolviera junto con el fondo del asunto.

Sin perjuicio de lo anterior, a partir de la alegación en cuanto a que el límite marítimo entre Chile y Perú está efectivamente convenido, la Corte naturalmente debería abstenerse de acceder a la solicitud peruana de que sea ella la que establezca ese límite.

En consecuencia, desde el punto de vista de sus derechos, la situación de Chile no se ha visto afectada por la decisión relativa a no plantear excepciones preliminares.

Composición de la Corte en el presente caso. Los jueces ad hoc

Si bien la Corte es un órgano jurisdiccional compuesto por 15 jueces permanentes (desempeñan sus cargos por un período de 9 años, pudiendo ser reelegidos), las partes en un proceso tienen derecho, en conformidad con el artículo 31 de su Estatuto y los artículos 7 y 8 de su Reglamento, a designar jueces ad hoc.

En el presente caso, esta facultad, para ambas partes, surge del hecho que ninguna de ellas tiene un juez de su nacionalidad entre los 15 jueces que actualmente conforman la Corte.

La función de un juez ad hoc se extiende solo por el tiempo del desarrollo del caso para el que han sido designados, cesando en su ejercicio conjuntamente con la conclusión del mismo. Poseen los mismos derechos y obligaciones de los jueces permanentes. Chile designó al efecto al jurista

y profesor de Derecho Internacional Público Francisco Orrego Vicuña y Perú al jurista francés y ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia Gilbert Gillaume.

Procedimiento

De acuerdo a lo establecido en el artículo 43 del Estatuto de la Corte, el procedimiento tiene dos fases: una escrita y otra oral. El procedimiento escrito está conformado por la Memoria y la Contra Memoria, y si se estima necesario, por las correspondientes réplica y dúplica, así como de toda pieza o documento en apoyo de las mismas.

La fase oral del procedimiento consiste en los alegatos ante la Corte que hacen los agentes, consejeros y abogados, fase que es pública. En ella, pueden integrarse peritos y testigos.

Fallo de la Corte

El fallo de la Corte debe ser motivado, se adoptará por la mayoría de los jueces incluyendo a los jueces ad hoc. En caso de empate, dirime el voto del Presidente de la Corte.

Las deliberaciones de la Corte son privadas y permanecen en secreto.

De acuerdo al artículo 60 de su Estatuto, el fallo de la Corte es definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes. El fallo puede ser objeto del recurso de revisión. Este opera por solicitud fundada ante el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, fuera desconocido de la Corte y de la parte que pida la revisión, siempre que su desconocimiento no se deba a negligencia de ésta.

Cumplimiento del fallo

El fallo es obligatorio para las partes. En conformidad con el artículo 94, inciso 1º de la Carta de las Naciones Unidas, cada Miembro de ellas se compromete a cumplir la decisión de la Corte en todo litigio en que sea parte. El inciso

2° establece un mecanismo para los casos en los que una parte en el litigio se niegue a cumplir el fallo.

Posiciones de las partes en relación con el límite marítimo

El planteamiento central de la demanda del Perú, es que no existe límite marítimo acordado por las partes o fijado de otro modo. Que lo que, en cambio, existe entre ambos países son arreglos limítrofes provisionales, fundamentalmente de alcance pesquero, que no alcanzarían a constituir un acuerdo formal sobre el límite marítimo entre ambos países.

Chile, por su parte, sostiene que el límite marítimo entre ambos países existe y que éste ha sido acordado mediante instrumentos convencionales en pleno vigor; que tal límite ha regido durante más de 50 años sin objeción, produciendo todos los efectos propios de un límite, reconocido como tal por el propio Gobierno de Perú, por terceros Estados y, adicionalmente, considerado por gran parte la doctrina especializada en la materia.

El límite terrestre entre Chile y Perú

Resulta relevante mencionar al límite terrestre entre Chile y Perú, ya que se encuentra vinculado, como veremos, al límite marítimo.

El Tratado de Lima del 3 de junio de 1929

El límite terrestre entre Chile y Perú fue acordado en el Tratado de Lima del 3 de junio de 1929.

El artículo 2 de este instrumento bilateral dispone:

El territorio de Tacna y Arica será dividido en dos partes, Tacna para Perú y Arica para Chile. La línea divisoria entre dichas dos partes, y, en consecuencia la frontera entre los territorios de Chile y de Perú partirá de un punto de la costa que se denominará “Concordia”, distante diez kilómetros al norte del puente del Río Lluta, para seguir hacia el oriente paralela a la sección chilena del ferrocarril de Arica a La Paz y distante diez kilómetros de ella, con las inflexiones necesarias para utilizar en la demarcación, los accidentes geográficos.

cos cercanos que permitan dejar en territorio chileno las azufreras del Tacora y sus dependencias, pasando luego por el centro de la Laguna Blanca; en forma que una de sus partes quede en Chile y la otra en Perú (...).

El artículo 3 del mismo instrumento dispone:

“La línea fronteriza a que se refiere el inciso primero del artículo 2°, será fijada y señalada en el territorio con hitos por una comisión mixta compuesta de un miembro designado por cada uno de los Gobiernos signatarios.... Si se produjera algún desacuerdo en la Comisión será resuelto con el voto dirimente del tercer miembro designado por el Presidente de los Estados Unidos de America, cuyo fallo será inapelable”.

Los trabajos de la Comisión Mixta de 1929-1930

Durante los años 1929 y 1930, la Comisión Mixta prevista en el Tratado de 1929 realizó trabajos destinados a determinar y demarcar, colocando hitos en el terreno, el límite establecido en el Tratado de 1929.

En 1930, la Comisión Mixta fijó en el terreno los hitos de conformidad a lo establecido en el Tratado indicado, con el objeto de implementar la delimitación acordada. Ello implicaba que la Comisión Mixta debía determinar, entre otros aspectos, la línea en el sector costero.

De acuerdo a instrucciones similares dadas en 1930 por ambos Gobiernos, el Hito Concordia sería el punto inicial en la costa de la línea fronteriza. Para establecer esa línea, se indicaba que se medirían 10 kilómetros desde el primer puente del ferrocarril de Arica a La Paz sobre el Río Lluta, en dirección hacia el norte, en la Pampa de Escritos, y se trazaría hacia el poniente un arco de 10 kilómetros de radio, cuyo centro estaría en el indicado puente y que fuera a interceptar la orilla del mar, de modo que cualquier punto del arco, distase 10 kilómetros del referido puente del ferrocarril de Arica a La Paz sobre el Río Lluta. Este punto de intersección del arco trazado con la orilla del mar sería el inicial de la línea divisoria entre Chile y el Perú. Se agregaba que un hito se colocaría en cualquier punto del arco lo más próximo al mar, donde quedara protegido de la destrucción por las aguas. La ubicación que se dio a ese hito, que se denominó Hito No. 1, en la orilla de mar fue 18° 21' 03”S.

La Proclamación Unilateral de Perú de 1947

En 1947, pocos meses después de la Declaración formulada el mismo año por el Presidente Gabriel González Videla, el Gobierno del Perú emitió un Decreto Supremo (N°781) de contenido, en lo sustantivo similar al adoptado por Chile. El Decreto peruano disponía que la soberanía y la jurisdicción nacionales se extendían a una serie de espacios (aguas, suelo y subsuelo marinos) a los efectos de aprovechar los recursos en ellos existentes y evitar su explotación por terceros Estados.

En su numeral 3, la referida Declaración contiene una descripción del espacio que está cubierto por sus prescripciones, indicando que el Perú “...ejercerá dicho control y protección sobre el mar adyacente a las costas del territorio peruano en una zona comprendida entre esas costas y una línea imaginaria paralela a ellas y trazada sobre el mar a una distancia de doscientas (200) millas marinas, medida siguiendo la línea de los paralelos geográficos (...)”

Perú, en un acto unilateral con implicancias internacionales, contempla el método de los *paralelos geográficos* como criterio delimitador lateral entre Estados con costas adyacentes. Este es un primer antecedente de lo que más tarde, en una secuencia clara, se recogería en la Declaración de Santiago sobre Zona Marítima de 1952 y en el Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954. Hay una clara secuencia en el tiempo de los contenidos de los instrumentos posteriores a que se ha hecho mención.

Cuando instrumentos convencionales posteriores hacen referencia al paralelo, esa referencia no surge de una manera inadvertida o como una determinación arbitraria o limitada a solos efectos de carácter práctico o provisional. Esa referencia tiene una vertiente histórica clara y sostenida en el tiempo. Esa es quizás la razón por la cual, teniendo en cuenta la época en que se adoptaron esos instrumentos, su invocación no suscitó dudas por parte de los representantes peruanos que los negociaron. Tal como se ha señalado, referencias tan claras a un límite no pueden ser adoptadas desaprensivamente o por inadvertencia, o no previendo sus alcances.

La Declaración sobre Zona Marítima de Santiago del 18 de agosto de 1952

Este instrumento multilateral adoptado por Chile, Ecuador y Perú sirve de fundamento al marco de la política común que estos países sostienen en materia de derecho del mar, y los convertiría en pioneros de los nuevos desarrollos en esa área. La Declaración estaba destinada, en lo fundamental, a extender las áreas marinas con competencia nacional con el objeto de aprovechar los importantes recursos en ellas existentes para proporcionar alimento y otros recursos a sus respectivas poblaciones. Para ese efecto, los tres países proclaman la soberanía y jurisdicción exclusivas *que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países*, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas. La extensión de competencias no solo decía relación con la columna de agua, sino también del suelo y el subsuelo respectivos.

La Declaración contiene una serie de referencias que reafirman la intención de los negociadores respecto de que cada Estado ejerza las nuevas competencias que se reclaman frente a sus respectivas costas, lo que claramente es consistente con la disposición relativa al paralelo, según veremos.

En efecto, se señala en una de sus disposiciones:

“Por las consideraciones expuestas, los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú, decididos a conservar y a asegurar para sus pueblos respectivos las riquezas naturales de las zonas del mar que bañan sus costas (...)”

Mas adelante, en la cláusula II la Declaración dispone:

“(...) los gobiernos de Chile Ecuador y Perú proclaman como norma de su política internacional marítima, la soberanía y jurisdicción exclusivas que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas”.

Claramente, la Declaración se traducía, en concreto, en la necesidad que cada Estado ejerciera las nuevas competencias en los espacios marinos correspon-

dientes frente a sus costas. El tema de la delimitación lateral entre los Estados declarantes no podía, en consecuencia, ser ajeno a este instrumento. Era evidente que cada Estado debía velar por el cumplimiento de la Declaración en el área de competencia bajo su jurisdicción nacional.

Por ello, el contenido de la cláusula IV de la Declaración de Santiago no es sino una directa y necesaria consecuencia de lo señalado. Era una disposición relevante en lo jurídico y plenamente consistente con los contenidos de la Declaración y con la eficacia de sus prescripciones.

Ella dispone:

“En el caso del territorio insular, la zona de doscientas millas marinas se aplicará en todo el contorno de la isla o grupo de islas. Si una isla o grupo de islas pertenecientes a uno de los países declarantes estuviera a menos de 200 millas marinas de la zona marítima general que corresponde a otro de ellos, la zona marítima de esta isla o grupo de islas quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos”.

Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954

Este es otro instrumento clave en relación con el límite marítimo entre Chile y Perú. Este Acuerdo lo suscriben, al igual que la Declaración de Santiago, Chile, Ecuador y Perú.

El objeto de este instrumento es buscar una solución práctica a las constantes *traspasiones del límite marítimo* en que incurren pesqueros con escaso equipamiento y medios para determinar su exacta ubicación en un momento determinado.

En los “Considerando” de este Acuerdo, se constata que se producen con frecuencia, de modo inocente y accidental, *violaciones de la frontera marítima* entre Estados vecinos. Claramente el instrumento alude a violaciones de la frontera marítima, lo que implica que tal frontera, desde el punto de vista de los Estados que lo celebran, era preexistente y así debe entenderse el claro texto del Acuerdo. Así fue entendido por mucho tiempo por todos los Estados

Partes, incluido Perú. Otro “Considerando” alude a estas *involuntarias infracciones*.

La disposición más relevante, desde el punto de vista del límite marítimo, es la contenida en la parte dispositiva que establece:

“Primero: Establécese una Zona Especial a partir de las 12 millas marinas de la costa, de 10 millas marinas de ancho a cada lado del paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos países”.

La claridad de esta disposición no requiere mayores consideraciones.

Toda la estructura, así como el contenido del Acuerdo, permiten afirmar que quienes lo suscribieron estaban contestes en la existencia de un límite marítimo entre los Estados respectivos.

El artículo segundo, a su vez, establece:

“La presencia accidental en la referida zona de las embarcaciones de cualquiera de los países limítrofes aludidos en el primer Considerando, no será considerada como violación de las aguas de la zona marítima, sin que ello signifique reconocimiento de derecho alguno para ejercer faenas de pesca o caza con propósito preconcebido en dicha Zona Especial”.

Consta una clara, precisa, no calificada o limitada referencia *al paralelo que constituye el límite marítimo*. Las Partes están conscientes de la existencia de un límite al cual se remiten. Es otra confirmación adicional que la frontera marítima se consideraba ya establecida.

Por último, una disposición importante, desde el punto de vista de la vinculación de los instrumentos adoptados en 1952 en Santiago y el Acuerdo que nos ocupa, y que es esencial al momento de interpretar estos instrumentos, está contenida en el artículo cuarto:

“Todo lo establecido en el presente Convenio se entenderá parte integrante, complementaria y que no deroga las resoluciones y acuerdos

adoptados en la Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur, celebrada en Santiago de Chile en Agosto de 1952”.

De la interpretación armónica y sistemática de sus normas, se puede colegir claramente que el Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima opera sobre la base de la existencia de un límite marítimo constituido por el paralelo respectivo entre los países.

Este instrumento de 1954 alude al paralelo que constituye el límite marítimo sin otra especificación, lo cual debe entenderse —teniendo en cuenta la norma que este mismo instrumento contiene— en cuanto a que lo establecido en él se entenderá parte integrante, complementaria y que no deroga las Resoluciones y acuerdos adoptados en la Conferencia de Santiago de 1952. La Cláusula IV de la Declaración sobre Zona Marítima, de 1952, como vimos, aludía con precisión “*al paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos*”, por lo cual ambos instrumentos jurídicos hacen referencia al mismo paralelo.

Las Actas de 1968 y 1969

Con el objeto de evitar las continuas trasgresiones del límite marítimo establecido, entre otros instrumentos, por el Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, se convino por los Gobiernos de Chile y Perú el establecimiento de una Comisión Mixta para la construcción de dos faros que señalaran la frontera marítima, la que, como hemos señalado, se encontraba establecida antes de 1968 y que correspondía al paralelo de latitud que pasa por el Hito No. 1.

En abril de 1968, los Delegados de ambos países elaboraron un Acta en la que se refieren a la misión que se les había asignado por sus Gobiernos, esto es, estudiar en el terreno la instalación de marcas de enfilación visibles desde el mar, que materializaran el paralelo de la frontera marítima que se origina en el Hito No. 1.

En agosto de 1969, los Representantes de los Gobiernos de Chile y del Perú adoptan el Acta de la Comisión Mixta Chileno-Peruana encargada de verificar la posición del Hito No. 1 y señalar el límite marítimo.

En parte alguna de estos instrumentos convencionales se puede colegir que el límite del paralelo del Hito No. 1 era meramente provisional o para solucionar problemas prácticos específicos. En las Notas intercambiadas por ambos Gobiernos en 1968 se habla del paralelo de la frontera marítima sin condicionamientos ni calificaciones especiales. Lo mismo puede decirse de las Actas de 1969, las que aluden al límite marítimo igualmente sin calificación.

La posición del Perú

Durante décadas el límite marítimo entre Chile y Perú no fue una materia cuestionada oficialmente por parte de dicho país. Había posiciones que discutían la existencia o los beneficios del límite, formuladas por autores que incursionaron en el tema. El referido límite operó como tal, con todos los efectos y consecuencias jurídicas correspondientes. Chile ejerció y ejerce la soberanía, plena y exclusiva y la jurisdicción en el espacio que, de acuerdo al límite establecido, le corresponde, todo ello en conformidad a las normas del derecho internacional.

En 1986, Perú alude al tema del límite marítimo en una gestión que habría quedado reflejada en el denominado Memorándum Bákula³ entregado a la Cancillería chilena y en el que se señala que uno de los casos que merece una inmediata atención de los Gobiernos “*se refiere a la delimitación formal y definitiva de los espacios marinos, que complementan la vecindad geográfica entre el Perú y Chile (...)*”. Más adelante agrega:

En la actualidad, la existencia de una zona especial- establecida por la “Convención sobre Zona Marítima Fronteriza”- referida a la línea del paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre, debe considerarse como una fórmula que, si bien cumplió y cumple el objetivo expreso de evitar incidentes con ‘gentes de mar de escasos conocimientos de náutica’, no resulta adecuada para satisfacer las exigencias de la seguridad ni para la mejor atención de la administración de los recursos marinos, con el agravante de que una interpretación extensiva podría generar una notoria situación inequitativa y de riesgo,

3 José Miguel Bákula, diplomático y jurista peruano, experto en materias de Derecho del Mar. Autor de la obra *El Dominio Marítimo del Perú*, Lima, 1985. El texto del Memorándum se encuentra anexo a la Nota remitida a la Cancillería chilena No. 5-4-M/147, del 23 de mayo de 1986.

en desmedro de los legítimos intereses del Perú, que aparecerían gravemente lesionados.

Se refiere luego a los nuevos espacios marinos establecidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar como sustento para el planteamiento de su país. Finalmente, cabe destacar una afirmación contenida en el Memorándum en cuestión, que refleja la aceptación por el Perú, por décadas, del límite marítimo existente y su cuestionamiento sobreviniente. Luego de referirse a la posición sustentada por diversos autores peruanos sobre la materia del límite marítimo, agrega: *“Sin embargo, esta gestión constituye la primera presentación, por los canales diplomáticos, que el Gobierno del Perú formula ante el Gobierno de Chile fundada en las razones y circunstancias que se han expresado en los primeros párrafos de este memorándum”*.

Este último elemento del Memorándum, es demostrativo que la existencia del límite marítimo no fue materia formalmente controvertida por el Perú sino hasta 1986, esto es, décadas después de la adopción de los instrumentos que establecen el referido límite entre ambos países.

La posición actual del Perú pretende desconocer la existencia del límite marítimo y, sobre esa base, intenta invocar las normas que sobre delimitación de espacios marítimos entre Estados con costas adyacentes establece la Convención del Mar.

Como vimos al inicio, al referirnos a la demanda del Perú, este país sostiene que las zonas marinas entre ambos países no han sido nunca delimitadas ni por acuerdo ni por otros medios y que por lo tanto se trata de una materia pendiente.

Sin embargo, tanto la propia Declaración unilateral peruana de 1947, la Declaración de Zona Marítima de 1952, el Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 y las Actas de 1968 y 1969, permiten afirmar, con claridad que entre Chile y Perú existe un límite marítimo convenido, constituido por el paralelo del Hito No. 1.

Es importante señalar, adicionalmente, que tanto la Declaración de Santiago sobre Zona Marítima de 1952 como el Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, fueron aprobados por el Congreso del Perú, situación

que constituye un indicio cierto del carácter que se les atribuía en la época a dichos instrumentos.

Respecto de la Declaración de Santiago y del Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, los planteamientos esgrimidos por autores peruanos incluyen negarles la calidad de tratados; considerarlos tratados válidos y vigentes, pero negándoles el carácter de tratados de límites; y, por último, el argumento que solo establecerían el límite entre Perú y Ecuador, pero no entre Perú y Chile.

El primer argumento relativo a la Declaración de Santiago, se sustenta en que una Declaración, es solo “*la manifestación de uno o mas Estados en relación con un asunto que se sitúa en el ámbito de la política (...)*”⁴, agregando que “*mal podría pensarse que la intención de los Estados firmantes de una declaración-orientada por una línea de acción política- podría ser la misma que la de los suscriptores de un tratado internacional, que constituye un acuerdo entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, dotado de plena exigibilidad en relación con los derechos y obligaciones derivados del mismo*”.⁵

Cabe señalar, sin embargo, que la denominación de un instrumento no es determinante a los efectos de calificar su naturaleza jurídica. Por el contrario, el factor más relevante al momento de efectuar esa calificación está determinado por su contenido.

Tal como se establece en el artículo 2.- 1.- a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, de 1969 —texto codificador de derecho internacional general— el Tratado se define como “*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”.

Queda claramente establecido, a la luz de este concepto, que la denominación no es el factor relevante a los efectos de calificar la naturaleza jurídica de un acuerdo de voluntades. En la Declaración de Santiago, claramente se contem-

4 Agüero Colugna, Marisol, Consideraciones para la delimitación marítima del Perú, (Fondo Editorial del Congreso del Perú) 2001, 267.

5 Ibid, 267.

pla una referencia “*al paralelo del punto en el que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos*”, (Cláusula IV). El efecto jurídico de esa disposición, por lo demás clara y precisa, no se puede desconocer o minimizar por el hecho de que se contenga en un instrumento que las partes han denominado *Declaración*. Esa disposición es claramente una norma de delimitación, independientemente de la denominación del instrumento que la contiene. Así fue considerada por las partes y sobre esa base se estableció, en 1954, la Zona Especial “*(...) a cada lado del paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos países*”.

Manuel Rodríguez Cuadros, ex Canciller del Perú y uno de los artífices de la actual posición peruana en relación con el límite marítimo, sostiene que para ese país, “*estos tratados aunque válidos y vigentes, no establecen, en ninguna de sus disposiciones, límite ni cláusula delimitadora alguna en la frontera marítima entre los dos países*”.⁶

Normas internas peruanas, sin embargo, han reconocido la existencia del límite constituido por el paralelo. Un ejemplo claro, además de la propia Declaración peruana de 1947, es la Resolución Suprema No. 23 de 1955, esto es, un texto jurídico posterior a la adopción de la Declaración de Santiago de 1952 y al Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, por lo que puede considerarse como reflejo de la interpretación que Perú daba a esos instrumentos. En ella se señala que la zona marítima del Perú está limitada en el mar por una línea paralela a la costa peruana y a una distancia constante de 200 millas marinas.

En el No 2 de dicho texto se señala:

“De conformidad con el inciso IV de la Declaración de Santiago, dicha línea no podrá sobrepasar a la del paralelo correspondiente al punto en que llega al mar la frontera del Perú”.

Dentro de las argumentaciones elaboradas por autores peruanos, se afirma, por otra parte, que la Declaración de Santiago de 1952 y el Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 no constituyen específicamente

⁶ Rodríguez Cuadros, Manuel, Delimitación marítima con equidad, El caso de Perú y Chile, (Ediciones Peisa) 2007, 132.

tratados de límites. Se sostiene que los tratados de límites deberían cumplir una serie de requisitos formales, los que no se habrían dado en el caso de los dos instrumentos antes mencionados. Entre otras deficiencias, según esta argumentación, estaría la ausencia de mapas, de referencias en cuanto a la ubicación del límite mediante coordenadas precisas y de otros elementos.

Lo cierto es que no existe norma de derecho internacional general o particular, que establezcan una forma especial o determinada para que un acuerdo de voluntades entre Estados adquiriera el carácter de un tratado de límites. Tampoco es posible sostener jurídicamente que un tratado de límites debe ser un instrumento que solo se refiera a ese único objeto, sin que pueda incluirse junto a otras regulaciones.

La Declaración de Santiago de 1952 y el Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, interpretados conjuntamente, como lo prescribe el artículo Cuarto de este último, otorgan una certeza y precisión suficientes al límite marítimo. Así se entendió por ambas partes por mucho tiempo y así se aplica en la práctica desde su establecimiento hasta el día de hoy. Así es reconocido por terceros Estados y por una amplia literatura especializada en materia de límites marítimos.

Por lo demás, referencias tan claras como las que se hacen al paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos, contenidas en los instrumentos que hemos mencionado, no pueden ser minimizadas o tomadas trivialmente, o sostenerse que se incluyeron inadvertidamente o por error en dichos textos. Se presume que, ante contenidos tan claros, que inciden en aspectos tan relevantes para los respectivos Estados, las partes han sopesado debidamente sus contenidos y sus implicancias jurídicas. El Estado es un sujeto esencialmente de base territorial. Parte importante de su poder nacional está ligado al factor territorio y a sus espacios jurisdiccionales. En él se encuentran fundamentalmente recursos de todo tipo de gran relevancia económica y en esos espacios se llevan a cabo todo tipo de actividades económicas vitales para el desarrollo de los Estados. Por lo tanto, cualquier referencia a los espacios en los que un Estado ejerce soberanía o jurisdicción es rigurosamente considerada y sopesada por los Estados.

Como lo hemos mencionado, el criterio del paralelo como límite marítimo entre Chile y Perú no es algo que surja sorpresivamente o cuyo establecimien-

to pueda calificarse como fruto de una inadvertencia o de un error circunstancial. En la relación entre Chile y Perú, por el contrario, es un criterio delimitador de larga práctica y con precisos antecedentes jurídicos, comenzando, como lo hemos señalado, con la propia Declaración unilateral de Perú de 1947, en los términos que mencionamos precedentemente, y reiterado en la Declaración de Santiago de 1952 y el Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954.

Finalmente, en relación con el alcance del artículo IV de la Declaración de Santiago, el citado autor Rodríguez Cuadros sostiene el argumento que dicha disposición "establece una cláusula delimitadora entre el Perú y el Ecuador, como situación excepcional dada la existencia de islas ecuatorianas a menos de 200 millas de la zona marítima del Perú".⁷ Efectivamente, existe una serie de islas ecuatorianas situadas dentro de la zona de 200 millas marinas que, dado lo dispuesto en la referida cláusula IV de la Declaración de Santiago, tienen derecho a las mismas proyecciones marítimas que los territorios continentales. Esas proyecciones tienen como máxima extensión el paralelo que establece el límite. La manera lógica de entender esa norma es que, dado que existe el paralelo como límite lateral entre los respectivos Estados, surge la necesidad de establecer la norma indicada respecto del límite de la proyección a la que tienen derecho las islas. Lo contrario sería sostener que solo hay límite lateral entre Estados que tengan islas en las proximidades de sus espacios marinos y no lo habría en ausencia de ellas.

Resultaría sorprendente que los suscriptores de la Declaración de Santiago se hubieren preocupado principalmente de la delimitación en el caso de las islas y no lo hubieren hecho en relación con lo que resulta más relevante, como son los límites de los espacios que se proyectan desde los territorios continentales, o bien que respecto de estas proyecciones marítimas a partir del territorio continental se hubiese concebido otra manera diferente de delimitar o no se hubiere establecido ninguna.

Este razonamiento no es consistente a su vez con la argumentación de Perú en cuanto a la naturaleza simplemente *declarativa* del texto de Santiago de 1952, o a su carácter simplemente político, a la carencia de mapas y otros elementos que

7 Rodríguez Cuadros, op. cit., 265.

impedirían, según Perú, calificarlo como un instrumento que establece límites. El mismo instrumento tripartito sería un acuerdo sobre el límite con un Estado y no con otro. No es una argumentación sólida; se trata más bien de una disociación de los términos de un instrumento internacional, sin sustento jurídico alguno.

Respecto del Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, se argumenta, en la lógica de eliminar sus efectos en cuanto a instrumento que remite clara e incuestionablemente al paralelo como constituyendo el límite marítimo entre ambos países, que “*su naturaleza jurídica...es la de un instrumento internacional de exención de sanciones a las pequeñas embarcaciones artesanales que ingresaban a la zona marítima de uno u otro país de manera accidental*”, agregando mas adelante que se trata de “*un acuerdo que establece una zona de tolerancia para las actividades de las embarcaciones pesqueras artesanales en el área marítima fronteriza entre los dos países*”.⁸

El mismo autor señala, a su vez, analizando la frase de la Cláusula Primera del Acuerdo de 1954 “*(...) que constituye el límite marítimo entre los dos países*”, que ella “*no establece límite alguno literalmente, sino que presupone uno y, como se verá, esa referencia esta vinculada únicamente a la frontera marítima entre el Perú y el Ecuador*”.⁹

En la lógica de este autor, según la cual no existiría límite marítimo entre Chile y Perú, “*(...) el Convenio no puede remitir a un límite que no existe, pues se estaría frente al absurdo (...)*”, por ello concluye que “*(...) es evidente que se trata de una redacción imperfecta y defectuosa cuyo sentido y alcance hay que encontrarlo, en una interpretación no literal de la frase sino en el contexto del objetivo y la finalidad del convenio (...)*”.¹⁰

Para la autora Marisol Agüero Colunga, la referencia en el artículo primero del Acuerdo sobre Zona Especial de 1954 al paralelo que constituye el límite marítimo es una “*afirmación basada, posiblemente, en el supuesto erróneo de que éste había sido establecido por la Declaración de Santiago de 1952 (...)*”.¹¹

Como vimos anteriormente, al referirnos al Acuerdo de 1954, su conteni-

8 Rodríguez Cuadros, op. cit., 169

9 Ibid., 171

10 Ibid., 172

11 Agüero Colugna, op. cit., 271

do se sustenta claramente en la convicción de los redactores que existe el límite marítimo entre los Estados. Por ejemplo, en los “Considerando” del Acuerdo se usan expresiones como “(...) *violaciones de la frontera marítima entre Estados vecinos*”, o “(...) *involuntarias infracciones* (...)”.

En su parte dispositiva, luego de establecerse, en la Cláusula Primera, la llamada Zona Especial, se agrega la frase “(...) *de diez millas marinas de ancho a cada lado del paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos Estados*”.

Esta es una referencia clara, precisa, no condicionada en sus efectos a actividades específicas. Su interpretación no puede conducir sino a la conclusión que las Partes entendieron claramente que el paralelo acordado constituye no *un* límite para ciertos fines o uno de carácter provisional, sino *el* límite marítimo, para todos los efectos, entre ambos países.

La Cláusula Segunda del Acuerdo de 1954 dispone a su vez que la presencia accidental en la referida zona de embarcaciones de “*cualquiera de los países limítrofes (...) no será considerada como violación de las aguas de la zona marítima* (...)”. Sin este Acuerdo, no existiría esa tolerancia y estaríamos frente a una violación de la frontera.

Por último la Cláusula Cuarta, como lo mencionamos, dispone: “*Todo lo establecido en el presente Convenio se entenderá ser parte integrante, complementaria y que no deroga las resoluciones y acuerdos adoptados en la Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur, celebrada en Santiago de Chile, en agosto de 1952*”.

Con ocasión de la adopción del Acuerdo sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, los tres países adoptaron un instrumento separado cuya importancia, a los efectos de la interpretación de aquél, es clara. Este Acuerdo de carácter aclaratorio establece que la *presencia accidental* dentro de los términos del artículo segundo del Acuerdo de 1954, va a ser “*determinada exclusivamente por las autoridades del país cuyo límite jurisdiccional hubiere sido sobrepasado*”.

Como puede observarse, el contenido del Acuerdo y la ubicación de la Zona Especial que se establece conducen necesariamente a la conclusión que los redactores entendían claramente que el límite marítimo constituido por el paralelo existía entre ellos. Efectivamente la referencia de 1954 al paralelo que constituye el límite ma-

rítimo, no es más que una remisión a un paralelo preciso y determinado en conformidad a la Cláusula IV de la Declaración de Santiago: “(...) *el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos*”. Paralelo que a su vez las partes, Chile y Perú, materializaron sobre la base de una frontera terrestre ya establecida, basada en el Tratado de 1929 y en los actos demarcatorios de 1929 y 1930. En 1968 y 1969 no hubo duda respecto de la ubicación del paralelo.

En consecuencia, el argumento esgrimido por Marisol Agüero en el sentido que el límite a que se refiere el Acuerdo de 1954 no se fija con precisión, debe ser refutado por el hecho que esa precisión se había hecho en la Declaración de Santiago de 1952 en su Cláusula IV.

No se trata por tanto, como se ha sostenido refiriéndose al Acuerdo de 1954, de un instrumento “*de naturaleza provisional y de carácter práctico, y que de conformidad con el mismo, el aludido paralelo debe ser considerado, en cada caso, como la línea divisoria de la zona neutral creada exclusivamente con fines de pesca un límite simplemente provisional o establecido para solos efectos pesqueros*”.¹²

Finalmente, dentro de los argumentos esgrimidos para negar la existencia del límite marítimo, Perú ha sostenido que, dentro de la frase tantas veces citada del Acuerdo de 1954 “(...) *a cada lado del paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos países*”, la expresión *entre los dos países* se refiere solo al Perú y a Ecuador, los únicos Estados entre los que existiría límite marítimo establecido, según Perú, uniendo el argumento que mencionamos, extraído por Perú de la Cláusula IV de la Declaración de Santiago, referida a las islas. Perú une esos dos elementos para argumentar que solo existe límite por el paralelo entre él y Ecuador.

Lo cierto es que la frase *entre los dos países* no puede sino entenderse como refiriéndose a los dos países cuyas fronteras son afectadas por el paso accidental de naves pesqueras artesanales de los países limítrofes sin medios para determinar su exacta ubicación en un momento determinado.

¹² Agüero Colunga, op. cit., 273.

Perú ha sostenido, por otra parte, que las zonas marítimas entre ambos Estados no han sido objeto de delimitación, haciendo alusión a la falta de delimitación específica de los nuevos espacios marinos recogidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Esta Convención establece reglas de delimitación del mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental en el caso de Estados con costas adyacentes, al mismo tiempo que reconoce el valor de los acuerdos celebrados entre Estados.

Frente a la argumentación que refiere el límite marítimo a la Convención de 1982, cabe señalar que la delimitación entre Chile y Perú se llevó a cabo en la década de 1950, sobre la base de los espacios proclamados por estos países y conforme a su entendimiento de los métodos aplicables. En consecuencia, el argumento en el sentido que no se ha establecido un tratado delimitando específicamente los nuevos espacios marinos, que por lo demás Perú no aplica en su legislación interna, desde el punto de vista del derecho carece igualmente de sustento ya que el límite se estableció sobre la base de acuerdo entre los Estados, siguiendo la libertad de las partes para elegir el método de delimitación.

Perú, a diferencia de Chile, luego de la modificación a los artículos 593 y 596 del Código Civil, no contempla los referidos espacios marinos en su ordenamiento interno. Solo contempla un espacio único denominado *dominio marítimo* de 200 millas marinas cuya naturaleza jurídica no está claramente establecida, constituyendo para algunos autores peruanos un verdadero mar territorial. Esta es, precisamente, una de las razones por las cuales Perú no se ha hecho parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Para algunos autores peruanos, hacerse parte de la Convención implicaría afectar el referido concepto de *dominio marítimo*, reduciendo las competencias que hoy se ejercen en él.

A lo anterior, cabe agregar otro argumento. Las normas de la Convención de 1982, que Perú invoca como derecho internacional consuetudinario, ya que no es parte de ella, hacen aplicables sus normas sobre delimitación en ausencia de acuerdo entre las partes, lo que como hemos visto no es el caso entre Chile y Perú. La Convención hace primar los acuerdos adoptados por las partes por sobre sus normas, las que se aplican solo subsidiariamente.

Como se ha podido observar, la tesis que ha venido desarrollando oficialmente el Perú solo a partir de un tiempo a esta parte, ha sido la de afirmar la inexistencia del límite marítimo entre nuestros países sobre la base de alguno de los argumentos que hemos expuesto sucintamente. Solo a partir de esa construcción, Perú puede aspirar a que sea la Corte la que efectúe la delimitación.

La sólida posición de Chile se basa en los instrumentos que hemos mencionado, en la práctica reiterada y constante dando cuenta por muchos años de la existencia del límite, en el ejercicio efectivo de todas las competencias que se derivan de la existencia del límite, a lo que se suma el reconocimiento de aquél por terceros Estados y por la doctrina jurídica en la materia.

HACIA MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA EN LA PROTECCIÓN REGIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: LAS REFORMAS PROCESALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Judith Schönsteiner ¹

Las reformas reglamentarias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, adoptadas durante el año 2009, han sido profundas, parcialmente innovadoras y dejan relevantes temas para el futuro. En todo caso, no se entienden sin considerar, a su vez, las reformas del año 2000. De hecho, ambas reformas incluyen incisos claves: el de 2000 que establece la participación de las víctimas y sus representantes en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) y el de 2009 que especifica el rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y la revolucionaria abolición de la figura del juez *ad hoc*. La reforma de 2009 reacciona primero a una crítica persistente de los Estados y de la sociedad civil a la falta de igualdad de armas en el sistema. Sin duda, los soberanos y las presuntas víctimas sostienen el argumento esgrimido por diferentes razones, aunque apunten al mismo principio procesal. Los órganos del sistema, además, responden a una necesidad objetiva de clarificar los procedimientos para todos los involucrados en los procesos, los jueces, los comisionados y los abogados de las Secretarías incluidos.

Las reformas de 2009 son el resultado de un diálogo entre la Corte, la Comisión, los Estados y la sociedad civil, reflejando una estrategia de “procedimentalización” seguida por los Estados desde los años 2006 y 2007, la cual encontró una reacción positiva en la entonces nueva integración de la Corte.

¹ Judith Schönsteiner (LL.M. Essex, M.A. Mainz, Alemania) está por terminar su doctorado en la Universidad de Essex, Inglaterra, sobre tribunales internacionales, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investiga también asuntos de empresas y derechos humanos. Para sus estudios doctorales, ha sido becada por la Universidad de Essex y el *Arts and Humanities Research Council* del Reino Unido. Es profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad Diego Portales.

A pesar de este viraje a lo explícito y detallado en los reglamentos, los Estados y los órganos del sistema también dejaron esbozadas algunas pistas de innovación institucional, de cuya detallada reglamentación quedan pendientes asuntos tales como el rol de la Comisión ante la Corte y el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal para Víctimas. Se verá que los cambios introdujeron una mayor seguridad jurídica en el proceso, especialmente para los Estados demandados ante el sistema, respondiendo a un interés expresado reiteradamente en los órganos políticos de la Organización de Estados Americanos (OEA), instancias donde se toman relevantes decisiones respecto del sistema. Adicionalmente, se analizarán los cambios profundos al régimen de representación de las presuntas víctimas en los procesos cuyas ramificaciones se deberán concretar en los meses y años por venir. Este artículo revisa los cambios más significativos al Sistema y algunos interrogantes que éstos abren, explicando brevemente también las reformas del año 2000, que constituyen el contexto para los cambios adoptados en 2009.

I. Los cambios de 2000: una reforma descoordinada

Estas reformas siguieron un ímpetu que, desde el voto disidente del juez Piza Escalante en el caso *Velásquez Rodríguez*, había ganado fuerza durante los años 90. En dicho caso, el mencionado juez planteó que la víctima y sus representantes deberían poder dirigir sus argumentos personalmente a la Corte, y no a través de la Comisión, siendo las víctimas la verdadera parte ante la Corte, en vez de la Comisión. La ex Presidenta chilena de la Corte, Cecilia Medina, en un artículo académico de 1990 defendió esta posición como la más coherente interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención o CADH).²

La posición del juez Piza Escalante encontró partidarios entre las organizaciones de la sociedad civil que actuaron como representantes ante la Corte, interesadas en presentar sus propios argumentos (*locus standi*) y de ir más allá de lo que les permitía la Comisión, cuya delegación ante la Corte integraban como asesoras desde 1991.³ Así fue que, en 2000, más de 200 organizacio-

2 Medina, Cecilia, "The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: Reflections on a Joint Venture", en 12 *Human Rights Quarterly*, 439.

3 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adoptado en la 23a sesión ordinaria de la Corte, 9-18 de Enero 1991. Véase también Pasqualucci, Jo, *The Practice and Procedure of the Inter-*

nes no-gubernamentales (ONGs) del hemisferio, lideradas por el Centro de Justicia y Derecho Internacional (CEJIL), firmaron un documento entregado a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Político de la OEA (CAJP) apoyando la inminente reforma del Sistema Interamericano que iba permitir el *locus standi* a las víctimas. Especialmente el CEJIL, en este momento única ONG internacional experta en el litigio ante el sistema, se prometía una mayor independencia por la introducción del *locus standi*.

La idea también fue acogida y promovida por la Secretaría de la OEA. De hecho, fue el mismo Secretario General de aquel momento, César Gaviria, quien publicó en 1996 un informe llamando a una “nueva visión” del Sistema Interamericano de derechos humanos. Solamente unos meses antes, los jueces de la Corte habían adoptado un cambio al Reglamento, lo que iba permitir a las víctimas y sus representantes hacer sus propios argumentos sobre el tema de reparaciones. Se desprende de un informe escrito por el entonces presidente de la Corte, Hernán Salgantes Pesado, que los jueces tenían el interés de marcar la pauta de este proceso de debate antes que la Asamblea General pudiera imponerle un rumbo diferente.⁴

Finalmente, la idea encontró acogida entre los mismos jueces, a tal punto que, desde 1998, su presidente aprovechó una serie de oportunidades para hablar ante los órganos políticos de la OEA abogando en favor del *locus standi* ante la Corte. Asumiendo este contexto, en 2000 la Corte adoptó un cambio significativo a su Reglamento que consistía especialmente en permitir a las víctimas presentar sus propios argumentos en el proceso ante la Corte, en todas las fases del proceso.

Si el sistema hubiera seguido en su totalidad las propuestas del ex juez de la Corte, Antônio Cançado Trindade, se hubiera llegado entonces incluso al *ius standi*, el derecho de las víctimas de dirigirse directamente a la Corte. Ante esta opción, la Comisión, la mayoría de los jueces, algunos Estados y más tarde también la sociedad civil, optaron por la cautela. En retrospectiva, se puede sostener que esta decisión probablemente fue para el bien del sistema,

American Court of Human Rights, (Cambridge University Press) 2003, 20.

4 *Report on the Inter-American Court of Human Rights to the Special Committee on Inter-American Summits Management*, CIDH/S-226, 10/3/1998. Disponible en <http://www.summit-americas.org/CEGCI%20Docs/ce-gci-134-98-English.htm>.

ya que el ejemplo europeo ha demostrado que tal solución hubiera importado la inoperancia del mismo, dada la gran cantidad de casos que llegarían a la Corte de no existir una Comisión que los filtre. Por consecuencia, la opción del *ius standi*, con una Corte y una Comisión “part-time” que luchan cada año por un aumento de su precario presupuesto, parecería ser una tarea gigante y poco plausible.

A esto se suma un segundo efecto que tendría el acceso directo de las víctimas a la Corte: el de disminuir la importancia de la Comisión en el sistema de casos, relegándola a funciones políticas. Aunque hay actores de la sociedad civil quienes todavía defienden el *ius standi*,⁵ existen otras voces a nivel nacional que no quieren ver reducido el rol de la Comisión:

*Me parece también un poco peligroso. Si la Comisión tiene un papel más pasivo ante la Corte, deja más desamparadas a las víctimas y sus representantes frente al Estado, porque al final son ellos que regresan al Estado, a vivir adentro. Entonces, siento que les puede colocar, sobre todo con algunos Estados, en una posición de mayor vulnerabilidad. Además, [deja más desamparado a las víctimas] en el sentido económico, porque tiene que costear prueba, presentar peritos y testigos etc. También para representantes que no tengan tanta experiencia en el litigio internacional, será bastante más difícil. Por ejemplo, en el tema de peritos. La Comisión tiene conocimiento sobre cuales peritos “funcionan” bien; un peticionario talvez no tiene ni conocimiento que existe este perito. Veo básicamente esos riesgos.*⁶

Es oportuno observar que un cambio del rol de la Comisión puede ser compatible con el *locus standi*, sin reducir las funciones claves del órgano. Probablemente, las dificultades de 2000 surgieron por una falta de coordinación entre la Corte y la Comisión, provocando que las reformas terminaran por no definir el rol de la Comisión ante la Corte. El resultado ha sido una duplicación de funciones de los representantes y de la Comisión en la mayoría de los casos que la Corte ha visto bajo el Reglamento de 2000. Notorias excepciones a lo anterior

5 Long, Soraya, “Reflexión sobre posibles reformas a los reglamentos de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en 4 *Revista CEJIL*, 18-20.

6 Entrevista con un miembro dirigente de una ONG centroamericana, con fecha 12 de agosto de 2008. La entrevista se realizó en San José, Costa Rica.

son los casos con representantes poco experimentados quienes, desde 2006 en adelante, hicieron su camino a la Corte en mayor número. Allí, al igual que en los casos con víctimas que no contaron con su propio representante, el rol de la Comisión ha sido fundamental. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la mentada institución dudó en definir su nuevo rol ante la emancipación de la mayoría de los representantes, quienes muchas veces cumplen funciones de representación más amplias, tomando en cuenta la suerte de un sector de la población afectado por violaciones similares a las sufridas por los clientes que representan ante la Corte. En este sentido, parece vislumbrar una concepción de juicio que Abram Chayes llama litigio de interés público.⁷

II. La crítica de los Estados al Sistema Interamericano y la posición de la sociedad civil

La resistencia de los Estados partes del Sistema Interamericano a la revisión de sus políticas y prácticas de derechos humanos ha cambiado desde que la gran mayoría de los países son democráticos. La crítica al sistema se ha transformado, generalmente, desde el desafío directo a su legitimidad y autoridad a una crítica más sutil de sus prácticas procesales. Si bien, recientemente, la actitud venezolana de reservar todas las resoluciones relacionadas con la Comisión en la Asamblea General de la OEA de 2009 recuerda el viejo patrón de confrontación directa, en general, actualmente los Estados se concentran en abogar por procedimientos más rígidos. Así, por ejemplo, la “denuncia” peruana de la jurisdicción de la Corte, rechazada por la Corte en los casos *Corte Constitucional* e *Ivcher Bronstein*, ambos contra Perú,⁸ se ha transformado en una precisa crítica de las reglas procedimentales del sistema en materia de archivo de casos.⁹ En el mismo sentido, desde el año 2006, alrededor de siete Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte se han reunido regularmente en el seno de la CAJP e independientemente de esta, a veces con la participación del presidente de la Comisión o de la Corte y algún representante de la sociedad civil que insistió en su interés en conocer de las discusiones, para elaborar una propuesta de reformas al Sistema Interamericano.

7 Chayes, Abram, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, en 89 *Harvard Law Review*, 1281.

8 Cerna, Christina, “Questions of International Law Raised by Peru’s “Withdrawal” from the Inter-American Court of Human Rights”, en *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Liber amicorum Cançado Trindade*, Volume 2, (Fabrís Porto Alegre) 2005, 353-392.

9 Nota de la Delegación del Perú del 30 de octubre de 2007, OEA/CP/CAJP-2547/07.

Los temas de preocupación estatal han sido el tratamiento de casos ante la Comisión —especialmente el deseo de permitir el ya mencionado archivo por “inactividad” de las víctimas—, el régimen de medidas cautelares y el rol de la Comisión ante la Corte como “segunda” demandante. Los Estados que habían aceptado la jurisdicción de la Corte, argumentaron en las décadas de los 90 y 2000 que se estarían enfrentando a dos partes, violentando entonces la igualdad de armas entre la parte demandante y la parte demandada, ya que los primeros contarían con el apoyo de la Comisión para hacer su argumento. Esta posición, no obstante, hace caso omiso de la natural indefensión que enfrentan las víctimas y representantes ante el mismo Estado. Ello es lo que la Comisión pretende equilibrar a través de su participación en el proceso, presencia que de todos modos ha sido un constante referente en el debate alrededor del “fortalecimiento del Sistema Interamericano”.

No obstante, la Comisión parecía en algunas oportunidades como la única defensora de su rol establecido ante la Corte. De hecho, hubo expectativas de que, a partir de la reforma procesal de 2000, la Comisión iba a dejar de representar a las víctimas ante la Corte, dedicándose a representar su mandato político ante ésta.¹⁰ En este sentido, la institución con sede en San José había concedido, antes de que adoptara los cambios al Reglamento, que los Estados pudieran disponer del doble tiempo para contestar la demanda y el escrito de solicitudes. Esta práctica fue consagrada en los artículos 27 y 37 del Reglamento en su versión de enero de 2009. Sin embargo, ésta desapareció en la última revisión, dados los cambios más drásticos producidos con respecto al rol de la Comisión (artículos 40 y 41 del Reglamento de la Corte).

Teniendo siempre presente la necesidad de una respuesta detallada a la propuesta estatal de cambios procesales de los años 2007 y 2008, la sociedad civil presentó su propia demanda para un proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano. El enfoque de la crítica propia de la sociedad civil se centró en temas tales como el financiamiento de los órganos del sistema (reiterando así un constante llamado de los presidentes de la Comisión y Corte), la necesidad de crear un sistema de asistencia legal que permitiera el funcionamiento y el acceso no discriminatorio a un sistema de *locus standi*, y la abolición del juez *ad hoc* para establecer un mayor equilibrio procesal ante la Corte.

10 Véase Pasqualucci 2003, 20.

En un proceso de amplia consulta, la Comisión y la Corte acataron todos estos puntos, dejando claro a los Estados que las reformas podían proceder solamente si ellos tomaban la iniciativa en cuanto a un fondo de asistencia legal y el financiamiento de los órganos del sistema. Formalmente, estas condiciones fueron cumplidas antes de que la Corte y la Comisión se embarcaran en la adopción de las reformas. Existen, desde 2007, el Fondo Oliver Jackman, y desde 2008, el Fondo de Asistencia Legal a Víctimas, para el cual el Consejo Permanente finalmente aprobó el Reglamento el 11 de noviembre de 2009.¹¹ Como se detallará más adelante, el 24 de febrero de 2010 la Corte aprobó un Reglamento más detallado para la parte del fondo que a ella le compete.¹²

Con estos avances, los Estados cumplieron con lo que los órganos del sistema habían declarado como condición *sine qua non* de reformas procesales al rol de la Comisión. Así, Cecilia Medina, en su función como Presidenta de la Corte, fue clara en anunciar en 2008 que no se realizarían las reformas deseadas por los Estados en materia del rol de la Comisión si no se contaba con un financiamiento sólido para la representación de las presuntas víctimas ante la Corte.¹³ El Fondo de Asistencia Legal complementa el Fondo Oliver Jackman, diseñado para recaudar contribuciones al funcionamiento de los órganos del sistema, que cuenta con un Reglamento desde el 11 de diciembre de 2007.¹⁴ Al momento de redactar este trabajo, a pesar del establecimiento formal de estos Fondos, persiste un desafío clave: se ha registrado solamente una ínfima cantidad de contribuciones. De hecho, la Corte informa que Noruega es el primer país en comprometerse a contribuir al Fondo de Asistencia Legal, con US \$ 210.000, mientras otros Estados, incluso los Estados miembros de la OEA, no han hecho contribuciones hasta finales de mayo de 2010.¹⁵ En consecuencia, resta esperar que las condiciones razonables que impusieron los órganos del sistema no queden en un simple formalismo. Como veremos más adelante, las reformas adoptadas en 2009 hubieran debilitado el sistema

11 Reglamento para el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, adoptado el 11 de noviembre de 2009, OEA/CP/RES. 963 (1728/09).

12 Véase el texto del Reglamento y correspondiente comunicado de prensa en www.corteidh.or.cr.

13 Intervención de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Asamblea General de la OEA en Medellín, 3 de junio de 2008, párrafo 7.

14 Reglamento para el Funcionamiento del Fondo Voluntario Oliver Jackman para el Financiamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, adoptado el 11 de diciembre de 2007, OEA/CP/RES. 924 (1623/07).

15 Corte IDH, Comunicado de Prensa del 25 de febrero de 2010.

en vez de fortalecerlo si no se hiciera operativo y efectivo el acceso de las víctimas al Fondo de Asistencia Legal.

III. Los cambios introducidos en 2009: una reforma concertada

Ante las inconsistencias de los Reglamentos de Comisión y Corte que se produjeron en el año 2000, los órganos del Sistema Interamericano abrieron un proceso amplio de consultas a los usuarios del sistema, junto con establecerse un diálogo entre los presidentes y secretarios de las dos entidades, para lograr así en 2009 una reforma concertada y coherente. Los nuevos Reglamentos se publicaron el 10 de diciembre de 2009. En general, se puede observar que las propuestas publicadas para las consultas en abril y mayo de 2009 recogieron explícitamente las solicitudes estatales, mientras la versión finalmente adoptada es más balanceada y demuestra que la Comisión tomó en cuenta los puntos de vista de la sociedad civil.

Lo que sigue de este artículo presenta los cambios procesales del año 2009, que en su mayoría dan testimonio del hecho que ni la Comisión ni la Corte se dejaron llevar por los intereses de Estados o de la sociedad civil. Las demandas están reflejadas en los nuevos Reglamentos, pero los órganos lograron mantener el espíritu protectorio del sistema. Es necesario recalcar que, en todo caso, el sistema se hizo menos flexible y más dependiente de lo que presentan las partes; los órganos están menos dispuestos a actuar de oficio cuando no reciben una solicitud de una parte.

La siguiente sección proporciona el panorama de las reformas en el Reglamento de la Comisión, para después discutir los cambios con respecto de las medidas cautelares y provisionales, el desistimiento de un caso, la abolición de la demanda como escrito ante la Corte, y asuntos en la representación e identificación de las supuestas víctimas. También se analizarán dos aspectos institucionales: la abolición de la figura del juez *ad hoc* y la creación de una defensoría interamericana.

IV. Los cambios graduales en el procedimiento ante la Comisión

Tradicionalmente, la Comisión ha manejado asuntos reglamentarios de manera flexible y, a veces, de forma cambiante. En otras palabras, decide tomando las decisiones procesales caso a caso y según su Reglamento, redactado de

manera poco rígida. Respondiendo a esta falta de seguridad jurídica, reivindicada por los Estados en su presión por cambios fundamentales al procedimiento del sistema, la Comisión, durante la última década, incrementalmente aprobó una serie de cambios a su Reglamento. En su totalidad, se hicieron cinco reformas desde 2000, abarcando asuntos como el procedimiento con respecto al fondo de las peticiones (2006), las audiencias de casos, incluyendo su publicidad (2008) y las relatorías (2008), o la participación de los Estados en las audiencias generales (2009), estableciendo así un procedimiento que obedece a una lógica que refleja el principio contradictorio, a pesar de tratarse de un proceso político y no jurídico en la Comisión.

Además, en 2009 la Comisión precisó las disposiciones del Reglamento sobre medidas cautelares, admisibilidad y excepciones preliminares; dispuso la creación de un grupo de trabajo de admisibilidad compuesto por algunos comisionados (artículo 35 del Reglamento de la Comisión); y, a petición originalmente del Perú, incluyó una provisión sobre la posibilidad de disponer el archivo de los casos que no hayan visto ninguna actividad de parte de las víctimas o sus representantes por algún tiempo (artículo 42 del Reglamento de la Comisión). La Comisión adoptó también cambios que mejoran la seguridad jurídica al momento de someter un caso a la Corte.

Resulta pertinente observar que la Comisión, en el nuevo artículo 66 de su Reglamento sobre audiencias generales, no clarificó si rige el principio de igualdad de armas con respecto a estas audiencias. Mientras los Estados deben generalmente ser invitados a una audiencia general solicitada por la sociedad civil, el Reglamento no prevé disposición alguna sobre el caso que la audiencia general fuese solicitada por un Estado, como ocurrió en la práctica.¹⁶ Sería oportuno tratar de manera igual al Estado y a las organizaciones de la sociedad civil que tienen un legítimo interés en una audiencia, debido a la equidad que debería regir en cualquier procedimiento jurídico o político. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad que la Comisión pueda imponer criterios sobre quienes podrían reclamar un *legítimo interés* al respecto. Como mínimo, la Comisión debería justificar de manera transparente su decisión de excluir de una audiencia general a una organización, del mismo modo que está previsto para los Estados (artículo 68 del Reglamento de la Comisión).

16 Véase la crítica de CEJIL al respecto, escrito "Observations regarding the proposal for the IACHR Rules of Procedure" del 30/6/2009, archivo con la autora.

V. Las medidas cautelares y provisionales

Ha existido una demanda constante e insistente de parte de los Estados para que la Comisión precise sus criterios en materia de otorgar medidas cautelares. Algunos representantes enunciaron que el problema primordial que existe con las medidas cautelares es su débil mecanismo de supervisión y de *enforcement* en casos de incumplimiento con las medidas otorgadas,¹⁷ a pesar del carácter obligatorio de las medidas cautelares otorgadas por la Comisión.¹⁸ Aunque ésta última no incluyó en el Reglamento una disposición explícita sobre el carácter vinculante de las medidas cautelares, procedió a codificar su práctica de otorgar medidas cautelares en situaciones que no están relacionadas a una petición o a un caso y de otorgar medidas de carácter colectivo (artículos 25.2 y 25.3 del Reglamento de la Comisión).

Sin embargo, el nuevo artículo 25.4(a) dejó algunas sospechas de que se tratara de un requisito de agotar los recursos cautelares internos respectivos antes de solicitar una medida cautelar. A pesar del vehemente rechazo por parte de la sociedad civil, el nuevo Reglamento dispone que la Comisión *tendrá en cuenta* si la situación que las víctimas arguyen ser de *gravedad y urgencia* fue anteriormente puesta en conocimiento a las respectivas autoridades estatales. No queda claro, no obstante, si esta disposición equivale a un requerimiento de agotar los recursos internos antes de solicitar la intervención protectora del Sistema Interamericano. Si la Comisión pretendiera darle esta interpretación al artículo 25.4(a) de su Reglamento, podría entonces auto-limitar su capacidad de reaccionar en situaciones de urgencia y gravedad, y, por consecuencia, su capacidad de proteger los derechos humanos en el hemisferio según su mandato.

Dicho lo anterior, la Comisión tomó en cuenta algunas observaciones críticas de la sociedad civil, permitiendo que los solicitantes proporcionen la razón por la cual no fue posible señalar la situación de riesgo al Estado antes de recurrir a la Comisión, eximiéndolos posiblemente del requisito aparente de dirigirse primero a las autoridades nacionales para lograr la protección solicitada. Esta consideración no figuró en la versión publicada para consulta en

17 CEJIL, "Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Octubre 2008. Disponible en www.cejil.org.

18 CIDH, "Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas", 7 de marzo de 2006, párrafo 240 y 241.

abril de 2009. De manera similar, se debe a las observaciones de la sociedad civil que existan excepciones en cuanto a la necesidad de demostrar el consentimiento de los beneficiarios de las medidas. Resulta especialmente relevante esta excepción con respecto a detenidos que se encuentren incomunicados o personas que estén voluntariamente aisladas.¹⁹

Además, el nuevo Reglamento establece una revisión periódica de las medidas cautelares vigentes, en orden a determinar su continua necesidad. Los Estados podrán solicitar que se revise una medida en cualquier momento, mientras el silencio de los beneficiarios y sus representantes después de una solicitud de información por parte de la Comisión faculta a ésta para dejar sin efecto dicha medida (artículo 25(8) del Reglamento de la Comisión). Este cambio fortalece la defensa del Estado ante las actuaciones de la Comisión y responde a un fuerte descontento que los países miembros habían manifestado al respecto. No obstante, la Comisión clarificó que la solicitud de dejar sin efecto las medidas no suspende la aplicación de aquellas, sino hasta que la misma Comisión decida. Esta clarificación es muy importante para permitir que las medidas cautelares puedan servir su propósito: en caso de duda o cuestionamiento, la presunción está a favor del beneficiario de las medidas, en coherencia con el objeto y fin de la Convención²⁰ y el mandato de la Comisión (artículo 42, CADH).

En la Corte, también se hicieron cambios al régimen de medidas provisionales. Se intensificó la supervisión de las medidas, codificando la práctica de llamar a audiencias para establecer el cumplimiento con éstas (artículo 27(5) del Reglamento de la Corte) y se fijó la posible acumulación de medidas solicitadas por la Comisión (artículo 30(4) del Reglamento de la Corte). Finalmente, la Corte estableció explícitamente que podrá usar fuentes que no fueran aportadas por las partes para estimar la gravedad y urgencia de un caso (artículo 27(8) del Reglamento de la Corte).

En este sentido, las disposiciones son más detalladas que las correspondien-

19 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares otorgadas el 22 de marzo de 2007 a favor de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de Mashco Piro, Yora y Amahuaca.

20 Explicado por la Corte en la Opinión Consultiva OC-2/82, "El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículos 74 y 75)", adoptada el 24 de septiembre de 1982, párrafo 29.

tes a la Comisión, seguramente debido a la necesidad de una mayor seguridad jurídica en un procedimiento judicial que en uno de carácter cuasi-judicial. Cabe notar que la Corte procedió a incluir los representantes de las presuntas víctimas en el artículo 53 de su nuevo Reglamento sobre la protección de los comparecientes en el proceso. Se refuerza así el otorgamiento de medidas provisionales o cautelares a muchos de ellos, por su labor en defensa de los derechos humanos.

VI. Desistimiento por parte de las víctimas y archivo de casos y peticiones

Desde enero de 2010, es posible para la Comisión archivar casos o peticiones por inactividad de las víctimas y sus representantes. De hecho, ya el 27 de marzo de 2009, ésta decidió el archivo de seis casos por dicha causal, después de reiteradas solicitudes de entregar información en relación a las peticiones. Esta provisión se agrega a la preexistente posibilidad de desistimiento explícito por parte de los representantes (ahora artículo 41 del Reglamento de la Comisión). El artículo sobre archivo de casos tiene su origen en una solicitud que hizo Perú en la CAJP en octubre de 2007.²¹ Dicho país tiene muchos casos pendientes ante la Comisión que datan de la década de los noventa y el régimen de Alberto Fujimori, lo que deja presumir que es de ello que surge el interés peruano en el archivo de peticiones y casos “inactivos”. De hecho, cuatro de los seis casos discontinuados en 2009 eran de origen peruano.

El nuevo artículo 42(1) del Reglamento de la Comisión dispone:

En cualquier momento del procedimiento, la Comisión podrá decidir sobre el archivo del expediente cuando:

a. verifique que no existen o subsisten los motivos de la petición o caso;

b. no se cuente con la información necesaria para alcanzar una deci-

²¹ Nota de la Delegación del Perú, 30 de octubre de 2007, CP/CAJP-2547/07. La propuesta fue hecha en la sesión de la CAJP del 8 de octubre de 2007 y versa también sobre un archivo automático de casos por inactividad o actividad procesal extemporánea de la Comisión durante el proceso ante ella. Esta parte de la propuesta nunca fue considerada por la Comisión. La segunda propuesta, de archivar algunos casos por inactividad de los peticionarios, fue introducida al reglamento con algunos cambios.

sión sobre la petición o caso.

La facultad de archivar casos parece una buena medida para reducir el *backlog* (la acumulación de casos ante un órgano judicial) ante la Comisión; especialmente, responde al hecho que no todas las denuncias ante la Comisión en las últimas décadas, y especialmente durante períodos de dictadura o conflicto interno en un país, tenían la intención de generar casos individuales. Como observa Fernando López, activista de derechos humanos guatemalteco:

[Durante la guerra civil], lo que hacíamos con todos los casos ante la Comisión no fue con el propósito necesariamente que llegaran hasta la Corte, sino que tenían el propósito de causar un efecto inmediato para ceder las violaciones de derechos humanos primero, contra la población civil. (...). Lo que quiero decir es que en un momento todo el sistema interamericano se usó con fines políticos. De hecho, cuando llegué a CALDH [Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos], me encuentro con el montón de expedientes [de denuncias y casos] frente a la Comisión, en un total desorden porque habían sido abandonados. Los tomo, los armo, los reactivo, y por eso trajimos el caso de Plan de Sánchez, el caso de Maritza Urrutia, hicimos nueve o diez soluciones amistosas. Claro, en ese momento, ya se había firmado la paz, (...) el contexto había cambiado radicalmente.²²

Parece razonable que la Comisión disponga de un mecanismo para distinguir las denuncias que nunca fueron intencionadas para ser procesadas de manera cuasi-judicial. A pesar del valor positivo que pueda entonces tener la fórmula del archivo de casos para la reducción de la cantidad de casos acumulados ante la Comisión, hay algunas dudas o preocupaciones con respecto al funcionamiento de este mecanismo que la Comisión no pudo disipar.

Adicionalmente, la Comisión dispuso que, antes de tomar la decisión de archivar el caso, tendrá que informar a los representantes, pero no a las presuntas víctimas, de la posibilidad de archivo y solicitarles someter la información necesaria. Esta disposición podría generar dificultades en casos de conflicto entre representantes y víctimas. Es interesante notar que la Comisión asume que siempre es del interés del Estado archivar un caso. En este sentido,

22 Entrevista con Fernando López, previamente CALDH, 18 de agosto de 2008, San José, Costa Rica.

cabe consignar que no hay ningún procedimiento que establezca solicitar la opinión de este último al respecto. Tampoco existe claridad sobre el procedimiento que usará la Comisión para tratar con las solicitudes de parte de un Estado de archivar un caso. En la práctica, no van a tardar en llegarle tales solicitudes. Si el Perú mantuviera su interés arriba mencionado de archivar casos ocurridos durante el régimen de Fujimori, no sorprendería que la Comisión recibiera solicitudes explícitas al respecto.

VII. La abolición de la “demanda” y otras duplicaciones en el procesamiento de casos

La discusión sobre la simplificación del procedimiento en las dos etapas del Sistema Interamericano se ha concentrado especialmente en el rol de los diferentes informes que adopta la Comisión para enviar un caso a la Corte. La simplificación en el procedimiento también redefinió la relación entre los dos órganos.

El sistema decidió abolir la demanda como escrito adicional al informe preceptuado en el artículo 50. La redacción de la demanda, en adición al informe, era una práctica constante desde el caso *Velásquez Rodríguez*, lo que no tenía fundamento alguno en la Convención, causando una duplicación considerable de trámites. Ello permitía, además, una incidencia de la Secretaría de la Comisión en la formulación de la demanda, que fue criticada repetidas veces por los Estados y por la sociedad civil que representaba a las víctimas ante el sistema, por su alejamiento del argumento de las partes y de la decisión de la misma Comisión. Así, la Secretaría podía enmendar las conclusiones adoptadas por el colegiado de la Comisión a base del contradictorio (el informe del artículo 50), para agregar o quitar elementos del caso antes de su sometimiento. Por ejemplo, en el caso *Radillo Pacheco*, resuelto por la Corte en 2009, en la demanda de la Comisión figuran algunas presuntas víctimas que no estaban en el informe elaborado en virtud del Artículo 50 del mismo caso. La instancia jurisdiccional interamericana resolvió refiriéndose a una jurisprudencia anterior,²³ considerando que estas presuntas víctimas no podían formar parte del caso ante la Corte ya que se requiere que el informe y la demanda sean

23 La Corte había aplicado el mismo criterio en la Resolución sobre Amplificación de víctimas en el caso *Campo Algodonero vs. México*, adoptada el 19 de enero de 2009, Serie F, párrafo. 36.

iguales al respecto.²⁴

La Corte había determinado, en los últimos años, con cada vez menos excepciones, que el marco fáctico del caso quedaría determinado en la demanda de la Comisión, sin posibilidad de revisar esta decisión. No existía una garantía que el marco fáctico de la demanda reflejara los elementos del litigio contradictorio ante la Comisión, como había sido plasmado en los argumentos de las partes en el proceso y el informe del artículo 50 de la Comisión. La abolición de la demanda favorece esta posición y reduce la influencia de la Secretaría, reestableciendo la autoridad del colegiado de la Comisión sobre los hechos y alegatos de derecho que la Comisión presenta ante la Corte.

Así, prefiriendo un rol más proactivo para sí mismas, las partes aceptan u optan por una reducción del rol de la Comisión. Mientras esta disminución podría aumentar la autonomía de las partes, podría al mismo tiempo afectar la capacidad de la Comisión de proteger a las presuntas víctimas mediante la representación. Hay que notar, no obstante, que la Comisión y la Corte disponen, con las medidas cautelares y provisionales, de un mecanismo específico y eficiente para la protección de las víctimas y sus representantes. Entonces, con la determinación establecida en orden a que la Comisión someta directamente el informe artículo 50, redujo su espacio de manejo y deberá remitirse a lo aportado por las partes en el proceso o lo que, *propio motu*, habrá considerado a partir del caso en particular. En la misma lógica, el nuevo Reglamento ya no permitirá a las víctimas agregar nueva evidencia entre la adopción del informe artículo 50 y el envío del caso a la Corte (antiguo artículo 43.3d, falta en el artículo 44.3 del Reglamento de la Comisión). Esta reforma se refleja también en la eliminación de la calidad de evidencia como criterio del sometimiento del caso (artículo 45, antiguo artículo 44.3(e) del Reglamento de la Comisión).

Estos cambios no significan que la Comisión no podrá presentar a la Corte su propia visión del caso, puesto que en el proceso asumirá su función de velar por el *interés público del sistema*, dejando la representación de las presuntas víctimas a los representantes y al Defensor Interamericano. En un escrito que acompaña el informe del artículo 50, la Comisión podrá así presentar a

²⁴ Corte IDH, Caso *Radilla Pacheco vs. México*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párrafo 110. La Corte no obstante recomienda al Estado considerar compensar a las referidas personas de buena fe, párrafo 328.

la Corte una visión más amplia del caso, sin tomar necesariamente posición por una de las partes. Lo hará, entonces, sin comprometer su apariencia de imparcialidad en el proceso ante ella, ya que no podrá incidir en el contenido del caso más allá de lo que habría sido debatido entre las partes, surgido de su interpretación de la evidencia o de los argumentos o que se funde en su rol como garante del orden público interamericano. Queda por demostrarse en la práctica cómo la Comisión cumplirá su nuevo rol y especialmente en qué medida seguirá defendiendo explícitamente sus conclusiones ante la Corte.

Sin embargo, hubiera sido deseable que la Comisión se auto-comprometiese a publicar las razones por las cuales somete un caso a la Corte. El Reglamento permite a aquella la discreción sobre si incluye esta información. Por su parte, el Reglamento de la Corte estipula que la Corte *debe* recibir, para iniciar el proceso de un caso, una serie de informaciones, incluso las razones de la Comisión para el sometimiento. En este sentido, se mantienen ciertas incoherencias en los Reglamentos a pesar de la estrecha coordinación que reclama la Corte en sus explicaciones a la segunda fase de la reforma reglamentaria. Depende de ésta exigir que la Comisión cumpla con el Reglamento de la Corte, por el carácter de órgano superior del Sistema Interamericano de la última.

VIII. La identificación de la parte lesionada y las excepciones preliminares

Durante los últimos años, la interpretación de la Corte sobre cuándo es oportuno identificar con precisión la parte lesionada en un caso, fue objeto de constantes cambios, algunos de los cuales no eran coherentes. Cabe destacar que, desde la reforma de enero de 2009, la Corte ya no ocupa el término “*familiares de las (presuntas) víctimas*”, sino que les denomina “*parte lesionada*”, si sufrieron una violación en su propio derecho, o “*testigos*” o “*declarantes*”, según su rol en el procedimiento.²⁵

Las reglas procedimentales sobre la identificación de la parte lesionada se determinaron, después de algunos años de inconsistencias al respecto, el año

²⁵ Véase por ejemplo Medina Quiroga, Cecilia, en “La Corte Interamericana y los familiares de las víctimas”, en “La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho”, *Tomo IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM) 2008.

2008 con los casos *Heliodoro Portugal* y *Valle Jaramillo*, donde se indica que la parte lesionada debe ser identificada en la demanda (ahora en el informe del artículo 50).²⁶ Este criterio ha sido recogido en el nuevo Reglamento (artículos 35.1(b) y 35(2) del Reglamento de la Comisión). En este sentido, no se adaptó la posición que la Comisión presentó, sin éxito, en el caso *Campo Algodonero*, cuando sostuvo que las presuntas víctimas deberían ser identificadas antes de la decisión sobre admisibilidad de la Comisión.²⁷ Queda al criterio de esta última, por consecuencia, determinar en la práctica si admitirá ampliaciones de la lista de las presuntas víctimas después de la respectiva decisión de admisibilidad. Hubiera sido deseable que se codificara la correspondiente regla para reducir la posibilidad de inconsistencias en la práctica y mejorar la seguridad jurídica.

Tampoco queda consagrada de manera coherente la práctica procesal de la Corte en relación al momento oportuno de presentar excepciones preliminares. Dispone la Corte, desde los casos *Herrera Ulloa* y *Serrano Cruz*, la posibilidad de una renuncia tácita al derecho de interponer excepciones preliminares si no se hace antes de la decisión de admisibilidad de la Comisión. Esta última, introdujo en su nuevo Reglamento una disposición acerca de la jurisprudencia constante de la Corte con respecto al principio de Estoppel, disponiendo que éstas se deberán hacer antes de la decisión de admisibilidad de la Comisión (artículo 30(6) del Reglamento de la Comisión). No obstante, la Corte no ajustó este cambio al artículo 62 de su Reglamento que versa sobre excepciones preliminares. Se mantiene entonces la regla en cuanto a que las excepciones preliminares *sólo podrán ser opuestas* en la contestación del Estado, es decir, en el primer escrito del proceso ante la Corte, pero no se hace referencia al hecho que en la práctica, los órganos del sistema han considerado el proceso como uno solo, evitando así duplicaciones en el procedimiento. No se recoge entonces la propia jurisprudencia de la Corte. A mayor abundamiento en la materia, el artículo 62 tampoco recoge la interpretación constante sobre la incompatibilidad de un reconocimiento de responsabilidad

26 Sobre este mismo punto véase Corte IDH, Caso *Plan de Sánchez v. Guatemala*, Reparaciones, Sentencia del 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116. Corte IDH, Caso *Mapiripán v. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. En el caso *Las Dos Erres*, del 24 de noviembre de 2009, la Corte estimó que los listados de presuntas partes lesionadas deben ser idénticos entre el informe Artículo 50 y la demanda, *Las Dos Erres v. Guatemala*, Sentencia del 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211, párrafo 20.

27 Caso *Campo Algodonero vs. México*, Resolución de la Corte del 19 de enero de 2009, Serie F, considerando, considerando 6.

internacional o allanamiento y la interposición de excepciones preliminares, que fue determinada por primera vez en el caso *Mapiripán*.

IX. Representación y declaraciones de las presuntas víctimas

El nuevo Reglamento de la Corte contiene varios cambios respecto de la participación de las víctimas en el proceso. Tomando en cuenta la adopción del Reglamento para el Fondo de Asistencia Legal en el Consejo Permanente (véase arriba), es sorprendente que la única referencia a esta institución se encuentre en las disposiciones transitorias del Reglamento de la Corte, determinando que las presuntas víctimas de casos que cuentan con un informe en virtud del artículo 50 antes de la entrada en vigencia del nuevo Reglamento —pero que están sometidos a la Corte después de esa fecha— podrán beneficiarse de dicho Fondo. Una referencia al Reglamento que la Corte adoptó tres meses después sobre el acceso al Fondo, hubiera clarificado, por ejemplo, el Artículo 60 sobre gastos de la prueba.

Este *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas* fue aprobado el 24 de febrero de 2010, estipulando los principios claves de cómo se pueden solicitar los fondos administrados por la Secretaría de la Corte. La Corte puede ordenar, en el momento de dictar sentencia, que el Estado reintegre los gastos cubiertos por el fondo (artículo 5 del Reglamento de Funcionamiento). El artículo 6 del Reglamento de Funcionamiento, deja una amplia discreción a la Corte sobre su interpretación. Se puede esperar que, al igual que ocurrió con los Reglamentos de la Corte, el del Fondo se especificará con los años, reflejando la práctica de la Corte y las soluciones que se van encontrando a problemas concretos del funcionamiento de éste. En este momento, el Reglamento de Funcionamiento deja muchos detalles sin precisar, como, por ejemplo, los criterios de repartición en caso de que el apoyo solicitado exceda los fondos disponibles. En cambio, la consulta hecha por la Comisión sugiere que el respectivo Reglamento estará más detallado, especialmente, abarcando asuntos como los criterios que deben cumplir las víctimas para obtener ayuda del Fondo, los rubros de gastos para los cuáles se podrán solicitar los fondos, y la pregunta si los fondos deberían ser distribuidos por un órgano independiente de la Comisión. Esta última consideración parece de mayor importancia y lo sería igualmente para la Corte, ya que no debería convertirse la solicitud de ayuda legal en una instancia en la cual un órgano judicial pueda determinar cuáles serían los casos que iba decidir.

Otro cambio significativo está relacionado con el valor probatorio de las declaraciones de las presuntas víctimas. Contrario al reglamento anterior, las presuntas víctimas ya no prestarán juramento, reflejando así que no se considerarán testigos sino declarantes. La regla responde a la misma lógica que la práctica constante de la Corte, al valorar el testimonio de las presuntas víctimas en el *contexto* de la otra prueba entregada por las partes. Se confirma también la práctica de no aplicar a las víctimas o los familiares declarantes las provisiones sobre incomparecencia o falsa deposición (artículo 54 del Reglamento de la Corte). Estos cambios toman en cuenta el interés que pueden tener las presuntas víctimas en el resultado del caso, al igual que el trauma que pueden haber sufrido por violaciones graves a sus derechos y que podría haber influenciado su memoria, su percepción sobre los acontecimientos y su capacidad psicológica de sostener una declaración.

Este cambio resaltarán aún más las tensiones que presenta el procedimiento entre el fin reparatorio y el fin probatorio de las audiencias. Como lo indican tantas declaraciones en audiencia, para muchas presuntas víctimas es primordial que finalmente una instancia jurídica les escuche después de haber experimentado la denegación de la justicia a nivel nacional. Como indicó la Corte en *Las Dos Erres* en noviembre de 2009, la declaración de una parte lesionada ante la Corte es parte de la reparación que se otorga en un caso.²⁸ Es probable que la audiencia revista un fin más que todo reparatorio, conforme a la decisión de la Corte en *Campo Algodonero* que determinó que las madres de las víctimas tenían el *derecho* a declarar.²⁹

En esta misma línea, el nuevo Reglamento permite efectuar el interrogatorio de testigos y peritos por escrito, enviando las preguntas respectivas en base del *affidavit* proporcionado a la Corte y las partes (artículo 50(5) del Reglamento de la Corte). A su vez, permite evacuar la prueba a través de medios audiovisuales (artículo 51(II) del Reglamento de la Corte). Estos cambios parecen resaltar el carácter reparatorio de la audiencia y el carácter probatorio del proceso escrito. No obstante, con la tendencia de la Corte a limitar la cantidad de declarantes, testigos

28 El caso fue procesado bajo el Reglamento aprobado en su LXXXII período de sesiones del 19 al 31 de enero de 2009.

29 Corte IDH, Caso *Campo Algodonero v. México*, Convocatoria, Resolución de la Corte del 18 de marzo de 2009. Convocatoria 18 de marzo de 2009.

y peritos en la audiencia, se determinará en la práctica su carácter definitivo.

Por último, cabe notar que, en varios casos, especialmente en *Nogueira Carvalho* y en *Setimo Garibaldi*, la Corte determinó que una persona que haya sido representante en el caso a nivel nacional no podrá ser testigo en el Sistema Interamericano. En *García Prieto*, no obstante, un representante fue admitido como testigo. El Reglamento había guardado silencio sobre el punto hasta 2009, cuando la Corte especificó su tratamiento de estos asuntos, sin resolver aún todos los interrogantes. Especialmente, la Corte clarifica que no puede actuar como perito una persona que haya sido representante de las presuntas víctimas en el proceso nacional (artículo 48 del Reglamento de la Corte). No obstante, no se dice nada sobre la incompatibilidad entre el rol de testigo y representante que se determinó en los casos brasileños; el artículo 47 del nuevo Reglamento de la Corte guarda silencio al respecto y deja la decisión a la discreción de la Corte o la Presidencia. La práctica parece haber solucionado el problema, admitiendo la Corte en el caso *Las Dos Erres* al representante de las presuntas víctimas como testigo.³⁰ Hubiera sido deseable consagrar la respectiva práctica en el Reglamento para mejorar la seguridad jurídica para las partes.

X. Supervisión

En el ámbito de la supervisión de sentencias, la Corte codificó la práctica que había desarrollado en base de su decisión sobre competencia en el caso *Baena Ricardo* (2003). Así, el nuevo Reglamento dispone en su artículo 30(5) que se puede acumular la supervisión de los casos, como ocurrió en la práctica, por ejemplo, de los casos guatemaltecos sobre la pena de muerte, *Fermín Ramírez* y *Raxcacó Reyes*. El Reglamento también codifica la práctica de las audiencias de supervisión, que se habían convocado desde 2007. El texto amplía la práctica, permitiendo audiencias privadas y públicas (artículo 69(3) del Reglamento de la Corte). Hasta la fecha, ninguna audiencia de supervisión ha sido pública.

Es lamentable que la Comisión no se haya decidido a fortalecer sus herramientas de supervisión, a pesar de los problemas graves en el cumplimiento

³⁰ Corte IDH, Caso *Las Dos Erres*, párr. 57c.

de informes de los artículos 51 y 49, contra los cuales ya no procede recurrir a la Corte ni a otro mecanismo que pueda lograr el cumplimiento con esas decisiones de la Comisión, pues son solamente los otros Estados y no la sociedad civil quienes podrán llevar un asunto de incumplimiento a la atención de los órganos políticos de la OEA. Son los Estados, no obstante, quienes mantienen la discreción sobre si toman alguna acción respecto del incumplimiento.

Dicho lo anterior, el nuevo artículo 46 parece fortalecer la capacidad de la Comisión de supervisar el cumplimiento de sus recomendaciones contenidas en sus futuros informes confidenciales. En tal sentido, esta norma determina que el Estado renuncia implícitamente a invocar la extemporaneidad del sometimiento del caso a la Corte, cada vez que solicita a la Comisión una extensión del plazo de cumplimiento con el informe confidencial adoptado según el artículo 44 del Reglamento de la Comisión. Esta disposición parece permitir que la Comisión no adopte su informe hasta que el cumplimiento de sus recomendaciones fuese asegurado, manteniendo muchas veces el beneficioso contra-incentivo de llevar el caso a la Corte. Se verá si la Comisión usará la oportunidad de supervisión de sus decisiones que le parece otorgar el artículo 46 de su Reglamento. En todo caso, queda pendiente el fortalecimiento de los mecanismos de supervisión propiamente tal para futuras reformas.

XI. Los jueces *AD HOC* y la independencia de la Corte

La figura del juez *ad hoc* es una reminiscencia del arbitraje y una característica típica de un juicio internacional entre Estados. No obstante, esta institución afecta el equilibrio procesal si una de las partes es un individuo que no tiene el mencionado derecho. Mientras el sistema europeo de derechos humanos mantiene la figura del juez nacional modelado según el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, la nueva Corte Africana de Derechos Humanos prohibió en su Estatuto adoptado en 2008 que un juez conozca de un caso en el cual está involucrada una parte de su país de origen. La Corte adoptó una opinión consultiva sobre el artículo 55 de la Convención, en torno al rol de los jueces nacionales y la figura del juez *ad hoc*, solicitada en 2008 por la República de Argentina. El nuevo Reglamento refleja desde ya una adecuación casi completa a lo dispuesto en la opinión consultiva.

La mayoría de los Estados partes de la Convención habían argumentado que

se debía mantener la figura por razones de la *expertise* del juez nacional o para balancear la *ventaja* que supuestamente tenían las víctimas con el apoyo de la Comisión en el procedimiento. Organizaciones de la sociedad civil y académicos habían planteado que la figura violaba el equilibrio procesal y ponía en peligro la imparcialidad de la Corte ya que solamente una de las partes tenía el derecho de designar un juez *ad hoc*. A su vez, esta institución acogió el argumento, correspondiendo también a la posición de la Comisión expresada reiteradamente en los argumentos que expuso en la Corte sobre asuntos de procedimiento. De hecho, la figura ya había sido criticada por el representante de Brasil en las negociaciones de la Convención en los años sesenta, pero esta posición no había conseguido mayoría.

La razón fundamental que aduce la Corte para dar término a la figura del juez *ad hoc* en los procesos individuo-Estado, acogiendo así el argumento central de la sociedad civil, es el hecho que aquella atenta contra el equilibrio procesal:

*En este sentido, no escapa a la Corte que la figura del juez ad hoc, concebida para mantener el equilibrio procesal entre Estados Partes iguales en derecho, podría entrar en conflicto con el carácter especial de los tratados modernos de derechos humanos y la noción de garantía colectiva. El conflicto en cuestión resulta más evidente cuando los individuos y los Estados se constituyen en partes procesales opuestas. Por ello, al estar expresamente prevista en la Convención Americana, la Corte debe dar a la figura del juez ad hoc una aplicación restringida de conformidad con el propósito del artículo 55 de la Convención.*³¹

Para alcanzar esta conclusión, la Corte demuestra, después de consultar el artículo en su contexto, a la luz del objeto y fin del tratado,³² que los *travaux préparatoires* (trabajos preparatorios) no señalan ninguna intención que el artículo 55 fuese redactado con miras a los procesos entre individuos y Estados.

Siendo el anterior argumento central dentro de lo que aduce la Corte, los

³¹ Corte IDH, Opinión Consultiva 20/09 del 29 de septiembre de 2009 solicitada por la República de Argentina, Artículo 55 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Serie A No. 20, párrafo 37, omitida nota pie de página.

³² Para las reglas de interpretación de tratados, véase Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de Mayo de 1969, entrada en vigencia 27 de enero de 1980.

jueces discuten las otras observaciones de los Estados, especialmente al argumento de *expertise* del juez nacional que le haría indispensable en cualquier juicio internacional. La Corte es muy clara en aseverar que su mandato y, por ende, la tarea de cada uno de los jueces no incluye ser expertos en el derecho interno de algún país. Un juez está llamado a juzgar según el derecho internacional, no a proporcionar *expertise* sobre los hechos.³³ Si las partes no adujeran esta *expertise*, la Corte tendría plena facultad según el artículo 58 (antes Artículo 53) de su Reglamento para solicitar la opinión experta de peritos que pudiesen brindar lo que por su formación o especialización no conocerían del sistema nacional en particular.³⁴

Adicionalmente, la Corte respondió a la pregunta formulada por Argentina en relación al juez nacional (artículo 55). La respuesta ofrecida confirma la práctica de la judicatura interamericana, celebrada desde el caso Almonacid Arellano en 2006, de recusar a los jueces en casos que atañen su Estado de nacionalidad.³⁵ Resalta la Corte, no obstante, que la calidad de nacional no deja concluir a priori sobre la parcialidad del juez. Más bien, la recusación evita cualquier sospecha al respecto. Entonces, parece oportuno concluir que el problema con respecto a los jueces *ad hoc* es el modo de su designación, hecha solamente por una de las partes en un caso concreto, más que su nacionalidad. Con la abolición de la figura del juez *ad hoc*, las garantías del Sistema Interamericano para la independencia e imparcialidad de todos los integrantes del tribunal mejoraron considerablemente.

El nuevo Reglamento de la Corte refleja dicho fallo en los artículos 19 y 20. Queda por hacer un último ajuste que parece haber escapado a los ojos de los jueces. Éste dice relación con el artículo 20 inciso 4 del nuevo Reglamento, en el que se mantuvo la redacción anterior, mencionando que la designación de

33 Nótese que en el derecho internacional, las normas del derecho interno de un país se consideran parte de los hechos de un caso.

34 Corte IDH, OC 20/09, párrafos 56 a 62.

35 Corte IDH, OC 20/09, párrafo 86. En cuanto a la práctica que se codificó en el nuevo reglamento, véanse por ejemplo Caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie Comisión No. 177; caso *Cantorál Huamani vs. Perú*, sentencia del 10 de julio de 2007, Serie C No. 167 y por primera vez, caso *Almonacid Arellano v Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154. Todos los casos mencionan la nacionalidad del juez como razón de su desistimiento. Excepciones fueron la participación del juez Cañado Trindade en el caso *Nogueira de Carvalho vs. Brasil*, sentencia del 28 de noviembre de 2006, Serie C No. 161, y la jueza Cecilia Medina en el caso *Claude Reyes v Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 133. Al haber ocurrido estas dos excepciones en 2006, se puede concluir que hay una práctica constante al respecto desde 2007.

un juez *ad hoc* debe ser informado a los *representantes de la presunta víctima*. Esta formulación está en contradicción con el resto del Reglamento y la opinión consultiva, ya que no habrá casos en los cuales haya presuntas víctimas como *parte* y que tengan un juez *ad hoc*. Los jueces *ad hoc* quedan consignados a los casos interestatales; por ende, no habrá necesidad de informar a *presuntas víctimas*.

XII. El Defensor Interamericano y el futuro rol de la Comisión ante la Corte

La innovación más destacada en materia de representación ante el Sistema Interamericano es la creación de la figura de un Defensor Interamericano (en adelante el Defensor) quien cumplirá con las funciones de representación de presuntas víctimas que no cuenten con su propio representante (artículo 37 del Reglamento de la Corte). Hasta ahora, esta función ha estado a cargo de la Comisión. En el nuevo Reglamento no se proporcionan detalles sobre la calificación y función del defensor, ni tampoco sobre el mecanismo de selección que la Corte usará para escoger la persona u organización idónea en cada caso, detalles que van a determinarse en un reglamento específico sobre el Defensor que la Corte iba a discutir en su primera sesión en 2010.³⁶ La Corte ya firmó un convenio con la AIDEF (Asociación Interamericano de Defensorías Públicas), en relación al rol de esta institución en la designación de un Defensor Interamericano si la Corte así se lo pidiera en un caso específico.³⁷ Serán de mayor trascendencia para el funcionamiento del sistema las garantías de independencia para los defensores, los requisitos de experticia que se demandarán de ellos y ellas, y los mecanismos de queja para las supuestas víctimas que podrían tener fundamento para solicitar el cambio de un defensor que no cumple con sus funciones cabalmente.

La Comisión, entonces, perderá su función como representante suplente de las presuntas víctimas que no cuenten con su propio abogado. Este cambio se refleja también en el hecho de que la Comisión ya no propone declarantes o

³⁶ Entrevista con Pablo Saavedra, Secretario Ejecutivo de la Corte Interamericana, 12 de enero de 2010. La entrevista fue otorgada a título personal.

³⁷ Acuerdo de Entendimiento entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, firmado el 25 de septiembre de 2009, párrafo 2. Documento archivado con la autora.

testigos, sino solamente peritos, y que solamente podrá interrogar, si se afectara “de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos” y a los peritos por ella propuestos (artículo 52.3 del Reglamento de la Corte).

El término *orden público interamericano de los derechos humanos* no se define en el Reglamento y tampoco es claro cómo se podrá afectar *de manera relevante*. Estas determinaciones quedan para la futura interpretación del Reglamento. Por consecuencia, cabe señalar algunos interrogantes. Primero, la Comisión está facultada para actuar en favor del *orden público* solamente, no del interés público en general; segundo, actuará a favor del orden público *interamericano*, no nacional. Eso parece excluir que la Comisión intervenga en el proceso con su propia interpretación sobre las actuaciones concretas que considera necesarias a nivel nacional, a menos que haya planteado y analizado los aspectos más amplios del caso en el informe establecido por el artículo 50. No obstante, la interpretación del término tendría que tomar en cuenta la interrelación entre los dos niveles y especialmente la finalidad del Sistema Interamericano de proteger los derechos humanos en los Estados partes de la Corte, incluso en los que están demandados ante ésta. Tercero, y para evitar una interpretación restrictiva de la función de la Comisión que podría perjudicar a la promoción y protección de los derechos humanos en el hemisferio, resulta importantísimo que el *orden público interamericano* se considere un concepto que tenga una vertiente procesal e institucional con respecto al sistema, pero también, y sobretodo, otra de carácter sustantivo, reflejando el mandato de la Comisión de proteger y promover los derechos humanos en el hemisferio. Este doble significado del término *orden público* se demuestra en el sistema europeo, que la Corte Europea de los Derechos Humanos invoca con respecto a los mecanismos de protección y con respecto al rol preeminente de la democracia representativa en la protección de los derechos humanos en ese continente.³⁸ El nuevo Reglamento introdujo otro cambio significativo con respecto a la representación de las presuntas víctimas ante la Corte. La interpretación de la figura del Interviniente Común tuvo como consecuencia la inoperancia del proceso en el caso *Castro Castro*. En este caso, la Corte no supo involucrar a todas las presuntas víctimas en el proceso, ante la negativa de la interviniente común designada para cumplir con sus funciones. Respondiendo a las críticas que se hicieron al respecto, se estableció en el nuevo Reglamento que habrá un máximo de tres representantes actuando como intervinientes

38 Corte EDH, Caso *Loizidou vs. Turquía*, Excepciones preliminares, párr. 75 y 79; y *Makhmudov vs. Rusia*, párrafo 63.

comunes (artículo 25.2 del Reglamento de la Corte), permitiendo que haya tres grupos de víctimas que no estuvieren en acuerdo sobre la estrategia de litigio a perseguir o quienes desconfíen entre sí por razones ajenas al proceso. El aumento en el número de representantes se facilita por la posibilidad que tiene la Corte, desde enero de 2010, para tramitar los casos a través de medios electrónicos (artículo 33 del Reglamento de la Corte).

No obstante, a nivel interamericano, no existe un mecanismo que permita a las presuntas víctimas cuestionar el desempeño de un interviniente común, si éste no cumple con los deberes sobre los cuales le instruye la Corte.³⁹ A su vez, ésta podría considerar que cualquier desacuerdo entre la víctima y su representante es un asunto que no le compete a ella. Sin embargo, no existe instancia a la cual la víctima se podría dirigir, asumiendo que se trata de un proceso internacional y que los recursos internos que estarían disponibles en situaciones similares a nivel nacional no son accesibles. Especialmente en los casos para los cuales la Corte habría impuesto un Interviniente Común a un grupo de víctimas, será de mayor importancia que ponga a disposición de los litigantes algún mecanismo de solución de conflictos al respecto, para garantizar el buen desarrollo del proceso y el cumplimiento de la ética profesional de los representantes. La elaboración del Reglamento sobre el fondo de asistencia legal sería el lugar idóneo para establecer estándares para una ética interamericana para los representantes legales de las víctimas, más allá de lo que organizaciones individuales pueden haber adoptado internamente.

XIII. Conclusión

Los cambios reglamentarios producidos en los órganos del Sistema Interamericano durante 2009 confirman la tendencia de años anteriores hacia una mayor procedimentalización del sistema. Adicionalmente, marcan un hito en la redefinición del rol de la Comisión como garante del orden público interamericano. Este cambio no se ha materializado todavía completamente, pero la reducción del involucramiento de la Comisión en la tarea de representación de las presuntas víctimas – a favor de la creación del Defensor Interamericano, cuyas funciones y, especialmente, criterios de nombramiento, quedan para concretar– deja percibir el rumbo que posiblemente tomará el sistema

³⁹ Corte IDH, Caso *Castro Castro*, Notificación de la demanda, 8 de octubre de 2005.

en los próximos años. En este contexto, será del mayor interés el establecimiento de recursos jurídicos u otros mecanismos para responder adecuadamente, a nivel interamericano, al posible incumplimiento de representantes, intervinientes comunes o el defensor interamericano de sus funciones ante la Corte.

Queda por resaltar tres puntos más generales sobre los cambios del Reglamento de la Corte. Primero, por primera vez será posible interponer ante la Corte una solicitud de rectificación, si una de las partes considera que la Corte hubiera hecho un error material en su sentencia (Artículo 76 del Reglamento de la Corte). Aunque esta provisión no se asimile a la solicitud de nulidad, revisión o cualquier tipo de apelación de tipo nacional, permite a la Corte corregir sus eventuales errores. Existen entonces dos solicitudes que los litigantes deben distinguir: la solicitud de interpretación y la solicitud de rectificación. Ninguna de estas pueden cambiar la sentencia.

Segundo, la Corte emitió una aclaración significativa con respecto a las normas de interpretación del Sistema Interamericano pues, mientras anteriormente la Corte de vez en cuando se había basado en el artículo 29 de la Convención para la interpretación de normas procesales, en 2009 este órgano recurre exclusivamente a las reglas de interpretación del derecho internacional general, consagradas en el artículo 31 de la Convención de Viena, cuando se trata de interpretar normas procesales de su tratado constitutivo. La interpretación *pro homine* consagrada en el artículo 29 de la Convención, que apunta a la protección más favorable a la presunta víctima de violaciones de derechos humanos, se refiere entonces a la interpretación de los derechos protegidos en la Convención y de su objeto y fin, no de sus normas procesales. La Corte habrá de velar de manera continua, obviamente, que ninguna interpretación procesal contravenga el objeto y fin del tratado.

Finalmente, conviene concluir citando la interpretación que la propia Corte da a la posibilidad o no de una *costumbre procesal*, invocada por algunos Estados para la Opinión Consultiva 20/09 mencionada anteriormente. La Corte clarificó que, siendo esta interpretación importante para entender los cambios procesales que se hicieron a partir de la práctica previa, o cambiando una tal práctica procesal anterior, “[N]inguna interpretación de la Convención realizada por la Corte, inclusive de manera reiterada, puede entenderse como una práctica de

los Estados en el sentido del artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de tal forma que impida al Tribunal modificar sus criterios".⁴⁰ Esta clarificación parece ser incluso importante para el derecho internacional procesal general, donde las Cortes internacionales revisten un rol cada vez mayor. La Corte aclara que su interpretación de derecho procesal internacional no puede contribuir a la generación de costumbre internacional.

⁴⁰ Corte IDH, OC 20/09, párrafo 53.

IMPACTO JURÍDICO DEL INGRESO DE CHILE A LA OCDE

*José Ignacio Merino*¹

Chile ha sido invitado a participar del selecto grupo de países que pertenecen a la Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (en adelante OCDE). Durante los pasados meses, su estatus ha sido de “candidato para ingresar”, en espera de aprobar satisfactoriamente el riguroso examen de implementación, requisito indispensable para dar luz verde a su calidad de miembro pleno. En este contexto, el presente artículo busca resaltar las peculiaridades que trae aparejado el ingreso pleno de Chile a esta organización internacional, los aciertos y desaciertos en el proceso de incorporación y lo vanguardistas que resultan sus temas, tanto que llegan a remecer los principios del derecho tradicional.

En el contexto de la variedad de organismos económicos internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Organización Mundial del Comercio, etc.), y considerando la diversidad de acuerdos económicos internacionales (NAFTA, MERCOSUR, tratados de libre comercio, Comunidad Económica Europea, etc.), bien vale la pena preguntarse ¿qué trae de nuevo la incorporación de Chile a la OCDE? La verdad es que, en este caso, el solo ingreso de un país debe considerarse un éxito que pocos estados pueden celebrar. Haciendo una analogía con otros procesos de certificación, la membresía de Chile en la OCDE es comparable con la acreditación al estándar ISO a la cual se someten las empresas²: los miembros de la OCDE son aquellos que

¹ Abogado, Master in International Business Law (LL.M.) Washington College of Law, American University. Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Económico en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

² International Organization for Standardization.

mantienen un sistema jurídico robusto por contener normas contra el lavado de dinero y el financiamiento de actos terroristas, que poseen un sistema laboral que garantiza los derechos de los trabajadores, pero que no son un obstáculo al desarrollo empresarial. Además, lideran mecanismos efectivos para un desarrollo sustentable que proteja el medioambiente y promueva el uso de energías renovables, manteniendo procedimientos efectivos para perseguir las responsabilidades ante la infracción de estas regulaciones.

En resumen, la certificación OCDE promoverá la inversión extranjera por parte de aquellas empresas que, al momento de escoger donde invertir, reciban garantía del Estado receptor sobre una regulación orgánica que promueve las inversiones foráneas. Se prevé que el ingreso oficial de Chile a la OCDE sería a mediados de 2010, después de que el Congreso Chileno apruebe el tratado fundacional al que Chile adhiere.

Actualmente el listado de integrantes está compuesto de esta manera: por parte de América del Norte, están Canadá, Estados Unidos y México; de Europa lo integran Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo y Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía; del Pacífico, países como Australia, Japón, Nueva Zelandia y República de Corea. Los requisitos para invitar a un estado ajeno pasan por la aprobación unánime del Consejo (órgano representativo de los Estados) y por el cumplimiento de las condiciones que le permitan a un gobierno asumir los elevados estándares que aseguran una adecuada promoción del comercio y protección a las inversiones.

Pasa algo similar con la difusión que ha tenido la GAFI³ o GAFI Sud (para los países latinoamericanos), donde se ha buscado resaltar la importancia del examen de admisión o “filtro”, que conlleva a que los candidatos demuestren ante una comisión su aptitud para cumplir con las obligaciones acordadas en el tratado. De esa manera, los artículos generales de una convención (como su preámbulo, objetivos y principios) no quedan expuestos a convertirse en meras declaraciones programáticas, firmadas al alero de una reunión internacional donde lo que inspira es la buena voluntad, pero que dista mucho

3 GAFI es la abreviación de Grupo de Acción Financiera Internacional, que agrupa a los países que mantienen medidas efectivas contra el lavado de dinero y crímenes económicos, entre otras materias.

con la aplicación práctica del tratado. Al incorporar el requisito del “examen de admisión”, este tipo de organizaciones internacionales y sus tratados fundacionales han logrado superar exitosamente una de las falencias más importantes que impone el derecho internacional de los tratados: la ausencia de incorporación, indebida implementación en el derecho interno y la falta de ajuste normativo interno para cumplir con la Convención.

Cabe la pena recordar que el artículo 27 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados prescribe, a propósito del derecho interno y la observancia de los tratados, que *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*. Valga esta referencia, considerando que, en el pasado, Chile ha sido condenado internacionalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) por no haber procedido de manera preventiva a disponer su derecho interno para cumplir con la Convención Interamericana de Derecho Humanos, conocida como Pacto San José de Costa Rica. En *Olmedo Bustos y Otros vs. Chile* (caso de “La Última Tentación de Cristo”), la Corte en el párrafo 97 de su sentencia, señaló que:

*(...) considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.*⁴

Seguidamente, en el párrafo 98, la Corte especificó cuál había sido la responsabilidad internacional del Estado de Chile por omisión, al señalar que:

(...) las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquellas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medi-

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos vs Chile*) Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73. Párrafo 97.

*das apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención.*⁵

El ingreso de Chile a la OCDE, representa un importante avance en materia de implementación de tratados internacionales ya que el proceso ha requerido de urgentes proyectos legislativos que han presionado al Congreso de Chile a tramitar leyes para adecuar el ordenamiento jurídico chileno a los estándares exigidos por la OCDE. La bondad de este procedimiento de ingreso es su enfoque preventivo, que asegura que antes de que el Congreso apruebe el tratado y que el Presidente de la República ratifique el tratado internacional, el sistema jurídico de Chile ya ha sido adaptado para cumplir desde el primer día con los compromisos del tratado internacional. Para cumplir con esta adaptación, el Consejo de la OCDE extendió un Programa de Trabajo⁶ que tuvo como finalidad la revisión de diversas materias que permitiesen que Chile pudiera cumplir con los mismos compromisos que el resto de los países de la OCDE. En dicho programa, el Consejo dispuso la organización de comisiones en las siguientes materias: inversiones; cohecho en transacciones privadas internacionales; impuestos fiscales; barreras sobre exigencias químicas a los productos; medioambiente; gobiernos corporativos; mercados financieros; seguros y pensiones; libre competencia; políticas científicas y tecnológicas; políticas sobre información, computación y comunicaciones; derechos del consumidor; economía y desarrollo; estadísticas; empleo, trabajo y seguridad social; comité económico sobre créditos a las exportaciones y garantías; y políticas públicas.

Dentro de estos comités, el que evaluó las medidas en contra del cohecho en transacciones privadas internacionales ha generado una dura polémica legal por lo que significan algunas medidas de implementación. En efecto, el comité dispuso que:

El país candidato deberá comprometerse con los siguientes principios esenciales:

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos vs Chile*) Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73. Párrafo 98.

6 El documento oficial está en idioma inglés y se denomina “*Roadmap for the Accession of Chile to the OECD Convention*”, adoptado por el Consejo en su sesión N° 1163 de 30/11/2007.

*Pleno cumplimiento con los requerimientos de la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. (...)*⁷

Cabe señalar que la Convención contra el Cohecho había sido ya aprobada por el Congreso Chileno y ratificada por el entonces Presidente de la República, Ricardo Lagos, con bastante antelación a la invitación para incorporarse a la OCDE, ya que el decreto promulgatorio es de 10 de octubre del año 2001.⁸ La Convención rechaza el cohecho que puede darse en transacciones comerciales internacionales, incluyendo operaciones comerciales e inversiones, consciente de las complicaciones de carácter moral y político que genera, por afectar el desarrollo económico y por distorsionar las condiciones competitivas internacionales.⁹

No hay que perder de vista que la Convención contra el Cohecho tiene por objeto solo obligar a los firmantes a sancionar estas conductas como tales, en el evento que no estén penalizadas en sus ordenamientos jurídicos internos. Como suele ocurrir, la implementación de esta Convención tuvo un desfase de un año, ya que el tipo penal fue recién incorporado como tal el 8 de octubre de 2002 pese a que la Convención entró en vigencia el 10 de octubre de 2001. El grupo de trabajo de la OCDE sobre cohecho en transacciones comerciales internacionales, concluyó que, en la primera etapa sobre el cumplimiento de la Convención, se constataron ciertas deficiencias en la legislación, relativas a los elementos del delito, la responsabilidad de las personas jurídicas, el grado de las penas aplicables, la jurisdicción en razón del territorio y de la nacionalidad, elementos todos que serían revisados durante la segunda fase de la evaluación. En la segunda etapa, el grupo de trabajo de la OCDE expresó que Chile implementó el articulado de la Convención en forma restrictiva, al establecer en el artículo 250 bis A, inciso primero, del Código Penal, solo la figura

7 Apéndice A. II “Roadmap”.

8 La Convención fue promulgada mediante Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores Número 46, de fecha 10 de octubre de 2001. Dicha Convención fue aprobada por el Congreso Nacional, según consta en el Oficio N° 3.222, de 8 de marzo de 2001, de la Honorable Cámara de Diputados. Adicionalmente, el Instrumento de Ratificación de esta Convención se depositó ante el Secretario General de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico con fecha 18 de abril de 2001.

9 Preámbulo, Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

de “ofrecer un beneficio”, en circunstancias que la Convención solicita sancionar las figuras de “ofrecer, prometer y dar”, conforme se desprende del artículo 1°, párrafo 1° de esta última. Se hizo hincapié en que se dejaba sin sancionar la figura de “dar” en aquellos casos que el funcionario público extranjero solicita o recibe concretamente un beneficio, sin que haya operado una oferta previa. Finalmente, el grupo de trabajo manifestó que Chile había efectuado una restricción en el tipo penal al circunscribir los beneficios solicitados a los de carácter económico, en circunstancias que la Convención, en el artículo 1°, párrafo 1°, se refiere a beneficios económicos o de otra clase. No obstante lo anterior, en cumplimiento a las exigencias y observaciones del grupo de trabajo de la OCDE, mediante Ley 20.341 de fecha 22 de abril de 2009, se incorporó plenamente en el ordenamiento jurídico chileno los tipos penales idóneos que sancionan el cohecho de un funcionario público nacional o extranjero.¹⁰

Pese a no estar expresamente exigido en la Convención, Chile ya había consagrado la responsabilidad por el delito de lavado de dinero¹¹ y el financiamiento de conductas terroristas.¹² Resulta curioso que el proyecto de ley llamado “Sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” haya optado por extender la responsabilidad penal de las personas jurídicas no solo al cohecho sino también a las conductas de lavado de dinero y al financiamiento de conductas terroristas. La Convención sobre el Cohecho solo exige a Chile una implementación sobre el delito de cohecho y sobre la efectiva responsabilidad en el evento que los intervinientes sean personas jurídicas. La única mención a otros delitos, como el lavado de dinero, se da en el artículo 7 de la Convención simplemente para expresar que el delito de cohecho será considerado conexo en la legislación de lavado de dinero, en los mismos términos, cuando el Estado haya consagrado como delito el cohecho activo y pasivo de sus funcionarios.

10 Artículo 251 bis Código Penal. El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas. El que, en iguales situaciones a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas.

11 Artículo 27 de la Ley 19.913.

12 Artículo 8 de la Ley 18.314.

Extensión de restricciones en la implementación de la Convención Contra el Cohecho

Resulta extraño que el legislador haya ingresado en temas tan discutibles como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en consideración que el ingreso a la OCDE no lo prescribe.

En efecto, la exigencia de la Convención contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales dispone, en su artículo 2, lo siguiente: “*Responsabilidad de las Personas Morales. Cada Parte tomará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la **responsabilidad de las personas morales por el cohecho a un servidor público extranjero**”.*

A continuación, el artículo 3 agrega que:

Si, dentro del sistema jurídico de una de las Partes, la responsabilidad penal no es aplicable a las personas morales, ésta Parte deberá asegurar que éstas queden sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluyendo sanciones pecuniarias, en casos de cohecho a servidores públicos extranjeros.

La técnica empleada por el legislador chileno parece doblemente extensiva y peligrosa por tratarse de un intento de penalizar actos de cohecho, de lavado de dinero y de financiamiento de conductas terroristas, cometidas por personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado. De la revisión de los artículos 2 y 3 de la Convención, se desprende que Chile no estaba obligado a disponer una responsabilidad penal de las personas jurídicas sino sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas. Lejos de entrar en la teoría del derecho penal, intención ajena a este artículo, llama profundamente la atención que el legislador haya mirado en menos y no haya optado por referirse directamente a sanciones de tipo administrativo, en vez de generar tanto conflicto con la resistida responsabilidad penal de las personas jurídicas. Efectivamente, aunque aceptemos sin reparos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos encontraremos con problemas prácticos ya que las sanciones penales son esencialmente privativas o restrictivas de la libertad, características que no se dan en estos casos. En el caso de las personas jurídicas, el mismo artículo 8 de la Ley 20.393 enumera las penas aplicables. A

saber: disolución o cancelación de la persona jurídica; prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado; pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado; multa a beneficio fiscal y penas accesorias (publicación de la sentencia condenatoria, comiso y restitución). Aparte de existir observaciones a la naturaleza de estas sanciones (no son penales), la nomenclatura conduce a un error que nuestro sistema jurídico no puede soslayar. Quizás el legislador buscó realzar las consecuencias lesivas que tendría para una persona jurídica una conducta de este tipo y la rotuló como un “delito” con una sanción “penal”. Lo cierto es que no se trata de sanciones penales sino administrativas, que en la mayoría de las veces pueden ser iguales o más graves que una sanción penal. Insistiendo, sin entrar en discusiones elementales del derecho penal, no parece común, salvo excepciones, que una conducta “penal” vaya acompañada de sanciones administrativas, lo que hace colegir que no estaríamos en presencia de tipos penales sino frente a normas prohibitivas junto a su correlativa sanción.

Tampoco parece razonable la redacción del inciso 1° del artículo 3 de la Ley 20.393 que consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

La referencia a *atribución de responsabilidad penal* y la explicación que la sociedad será responsable por los delitos que cometa su administración, lleva a plantearse que no estamos frente a un sistema de responsabilidad penal directo sino a una suerte de responsabilidad civil por hecho ajeno: algo así como la responsabilidad que tienen los padres sobre sus hijos o los guardianes o custodios sobre sus pupilos. Lo curioso es que, en este caso, no se entiende cómo la persona jurídica podría efectuar un control o resguardo de su administración cuando, al final del día, la persona jurídica es un mero ente ficticio.

Tampoco es menor que estemos en presencia de una responsabilidad “pe-

nal” consecuencial, por rebote o carambola, ampliamente desarrollada en el derecho civil, pero de dudosa aplicación en el derecho penal. No se entiende tampoco cómo funciona esta “atribución”, “traspaso” o “transferencia” de responsabilidad penal desde la administración hacia la persona jurídica. En efecto, la norma hace referencia a que la administración de la persona jurídica atribuirá y hará responsable a la sociedad en cuestión, siempre que hayan sido incumplidos los deberes de “dirección y supervisión”, omisión que habría llevado a que la persona jurídica cometa delitos de cohecho, lavado de dinero o financiamiento terrorista.

En la esfera de las ficciones, el artículo 5 de la Ley 20.393 se refiere a la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica en los siguientes términos:

La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones: 1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal. 2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal de él o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal.

Y continúa señalando que:

*También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, **no haya sido posible establecer la participación de él o los responsables individuales**, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.*

Aumenta la incertidumbre con este tipo de técnica legal, dando pie a la imprecisión, duda y falta de certeza. ¿Cómo la ley puede hacer responsable “penalmente” a una persona jurídica, sin tener claridad de quiénes fueron los

participantes individuales en el ilícito? ¿Es acaso alguna suerte velada de presunción de derecho de responsabilidad penal de las personas jurídicas?

En recientes comentarios, expertos en el tema, como el profesor Enrique Cury,¹³ hacen hincapié en las consecuencias que traerá aparejada esta “atribución” de responsabilidad penal del artículo 1° y 5° de la Ley 20.393. En síntesis, Cury sostiene que resulta una falacia pensar que la sanción efectiva recaerá en personas jurídicas dado que éstas son entes ficticios. Finalmente, quien soportará el resultado de sendas sanciones administrativas (y no penales) serán los accionistas, dueños de la empresa, incluso los que hayan concurrido a las juntas y votado en contra de las decisiones ilícitas.

Parece vital preguntarse ¿qué pasa con el principio de culpabilidad en estos casos? Si la responsabilidad “penal” (en realidad administrativa) se atribuirá a una persona jurídica por actos efectuados por su administración, pero que en la práctica las sanciones serán extensivas a terceros que no necesariamente han tenido injerencia en decisiones, vale la pena preguntarse, ¿no es esto fruto de inequidad y de ausencia de responsabilidad personal?

Con el mismo ímpetu con que se ha trabajado por implementar la OCDE, debería prestarse cuidado de no transgredir garantías constitucionales consagradas en nuestra carta fundamental y en tratados internacionales ratificados por Chile, como la Convención Interamericana de Derecho Humanos. Afectar, aunque sea con sanciones administrativas, a un tercero que no ha incurrido en la toma de decisiones, es vulnerar sus derechos esenciales, pasando por la infracción de su derecho de propiedad, toda vez que una disolución o cancelación infringe derechamente la valoración de su dominio en la empresa.

A la hora de despejar dudas sobre el tipo de responsabilidad y cómo ésta se comporta en la práctica, parece aconsejable concluir que estamos frente a un sistema de responsabilidad por hecho ajeno, por infracción de un deber de cuidado, que recibe una sanción del tipo administrativa.

Finalmente, a la hora de revisar la técnica jurídica empleada por el legislador para implementar la OCDE, llama la atención que no se haya considerado un

13 El Mercurio, 23 de noviembre de 2009. Opinión del profesor Enrique Cury publicada en la sección de cartas al Director.

tipo penal inverso, es decir, un sistema de responsabilidad penal de las personas naturales (director, socio, presidente, administrador) en el evento que la persona jurídica haya cometido uno de los delitos comentados y su administración haya consentido o haya tolerado la conducta ilícita.¹⁴

¹⁴ Derecho comparado. Véase *Appendix H Republic Act 7080, US, An Act Revising the Penal Code and Other Penal Laws.*

UNASUR: NUEVO DESAFÍO DE INTEGRACIÓN EN SURAMÉRICA

Carlos Crisóstomo ¹

I. Introducción

La palabra *integración* viene del latín *integratio-onis* y, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), significa “*acción y efecto de integrar o integrarse, constituir un todo, completar un todo con las partes que faltan, hacer que alguien o algo pase a formar parte de un todo*”².

Esta definición del diccionario de la RAE dice relación con la existencia de un *todo* que es independiente a las partes que lo conforman. Esta interpretación se ve reflejada en el campo internacional solo en las etapas superiores de integración política, económica y social entre los Estados. Este proceso implica la creación de órganos supranacionales que generan legislación comunitaria en forma autónoma y que la hacen cumplir por sus propias entidades jurisdiccionales. El ejemplo más claro de ello es la Unión Europea.

Cuando se habla de integración en materia internacional, generalmente se hace referencia a la de carácter económico-comercial, por ser ésta la más común y la que usualmente se da con mayor facilidad en las etapas primarias de colaboración entre los Estados. Este tipo de integración se inicia generalmente con una zona de libre comercio, sigue con una unión aduanera y continúa con un mercado común, para concluir con una unión económica.

¹ Abogado, profesor de Derecho Internacional Público e Internacional Público Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores, Diplomado en Comercio Internacional, Graduado del Colegio Interamericano de Defensa.

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en <http://www.rae.es>

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) señala que la integración es un medio para coadyuvar al logro de los objetivos nacionales en el plano interno y para viabilizar una participación más equitativa y dinámica en el sistema internacional³. La importancia de esta definición radica en la visión instrumental que se le da a la integración, como un elemento para cumplir los objetivos nacionales de cada Estado.

A nuestro juicio, cuatro elementos son fundamentales para comprender un proceso de integración:

En primer lugar, los procesos de integración son invariablemente consecuencia de un acuerdo de voluntades, toda vez que siempre se plasman en un *Tratado Internacional*⁴ que debe ser aprobado de conformidad con las normas constitucionales del Estado e incorporado a su sistema jurídico nacional. En consecuencia, no existe una imposición u obligación jurídica de integrarse, por lo que el Estado no podría sentir disminuida o lesionada su soberanía al incorporarse a un proceso de integración, toda vez que precisamente en el ejercicio de sus facultades soberanas ha decidido voluntariamente formar parte de esa comunidad de Estados.

En segundo lugar, en todo proceso de integración hay un elemento de solidaridad, esto es, de ayuda recíproca para compartir fortalezas y debilidades en aras de enfrentar una situación determinada con más y mejores instrumentos de los que cada Estado individualmente posee.

En tercer término, un elemento fundamental de todo proceso de integración es el de la gradualidad: no puede pretender lograr sus objetivos sin establecer distintos estadios a través de los cuales se vayan logrando, paulatinamente, sus metas. Por ejemplo, no se podría pretender que un proceso de integración de carácter económico-comercial comenzara directamente con un mercado común o una unión económica, sin pasar por una zona de libre comercio y una unión aduanera.

3 Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Para más información véase <http://www.cepal.cl/>

4 Por tratado internacional entenderemos el acuerdo de voluntades, entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, regido por esta disciplina y destinado a producir efectos jurídicos, cualquiera sea su denominación.

Un cuarto elemento que no puede estar ausente en un proceso real de integración solidario y gradual es el liderazgo político y económico que debe ejercer algún o algunos de los Gobiernos que conformen la agrupación de Estados. Político, para orientar el diálogo constructivo que conduzca al cumplimiento de las metas propuestas y, económico, para asumir la responsabilidad de respaldar a los que aspiran llegar a esas metas, pero cuyo nivel de desarrollo no los permite.

Es importante destacar también que la integración no tiene límites en cuanto a las materias que puede abarcar, ya que los aspectos económicos-comerciales son solo un rubro de las relaciones internacionales que pueden ser objeto de un proceso de integración, pudiendo abarcar materias políticas, culturales, sociales, y de seguridad y defensa, entre otros.

Por último, en esta parte introductoria, nos parece interesante hacer una referencia al concepto de soberanía, expresión que conforma uno de los elementos esenciales del Estado-nación⁵ y que constituye uno de los escollos más grandes a los procesos de integración. Fue definida en su concepción clásica por Bodin en los Seis Libros de la República (Siglo XVI) como el poder absoluto y perpetuo de una República. Soberano era quien tenía el poder de decisión, de dar leyes sin recibirlas de otro; es decir, aquel que no estaba sujeto a leyes escritas, pero sí a la ley divina o natural. Según este autor, soberano debía ser el monarca, cuyo poder se caracterizaba por ser absoluto, perpetuo, supremo, ilimitado, indivisible e imprescriptible⁶.

Evidentemente, esta concepción clásica de soberanía no resulta compatible con el Derecho Internacional, por cuanto esta disciplina busca el establecimiento de normas universales para la regulación de las relaciones internacionales.

5 Para Norberto Bobbio, nación debe ser entendida como “un grupo de hombres unidos por un vínculo natural, por lo tanto eterno... y que, en razón de este vínculo, constituye la base necesaria para la organización del poder político en forma de estado nacional”. Por todos Bobbio, Norberto *Diccionario de política*, (Siglo Veintiuno) 1983, 1484 (respecto de la definición de *nación*).

6 Por todos Bobbio, Norberto *Diccionario de política*, (Siglo Veintiuno) 1983, 1484 (respecto de la definición de *soberanía*)

La noción contemporánea de soberanía se basa en la concepción russoniana, según la cual cada ciudadano es soberano y súbdito al mismo tiempo, toda vez que contribuye a crear la autoridad y a su vez forma parte de ella: mediante su propia voluntad da origen a la autoridad y es súbdito de la misma en cuanto se obliga a obedecerla⁷.

En materia internacional, el concepto de soberanía está estrechamente relacionado con el ejercicio de competencias internas y externas. En el ámbito interno, la soberanía del Estado se manifiesta en el poder de gobernarse a sí mismo y establecer su propio régimen político, y en el funcionamiento autónomo de sus distintos poderes, de conformidad con su Carta Fundamental. En el campo externo la soberanía se expresa fundamentalmente en ser independiente, esto es, en no depender de ninguna potencia extranjera. También se expresa en la capacidad de llevar sus propias relaciones internacionales lo que se traduce en el derecho de legación⁸, la facultad de suscribir tratados internacionales y constituir organizaciones internacionales.

En el escenario de las relaciones internacionales actuales, a los Estados, como sujetos de derecho internacional, se les reconoce igualdad jurídica en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones, sin distinción de ninguna especie. El Estado, en el ejercicio de su soberanía, puede manifestar su voluntad de relacionarse o comprometerse con otro sujeto de derecho internacional en las materias que estime pertinentes, por sensibles que éstas puedan ser para otras naciones. Desde luego, habrán ciertas áreas de las relaciones internacionales que, para algunos Estados, por razones históricas, políticas, culturales, vecinales, contingentes, etc., pueden resultar más complejas que otras, pero el acercamiento a un proceso de integración sobre ellas dependerá exclusivamente de la voluntad política de las partes y de las circunstancias en que ella se exprese.

II. UNASUR como esquema de integración en Suramérica

Como se señaló anteriormente, la generalidad de los procesos de integración que la comunidad internacional desarrolla ocurren en el área económica-co-

7 Por todos Bobbio, op. cit., 1487 (respecto de la definición de *soberanía*)

8 Derecho que tiene un Estado de enviar y recibir representantes diplomáticos.

mercial, siendo su finalidad la de promover el libre comercio, mejorar el acceso de los productos nacionales a los mercados extranjeros y establecer reglas que garanticen una competencia leal en todo este proceso.

En el caso de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), nos encontramos, por primera vez en la región, con una organización que se crea principalmente con la finalidad de promover una integración de carácter político, ya que no prevé pactar preferencias comerciales. Por lo anterior, las organizaciones existentes actualmente en América del Sur —como la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), entre otras— no resultan incompatibles con este nuevo esquema de integración y, por el contrario, se podrán ir complementando en el tiempo. De hecho, en el párrafo séptimo del Preámbulo del Convenio Constitutivo de la UNASUR, se expresa que *“la integración suramericana debe ser alcanzada a través de un proceso innovador, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos de MERCOSUR y la CAN, así como la experiencia de Chile, Guyana y Surinam, yendo más allá de la convergencia de los mismos”*.

Los Jefes de Estado y de Gobierno de los doce países Suramericanos —esto es Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela— firmaron el 23 de mayo del año 2008, en la ciudad de Brasilia, el Tratado Constitutivo de la UNASUR. Para su entrada en vigor, y según se dispone en su artículo 26 inciso primero, se requiere de la ratificación de al menos nueve Estados signatarios⁹, por lo que el proceso de aprobación parlamentaria que ello implica retrasará su ejecución. No se contempla una cláusula de aplicación provisional.¹⁰

Este Acuerdo, que incorpora a todos los países de América del Sur —incluyendo por primera vez dentro de un proceso de integración formal en la región a Guyana y Surinam, ex colonias del Reino Unido y del Reino de los Países Bajos, respectivamente, razón por la cual los idiomas oficiales de la Organiza-

9 A la fecha solo Bolivia (11-03-09), Ecuador (15-07-09) Guyana (12-02-10, Venezuela (14-03-10 y Perú (10-05-10) han ratificado el Convenio constitutivo de la UNASUR.

10 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, dispone en su Artículo 25 inciso 1 que: *“Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor: a) si el propio tratado así lo dispone; o b) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo”*.

ción incluyen, además del castellano y el portugués, el inglés y el neerlandés (artículo 23 del Tratado Constitutivo)—, es el resultado de un detenido trabajo diplomático materializado por los países signatarios en las Declaraciones del Cuzco, de 8 de diciembre de 2004¹¹, Brasilia de 30 de septiembre de 2005¹² y Cochabamba de 9 de diciembre de 2006¹³, en cuyo marco se establece y desarrolla la Comunidad Sudamericana de Naciones, que constituye el antecedente inmediato de la UNASUR.

La creación de la UNASUR se vincula directamente con una estrategia de inserción de América del Sur, como región, en el escenario internacional. Los países suramericanos percibieron la necesidad de ingresar asociados, desde sus identidades y preocupaciones comunes, al mundo de la globalización.

Este proceso ha sido liderado fundamentalmente por Brasil¹⁴, que, como potencia regional emergente, pretende convertirse, con el apoyo de todos los países suramericanos¹⁵, en un actor global, aspirando a una denominación como Miembro Permanente del Consejo de Seguridad de la ONU y pretendiendo proyectar los intereses de Suramérica en forma autónoma, con una agenda propia, independiente a la de los Estados Unidos de América y de la Unión Europea. Por esta razón, en el Acuerdo Constitutivo, se resalta, tanto en el Preámbulo (párrafo tercero) como en sus objetivos específicos (artículo 3, literal i), la necesidad de consolidar una identidad suramericana con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana.

La entidad que nos ocupa, a diferencia de su predecesora, la Comunidad Sudamericana de Naciones, posee la naturaleza jurídica de una organización internacional, toda vez que se le reconoce en su Convenio Constitutivo (artículo

11 Al respecto véase: http://www.comunidadandina.org/documentos/dec_int/cusco_sudamerica.htm

12 Al respecto véase: http://www.sela.org/public_html/AA2K5%5CESP%5Cdocs%5CInteres%5Cdecla11.htm

13 Al respecto véase: http://www.comunidadandina.org/documentos/dec_int/declaracion_cochabamba.htm

14 Sobre este punto se ha señalado que *“Brasil se ha convertido en la locomotora regional (...) representa la mitad del PIB regional y de su población y es, junto a Rusia, China e India, uno de los principales emergentes del mundo. Pero además el único en condiciones de liderar un proceso que colocará a la región como uno de los cinco o seis polos de poder global”*. Raúl Zibechi, en “UNASUR: La integración posible”. 2008. Disponible en <http://alainet.org/active/24373>

15 “América del Sur unida moverá el tablero del poder en el mundo”, palabras iniciales del Presidente brasileño Luis Ignacio Lula da Silva en la Cumbre de UNASUR, 23 de mayo de 2008.

1) personalidad jurídica internacional. Esto significa que tendrá la capacidad de convenir acuerdos internacionales con otros sujetos de derecho internacional y contraer derechos y obligaciones regulados por esa disciplina, independientemente de los Estados que la conforman. En consecuencia, poseerá una estructura institucional (artículos 4 a 10), un presupuesto propio (artículo 16) y los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus funciones (artículo 22).

El artículo 2 del Tratado define el objetivo y, por ende, el alcance de la Organización creada, en los siguientes términos:

La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.

Además de este objetivo central, el artículo 3 señala veintiún objetivos específicos, mencionándose en primer lugar el del “*fortalecimiento del diálogo político entre los Estados Miembros que asegure un espacio de concertación para reforzar la integración suramericana y la participación de UNASUR en el escenario internacional*”.

Otro punto importante a destacar es que la UNASUR no será una organización supranacional, toda vez que la normativa que se apruebe dentro de su marco —la que debe ser adoptada por consenso (artículo 12 inciso primero) y que se traduce en las Decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, las Resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores y las Disposiciones del Consejo de Delegadas y Delegados— solo será obligatoria para los Estados Miembros una vez que hayan sido incorporadas en el ordenamiento jurídico de cada uno de ellos, de acuerdo a sus respectivos procedimientos internos (artículo 12 inciso cuarto).

Asimismo, el Tratado en estudio no es un acuerdo de carácter cerrado, toda vez que se encuentra abierto en forma restringida a la adhesión de los demás Estados de América Latina y el Caribe (artículo 20), exigiéndose tres condiciones, a saber: que hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del Tratado Constitutivo, que el país que pretende adherirse sea un Estado Asociado (artículo 19) y que posea ese estatus por cuatro años.

La heterogeneidad de los doce países de la región —como suele ocurrir en los procesos de integración— significa un serio obstáculo para la UNASUR. En este sentido, el liderazgo que ejercerá Brasil como motor de este proceso debe considerar no solo los beneficios que ello representa para ese Estado, como un factor de poder en el ámbito internacional, sino que también asumir las obligaciones que tal liderazgo implica en el proceso de adaptación de los países miembros a los nuevos estándares que la integración implica en un mundo globalizado.

En este sentido, el Tratado de la UNASUR, siguiendo el esquema europeo de integración solidaria, busca eliminar progresivamente las asimetrías económicas existentes entre los países miembros, de manera que las economías más débiles o pobres resulten beneficiadas. Es por ello que el Acuerdo establece como uno de sus objetivos específicos *“el desarrollo de mecanismos concretos y efectivos para la superación de las asimetrías, logrando así una integración equitativa”* (artículo 3, literal h).

Asimismo, el Tratado, reconociendo dichas asimetrías, establece criterios flexibles en el desarrollo de las propuestas y en la aplicación de las políticas aprobadas, al permitir que tres o más Estados Miembros puedan iniciar la ejecución de una propuesta y que cualquier Estado Miembro pueda eximirse de aplicar total o parcialmente una política aprobada (artículo 13, incisos cuarto y quinto). En términos más generales, en el Preámbulo del Tratado (penúltimo párrafo), se expresa que la construcción de la integración *“deberá ser flexible y gradual en su implementación, asegurando que cada Estado adquiera sus compromisos según su realidad”*.

No podemos dejar de destacar que la UNASUR constituirá una nueva entidad geopolítica en una parte del mundo en la que existen vastas reservas de

recursos naturales tales como minerales, agua, tierras cultivables y energía¹⁶. Por esta razón la UNASUR puede tornarse en un importante instrumento de concertación política que viabilice el proceso de integración económica y la unión entre los doce países de la región. La integración regional —acompañada por políticas socioeconómicas sustentables en cada país— podrá traer prosperidad para todos, especialmente para los países más pobres.

En materia de seguridad y defensa, cabe observar que el Tratado Constitutivo de la UNASUR, al referirse a la conformación y desarrollo del espacio regional integrado que propone, tanto en su Preámbulo como en sus disposiciones sustantivas, no menciona a estos factores como elementos primordiales para contribuir al fortalecimiento de la unidad de Suramérica o como problema que afecta a la región.

En efecto, en el párrafo tercero del Preámbulo, se mencionan como elementos fundamentales para desarrollar un espacio regional integrado los aspectos político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura. Agrega, en su párrafo cuarto, como problemas que aún afectan a la región, la pobreza, la exclusión y la desigualdad social persistentes. Por su parte, en el artículo 2 se señala que, para construir el espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político que tiene como objetivo la UNASUR, se otorgará prioridad al dialogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.

Las únicas disposiciones del Tratado Constitutivo que aluden a materia de seguridad y defensa las encontramos dentro de los objetivos específicos de la UNASUR, en el artículo 3, literales q), s) y t), que disponen:

¹⁶ La región posee un PIB de 973.613 millones de dólares, con lo cual se constituye en la quinta potencia mundial; tiene una población de 383 millones de habitantes, la cuarta a nivel mundial; ocupa una superficie superior a los 17 millones de Km²; sus exportaciones ascienden a 181.856 millones de dólares; posee el 27% del agua dulce del mundo; dispone de ocho millones de Km² de bosques y acceso a dos océanos; es la región que más alimentos produce y exporta en el mundo; y dispone de reservas de hidrocarburos para 100 años. Al respecto véase: <http://www.comunidadandina.org/estadisticas/SGde215.pdf>

La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivos específicos:

q) la coordinación entre los organismos especializados de los Estados Miembros, teniendo en cuenta las normas internacionales, para fortalecer la lucha contra el terrorismo, la corrupción, el problema mundial de las drogas, la trata de personas, el tráfico de armas pequeñas y ligeras, el crimen organizado transnacional y otras amenazas, así como para el desarme, la no proliferación de armas nucleares y de destrucción masiva, y el desminado;

s) el intercambio de información y de experiencias en materia de defensa;

t) la cooperación para el fortalecimiento de la seguridad ciudadana...

De las disposiciones antes transcritas, se infiere que la única disposición que alude al sector defensa propiamente tal y sobre la cual nace el Consejo de Defensa Suramericano, es la de la letra s) que se refiere al intercambio de información y de experiencia en materia de defensa, sin hacer mención expresa a la creación del Consejo.

Los otros dos preceptos que aluden a la seguridad se refieren a las nuevas amenazas¹⁷ —al respecto, señala que la coordinación entre los organismos especializados de los Estados tendrá en cuenta la normativa internacional existente, reconociendo así el carácter multilateral de estas amenazas— y a la seguridad ciudadana¹⁸, reconociendo la necesidad de cooperar para el fortalecimiento de las medidas que se adopten en esta área.

17 A partir de 1989, con el término de la Guerra Fría, aparecen en la escena internacional amenazas nuevas no tradicionales y, como consecuencia, emergen en la agenda de seguridad de los Estados temas que son a su vez internos e internacionales, tales como: el narcotráfico, el terrorismo, el crimen organizado, la corrupción, el lavado de dinero, el tráfico ilícito de armas, las pandemias, los desastres naturales y los problemas ambientales, para mencionar los más trascendentales. Estas nuevas amenazas o riesgos emergentes son descritas en la Declaración sobre Seguridad en las Américas, emanada en la Conferencia Especial de Seguridad Hemisférica de 2003.

18 Seguridad ciudadana entendida como la seguridad de todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado. El PNUD define la Seguridad Ciudadana como “la condición personal, objetiva y subjetiva, de encontrarse libre de violencia o amenaza de violencia o despojo intencional por parte de otros”. *Venciendo el temor: (In)seguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica*. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2005.

Finalmente, es interesante destacar que la UNASUR recoge dentro de su institucionalidad al Consejo Energético de Suramérica, creado en la Declaración de Margarita de 17 de abril de 2007¹⁹, estableciendo, en el artículo 5, inciso final, de su Tratado Constitutivo, que dicho Consejo “*es parte de UNASUR*”. Asimismo, el 16 de diciembre de 2008 se crearon dentro del marco jurídico del Tratado Constitutivo de UNASUR el Consejo de Defensa Suramericano y el Consejo de Salud de la UNASUR. Desde un punto de vista jurídico internacional, para que el mencionado Consejo Energético forme parte de la UNASUR, la Declaración de Margarita deberá ser sometida, conjuntamente con el Tratado de la UNASUR, a los trámites internos pertinentes previos a su ratificación y vigencia en los ordenamientos jurídicos internos. Así, consideramos indispensable que los Consejos de Defensa y de Salud, adoptados en el marco de la UNASUR (entidad que aún no posee existencia legal, toda vez que no ha entrado en vigor su Tratado Constitutivo), sean aprobados con posterioridad a la vigencia de dicho Acuerdo o derechamente se incorporen en el proceso de aprobación de éste.

III. Conclusiones

En todo proceso de integración exitoso hay un elemento fundamental: la solidaridad; esto es, la voluntad de ayuda recíproca, de compartir fortalezas para superar debilidades en aras de enfrentar una situación determinada con más y mejores instrumentos de los que cada Estado individualmente posee. Para este propósito es esencial establecer una gradualidad en los procedimientos de modo de ir paulatinamente equilibrando las asimetrías con los miembros más débiles.

No puede haber un proceso de integración solidario y gradual sin un fuerte liderazgo político y económico. Político, para orientar el diálogo constructivo que conduzca al cumplimiento de las metas propuestas; económico, para asumir la responsabilidad de respaldar a los que aspiran llegar a esas metas, pero cuyo nivel de desarrollo no lo permite.

La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) es una organización internacional que se crea con la finalidad de promover una integración de carácter

19 Al respecto véase: http://celare.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=216&Itemid=29

político y cuya estrategia está dirigida a la inserción de América del Sur, como región, en el escenario internacional. El liderazgo ha sido ejercido por Brasil que, como potencia regional emergente, pretende convertirse, con el apoyo de todos los países suramericanos, en un actor global proyectando los intereses del bloque en forma autónoma, consolidando una identidad suramericana.

El liderazgo brasileño, deberá considerar no solo los beneficios que le representará la unión de los países suramericanos, como un factor de poder en el ámbito internacional, sino que también asumir las obligaciones que tal liderazgo implica en el proceso de adaptación de los países miembros a los nuevos estándares que la integración implica en un mundo globalizado.

La UNASUR reconoce la heterogeneidad de los doce países que la conforman y, siguiendo el esquema europeo de integración solidaria, pretende progresivamente eliminar las asimetrías económicas existentes entre los Países Miembros, de manera que las economías más débiles o pobres puedan superarlas, logrando así una integración equitativa. Para este propósito, el Tratado Constitutivo, reconociendo las distintas realidades, establece criterios flexibles y graduales para su implementación.

UNASUR constituirá, una vez que entre en vigor, una nueva entidad geopolítica en una parte del mundo en la que existen vastas reservas de recursos naturales, por lo cual puede tornarse en una de las más importantes áreas económicas en el contexto de un mundo globalizado que consume grandes cantidades de alimentos, materias primas y energía. Es por ello que esta organización puede convertirse en un instrumento de concertación política que viabilice el proceso de integración económica y la unión entre los doce países de la región.

Finalmente, se debe destacar que la Unión de Naciones Suramericanas contiene, a nuestro juicio, los principales elementos teóricos para augurar un exitoso y completo proceso de integración de carácter regional, (político, económico, comercial, de defensa, salud, energía, etc). Sin embargo, su éxito o fracaso dependerá de la voluntad política de los Gobiernos de los países que la integran, de los crecientes procesos de interdependencia que se consoliden, del apoyo de la sociedad civil y, particularmente, del liderazgo que ejerza Brasil en el cumplimiento de sus objetivos. Se debería asumir el compromiso de

apoyar a este proyecto de integración, ya que su fracaso condenará a la región y a los países que la conforman a volverse cada día más irrelevantes en el actual proceso de globalización.

LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA CON REFERENCIAS AL CASO DE HONDURAS

*Eduardo Vio*¹

I. Introducción.

El 28 de junio de 2009, el Presidente de Honduras, Sr. José Manuel Zelaya Rosales, fue intempestivamente expulsado del país por los militares. El Congreso de dicho Estado, sobre la base de que estos últimos solo habían dado cumplimiento a una orden de la Corte Suprema, designó al Presidente del Congreso, Sr. Roberto Micheletti, como Presidente de la República hasta el término del período presidencial, esto es, el 27 de enero de 2010. El Sr. Zelaya, luego de visitar la sede de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y varios países, regresa clandestinamente a Honduras, solicitando protección a la Embajada de Brasil, donde se encontraba desde el 21 de septiembre de 2009. El 30 de octubre de 2009 se firma, por representantes de los Srs. Zelaya y Micheletti, el Acuerdo de San José de Costa Rica, promovido por el Presidente Arias de este último país con apoyo de los Estados Unidos de América y de la OEA, con el fin de restablecer el orden democrático, documento que ambas partes mutuamente se acusan de no haber cumplido. El 29 de noviembre de 2009 se realizan las elecciones presidenciales convocadas con anterioridad al 28 de junio, resultando electo el Sr. Porfirio Lobo, del opositor Partido Nacional. Éste asume la Presidencia el 27 de enero de 2010 y en ese mismo día despide en el aeropuerto al Sr. Zelaya, a quién le ha otorgado un salvoconducto para abandonar el país, lo que hace, dirigiéndose a República Dominicana acompañado del Presidente de dicho país.

¹ Abogado. Doctor en Derecho Público, Universidad Grenoble 2, Francia. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor Derecho Internacional Público Universidad Diego Portales.

A propósito de tales hechos, se invoca, con insistencia, la Carta Democrática Interamericana, surgiendo, entonces, la interrogante acerca tanto de su valor y ámbito jurídicos como el de su aplicación al citado caso hondureño.

La respuesta es que no es ella la que establece la obligación jurídica internacional de ejercer la democracia, sino que es la propia Carta de la OEA la que lo hace, correspondiéndole entonces a aquella únicamente la interpretación de ésta, esto es, la determinación de su sentido y alcance. En otros términos, en este caso, la fuente autónoma de la norma jurídica internacional aplicable, es decir, la que crea el derecho o, lo que es equivalente, sobre la base de la cual se puede fallar una controversia, es el tratado conocido como Carta de la OEA, siendo la Carta Democrática Interamericana solo una fuente auxiliar, más específicamente, de aquellas que se denominan “*Resoluciones de Organizaciones Internacionales Declarativas de Derecho*” y que, por lo mismo, su función es interpretar lo dispuesto por fuentes autónomas, en la especie, la referida Convención de Base, no siendo, por ende, obligatoria para los Estados miembros de la OEA, aunque sí para los órganos de ésta, incluidos los integrados por estos últimos.

Lo anterior implica, en consecuencia, abordar lo que disponen los dos referidos textos jurídicos internacionales, haciendo referencias a su aplicación en el citado caso hondureño.

II. La Carta de la OEA.

Al efecto, procede señalar que las normas convencionales interamericanas que se refieren a la democracia, la consideran como una obligación jurídica internacional, por lo que su violación puede ser sancionada, todo lo cual amerita la formulación de algunas consideraciones al respecto.

1. Normas.

La Carta de la OEA contempla, en primer término, a “*la promoción y la consolidación de la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención*”, como “*propósito*” de la propia organización (letra b, artículo 2), lo que importa, por tanto, que la promoción y consolidación de aquella es el objetivo que ésta debe alcanzar.

En segundo lugar, la referida Carta constitutiva alude, en tanto “principio” que los Estados americanos “reafirman”, al “*ejercicio efectivo de la democracia representativa*” como “base” de la organización política de los mismos (artículo 3, letra d), lo que significa, por una parte, que no es exclusivamente la consagración jurídica de la democracia representativa lo que interesa, sino su ejercicio efectivo y por la otra, que es este último el fundamento de la OEA misma.

Y, finalmente, la referida Convención de Base prevé la eventual aplicación de una sanción en el caso de que “*un gobierno democráticamente constituido de un Estado miembro de la OEA sea derrocado por la fuerza*” (artículo 9, inciso 1), sanción que sería la suspensión de ese Estado en el ejercicio de su derecho de participación en los órganos de la organización, por lo que no podría estar representado en ésta ni por el Gobierno *de facto* que haya asumido ni por el derrocado, es decir, sencillamente se queda sin representación alguna.

2. Sanción a la violación de la obligación jurídica internacional.

Siendo, pues, la democracia representativa una obligación internacional de los Estados de América, su violación podría acarrear sanciones.

Empero, solo para un tipo de violación de esa obligación, cual es, que el respectivo “*gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza*” la Carta de la OEA prevé la sanción antes indicada, la que tiene lugar en las condiciones que seguidamente se indican.

Así, en primer lugar, atendida la circunstancia de que la norma no define lo que es la “fuerza” y considerando la época en que se incorporó aquella por el Protocolo de Washington de 1992, habría que entender que aquel término alude a los tradicionales golpes de estado ocurridos en el continente en el siglo XX, particularmente en las décadas del 70 y 80, con lo que se excluirían otras formas de derrocamiento. Sería de caso añadir que tampoco dicha disposición indica lo que considera como “*gobierno*”, por lo que tal vez podría interpretarse que se referiría solamente al poder ejecutivo, omitiendo toda acción en contra de otro poder del Estado. Finalmente, cabe añadir que el texto convencional alude exclusivamente a la constitución democrática del gobierno, omitiendo lo pertinente al ejercicio democrático del poder.

En segundo término, es requisito para que proceda la suspensión que previamente hayan sido “infructuosas” las gestiones diplomáticas de la OEA tendientes al “*restablecimiento de la democracia representativa*” (artículo 9, letra a). Procede llamar la atención respecto que la Carta de la OEA no precisa cuales deben ser esas gestiones ni ante quién se deban realizar, por lo que no excluye, sino todo lo contrario, que se lleven a cabo ante el gobierno *de facto*. Tampoco señala lo que se entiende por restablecimiento de la democracia representativa, que bien podría no implicar la entrega del poder al gobierno derrocado.

La imposición de la sanción es una facultad que compete a la Asamblea General de la OEA adoptada, en “período extraordinario de sesiones”, por “*el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados miembros*” y su levantamiento requiere asimismo de la aprobación de los dos tercios indicados (artículo 9, letras b y f), aunque en este segundo caso, la Carta de la OEA no alude ni al “voto afirmativo” ni al período extraordinario de sesiones.

Por otra parte, adoptada la sanción, entra “*en vigor inmediatamente*” (artículo 9, letra c), sin necesidad, entonces, de comunicación o notificación alguna.

Y, por último, en atención a que si el Estado es sancionado, se le suspende y no se le expulsa de la Organización, continúan vigentes a su respecto “*sus obligaciones con*” ella (letra e, artículo 9) y considerando, además, que lo que interesa es el pronto restablecimiento de la democracia representativa, la imposición de la sanción no libera a la Organización de cumplir el mandato de realizar “*nuevas gestiones diplomáticas*” a ese fin (letra d, artículo 9).

3. *Consideraciones generales sobre la democracia en la Carta de la OEA.*

De las normas transcritas se podría deducir que la democracia ha estado incorporada en la normativa de la OEA desde sus inicios, en 1948, constituyendo una peculiaridad de América, similar a lo que ocurre en Europa, lo que, por el contrario, no se da en el marco de la Organización de las Naciones Unidas.

También se podría señalar que no se trata de cualquier tipo o forma de democracia a la que alude la Carta de la OEA, como podrían ser, por ejemplo, la democracia directa o la democracia participativa, sino que es a la “*democracia representativa*”, la que, empero, no define.

Asimismo, sería del caso resaltar que dicho tratado considera a la democracia como institución jurídica interamericana autónoma, distinta, por ende, de otras instituciones, como es, por ejemplo, la de los derechos humanos, considerados éstos, por demás, en otra de sus disposiciones (artículo 3, letra l).

Y, además, concibe a la democracia como limitada por el principio de no intervención, el que igualmente es mencionado en forma independiente (artículo 3, letra e), lo que se traduce en que es a cada Estado Miembro de la OEA al que le compete, por una parte, crear la democracia en su seno y por la otra, determinar libremente su sistema político, económico y social, debiendo respetar, con todo, la democracia representativa.

Finalmente, igualmente es menester resaltar la circunstancia que, al regular la citada convención a la democracia y en la medida que lo hace, trae como consecuencia que ésta deja de ser un asunto únicamente de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de sus Estados miembros, para pasar a ser también del ámbito del Derecho Internacional.

III. La Carta Democrática Interamericana

Para comprender la Carta Democrática Interamericana procede aludir a sus antecedentes para luego abordar su contenido.

1. Antecedentes jurídicos²

Sobre el particular, procedería, por de pronto, distinguir entre los antecedentes remotos y los inmediatos.

A. Antecedentes remotos.

Los antecedentes remotos serían aquellos que explican las antes citadas normas de la Carta de la OEA sobre la democracia y comprenden desde la Doctrina Tobar de no reconocimiento de los gobiernos de *facto* y la Doctrina Estrada

² De los antecedentes que se aluden se da cuenta en el “Informe. La Democracia en el Sistema Interamericano”, presentado por el suscrito e identificado como CJI/SO/II/doc.37/94 rev.I corr 2, de 18 de octubre 1994, que también se publica, junto a otros informes y trabajos sobre el tema, en “La Democracia en el Sistema Interamericano, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos”, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Departamento de Derecho Internacional, OEA/OAS, Washington D.C., 1997.

Y a ellos habría que añadir que la Asamblea General de la OEA aprobó la Carta Democrática Interamericana sobre la base de un Proyecto en el que, entre otras instancias, intervino el Comité Jurídico Interamericano, correspondiéndole al suscrito ser el relator del tema.

sobre la improcedencia del reconocimiento, hasta las Resoluciones que en la materia se adoptaron en el Sistema Interamericano, para concluir con las acciones emprendidas por dicha Organización en los casos de Cuba (1962), Perú (1962), República Dominicana (1965), Nicaragua (1978), Panamá (1989), Venezuela (1992), Perú (1992), Guatemala (1993) y Haití (1991-1994).

B. Antecedentes inmediatos.

Los antecedentes inmediatos, en cambio, dicen relación con los actos jurídicos internacionales que incentivaron la aprobación de la Carta Democrática Interamericana por una resolución de la Asamblea General de la OEA, adoptada en su sesión plenaria celebrada el 11 de septiembre de 2001, antecedentes que son:

a.- Los ya citados artículos 2, 3 y 9 de la propia Carta de la OEA;

b.- La Resolución AG/RES. 1080 (XXI-O/91), de la Asamblea General de la OEA, que estableció que si se produjera una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo en cualquiera de los Estados Miembros de la Organización, el Secretario General está autorizado a solicitar la convocatoria de Consejo Permanente y para que éste cite a Reunión ad hoc de Ministros de Relaciones Exteriores o a Asamblea General Extraordinaria;

c.- La Resolución CJI/RES.I-3/95, del Comité Jurídico Interamericano, sustentada en el informe CJI/SO/II/doc.37/94 rev.1 corr 2, de 18 de octubre 1994, y en la que dicha instancia constata que el ejercicio de la democracia representativa es una obligación jurídica internacional de los Estados Americanos, que la OEA puede exigir y que su violación genera responsabilidad internacional del correspondiente Estado y, consecuentemente, la obligación de restablecerla; y

d.- La Cláusula Democrática, adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas reunidos en la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada del 20 al 22 de abril de 2001, en la ciudad de Quebec, Canadá, y que señaló que cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en un Estado del Hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del gobierno de dicho Estado en el proceso de Cumbres de las Américas.

2. Contenido.

Se podría sostener que la Carta Democrática Interamericana precisa la naturaleza jurídica internacional de la democracia, sus elementos a ser considerados por la OEA, las obligaciones que los Estados asumen a su respecto y los mecanismos que, consecuentemente, contempla para su promoción y consolidación, facetas a ser descritas seguidamente, haciendo, en lo relativo a la última, referencias al caso de Honduras.

A.- Naturaleza jurídica internacional de la democracia.

Como primera afirmación, la Carta Democrática Interamericana precisa que la democracia es un “derecho” de los “pueblos de América” y que “sus gobiernos” tienen la “obligación de promoverla y defenderla” (inciso 1, artículo 1), fórmula que parece más bien explicitar a la empleada en el antes aludido artículo 3 de la Carta de la OEA, sin contradecir a la utilizada en el también ya referido artículo 2 de la misma.

B.- Elementos de la democracia representativa a ser considerados por la OEA.

Y precisamente para que se pueda ejercer ese derecho y cumplir la citada obligación a través de la OEA, el instrumento jurídico en cuestión se refiere luego a los elementos que los órganos de ésta deben considerar o ponderar al momento de adoptar resoluciones sobre el particular, los que podrían clasificarse en componentes esenciales de la democracia representativa, componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, factores que ella fundamenta y factores que le inciden o influyen.

a.- Componentes esenciales de la democracia, esto es, aquellos que si faltan, ella no existiría, son, entre otros: “*el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos*” (artículo 3).

b.- Los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, vale decir, aquellos que, de faltar, importaría que ella no sería perfecta o adecuada, son: “*la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos*

sociales; y la libertad de expresión y de prensa”; “la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad” (artículo 4).

c.- Los factores que la democracia fundamenta o sustenta, son: “*el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas*” (inciso 2, artículo 1); “*el estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros*” de la OEA (artículo 2); y, “*el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos*” (artículo 7).

d.- Finalmente, los factores que incide o influyen en la democracia son: “*la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional*” (artículo 2), siendo “*la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo*”, un “*derecho*” y una “*responsabilidad*” (artículo 6) y también una “*condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio*” de aquella (artículo 2); “*la eliminación de toda forma de discriminación*”, “*la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas*” (artículo 9); el “*ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo*” (artículo 10); el “*desarrollo económico y social*” (artículo 11); “*la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano*” (artículo 12); “*la promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales*” (artículo 13); “*la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente*” (artículo 15); y la “*educación*” (artículo 16).

C.- Obligaciones de los Estados.

Respecto a las obligaciones de los Estados con relación a la democracia que la Carta Democrática Interamericana contempla y que, en general, pueden ser catalogadas de comportamiento o programáticas, ellas son: fortalecer a “*los partidos y otras organizaciones políticas*” y “*prestar atención especial a la problemática derivada de los altos costos de las campañas electorales y al establecimiento de un régimen equilibrado y transparente de financiación de sus actividades*” (artículo 5); “*fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio*” (inciso 2, artículo

8); “adoptar y ejecutar todas las acciones necesarias para la creación de empleo productivo, la reducción de la pobreza y la erradicación de la pobreza extrema” (artículo 12); “examinar periódicamente, entre los Estados miembros de la OEA, las acciones adoptadas y ejecutadas por la Organización encaminadas a fomentar el diálogo, la cooperación para el desarrollo integral y el combate a la pobreza en el Hemisferio, y tomar las medidas oportunas para promover estos objetivos (artículo 14); “implementar políticas y estrategias de protección del medio ambiente (artículo 15); y lograr que “una educación de calidad esté al alcance de todos” (artículo 16).

D.- Mecanismos con referencias al caso de Honduras.

En lo atinente a la acción de la OEA con relación a la democracia, la Carta Democrática Interamericana distingue dos tipos de mecanismos. Uno es la acción política directa y la otra es de cooperación.

a.- En lo que dice relación con la acción política directa, el texto jurídico interamericano contempla tres situaciones, dos de las cuales han acontecido en el caso hondureño. La primera es aquella en que “el gobierno de un Estado miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su ejercicio legítimo del poder”, por lo que “podrá recurrir al Secretario General o al Consejo Permanente a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática” (artículo 17). En esta alternativa, se le asigna, por tanto, únicamente al Gobierno del Estado de que se trate la iniciativa para poner en marcha la acción de la OEA, omitiéndose toda referencia a otros órganos del mismo y aún a otros Estados y a la misma Organización.

Cabe llamar la atención que fue al señalado mecanismo al que se recurrió con respecto de Honduras, antes de los acontecimientos del 28 de junio de 2009. En efecto, el 26 de dicho mes, el Consejo Permanente de la OEA adoptó la CP/RES. 952 (1699/09) por la que, atendida la solicitud de asistencia del Gobierno de dicho país, la “acoge”, realizando un llamado a todos los actores políticos y sociales del mismo “a fin de evitar la ruptura del orden constitucional y de la paz social” e instruye al Secretario General de la OEA para “que constituya” una “Comisión Especial” que “visite” ese país para que contribuya al diálogo “a fin de encontrar soluciones democráticas a la situación existente”. Esta resolución no pudo, por los hechos posteriores, llevarse a la práctica.

La segunda situación es aquella en que “*en un Estado Miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder*”, por lo que “*el Secretario General o el Consejo Permanente de la OEA, podrá, con el consentimiento previo del gobierno afectado, disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación, debiendo el Secretario General elevar un informe al Consejo Permanente, y éste realizar una apreciación colectiva de la situación y, en caso necesario, adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento*” (artículo 18). En este caso, entonces, si bien la iniciativa para la acción de la OEA la tienen el Secretario General o el Consejo Permanente de la misma, igualmente se dispone que, para que se puedan disponer visitas u otras gestiones, se requiere del consentimiento del Gobierno del Estado pertinente.

Y la tercera eventualidad es aquella en que se produce “*la ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado Miembro*”, respecto de la que el texto jurídico en cuestión proclama que, “*basado en los principios de la Carta de la OEA y con sujeción a sus normas, y en concordancia con la cláusula democrática contenida en la Declaración de la ciudad de Quebec*”, aquella “*constituye, mientras persista, un obstáculo insuperable para la participación de su gobierno en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las conferencias especializadas, de las comisiones, grupos de trabajo y demás órganos de la Organización*” (artículo 19)

En razón de ello añade que, en esa situación, “*cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente*”; que dicho órgano, “*según la situación, podrá disponer la realización de las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática*”; que si tales gestiones diplomáticas “*resultaren infructuosas o si la urgencia del caso lo aconsejare*”, la misma instancia “*convocará de inmediato un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General para que ésta adopte las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas, conforme a la Carta de la Organización, el derecho internacional y las disposiciones de la presente Carta Democrática*” y, finalmente, que “*durante el proceso se realizarán las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para*

promover la normalización de la institucionalidad democrática” (artículo 20).

Asimismo agrega que “*cuando la Asamblea General, convocada a un período extraordinario de sesiones, constate que se ha producido la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros, entrando la suspensión en vigor de inmediato*”; que el Estado Miembro que hubiera sido objeto de suspensión “*deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la Organización, en particular en materia de derechos humanos*”; y que, adoptada la decisión de suspender a un gobierno, la “*Organización mantendrá sus gestiones diplomáticas para el restablecimiento de la democracia en el Estado Miembro afectado*” (artículo 21). Además, agrega que “*una vez superada la situación que motivó la suspensión, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá proponer a la Asamblea General el levantamiento de la suspensión*”, la que, de adoptarse, lo será por “*por el voto de los dos tercios de los Estados Miembros, de acuerdo con la Carta de la OEA*” (artículo 22).

En definitiva, entonces, en la tercera hipótesis, la iniciativa para poner en movimiento el mecanismo se entrega a cualquier Estado Miembro o el Secretario General, correspondiéndoles las decisiones, primero, al Consejo Permanente y luego, si ello es necesario, a la Asamblea General de la OEA, la que, de constatar la ruptura del orden democrático en el Estado de que se trate y que las gestiones diplomáticas en vista de la normalización de la institucionalidad democrática en él han resultado infructuosas, decretará la suspensión de la participación del mismo en los órganos de ésta. Nótese que mientras el artículo 9 de la Carta de la OEA se refiere “*al restablecimiento de la democracia representativa*” en el pertinente Estado, los artículos y 21 20 de la Carta Democrática Interamericana lo hacen a “*la normalización de la institucionalidad democrática*”. Asimismo, téngase presente que mientras la primera disposición prevé a tal suspensión como una posibilidad, el citado artículo 21 aparentemente lo hace en términos imperativos.

Pues bien, fue en atención a lo prescrito en los mencionados artículos 19 a 21 que el Consejo Permanente y luego la Asamblea General de la OEA adoptaron resoluciones concernientes a los acontecimientos habidos el 28 de junio de 2009 en Honduras. Así, aquel aprueba, ese día, la resolución CP/RES. 953

(1700/09), por la que condena “*enérgicamente el golpe de estado llevado a cabo en la mañana ... (de ese día) en contra del Gobierno constitucional de Honduras*” y la “*detención arbitraria y expulsión del país*” de su Presidente, lo “*que produjo una alteración inconstitucional del orden democrático*”, exige su “*inmediato, seguro e incondicional retorno*” a sus funciones constitucionales”, declara “*que no se reconocerá ningún gobierno que surja de esta ruptura inconstitucional*”, encomienda “*al Secretario General que ... lleve adelante todas las consultas que sean necesarias con los Estados Miembros de la Organización*”, condena “*enérgicamente todo acto de violencia y en especial la detención arbitraria*” de otras autoridades gubernamentales, convoca a “*un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA ... para que ... adopte las decisiones que estime apropiadas*” y mandata “*al Secretario General que remita*” (la)... “*resolución al Secretario General de las Naciones Unidas*”.

La Asamblea General de la OEA, por su parte, adoptó, el 1° de julio de 2009, la resolución AG/RES. 1 (XXXVII-E/09), por la que condena “*enérgicamente el golpe de Estado en contra del Gobierno constitucional de Honduras y la detención arbitraria y expulsión del país del Presidente Constitucional*”, lo “*que produjo la alteración inconstitucional del orden democrático*”, reconoce al Sr. Zelaya como Presidente de Honduras, exige su “*restauración inmediata, segura e incondicional ...a sus funciones constitucionales*”, declara “*que no se reconocerá ningún Gobierno que surja de esta ruptura inconstitucional*” y reafirma que “*los representantes designados por el Gobierno constitucional y legítimo ... son los representantes*” de Honduras ante la OEA, instruye “*al Secretario General para que, junto a representantes de varios países, realice las gestiones diplomáticas dirigidas a restaurar la democracia y el Estado de derecho, y la restitución del Presidente*”, señalando que “*de no prosperar estas iniciativas en un plazo de 72 horas, la Asamblea General Extraordinaria aplicará inmediatamente*” la suspensión a Honduras y prorroga (el) ... “*período extraordinario de sesiones*”.

En el marco de esa prórroga, la Asamblea General aprueba, el 4 de julio de 2009, la resolución AG/RES. 2 (XXXVII-E/09, por la cual, luego de constatar, entre otras materias, que, conforme a “*el informe del Secretario General sobre las gestiones diplomáticas realizadas*” ellas “*han sido infructuosas*” y que “*el régimen surgido del golpe de estado rechazó acatar lo establecido en la resolución AG/RES. 1 (XXXVII-E/09)*”, suspende, con efecto inmediato, “*al Estado de Honduras del ejercicio de su derecho de participación en la Organización*”, reafirma “*que la*

República de Honduras deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la Organización, en particular en materia de derechos humanos” e insta “a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a que continúe adoptando todas las medidas necesarias para la tutela y defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Honduras”, encomienda “al Secretario General que, junto a representantes de varios países debidamente designados, intensifique todas las gestiones diplomáticas y que promueva otras iniciativas para la restauración de la democracia y el Estado de derecho en la República de Honduras y a la restitución del Presidente”, añade que “ninguna gestión implicará el reconocimiento del régimen surgido de esta ruptura del orden constitucional”, alienta “a los Estados Miembros y a las organizaciones internacionales que revisen sus relaciones con la República de Honduras” e instruye “al Secretario General que remita (la) resolución a los demás organismos del Sistema Interamericano y al Secretario General de las Naciones Unidas”.

Posteriormente, el Consejo Permanente adopta otras dos resoluciones. Una, la CP/DEC. 42 (1716/09), del 21 de septiembre de 2009, por la que, en lo fundamental, *“exige a las autoridades de facto plenas garantías para asegurar la vida y la integridad física del Presidente”* que ha retornado al país y *“exhorta, igualmente, la firma inmediata del Acuerdo de San José”*. Y la otra resolución es la CP/DEC. 43 (1723/09), del 21 de octubre de 2009, por la que, en lo central, *“denuncia y condena enérgicamente las acciones hostiles por parte del régimen de facto contra la Embajada de Brasil en Tegucigalpa y el hostigamiento de sus ocupantes”* entre los que se encuentra el Presidente, y *“exhorta a proseguir el diálogo ... dentro de los términos de la propuesta del Acuerdo de San José, sin intentar abrir otros temas diferentes de aquellos contenidos en dicha propuesta”*.

b.- En lo concerniente a los mecanismos de cooperación, la Carta Democrática Interamericana distingue, sobre la base del respeto a los principios de la soberanía y no intervención en los asuntos internos, entre la asistencia electoral, incluyendo la observación electoral, y la promoción de los principios y prácticas democráticas y en ambos casos formula normas programáticas para sus propios órganos.

De ese modo, mientras en sus artículos 23 a 25 reglamenta la asistencia y observaciones electorales de la OEA en Estados miembros que lo soliciten y con los que celebre los respectivos convenios, en sus artículos 26 a 28 señala el compromiso de la OEA en los programas y actividades dirigidos a promover

los principios y prácticas democráticas y fortalecer la cultura democrática en el Hemisferio, con especial énfasis en la promoción de la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las organizaciones de la sociedad civil, así como de la educación de la niñez y la juventud como forma de asegurar la permanencia de los valores democráticos, incluidas la libertad y la justicia social.

IV. Conclusiones

De todo lo reseñado, se podrían esbozar, entre otras, dos tipos de conclusiones. Unas de alcance general y otras atingentes específicamente al caso hondureño.

A.- Conclusiones de alcance general.

Al respecto habría que indicar, por de pronto, que si bien la Carta Democrática Interamericana interpreta lo previsto respecto de la democracia en la Carta de la OEA, no se refiere explícitamente a la aplicación de las normas generales que ésta contempla respecto de las competencias de los órganos de la Organización y que también podrían tener, por lo tanto, aplicación en el caso de la promoción y consolidación de la democracia. Estas facultades serían: la de la Asamblea General de “*considerar cualquier asunto relativo a la convivencia de los Estados americanos*” (letra a, artículo 54); la de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de “*considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados americanos*” (artículo 61); la del Consejo Permanente de conocer “*de cualquier asunto que le encomienden la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*” (artículo 82); y, finalmente, la del Secretario General de “*llevar a la atención de la Asamblea General o del Consejo Permanente cualquier asunto que, en su opinión, pudiese afectar la paz y la seguridad del Continente o el desarrollo de los Estados miembros*” (inciso 2, artículo 110).

Y, en segundo lugar, procedería señalar que, aunque la Carta Democrática Interamericana es una mera resolución de una organización internacional, en este caso, la OEA, y, por lo mismo, no vinculante para sus Estados miembros, sino únicamente para sus órganos, y que, como fuente auxiliar y precisamente por esa naturaleza jurídica, no puede ir más allá de lo que señale la fuente autónoma que interpreta, es decir, la Carta de dicha Organización, sin embar-

go ella es susceptible de ser perfeccionada o cambiada con más facilidad que esta última y, por lo tanto, dispone de una mayor capacidad que ese tratado de adaptarse más oportunamente a lo que la práctica y/o la realidad vayan indicando o demandando en la materia.

B.- Conclusiones referentes al caso hondureño.

En lo pertinente a la aplicación de la Carta Democrática Interamericana al caso de Honduras, resalta la circunstancia de que, sin perjuicio que las resoluciones adoptadas en este caso se han ajustado a lo prescrito tanto en aquella como en la Carta de la OEA, ellas contienen, sin embargo, ciertas peculiaridades. La primera es que califican a los acontecimientos del 28 de junio de 2009 como “golpe de estado” y “que produjo una alteración inconstitucional del orden democrático”, haciendo compatible lo previsto en la primera con la fórmula empleada por el artículo 9 de la segunda para que proceda la sanción de suspensión que contempla, esto es, que el “gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza”.

En segundo lugar, lo que recaban tales resoluciones no es, conforme a los genéricos términos de la Carta de la OEA y de la Carta Democrática Interamericana, el “restablecimiento de la democracia representativa” o la “normalización de la institucionalidad democrática”, sino concreta y específicamente “la restauración inmediata, segura e incondicional del Presidente a sus funciones constitucionales”.

En tercer término, teniendo presente que las gestiones diplomáticas previstas en la Carta de la OEA y en la Carta Democrática Interamericana deben realizarse también necesariamente con el correspondiente gobierno de *facto*, dichas resoluciones formulan la prevención de que la OEA no “reconocerá ningún Gobierno que surja de (la) ruptura inconstitucional” y que “ninguna gestión implicará el reconocimiento del régimen surgido de (esa) ruptura del orden constitucional”.

Por último, procedería llamar la atención acerca del mandato que las referidas resoluciones le dan al Secretario General de la OEA de remitirlas a la ONU y a otras instancias internacionales, con lo que quizás han querido otorgándole así al asunto una dimensión extracontinental.

SECCIÓN COLOQUIOS

NEOCONSTITUCIONALISMO

Eduardo Aldunate^{1 2}

El neoconstitucionalismo es un término que se viene escuchando al menos los últimos cuarenta años, en el ámbito del estudio del derecho y, más precisamente, del derecho constitucional. No obstante su edad, no está del todo claro a qué se alude con esta voz. La presente exposición trata de presentar un panorama general de sus posibles significados, y una toma de posición respecto de algunos de sus contenidos.

La expresión neoconstitucionalismo parece usarse, sin mayor distinción, para aludir al menos a tres cosas distintas.

En primer lugar, el nombre que caracteriza a la evolución del diseño y de las praxis constitucional tras la segunda guerra mundial, inicialmente en algunos países de Europa continental (Italia, Alemania, Portugal, España) y para pasar posteriormente a Latinoamérica, y difundirse también hacia otros países europeos. En este sentido, el neoconstitucionalismo sería el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, en el espacio mencionado, y que presentaría las siguientes características: a) unas constituciones rígidas, con un concepto de rigidez que une, a la clásica distinción entre el poder legislativo y aquel encargado de reformar la constitución a través de procedimientos más exigentes que los necesarios para cambiar la ley, una garantía jurisdiccional de la supremacía de la constitución.

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas (1991) y actualmente profesor titular de derecho constitucional en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en derecho por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad del Sarre, Alemania (1997)

² Trabajo presentado con fecha 15 de junio de 2009 en el ciclo de Coloquios de Justicia Constitucional, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

De este modo, o bien todos los tribunales, o bien un tribunal especializado en el control de constitucionalidad de las leyes, podrían declarar una ley inconstitucional y hacer primar, de este modo, la superior posición jerárquica de la Constitución; b) unas constituciones que se definen a sí mismas, o bien se empiezan a considerar por los tribunales y la doctrina, como textos con carácter normativo y derecho directamente aplicable (en contraste con la práctica y las ideas predominantes previas a la segunda guerra mundial en que, se sostiene, la constitución habría sido considerada como un conjunto de declaraciones políticas sin posible aplicación como derecho); c) unos catálogos de derechos fundamentales que, junto con otras disposiciones de la constitución, pasan a ser considerados valores, o bien principios, que, en diferentes grados dependiendo de la respectiva cultura jurídica y diseño institucional, no se limitan a regular la organización del poder, las relaciones entre los poderes públicos sino que “*irradian*” o se proyectan a todo el ordenamiento jurídico, de tal modo que ya no existen espacios jurídicos exentos de regulación constitucional, aun cuando ésta sea meramente directriz, (fenómeno conocido como constitucionalización del derecho) y por lo tanto; d) un efecto horizontal, o entre particulares, reconocido a los derechos fundamentales, que en el constitucionalismo anterior a la segunda guerra mundial se consideraba como preceptos dirigidos al ejercicio del poder, y que ahora empiezan a considerarse en los conflictos entre particulares, lo que lleva a e) un método específico propuesto para la aplicación de estos principios o valores (en especial plasmados en el catálogo de derechos fundamentales), aplicación para la cual no sería adecuado el método de subsunción que, se afirma, sería el propio del positivismo jurídico. Este método debiese dar razón del carácter moral, de justicia material, de los principios constitucionales, de modo tal de afirmar siempre su vigencia y validez y apreciar, solo en el caso concreto en que se produzca una colisión de valores o principios, a cuál de ellos debe darse, en ese caso, prevalencia.

Este método es el método de la ponderación y aplica, para apreciar comparativamente los principios en juego, la estructura del juicio de proporcionalidad desarrollado originalmente en el derecho administrativo. Este juicio de proporcionalidad implica analizar, en primer lugar, en qué medida la afectación de un derecho o principio es idónea para lograr un fin legítimo; en segundo lugar, establecido que se trata de una medida idónea, se debe examinar en qué grado la afectación es necesaria frente a otras posibilidades de acción

menos lesivas; y por último, se realiza un examen de proporcionalidad en sentido estricto, destinado a sopesar por una parte la afectación que sufre un principio o valor, y por otra, el beneficio o provecho que reporta para la finalidad perseguida, y a establecer la adecuación -o no adecuación- de esta relación entre gravamen y beneficio. Cabe agregar a todo lo dicho que, en el ámbito europeo, se cuenta dentro de los procesos asociados al neoconstitucionalismo la proliferación de fuentes del derecho que se da en el contexto de la integración europea, así como las relativas cuestiones a la subsistencia de un poder democrático dentro de un soberano que difunde sus facultades de decisión en las instituciones comunitarias.

En segundo lugar, el neoconstitucionalismo se usa de manera general e indeterminada para aludir a aquel conjunto de autores que se han ocupado de sentar las bases teóricas, o bien describir los hitos de la evolución que conduce a los rasgos descritos, o, en fin, acogerlos favorablemente (entendiéndolos como una suerte de avance del constitucionalismo), desarrollarlos y difundirlos en la comunidad científica. Para la elaboración teórica de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, como principios correlativos a los respectivos valores, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán iniciada con el fallo Lüth, y la propuesta de su manejo por la vía de la ponderación, debe mencionarse aquí a Robert Alexy y su trabajo *Teoría de los derechos fundamentales*. Esta teoría contiene también una toma de posición sobre la teoría de las normas y la distinción entre reglas (o normas) y principios, cuyo exponente más conspicuo -o al menos el que goza de mayor popularidad- parece ser Ronald Dworkin, principalmente en los capítulos II y III El Modelo de las Normas (1) y El Modelo de las Normas (2) de su obra *Los derechos en serio* (una traducción algo más literal del título, *Taking Rights seriously*, -Tomando en serio los derechos-, me parece que hubiese hecho más justicia a la semántica actitudinal de esta obra). La frecuente referencia, en este contexto, a *El derecho ductil* -obra de Gustavo Zagrebelsky- parece permitir su incorporación dentro de este grupo. Por otro lado, destaca Luigi Ferrajoli, quien dentro de los difusos contornos que adquiere el neoconstitucionalismo como movimiento, ha defendido que el modelo constitucional desarrollado tras la segunda guerra mundial puede describirse como un nuevo modelo de Estado, una versión avanzada y mejorada del Estado de Derecho. El Estado Constitucional de Derecho representaría esta nueva forma o tipo de Estado, impregnado por un énfasis en el garantismo -no solo a nivel penal, que es el

ámbito de mayor desarrollo por parte de este autor (*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*), sino que a través de todo el ordenamiento jurídico y la praxis institucional (*Derechos y garantías: la ley del más débil*).

El núcleo central del garantismo, en aquello que agrega al modelo del neoconstitucionalismo, es un concepto de garantía en virtud del cual la consagración de un derecho fundamental, sin su necesario desarrollo legislativo, no implica un mero vacío frente al cual preguntarse por el verdadero sentido protectorio de la respectiva disposición constitucional, sino que supone una omisión legislativa que, en su caso, puede ser colmada por la jurisdicción. En el ámbito latinoamericano puede mencionarse a Luis Prieto Sanchis y a Carlos Santiago Nino; y en general, como difusor de las obras y la discusión en torno al neoconstitucionalismo se destaca Miguel Carbonell, en *Neoconstitucionalismo(s), Teoría del Neoconstitucionalismo*, y una serie de seminarios y publicaciones. En general, puede adscribirse al constitucionalismo en este sentido tanto los autores, como la actitud que saluda la evolución institucional descrita en el primer sentido de la expresión, y promueve activamente su desarrollo y profundización.

En tercer lugar, bajo la etiqueta de neoconstitucionalismo pueden agruparse una serie de propuestas teóricas, elementos parciales de una teoría del derecho que se declara como superadora del positivismo. Estas propuestas implican, al menos en lo principal: a) el reencuentro del derecho y la moral en las disposiciones constitucionales que, siendo disposiciones de justicia material, o sea correspondiendo al ámbito de la moral, son ahora preceptos justiciables, como principios, en una dimensión jurídica y, por el efecto de irradiación de la Constitución, aplicables en todo el espectro del ordenamiento jurídico; b) una teoría de la constitución subyacente (en el sentido de que no se presenta como tal) en virtud del cual la constitución deja de ser el ordenamiento jurídico político fundamental, y pasa a ser el ordenamiento de referencia de todo el ordenamiento jurídico, configuradora no solo de las relaciones políticas, sino también de todas las relaciones sociales (efecto horizontal de los derechos fundamentales); c) una teoría de las normas que distingue entre normas o reglas, por un lado, y por otro lado, los principios, con requerimientos distintos en cuanto a su método de aplicación, lo que lleva a d) una teoría de la argumentación jurídica o, al menos, de la argumentación de la aplicación del derecho, que alza como instrumento fundamental el método de la ponderación arriba descrito.

Cuando se examina de manera general y somera los elementos presentes en el neoconstitucionalismo, éste parece realmente un desarrollo muy prometedor y favorable para el constitucionalismo. Quizás su mayor atractivo es que toca, al unísono, una serie de cuerdas que suenan agradables y evidentes al oído del sentido común. Parece que no necesita de demostración alguna lo bueno que resulta que un órgano especial controle la producción legislativa, no solo a la luz de ciertas reglas básicas del juego político, sino también a la luz de los principios constitucionales que plasman valores con los que todos podemos estar de acuerdo, como son los derechos fundamentales. Resulta del mismo modo comprensible que, si estos valores llegan a entrar en conflicto se les aprecie para cada caso prudencialmente, quedando intacta la afirmación general de su validez. Por último, parece también fuera de toda duda que si los derechos fundamentales que nos asegura la Constitución valen frente a la autoridad pública, debiesen valer también en las relaciones entre particulares. ¿Qué sentido tendría mi garantía a la libertad de prensa si es mi vecino, y no el estado, el que logra de manera efectiva impedir que los diarios que imprimo puedan ser distribuidos?

Esta apreciación positiva, esta satisfacción en torno a los desarrollos que destaca y valora favorablemente el neoconstitucionalismo está muy cerca de lo que podría llamarse una ingenua beatitud político-jurídica. En efecto, lo que está en juego tras la evolución institucional y la apreciación teórica que se puede asociar a esta etiqueta es el concepto y función de la constitución política y, más allá, la definición misma del rol de los ciudadanos en la configuración del orden jurídico, político y social.

La Constitución, en el sentido en que solemos aludir a ella, esto es, como un documento de carácter normativo en que se encuentra formulado de una vez la organización de los poderes públicos y el listado de derechos fundamentales es, ante todo, el instrumento a través del cual se dota al poder político de legitimidad. Las constituciones modernas no son en primera línea limitativas del poder; lo son consecuentemente, porque, antes que cualquier otra cosa, constituyen el poder, le otorgan una base de legitimidad racional legal en reemplazo de la legitimidad tradicional del *Ancien regime*. Sin embargo, no existe instrumento de carácter normativo que pueda pretender, con éxito, haber agotado el proceso político entendido como la permanente lucha por el poder en torno a la concreción de determinados valores y a creencias, y a la forma

de entender esos valores y creencias. La constitución solo puede pretender cumplir su rol legitimador si no obstaculiza o bloquea este flujo; allí donde las constituciones aparecen como un obstáculo para el proceso político, no es precisamente éste el que se detiene ante ellas, sino las propias cartas fundamentales las que ven mermada su normatividad, usualmente en favor de una despolitización del conflicto, que pasa a desarrollarse en el plano de la fuerza. Y esto implica que, para que una constitución cumpla su función, la definición de ciertos aspectos básicos, es tan importante como la conservación de amplios espacios remanentes, de maniobra y decisión del juego político que, en nuestros días, se entiende que debe ser llevado principalmente por las autoridades de legitimación democrática. El concepto de una constitución en la cual se encuentran ancladas, bajo la forma de principios, todas las posibles decisiones que puedan presentarse en el ordenamiento subconstitucional; en que los conflictos entre valores, *sub specie* derechos fundamentales, no son objeto del debate y la discusión pública por los representantes elegidos por el soberano político, sino que son decididos a través de un método ponderativo en que la razón o criterio para entregar a ciertos principios o valores mayor peso relativo que a otro, en cada caso concreto, no son explicitados ni sujetos a una disciplina argumental que se pueda vincular racionalmente a las fuentes del derecho hace, ciertamente, que la constitución sea omnipresente; pero al mismo tiempo empobrece sobremanera el proceso político. Si, de alguna manera, todas las cuestiones jurídicas están afectadas por los principios constitucionales, resulta de ello que no hay controversia o lucha política relevante sino es en el ámbito constitucional.

De este modo, la constitución se desnaturaliza: de intentar dar el marco para el desarrollo del proceso político, excluyendo del mismo las cuestiones fundamentales (que por lo mismo están en la constitución), ahora ella se transforma en el único nivel en que se deben y pueden dar las luchas políticas verdaderamente relevantes, disponibles para el soberano político; el proceso legislativo y en general, el proceso institucional subconstitucional, queda excluido de la movilización política ya que ¿para qué buscar en esta arena las victorias que posteriormente podrán ser anuladas en la sala de la respectiva corte constitucional?

Así visto, el auge del neoconstitucionalismo parece peligrosamente comprensible como un discurso que, revestido de las mejores galas terminológicas del

estado de derecho -un estado de derecho “enchulado”, diría el amante de los autos, o *reloaded*, el de la saga de Matrix: estado constitucional social y democrático de derecho -, con una atractiva pancarta anti-positivista, y cargado de referencias “valiosas” (a los valores contenidos en los derechos fundamentales y los principios constitucionales) deja tranquila la conciencia de una sociedad en que la participación política va en disminución, y en que el compromiso político del ciudadano tiende a cero. Con una expresión de complacencia y beatitud, el ciudadano, entendido como una calidad que se tiene, y no como un rol que se debe desempeñar en el sistema político (para que éste realmente pueda llamarse democrático), puede mirar contento al cuadro que pinta el neoconstitucionalista, en que la constitución es un valor, sus principios son valores, y en que la moral y la justicia dejan de ser un problema de su concernimiento en la medida en que están garantizados -incluso en caso de vacío u omisión- por jueces ponderados y ponderantes. Las mayorías parlamentarias pueden equivocarse, de cara a la constitución; pero no hay que temer; el error será corregido por los jueces constitucionales. *Es herrscht wieder Frieden im Land*, decía años atrás el poeta y cantautor Constantin Wecker: ésta podría ser la consigna del neoconstitucionalismo: la paz reina nuevamente en el país. Durante la discusión habida en el coloquio del 15 de Junio de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales se plantearon diversas preguntas y observaciones, en especial relacionadas con mi crítica al neoconstitucionalismo, resumida en los párrafos precedentes. Quisiera cerrar este trabajo haciéndome cargo en particular de dos de ellas.

La primera observación reclamaba una toma de posición respecto del neoconstitucionalismo. Al respecto, tendría que hacer algunas precisiones. No puedo tomar posición si por neoconstitucionalismo se entiende la evolución de los regímenes constitucionales después de la segunda guerra mundial. Puedo considerarla más o menos conveniente desde un punto de vista político constitucional pero, en el plano científico, me parece que solo cabe constatarla. En segundo lugar, no puedo, tampoco, tomar posición respecto de las posturas teóricas e ideológicas que se puedan adscribir al neoconstitucionalismo, en bloque, por la sencilla razón de que no forman una unidad.

Así, puedo asumir una crítica a la distinción entre principios y reglas porque se encuentra anclada en premisas lingüísticas deficientes -que identifican la fórmula de texto con las entidades de significado normativo a las que se acce-

de tras un proceso de construcción intelectual-; puedo enfrentar la calificación de los derechos fundamentales como valores porque enerva toda función normativa de los textos sobre derechos fundamentales en el proceso de decisión jurisdiccional; puedo denunciar la ponderación como un método aparente porque si por método en la ciencia jurídica se entiende algún camino para contribuir a la argumentación en el plano intersubjetivo, ella -la ponderación- hace justamente lo contrario, al radicar el momento decisivo y decisorio del proceso de adjudicación en la opción -subjetiva- por atribuir mayor peso a un valor o principio que a otro, enfrentados que sean en un conflicto; etc. Lo que sí puedo hacer es apreciar que, en su conjunto, de bordes no del todo definidos, tanto en lo que toca a la evolución del diseño y praxis institucional post segunda guerra como en las posturas teóricas y materiales ideológicos involucrados, el neoconstitucionalismo modifica esencialmente el concepto de constitución, de constitución política a constitución jurídico-social. Con ello, priva a la constitución de su principal función, que es legitimar el poder (o, si se quiere decir de otro modo, despejar de la lucha política las cuestiones sobre legitimidad). Ello puede funcionar en tiempos de consenso real o aparente sobre las bases de la convivencia social; pero la historia muestra que esos consensos nunca son definitivos. En este sentido, el neoconstitucionalismo pareciese operar sobre una filosofía de la historia a la Fukuyama. Por su parte, traslada las cuestiones que están a disposición de la movilización política del plano legislativo al plano constitucional: si todo está *de alguna forma* resuelto en la constitución, la decisión parlamentaria a nivel de mayorías es una especie de infantil juego político que, a buenas cuentas, siempre podrá ser *corregido* constitucionalmente por la respectiva jurisdicción; el verdadero proceso político, la decisiones “*en serio*” de los poderes legitimados democráticamente solo pueden tomarse en el nivel constitucional. Y, en el caso de constituciones rígidas, esto implica que tales decisiones quedarán fuera del alcance de la mayoría; los verdaderos decisores serán aquella parte de la minoría que deba concurrir a aprobar la respectiva reforma.

La segunda observación defendía el método de la ponderación. Si no he entendido mal las explícitas descripciones que he encontrado de la aplicación de este método, por su intermedio se busca arribar a una solución en el caso de conflicto entre valores o principios constitucionales cuya validez no se encuentra en discusión. A diferencia de la colisión de reglas, donde se afirma que la solución necesariamente pasa por afirmar la validez de una y negar

la validez de la otra para el caso concreto, en la ponderación se afirma la validez de ambos principios o valores, antes y después del proceso de toma de decisión; solo que, para la situación en concreto, se otorga a uno de ellos un mayor peso relativo, atendidas las circunstancias del caso. La crítica a este método de ponderación puede ser desarrollada in extenso, como lo hace Juan Antonio García Amado en su contribución al libro *Derechos sociales y ponderación* coordinado por Robert Alexy. Mi opción en este caso es más breve, y pretende dar una imagen del problema que creo, es irresoluble para quienes defienden el método de la ponderación. Si por ponderación se entiende sopesar o apreciar el peso relativo de valores o principios en conflicto, puede recurrirse a la imagen de la balanza. En el punto de partida, se afirma que los valores o principios conservan la misma validez. Eso significaría que, en un primer momento, la balanza se encuentra equilibrada, teniendo en cada uno de sus platos a cada uno de los principios o valores en juego. Luego, se dice, la decisión se tomará por el mayor peso que en el caso concreto se asigne a cada uno de estos valores. Volviendo a la figura, el operador jurídico agrega, entonces, a uno de los platos, un peso adicional. La pregunta que creo se torna irresoluble es, en este punto, la siguiente ¿de dónde saca el operador jurídico dicho peso adicional? O, más precisamente ¿en qué ámbito argumentalmente sostenible en una dimensión intersubjetiva (y no como opción personal), y a partir de qué elementos jurídicos, el adjudicador opera aquí su caja de pesos adicionales para cada caso?

LA RELACIÓN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL-TRIBUNALES DEL FONDO Y LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INAPLICABILIDAD ACERCA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN ¹

Francisco Zúñiga ²

Presentación

Se me ha solicitado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, en el marco del 6° *Coloquio Sobre Justicia Constitucional* organizado por esta institución, una presentación que aporte y analice la doctrina y jurisprudencia nacional en materia constitucional acerca de la acción de inaplicabilidad, específicamente a través del análisis de la jurisprudencia contenida en sentencias y autos (sentencias interlocutorias) de admisión e inadmisión de recursos y cuestiones de inaplicabilidad.

Sobre la materia objeto de esta exposición, es menester consignar que la reforma constitucional de 2005, promulgada mediante Ley N° 20.050, en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República (en adelante la Constitución) estableció la acción de inaplicabilidad concebida como un control jurisdiccional concreto, represivo y facultativo de normas o preceptos legales cuya “aplicación” sea contraria a la Constitución.

La acción de inaplicabilidad tiene características específicas y presupuestos procesales determinantes para su admisibilidad. De esta forma, en cuanto a sus presupuestos: requiere de una gestión pendiente seguida ante un tribunal ordinario o especial; que la aplicación del precepto legal resulte decisiva para la resolución del asunto sometido al tribunal del fondo, es decir, que se trate del derecho material de la causa, más

¹ Ponencia presentada en 6° Coloquio sobre Justicia Constitucional, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales el 12 de agosto de 2009.

² Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile y Universidad Diego Portales.

allá de la trilogía tradicional del procesalismo científico: *lex decisoria litis*, *lex probatoria litis* y *lex ordenatoria litis*; debiendo además el actor fundar razonablemente la contradicción que el precepto legal impugnado tiene con la Constitución y, por ende, los vicios de forma, materia o competencia que transforman a dicho precepto legal en inaplicable. Esta declaración de inaplicabilidad, de efecto interpersonal relativo o *inter partes* y de efecto temporal *ex tunc*, pro pretérito o retroactivo, difiere de la declaración de inconstitucionalidad prevista en el artículo 93 N° 7° de la Constitución (cuestión de inconstitucionalidad), que anula o invalida el precepto legal, con efecto *erga omnes* o general y efecto temporal *ex nunc* o pro futuro³.

De este modo, el Tribunal Constitucional tiene una herramienta para graduar la cosa juzgada de la sentencia constitucional estimatoria, al transitar del control concreto al control abstracto. En el fondo, es una herramienta “política” que, por la naturaleza del control jurisdiccional de constitucionalidad, debe ajustarse a las pautas hermenéuticas dominantes⁴.

Asimismo, la acción de inaplicabilidad objeto de sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional es un presupuesto procesal basal de nuestra bastante original “cuestión de inconstitucionalidad”, prevista en el artículo 93 N° 7 de la Constitución.

3 Vega Méndez, Francisco y Zúñiga Urbina, Francisco, “El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el tribunal Constitucional. Teoría y práctica”, en 2 *Revista Estudios Constitucionales*, 135-174. Véase también de Zúñiga Urbina, Francisco, “La Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en Chile”, en Bazán, Víctor (director), *Problemas Actuales del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica*, (Buenos Aires, Legal Publishing) 2009. Una completa panorámica de la jurisprudencia en trabajo de Ríos A., Lautaro y Pica F., Rodrigo, “Nuevos Hitos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional a raíz de la reforma de 2005”, en 336 *Gaceta Jurídica*, 7-35.

4 Ver sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1.254/2008, de 29 de julio de 2009, comentada por F. Zúñiga para *Gaceta Jurídica* de julio del mismo año y que en los considerandos 19°, 21°, 22° y 23°, esta Magistratura fija los términos del tránsito del control concreto al control abstracto de constitucionalidad de normas y cómo se construye el juicio de legitimidad constitucional de éstas. Sobre las debilidades de tal tránsito en materia de fuero parlamentario, es valioso el trabajo de Gómez Bernal, Gastón, “Fuero y desafuero en las sentencias del Tribunal Constitucional”, en *Sentencias Destacadas 2006*, 211-234. Un trabajo anterior de Gómez, “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional”, en Zúñiga U., Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, (Santiago, LexisNexis) 2006, 651-684, en especial 668-670. Otro trabajo a destacar de Martínez Estay, José Ignacio, “Recurso de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, (Santiago, Librotecnia-CECOCH) 2005, 457-472. También García B., Ana María, “Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional”, en 70 *Revista de Derecho Público*, 117-128, y de una perspectiva más general Ríos A., Lautaro, “Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno”, en 342 *Gaceta Jurídica*, 7-22.

A continuación, en el cuerpo de esta exposición, se consignará el desarrollo de las características y presupuestos de la acción de inaplicabilidad.

I. La nueva acción de inaplicabilidad

1. Características de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Como se adelantó en la introducción, la acción de inaplicabilidad da inicio a un proceso de constitucionalidad en que se verifica un control jurisdiccional concreto, represivo y facultativo. Jurisdiccional, por cuanto el Tribunal Constitucional, como órgano de control de constitucionalidad, ejerce una jurisdicción de naturaleza jurídica y orgánica que, con competencias “*ajenas a decisiones sobre conflictos de intereses particulares o a casos concretos con contradictorio propios de la jurisdicción ordinaria*”.

A nuestro juicio, la nueva acción de inaplicabilidad, configurada en el actual artículo 93 N° 6 de la Constitución, responde en puridad a un esquema nuevo o distinto del tradicional de la Constitución de 1925 y 1980: se trata de un control concreto de constitucionalidad, en el cual los aspectos de hecho de la gestión judicial en que incide se tornan claves para construir el juicio de legitimidad constitucional de la norma legal impugnada, sometiendo al proceso de constitucionalidad a una inevitable casuística. Asimismo, debemos subrayar dos características de la acción de inaplicabilidad que el Tribunal reiteradamente señala: la acción instaura un proceso de constitucionalidad, que configura un control represivo, facultativo y concreto, y no un proceso de amparo de derechos fundamentales; además, esta acción no es la vía procesal idónea para impugnar resoluciones judiciales de los tribunales del fondo, ordinarios o especiales, con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar o anular éstas, ya que las cuestiones de mera legalidad son ajenas a este instituto y la subordinación al imperio de la ley por estos tribunales es una materia que compete exclusivamente a estos tribunales y al sistema recursivo establecido en las leyes de enjuiciamiento civil y criminal.⁵

5 Tribunal Constitucional, salas 2ffi y 1ffi roles N° 493 (cons.6°), N° 503, N° 587; N° 794/2007, N° 1.217/2009, N° 1344/2009 y N° 1.416/2009); como también ocurre con el “pronunciamiento valorativo sobre hechos litigiosos de la gestión pendiente” Tribunal Constitucional, roles N°

En consecuencia, no se puede seguir predicando el carácter abstracto o meramente doctrinario de esta acción de impugnación, como lo señalaba reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema en el marco del artículo 80 de la Constitución —antes de la reforma de 2005— y del artículo 86 de la Constitución de 1925.

En efecto, la reforma constitucional de 2005 separó la acción de inaplicabilidad de la cuestión de inconstitucionalidad aunque haciendo a esta última dependiente de la primera, en cuanto se requiere sentencia estimatoria como uno de los presupuestos procesales de la cuestión de inconstitucionalidad, mediante la cual el Tribunal Constitucional puede ahora declarar, con efecto general o *erga omnes*, y por mayoría cualificada de cuatro quintos de sus miembros en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal que previamente ha sido declarado inaplicable por el mismo Tribunal al conocer de la acción de inaplicabilidad.

En cuanto a la legitimación procesal activa para pedir la inaplicabilidad, corresponde a una de las partes de la gestión, admitiendo a los litisconsortes (recurso o requerimiento de inaplicabilidad) o por el propio “juez” que conoce de ella a través de un auto motivado (cuestión de inaplicabilidad), en caso que la norma le suscite dudas en cuanto a su constitucionalidad. Pueden ser tanto partes de un asunto contencioso como no contencioso en el cual hay interesados: quienes promueven el asunto y a quienes afectan los resultados de la declaración que pretende. Este concepto de parte comprende, por tanto, a la pluralidad de partes y al litis consorcio en sede civil. En el marco del nuevo proceso penal, el profesor Colombo se plantea la dificultad de emplear el término “partes”, por la eventual amplitud que posee a partir de la matriz imputado-Estado-víctima⁶.

1.416/2009, cons. 20°; N° 1130/2008, N° 1210/2008, N° 1266/2008 y N° 1324/2009.

6 Colombo Campbell, Juan, “El requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República”, (Santiago, Mimeo), ponencia presentada en Pontificia Universidad Católica de Chile, Seminario sobre Temas de actualidad, septiembre 2006, 15-16. Del mismo autor, “La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley”, en 37 *Tribunal Constitucional, serie Cuadernos*. También para una visión general de la reforma constitucional de 2005 en esta materia es valioso el trabajo del magistrado Navarro Beltrán, Enrique, “El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005”, en 68 *Revista de Derecho Público*, 11-31.

Además, como ya hemos señalado, se posibilita que sea el propio “juez” de la causa, no dejando de ser problemática, más allá del *nomen iuris*, esta referencia al “juez” y no al “tribunal”, en especial tratándose de tribunales colegiados.

Consideramos aquella posibilidad como altamente beneficiosa pues, antes de la reforma constitucional de 2005, el juez de la causa estaba obligado a aplicar la ley vigente a menos que la inaplicabilidad fuese declarada por la Corte Suprema, de oficio o a solicitud de alguna de las partes.

2. *La gestión en que incide*

La expresión *gestión* debe ser tomada en sentido amplio, comprendiendo causas civiles y criminales, contenciosas o no contenciosas, incluso procedimientos administrativo-disciplinarios seguidos por tribunales⁷, gestión que por lo demás debe estar pendiente y no fallada, pues si se encontrase terminada (cosa juzgada o preclusión), la jurisdicción se encontraría agotada, siendo innecesaria la acción y carente de un presupuesto procesal básico.

3. *La norma legal impugnada*

La expresión *precepto legal*, comprende a la ley, la legislación delegada y la legislación irregular en general, preconstitucional y postconstitucional. Como veremos más adelante, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional emplea un concepto de *precepto legal* equivalente a regla de derecho, con unidad lingüística y de significado, e independiente del enunciado normativo mismo. Gómez plantea tempranamente un sentido similar al distinguir entre el control de preceptos legales y el control de enunciados legales. Para ello, emplea el concepto de precepto legal como producto de la interpretación, ya que, a su juicio, la inaplicabilidad funciona como “*control de interpretaciones o significados de los enunciados (normas) aplicables a casos*”, por lo que ciertamente la eventual sentencia estimatoria lo que hace es declarar inaplicables por inconstitucionalidad la o las interpretaciones o significados de las normas en referencia

7 La Constitución de 1925 hablaba de *juicio* en vez de *gestión judicial*. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia interpretaron este concepto en sentido amplio, entendido como toda “*gestión o reclamo que tienda a obtener el pronunciamiento de un tribunal para establecer, fijar o aclarar determinadas situaciones jurídicas*”. La Constitución de 1980 sabido es que sustituyó el término “juicio” por “gestión” en el primitivo artículo 8o.

al caso concreto. Ello obliga al Tribunal a un ejercicio anticipatorio e hipotético acerca de la decisión del tribunal del fondo, que es llamado a aplicar la norma, realizando una interpretación de esta que, por obra del control concreto, debe ser excluida por el juzgador.

A juicio de la mayoría de la doctrina, no procede el control represivo y facultativo de los tratados internacionales, pues éstos no se encuadran en el concepto de ley, sino que son una fuente de derecho internacional incorporada al derecho interno, pero cuya validez arranca de dicho orden internacional y en la que sólo su aprobación parlamentaria se somete a *los trámites de una ley*, conforme con el artículo 54 N° 1 de la Constitución, sin perjuicio del control abstracto y preventivo encomendado al Tribunal Constitucional sobre normas de un *“tratado que versen sobre materias propias”* de leyes orgánicas constitucionales (artículo 93 N° 1 de la Constitución) y del control abstracto, preventivo y facultativo tradicional (artículo 93 N° 3).

Congruente con dicho razonamiento, el proyecto de ley que modifica la LOC del Tribunal Constitucional, en actual trámite de (auto) control de constitucionalidad preventivo y obligatorio, excluye a los tratados del control concreto-abstracto represivo de la acción de inaplicabilidad y de la cuestión de inconstitucionalidad, pues: *“Un predicamento contrario expone al Estado de Chile a una responsabilidad de derecho internacional, en el evento que decida privar de eficacia a las normas de un tratado, los que en este punto se rigen por los principios de pacta sunt servanda y bona fides, caros principios de derecho internacional general incorporados a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1979”*⁸.

4. Contradicción entre la aplicación del precepto legal impugnado y la Constitución

La Corte Suprema, al conocer de la acción de inaplicabilidad, señalaba que dicha contradicción debía ser tal que, para declarar la inaplicabilidad, la coexistencia entre norma legal y constitucional debía ser impo-

8 Sobre la materia ver Nogueira Alcalá, Humberto, “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional” y Ribera Neumann, Teodoro, “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en 1 *Revista Estudios Constitucionales* (2007), 59 y ss., y 89 y ss., respectivamente.

sible por contener normas o finalidades jurídicas contrapuestas al ser aplicadas a un negocio determinado.

Sin embargo, como reiteradamente ha sostenido el Tribunal Constitucional, debemos tener presente que, si la acción de inaplicabilidad importa un control concreto de constitucionalidad, la contradicción debe ser el resultado de la *aplicación* del precepto legal impugnado al asunto específico en que se constituye en derecho material aplicable. Por el contrario, y en la medida que en la cuestión de inconstitucionalidad hay un control abstracto —derivado del previo control concreto por vía de acción de inaplicabilidad—, la contradicción del precepto legal con la Constitución debe ser total, en el sentido antes señalado.

5. Relevancia de la norma impugnada

La aplicación del precepto legal impugnado debe ser relevante o trascendente, es decir, resultar decisiva en la resolución de la gestión, sea ésta la cuestión principal o cuestiones accesorias o incidentales.

6. Tramitación de la acción de inaplicabilidad

A la espera de la promulgación de la reforma de la LOC del TC, éste aplica las normas procesales generales y especiales de la Ley N° 17.997, en cuanto la inaplicabilidad y cuestión de inconstitucionalidad son “conflictos de constitucionalidad”, además de las normas contenidas en el Acuerdo de fecha 28 de febrero de 2006, publicado el 2 de marzo del mismo año en el Diario Oficial, siendo muy relevante desde el punto de vista doctrinal y político-judicial el auto o resolución de 31 de mayo de 2006 del Tribunal que reafirma su propia competencia, al resolver un incidente de previo y especial pronunciamiento planteado por el Servicio de Impuestos Internos, desestimando todas las alegaciones conducentes a desactivar el alcance de la reforma constitucional de 2005, difiriendo su activación a la modificación de LOC⁹.

9 Ver nuestro comentario en 311 *Gaceta Jurídica*, 341-352.

II. Examen de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad

1. Examen de admisibilidad

Sin perjuicio de abordar los requisitos o presupuestos procesales del examen de admisibilidad de la acción al analizar más adelante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, podemos afirmar que el examen de admisibilidad comprende los siguientes aspectos relativos a presupuestos de esta vía procesal:

a) La existencia de la gestión judicial que da origen a la pretendida declaración de inaplicabilidad, sea ante un tribunal ordinario o especial¹⁰.

El texto actual es semejante al del antiguo artículo 80 de la CPR, pues conserva la voz *gestión*, a diferencia de la Carta de 1925 que hacía referencia a “[...] cualquier estado del juicio [...]”, siendo claramente la expresión *gestión* mucho más amplia y extensa que *juicio*.

Si no se acredita la existencia de dicha gestión, la solicitud de inaplicabilidad será declarada inadmisibile.

b) Que dicha gestión se encuentre pendiente.

La calidad de *pendiente* se extiende a la existencia de sentencia de término, comprendida tal como la que pone fin a la última instancia del pleito (cosa juzgada). Si en la gestión pendiente, la cuestión es incidental o accesorias, ésta es terminada con la sentencia interlocutoria o auto que le pone fin, o mediante las resoluciones recaídas en los recursos de reposición y/o apelación que se hubieren deducido. La preclusión cierra eventualmente una gestión, la que deja de estar *pendiente*.

10 Se discute qué sucede en el caso de los procesos seguidos ante tribunales arbitrales, contenciosos administrativos y a la protección de los amparos (artículos 20 y 21 de la Constitución). Colombo estima que si los Tribunales que conocen de estas acciones de protección o de amparo “se enfrentan a una inconstitucionalidad, deben recurrir al Tribunal Constitucional para que decida previamente el conflicto de constitucionalidad”, basado en las atribuciones privativas que la reforma constitucional de 2005 concentró en el Tribunal Constitucional. Cf. Colombo Campbell, Juan, “El requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República”, op. cit., 11.

Si la gestión judicial no se encuentra pendiente, atendido el carácter concreto que tiene esta acción, será declarada inadmisibile pues la declaración pretendida carecerá de objeto.

Se debe entender por “pendiente”, al menos, mientras la sentencia que lo resuelva no esté ejecutoriada.

En la práctica, y por no haber norma expresa al respecto, creemos que junto con la acción se debe acompañar por la parte un certificado de estado de la gestión, sin perjuicio de que el TC en ejercicio de sus facultades oficie al respecto.

c) Que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución del asunto.

Para parte de la doctrina, la norma impugnada debe tener el carácter de derecho material o de *lex decisoria litis*. Sin embargo, tal como lo analizaremos más adelante, el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de formular una interpretación abierta acerca del derecho material, prescindiendo de la tripartición: *lex decisoria litis*, *lex ordenatoria litis* y *lex probatoria litis*. En todo caso, la aplicación de la norma a la gestión pendiente debe resultar contraria a la Constitución, de modo tal que el resultado de la gestión judicial, la sentencia, no se funde en una norma legal que atente contra la Carta Fundamental.

d) Que la acción de inaplicabilidad se encuentre fundada razonablemente.

Es decir, no basta con impugnar una norma legal como inconstitucional, sino que también debe fundarse la acción, prima facie al menos, en la configuración de vicios de inconstitucionalidad material, formal y competencial, producidos en la aplicación al caso concreto, obligando a una exposición lógica, fundada en la razón. Con todo, a mi juicio, la argumentación acerca de la legitimidad constitucional, en la práctica, se circunscribe a la inconstitucionalidad material o de fondo, ya que una inconstitucionalidad de forma o de competencia une la inaplicación inevitablemente a la declaración de inconstitucionalidad.

Se exige, pues, fundamentos o bases establecidas sobre la razón, esto es en base a lo *arreglado, justo, conforme a razón*, o sea, sobre *argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo* y con *motivo o causa*.

Este requisito supone que el requerimiento debe ser consistente y congruente entre lo que se pide y lo que se alega, congruencia entre las normas constitucionales invocadas y la pretensión que se alega, o debe existir concordancia entre lo solicitado y las argumentaciones dadas en el requerimiento¹¹.

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal estima que es parte del fundamento razonable la exposición de la forma en que se produce la contradicción entre Constitución, norma legal y aplicación al caso concreto, sustentada adecuada y lógicamente, explicándose circunstanciadamente cómo se produce la contradicción de normas, basamentos de la acción, y que permiten su inteligencia por el juzgador.¹²

e) Que se cumplan “los restantes requisitos” que establezca la ley.

Se hace referencia a la LOC vigente y la demás legislación vigente en la materia, como, por ejemplo, la exigencia de que sea presentada por escrito y patrocinada por abogado habilitado y con poder suficiente conforme a la Ley N° 18.120 sobre comparecencia en juicio. Tratándose de la LOC vigente, esta referencia concierne al artículo 39 de la Ley N° 17.997, que dispone: “*El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas*”. Los efectos del incumplimiento de esta cláusula residual, aplicando la norma de conflictos de la

11 Brunet Bruce, Marcelo, “Admisibilidad en materias constitucionales: Principio *in dubio pro admitere*”, ponencia en XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2006, 8. Del magistrado Cea Egaña, José Luis, “El Tribunal Constitucional y el control de leyes”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, (IIJ-UNAM, CECOCH, Librotecnia) 2009, 73-101, en especial 87-91. En el mismo libro colectivo el trabajo de la magistrada Peña Torres, Marisol, “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, 397-420.

12 Tribunal Constitucional 2ffi sala, roles N° 494, cons. 8° y N° 495, cons. 14° de 27 de abril y 30 de mayo de 2006

LOC, se establecen en el artículo 41: inadmisión, sin perjuicio de conferir un término de tres días para subsanar o completar los antecedentes omitidos.

2. Procedimiento del examen de admisibilidad

Conforme al citado artículo 93 inciso undécimo de la Constitución, la admisibilidad se resuelve por una de las salas del TC, que dicta un auto (sentencia interlocutoria) de admisión o inadmisión, el cual no puede ser objeto de recurso alguno, pero sí de rectificación de hecho por parte del propio Tribunal Constitucional, en los términos del artículo 94 inciso primero de la Constitución y artículo 32 de la LOC.

Discrepamos de la opinión del profesor Brunet, quien promueve extender un principio *indubio pro admitiere*, ligado al viejo principio *pro requirente* consolidado en la doctrina jurisprudencial del Tribunal, fundado en el tenor positivo de la Constitución en cuanto supuestamente obligaría a declarar la admisibilidad de la acción de inaplicabilidad al usar la frase “[...]siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”.

Señala Brunet que, si el Constituyente hubiese querido que la inadmisibilidad fuera la regla general, se habría servido de frases como “sólo serán admisibles los requerimientos que cumplan con los siguientes requisitos”¹³.

En cuanto a las reglas de procedimiento aplicables al trámite o examen de admisibilidad, éstas se contienen en el propio inciso undécimo del artículo 93 y en las normas de la LOC. Así, ingresado un requerimiento, tiene que ser puesto en conocimiento del presidente del Tribunal Constitucional con los antecedentes de rigor para que proceda, con sujeción al Autoacordado adoptado en las sesiones de 30 de noviembre de 2006 y 2 de enero de 2007, a distribuirlo a una de las dos salas. En cada una de las salas se procede al examen de los presupuestos procesales y demás

¹³ Brunet Bruce, op. cit., 9.

requisitos procedentes. Este examen puede derivar en el rechazo del requerimiento, sea por estimar su inadmisibilidad en razón de no reunir uno o más de los presupuestos procesales o bien, como se observa atinadamente, no acogerlo a tramitación por exceder la órbita del instituto de inaplicabilidad o por no reunir los requisitos del artículo 39 de la LOC., en los casos en que el requirente, dentro de los tres días siguientes a la fecha de la comunicación, no subsane los defectos o no complete los antecedentes omitidos (Peña Torres).

Pasado el trámite o examen de admisibilidad, dictada la sentencia interlocutoria por la sala respectiva, se devuelve el expediente al presidente del Tribunal para que confiera traslado a los órganos constitucionales interesados. Estos disponen de cinco días, contados desde la fecha de la comunicación, para hacer llegar al Tribunal los antecedentes y observaciones que estimen necesarios. Esta Magistratura puede acceder o no a la ampliación de ese término, atendidas las circunstancias, en especial el específico iter temporal de la gestión judicial pendiente. La tramitación ante el pleno del Tribunal se fija en sede de inaplicabilidad a través de una resolución marco o estándar al efecto.

Adicionalmente, también es competencia de la sala respectiva del Tribunal Constitucional conceder o no la orden de no innovar solicitada por la requirente.

III. Análisis de la jurisprudencia de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional

A continuación se compulsa fragmentariamente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Al efecto, recordemos que el artículo 93 inciso undécimo de la Constitución dispone:

Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o

especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Según la citada norma iusfundamental, el TC, a través de una de sus salas, efectúa un examen de admisibilidad previo a resolver el fondo del requerimiento o auto motivado de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, resolviendo, asimismo, sobre la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad. Tal decisión de admisibilidad de sala del TC no obliga al pleno del Tribunal a la hora de fundar una sentencia desestimatoria, ligando así la inconcurrencia de un presupuesto a la decisión de término.

Con la finalidad de establecer concretamente la forma en la cual ha de entenderse la citada norma iusfundamental, el TC ha optado por establecer taxativamente los requisitos copulativos, de cuyo cumplimiento dependerá la declaración de admisibilidad.

Para lo anterior, ha utilizado la fórmula de introducir en cada una de las resoluciones un considerando que, en términos más o menos idénticos, transcribe tales requisitos.

Con la finalidad de graficar el punto, hemos escogido una resolución estandarizada que recoge los elementos a considerar, que señala:

6°. Que, conforme a lo expuesto precedentemente, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos para que el requerimiento sea declarado admisible: a) que exista una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la acción de inaplicabilidad sea ejercida por el juez que conoce del asunto o por alguna de las partes del juicio; c) que se impugne la constitucionalidad de un precepto legal; d) que la aplicación del precepto legal pueda resultar decisiva en la resolución del asunto, y e) que la contravención de la Carta Fundamental por la norma legal

*impugnada esté fundada razonablemente*¹⁴.

De lo expresado podemos concluir que el TC, a través de una de sus dos salas, según la distribución dispuesta por el presidente de esta Magistratura y sin perjuicio de la competencia privativa de sala en los términos del artículo 93 inciso final de la Constitución y de la LOC, se pronunciará acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad con la finalidad de verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos o presupuestos:

- a) Que se verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial.
- b) Que la acción de inaplicabilidad sea ejercida por el juez que conoce del asunto o por alguna de las partes del juicio.
- c) Que se impugne la constitucionalidad de un precepto legal.
- d) Que la aplicación del precepto legal pueda resultar decisiva en la resolución del asunto.
- e) Que la contravención de la Carta Fundamental por la norma legal impugnada esté fundada razonablemente.

Por lo demás, y tal como lo ha expresado esta Judicatura, las atribuciones constitucionales referidas al examen de admisibilidad tienen también un fundamento legal, contenido en el artículo 30 de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal, el cual dispone que esa Magistratura podrá decretar las medidas que considere necesarias para la más adecuada sustanciación y resolución de un asunto que le corresponda conocer.

IV. Análisis particular de los requisitos de admisibilidad

A. Que se verifique la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial

El requisito analizado comprende dos elementos que, aun cuando se encuentran íntimamente relacionados, conservan una autonomía propia. Debido a los motivos planteados, nos referiremos separadamente al concepto de “tribunal ordinario o especial” para, acto continuo, tratar la noción de “gestión pendiente”.

¹⁴ Tribunal Constitucional, Rol N° 746-2007 sentencia de fecha 10 de abril de 2007.

La sentencia del TC rol N° 1311 de 2 de abril de 2009 señala el marco general de los requisitos o presupuestos:

QUINTO. Que, en un proceso que se siga ante un tribunal ordinario o especial, donde puede eventualmente aplicarse una norma legal inconstitucional, la Carta Fundamental legitimó al juez y a las partes de ese proceso para impulsar la apertura de un control concreto de constitucionalidad ante este Tribunal para que, en definitiva, decida si la aplicación de dicha norma pueda devenir en contraria a la Constitución. Ello exige que los potenciales sujetos legitimados, antes de que se dicte sentencia firme en ese proceso, puedan, luego de estudiar la conformidad de las normas invocadas como fundamento de derecho, decidir si plantean o no un requerimiento al Tribunal Constitucional.

Lo anterior implica la determinación precisa de cuáles serían las normas legales que podrían violentar la Constitución y, luego, indicar cuáles serían las normas constitucionales contravenidas.

El requerimiento deberá, por lo tanto, contener la expresión nítida y precisa de la voluntad del sujeto activo de la causa pendiente, tendiente a obtener una decisión del Tribunal Constitucional, lo que implica la exigencia de plantearle, en esa única oportunidad, todas las inconstitucionalidades que pudieren afectar a las disposiciones en que se sustenta la pretensión [...]

a. Tribunal ordinario o especial

Según se desprende de la normativa contenida en el Código Orgánico de Tribunales, existe una clásica distinción entre tribunales ordinarios y tribunales especiales.

Específicamente, establece el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales: A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera sea la naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes.

Integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía.

Forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, los Juzgados de familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares en tiempo de paz, los cuales se regirán en su organización y atribuciones por las disposiciones orgánicas constitucionales contenidas en la Ley N° 19.968, en el Código del Trabajo, y en el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias, respectivamente, rigiendo para ellos las disposiciones de este Código sólo cuando los cuerpos legales citados se remitan en forma expresa a él.

Los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales de este Código.

Los jueces árbitros se regirán por el Título IX de este Código.

A partir de esta distinción y la norma contenida en el artículo 93 inciso undécimo de la Constitución, no existe mayor debate en cuanto a incluir dentro del concepto de *una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial* a toda aquella actuación que se desarrolle ante alguno de los tribunales señalados en la norma del artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales ya citada.

Sin embargo, debemos considerar que la función jurisdiccional —en un sentido *lato sensu*— puede ser ejercida tanto por tribunales ordinarios y especiales (aludidos por el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales) integrados al Poder Judicial, como también por tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial y por un órgano administrativo que ejerza jurisdicción.

Por otra parte, entiendo que es un problema —hasta ahora más teórico

que práctico— el planteado con la auto-cuestión de inconstitucionalidad italiana y española, extrapolable a la auto-cuestión de inaplicabilidad.

En este último sentido, podemos encontrar un fundamento constitucional para legitimar la existencia de órganos administrativos que ejerzan jurisdicción, en conformidad a los términos contenidos en el inciso quinto del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, referido a toda sentencia de “*un órgano que ejerza jurisdicción*”, concepto no limitado a aquellos órganos que integran el Poder Judicial.

Entonces, surge la necesaria pregunta referida a si es posible considerar como *una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial* a aquellas actuaciones realizadas ante órganos administrativos que ejercen jurisdicción.

Como antesala al análisis de este tema, debemos previamente diferenciar dos hipótesis concernientes al punto:

a. Que la controversia planteada originalmente en el procedimiento administrativo, sea por efecto del ejercicio de recursos de impugnación específicos (recurso de apelación, acción de ilegalidad u otros) o genéricos (recurso de protección, acción de nulidad de derecho público, etc.), haya pasado al conocimiento de los tribunales de justicia y sea precisamente en estos últimos donde se plantee la cuestión de inaplicabilidad.

En este caso, a nuestro juicio, no existe ni puede existir debate alguno en cuanto al cumplimiento del requisito de existir una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, pues claramente nos encontramos ante alguno de los tribunales ordinarios o especiales aludidos por el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales.

Entonces, bastará que el requirente transforme la naturaleza del procedimiento contencioso-administrativo desde una condición puramente administrativa (regida por un procedimiento administrativo especial o general y conocida por un órgano administrativo) hacia una estrictamente judicial (regida por un procedimiento judicial y conocida por un órgano que integra el Poder Judicial o sometido jerárquicamente al mismo).

Para lo anterior, el requirente no necesariamente deberá someterse a una estricta continuidad temporal. Así, por ejemplo, si opta por la vía de ejercer los recursos o acciones de impugnación específicos o bien, utiliza acciones claramente reguladas en cuanto a su plazo, se verá ciertamente amarrado al cumplimiento de los mismos, en cuyo caso, de expirar tales plazos antes de ejercer sus acciones o recursos, no podrá dar cumplimiento al requisito referido a la *gestión pendiente*.

No obstante, nuestro ordenamiento jurídico (al menos, en la actualidad) otorga un ancho camino por el cual eventualmente podrían transitar todas las controversias originalmente administrativas y que pretendan ser conocidas por los tribunales ordinarios de justicia. Tal camino se encuentra constituido por el ejercicio de la llamada “*acción de nulidad de derecho público*”.

En efecto, la citada acción —de conformidad a la jurisprudencia que predomina actualmente en nuestros tribunales de justicia— ha sido declarada como imprescriptible (sin perjuicio que sí prescriben los efectos civiles derivados de la misma)¹⁵.

En síntesis, por la simple fórmula de iniciar una acción de nulidad de derecho público en contra de un acto administrativo, el requirente puede proveerse al mismo tiempo del cumplimiento de las dos exigencias contenidas en el requisito de existir una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial.

b. Que la controversia planteada surja y se mantenga dentro de un procedimiento administrativo.

Es precisamente esta hipótesis la que conlleva un mayor debate en cuanto a su procedencia. A nuestro entender, la sana doctrina debiera inclinarse por comprender a los órganos administrativos que conocen sobre un procedimiento contencioso administrativo dentro del concepto de tribunal ordinario o especial.

¹⁵ En lo referente a la aplicación de la institución de la prescripción extintiva en lo que concierne a la responsabilidad extracontractual del Fisco, véase la última sentencia de la Corte Suprema sobre la materia, pronunciada en los autos sobre recurso de casación en el fondo, rol N° 3.458-06 del 25 de septiembre de 2007.

Al efecto, la jurisprudencia emanada de las salas del TC ha comprendido –a nuestro juicio, correctamente— en un sentido extenso el concepto de *tribunal* y no lo ha reducido solamente a aquellos órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial.

Citamos, en este sentido, algunas sentencias pronunciadas sobre la materia, tal como la sentencia del TC rol N° 480, que señala:

SEGUNDO: Que, para resolver la cuestión así planteada, esta Magistratura debe razonar acerca de los límites constitucionales del llamado “derecho administrativo sancionador” y, más específicamente, establecer si, en la especie, las reglas que establecen las infracciones y sanciones están constitucionalmente reservadas al ámbito legal y, de ser así, cuáles son las exigencias que la ley ha de cumplir para ser considerada acorde a la Carta Fundamental. Para ello este Tribunal habrá de dilucidar si la Constitución exige que las normas que describen deberes a cuyo incumplimiento se atribuye sanciones, deben estar necesariamente contenidas en un mismo precepto que describa la conducta ilícita y la sanción que se le atribuye o si resulta aceptable, por el contrario, que unas normas establezcan deberes y otras las sanciones para el caso de su incumplimiento. Deberá asimismo determinar si unas y otras normas deben ser de rango o jerarquía legal o si, por el contrario, resulta constitucionalmente admisible que normas de inferior jerarquía a la legal puedan, con autonomía, establecer deberes (cuyo incumplimiento se considera como conducta infraccional sancionable). En caso de admitirse la reserva legal, esta sentencia deberá además establecer si esas normas legales, pueden ser complementadas por la potestad reglamentaria, y en caso afirmativo, determinar si las normas legales impugnadas describen de manera suficiente la conducta debida. Por último, el Tribunal deberá dilucidar si la Constitución reserva a la ley el establecimiento de las sanciones y si exige y en qué sentidos y grado que la ley precise este tipo de sanciones.

TERCERO: Que, típicamente la actividad sancionadora del Estado –y este caso no es la excepción- opera a través de una diversidad de normas que cumplen funciones diversas. Entre ellas, se encuentran al me-

nos tres tipos que interesa destacar para efectos de este fallo:

Las que establecen las conductas debidas para los administrados. En el derecho administrativo no se vinculan en una misma norma, como típicamente ocurre en el derecho penal, la descripción de una conducta antijurídica con su correspondiente sanción, sino que se describen deberes u obligaciones de los administrados. En el caso sub-lite son de esta naturaleza una serie de normas reglamentarias y la norma legal impugnada que establece el deber de las empresas concesionarias de interconectarse y coordinarse, a través de los Centros de Despacho Económico de Carga, con el objeto de preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico, contenida en el artículo 81 del D.F.L. 1 de 1982, en adelante “Ley Eléctrica”.

Aquellas que entregan potestades sancionatorias a la Administración y establecen, de un modo más o menos general, que el incumplimiento a los deberes contenidos en otras normas debe ser sancionado. En la especie, son de esta naturaleza las consagradas en los artículos 15 y en los numerales 17 y 23 del artículo 3° de la Ley N° 18.410, cuya inaplicabilidad también ha sido solicitada.

Las que establecen las sanciones que han de aplicarse a las conductas que infringen deberes. En la especie, son de este tipo los artículos 16 y 16 A de la Ley N° 18.410, cuya inaplicabilidad también ha sido solicitada.

Además de estas clases de normas, el derecho administrativo sancionador establece, típicamente en otros preceptos, los órganos que pueden juzgar las conductas que infringen deberes y los procedimientos a que debe someterse esta actividad sancionadora.

Para resolver las cuestiones planteadas, lo primero que debe dilucidarse es si este conjunto de normas impugnadas, estrechamente vinculadas entre sí, como puede apreciarse, y que llamaremos el derecho administrativo sancionador aplicable al caso, está o no constitucionalmente sujeto al principio de legalidad.

II. Sujeción del Derecho Administrativo Sancionador al Principio de Legalidad.

CUARTO: *Que los artículos impugnados , como todos los que regulan la actividad sancionadora de la Administración, están sujetos al principio de legalidad; desde luego, en virtud de los preceptos básicos contenidos en el Capítulo I de la Constitución, particularmente en sus artículos 6 y 7 que establecen la sujeción de toda actividad de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico y muy especialmente, en cuanto los dos primeros incisos del artículo 7° de la Constitución, los sujetan a la Carta Fundamental y a la ley, al disponer que los órganos del Estado sólo actúan válidamente si lo hacen dentro de su competencia y en la forma prescrita en la ley y que ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad que la que se le haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*

Complementa este principio básico de exigencia de legalidad de los actos de la administración el precepto contenido en el numeral 18 del artículo 63, en cuanto exige que sean de jerarquía legal las normas que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública y el inciso cuarto del artículo 65 en cuanto reserva al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de las leyes que crean nuevos servicios públicos.

QUINTO: *Que el principio de legalidad es igualmente aplicable a la actividad sancionadora de la administración en virtud de lo prescrito en los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado- el llamado ius puniendi- y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3° del artículo 19. Como ha establecido este Tribunal, a propósito de la aplicación a Clodomiro Almeyda de las sanciones contempladas en el artículo octavo entonces vigente , “... se hace necesario, también, traer a colación el principio de “ nulla poena sine lege” que expresa el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Carta Fundamental, ya que si bien es cierto que dicho precepto sólo se refiere a los delitos penales, no lo es menos que él debe estar presente para determinar al alcance del artículo 8°, ya que difícilmente, en una interpretación razonable, pue-*

den sustraerse al concepto de pena las graves sanciones que el precepto impone a quien incurre en el ilícito constitucional al que contempla” (sentencia de 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46, considerando 18°).

Si bien es cierto que la sentencia citada no se explica directamente sobre el asunto que motiva nuestro estudio, lo relevante de ella es que equipara, para los efectos del control constitucional represivo, los procedimientos administrativos desarrollados al interior de los órganos de la Administración del Estado a los procedimientos judiciales, estableciendo que ambos se regirán por idénticos principios constitucionales.

Por lo demás, subyace dentro de la lógica manifestada en la citada sentencia que, previamente a realizar sus argumentaciones, necesariamente se debe entender que los órganos administrativos constituyen entidades idóneas para cobijar una gestión que habilite un conocimiento por parte del Tribunal Constitucional.

Este mismo criterio se ha reiterado en otras sentencias, dictadas en sede distinta de control abstracto, como la sentencia del TC rol N° 244, que señala en sus fundamentos:

9° Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado;

10° Que, entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta [...].

Además, en la sentencia del TC rol N° 479/2006, se pronuncia el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

SEXTO: *Que esta Magistratura ha sostenido ya en múltiples oportunidades, que al llamado derecho administrativo sancionador y a la actividad sancionadora de la administración sí se les aplica el principio de legalidad (particularmente en la sentencia de 27 de julio recién pasado, rol 480). De esa doctrina se sigue para el caso que las facultades de la Superintendencia de Electricidad y Combustible para sancionar están sometidas al referido principio de legalidad, cuyo alcance y extensión frente a este libelo, se examinarán más adelante.*

b. Existencia de una gestión pendiente

Establecido el significado que debe otorgarse a la expresión *tribunal ordinario o especial*, pasaremos a ocuparnos del segundo elemento comprendido dentro de este primer requisito, que dice relación con el concepto de *gestión pendiente*.

En términos prácticos, la existencia o no de una gestión pendiente estará determinada y se dará por acreditada a través de un certificado otorgado por la Secretaría del tribunal del fondo que conozca de dicha gestión, similar a un “certificado de estado”.

Como primer elemento, intentaremos dar un concepto acerca de lo que debe entenderse por *gestión pendiente*.

Para lo anterior, comenzaremos señalando que una gestión pendiente debe necesariamente estar referida a un proceso judicial o administrativo que no hubiera concluido por sentencia o resolución que le ponga término, que se encuentre ejecutoriada o que sea inimpugnable (porque no admite recurso o porque los plazos para recurrir se han extinguido).

En segundo lugar, debe existir un proceso actualmente en trámite. En este último sentido, y según sostenemos, en los casos en que exista una sentencia o resolución de término, no basta con la simple existencia de plazos pendientes para impugnar tal sentencia o resolución. Concretamente, debe existir un recurso deducido dentro de plazo y cuyo conocimiento se encuentre pendiente. Este recurso, además, deberá cumplir un requisito adicional a los ya expuestos, cual es, que no haya sido declarado inadmisibles.

Sobre los puntos tratados, podemos encontrar jurisprudencia de variada índole. Así, por ejemplo, citamos la resolución pronunciada sobre la materia en la sentencia del TC rol N° 818/2007, que consigna:

70. Que, en efecto, consta del certificado estampado con esta misma fecha por el Secretario de este Tribunal Constitucional, que el recurso de hecho objeto de la causa Rol 3351-2007, caratulado “Mardones Flores Octavio con Quinto Juzgado Laboral de Santiago”, fue declarado inadmisibile el 17 de julio de 2007.

En consecuencia, en este caso resulta evidente que no existe una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial en la cual pudiera recibir aplicación el precepto legal impugnado en estos autos[...].

Asimismo, en la sentencia del TC rol N° 775/2007, se ha declarado:

5°. Que, consta del certificado estampado con fecha veintiséis de abril del año en curso por el Secretario de este Tribunal Constitucional, que el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, con esa misma fecha, declaró inadmisibile el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del señor Tocornal en la causa RUC 0500630007-5, RIT 273-2006.

En consecuencia, con los antecedentes tenidos a la vista al momento de dictarse la presente resolución, no se ha verificado la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial en la cual pudiera recibir aplicación el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, precepto que, como antes se ha indicado, es objeto del presente requerimiento;

6°. Que, el incumplimiento del presupuesto constitucional referido precedentemente es suficiente fundamento para declarar la inadmisibilidat de la acción.

c. Otros requisitos relacionados

c.1. Indicar claramente la gestión

Como primer punto, en un aspecto que se entronca con el requisito de fundar razonablemente el requerimiento, aunque parezca obvio y evidente, no resulta excesivo señalar que el requirente debe especificar claramente la gestión judicial en que incide la norma legal que se pretende inaplicar.

En este aspecto, citamos la resolución pronunciada en la sentencia del TC rol N° 469/2006, que expresa:

2°. Que, el requerimiento no contiene la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que exige el 39, inciso primero, de la Ley Orgánica constitucional del Tribunal, especialmente en cuanto a la precisión de la gestión judicial a cuyo respecto se solicita esta inaplicabilidad, como también a la invocación de las normas constitucionales que señala como violentadas.

La misma idea la podemos encontrar en la sentencia del TC rol N° 746/2007 que señala:

8°. Que, en efecto, en primer lugar no se ha acompañado por el requirente ningún antecedente que dé cuenta de la existencia de la gestión judicial aludida en su presentación;

9°. Que, en segundo lugar, la falta de precisión respecto de la gestión judicial en la que se pide la declaración de inaplicabilidad, hace imposible que este Tribunal aprecie si la aplicación del precepto impugnado en la especie puede o no ser decisiva para su resolución, aun en el evento de que aquella exista y se encontrare pendiente.

c.2. Debe referirse a un “proceso” único.

La presente exigencia, no constituye un elemento pacífico, ni siquiera al seno del mismo Tribunal Constitucional.

A nuestro entender, perfectamente podrían acumularse bajo un mismo requerimiento diversas gestiones practicadas ante un mismo tribunal, cumpliéndose y acreditándose los requisitos de admisibilidad para cada una de tales gestiones. Sin embargo, el punto ha sido objeto de una jurisprudencia contradictoria del TC. El Tribunal se ha planteado en términos de no admitir un requerimiento referido a diversas gestiones, mediante su sentencia rol N° 803/2007, de fecha 9 de julio de 2007, que declara:

5°. Que, en efecto, como ya se ha expuesto, la acción deducida en autos persigue que este Tribunal declare la inaplicabilidad de tres artículos

de la Ordenanza de Aduanas en los diecisiete procesos de reclamación aduanera que se individualizan, lo cual resulta contrario al requisito de admisibilidad según el cual el requerimiento debe estar referido, en concreto o en forma singular, a la “existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial” en la que los preceptos impugnados puedan resultar derecho aplicable[...].

Como puede apreciarse, en esta situación el TC asumió el predicamento según el cual resulta improcedente la admisibilidad de un requerimiento que, no obstante haber cumplido cabalmente todos los requisitos de admisibilidad, tiene por propósito la declaración de inaplicabilidad respecto a diversos procesos tramitados ante un mismo tribunal.

Consideramos que el indicado criterio no se ajusta a los requisitos contemplados en la norma constitucional y añade elementos ajenos a las exigencias normativas.

Sin embargo, el predicamento de la resolución transcrita tiene votos de disidencia manifestados en el mismo fallo. Al efecto, la resolución transcrita contiene una prevención manifestada en los siguientes términos:

Se previene que el Ministro señor Mario Fernández Baeza concurre a la sentencia, pero no comparte su considerando 5° ni el primer párrafo del 7°, atendido lo siguiente:

1°. Que el artículo “una” usado en la oración “existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial”, del inciso decimoprimer del artículo 93 de la Constitución Política de la República, no se refiere a la cantidad de recursos o acciones de inaplicabilidad que se deduzcan, ni tampoco al número excluyente de gestiones que en cada uno de los recursos se invoque, sino a que para su admisibilidad, al menos, exista “una” gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial [...].

Por lo demás, es posible observar que sobre este tópico no existe una uniformidad de criterios mantenida durante el tiempo. Así, nos encontramos frente a una resolución del TC que declaró como admisible un requerimiento planteado en similares términos al recientemente referido.

A continuación, se transcriben algunos considerandos de la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 479/2006, de fecha 8 de agosto de 2006, en los cuales incidió la resolución de admisibilidad citada.

VISTOS: Con fecha 13 de abril, Compañía Eléctrica San Isidro S. A., Empresa Nacional de Electricidad S. A., Empresa Eléctrica Pehuenche S. A., y Empresa Eléctrica Pangué S. A., formularon un requerimiento, para que se declare la inaplicabilidad del artículo 15 de la Ley N° 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, (en adelante, la Superintendencia o SEC) por adolecer esta norma de vicios de inconstitucionalidad, en los siguientes recursos radicados ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en los cuales se pretende aplicar la disposición impugnada:

1) Autos sobre recurso de reclamación de ilegalidad Rol de ingreso N° 5782-2004, caratulados “Compañía Eléctrica San Isidro S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, de la resolución exenta N° 1428 de 14 de agosto de 2003;

1) Autos sobre recurso de reclamación de ilegalidad Rol de ingreso N° 5783-2004, caratulados “Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, de la resolución exenta N° 1439 de 14 de agosto de 2003;

2) Autos sobre recurso de reclamación de ilegalidad Rol de ingreso N° 5784-2004, caratulados “Empresa Eléctrica Pehuenche S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, de la resolución exenta N° 1429 de 14 de agosto de 2003;

3) Autos sobre recurso de reclamación de ilegalidad Rol de ingreso N° 5785-2004, caratulados “Empresa Eléctrica Pangué S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, de la resolución exenta N° 1432 de 14 de agosto de 2003;

Con fecha 26 de abril de 2006 la Segunda Sala del Tribunal Constitucional declaró admisible el requerimiento, ya que constaba que las causas se encontraban pendientes ante la Corte de Apelaciones de

Santiago; que el precepto legal impugnado podía resultar decisivo en las gestiones indicadas y que la acción se encontraba razonablemente fundada, todo lo cual permitió establecer que se había dado cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 93 inciso decimoprimero de la Constitución. El Tribunal suspendió el procedimiento y dio curso progresivo a los autos.

B. Que la acción de inaplicabilidad sea ejercida por el juez que conoce del asunto o por alguna de las partes del juicio

Acerca de este requisito, no existen mayores controversias que debatir, salvo hacer presente que dentro del concepto de *partes* debemos entender tanto las partes directas como aquellos terceros que actúan con interés dentro del proceso y a los cuales les puede afectar el resultado del mismo. Asimismo, también consideraremos a los *solicitantes* en una gestión voluntaria o no contenciosa.

En lo que concierne a un asunto práctico, debemos indicar que, pese a lo que podría creerse, han sido innumerables los requerimientos planteados al TC por los propios jueces que conocen del juicio, adquiriendo, con ello, una gran importancia su legitimación activa para iniciar un requerimiento de inaplicabilidad.

La sentencia del TC rol N° 1324 de 12 de febrero de 2009 plantea los términos generales de la legitimación procesal activa:

2°. Que es sujeto legitimado para el ejercicio de la acción de protección, de acuerdo al citado artículo 20, la persona que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en los preceptos a que se refiere la misma norma. Agrega dicho artículo que podrá ocurrir cualquiera a su nombre.

Tratándose del ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la Constitución considera como sujetos legitimados a las partes de una gestión judicial pendiente y al juez que está conociendo de la misma, los que podrán requerir directamente y de propia iniciativa a esta

Magistratura, previo a la resolución de la respectiva gestión pendiente. Ahora bien, si son las partes del proceso las que deciden requerir la inaplicabilidad de una determinada norma de jerarquía legal que pueda ser derecho aplicable para la resolución de un asunto, deberán hacerlo directamente ante esta Magistratura, especificando la gestión pendiente en la que incide, individualizando el tribunal ante el cual se sustancia y cumpliendo con todos los presupuestos procesales establecidos por la Carta Fundamental y en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional.

Si es el juez el que se encuentra enfrentado a una duda de constitucionalidad acerca de un precepto legal que pueda aplicar como norma decisoria litis en el proceso que sustancia, es él quien debe directamente requerir ante este Tribunal Constitucional manifestando en forma expresa su voluntad de obtener una sentencia que se pronuncie sobre la materia, constituyéndose, de esta forma, en sujeto activo de la acción de inaplicabilidad.

Asimismo, tal decisión debe traducirse en un requerimiento formal de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que cumpla con los requisitos exigidos por las normas constitucionales y legales aludidas precedentemente, lo cual constituye una materia del todo ajena a los pronunciamientos relativos a peticiones que le formule la parte en otro sí es del escrito del recurso de protección deducido.

C. Que se impugne la constitucionalidad de un precepto legal

Los criterios generales sobre la materia han sido fijados por el TC de la siguiente forma:

“el requerimiento de inaplicabilidad tiene por objeto examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial se impugne por estimarse contraria a la Constitución. En consecuencia, se trata de una acción dirigida en contra de normas legales determinadas concernidas en una gestión jurisdiccional y que puedan

*resultar derecho aplicable en ella*¹⁶

A continuación, se trata en forma más pormenorizada el requisito analizado, descomponiendo sus elementos más relevantes, a saber:

C.1. La inaplicabilidad debe estar referida a una norma de rango legal

En un sentido técnico, debemos afirmar que la acción de inaplicabilidad como vía procesal impugnativa no se agota respecto a una norma o precepto legal, sino que, tal como lo señaláramos anteriormente, comprende a todas las normas con “rango legal”.

En este punto, y a pesar de constituir un aspecto libre de toda controversia, resulta interesante comprobar que el TC ha desechado requerimientos en razón a que éstos están referidos a otro tipo de normas o, incluso, dirigidos en contra de resoluciones judiciales.

Al efecto, citamos la sentencia del TC rol N° 493/2006 que declara:

6°. Que como se expone, la acción de inaplicabilidad es una vía procesal inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar, o anular éstas; ya que la guarda del imperio de la ley en el conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado en general y de la sustanciación en particular en las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley a través de las vías procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento.

8°. Que, en suma, la acción de autos no cumple los presupuestos procesales para su admisión. En efecto, la peticionaria no deduce concretamente una acción de inaplicabilidad de normas supuestamente inconstitucionales, sino que solicita una declaración de inconstitucionalidad en contra de una resolución judicial, planteando en definitiva asuntos de simple o mera legalidad que no se encuentran entregados al conocimiento y fallo de ésta jurisdicción constitucional.

16 Tribunal Constitucional, roles N°s. 497/2006, N° 743/ 2007 y N° 816/2007).

En la misma línea jurisprudencial, el Tribunal, en las sentencias roles N° 1217/2009 y N° 1344/2009, insiste en este capital aspecto del control concreto de constitucionalidad, que permite tomar distancia de los tribunales del fondo y su competencia, y de la vinculación al principio de legalidad de dichos tribunales:

1° Que la inaplicabilidad es una acción constitucional que, impulsada y declarada admisible, otorga al Tribunal Constitucional la potestad de resolver que la aplicación futura y eventual de un precepto legal en un caso concreto en litis resulta contraria a la Constitución. Así lo consagra el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental, que dispone que es atribución del Tribunal Constitucional resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. Para establecer el límite entre dicha facultad y el control de validez de actuaciones judiciales debe tenerse presente que por la vía de la atribución de la jurisdicción que hace nuestra Constitución Política en el artículo 76, la exclusividad del ejercicio de la misma, y la regla de la inavocabilidad, además de las normas legales sobre nulidad procesal y recursos de casación contenidas en el Código de Procedimiento y la regla de competencia de la extensión contenida en el Código de Procedimiento Civil, resulta evidente que de conformidad a la ley es la judicatura ordinaria quien tiene las potestades de control sobre la validez de actuaciones procesales ya realizadas.

A continuación, el Tribunal señala:

12° Que, en efecto, no es competencia de esta Magistratura resolver acerca de la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un determinado precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, en este caso, ante la Corte Suprema como tribunal superior jerárquico. Como se ha señalado, “la acción de inaplicabilidad es un medio inidóneo para impugnar resoluciones de órganos jurisdiccionales, ya que la salvaguarda del imperio de la ley en el conocimiento, resolución y ejecución de lo juzgado en causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, a través de los medios procesales que el legislador establezca mediante los Códigos de Enjuiciamiento” (Rol794-2007).

También se han rechazado por inadmisibles, requerimientos referidos a la inconstitucionalidad de actos administrativos y reglamentos, como sucede en la sentencia del Tribunal rol N° 743/2007, en la que se indica:

6°. [...] lo que se impugna es una norma reglamentaria y no un precepto legal como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso decimoprimer de la Constitución, para deducir la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional;

7°. Que, atendido lo que se termina de exponer, el requerimiento deducido a fojas uno debe ser declarado inadmisibile;[...].

Otra resolución sobre la misma materia, contenida en la sentencia del TC rol N° 816/2007, expresa:

6°. Que, en este caso, ello no ocurre, toda vez que lo que se solicita, según el tenor expreso del requerimiento de la especie, es la declaración de inaplicabilidad del artículo 44 de la Resolución N° 341, de 2005, de la Dirección General de Aguas –que deja sin efecto la Resolución DGA N° 186, de 1996, y establece nuevo texto de resolución que dispone normas de exploración y explotación de aguas subterráneas-, esto es, lo que se impugna es un acto administrativo y no un precepto legal como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo de la Constitución, para deducir la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional.

La naturaleza de acto administrativo que reviste el texto normativo que contiene la disposición impugnada es reconocida por el propio requirente en la página 11 de su presentación, al señalar: “Conforme a lo anterior la Resolución N° 341 de 2005 es, desde un punto de vista formal, un mero acto administrativo de Jefe de Servicio [...].

C.2. La inaplicabilidad debe estar referida a normas legales vigentes

El requerimiento o auto motivado debe impugnar normas legales vigentes y, por ende, que no hayan sido modificadas o derogadas.

El asunto, a simple vista, no admite mayor controversia; sin embargo, al ana-

lizar pormenorizadamente cada uno de los tipos de derogación contemplados por la ley y la doctrina, podemos encontrar algún tipo de dificultad. Así, frente al tipo de derogación denominado *derogación expresa* no existe duda alguna acerca de la individualización de la norma derogada y la circunstancia que esta norma deja de pertenecer al ordenamiento jurídico y, como consecuencia, mal puede ser objeto de una declaración de inaplicabilidad. Sin embargo, el asunto se complica algo más tratándose de una derogación tácita y, francamente, resulta aun más oscuro cuando la norma que se intenta inaplicar pudiera haber sido objeto de una derogación orgánica o bien refiera a preceptos derogados o no vigentes pero con efectos ultra activos.

El TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema en la sentencia del TC rol N° 779/2007, en los que se expresa:

5º [...]Asimismo, no puede considerarse como razonablemente fundado el requerimiento de la especie si para explicar el conflicto de constitucionalidad que a juicio del actor provocan las normas legales que impugna, se afirme que éstas se encontrarían “derogadas tácitamente según dispone el artículo 55 del Código Civil a la luz del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política del Estado y artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7º N° 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” y artículo XXV inciso 2º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [...] normas internacionales [...] que no vinieron más que a cristalizar una situación que por miles de años se arraigó en nuestra civilización occidental, como es, que no existe prisión por deudas”. En efecto, esta Magistratura ha concluido que en casos como el resuelto en esta oportunidad, para la procedencia de la acción de inaplicabilidad es preciso que el precepto legal impugnado se encuentre vigente, por lo que resulta contradictorio pedirla respecto de una norma que se sostiene está derogada tácitamente.

Según el criterio sostenido, el cual resulta absolutamente lógico, no puede solicitarse la inaplicabilidad de una norma que, según el propio requirente, estaría derogada bajo cualquiera de las formas de derogación.

Entonces, como criterio práctico, no resulta recomendable —bajo nin-

gún término— fundamentar un requerimiento de inaplicabilidad en argumentos fundados en una supuesta derogación tácita u orgánica de la norma impugnada.

C.3. Debe solicitarse derechamente la inaplicabilidad para el caso concreto y no la declaración o cuestión de inconstitucionalidad

No se debe perder de vista, bajo ningún pretexto, que el análisis de inaplicabilidad objeto de estudio versa sobre un control concreto de constitucionalidad y no abstracto. Por esta razón, lo que se juzga es si la aplicación de un precepto legal para un caso concreto resulta o no contraria a la Constitución y no si el precepto legal es o no en sí mismo inconstitucional.

Sobre la materia, el TC se ha pronunciado en diversas oportunidades, a saber:

La sentencia del TC rol N° 779/2007 en la que se indica:

5°. Que, conforme al mérito de los antecedentes tenidos a la vista, se concluye que la presentación de fojas uno no cumple con la exigencia constitucional anotada precedentemente.

En efecto, en primer lugar, la pretensión que se formula por el actor resulta incompatible con el objeto y naturaleza de la acción de inaplicabilidad, pues se pide a esta Magistratura que declare la “inconstitucionalidad” de las ya referidas disposiciones legales, en circunstancias que tal pronunciamiento sólo procede en los casos y condiciones previstos en el N° 7 del artículo 93 de la Carta Fundamental.

La sentencia del TC rol N° 803/2007 que señala:

7°. Que dicha exigencia de admisibilidad tampoco se satisface en la especie toda vez que, no obstante la afirmación de los actores en orden a interponer un recurso de inaplicabilidad, persiguen, según se lee en el petitorio del escrito, la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales que señalan, pronunciamiento este último que, al tenor de lo previsto en el inciso decimosegundo del artículo 93 de la Constitución, supone una sentencia previa que haya declarado la inaplicabilidad de un precepto legal, supuesto que no se cumple en el caso sublite.

C.4. La inaplicabilidad debe estar referida a normas legales determinadas

Las bases de la jurisprudencia que sentó el citado requisito fueron formuladas mediante la sentencia pronunciada en la sentencia del TC rol N° 497/2006, que expresa:

[...] el requerimiento de inaplicabilidad tiene por objeto examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial se impugne por estimarse contraria a la Constitución. En consecuencia, se trata de una acción dirigida en contra de normas legales determinadas concernidas en una gestión jurisdiccional y que puedan resultar derecho aplicable en ella.

Esta resolución ha sido posteriormente citada en fallos posteriores, como la sentencia rol N° 743/2007 que resuelve:

6°. Que, en este caso, ello no ocurre, toda vez que lo que se solicita, según el tenor expreso del requerimiento de la especie, es la declaración de inaplicabilidad de la totalidad y/o de algunos preceptos contenidos, los que no identifica [...].

C.5. Debe exponerse claramente en qué consiste la contradicción entre el texto de la norma de rango legal y la Constitución

Si bien es cierto que este elemento dice más bien relación con la fundamentación concreta de la acción entablada, por razones metodológicas se opta por tratarlo en el presente acápite.

Sobre el punto, el TC se ha planteado en innumerables oportunidades. Es menester referirnos a la sentencia rol N° 746/2007:

10°. Que, como resultado del análisis practicado, se observa que el presente requerimiento tampoco se encuentra razonablemente fundado al no contener una exposición, sustentada de manera adecuada y lógica, acerca de la forma en que se produciría la contradicción entre la norma impugnada y los preceptos fundamentales invocados [...].

C.6. El precepto legal puede ser de derecho sustantivo o de derecho adjetivo

El TC, siguiendo la doctrina asumida anteriormente por la Corte Suprema, no distingue acerca de la naturaleza sustantiva, adjetiva o procesal de la norma cuya inaplicabilidad se solicita, siempre que ella pueda resultar decisiva en la resolución del asunto, sea la cuestión principal o una cuestión accesoria cualquiera planteada en la gestión pendiente.

Así ha resuelto, por ejemplo, en la sentencia rol N° 668/2006:

8°. Que el carácter estrictamente procedimental del precepto legal que se impugna por medio de la acción de inaplicabilidad, no es óbice para que esta Magistratura pueda examinar su constitucionalidad en la aplicación que de él se haga en la respectiva gestión pendiente. No obstante, en la especie, la parte del artículo 275 del Código de Procedimiento Penal que se objeta, no puede ser calificada como decisiva para la resolución del asunto criminal de que se trata, consistente en un juicio por estafa en el que se investiga la eventual responsabilidad del requirente y en el cual la disposición legal impugnada contempla un trámite ajeno a la resolución sustantiva del asunto[...].

C.7. No procede la inaplicabilidad respecto de la interpretación auténtica que un organismo público realice de un precepto legal conforme a sus facultades legales

Como bien sabemos, *interpretación auténtica* es aquella que efectúa un determinado órgano del Estado habilitado por la Constitución o la ley para ello y, según la cual, fija en términos generales el sentido y alcance de una norma jurídica sometida a su competencia normativa.

Al respecto, el TC ha sido enfático en descartar tal acto interpretativo dentro de la esfera de su control.

Sobre el mencionado aspecto, se ha pronunciado en la sentencia rol N° 782/2007:

7°. Que el Tribunal también ha señalado reiteradamente que no es

una materia que corresponda plantear a través de una acción de inaplicabilidad, la oposición que una persona sostenga respecto de la interpretación que le ha dado un organismo de la Administración del Estado, en este caso, el Servicio de Impuestos Internos, a un determinado precepto legal aplicable al área de sus funciones. Esa clase de asuntos genera un conflicto de legalidad que no compete resolver a esta Magistratura Constitucional, sino que es propio de los jueces del fondo [...].

D. Que la aplicación del precepto legal pueda resultar decisiva en la resolución del asunto.

Como se ha expuesto, la expresión *precepto legal* comprende a la ley, la legislación delegada y la legislación irregular, preconstitucional y postconstitucional; decantando nuestra jurisprudencia constitucional una definición de *precepto legal* que resulta clave para apreciar el alcance de este requisito o presupuesto de la acción de inaplicabilidad.

Por la vía ejemplar, es menester citar un caso de inaplicabilidad iniciado por un requerimiento interpuesto por Farmacias Cruz Verde S.A. (FCV) en que se identifican como precepto legal impugnados “sólo y únicamente” dos frases del inciso primero del artículo 22 del DL N° 211, de 1973: “(...) el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación” y “Acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, (...)”. Sobre tales frases, a partir de un enunciado normativo más extenso, el requerimiento de FCV circunscribe el *precepto legal* impugnado, entendido como “*unidad de lenguaje*” dotada de significado, poseyendo la aptitud de ser contraria, en su aplicación, a la Constitución. De este modo, no habrá precepto legal sin tal *unidad de lenguaje* que le dé significado coherente a una regla de derecho. A nuestro juicio, en la medida que el requerimiento sólo puede versar sobre la segunda frase del inciso primero del artículo 22, respecto de la cual se ha producido evidentemente la pérdida de *unidad de lenguaje*, falla por ende el presupuesto procesal de precepto legal impugnado que pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto. Más aun, le confiere *unidad de lenguaje* a la segunda frase del inciso primero del artículo 22: “(...) siempre que no atente contra la libre competencia”. Pero obviamente dicha regla de derecho es la que permite someter a revisión judicial por la Corte Suprema, en sede de recurso de reclamación, la sujeción a derecho sustantivo y derecho adjetivo del acuerdo conciliatorio y conciliación parcial, aprobada por el Tribunal

Defensor de la Libre Competencia TDLC. Por todo ello, este requerimiento falla por no cumplir un presupuesto procesal basal y así lo declaró el TC.

Reiteramos que nuestra jurisprudencia define el alcance del término *precepto legal* en la sentencia del TC rol N° 1345-09-INC, de 25 de mayo de 2009, sobre “*solve et repete*” sanitario en que se declaró la inconstitucionalidad de las expresiones: “*Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa*”, contenidas en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario. Al respecto, el TC señaló:

CUARTO: Que, por último, las expresiones: “Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, contenidas en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario constituyen por sí mismas un precepto legal, de aquellos que el numeral 7° del artículo 93 de la Carta Fundamental faculta a este Tribunal para declarar inconstitucional. Como se ha reiterado en fallos anteriores, “una unidad de lenguaje debe ser considerado “un precepto legal”, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución y más precisamente cuando tenga la aptitud”, en el evento de ser declarada inaplicable, “de dejar de producir tal efecto” (sentencia de fecha 16 de enero de 2007, dictada en la causa Rol 626, considerando tercero). Las expresiones que habrán de examinarse, no obstante formar parte de un inciso de un artículo, tienen un efecto propio, independiente del resto del enunciado normativo del que forman parte. En virtud de ellas y por su solo mérito, existe la obligación jurídica para quienes reclaman de una sanción administrativa en sede judicial, de pagar previamente la multa, bajo amenaza de sanción, consistente en no admitirla a tramitación. Ésa es una regla jurídica, cuya constitucionalidad puede evaluarse y, por ende, es un precepto legal, de aquellos a que alude la figura de la inconstitucionalidad [...].

La sentencia del TC rol N° 1.254/2008 de 29 de julio de 2009 hace equivalente *precepto legal* a norma jurídica de rango legal, al señalar:

DECIMO PRIMERO: Que, como ya se ha sentenciado, la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica de rango legal, la que

puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución” (roles N°s 626/2007 y 944/2008). De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma [...].

Los criterios generales sobre la materia, han sido fijados por el TC de la siguiente forma:

[...] el requerimiento de inaplicabilidad tiene por objeto examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial se impugne por estimarse contraria a la Constitución. En consecuencia, se trata de una acción dirigida en contra de normas legales determinadas concernidas en una gestión jurisdiccional y que puedan resultar derecho aplicable en ella¹⁷.

En la sentencia rol N° 1416/2009 de 14 de julio de 2009 el Tribunal Constitucional reitera la definición enunciada antes, conexasionando el término *precepto legal* a regla de derecho, dado que independientemente del enunciado normativo ordenado técnicamente en artículo, incisos y párrafos, lo relevante es la *unidad de lenguaje* y, por ende, de significado, que hace de la regla una norma aplicable a una gestión:

7°. Que, en relación a lo primero, como ya se ha sentenciado, la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica de rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios artículos en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario

¹⁷ Tribunal Constitucional, Roles N°s. 497-06, 743-07 y 816-07.

a la Constitución” (Roles N° 626/2007 y 944/2008). De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino autárquica o, en otros términos, que se baste a sí misma;

8°. Que confirma lo anterior la circunstancia de que en diversas sentencias se han declarado como contrarias a la Carta Fundamental partes de una disposición o inciso. Así, se ha declarado inaplicables las expresiones “procediendo de plano”, contenida en el artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales, y “en cuenta, salvo que estime conveniente”, en los autos Rol 747/2007. Del mismo modo, se ha procedido en relación a las expresiones “y establecidos en virtud del Reglamento que para estos efectos fije el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Deporte”, a que alude el artículo 2° de la Ley N° 20.033, modificatoria del cuadro anexo N° 1 de la Ley de Impuesto Territorial N° 17.235 (Roles N° 718, 773 y 759, todos de 2007). A su turno, en los autos Roles N° 755-2007, 1138-2008 y 1140-2008, se ha declarado inaplicable la expresión “gratuitamente” a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. Adicionalmente se ha efectuado similar pronunciamiento respecto de las expresiones “para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, contenidas en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario (Rol 1729-2008), recientemente incluso declaradas inconstitucionales (Rol 1345-2009);

9°. Que, sin embargo, en el caso de autos dicho presupuesto no se cumple a cabalidad, desde que si bien se dirige en contra de dos frases contenidas en el inciso primero del artículo 22 del DFL N° 1, de 2005, referidas a la circunstancia de que “el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación” y a que “acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación”, lo cierto es que el precepto legal tiene un alcance más amplio y preciso que el que se pretende por la requirente [...].

Los aspectos básicos de la presente exigencia vienen determinados por el TC a partir de la sentencia rol N° 472/2007, que expresa:

Que afirmado que el requerimiento de inaplicabilidad procede contra un precepto legal, de cualquier naturaleza, que se estima contrario a la Carta Fundamental, la exigencia constitucional se completa si dicho precepto legal puede resultar decisivo en la resolución del asunto o gestión pendiente, lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución” (Considerando décimo primero) [...].

Asimismo, citamos otras resoluciones interesantes del TC sobre la materia, como la sentencia rol N° 746/2007 que señala:

9º [...] Al respecto debe tenerse presente que a pesar de que el actor solicite la declaración de inaplicabilidad del artículo 104 de la Ley General de Bancos, en la exposición de su presentación sólo alude a la primera parte del inciso cuarto de aquella norma, que textualmente dispone: “El mínimo y las demás condiciones del remate serán fijados por el juez sin ulterior recurso, a propuesta del banco; [...].

Como es claro, dicho precepto legal contempla un trámite de la subasta ordenada por el juez competente que conoce del procedimiento de ejecución de una deuda hipotecaria, solicitada por el respectivo banco acreedor, por lo que tal norma sería ajena a la resolución sustantiva del asunto que ha motivado la interposición de la acción; [...].

Asimismo, la sentencia rol N° 800/2007 reitera:

1º. Que, con fecha 14 de junio de 2007, el abogado Humberto Cuevas Badilla ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 595 a 599 del Código Orgánico de Tribunales por ser contrarios al artículo 19 N°s. 16 y 24 de la Constitución Política, en la causa sobre alimentos, Rol 356-2007, del Juzgado de Letras de Cauquenes, caratulada “Carmen Espinoza Yévenes con José Humberto Quintana Pereira”, en la cual se le ha designado como abogado de turno. Además solicita que “una vez acogido este recurso y declarados inaplicables los preceptos indicados, resolver su inconstitucionalidad; [...].

4°. *Que de los antecedentes que obran en estos autos se desprende que las normas del Código Orgánico de Tribunales impugnadas no pueden resultar decisivas en la resolución del asunto constituido por la gestión de alimentos que se ha invocado en estos autos[...].*

En el mismo sentido, la sentencia rol N° 809/2007 agrega:

9°. *Que del examen de los antecedentes referidos resulta claro que el precepto impugnado no puede tener incidencia decisiva en la resolución de la gestión judicial pendiente de que dan cuenta los actores de autos;*

10°. *Que, en efecto, la norma legal impugnada por la presente acción de inaplicabilidad, transcrita en el considerando 8° precedente, dice relación con las consecuencias jurídicas que se producen respecto de aquellas personas que no hayan cumplido la obligación de anotar sus títulos de propiedad o no ejercitaren, dentro de los plazos respectivos, las acciones y derechos que la misma ley les confiere.*

Por su parte, y de lo expuesto por los mismos requirentes en su presentación, la gestión pendiente que se invoca en estos autos tiene por objeto el cumplimiento incidental del fallo que decidió la cuestión suscitada, precisamente, con ocasión de la aplicación del artículo 358 del DL N° 574, de 1974, y en la cual su representada ha opuesto una excepción de falta de oportunidad, siendo evidente que la aplicación del inciso primero del citado artículo, que corresponde al precepto legal que se impugna en la especie, no puede resultar decisiva en la resolución de tal asunto;

11°. *Que, con lo ponderado en los considerandos precedentes, el requerimiento debe ser declarado inadmisibile por no reunir todos los requisitos establecidos por el ordenamiento constitucional para darle curso.*

Se ha optado por transcribir, quizás excesivamente, diversas resoluciones sobre la materia, con la finalidad de mostrar de qué forma —en lo que concierne al presente requisito— el TC se enfrenta a la necesidad de fundamentar latamente una inadmisibilidad, debiendo incluso referirse a aspectos de fondo del requerimiento.

Existe, en este sentido, una delgada línea que separa la declaración de inadmisibilidad del requerimiento, con el rechazo de fondo del mismo, dependiendo de la casuística el determinar de qué forma conocerá y resolverá el Tribunal un determinado requerimiento.

E. Que la contravención de la Constitución por la norma legal impugnada esté “fundada razonablemente”

E.1. Consideraciones previas

A propósito del examen del presente requisito, muchas veces la respectiva sala del TC, más que efectuar un análisis estrictamente formal, efectúa una pre-exploración y testeó de los fundamentos de fondo del requerimiento.

A modo de ejemplo, y por motivos de extensión de esta presentación, simplemente me remitiré a citar algunas resoluciones que declaran la inadmisibilidad de un determinado requerimiento, fundadas en motivos de fondo.¹⁸

Como puede apreciarse del contenido y extensión de las mismas, tratándose del análisis del presente requisito, muchas veces la respectiva sala del TC se acerca y se aproxima directamente a materias que bien podrían considerarse como aspectos de fondo del requerimiento planteado y, por ende, superan el simple examen de admisibilidad, evitándose con ello el conocimiento de un asunto por parte del pleno del Tribunal.

E.2. Debe explicarse circunstanciadamente de qué forma los preceptos legales objetados contrarían la Constitución en su aplicación al caso concreto

Tal como se indica anteriormente, por un aspecto metodológico, he decidido tratar el presente punto a propósito del cumplimiento de dos requisitos distintos pero íntimamente relacionados. Sin perjuicio de lo observado, se incorporan a continuación algunas resoluciones atinentes a la exigencia analizada:

En la sentencia rol N° 779/2007 el TC puntualiza:

¹⁸ Al respecto ver sentencias del Tribunal Constitucional roles N° 498/2006 y rol N° 768/2007.

4°. *Que, en conformidad con lo anterior y de acuerdo al predicamento que se ha sostenido reiteradamente en la materia, para los efectos de declarar la admisibilidad esta Magistratura debe verificar, entre otros requisitos, que la cuestión de constitucionalidad esté fundada razonablemente, condición que implica –como exigencia básica- que el o los preceptos legales objetados contraríen la Constitución en su aplicación al caso concreto, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente, de modo que la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituya la base indispensable de la acción ejercida[...].*

La sentencia rol N° 782/2007 del TC señala, en la misma línea:

5°. *Que, de conformidad con lo dispuesto en las normas fundamentales transcritas en el considerando 2° y de acuerdo al predicamento que este Tribunal Constitucional ha sostenido reiteradamente en la materia, para los efectos de declarar la admisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad se debe verificar, entre otros requisitos, que la cuestión de constitucionalidad esté fundada razonablemente, condición que implica –como exigencia básica- que el o los preceptos legales objetados contraríen la Constitución en su aplicación al caso concreto, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente, de modo que la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituya la base indispensable de la acción ejercida;*

6°. *Que, conforme al mérito de los antecedentes tenidos a la vista, se concluye que la presentación de fojas uno no cumple con la exigencia constitucional anotada precedentemente.*

En efecto, no puede considerarse como razonablemente fundada la acción que busca la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal preciso que puede ser derecho aplicable en una determinada gestión judicial pendiente si, como ocurre en la especie, la requirente se limita a formular quejas que trasuntan su disconformidad con los objetivos trazados por el legislador al tiempo de avocarse al establecimiento de

la sobretasa tributaria respecto de ciertos bienes raíces. Lo anterior se observa, a modo de ejemplo, cuando para explicar la forma en que la aplicación del precepto legal impugnado generaría un efecto contrario al derecho reconocido en el numeral 20 del artículo 19 de la Carta Fundamental, la requirente indica que “No siendo lo mismo un sitio eriazos que una propiedad abandonada, ni es igual un sitio eriazos con urbanización con aquel que carece de ella, ni siendo lo mismo un simple sitio eriazos, sin inversión ni destino útil, que aquellos que forman parte de proyectos inmobiliarios en desarrollo, debió necesariamente tratarse a unos y a otros legislativamente en forma diferenciada. En el espíritu de la ley que modificó el artículo octavo, cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad reclamamos, se encuentra el fundamento de que esta diferenciación sería válida ya que se ajusta más al propósito de bien común y a los objetivos que la ley se propuso.”

Igual insuficiencia de fundamentación se advierte cuando la peticionaria sustenta la eventual trasgresión del artículo 19, N° 22, de la Constitución en el caso concreto en que se aplicaría el precepto legal impugnado, básicamente, en que, “vista desde el punto del negocio inmobiliario, la sobretasa del artículo octavo que impugnamos por este recurso, constituye un gravamen para esta actividad económica, que por ser arbitrario y carecer de toda razonabilidad, atenta contra esta norma constitucional.”; y cuando se refiere a la supuesta contravención al N° 26 del mismo precepto fundamental, señala: “Desde luego que el legislador tenía otros instrumentos para promover el fin legítimo” “[...] el legislador pudo distinguir entre las situaciones de los sitios eriazos urbanizados de la de los sitios eriazos no urbanizados. Sin embargo la ley los asimila [...]”. “También el legislador pudo imponer plazos de gracia para no afectar al inversionista [...].”

V. Otros requisitos y posibilidad de subsanar vicios procesales

A) Otros requisitos legales

1. Personería de las partes

A este respecto, la posición adoptada por el TC ha sido la de considerar este requisito como un elemento de previo y especial pronunciamiento a la declaración de

admisibilidad.

Así da cuenta la resolución pronunciada en la causa rol N° 768/2007, que expresa:

3°.- Que, con fecha 18 de abril del año en curso, según consta a fojas 31 de autos, esta Sala dispuso que, previo a resolver sobre la admisibilidad de la acción, el requirente debía acreditar la personería para requerir a este Tribunal, lo cual fue cumplido a fojas 33.

2. En determinadas ocasiones, el Tribunal podrá exigir acompañar documentos adicionales referidos a la determinación de una gestión previa

Si bien no es de usual ocurrencia, puede suceder que la respectiva sala solicite al requirente acompañar documentos adicionales en orden a permitir el juzgamiento acerca de la configuración o no de una gestión previa que habilite un requerimiento de inaplicabilidad. Así, por ejemplo, se ha resuelto en la sentencia rol N° 782/2007 al señalar:

4°. Que, con fecha 23 de mayo de 2007, esta Sala dispuso que, previo a resolver sobre la admisibilidad de la acción, el requirente debía acompañar copia autorizada de las principales piezas del proceso tributario constitutivo de la gestión pendiente que se invoca, lo cual fue cumplido en escrito del día 28 del mismo mes y año, adjuntándose al expediente los siguientes antecedentes: a) Demanda interpuesta por Ciudad Empresarial S.A., con fecha 7 de junio de 2006, ante el señor Juez Tributario, Director Regional Santiago Poniente del Servicio de Impuestos Internos; b) Resolución del mencionado Tribunal Tributario, de fecha 14 de junio de 2006, que declara inadmisibile el reclamo por improcedente; y c) Recurso de reposición y apelación subsidiaria interpuesto por la reclamante en contra de la aludida resolución[...].

B) Posibilidad de subsanar vicios

El artículo 41 de la Ley Orgánica Constitucional del TC, permite la posibilidad de que el requirente tenga la oportunidad de subsanar defectos de su presentación.

Sin embargo, este mecanismo es de escasa aplicación en lo relativo a subsanar los defectos referidos al cumplimiento efectivo de los requisitos anteriormente analizados, salvo en lo que concierne a un aspecto netamente

probatorio: la acreditación de la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal. En otros casos —excepcionalmente— el requirente, al reconocer que la acción está mal planteada, la retira, resolviendo la sala tenerlo por no presentado.¹⁹

Con todo, lo expuesto sobre “otros requisitos” es provisional, a la espera de la reforma a la LOC del Tribunal Constitucional sometida a auto control de constitucionalidad preventivo y obligatorio, antes de su promulgación, y que conocemos como “ley adecuatoria” (Ley N° 20.381) de la LOCTC a la reforma constitucional de 2005 .

VI. Efecto preclusivo de la sentencia de inadmisibilidad

El Tribunal Constitucional define de manera pretoriana los términos de la improcedencia de la acción de inaplicabilidad como un examen distinto a la admisibilidad, que se traduce en fijar efectos procesales preclusivos cuando, por ejemplo, en la misma gestión y sobre la misma materia un primer requerimiento de inaplicabilidad anterior fue declarado inadmisibile. Así lo consigna la STC rol N° 1311 de 2 de abril de 2009 al establecer:

TERCERO. Que, frente a los elementos de juicio expuestos, lo que corresponde ahora a este Tribunal es decidir si planteado un requerimiento en un proceso para el cual ya se solicitó una primera inaplicabilidad (misma que fue declarada inadmisibile), puede volverse a accionar ante esta misma Magistratura para reiterar que los preceptos eventualmente aplicables por los jueces del fondo adolecerían de los mismos vicios de inconstitucionalidad;[...].

SEXTO. Que para decidir la procedencia de esta segunda inaplicabilidad, esta Magistratura debe resolver si es constitucionalmente lícito plantear en una gestión pendiente más de un requerimiento respecto de la misma materia.

Para ello resulta determinante analizar la institución procesal de la preclusión en el sistema procesal nacional y cómo opera en este proceso constitucional;

¹⁹ Tribunal Constitucional, 2ffi sala, roles N° 469 y N° 470 de 4 de abril de 2006)

SÉPTIMO. *Que la preclusión se define, generalmente, como la sanción legal de ineficacia que afecta a los actos verificados fuera de los límites indicados por la ley de procedimiento para su realización. Chioven-da, quien es el mejor exponente de su conceptualización, expresa que la preclusión es la pérdida, extinción o caducidad de una facultad procesal que se produce por el hecho de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, por haberse realizado un acto incompatible con él o por haberse ejecutado ya válidamente la facultad. Concluye que la máxima preclusión es la cosa juzgada.*

Se la ha definido, por Alsina, como el efecto que tiene un estadio procesal de clausurar al anterior, y por Couture, como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal.

Así, la preclusión es la sanción legal de los actos verificados fuera de los límites señalados por la ley y que impide su posterior verificación. En la preclusión, el acto no se ejecutó en la forma debida, por lo cual la ley impide que se realice con posterioridad.

Por su parte, Calamandrei señala que: “El proceso no es solamente una serie de actos que deben sucederse en un determinado orden establecido por la ley (ordo procedendi), sino que es también, en el cumplimiento de esos actos, un ordenado alternar de varias personas (actus trium personarum), cada una de las cuales, en esa serie de actos, debe actuar y hablar en el momento preciso, ni antes ni después, del mismo modo que en la recitación de un drama cada actor tiene que saber “entrar” a tiempo para su intervención, o en una partida de ajedrez tienen los jugadores que alternarse con regularidad en el movimiento de sus piezas. Pero la dialecticidad del proceso no consiste solamente en esto: no es únicamente el alternarse, en un orden cronológicamente preestablecido, de actos realizados por distintos sujetos, sino que es la concatenación lógica que vincula cada uno de esos actos al que lo precede y al que lo sigue, el nexos psicológico en virtud del cual cada acto que una parte realiza en el momento preciso, constituye una premisa y un estímulo para el acto que la contraparte podrá realizar inmediatamente después. El proceso es una serie de actos que se cruzan

y se corresponden como los movimientos de un juego: de preguntas y respuestas, de réplicas y contrarréplicas, de acciones que provocan reacciones, suscitadoras a su vez de contrarreacciones”.

“Todo proceso, cual más, cual menos, y también, por consiguiente, el nuestro, para asegurar la precisión y la rapidez en el desenvolvimiento de los actos judiciales, pone límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia siguiente: fuera de esos límites esas facultades ya no pueden ejercitarse. He dado a esas consecuencias el nombre de preclusión, empleando un bello término de las fuentes, que se encuentra usado, propiamente con el significado en que lo tomo, en la poena preclusi del Derecho común, salvo que en la preclusión moderna se prescinde naturalmente de la idea de pena”.

“Diré, pues, para aclarar lo necesario mi pensamiento, y al mismo tiempo para precisar cuáles pueden ser los límites que, de no ser observados, producen la pérdida de una facultad procesal, que entiendo por preclusión la pérdida o extinción o caducidad de una facultad procesal” (Calamandrei, Piero. Estudios sobre el Proceso Civil. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961);

OCTAVO. Que el profesor Carlos Pecchi nos recuerda, a propósito de la preclusión, que “para suprimir la lentitud desesperante de algunos procesos, las distintas legislaciones recurren a medidas tendientes a sancionar las dilaciones que se observen en su tramitación, provocadas por negligencia o mala fe de las partes litigantes. Una de las armas que más se presta para el logro de estos anhelos o fines es la incorporación de la institución de la preclusión. Es así que los nuevos códigos procesales están recurriendo a ella cada vez con mayor frecuencia, como sucede, entre otros, con el Código de Procedimiento Civil italiano, de 1940, y con el colombiano, del año 1970.

No obstante que el principio o la idea de la preclusión tuvo aplicación tanto en el proceso germánico como en el romano, la elaboración doctrinal de la institución y el empleo del término “preclusión” es relativamente moderno y se debe, fundamentalmente, a la doctrina alemana, en especial, a Oscar Bülow y, posteriormente, a los autores italianos.

Sin embargo, tanto los juristas alemanes como los italianos no otorgan, en un principio, al concepto de preclusión, la debida atención y se limitaron, fundamentalmente, a poner de relieve sólo algunos de sus efectos. Es, en verdad, José Chiovenda quien estudió más a fondo esta institución y quien tiene el mérito indiscutible de haber aclarado, precisado y difundido el concepto de preclusión en sus ensayos titulados “Cosa giudicata e competenza”, del año 1905, y “Cosa giudicata e preclusione”, del año 1932” (Pecchi, Croce, Carlos. “Algunas Consideraciones sobre la Preclusión”; Revista de Derecho Procesal, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1974) [...].

A partir de una definición de preclusión procesal tomada del procesalismo científico tradicional, el Tribunal Constitucional pretorianamente define los términos de una carga procesal para el titular de la acción de inaplicabilidad, lo que acaba restringiendo el acceso al Tribunal sin cobertura legal orgánica constitucional y, lo que es más grave, restringe las posibilidades de los legitimados procesalmente para activar el control concreto de normas. Así se colige de la sentencia de dicho Tribunal rol N° 1311 de 2 de abril de 2009:

NOVENO. Que de lo anterior se desprende que el requirente tiene la carga procesal que le exige plantear todas las infracciones constitucionales en una misma y sola oportunidad, como única forma de producir certeza en los derechos que invoca y de obtener de una vez el pronunciamiento del Tribunal sobre los mismos. El requirente tiene la facultad de hacer uso de este derecho, pero debe hacerlo en el contexto de lo que exige un proceso racional y justo. En consecuencia, la carga es un imperativo del propio interés. Quien tiene sobre sí la carga procesal se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto en la única oportunidad en que puede hacerlo.

Todo individuo es libre de obrar o de no obrar, asumiendo las consecuencias de sus propios actos. El contenido de una orden, haciendo abstracción de su imperatividad coactiva, no se puede expresar sino con las palabras: “esto debe ser así”. Y, en el Derecho Procesal, esta imperativa coactiva consiste en poner a cargo de los individuos las consecuencias penosas de sus acciones o de sus omisiones” (Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1958) [...].

El Tribunal Constitucional hace suya las definiciones del procesalismo científico acerca de los institutos de la preclusión y cosa juzgada, en sentencia Rol N° 1311 de 2 de abril de 2009:

DÉCIMO. Que, aun cuando la preclusión y la cosa juzgada son institutos procesales vinculados, son diferentes y autónomos.

En cuanto a las vinculaciones entre la preclusión y la cosa juzgada resulta útil invocar la opinión del profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Francisco Hoyos, en su obra “Temas Fundamentales de Derecho Procesal”: “queda así claramente demostrado que la preclusión es un presupuesto de la cosa juzgada. Sin preclusión del sistema de impugnaciones (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil), jamás habría cosa juzgada; pero ello no significa, ni remotamente, que puedan confundirse ambas instituciones, ya que responden, como fácilmente se colige de lo dicho, a principios diferentes y no tienen una misma esencia. Si bien es cierto que tanto la preclusión como la cosa juzgada tienen por objeto mantener la estabilidad de ciertas resoluciones judiciales, no es menos cierto que entre ambas existen diferencias que las hacen inconfundibles;

DÉCIMO PRIMERO. Que, en efecto, la finalidad de la preclusión es mantener el orden en el proceso, que se rige por un procedimiento que regula la actividad del juez, de las partes y, eventualmente, de los terceros que actúan en él. En cambio, la cosa juzgada es el efecto final que producen las sentencias, que se genera, justamente, cuando el proceso está concluido.

La preclusión es una institución de carácter general, aplicable a todo tipo de procesos, los cuales se sirven de ella para obtener todos sus avances y llegar a su término.

Su radio de acción es el propio proceso. La cosa juzgada, en cambio, por definición, produce efecto fuera del proceso y, dentro de él, sólo para impedir que se vuelva a plantear lo resuelto o para ejercitar la acción derivada de ella. Su fundamento radica en que es el medio legal del cual se vale el legislador para hacer progresar el proceso por la

norma de procedimiento, impidiendo su retroceso.

La preclusión se basa en que la ley impone un límite temporal a la vida del proceso y, por lo tanto, necesariamente debe hacerlo en relación a cada uno de los actos que lo integran. La preclusión es, además, el camino hacia la cosa juzgada, que Chiovenda concibe como la máxima preclusión[...].

El Tribunal Constitucional, a partir del concepto definido de preclusión, lo engarza a las garantías del debido proceso legal y el principio y garantía de la seguridad jurídica para dar sostén a su decisión pretoriana. Así insiste en esta línea argumental la sentencia rol N° 1311 de 2 de abril de 2009:

DÉCIMO SEGUNDO. Que los fundamentos de la preclusión pueden sintetizarse en la siguiente forma:

1.- Cumplimiento de las leyes de procedimiento. Si la ley regula el orden del proceso, debe señalar una sanción para quienes no hacen uso oportunamente de las facultades que la misma ley les otorga. Esta sanción es, precisamente, la imposibilidad de ejecución posterior, o sea, la preclusión. Lo anterior tiene su fundamento y fluye nítidamente del artículo 19, N° 3, de la Constitución, que establece: “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, y, para lograrlo, siempre debe considerar a la preclusión como única forma de darle racionalidad al proceso.

2.- Permite el avance del proceso y, así, cumplir su finalidad constitucional como forma de solución de conflictos.

3.- Produce como resultado la irrevocabilidad de los actos procesales.

4.- Impide el abuso en el ejercicio de los derechos procesales, toda vez que al exigir que los fundamentos y peticiones se formulen en una sola oportunidad permite que el tribunal competente, en una sola decisión, resuelva lo que se le pide. En la especie, si las normas cuestionadas pueden producir efectos contrarios a la Constitución.

Lo que no puede admitirse es que se plantee la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma del proceso pendiente y, sucesiva-

mente, puedan agregarse otras y otras, ni de varias, lo que implicaría que a través de la suspensión del procedimiento la solución del caso concreto en el que inciden podría dilatarse indefinidamente.

La preclusión protege de esta forma la certeza y oportunidad de la decisión.

Sus requisitos son básicamente dos: que se reglamente mediante una ley de procedimiento el curso del proceso y que alguno de los sujetos no haga uso o agote la facultad de hacer uso del período o estación para la realización de un acto procesal;

DÉCIMO TERCERO. *Que también resulta conveniente recordar cuáles son las situaciones que producen la preclusión. Ellas se desprenden de su concepto y son las siguientes:*

- a) *Preclusión por vencimiento del plazo;*
- b) *Realización de un acto incompatible con el ejercicio del derecho, y*
- c) *Preclusión por consumación, por haber hecho uso del derecho [...].*

De esta forma, un tipo de preclusión, como es la preclusión por consumación, se erige como impedimento absoluto para reponer el control concreto de normas en sede de inaplicabilidad. Así fluye de la sentencia rol N° 1311 de 2 de abril de 2009:

DÉCIMO CUARTO. *Que especial importancia tiene, para estos efectos, la preclusión por consumación. Si se hace uso del derecho, no puede luego repetirse el acto. Como su nombre lo indica, es la pérdida de la facultad por su uso.*

“El principio de la consumación procesal, que consiste en que la facultad se pierde con el ejercicio, se consume con el uso. No es posible, por lo tanto, volver a comenzar, extinguidas las oportunidades que la ley otorga para el ejercicio de las facultades procesales” (Juárez Echegaray, Luis. La Preclusión. Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina, Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1946).

Como conclusión, puede decirse que la preclusión es una sanción a los

actos jurídicos procesales que se da en los casos ya analizados, ya sea por el ejercicio o no ejercicio de la facultad y que sólo produce efectos dentro del proceso, a diferencia de la cosa juzgada que también los produce fuera del mismo;

DÉCIMO QUINTO. Que, en consecuencia, debe concluirse que en el proceso que constituye la gestión pendiente este es el segundo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la misma materia y fundamento, por lo cual debe ser desestimado, toda vez que al haber consumado en el requerimiento anterior su derecho, éste precluyó.

Lo expresado anteriormente se ve reforzado por lo establecido en los artículos 39 y 41 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, pues la inadmisión a trámite y el plazo de tres días para subsanar defectos dispuestos en ellos, tienen sentido y eficacia sólo en base a la institución de la preclusión.

Al haber norma expresa que tiene por no presentado el requerimiento, sólo en ese caso puede volver a ser interpuesto. Existiendo una sentencia interlocutoria de inadmisibilidad, la preclusión opera de pleno derecho.

Como si no bastare con lo ya expuesto, cabe agregar que el artículo 32 de la misma ley orgánica constitucional dispone que en contra de las resoluciones del Tribunal no procede recurso alguno, lo que es establecido, también, por el artículo 94 de la Constitución Política, confirmando, así, el efecto de cosa juzgada de las resoluciones que rechazan y que declaran inadmisibles requerimientos de inaplicabilidad, instituto ligado estrechamente a la preceptiva constitucional [...].

VII. Conclusiones

En este apartado final se hace necesario dar cuenta de los efectos de las

sentencias estimatorias del TC dictadas en sede de inaplicabilidad para los tribunales del fondo: tanto los efectos directos —inaplicación (STC Rol N° 473/2006, de 8 de mayo de 2007) o, como lo denomina Núñez, “efecto negativo o inhibitorio”, concerniente al precepto legal en la gestión en que incide, con efecto personal relativo inter partes— y los que denominamos efectos indirectos: revocatorio y casatorio en atención al efecto que la inaplicación tiene en la decisión judicial recaída en la cuestión principal o en las cuestiones incidentales o accesorias de la gestión pendiente²⁰. Hemos abordado esta materia en un trabajo anterior, sosteniendo que se produce un nexo funcional entre el Tribunal Constitucional, por una parte, y los tribunales del fondo, por otra; nexo funcional que pende de dos cuestiones capitales:

a) La doctrina jurisprudencial del TC, a la hora de fijar el sentido del presupuesto procesal de impugnar un precepto legal que en su aplicación resulte contrario a la Constitución, ha hecho tabula rasa con la tripartición del procesalismo científico entre *lex decisoria litis*, *ordenatoria litis* y *probatoria litis*. Puestos al año 2006, en los primeros pasos del *nuevo* o refundado Tribunal, esta doctrina jurisprudencial era una verdadera decisión político-judicial del TC que buscaba abrir la acción de inaplicabilidad en la lógica de hacer gravitar la jurisdicción constitucional en los órdenes judiciales y transformar a esta Magistratura en una de *estrados y mesón*. Ciertamente, el costo de esta doctrina jurisprudencial y decisión político-judicial es debilitar los efectos directos e indirectos de la sentencia de inaplicabilidad para los tribunales del fondo. Ya que, si se hubiese circunscrito el derecho material a impugnar a la *lex decisoria litis* de la cuestión principal o de las cuestiones incidentales o accesorias de la gestión pendiente, el efecto directo y efectos indirectos y, consecuentemente, el nexo funcional resultarían más potentes aun.

b) También está pendiente, a la hora de determinar estos efectos de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad, la eventual transformación práctica de la acción de inaplicabilidad en una suerte de “*pseudo amparo extraordinario de derechos fundamentales*”, que haga del TC un verdadero tribunal de *super-*

20 Núñez P., Manuel A., “El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes”, en *Anuario de Doctrina y Jurisprudencia. Sentencias Destacadas 2007. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, 123-161.

casación. En este orden de ideas, el Tribunal, en la sentencia rol N° 1324 de 12 de febrero de 2009, se ha preocupado de definir el desdoblamiento del proceso constitucional en “*dos procesos completamente autónomos*”, a saber: un proceso de constitucionalidad y un proceso de amparo de derechos fundamentales, que determina un sistema de control de constitucionalidad “*concentrado y compartido*” (considerando 1°) confiado en régimen de monopolio del contencioso al TC; en el que específicamente la acción de inaplicabilidad instaura un proceso de constitucionalidad de control concreto de normas. Una cuestión distinta es si en dicho control concreto el derecho material del juzgador (TC), el Derecho de la Constitución, sea tanto el derecho objetivo y como el derecho subjetivo (derechos fundamentales y garantías).

A los temas pendientes anotados subyacen dos dificultades de fondo que la jurisprudencia del Tribunal, como también lo observan Gómez y Zapata, no ha sabido sortear: primero, más allá de las definiciones estándares acerca de qué es el control abstracto y el control concreto, las diferencias entre la vieja inaplicabilidad radicada en la Corte Suprema y la actual acción de inaplicabilidad obra de la reforma constitucional de 2005, subsiste como *more* hermenéutico un tipo de argumentación relativo al juicio de legitimidad de la norma impugnada en sede de inaplicabilidad que no permite diferenciar el control abstracto del control concreto; y segundo, consecuencia de lo anterior, no es satisfactorio el paso de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad a la sentencia desestimatoria de la cuestión o declaración de inconstitucionalidad.

Sin embargo, nos interesa comentar, a título de conclusiones, los efectos de las sentencias de admisión e inadmisión de acciones de inaplicabilidad dictada por las salas del TC, en que se examina la concurrencia de los presupuestos procesales, examen en que está presente la pertinencia del control de constitucionalidad concreto de normas en la gestión pendiente en que incide. Esto significa lo siguiente:

La sentencia interlocutoria (auto de admisión) es fruto de un examen preliminar en relación a los presupuestos procesales de la acción de inaplicabilidad que hace una de las salas de TC y que no impide al pleno retornar a estos mismos presupuestos para fundar una sentencia desestimatoria de la acción planteada.

Del modo expuesto, si en la acción de inaplicabilidad el juicio de legitimidad constitucional de las normas liga la Constitución, el precepto impugnado y los efectos en la gestión pendiente, sumergiéndola en una inevitable casuística (Núñez), ello somete al Tribunal Constitucional —para construir tal juicio— a hacer una anticipación hipotética de los resultados contradictorios con la Constitución que el precepto legal tiene, aplicado por los tribunales del fondo.

Como el propio TC abrió en 2006 el precepto legal impugnado al derecho material, desligándolo de la decisión o sentencia que los tribunales del fondo dicten, reforzó el carácter anticipatorio hipotético del juicio de legitimidad y con ello debilitó el nexo funcional que el TC tiene con los tribunales del fondo.

La doctrina jurisprudencial del TC, que define el precepto legal como una norma jurídica de rango legal, incluye todas las normas de la legislación regular, delegada o irregular, pre o post constitucional y que es parte integrante de un enunciado normativo, en que lo gravitante es la unidad de significado autárquica; tal lectura en clave abierta y poco exigente también contribuye a debilitar el nexo funcional que el TC tiene con los tribunales del fondo.

En consecuencia, la sentencia interlocutoria (o auto) de admisión o inadmisión que dicte una sala del TC es no sólo la revisión de los presupuestos procesales que hemos examinado en este trabajo, sino también un juicio anticipatorio e hipotético.

Por otra parte, la doctrina jurisprudencial del TC en sede de admisibilidad, y también en sus sentencias desestimatorias, ha intentado limitar el efecto supercasacional de sus decisiones por diversas vías, siendo las más usuales las siguientes: primero, destacando que el TC está llamado a resolver conflictos constitucionales y no cuestiones de legalidad, sean de derecho objetivo o derecho subjetivo, las que naturalmente pertenecen a la competencia de los tribunales del fondo; y, segundo, la acción de inaplicabilidad no es un medio para controlar la juridicidad o validez de decisiones y actuaciones judiciales que competen a los tribunales del

fondo y a los recursos previstos en la legislación de enjuiciamiento civil y criminal en sentido lato.

En suma, la mirada que hacemos de la relación entre TC y tribunales del fondo a partir de las sentencias (autos) de admisión e inadmisión de las salas del Tribunal, nos permite concluir que esta Magistratura está perfectamente conciente de los peligros de un efecto supercasacional de sus sentencias o de la utilización de esta vía impugnatoria como un mecanismo dilatorio en la decisión que los tribunales del fondo deben dar a las cuestiones sometidas a su competencia.

Esto último ha contribuido a que el TC, a través de sus salas, enlace la sentencia (auto) de admisión de la acción de inaplicabilidad con la medida cautelar de suspensión del procedimiento, enlazamiento que guarda directa relación con el iter temporal de la gestión pendiente y con la mayor o menor inminencia de la decisión judicial que el tribunal del fondo debe adoptar en la gestión pendiente que sirve de presupuesto de la inaplicabilidad, decisión judicial que podría anular los efectos de la sentencia del TC.

Para concluir, resta observar que en la admisibilidad de la acción de inaplicabilidad de resorte de las salas del TC se está jugando hoy día no sólo el destino del control concreto de constitucionalidad de normas legales, sino también el inevitable nexo funcional que debe haber entre esta Magistratura y los demás tribunales ordinarios y especiales. A título prospectivo, este nexo puede resultar fortalecido si la doctrina jurisprudencial del TC cambia reinterpretando el artículo 93 N° 6 e inciso undécimo y delimita el derecho material impugnabile a la *lex decisoria litis* de la cuestión principal o de las cuestiones incidentales o accesorias de la gestión pendiente. De este manera, el juicio de legitimidad constitucional del precepto legal, en su aplicación al caso concreto, es menos hipotético, ya que descansa en una valoración de la interpretación-aplicación dada al precepto por un tribunal del fondo, con lo cual la inaplicación surte todos sus efectos directos en la gestión pendiente y en el tribunal del fondo y también sus efectos indirectos revocatorio y casatorio, cuando corresponda. De esta forma, la argumentación del Tribunal en torno a la legitimidad constitucional del precepto es encuadrable en el control concreto, construido en base al conflicto Constitución-norma legal-aplicación de la norma legal.

Sin embargo, el coste de una doctrina jurisprudencial como la descrita a título prospectivo es reducir el campo efectivo de la acción de inaplicabilidad; contaminar aun más el juicio de legitimidad constitucional del precepto legal con los extremos fácticos de la gestión pendiente, sometiendo así al Tribunal Constitucional a los usos y prácticas forenses de los tribunales superiores de justicia, abriendo la acción de inaplicabilidad a la constelación de vías procesales o recursos que se emplean para obtener resultados adecuados para los intereses de parte o justiciable; y eventualmente, contribuir a una disputa o *querrela* de magistraturas.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PARÁMETRO DE CONTROL DE LA LEGISLACIÓN DE INTERÉS ESPECIAL

José Francisco García^{1 2}

I. Introducción

Hay ciertas preguntas que no encuentran respuesta en la dogmática jurídica nacional. ¿Cómo entender la *historia de la ley* en materia de financiamiento del Transantiago, sin entender la negociación entre el Ejecutivo y parlamentarios que intercambiaron sus votos a cambio de recursos o el anuncio de infraestructura para ciertas zonas geográficas precisas? ¿Cómo entender los esfuerzos permanentes de ciertas industrias, sectores productivos, colegios profesionales, gremiales o sindicatos para la obtención de subsidios, franquicias tributarias o la imposición de barreras de entrada a los competidores? o ¿Cómo se explica el hecho de que buena parte de los recursos de una reforma educacional (manteniendo el IVA, cuando debía bajar un punto) hayan terminado en aumentos de sueldos para profesores?

¿Cuáles son las razones de bien común que permiten justificar las reglas en materia de financiamiento de la política (v.g. límites al gasto electoral) que favorecen a quienes actualmente ejercen la titularidad de un cargo parlamentario, disminuyendo las posibilidades de los candidatos desafiantes? ¿Cómo distinguir entonces las posibles razones de bien común (v.g. garantizar la igualdad de oportunidades en la competencia política) de las razones de mero

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster (LL.M) y Doctor en Derecho (JSD), Universidad de Chicago. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jfgarcia@moralesybesa.cl

2 Quisiera agradecer los comentarios recibidos al borrador de este artículo en el Coloquio de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en sesión de 15 de julio de 2009. En particular, agradezco los comentarios y sugerencias de los profesores Sergio Verdugo y José Manuel Díaz de Valdés (UDD), Javier Couso y Rodolfo Figueroa (UDP), y Santiago Montt (U. Chile). Asimismo, a los editores de esta publicación por sus valiosas correcciones.

interés particular de un grupo de individuos (v.g., establecimiento de barreras de entrada para los desafiantes de parte de los incumbentes)?

Si creemos que las leyes promulgadas por el Congreso son fiel reflejo de un proceso de deliberación democrática profunda, informada, coherente y que tiene por finalidad el bien común, me parece que nace un espacio interesante para introducir alguna cuota de escepticismo.

Ahora bien, si nuestras leyes no son puro *bien común* o *interés general*, como el análisis económico del derecho constitucional³ pretende mostrar bajo la idea del “*proceso legislativo sin romance*” que hemos presentado en trabajos anteriores⁴, ¿puede haber un espacio “nuevo” de legitimidad en el rol que cumple el control de constitucionalidad de la ley o *judicial review*⁵ que efectúa el TC al interior de nuestro ordenamiento jurídico? Si es plausible que determinadas leyes tengan por objeto principal entregar beneficios privados a grupos de interés bien organizados, fruto de la captura de los legisladores por parte de una determinada industria y en perjuicio de la sociedad, generándose normas pareto inferiores, ¿puede ser replanteado el argumento acerca del carácter contramayoritario del TC⁶? En otras palabras, ¿es posible una

3 Para ser rigurosos, existen diversas sub-disciplinas que convergen en el análisis económico de la constitución y el proceso político: análisis económico del derecho, teoría de la elección pública, teoría económica de la regulación y economía política constitucional, entre otras. También escuelas diferentes, entre ellas, *Chicago*, *Virginia* o *New Haven*. Lo anterior es importante porque el objeto del análisis económico del derecho es la búsqueda de la eficiencia de las normas legales. Con ello se busca maximizar el bienestar social, esto es, la suma del bienestar de todos los individuos miembros de una sociedad (o utilidades y preferencias). Ello tiene gran impacto en el estudio normativo y positivo del derecho privado. En el derecho público esto es más complejo por los problemas propios de la acción colectiva. De ello se encarga de la Teoría de la Elección Social: los problemas de coherencia al realizar la agregación individual. El enfoque de este trabajo se ha centrado con fuerza en la literatura sobre grupos de interés. Por supuesto, igual que todos los enfoques anteriores, descansa sobre la base de actores racionales, sea privados (v.g. grupos de interés) o autoridades públicas.

4 García, José Francisco, “El proceso legislativo sin romance: Implicancias para el diseño constitucional chileno”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 14, 489-522 y García, José Francisco y Soto, Sebastián, “Una mirada económica al diseño constitucional chileno: impacto sobre el proceso legislativo y la acción de los grupos de interés” en 1 *Ius et Praxis*, Año 15, 353-372.

5 *Stricto sensu*, la idea de revisión judicial en el derecho constitucional se asocia a la de *judicial review* americano, que nace con *Marbury v. Madison*, (Corte Suprema de Estados Unidos: 5 U.S. 1 cranch 137, 1803). Para profundizar en la evolución de este concepto y la importancia de la obra *El Federalista* en esta materia ver García, José Francisco, “El control de constitucionalidad en *El Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre”, en 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, 491-514.

A su vez, el diccionario legal Black la define como “el poder de un tribunal de revisar las acciones de otras ramas o niveles del Estado (*government*); especialmente, el poder de los tribunales de invalidar por inconstitucionales actos legislativos y ejecutivos”. *Black's Law Dictionary*, 382.

6 Entre nosotros, quien ha formulado una defensa interesante es Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional: teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, (Editorial Jurídica de Chile) 2009. El autor

defensa democrática-mayoritaria de la revisión judicial del TC? Si lo anterior es plausible, ¿bajo qué condiciones es aceptable pasar desde una posición de deferencia razonada y presunción de constitucionalidad⁷ hacia un control de constitucionalidad más exigente en ciertos casos?

En este contexto, intentaremos proponer en este artículo el por qué, para el caso del TC, el principio de proporcionalidad puede ser extremadamente útil a la hora de controlar la constitucionalidad de legislación de interés especial. La intuición básica es que el principio de proporcionalidad, en cuanto *test*, es uno de evaluación costo-beneficio cuyos componentes básicos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente tal), permiten detectar con facilidad el juego entre costos y beneficios implícitos en una regulación.

En el desarrollo del artículo, se podrá observar el siguiente orden: en la sección II se analizará muy sintéticamente las bases del modelo transaccional del proceso legislativo que hemos desarrollado en un trabajo anterior⁸. En la sección III, se analizará, en primer lugar, las diferentes prescripciones que ofrecen tres escuelas legales americanas (Chicago, Virginia y Yale) a la hora de evaluar el *judicial review* de la legislación de interés especial. En segundo lugar, explicaré por qué el principio de proporcionalidad puede ser un parámetro de control interesante para ser utilizado en el caso chileno por el TC. En tercer lugar, se analizará cómo operaría este control por parte del TC vía proporcionalidad a través del análisis de la regla de límite de gasto electoral contenida en la Ley 19.884 de agosto de 2003, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral. Finalmente, en la sección IV, encontraremos las conclusiones.

II. El proceso legislativo sin romance

La idea de *proceso legislativo sin romance* es parte de una idea más general desa-

establece 4 condiciones de legitimidad de la justicia constitucional: (i) Que la sociedad distinga entre las funciones de dictar y decir el derecho; (ii) Las normas de la Constitución son justiciables; (iii) La justicia constitucional debe entenderse como el *precio democrático* que se debe pagar para la tutela de otros bienes; y (iv) La decisión de contar con este tipo de jurisdicción debe ser tomada por el pueblo.

7 Ver por ejemplo Tribunal Constitucional, Rol 681-06, de 26 de marzo de 2007; Tribunal Constitucional, Rol 1001-07, 29 de enero de 2008; y, Tribunal Constitucional Rol 1254-08, 29 de julio de 2009. Ver también voto disidente en Tribunal Constitucional Rol 1377-09 de 23 de junio de 2009.

8 Ver García, op. cit., 489-522.

rollada por la literatura del *Public Choice* o análisis económico de la política: la *política sin romance*, que consiste en el análisis de ésta desde la teoría económica –bajo los supuestos de maximización de bienestar e individualismo metodológico– y no desde la lupa del altruismo y el bien común.

Así, bajo una mirada económica, el proceso legislativo se asemeja a un mercado en donde todos los actores participantes en la arena legislativa se consideran maximizadores racionales de su propio bienestar. A partir de esta idea simple, Wilson⁹ y Hayes¹⁰ desarrollaron el modelo transaccional de la legislación, que no es otra cosa que la interacción entre oferentes¹¹ y demandantes¹² de legislación.

Wilson y Hayes ilustran su modelo a través de una matriz que muestra las cuatro categorías de legislación que se puede obtener a partir de los beneficios y costos que *entregan* o *gravan* a distintos sectores dentro de la sociedad. Así, los beneficios pueden ser distribuidos para el público en general (v.g. defensa o leyes anti delincuencia) o concentrados o de interés particular (v.g. subsidio industrial o una franquicia tributaria). De manera similar, los costos pueden ser distribuidos entre el público en general (v.g. pago de I.V.A.) o concentrados en un grupo específico que debe soportarlos (v.g. turno de abogados o un

9 Ver Wilson, James, *Political Organizations*, (Princeton University Press) 1973.

10 Ver Hayes, Michael, *Lobbyists and Legislators: A Theory of Political Markets*, (Rutgers University Press) 1981.

11 Desde la perspectiva de la oferta, los parlamentarios (y el Ejecutivo para el caso chileno) tienen como objetivo principal la reelección. Ello por cierto no implica que no persigan fines más nobles. Simplemente significa que si no obtienen un escaño parlamentario (o el control del Palacio de Gobierno) serán incapaces de perseguir dichos fines. Nótese la importancia de los sistemas electorales, por ejemplo, los incentivos que se generan bajo el sistema binominal. En éste, la maximización de votos no consiste en alcanzar la mayoría, sino la mayoría de posibilidades de reelección. Por supuesto ello dependerá del diseño institucional en materia transparencia en las votaciones en el Congreso, transparencia en el gasto electoral, calidad de la prensa, etc. Todo ello para que tenga sentido el *accountability* político en un mundo donde electores racionales invierten muy poco en información política.

12 Desde la perspectiva de la demanda por legislación, encontramos, por un lado, los grupos de interés y, por otro, los electores. Pero los demandantes tienen intereses diversos. Por ello, frente a una misma legislación (v.g. gratuidad del turno de abogados) existirán grupos de interés a favor (personas que no cuentan con los recursos para procurarse representación judicial) y grupos en contra (los abogados). Por otro lado, los electores operaran como peso y contrapeso frente a las decisiones del legislador. Un legislador percibido como proveedor exclusivo de legislación de interés especial podría ver amagadas sus posibilidades de reelección. Por supuesto ello dependerá del diseño institucional en materia de transparencia en las votaciones en el Congreso, transparencia en el gasto electoral, calidad de la prensa, etc. Todo ello para que tenga sentido el *accountability* político en un mundo donde electores racionales invierten muy poco en información política.

precio máximo de arriendos)¹³.

Sin entrar en el detalle del análisis de la matriz Wilson-Hayes que, como hemos señalado, han sido desarrollado en extenso en un trabajo anterior, la principal conclusión que podemos obtener dice relación con un cierto pesimismo respecto de los productos del proceso legislativo.

Así, mientras la sociedad espera que los legisladores provean exclusivamente leyes de interés general, que beneficien a todos los ciudadanos y sean asimismo financiados por todos ellos (bienes públicos en el sentido económico), Wilson y Hayes sugieren, al analizar la categoría *costos y beneficios distribuidos*, que este tipo de legislación será producida en menor cantidad a la óptima. Lo paradójico es que este resultado se obtiene precisamente por la falta de interés de los ciudadanos y de los grupos de presión en este tipo de leyes. Como no existe esa presión, los parlamentarios que buscan los votos de los ciudadanos y los grupos de interés no tendrán incentivos para proveer dicha legislación.

Por el contrario, Wilson y Hayes sugieren que los parlamentarios dedican más tiempo a la provisión de legislación de interés especial, esto es, aquella que beneficia a un grupo de interés determinado (*beneficios concentrados y costos distribuidos*). Para ello deberá negociar con otros parlamentarios o con el Ejecutivo un apoyo recíproco en la aprobación de los proyectos de interés de cada cual. Ello se conoce como intercambio de votos o *logrolling*. Además, ello se puede conseguir a bajo costo electoral: no hay un grupo claramente identificado que sea perjudicado sino categorías muy grandes (v.g. contribuyentes o consumidores) para quienes monitorear esto resulta muy costoso dados los problemas de acción colectiva que enfrentan.

La sobreproducción de este tipo de legislación es ineficiente desde la perspectiva social dado que existirá un desbalance entre costos y beneficios sociales, en perjuicio de estos últimos. Desde la perspectiva de la eficiencia, se busca que las normas sean pareto superiores, esto es, cada nueva norma (o modificación desde el estado inicial

¹³ La dificultad de categorizar los bienes públicos entre, por un lado, conferir beneficios concentrados o distribuidos y/o imponer costos concentrados o distribuidos, se ve aumentada por el hecho de que es estratégicamente beneficioso para los grupos de interés caracterizar a bienes públicos que confieren beneficios especiales como de interés general, como por ejemplo un determinado contrato de defensa en que se justifica como en beneficio de la defensa nacional dentro de la lista. Ello tiene impacto en el discurso político de los candidatos al Congreso chileno y explica perfectamente discursos “extremos”. Diferente es el caso de las elecciones presidenciales donde necesariamente se debe buscar la mayoría. Ello implica moderación.

o pacto social) debe mejorar el bienestar de al menos un individuo y no perjudicar el de ningún otro.¹⁴ Por ello se habla que la sobre producción de legislación de interés especial puede ser vista como sobre-producción de normas pareto inferiores, al violar la regla anterior.

En el Cuadro 1 se analiza y resume las cuatro categorías de legislación del modelo Wilson-Hayes.

<p>CUADRO 1 MATRIZ WILSON-HAYES: MODELO TRANSACCIONAL DEL PROCESO LEGISLATIVO</p>	<p>BENEFICIOS DISTRIBUIDOS</p>	<p>BENEFICIOS CONCENTRADOS</p>
<p>COSTOS DISTRIBUIDOS</p>	<p>Dado que no hay gran interés ni por oferta (legisladores) ni demanda (grupos de interés-ciudadanos), y salvo que exista gran consenso, el Congreso no aprobará muchas leyes o sólo actuará de manera simbólica.</p>	<p>Fuerte acción de los grupos de interés para conseguir legislación especial. Dado que existirá una débil oposición (grupos grandes no organizados), se espera exista sobre-oferta de este tipo de legislación.</p>
<p>COSTOS CONCENTRADOS</p>	<p>Grupos pequeños afectados generarán gran presión, y tenderán a imponerse sobre una mayoría no organizada de ciudadanos. Lo anterior porque, en un sistema con distintos actores con poder legislativo, basta capturar o conquistar uno para tener poder de veto. En este caso, no existirá ley, ley será ambigua o habrá delegación al Ejecutivo.</p>	<p>Grupos de interés activos en ambos lados (grupos beneficiarios y afectados). Dado el fuerte conflicto, los legisladores no legislaran o delegaran al Ejecutivo, esperando culpar la mala regulación u obtener los créditos de una buena.</p>

¹⁴ Por supuesto, este criterio de eficiencia está hermanado con el criterio de la unanimidad para las decisiones colectivas: es fácil conseguir normas pareto superiores dado que para la aprobación de cualquier norma se requiere del concurso de todos, ergo, un potencial afectado puede vetar la aprobación de dicha norma. Pero el criterio de unanimidad es uno de difícil implementación; es por ello que se acude a los quorums y, en general, al criterio de mayoría. Por la misma razón, se ha desarrollado un criterio de eficiencia menos restrictivo, el *Kaldor-Hicks*, según el cual, una nueva norma (o situación creada post norma) es eficiente siempre y cuando lo que ganen los ganadores sea mayor que lo que pierden los perdedores, pudiendo los primeros compensar *potencialmente* a estos últimos (no es necesaria una compensación efectiva). Este último es el criterio tradicional de evaluación costo-beneficio de las políticas públicas.

III. Revisión judicial de legislación de interés especial

3.1. Tres enfoques desde el debate norteamericano

En el debate norteamericano encontramos tres respuestas interesantes, y en algunos casos incompatibles, respecto de qué deben hacer los jueces a la hora de controlar la legislación de interés especial. Así, en primer lugar, encontramos la denominada *Escuela de Chicago*; en segundo lugar, la *Escuela de Virginia*; y, en tercer lugar, una mirada que podríamos denominar *progresista*, que incluye, pero no se agota, en el trabajo de autores de la denominada *Escuela de New Haven* o de *Yale*.

3.1.1. Escuela de Chicago

En primer lugar, Landes y Posner¹⁵, sugirieron que la Constitución fue diseñada para promover la libre influencia de los grupos de interés en los procesos legislativos y que, en este diseño, el rol de la Judicatura (y en particular de la Corte Suprema) no es otro que hacer exigibles los acuerdos a los que llegan dichos grupos. Más aun, su propósito fue demostrar cómo la independencia del Poder Judicial puede defenderse como un componente esencial en un sistema de política de grupos de interés¹⁶.

Es así como, para estos autores, si las partes presentes en un acuerdo estiman que el pacto al cual están llegando no podrá ser exigido en forma posterior, disminuirá significativamente el valor de dicho acuerdo. Para los autores, la independencia del Poder Judicial facilita la actividad de los grupos de interés al proporcionar la “*estabilidad o continuidad necesaria para permitir que las polí-*

15 Landes, William y Posner, Richard, “The Independent Judiciary in an Interest Group Perspective”, en 18 *Journal of Law and Economics*, 875-914.

El trabajo de estos autores descansa sobre la teoría económica de la legislación (modelo transaccional): “En la versión de los economistas de la teoría de los grupos de interés, la legislación se proporciona a los grupos o coaliciones que superan a rivales que buscan una legislación favorable. El precio que el grupo ganador ofrece está determinado tanto por el valor de la protección legislativa a los miembros del grupo como por la habilidad del grupo para sobreponerse a los problemas de free-rider que infectan las coaliciones. Los pagos toman la forma de contribuciones de campaña, votos, promesas implícitas de favores futuros, y algunas veces, directamente sobornos”. En resumen, para Landes y Posner, “la legislación ‘se vende’ por la legislatura y ‘se compra’ por los beneficiarios de la legislación”. Landes y Posner, op. cit., 877.

16 Landes y Posner, op. cit., 894. En efecto, “la legislatura tiene poderosos incentivos para diseñar métodos que incrementen la estabilidad de la legislación (...) El primero, incluye el establecer procedimientos para promulgar una legislación que aumente el costo de revocación de la misma; el segundo, la creación de un Poder Judicial independiente para hacer cumplir la legislación de acuerdo con las intenciones de la legislatura promulgada”. Landes y Posner, op. cit., 882.

*ticas de los grupos de interés operen en la arena legislativa*¹⁷.

Easterbrook, por su parte, sostuvo un enfoque textualista más bien restrictivo¹⁸. Para el autor, si bien los jueces deben dar deferencia y “estabilidad” a las negociaciones entre legisladores y grupos de interés, solo deben respetar los acuerdos que han quedado explícitamente redactados como normas, esto es, expresamente estipulados en el texto de la ley.

Más allá de esto, el juez puede utilizar ampliamente sus facultades de interpretación. Esto último es relevante tanto para no hacer justiciables acuerdos no explícitos como para interpretar aquellos casos en que, si bien no existe norma explícita, existen antecedentes suficientes para sostener que lo es, hipótesis en que, para el autor, el juez debe actuar con deferencia.

La propuesta de Easterbrook implica que los legisladores (y grupos de interés) deban destinar más tiempo (y recursos) para redactar normas que textualmente reflejen todos los acuerdos a los que han llegado.

3.1.2. *Escuela de Virginia*

Esta respuesta es desarrollada a partir del trabajo de Buchanan y Tullock, *El Cálculo del Consenso* (1962), obra decisiva desde la perspectiva de la vinculación de la Teoría de la Elección Pública (*Public Choice*) con el derecho (constitucional). Esta respuesta es además interesante porque critica los planteamientos anteriores de la *Escuela de Chicago*, por ser conducentes al activismo judicial.

El punto de partida de los autores radica en que las decisiones colectivas deben ser separadas en dos momentos o etapas. La primera, la etapa constitucional, tiene por objeto la formación del contrato social (Constitución). En ésta, toda regla que acuerde el pacto social es eficiente debido a que es acordada en forma unánime y establece los derechos individuales y su garantía (estableciendo un esquema de administración automática de sanciones por infringirlos). Debemos notar que la legitimidad del criterio de eficiencia deriva de la unanimidad y no de un criterio abstracto de maximización del bienestar so-

¹⁷ Landes y Posner, op. cit., 878.

¹⁸ Ver Easterbrook, Frank, “Statutes Domain”, en 50 *University of Chicago Law Review*, 553-602.

cial, diferencia decisiva respecto de la *Escuela de Chicago*. En la segunda etapa, post constitucional o de política ordinaria, las decisiones colectivas deben ser tomadas de acuerdo a las reglas establecidas en la Constitución.

Para Buchanan, una vez que las reglas del juego han sido establecidas por la Constitución, necesitan ser justiciables o exigibles ante los jueces (sanción automática preestablecida frente a la infracción de las reglas constitucionales). Ello deriva de la necesidad de contar con un Estado *protector* o *judicial*. En este Estado, el rol de la Judicatura consiste en ser un aplicador neutral de las reglas que han sido establecidas en la Constitución¹⁹. Así, los jueces deben aplicar mecánicamente dichas reglas y evitar transformarse en activistas a través de su labor interpretativa. Por lo tanto, si el juez debe aplicar el derecho, ello implica que, al respetar el sentido estricto de “derecho”, no cuenta con alternativas en la interpretación²⁰.

3.1.3. *Escuela Progresista, de New Haven o Yale*

Este enfoque, consistente con la literatura constitucional progresista, propone que es imperativo un *judicial review* más estricto de la legislación de interés especial²¹.

Detengámonos brevemente en este punto. En el derecho estadounidense se han establecido tres niveles en la valoración jurídico-constitucional de las normas que pueden vulnerar la *equal protection clause*, de modo que, cuando el criterio de diferenciación empleado por el legislador resulte particularmente delicado, se abandona el test de mera racionalidad y se incrementa el nivel de exigencia que la Corte requiere para admitir la constitucionalidad de la norma.

El test más exigente es el *strict scrutiny*. Este parámetro de control se utiliza cuando el criterio empleado por el legislador para fundamentar la diferencia de tratamiento es la raza o cuando puede verse afectado un derecho o interés

19 Nótese la familiaridad del argumento con aquel presentado por la Exégesis y con el más tradicional de Montesquieu.

20 Mercurio, Nicholas y Medema, Steven, *Economics and the Law*, (Princeton University Press,) 2 ed., 2006, 205.

21 Ver, por ejemplo, Sunstein, Cass, “Naked Preferences and the Constitution”, en 84 *Columbia Law Review*, 1689-1714, y Eskridge Jr. William, “Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation”, en 74 *Virginia Law Review*, 275-310.

considerado fundamental y el igual acceso a la justicia. Como explica Martín:

En estos casos el legislador ha de probar la existencia de un interés extraordinario o apremiante (compelling interest) para legitimar la diferencia normativa introducida y la consiguiente limitación de valores constitucionales fundamentales y además tal diferencia de trato ha de estar estrechamente conectada (narrowly tailored) con la satisfacción de dicho interés, de modo que no exista ningún medio menos discriminatorio para su consecución²².

Si la Corte Suprema decide aplicar este parámetro de control más exigente, las posibilidades de que la norma impugnada no acabe siendo declarada inconstitucional son muy escasas.

Para Macey, los jueces debieran utilizar estándares de control particularmente restrictivos (*strict scrutiny*) para neutralizar la legislación de interés especial, optando los jueces por controlar la justificación de *bien general* entregada para la aprobación de dicha legislación²³.

En efecto, para el autor, existe un mandato constitucional implícito, que deriva tanto de la estructura general como de artículos específicos de la Constitución, de que todas las leyes sean de interés general. Ello implica que los jueces están obligados a interpretar y hacer exigibles las razones de interés público invocadas por el legislador y no aquellas privadas²⁴.

Para Sunstein, el sistema basal de racionalidad que entrega gran deferencia al legislador debe ser llevado a niveles de mayor estrictez²⁵. Ello implica, primero, que los jueces deban indagar y requerir del legislador alguna razón de peso para creer que un propósito legítimo (de interés general) jugó un rol relevante en el análisis del legislador. Segundo, los jueces deben buscar una conexión estrecha entre los medios utilizados por la ley y los fines legítimos persegui-

22 Martín, María de los Ángeles, “Evolución del principio de Igualdad en Estados Unidos”, en 68 *Revista Española de Derecho Constitucional*, 155 y 156.

23 Ver Macey, Jonathan, “Promoting Public Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model”, en 86 *Columbia Law Review*, 223-256.

24 Mashaw ha caracterizado la propuesta de Macey como *monitoreo judicial vía interpretación* calificándola de *activista*. Mashaw, Jerry, *Greed, Chaos and Governance* (Yale University Press,) 1997, 92.

25 Susteian, Cass, “Interest Groups in American Public Law”, en 38 *Stanford Law Review*, 29-87

dos: “Una conexión meramente plausible, es insuficiente”²⁶.

3.2. Revisión judicial, TC y proporcionalidad

Como hemos sostenido en un trabajo anterior²⁷, desde la perspectiva de nuestro diseño constitucional, se hace bastante costosa la captura del proceso legislativo chileno por parte de los grupos de interés, en virtud de una serie de cortapisas o puntos de veto: sistema bicameral, iniciativa legislativa exclusiva presidencial, reglas de quórum, respeto a las ideas matrices, veto presidencial, sistema de urgencias y control preventivo del TC, entre otros. En este sentido, nuestra Constitución puede considerarse una Constitución *modelo* desde la perspectiva de las recetas de la Escuela de Virginia.

En efecto, en la actualidad, el TC juega, de facto, un rol fundamental en el proceso de formación de la ley, al menos respecto de aquellas leyes en que la Constitución exige el control preventivo de constitucionalidad²⁸. Si a ello se suma el control a posteriori vía inaplicabilidad o inconstitucionalidad²⁹, aumentan los costos que deben enfrentar legisladores y grupos de interés en la obtención de leyes de interés especial.

Es en este contexto, el de la revisión judicial que puede realizar el TC respecto de legislación de interés especial, en el que aparece el principio de proporcionalidad como una herramienta útil para detectar normas pareto inferiores, pudiendo ponderar los costos y beneficios privados y sociales que están en juego.

Como sostiene Barnes, se entiende por “proporcionalidad” en sentido amplio –también denominada “prohibición de exceso” –

... el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más

26 Sustain, op. cit., 69.

27 Ver García y Soto, op. cit., 353-372.

28 Ver artículo 93 N° 1 CPR. Eventualmente también el 93 N° 3 CPR.

29 Ver artículos 93 N°s 6 y 7 CPR.

suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo-) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades³⁰.

Este principio, que surge del derecho alemán de entre guerras, ha sido caracterizado por Alexy como un *mandato de optimización* porque impone al resolutor de un conflicto la obligación de buscar una alternativa óptima y lícita.³¹ Una modalidad interesante es el *test* o *Juicio de Igualdad* que ha propuesto Fernandois entre nosotros en materia de juicio de discriminación no arbitraria³².

Desde la perspectiva de su implementación para efectos de control de constitucionalidad, destaca la labor efectuada por el TC alemán. Para éste se debe

30 Barnes, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en 135 *Revista de Administración Pública*, 500. Para Fernández, por su parte, es posible definir cada uno de los elementos integrantes de la proporcionalidad de la manera siguiente: “Desde el principio de utilidad (idoneidad), lo que importa es que el medio elegido no sea desde todo punto de vista y a priori absolutamente incapaz o inidóneo. Por pequeña que sea la restricción de la libertad, si ésta resulta manifiestamente inútil, deviene absurda y carente de sentido en un Estado de Derecho. Desde el punto de vista de la necesidad de la intervención no sólo se acepta el fin en un sentido neutro (v.g.: la protección de la flora y la fauna), sino también el concreto grado de efectividad (intensidad, extensión, etc.) con el que el poder público aspira a satisfacerlo (una protección máxima o preferente de la flora y la fauna, por ejemplo frente a otros eventuales usos, con la consiguiente minoración de los potenciales beneficios empresariales o dominicales de los titulares de los predios afectados). El juez de los derechos y libertades ha de aceptar, como término fijo de la comparación el fin en toda su integridad y dimensión, sin que le corresponda, al menos desde este principio cuestionar el grado o ambición con la que un determinado objetivo sea pretendido por el poder público. El test de proporcionalidad en sentido estricto, en cambio, introduce el resultado perseguido en su análisis y cuando da positivo –porque el balance sea abiertamente deficitario– impide o bloquea la persecución del fin a través de ese medio. El juicio de proporcionalidad actúa, una vez que ha sido descartada la ilicitud de las dos magnitudes que integran el término de comparación. Sólo entonces, procederá a examinar, acto seguido, si ello, no obstante, la medida es inútil, innecesaria o desproporcionada en sentido propio, esto es, si dada su repercusión sobre otros derechos, surte efectos exorbitantes a los que la consecución de tal objetivo requeriría y, en consecuencia, lo justificaría”. Fernández, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, (Universidad Rey Juan Carlos) 2008, 375.

31 Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, en 66 *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, 13.

32 El autor ha propuesto en Chile el concurso de tres elementos para sistematizar el contenido de la garantía de la igualdad ante la ley y en la ley, por la vía de identificar cuál es el contenido del juicio discriminatorio no arbitrario. Tal juicio: (1) No distingue, al imponer regulaciones, restricciones o al conceder beneficios, entre quienes se encuentran vinculados por un elemento esencial común y que por tanto pertenecen a la misma categoría de sujetos; (2) Es proporcional en el medio propuesto por la norma en relación al fin que persigue la norma (razonable en sí); y (3) Es proporcional en la entidad o intensidad de la regulación en relación a la sofisticación del agrupamiento de sujetos destinatarios de la norma (razonable en relación a la categorización efectiva). Fernandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* (Editorial Universidad Católica de Chile) 2^{ff} ed., 2006, 263.

cumplir con un test copulativo de 4 pasos³³:

- a. La interferencia con una libertad o la propiedad debe servir a un fin legítimo.
- b. La interferencia debe ser idónea para alcanzar dicho fin.
- c. Debe ser la intervención menos restrictiva de entre las alternativas disponibles.
- d. La intervención no puede ser excesivamente gravosa.

El principio de proporcionalidad ha sido utilizado por el TC, aunque a nuestro juicio, aún no lo ha sido de manera consistente y propiamente como un *test*. En efecto, fue reconocido por primera vez explícitamente por la jurisprudencia del TC en diciembre de 2007 en la STC 790-07. En el considerando 22° de dicha sentencia, y citando a la Suprema Corte de Justicia de México, sostuvo el Tribunal:

... que sostiene que al cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella...". (Sentencia 988/2004, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, diciembre de 2004, p. 362).

Por otra parte, en marzo de 2008, en STC Rol N° 755-2007, pronunciándose en sede de inaplicabilidad respecto de la gratuidad del turno de abogados, el TC sostuvo sobre la base del artículo 19 N°3 de la Constitución Política que “el derecho de acceso a la justicia que toda persona tiene, debe ser atendida por el legislador, quien debe prever los mecanismos que den cumplimiento efectivo a dicho derecho esencial”³⁴, agregando que

... la imposición de la obligación de defender a determinadas personas de escasos recursos constituye un fin razonable, pero el medio utilizado por el legislador –la gratuidad– puede transformarse en gravoso

33 Engel, Christoph, “The Constitutional Court – Applying the Proportionality Principle – as a Subsidiary Authority for the Assessment of Political Outcomes”, Max Planck working paper N° 2001/10. Disponible en línea en <http://papers.ssrn.com/abstract=296367>. 3.

34 Tribunal Constitucional, Rol 755-2008, 31 de marzo de 2008, Considerando 37.

si se piensa que el abogado deberá dedicarse sin contraprestación pecuniaria alguna a atender asuntos en desmedro de aquellos que ha asumido libremente, lo que puede tornarse en una situación imposible de sostener, y aún de ejecutar satisfactoriamente³⁵.

Asimismo, el TC sostuvo que el turno establecido como carga es idóneo para cumplir los fines antes descritos, sin embargo

si se impone gratuitamente, se transforma en medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni impone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. Y ello porque la obligación se radica en el Estado y no en los abogados. El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados (bajo el sistema de defensorías e incluso de turno, como en la especie), pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución, tal como lo señala el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales³⁶.

Para algunos, y con razón, el problema de la proporcionalidad como estándar de control regulatorio podría implicar que el Tribunal se transformara en un decisor de política pública, lo cual plantea problemas tanto desde una perspectiva técnica como de legitimidad democrática. En otras palabras, un mal uso de la proporcionalidad conlleva riesgos: el TC no ha sido llamado por la Constitución a transformarse en reformador social sino a velar por la supremacía constitucional.

Para Aldunate, el problema de la proporcionalidad desde la perspectiva del TC es que este parámetro de control podría llevarlo a realizar un control de mérito del precepto legal sometido a su conocimiento, control que el TC rechaza,³⁷

35 Tribunal Constitucional, Rol 755-2008, 31 de marzo de 2008, Considerando 41.

36 Tribunal Constitucional, Rol 755-2008, 31 de marzo de 2008, Considerando 46.

37 En Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 325, 26 de junio de 2001, considerando 38, sostuvo el Tribunal: "Que, como se advierte, estas alegaciones (...) miran al mérito de la norma, lo que claramente excede la órbita de competencia de este Tribunal. Como reiteradamente se ha declarado en esta sede, dichos juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación. No es en consecuencia procedente que un requerimiento enderezado a este Tribunal se aboque a analizar y decidir más allá de su esfera de atribuciones, que en esta materia importa sólo un examen jurídico de constitucionalidad del impugnado decreto, debiendo prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual".

pero que ha utilizado. Aldunate critica dicha incoherencia³⁸.

Sin embargo, ¿por qué en la aplicación del principio de proporcionalidad el TC puede jugar un rol distinto al que puede jugar un evaluador de política pública (legislador o Dirección de Presupuestos)?

Una posible respuesta podríamos encontrarla en su carácter de actor desinteresado de los resultados del proceso político, lo que le entrega mayores grados de imparcialidad: los jueces tienen naturalmente una posición privilegiada en la preservación de la integridad estructural del proceso democrático —las reglas y condiciones bajo las cuales se busca el poder político y se desarrolla la conversación acerca de los asuntos públicos—. En otras palabras, los jueces como agentes externos, independientes, ingratos al poder político, deben estar atentos a la capacidad infinita de los actores políticos de establecer trabas y límites a la libre competencia política. Un enfoque como éste no es novedoso: lo desarrolló *El Federalista*³⁹ y, en época más contemporánea, John Hart Ely⁴⁰.

El hecho que se afecte la libre competencia política y que los productos proveídos por el proceso legislativo apunten a beneficiar a grupos de interés específicos —ya no tan solo sin consideración al interés general sino en perjuicio de éste (normas pareto inferiores)—, abre un espacio de legitimidad democrática, mayoritaria al rol del TC como garante de la Constitución. Bajo esta mirada, el TC no defiende los derechos y libertades de las minorías frente a los ataques de la mayoría de turno, sino que, también, y con igual firmeza, debe vigilar la captura del proceso político por parte de grupos minoritarios.

En concreto, la proporcionalidad operaría como un detector de “irregularidades” estructurales, disminuyendo los espacios de deferencia al legislador cuando se prendieran ciertas “luces amarillas” en el proceso de revisión judicial.

38 Ver Aldunate, Eduardo, *Derechos Fundamentales* (Editorial Legal Publishing) 2008, 264-267.

39 Ver García, José Francisco, “El control de constitucionalidad en *El Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre”, en 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, 491-514, y García, José Francisco, “Tres aportes fundamentales de *El Federalista* a la teoría constitucional moderna”, en 1 *Revista de Derecho*, Vol. XX, 39-59.

40 Ver Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, (Harvard University Press) 1980.

Todavía veo un argumento adicional. Como sostiene Engel analizando la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del TC alemán, se podría encontrar igual o mayor legitimidad en el hecho de que no sea el Tribunal quien comience dicha evaluación y solo reaccione ante el impulso externo de quienes alegan la infracción de la supremacía constitucional o vulneración de derechos constitucionales⁴¹. Ello, por cierto, no refleja completamente la situación chilena (v.g. existencia del control preventivo obligatorio o controles de oficio), pero muestra luces de reforma del diseño de nuestro sistema de control de constitucionalidad⁴².

Por supuesto, de la particular idoneidad del principio de proporcionalidad (como expresión de evaluación costo-beneficio) para detectar el juego entre beneficios y costos privados y sociales (aquello que es bien común versus bien privado), no se deriva necesariamente un buen uso de este instrumento, y al igual que en el uso de cualquier *test* o instrumento de evaluación de los fines y medios utilizados por el legislador, se corre el riesgo de interpretaciones extensivas o derechamente de *activismo judicial*.

3.3. El principio en acción

Un ejemplo que me parece particularmente pertinente a la hora de analizar cómo podría el TC utilizar el test de proporcionalidad frente a un caso de legislación de interés especial lo constituyen ciertas reglas que establece la ley sobre transparencia, límite y control del gasto electoral⁴³. Para Posner, estas reglas son un claro ejemplo de este tipo de legislación⁴⁴.

Entre las reglas más destacadas en materia de financiamiento de la política encontramos los límites al gasto electoral.⁴⁵ A través de esta regla, se establecen *techos* o *máximos* en dinero que puede gastar un candidato que aspira a obtener un cargo de

41 Engel, op. cit., 13.

42 Para ver críticas respecto del control preventivo obligatorio ver Bordalí, Andrés, “Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los tribunales constitucionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador), *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva* (Lexis Nexis) 2005, 213-254, y Aldunate, op. cit.

43 Ley N° 19.884, de agosto de 2003.

44 Posner, Richard, *Economics Analysis of Law*, (Aspen Publishers) 2003, 537.

45 Otras reglas *estándar* son límites a las donaciones particulares; normas de contabilidad y transparencia; y normas sobre financiamiento público.

representación popular o aquel incumbente⁴⁶ que busca la reelección.

Me parece interesante este ejemplo dado que, por un lado, podemos observar las dos historias que compiten por explicar esta regla: la del interés público (evitar la corrupción o la excesiva ingerencia del dinero en la política) versus la del interés privado (incumbentes estableciendo barreras a la entrada a los desafiantes). Por otro lado, porque es en las regulaciones *políticas* (a diferencia de las económicas o sociales), donde se podría esperar con mayor fuerza al argumento de legitimidad y conveniencia de ser deferente con el legislador.

Bajo el *test* de proporcionalidad, debemos preguntarnos si acaso el medio (límite al gasto electoral) es idóneo en relación con el fin perseguido. Ahora bien, ¿cuál es este fin? ¿Prevenir la corrupción o la apariencia de corrupción como sostuvo la Corte Suprema americana en *Buckley v. Valeo* (1976)? ¿Evitar las distorsiones que produce el dinero o la riqueza en la libre competencia política, lo que parece ser el objetivo principal de la Ley N° 19.884? o ¿establecer barreras a la entrada a los desafiantes como sostiene el análisis económico del derecho?

Como vimos en el apartado anterior, Sunstein propone que los jueces deben indagar y requerir del legislador alguna razón de peso para creer que un propósito de interés general jugó un rol relevante en su análisis. Es posible apreciar esto al analizar la evidencia disponible (v.g. el mensaje del proyecto, la historia de la ley, los debates tanto en la sala como en las comisiones en el Congreso, declaraciones en la prensa, etc.). Asimismo, los jueces deben buscar una conexión estrecha entre los medios utilizados por la ley y el o los específicos fines de interés general invocados.

En segundo lugar, y asumiendo que el parámetro de la idoneidad ha sido salvado con éxito (el legislador chileno ha sido persuasivo en cuanto a demostrar que el dinero o la riqueza alteran el libre juego democrático), debemos preguntarnos si acaso esta regla necesaria del límite al gasto es, del conjunto de alternativas disponibles por el legislador, la menos restrictiva desde la óptica de las libertades individuales.

46 Para efectos de la industria o mercado político, los incumbentes son los parlamentarios en ejercicio. Nótese que esta lógica opera en cualquier otro mercado donde los incumbentes (aquellos que tienen una posición consolidada en un determinado mercado) buscan capturar el proceso regulatorio para que se les favorezca o lo que es lo mismo, se perjudique a nuevos competidores interesados en ingresar y desafiar al incumbente.

A nuestro juicio ello no sucede frente a la regla en comento. Carlos Peña ha desarrollado este punto desde la perspectiva constitucional, pero basándose fuertemente en el análisis económico del derecho⁴⁷.

Para el autor esta búsqueda de *igualdad* en la competencia política a través del límite al gasto electoral puede producir precisamente el efecto contrario, aquello que Sunstein ha denominado las *consecuencias no deseadas* de este tipo de reglas⁴⁸. Para Peña:

El efecto previsible de los límites es el de moderar la fuerza expresiva de quienes compiten –donde A se expresaba en el rango 3 y B en el rango 1, ahora A se expresará en el rango 2 y B en el rango 1– en vez de mejorar la calidad del debate. El resultado es un óptimo de Pareto al revés: usted perjudicó a uno y el otro quedó igual. Usted, sin embargo, podría argumentar que el candidato B del ejemplo no quedó igual

porque acortó su distancia en recursos con A. Eso es verdad; pero eso se hizo a costa del electorado cuya capacidad de autogobierno debemos (...) mejorar⁴⁹.

Para el autor, la mejora de la capacidad de autogobierno mediante la mejor regulación de las campañas electorales exige, en vez de poner límites al gasto, “otorgar subsidios variables para remover las barreras de entrada a la competencia en interés del electorado (en el ejemplo, si usted subsidia al candidato B y deja igual al candidato A, habrá un rango mayor de igualdad y de información para el electorado que si usted traza, simplemente, límites al gasto”⁵⁰.

En otras palabras, la regla de subsidios es más adecuada que una que establezca límites al gasto porque mejora los niveles de igualdad (fin perseguido), lesionando menos otros derechos que otras reglas alternativas. Se genera así un mandato al legislador de ponderación:

47 Ver Peña, Carlos, “El sonido del dinero. El gasto electoral y la libertad de expresión”, en 87 *Centro de Estudios Públicos*, 131-174.

48 Ver Sunstein, Cass, “Political Equality and Unintended Consequences”, en 4 *Columbia Law Review*, Vol. 94, 1390-1414.

49 Ver Peña, op. cit., 166.

50 Ver Peña, op. cit., 166.

El legislador entonces, entre dos reglas de intervención, debe escoger la que resulte más adecuada: entre la norma N que la maximiza la participación igual y lesiona el principio P y la norma N que maximiza la participación igual y no lesiona el principio P, ha de preferirse esta última; entre la norma N que lesiona el principio P y no maximiza la participación igual, y la norma N* que no lesiona P y maximiza la participación igual, ha de preferirse (...) a N*⁵¹.*

Así, para el autor, la regla que impone límites al gasto se encuentra en el caso de la norma N, puesto que hay otra regla —la regla de subsidios— que aumenta la participación igual y deja incólume el poder expresivo y global del dinero al no establecer límites al gasto.

Bajo un análisis cómo el propuesto, el TC —tal como lo hizo la Corte Suprema americana en *Buckley v. Valeo* (1976) ante una regla similar— debió haber declarado la inconstitucionalidad de la regla en análisis⁵².

Finalmente, y en caso de que para algunos la regla del límite al gasto pasara el segundo requisito, deberíamos preguntarnos si esta regla aprueba o no el tercer y último requisito, esto es, el de proporcionalidad propiamente tal. Ello nos obliga a formular la siguiente pregunta: ¿su adopción acarrea más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto? Sin entrar en el detalle de este análisis, a nuestro juicio, los costos que soportan la libertad de expresión y la de asociación son superiores a los beneficios que, en términos de igualdad de participación, se ganarían. En particular porque, como vimos, hay reglas (v.g. subsidios) que logran de mejor manera el fin perseguido.

IV. Conclusión

El presente documento ha tenido por objeto proponer la utilidad del principio de proporcionalidad a la hora que el Tribunal Constitucional chileno efectúe el control de constitucionalidad de leyes de interés especial. En otras palabras, el TC, en su rol de fiel guardián de la Constitución y

51 Ver Peña, op. cit., 169.

52 *Buckley vs. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). Ver párrafo II del Título I.

defensor de la supremacía constitucional, al confrontar un precepto legal con la Carta Fundamental, debe ser al menos capaz de detectar normas pareto inferiores.

Las implicancias y conclusiones de este trabajo, eminentemente exploratorias, pueden resultar interesantes para el *ius publicismo* en la medida en que se busca, desde el análisis económico del derecho, entregar argumentos adicionales para justificar la legitimidad de la revisión judicial del TC sobre la base de la lógica mayoritaria y no, como suele hacerse, desde la contramayoritaria.

Finalmente, debemos insistir en que se trata de ideas exploratorias en un ámbito lejano a nuestra dogmática. Asimismo, no desconocemos las críticas a las que ha sido sometido este enfoque⁵³. En particular, se aduce la falta de evidencia empírica en nuestro país que permita cuantificar el nivel de *captura* existente sobre el proceso político. Además, no es claro que diseños institucionales alternativos (v.g. el TC) sean más difíciles de capturar⁵⁴. En efecto, parece mucho menos costoso capturar al Ejecutivo, una agencia administrativa, Municipalidad, Judicatura o TC, que al legislador. Los diseños institucionales, procedimentales, normas de transparencia, entre otros, son bastante asimétricos.

Con todo, reconociendo las limitaciones del análisis económico del derecho y estando de acuerdo en general en que entrega una visión limitada del proceso legislativo (y la interacción con los otros poderes del Estado), me parece posee atractivo analítico para entender el proceso de formación de la ley y sus implicancias respecto del rol de los jueces como, asimismo, en las prescripciones que nos entrega respecto de cómo mejorar los diseños institucionales⁵⁵. Desconocer lo anterior me parece tan grave como su enaltecimiento.

53 Ver este debate y literatura en García, José Francisco, “El proceso legislativo sin romance: Implicancias para el diseño constitucional chileno”, op. cit., 489-522.

54 Por ejemplo, Elhauge, Einer, “Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?”, en 101 *Yale Law Journal*, 31-75, quien argumenta que los grupos de interés podrían no ser tan influyentes en el proceso político y que las propuestas para expandir el control judicial sufren de la *falacia de nirvana*, ya que el proceso de adjudicación, como el de regulación, son imperfectos y susceptibles a la influencia de los grupos de interés.

55 Argumento esgrimido por Mashaw, un crítico de este enfoque. Ver Mashaw, op. cit.

¿CONTROL OBLIGATORIO PARA TODOS LOS TRATADOS INTERNACIONALES? CRÍTICA A UNA PROPUESTA INCONVENIENTE

Sergio Verdugo^{1 2}

Introducción

En el presente trabajo abordo una propuesta realizada por parte de la doctrina, consistente en que todos los tratados internacionales sean sometidos al control preventivo y forzoso del Tribunal Constitucional (en adelante el TC), para que se verifique la sujeción de dichos tratados a la Constitución Política.

Considerando los problemas debatidos en la materia, una parte importante de la doctrina ha propuesto una solución: eliminar de la Constitución el control represivo sobre los tratados internacionales y, en su reemplazo, disponer un control preventivo (*ex-ante, a priori*) y obligatorio (forzoso) respecto de todos los tratados, no importando si la materia que regulan es propia de ley orgánica constitucional (en adelante LOC) o no. De esta manera, se ha propuesto extender el control del Artículo 93 N° 1 de la Carta Fundamental a todos los tratados internacionales, haciendo innecesario el control preventivo eventual y el control represivo (*ex-post, a posteriori*).³ Así, se persigue, entre otros objetivos, eludir la generación de una eventual responsabilidad internacional del Estado

1 Agradezco a los asistentes del décimo coloquio de Justicia Constitucional de la Universidad Diego Portales, llevado a cabo el 16 de diciembre de 2009. Agradezco también los comentarios de José Francisco García, Javier Couso, Sebastián Zárate y Andrea Rojas. Asimismo, agradezco la colaboración de Natalia Fajardo, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho, de la Universidad del Desarrollo.

2 Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

3 Hoy los proyectos de acuerdo que aprueban tratados internacionales pueden ser objeto de requerimiento parlamentario, lo que da origen al control eventual (Artículo 93, N° 3 de la Constitución) y también pueden ser objeto de control obligatorio si la materia que regulan es propia de LOC. Esto último, si bien ya era una práctica normal, se introdujo en el texto expreso de la Constitución mediante la reforma constitucional de la Ley 20.050, de 2005. Esto ya había sido discutida con anterioridad en Tribunal Constitucional, rol N° 309-00, sentencia de fecha 4 de agosto de 2000.

frente a un posible incumplimiento originado con ocasión de una declaración de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad.

En esta investigación pretendo demostrar que la idea explicada en el párrafo precedente es inconveniente y no debe ser adoptada por el constituyente derivado. Hago presente que mi crítica no se dirige contra el control eventual que se produce por requerimiento de órgano legitimado (Artículo 93 N° 3 de la Constitución), control que creo útil en cuanto entrega un instrumento de protección para las minorías parlamentarias que no han participado en el proceso de formación del tratado internacional e incluso lo han rechazado.⁴

Mi hipótesis se basa en una premisa básica: la aceptación general del control constitucional sobre los tratados internacionales. En efecto, solo aceptando esta premisa podrá discutirse el tipo de control que queremos. En mi caso, propondré eliminar el control preventivo y obligatorio, manteniendo un tipo de control represivo.⁵

Para ello, seguiré el siguiente orden:

En la sección I, revisaré brevemente la literatura y el debate nacional existente en relación al control constitucional sobre los tratados internacionales. Constataré que el debate es muy polémico y está lejos de llegar a término. Asimismo, señalaré que, sin perjuicio de que existen muchos autores que han propuesto la idea de establecer un control preventivo obligatorio para todos los tratados, esta no ha sido desarrollada con mucha profundidad.

En la sección II, una vez descrita la discusión general relativa a la procedencia del control constitucional y sus principales alcances, me referiré en particular a la idea de establecer el control preventivo obligatorio de todos los tratados internacionales. En esta parte del trabajo, revisaré los argumentos dados por los autores de esta propuesta y cuestionaré preliminarmente la validez de los mismos.

4 También hago presente que mis críticas al control preventivo obligatorio no alteran mi posición relativa a la idea de defender un sistema legislativo que contenga quórum supermayoritarios para ciertas materias, como ocurre con las LOC. Véase mi opinión en Verdugo R., Sergio, "Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales", en *20 Actualidad Jurídica*, Año, tomo II, 597-633.

5 Ello debe entenderse sin perjuicio de las críticas u observaciones que se puedan realizar al diseño del sistema represivo actual. En otras palabras, no me opongo a un perfeccionamiento del mismo. Ello, sin embargo, escapa del objetivo de este trabajo.

En la sección III, intentaré demostrar la razón de la inconveniencia del establecimiento del control preventivo y obligatorio, indicando sus principales defectos. Para ordenar esta sección, distinguiré tres niveles de argumentación. En el primer nivel (III.1) se encuentran las condiciones para que la propuesta opere de manera relativamente aceptable. En el segundo nivel de argumentación (III.2), en el hipotético contexto de que las condiciones se cumplan, se encuentra un contra argumento relativo a la ineficacia relativa del control preventivo obligatorio. Finalmente, en el tercer nivel (III.3), argumentaré específicamente en contra de este tipo de control aplicado a los tratados internacionales.

I. Revisión de la literatura nacional relativa al control constitucional de los tratados internacionales y su contexto

Entre nosotros no se ha escrito muy profundamente respecto de la idea de establecer un control preventivo obligatorio, aunque ella se menciona en numerosos trabajos.⁶ Parece ser, no obstante, y atendido el prestigio de los autores que suscriben esta idea, un lugar común en parte importante de la doctrina nacional. Esta idea estuvo presente incluso en la discusión de la reforma constitucional del año 2005, aunque finalmente no prosperó.⁷

6 Taller de Académicos, “Proposiciones de perfeccionamiento de las normas constitucionales en materia de tratados”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 2, 217-223; Gamboa Serazzi, Fernando, “Derecho Internacional y Derecho Interno”, en 2 *Actualidad Jurídica*, Año I, 23-31; Gamboa Serazzi, Fernando, “El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional”, en 6 *Actualidad Jurídica*, Año III, 155-160; Monsálvez Müller, Aldo, “Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales”, en 6 *Actualidad Jurídica*, Año III, 147-154; Fermandois V., Arturo, “El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales”, en 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, 471-489; Pfeffer Urquiaga, Emilio, “Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el Orden Normativo Interno”, en 1 *Ius et Praxis*, Año 9, 467-484; Fernández González, Miguel Ángel, “Visión prospectiva en relación con la regulación constitucional de los tratados internacionales”, en 1 *Ius et Praxis*, Año 9, 485-511; Peña Torres, Marisol, “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: la experiencia chilena a un año después de la reforma de 2005”, en *Ponencia presentada en las XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público*, 2006, disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/ponencias.htm>; Henríquez Viñas, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en 2 *Estudios Constitucionales*, Año 6, 73-119; Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes formales del Derecho* (Legal Publishing) 2009; Nogueira Alcalá, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 341-380; Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) *La Constitución reformada de 2005* (Librotecnia) 2005; Nogueira Alcalá, Humberto, “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 59-88.

7 Véase Pfeffer Urquiaga, Emilio, *Reformas Constitucionales 2005* (Editorial Jurídica de Chile) 2005.

Todos los trabajos citados se inscriben dentro de una literatura mucho más amplia, relacionada con el vínculo existente entre los tratados internacionales y la Constitución. De hecho, la propuesta se presenta como una solución a los problemas que la doctrina diagnóstica. Cabe señalar que los autores se encuentran en constante discrepancia, existiendo un polémico debate que, en líneas generales, se genera debido a la falta de precisión de algunas definiciones constitucionales importantes, como ocurre con lo relativo a la verdadera jerarquía de los tratados internacionales, especialmente si versan sobre derechos esenciales. Todo ello contribuye a generar un contexto de inseguridad jurídica que no ayuda a la estabilidad de las relaciones internacionales y a la supremacía constitucional.

Los trabajos académicos a que me refiero fueron escritos en dos contextos diferentes, por lo que es necesario realizar una distinción. Se trata de dos reformas constitucionales significativas en materia internacional: la de 1989 y la de 2005.

Antes de la reforma constitucional de 2005, encontramos un contexto en que el recurso de inaplicabilidad estaba entregado a la Corte Suprema y en que se debatía fuertemente acerca de los alcances de la reforma constitucional de 1989 al Artículo 5 de la Constitución,⁸ y si era o no conforme a la Carta Fundamental el Estatuto de Roma. Dicho tratado internacional, que estatuye la Corte Penal Internacional, fue declarado inconstitucional por el TC en ejercicio de su control preventivo el año 2002,^{9 10} lo que derivó en la realización de una

8 Sobre esta materia, véanse los siguientes trabajos: Fernández González, Miguel Ángel, “La reforma al artículo 5° de la Constitución”, en 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, 809-825; Cumplido Cereceda, Francisco, “Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 255-258; Infante Caffi, María Teresa, “Los tratados en el Derecho Interno Chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 277-297; Ríos Álvarez, Lautaro, “Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 2, 101-112; Andrade Geywitz, Carlos, “La Reforma Constitucional del Año 1989 al Inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución. Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia”, en 1 *Ius et Praxis*, Año 9, 375-401.

9 Tribunal Constitucional, rol N° 346-02, sentencia de fecha 8 de abril de 2002.

10 Sobre esta materia, véanse los siguientes trabajos: Cea Egaña, José Luis, “Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 5, 353-361; Calderón Vargas, Mario, “Antecedentes históricos y normas básicas del proyecto de Tribunal Penal Internacional”, en 1 y 2 *Temas de Derecho*, Año XIV, 77-86; Bruna, Guillermo, “Algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de la Corte Penal Internacional”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 6, 435-438; Mohor, Salvador y Varas, Paulino, “Corte Penal Internacional: Evaluación crítica y cuestiones constitucionales”, en 1 y 2 *Temas de Derecho*, Año XV, 97-124; Troncoso Repetto, Claudio, “La Corte Penal Internacional y el principio de la complementariedad”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 6, 407-417; Rojas Sepúlveda, Mario, “Corte Penal Interna-

reforma constitucional en 2009,¹¹ la que permitió su posterior aprobación parlamentaria y constitucional.¹²

En lo relativo a la posibilidad de que se ejerza control constitucional sobre los tratados internacionales, no todos los autores asumen una posición expresa. Sin embargo, hay algunos que toman partido y se manifiestan en contra del ejercicio del control constitucional,¹³ mientras otros se muestran a favor.¹⁴

Como puede apreciarse de lo dicho, en este período la doctrina escribió mucho sobre el problema de la relación entre los tratados internacionales y la

cional y soberanía universal”, en 2 *Actualidad Jurídica*, Año I, 9-22; Arab Nessrallah, Juan, “Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena”, en 2 *Actualidad Jurídica*, Año I, 33-54; Cruz-Coke Ossa, Carlos, “Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional”, en 6 *Actualidad Jurídica*, Año III, 137-145; Monsálvez, op. cit.; Gamboa Serazzi, Fernando, “El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional”, en 6 *Actualidad Jurídica*, Año III, 155-160; Fermandois, op. cit.

11 Con una técnica legislativa cuestionable, véase la Ley de Reforma Constitucional N° 20.352, publicada en el Diario Oficial el 30 de mayo de 2009, que introduce una disposición transitoria (vigésimo cuarta) a la Constitución permitiendo la aprobación del Estatuto de Roma. Luego de ello, fue enviado nuevamente el tratado internacional para efectos del control preventivo obligatorio. El TC lo declaró constitucional sin mayores consideraciones. Tribunal Constitucional, rol N° 1415-09, sentencia de fecha 24 de junio de 2009.

12 Véase Tribunal Constitucional, rol N° 1415-09, sentencia de fecha 24 de junio de 2009.

13 Se pronuncian expresamente, entre otros, los siguientes: Nogueira en Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile) 2002, Tomo I, 126-131; Troncoso, op. cit.; Gamboa Serazzi, Fernando, “Derecho Internacional y Derecho Interno”, en 2 *Actualidad Jurídica*, Año I, 23-31; Pfeffer, op. cit., 4; Fernández, op. cit., 4. Este último autor rechaza el control represivo en una perspectiva de conveniencia.

14 Cabe hacer presente que el llamado *grupo de los 24*, presidido por Patricio Aylwin, propuso establecer expresamente el control constitucional de los tratados internacionales. Andrade Geywitz, Carlos, “Proposiciones del grupo de estudios constitucionales sobre el Tribunal Constitucional”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 362. Otros autores que se han pronunciado a favor del control constitucional sobre los tratados son: Saenger Gianoni, Fernando, “Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 661-664; Bertelsen Repetto, Raúl, “Rango jurídico de los tratados internacionales en el Derecho Chileno”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 219; Ríos, op. cit., III; Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile) 1999, Tomo II (excepcionan expresamente los tratados sobre derechos humanos); Pfeffer Urquiaga, Emilio, “Constitución Política de la República y Tratados Internacionales”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 2, 63-72; Rodríguez Grez, Pablo, “El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley”, en 1 *Actualidad Jurídica*, Año I, 47-53; Bruna, op. cit.; Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile) 2002, Tomo VIII, 183 (aunque este último autor reconoce que la naturaleza del tratado es diferente a la de la ley); Cruz-Coke, op. cit.; Monsálvez, op. cit.; Fermandois, op. cit.

Constitución,¹⁵ lo que se repitió en obras de carácter más general.¹⁶ ¹⁷ También hubo varias sentencias del TC que aportaron a la discusión relativa a los tratados internacionales,¹⁸ siendo la más importante de ellas la que declara la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma, ya citada.¹⁹

La reforma constitucional de 2005 cambió el contexto del debate, agregando elementos nuevos de discusión. Ello no significa que lo tratado antes del año 2005 haya perdido vigencia, sino todo lo contrario. La reforma fortalece la discusión, manteniendo los argumentos primitivos y añadiendo otros que se complementan.

15 Además de todos los trabajos ya citados, pueden verse los siguientes: Fernández González, Miguel Ángel, “Globalización: Rol del Derecho Público y transformación del Estado”, en 1 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, 45-50; Fernández González, Miguel Ángel, “Consecuencias de la integración en la institucionalidad vigente en Chile”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. X, 103-109; Saenger, op. cit.; Nogueira Alcalá, Humberto, “Constitución y Derecho Internacional de los derechos humanos”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 881-895; Troncoso, Claudio y Vial, Tomás, “Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución”, en 2 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 695-704; Cumplido, op. cit.; Bertelsen, op. cit.; Irigoien Barrenne, Jeannette, “La Convención Americana de derechos humanos como Derecho Interno Chileno”, en 2 y 3v *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 299-307; Gaete González, Eugenio Alberto, “Derecho Internacional y Derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 259-275; Precht Pizarro, Jorge, “Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional Convencional y Derecho Interno Chileno”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 381-405; Ríos Álvarez, Lautaro, “Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos”, en 215 *Gaceta Jurídica*, 7-14; Calderón Vargas, Mario, “Los tratados internacionales sobre protección de la persona humana, su jerarquía interna y externa”, en 1 y 2 *Temas de Derecho*, Año XIV, 135-141; Cea, op. cit.; Arab, op. cit.; Andrade, op. cit. 6.

16 Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile) 1997, Tomo IV, 112-130; Nogueira en Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile) 2002, Tomo I, 126-131; Gamboa, Fernando y Fernández, Macarena, *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración* (Lexis Nexis) 2005; Benadava, Santiago, *Derecho Internacional Público* (Lexis Nexis) 2004.

17 Véanse también las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, entre otras, las siguientes sesiones: sesión 47, de 20 de junio de 1974; sesión 345, de 4 de abril de 1978; sesión 364, de 3 de mayo de 1978; sesión 368, de 1978; sesión 367, de 1978. Véanse también las siguientes sesiones del Consejo de Estado: sesión 80, de 10 de julio de 1979; sesión 85, de 14 de agosto de 1979; sesión 99, de 18 de diciembre de 1979; sesión 110, de 1 de julio de 1980. Véase una reproducción de las actas del Consejo de Estado en Arancibia Mattar, Jaime, Brahm García, Enrique e Irrázaval Gomien, Andrés (editores), *Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990)*, tomo I, (Centro de Estudios Bicentenario, Universidad de los Andes), 2008.

18 Entre muchos otros, véanse Tribunal Constitucional, rol N° 46-87, sentencia de fecha 21 de diciembre de 1987; Tribunal Constitucional, rol N° 288-99, sentencia de fecha 24 de junio de 1999; Tribunal Constitucional, rol N° 309-00, sentencia de fecha 4 de agosto de 2000; Tribunal Constitucional, rol N° 312-00, sentencia de fecha 3 octubre de 2000; Tribunal Constitucional, rol N° 346-02, sentencia de fecha 8 de abril de 2002; Tribunal Constitucional, rol N° 383-03, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2003.

19 Sobre un buen análisis de la jurisprudencia nacional de tribunales pertenecientes al Poder Judicial, véase Henríquez Viñas, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 2, 2008, 73-119.

Después de 2005, la literatura que trata la relación entre la Constitución y los tratados internacionales es menos nutrida. No obstante, no deja de llamar la atención la polémica desatada y la manera en que ésta se está intensificando progresivamente. Es posible conjeturar que esta polémica recién empieza, sobre todo si se consideran los efectos de la discutida sentencia del TC del año 2009, que declara con disidencias y prevenciones la procedencia del recurso de inaplicabilidad respecto de los tratados internacionales y al mismo tiempo la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales respecto de los mismos.^{20 21}

De los trabajos posteriores al año 2005, algunos están expresamente en contra del control constitucional sobre los tratados internacionales²² y otros a favor del control constitucional sobre los mismos.^{23 24}

20 Tribunal Constitucional, rol N° 1288-08, sentencia de fecha 25 de agosto de 2009. En el período posterior al año 2005, hay otras sentencias relevantes además de la ya citada. Véase Tribunal Constitucional, rol N° 834-07, sentencia de fecha 13 de mayo de 2008; Tribunal Constitucional, rol N° 1340-09, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009; Tribunal Constitucional, rol N° 1415-09, sentencia de fecha 24 de junio de 2009; Tribunal Constitucional, rol N° 1483-09, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009; Tribunal Constitucional, rol N° 1504-09, sentencia de fecha 27 de octubre de 2009.

21 Sobre la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte del TC, véase Peña Torres, Marisol, “La aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional Chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 1, 2008, 205-222.

22 Peña, op. cit., 4; Peña, op. cit., 19; Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) *La Constitución Reformada de 2005* (Librotecnia) 2005; Nogueira Alcalá, Humberto, “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 59-88; Cruz Fuenzalida, Francisco, “El régimen de tratados internacionales promovido por la reforma constitucional 2005, alcances y desafíos”, en 121 *Diplomacia*, 97-108; Henríquez Viñas, Miriam, “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales”, en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 119-126; Henríquez, op. cit., 17; Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes formales del Derecho* (Legal Publishing) 2009. Esta última autora está en contra del control represivo, pero acepta (y propone extender) el control preventivo.

23 Ribera Neumann, Teodoro, “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 89-118.

24 Además de todos los trabajos ya citados, véanse, entre otros, los siguientes: Llanos Mansilla, Hugo, “Los tratados y la reforma constitucional”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) *La Constitución Reformada de 2005* (Librotecnia) 2005; Campusano, Raúl, “Tratados y el Derecho Internacional en la reforma constitucional de 2005”, en 13 *Actualidad Jurídica*, Año VII, 25-41; Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno* (Ediciones Universidad Católica de Chile) 2008, Tomo I; Aguilar Cavallo, Gonzalo, “La internalización del Derecho Constitucional”, en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 223-281; Ríos Álvarez, Lautaro, “La reforma de 2005 a la Constitución chilena”, en 7 *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 213-231; Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos Fundamentales* (Legal Publishing) 2008.

En la fecunda literatura existente en torno a la relación de los tratados internacionales y la Constitución, se observan diversas polémicas que están lejos de solucionarse. Un acuerdo doctrinario es difícil. Sin perjuicio de que estos trabajos no se refieren en su mayoría a la materia específica que es objeto de esta investigación (la idea del control obligatorio para los tratados), ellos resultan muy útiles por ilustrar los problemas originados por el régimen constitucional de los mismos.

En la sección siguiente, abordaré la propuesta que pretendo evaluar en este trabajo. Hago presente que no profundizaré en los problemas que ya enuncié en este apartado, ya que esta no es la ocasión para entrar en dicha discusión.

II. Argumentos a favor del control preventivo obligatorio de los tratados internacionales y su refutación.

Como ya lo indiqué, no existen entre nosotros trabajos que se refieran específicamente al control preventivo y obligatorio de los tratados internacionales. Sin embargo, algunos autores no dudan en proponer la instauración general del mismo para todo tipo de tratado internacional. Entre estos autores, con mayor o menor profundidad, encontramos la propuesta formulada por un grupo de académicos en un taller,²⁵ y por otros profesores adicionales. Ellos son: Humberto Nogueira,²⁶ Miriam Henríquez,²⁷ Miguel Ángel Fernández,²⁸

25 Taller de Académicos, op. cit., 219 y 223. No obstante, no me referiré en profundidad a esta propuesta, ya que no profundiza mayormente. Todo lo que expresa es lo siguiente: La modificación "(...) tiene por objeto establecer el control preventivo obligatorio de los tratados internacionales antes de su ratificación por el Presidente de la República, hecho que evita cualquier situación dudosa de conformidad del tratado con el contenido y los procedimientos constitucionales, brindando seguridad jurídica al efecto".

26 Nogueira Alcalá, Humberto, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 341-380; Nogueira Alcalá, Humberto, "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) *La Constitución Reformada de 2005* (Librotecnia) 2005; Nogueira Alcalá, Humberto, "Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales", en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 59-88.

27 Henríquez Viñas, Miriam, "Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales", en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 119-126; Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes formales del Derecho* (Legal Publishing) 2009.

28 Fernández, op. cit., 4.

Aldo Monsalvez,²⁹ Fernando Gamboa,³⁰ Arturo Fermandois³¹ y Emilio Pfeffer.³² Todos ellos, con matices importantes que describiré, se muestran favorables al establecimiento de un control preventivo y obligatorio para los tratados internacionales. Antes de formular mi respuesta, es importante conocer lo que propone cada uno y estudiar sus rasgos comunes.

1. Humberto Nogueira. Este es tal vez el autor nacional que más ha escrito sobre la relación entre la Constitución y los tratados internacionales. Entre sus innumerables trabajos, me baso en cuatro que me parecen representativos de su obra. Dos son anteriores a la reforma del año 2005³³ y otros dos son posteriores.³⁴ En todos ellos este autor plantea que los tratados internacionales que versan sobre derechos esenciales tienen rango constitucional y se incorporan a la *Constitución material*.³⁵ Esta idea deja fuera del control constitucional a este tipo de tratados, ya que ellos formarían parte del denominado *bloque de constitucionalidad*, el que es duramente criticado por Aldunate.³⁶ Cabe señalar que Nogueira estimaba, ya antes de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 2005, que no procedía el control represivo de constitucionalidad. Es en ese trabajo donde se plantea la idea de establecer el control preventivo obligatorio para todos los tratados internacionales,³⁷ idea que se reitera en sus dos trabajos posteriores ya citados. Se fundamenta en que ello:

Asegura su constitucionalidad y otorga certeza jurídica del respeto de las normas internacionales (...). Esta es la regla que respeta de mejor forma los principios de buena fe en el cumplimiento de las obligacio-

29 Monsálvez, op. cit.

30 Gamboa, op. cit., 11; Gamboa, op. cit., 8.

31 Fermandois, op. cit.

32 Pfeffer, op. cit., 4.

33 Nogueira, op. cit., 13; Nogueira Alcalá, Humberto, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 341-380.

34 Nogueira Alcalá, Humberto, "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) *La Constitución Reformada de 2005* (Librotecnia) 2005; Nogueira Alcalá, Humberto, "Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales", en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 59-88.

35 Nogueira, op. cit., 13, 888; Nogueira Alcalá, Humberto, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 344.

36 Aldunate, op. cit., 340-342.

37 Nogueira Alcalá, Humberto, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 345.

*nes internacionales y la obligación de no oponer obstáculo de derecho interno al cumplimiento de los tratados ratificados (...).*³⁸

Con lo anterior, se impediría “*que se filtren en el ordenamiento nacional tratados que pudieren entrar en conflicto con la Carta Fundamental*”.³⁹ Estas ideas son reiteradas en su trabajo del año 2007, donde agrega otra solución adicional al problema: el establecimiento de una “*acción pública de inconstitucionalidad de tratados sometidos a la aprobación del Congreso (...)*”.⁴⁰

2. Miriam Henríquez. De esta autora, conozco tres interesantes trabajos relativos a la relación entre la Constitución y los tratados internacionales. Uno aborda el tema desde la perspectiva de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios;⁴¹ otro se refiere a la inconveniencia del ejercicio del control represivo respecto de instrumentos internacionales;⁴² y un tercero trata la materia desde la óptica de las fuentes del derecho.⁴³ Es en los dos últimos donde plantea la idea de establecer el control preventivo obligatorio. Su fundamento, atendida la gravedad de la eventual infracción a los compromisos internacionales, se encuentra en que el control constitucional preventivo reemplazaría al control represivo, siendo este último innecesario. En efecto, ella estima que el control represivo es “*improcedente, inconveniente e inoficioso*”.⁴⁴ Así, la justificación es:

(...) evitar el conflicto entre tratado y Constitución, eludiendo así los efectos negativos que podría acarrear el control represivo de constitucionalidad para la estabilidad de los compromisos internacionales y la seriedad del Estado en el ámbito internacional. En definitiva, lo que se busca con el control previo de constitucionalidad es ciertamente que no

38 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) *La Constitución Reformada de 2005* (Librotecnia) 2005.

39 Nogueira, op. cit., nota 36, 393.

40 Nogueira, op. cit., 72.

41 Henríquez, op. cit., 17.

42 Henríquez Viñas, Miriam, “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales”, en *1 Estudios Constitucionales*, Año 5, 119-126.

43 Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes formales del Derecho* (Legal Publishing) 2009,.

44 Henríquez, op. cit., 41, 50.

*haya necesidad de llegar a ejercer el control represivo.*⁴⁵

Después agrega que el control previo es una “(...) *función necesaria en el marco de un Estado democrático de Derecho para asegurar la inviolabilidad de la Constitución y la existencia y cumplimiento de los compromisos internacionales*”.⁴⁶ Estas mismas ideas las reitera en su trabajo acerca de las fuentes formales del derecho.⁴⁷

Para esta autora, se debe sustituir el control represivo por el preventivo, el que se extendería respecto de todos los tratados internacionales. Sin embargo, su tesis se encuadra dentro de la corriente de autores que opinan que dicho control represivo no procede desde una correcta interpretación de la Constitución, por estimar que los tratados internacionales no son preceptos legales.⁴⁸ La profesora Henríquez reconoce la importancia y el valor de la supremacía constitucional, incluso respecto de los tratados internacionales,⁴⁹ y pretende reforzarla. Es por esa razón que busca una manera armónica de solucionar el problema sin afectar la responsabilidad del Estado.

3. Miguel Ángel Fernández, por su parte, ha escrito cuatro trabajos donde trata aspectos relativos al derecho público y el orden internacional. El primero de ellos se refiere a la reforma que sufrió el Artículo 5 de la Constitución en 1989, respecto de la cual se muestra crítico o, a lo menos, escéptico.⁵⁰ En efecto, señala, entre otras cosas, que el régimen de los tratados no se alteró por la inclusión de los mismos como fuente de derechos esenciales, que el derecho internacional no prima sobre el derecho interno y que los tratados tienen valor de ley.⁵¹ Sin embargo, ya en ese trabajo el autor mostraba su preocupación por el fenómeno de la *internacionalización del derecho* y la recepción del mismo en el derecho público. Así, dos trabajos posteriores profundizaron

45 Henríquez, op. cit., 40, 120.

46 Henríquez, op. cit., 40, 125.

47 Henríquez, op. cit., 41, 43 y 48-50.

48 Henríquez, op. cit., 41, 51.

49 Henríquez, op. cit., 41, 42-44 y 47.

50 Fernández, op. cit., 6.

51 Fernández, op. cit., 6, 818.

en conceptos como integración y globalización.⁵² Especial mención merece su estudio acerca de la evolución del concepto de soberanía.

Sin embargo, el planteamiento que nos interesa para efectos de este trabajo fue realizado posteriormente.⁵³ Sin perjuicio de que el mismo es bastante breve en el punto que estudiamos y no desarrolla con profundidad sus ideas —que califica de *prospectivas* pero no *proféticas*—, lo interesante del mismo es el enfoque que desarrolla: no se trata de una interpretación acerca del régimen constitucional de los tratados, sino de un análisis propositivo que va más allá de lo estrictamente jurídico. En lo que nos interesa, repasemos sus palabras:

*Finalmente, cuanto viene siendo expuesto torna indispensable incorporar los tratados entre las normas sujetas a control obligatorio por el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 82 N° 1 del Código Político [actual Artículo 93, N° 1], una vez aprobado por el Congreso y antes de su ratificación. Una reforma en esta línea comenzaría a situar el asunto en el nivel de importancia que ciertamente posee.*⁵⁴

Cabe hacer presente que este autor no desconoce el control de constitucionalidad de los tratados, sino que sugiere mecanismos para impedir el mismo, los que, reconoce, deben ser introducidos por una reforma constitucional. Así, propone importar instrumentos extranjeros.⁵⁵

4. Aldo Monsálvez, por su parte, también propone la adopción del control preventivo obligatorio. En su breve trabajo dice que los tratados internacionales tienen jerarquía de ley,⁵⁶ que respecto de ellos procede el recurso de inaplicabilidad,⁵⁷ que se puede alegar el derecho interno para infringir el dere-

52 Fernández González, Miguel Ángel, “Globalización: Rol del Derecho Público y transformación del Estado”, en 1 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, 45-50; Fernández González, Miguel Ángel, “Consecuencias de la integración en la institucionalidad vigente en Chile”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. X, 103-109.

53 Fernández, op. cit., 4.

54 Fernández, op. cit., 4, 498.

55 Fernández, op. cit., 4, 498.

56 Monsálvez, op. cit., 148.

57 Monsálvez, op. cit., 149.

cho Internacional⁵⁸ y que la Constitución se debiera modificar para disponer de manera expresa esta idea. En este último sentido:

En nuestro país, una recomendable solución es que se modifique la Constitución a fin de que todos los tratados internacionales sean sometidos al control preventivo obligatorio por el Tribunal Constitucional, y no facultativo, como lo es en la actualidad, para preservar, de esta manera, el principio de supremacía constitucional, cuidando que todas las normas internacionales recepcionadas en nuestro Derecho se ajusten a la Constitución Política⁵⁹.

5. Fernando Gamboa ha propuesto el control obligatorio en dos oportunidades.⁶⁰ Su idea se articula como un comentario accesorio a los temas centrales que trata en sus artículos.

(...) aprobado un tratado, siempre debería contar con el control del Tribunal Constitucional para no crear, desde un comienzo, discordancias con la Carta Fundamental, exigiéndose los quórum especiales en el Parlamento (...). Lamentablemente aquí existe un vacío constitucional, porque lo expresado por ésta en su artículo 82 N° 1 [actual Artículo 93, N° 1] sólo se refiere a las leyes orgánicas constitucionales y a aquellas interpretativas de textos de la Constitución.⁶¹

En otro trabajo, relativo al caso de la Corte Penal Internacional, el profesor Gamboa agrega: “Es lamentable la falta, como muchas otras, de cierta reforma constitucional que haga obligatorio el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados que establece el art. 82 N° 2 de la Constitución [actual Artículo 93, N° 1], que se encuentra durmiendo en nuestro parlamento”.⁶²

6. Arturo Fermandois. Su interesante y completo trabajo acerca de las impli-

58 Monsálvez, op. cit., 152.

59 Monsálvez, op. cit., 153-154.

60 Gamboa, op. cit., 11; Gamboa, op. cit., 8.

61 Gamboa, op. cit., 11, 31.

62 Gamboa, op. cit., 8, 158.

cancias del Tribunal Penal Internacional no puede dejar de leerse.⁶³ En efecto, en el contexto del debate relativo a la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del tratado que instituye la Corte Penal Internacional (donde Ferman-
dois participó alegando su inconstitucionalidad), el autor propone modificar la Constitución y crear un régimen especial para aquellas convenciones inter-
nacionales que crean jurisdicciones supranacionales.

Este sistema consistiría en que los proyectos debieran ser aprobados con un

*quórum alto y control forzoso por el Tribunal [Constitucional] para esta clase de tratados. En cuanto a su control, creemos reflejar el senti-
do del mundo constitucional, al sugerir que todos los tratados, incluso
aquellos acogidos al inciso 2° del N° 1 del artículo 50, deben incor-
porarse al N° 2 del artículo 82 de la Constitución, materializándose
respecto de ellos un control forzoso de constitucionalidad*⁶⁴.

Su interesante opinión solo se aplica a un tipo específico de tratados internacio-
nales y no a todos ellos, razón por la cual este autor no participa necesariamente
del grupo que analizo. Sin embargo, su postura es importante, sobre todo si se
considera que el autor participa de doctrinas frecuentemente muy diversas res-
pecto de las de los otros autores que hemos estudiado en esta sección.

7. Emilio Pfeffer. En mi investigación encontré dos trabajos donde Pfeffer se
refiere a los tratados internacionales.⁶⁵ En ambos intenta describir la precarie-
dad y los vacíos constitucionales en la regulación del régimen internacional,
mostrándose crítico. Dentro de ese contexto, en el segundo de sus trabajos, y
luego de señalar la importancia de que se respeten principios como el *pacta
sunt servanda*, la buena fe y los quórums parlamentarios,⁶⁶ indica que:

*Los anterior exige además definir si se establecerá, como parece lógico
y razonable, un control preventivo y obligatorio de la constituciona-
lidad de las normas contenidas en tratados internacionales luego de*

63 Ferman-
dois, op. cit.

64 Ferman-
dois, op. cit., 488.

65 Pfeffer, op. cit., 12; Pfeffer, op. cit., 4.

66 Pfeffer, op. cit., 4, 473-474.

*que éstos sean aprobados por el Congreso Nacional, y antes de que aquellos sean remitidos al Presidente de la República para su posterior ratificación*⁶⁷.

Sus breves palabras se sitúan en un análisis de conveniencia, donde Pfeffer se muestra contrario a la existencia del control represivo⁶⁸ y propone la adaptación de Chile al contexto internacional contemporáneo. Cabe hacer presente que, en relación con su primer trabajo, la opinión de Pfeffer evolucionó, ya que en un comienzo no había mostrado inconveniente alguno en que la Corte Suprema ejerciera el recurso de inaplicabilidad.⁶⁹ Sin perjuicio de ello, la idea de establecer un control preventivo obligatorio se encontraba también en este primer trabajo. De hecho, sostiene que:

*[Se] (...) evidencia lo imperfecto e incompleto que resulta el mismo (...). Por lo tanto, parece aconsejable asignar, con carácter obligatorio y no facultativo, la atribución al Tribunal Constitucional para que (...) [lo ejerza respecto de aquellos tratados que] (...) no deben someterse a su consideración, a fin de evitar que ellos entren en conflicto con las normas substantivas de la Carta Fundamental y con aquellas disposiciones que, contenidas en tratados internacionales, regulen derechos esenciales de la persona*⁷⁰.

Todos los autores que proponen el establecimiento del control preventivo obligatorio para los tratados internacionales deben admitir lógicamente que los mismos se encuentran bajo la supremacía constitucional, ya que, de lo contrario, no tendría sentido controlar el cumplimiento de la misma. Por ello, Nogueira se contradice al sostener, como vimos, que ciertos tratados tienen rango constitucional y, al mismo tiempo, deben sujetarse a control constitucional.⁷¹

67 Pfeffer, op. cit., 4, 474.

68 Pfeffer, op. cit., 4, 473.

69 Pfeffer, op. cit., 12, 69-70.

70 Pfeffer, op. cit., 12, 71.

71 En palabras de Saenger: "Es absurdo, en la más elemental lógica, suponer que un tratado pudiese tener la jerarquía de la Constitución, si el propio tribunal llamado a velar por la supremacía constitucional, puede señalar que un tratado o una parte de él es inconstitucional". Saenger, op. cit., 661.

Por su parte, los planteamientos de Miguel Ángel Fernández y Emilio Pfeffer resultan consistentes con sus ideas *prospectivas*, trasladando este problema a un debate de conveniencia, que es donde me interesa entrar. En la misma situación se plantean Aldo Monsálvez y Arturo Fermandois, cuyas opiniones favorecen la creación de un régimen especial que hoy no existe. Estos últimos dos autores creen que los tratados internacionales no gozan de una jerarquía especial, lo que los diferencia sustancialmente de los otros dos. Por su parte, Fernando Gamboa también participa de la idea de reformar lo que considera un *vacío*. Cabe recordar que Fermandois solo participa de la propuesta de manera parcial, ya que su opinión está expresada en el contexto de un tipo específico de tratados internacionales: los que crean jurisdicciones supranacionales.

Resumiendo lo dicho por todos los autores citados, puede decirse que las razones que justifican la idea que trato en este trabajo son las siguientes:

1. Lograr seguridad jurídica al garantizar la constitucionalidad de los tratados internacionales que entren en vigencia.⁷² Ello refuerza la *inviolabilidad* de la Constitución.⁷³

2. Respetar el ordenamiento internacional y no oponer obstáculos internos a su cumplimiento,⁷⁴ lo que se puede producir con el control represivo.⁷⁵

Hay, en síntesis, una doble preocupación: por una parte, el respeto por el derecho constitucional nacional, que tiene como pilar la supremacía de la Constitución, lo que denominaré *argumento constitucional*; y por otra parte el respeto por el derecho internacional, que llamaré *argumento internacional*.

Frente al *argumento constitucional*, puede responderse que la propuesta resulta insuficiente por las razones que daré a conocer en la sección siguiente. En efecto, la propuesta, al eliminar el control represivo, supone un costo importante para la supremacía constitucional y al mismo tiempo incluye una forma deficiente de controlar la constitucionalidad, como se verá.

72 Nogueira, op. cit., 32, 393; Monsálvez, op. cit., 153-154; Pfeffer, op. cit., 12, 71; Gamboa, op. cit., 11, 31.

73 Henríquez, op. cit., 40, 125.

74 Nogueira, op. cit., 32, 393.

75 Henríquez, op. cit., 40, 120.

Por su parte, el *argumento internacional* debe relativizarse. En efecto, este argumento será parcialmente cierto en la medida en que se elimine el control represivo. La verdad es que la mejor manera de respetar el derecho internacional es dando un cumplimiento efectivo al *argumento constitucional*, lo que identifica a ambos. En otras palabras, si el tratado internacional respeta la Constitución, entonces no podrá ser declarado, en teoría, inconstitucional, lo que eliminaría al *argumento internacional*. Por consiguiente, la mejor forma de responder este segundo argumento es haciéndose cargo del primero.

Lo anterior significa asumir que el problema no está en la declaración de inconstitucionalidad, sino en el hecho de celebrar tratados internacionales contrarios a la Constitución. En efecto, la verdadera causa de la responsabilidad internacional no es el ejercicio del control constitucional, sino la razón por la cual este operará. Esa razón es la inconstitucionalidad. Por ello, lo óptimo es impedir que se celebren tratados internacionales contrarios a la Constitución, teniendo las autoridades competentes el mandato jurídico de no celebrar dichos tratados. Un control preventivo obligatorio no soluciona el problema porque su ineficacia (a la que me referiré en la sección siguiente) hace posible la existencia de normas internacionales inconstitucionales. Así, esta propuesta no es capaz de equilibrar los dos argumentos, haciendo posible que se sacrifique uno (el *constitucional*) a favor del otro (el *internacional*).

Este es un costo que pareciera no preocupar a algunos, pero lo cierto es que significa desnaturalizar el concepto mismo de Constitución.

Proponer la eliminación del control represivo y reemplazarlo por el preventivo implica admitir que el primero debería proceder en caso que no se elimine el primero. En otras palabras, si este control represivo no se prohíbe, el mismo sería procedente no obstante la existencia del control preventivo obligatorio. Y si fuera procedente, es porque existen razones que justifican la eventual existencia de una inconstitucionalidad en el futuro, no obstante haber aprobado el trámite del control preventivo. Así, al prohibir el control represivo, se admite que pueden existir ciertas inconstitucionalidades que no serán susceptibles de ser reparadas por la vía de la justicia constitucional, sino solo a través de facultades pertenecientes al plano internacional, tales como la denuncia y la renegociación de tratados vigentes.

Por esta razón, al admitir la existencia de normas inconstitucionales que quedan fuera de la órbita de control constitucional, por el solo hecho de proponer esta reforma se aceptan costos eventuales en materia de supremacía constitucional.

Ya habiendo aclarado estos puntos, los que me servirán de premisa, en la sección siguiente abordaré los argumentos por los cuales la propuesta de establecer un control preventivo y obligatorio para todos los tratados internacionales es inconveniente.

III. Argumentos en contra del control preventivo y obligatorio de los tratados internacionales

Para ordenar esta sección, distinguiré tres niveles de argumentación: En primer lugar (1), se encuentran las condiciones para que la propuesta opere de manera relativamente aceptable. Demostraré que estas condiciones son muy difíciles de cumplir. En segundo lugar (2), en el hipotético contexto de que las condiciones antes mencionadas se cumplan, se encuentra un contra argumento consistente en la ineficacia relativa del control preventivo obligatorio. Este argumento se aplica a cualquier tipo de control constitucional preventivo obligatorio. En tercer lugar (3), argumentaré específicamente en contra de este tipo de control aplicado a los tratados internacionales. Demostraré que las causas que explican la ineficacia relativa de este control se ven robustecidas en el caso de los tratados internacionales.

1. Primer nivel: Condiciones para que la propuesta opere de manera relativamente aceptable

Para que la propuesta de establecer un control preventivo y obligatorio para todos los tratados internacionales pueda operar, aunque con resultados relativamente inciertos, se requiere del cumplimiento de determinadas condiciones. De esta manera, solo dando cumplimiento a las mismas podría aceptarse la discusión. En este capítulo, constataré cuáles son dichas condiciones y por qué no resulta fácil que ellas se generen. Así, pretendo demostrar que la factibilidad de establecer e implementar la propuesta no es muy alta. Por supuesto, esta sección reconoce la posibilidad de que las condiciones tengan lugar en el futuro, lo que nos llevará al segundo nivel de argumentación, relativo a los contra argumentos que demuestran la inconveniencia de aceptar la idea ya señalada.

Una primera condición para la procedencia de la idea –ya mencionada anteriormente– es la siguiente: debe aceptarse que la Constitución es suprema y superior a los tratados internacionales. No podría concebirse, como ya lo indiqué, que existiera un control constitucional sobre una norma de idéntica o incluso de superior jerarquía. Ello sería tan absurdo como proponer el control de legalidad de la ley o de la norma suprema. Si una norma es de idéntica o superior jerarquía, entonces su contraposición implica la derogación total o parcial de la norma inferior (criterio de jerarquía) o anterior (criterio cronológico), salvo que se aplique un criterio de especialidad.

Para que la supremacía constitucional sea una realidad en la práctica, ella no puede estar exenta de ciertos mecanismos, como ocurre con la rigidez y el control constitucional. Si no hay rigidez, la Constitución podría ser modificada por normas que tengan procedimientos de reforma más flexibles, lo que la haría equivalente a la ley. La Carta Fundamental es rígida o semirrígida; no así los tratados internacionales. Por otro lado, si no hay control constitucional, se acepta que las mayorías parlamentarias puedan legislar sin control sobre cualquier punto, sea o no conforme a la Constitución. Por lo anterior, la supremacía constitucional supone el control, ya que, de lo contrario, quedaría a la mera discrecionalidad del legislador el respetar las normas, lo que incidiría en un daño al Estado de Derecho y al principio de responsabilidad y revisión judicial.

El problema de esta condición es que, como vimos, no está muy claro en doctrina cuál es la real jerarquía de los tratados internacionales. Si se acepta que ellos están bajo la Constitución, no hay problemas, pero si se indica que ellos tienen una jerarquía equivalente o superior a ella (como ocurre con un importante grupo de doctrina que citamos), entonces el control constitucional pierde sentido. Este problema subsiste si se defiende la tesis de que solo los tratados que versan sobre derechos esenciales son equivalentes o superiores. De aceptarse esta última tesis, la propuesta se relativizaría demasiado. Tanto que no se cumpliría, según nuestra denominación, el *argumento constitucional*. Así, la propuesta importaría una contradicción de fines. Por lo demás, ¿qué debe entenderse por derecho esencial? ¿Es, por ejemplo, un tratado de libre comercio que regula el ejercicio de la libertad económica, un tratado sobre derechos esenciales? ¿Qué sucede si el tratado contiene disposiciones que no reconocen derechos esenciales y otras que sí? ¿Cómo separar el tratado de

su contenido? ¿Son las normas que disponen garantías de protección a los derechos esenciales, derechos esenciales a su vez?

Por lo anterior, para aceptar la propuesta debe primeramente aceptarse la condición de que todos los tratados internacionales (incluyendo los que versan sobre derechos esenciales) están bajo la supremacía constitucional y pueden, por consiguiente, ser objeto de un control constitucional.

Una segunda condición para que la idea de establecer un control preventivo obligatorio pueda ser factible, dice relación con la finalización o derogación del control represivo. Si ello no fuera así, no se cumpliría con el *argumento internacional* de la propuesta y se perdería un fin cardinal de la misma. Aceptar la procedencia del control represivo implicaría continuar con los riesgos de que una norma se declare inconstitucional y, por consiguiente, aceptar también la infracción del *pacta sunt servanda*. No obstante, debe reconocerse que el control preventivo tal vez disminuiría las posibilidades de que una norma internacional inconstitucional sea aprobada. Sin embargo, y según veremos en el apartado siguiente (IV.2), esto último no se condice con las deficiencias del control preventivo obligatorio.

Volviendo al punto central de esta segunda condición, debe decirse que la idea esencial de terminar con el control represivo denota la intención de que el control preventivo lo sustituya. Es muy difícil que esto suceda puesto que, como veremos, se trata de controles muy diferentes. Así, un control no es *reemplazable* por el otro. Por lo demás, ¿es el control preventivo un buen sustituto? Mi respuesta es negativa, atendidas las razones que expondré.

Una tercera condición para la factibilidad de la propuesta dice relación con la posibilidad de que ella sea implementada en cuanto a terminar con el control represivo. Para ello, existen tres alternativas que aparecen poco probables en la realidad. El cumplimiento de alguna de estas alternativas haría posible lo anterior, pero ello es difícil.

En primer lugar, podría modificarse la Constitución prohibiendo expresamente el control represivo sobre los tratados internacionales. Los altos quórum que exige la Constitución para ello y los vaivenes naturales de la voluntad política hacen poco probable esta reforma. En segundo lugar, podría aceptar-

se la idea de que no se requiere reforma constitucional, ya que los tratados internacionales no son *preceptos legales*. El problema de esta aceptación es su carácter conflictivo y poco pacífico en la doctrina, lo que hace poco factible que la misma sea exitosa. Además, con el mismo argumento podría decirse que los tratados internacionales que regulan materias reglamentarias *no son actos administrativos reglamentarios* y, por consiguiente, quedarían fuera del control constitucional eliminando los contrapesos democráticos necesarios en la actividad del Jefe de Estado.⁷⁶ En tercer lugar, para que esta propuesta resultara operativa sin una reforma constitucional, debiera cambiarse la doctrina actual del TC, sentada en la sentencia rol 1288. Según este fallo, procede el recurso de inaplicabilidad respecto de los tratados internacionales. La mantención de esta doctrina dependerá de cómo se ordenen las mayorías al interior del TC.

Una cuarta condición para que la propuesta sea factible pasa por la necesidad de elegir entre dos alternativas difíciles: o no existe diferencia entre control abstracto y control concreto; o se debe terminar con la existencia del control concreto para los tratados internacionales.

Esta condición es muy importante ya que la naturaleza del control preventivo obligatorio es esencialmente abstracta. No hay aplicación de la ley ni norma vigente. Solo cabe hacer una comparación abstracta entre normas. En cambio, el control represivo es un control concreto (me refiero a la inaplicabilidad del Artículo 93 N° 6 de la Constitución) o, a lo menos, requiere de un control concreto anterior para ser ejercido (lo que ocurre con el control del Artículo 93 N° 7 de la Carta Fundamental). Este control concreto exige que la norma esté en vigencia, ya que busca examinar un eventual resultado inconstitucional en la aplicación de la misma. Por ello, el control preventivo obligatorio (abstracto) es sustancialmente diferente del recurso de inaplicabilidad (concreto). Ello hace imposible, como ya dije, *reemplazar* al otro con todas sus cualidades. Así, es posible que un precepto legal sea constitucional en abstracto e inconstitucional en ciertas hipótesis concretas. Por eso, el *reemplazo* dejará a dichas hipótesis sin posibilidad de reparo constitucional, lo que podría significar un alto costo a la supremacía constitucional y a los derechos fundamentales. Con ello, el *argumento constitucional* pierde sentido.

76 Cabe señalar que ya en la discusión del Consejo de Estado, el señor Carmona opinaba que si el acuerdo internacional no altera la legislación interna, no debería requerir la aprobación del Congreso. Ello representaba un problema, como dieron cuenta Philippi, Ibáñez y Ortúzar, ya que podrían vulnerarse las atribuciones del Congreso. Véase la sesión 80, de 10 de julio de 1979 en Arancibia *et al*, op. cit., 512-514.

Para superar lo anterior, existen las alternativas que ya enuncié: o se acepta que no existe diferencia entre un control y otro, lo que trae nuevas dificultades, como ocurre con la redacción del Artículo 93 N° 6 de la Constitución, la vigencia (o no vigencia) del precepto legal sometido a control, entre otras; o se finaliza con el control concreto. Esta última alternativa es necesaria porque la propuesta se define elementalmente como abstracta. Terminar con el control concreto implica dejar sin base, reitero, al *argumento constitucional*.

Todas las consideraciones anteriores son relevantes al momento de discutir la propuesta que examino. Algunas de ellas son viables, aunque su probabilidad es baja, como ocurre con la definición de la jerarquía respecto de los tratados internacionales y la doctrina del TC actual. Otras de ellas, en cambio, solo se pueden salvar si se aceptan altos costos para la supremacía constitucional. Estos últimos son más que condiciones: son verdaderos contra argumentos a la propuesta.

Pasemos ahora a examinar los defectos del control preventivo obligatorio.

2. Segundo nivel: Ineficacia del control preventivo obligatorio

Luego de señaladas las condiciones del apartado precedente, procede pasar a un segundo nivel del debate: la contra argumentación. Esta supone que las condiciones indicadas se superaron, por lo que este debate se encuentra, en cierta medida, condicionado. Haré, no obstante, el ejercicio. A mi juicio, existen varias razones que desaconsejan adoptar el control preventivo obligatorio, las que intentaré sintetizar en este apartado.⁷⁷

El control represivo no *reemplaza* al control preventivo, porque uno es concreto y el otro abstracto, como ya vimos. Sin embargo, hay otras razones que fortalecen lo anterior: en el control preventivo obligatorio no existe el ejercicio de una verdadera jurisdicción, ya que no hay partes, no hay requerimiento ni pretensiones, ni cosa pedida ni causa de pedir, ni argumentos a la vista; puede que ni siquiera exista una duda de constitucionalidad. La norma objeto de control no ha entrado en vigencia, por lo que es difícil imaginar cuáles

⁷⁷ Sobre un buen resumen de los argumentos a favor o en contra del control preventivo obligatorio, véase el trabajo de BORDALI (2005). Además, véase la aguda crítica de Shapiro, Martin "Revisión judicial a priori y a posteriori: los modelos norteamericano y europeo", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3, 1993, 475-479.

serán los efectos y consecuencias de la misma.⁷⁸ Cualquier consideración al respecto será solo hipotética y carecerá de comprobación empírica. Por todo esto, las sentencias emanadas del control preventivo obligatorio normalmente son poco fundamentadas y usualmente no realizan reparos de constitucionalidad.

En cambio, en la inaplicabilidad se da una gestión pendiente que representa un caso concreto en que hay un tribunal ejerciendo jurisdicción de manera actual, coetánea al control constitucional. Existen partes (o al menos un interesado), un (o varios) intereses visibles y una controversia (o una solicitud concreta no contenciosa) en que se contraponen argumentos perceptibles. Además, la norma se observa en una hipótesis de aplicación, donde es posible visualizar cuáles serán los efectos de la misma, ya que ella se encuentra vigente. Incluso, es posible tener una comprobación empírica respecto a las consecuencias que la misma ha producido en el pasado, por lo que el TC tiene muchos elementos de juicio que enriquecen su análisis.

Atendido todo lo anterior, los elementos del control represivo hacen que este sea único e irremplazable. Dejar el mismo por un control abstracto y previo es un riesgo para la supremacía constitucional. Esto nos lleva al siguiente punto:

Como ya es majadero repetir, el control constitucional preventivo obligatorio tiene como efecto inhibir el control represivo. Ello trae como consecuencia que no podrá reclamarse en contra de aquellos preceptos que hayan sido aprobados en el *control a priori*, ni aun en casos de aplicación concreta. Ello hace muy difícil el respeto por los derechos fundamentales en la aplicación de la norma cuestionada⁷⁹ y podría dejar a las personas en la indefensión frente a eventuales menoscabos producidos por la aplicación de la norma declarada constitucional. En el control obligatorio no existe la posibilidad de que las per-

78 Shapiro, op. cit., 479.

79 En efecto, Rousseau reconoce que “*si en el momento de su concepción, una ley puede parecer perfectamente conforme a la Constitución, es posible que en el momento de su aplicación se muestre contraria a un principio constitucional, ya sea porque se aplica a situaciones nuevas o porque se ha reconocido valor constitucional a una nueva libertad o derecho o se le ha dado otra interpretación. En definitiva, no es sino en el momento de su aplicación cuando una ley puede atentar a los derechos y libertades de los individuos*”. Rousseau, Dominique, *La Justicia Constitucional en Europa* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2002, 55. Este mismo autor da un ejemplo de un caso de control concreto en sede preventiva, lo que es absolutamente excepcional. Véase Rousseau, op. cit., 110.

sonas reclamen (salvo por el ejercicio del derecho de petición) y que obliguen a que el TC se pronuncie respecto de sus pretensiones.

Volviendo a otro punto que ya esboqué, debe reconocerse que admitir que no haya control represivo significa sostener que no pueden existir reformas constitucionales sobrevinientes que modifiquen sus normas, alterando con ello el sistema jerárquico de fuentes del derecho. Ello es parcialmente reconocido por el propio Humberto Nogueira: “Una reforma constitucional sólo podría modificar las normas de un tratado en materia de derechos humanos, en la medida que implicara una mayor protección y garantía de tales derechos, no pudiendo desmejorar su situación jurídica”.⁸⁰ Así, Nogueira admite que su tesis implica dejar fuera de la supremacía constitucional aquellos tratados que *no signifiquen una mayor protección*.

Si el control preventivo obligatorio es ineficaz como instrumento de control, entonces no es una garantía de constitucionalidad. La posibilidad de que una norma inconstitucional sea declarada constitucional preventivamente eliminará la posibilidad de que ella sea reparada en el futuro. Así, el *argumento constitucional* sería inútil y no se otorgaría la certeza jurídica que se busca.⁸¹

3. Tercer nivel: Ineficacia del control preventivo obligatorio en los tratados internacionales

Ya vistos los problemas del control preventivo obligatorio en general, los que en su conjunto desaconsejan la adopción del mismo, pasaré a un tercer nivel en la discusión: estos problemas se agravan tratándose de tratados internacionales. En efecto, los tratados internacionales tienen características que los separan de otras fuentes del derecho. Estas características fortalecen la inconveniencia de aceptar la propuesta. Veamos cuáles son las ideas que refutan dicha propuesta en este nivel:

Como ya expliqué, el control preventivo obligatorio dejaría a los tratados internacionales con un *sello de constitucionalidad* que impediría la procedencia

⁸⁰ Nogueira en Verdugo *et al*, op. cit., 127. Véase también 130.

⁸¹ Shapiro, op. cit., 477. Véase también Bordalí Salamanca, Andrés, “Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los tribunales constitucionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva* (Lexis Nexis), 2005, 234-236.

del control posterior.⁸² Ello genera la siguiente circunstancia: las reformas constitucionales sucesivas no tendrán valor alguno en el derecho internacional vinculante ya ratificado. Así, si se quisiera modificar nuestra Constitución, y en dicha modificación se disponen normas contradictorias con las establecidas en algún instrumento internacional aprobado en el control preventivo obligatorio, estas reformas constitucionales no podrían ser aplicadas en toda su plenitud. Ello implica disminuir la potestad constituyente derivada y, en consecuencia, reducir el ámbito de la soberanía. Un ejemplo: imaginemos que en Chile han sido declarados constitucionales ciertos tratados internacionales que disponen un régimen laboral rígido a los trabajadores y que, años después, se llegara a un consenso político unánime (es un caso hipotético) en que la flexibilidad laboral es un derecho fundamental que debe reconocerse constitucionalmente. Si la reforma constitucional se aprobara, ella no podría producir efectos, ya que la norma del tratado internacional no estaría sujeta a ningún tipo de control. A lo menos, se produciría una antinomia imposible de resolver, generando incoherencia en nuestro sistema jurídico. Ello obligaría a los jueces a elegir una norma u otra, sacrificando un precepto vigente de manera poco predecible.

Los tratados internacionales son originados producto de una negociación donde varios sujetos han expresado intereses y cedido posiciones. Ello podría hacer probable la incorporación de normas amplias abstractas, principios políticamente correctos y reservas específicas. Esto hace más difícil el análisis de constitucionalidad abstracto.⁸³ ¿Cómo se controla la constitucionalidad de un principio sin recurrir a una hipótesis de aplicación? Por lo mismo, es poco factible que se declare la inconstitucionalidad de un tratado internacional. Respecto de los tratados que versan sobre derechos esenciales, esta tarea se hace doblemente difícil. Una contradicción con la Constitución es muy difícil de ver en abstracto. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si el tratado reconoce excepciones no autorizadas por la Carta Fundamental o si se reconocen derechos a ciertos grupos sacrificando intereses de otros (por el principio de igual-

82 Sobre esta materia, véase mi trabajo en Verdugo R., Sergio, "El sello de constitucionalidad de los preceptos legales declarados constitucionales en el control preventivo", en 13 *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 57-82.

83 Para Shapiro, aunque no se refiere específicamente a los tratados internacionales sino que a cualquier proyecto en revisión constitucional, los problemas podrían crecer debido a que el "*lenguaje legal es vago e incompleto, de modo que cada uno de los grupos negociadores puede decir que refleja sus preferencias, aunque en sí mismo el lenguaje usado no tenga un compromiso definitivo con ninguna de las posiciones.*" Shapiro, op. cit., 478.

dad). Es poco factible visualizar una eventual inconstitucionalidad en este tipo de normas, si no se sabe cuáles son los efectos que las mismas producirán. Normalmente, la inconstitucionalidad siempre será futura y aplicada; rara vez será de texto. Por lo demás, la doctrina de la deferencia de los tratados, ya citada, fortalece la idea de que, ante la duda, el TC buscará una interpretación conciliable. Pero, ¿será vinculante dicha interpretación?

Debe recordarse que, debido a su especial naturaleza, el control preventivo obligatorio ha sido objeto de varios problemas que han sido denunciados por la doctrina, sobre los cuales no me extenderé mayormente.⁸⁴ ¿Queremos traspasar y fortalecer esos problemas al control de los tratados internacionales? Básicamente, todos esos problemas conducen a una inseguridad jurídica que será difícil de reparar si no existe control represivo. Piénsese, por ejemplo, en el problema del concepto de las LOC (Leyes Orgánicas Constitucionales). Un concepto más amplio implica extender la exigencia del quórum parlamentario y las atribuciones del propio TC; uno más restringido implica una disminución en la exigencia del quórum y de las atribuciones del propio TC. El problema se agrava por eventuales cambios en la doctrina del TC, lo que podría dejar a algunos preceptos con un grave vicio. Esta situación, podría pensarse, no tendría lugar con la propuesta, ya que *todos* los tratados irían al control preventivo.

Lo anterior no es cierto. En efecto, hay que diferenciar entre aquellos tratados que regulan materias propias de preceptos legales y aquellos que regulan materias reglamentarias. Los primeros irán al control y los segundos no. Ello haría necesario que el TC comenzara a distinguir entre unos y otros. En la discusión actual del problema ley-reglamento, ¿está clara la diferenciación? La respuesta es negativa. ¿Queremos entonces extender esta discusión a los tratados internacionales? Obviamente que no. Ello significaría someternos a una jurisprudencia probablemente vacilante, lo que traería más inestabilidad a las relaciones internacionales, debilitando el *argumento internacional*.

⁸⁴ Sobre esta materia, véase entre otros, a Pfeffer Urquiaga, Emilio “Algunos problemas que se derivan del Control Obligatorio de Constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las Leyes Orgánicas Constitucionales”, en 1 *Ius Et Praxis*, Año 4, 259-268; Aldunate Lizana, Eduardo, “Problemas del Control Preventivo de Constitucionalidad de las Leyes”, en 1 *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 3, 119-126; Buchheister Rosas, Axel y Soto Velasco, Sebastián, “Criterios para la calificación de normas orgánicas constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en 2 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, 253-275; Zapata Larráin, Patricio, *Justicia Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile), 2008, 432-448.

¿Qué sucedería con aquellos tratados que debieron ir al control preventivo pero que no fueron enviados? Este problema existe hoy respecto de las LOC. Imaginemos que la jurisprudencia es vacilante y que no hay señal clara respecto de qué tipo de tratados corresponde a materias de ley y cuál a materias reglamentarias. Cualquier error (que es probable en ese contexto) significaría la inserción de una norma inconstitucional a lo menos en la forma, que no podría ser reparada mediante un control represivo. Así, habría normas exentas de la justicia constitucional. Esto sería una debilidad evidente para el *argumento constitucional*.

Otro problema propio de los tratados internacionales dice relación con aquellos tratados cuyas cláusulas no son autoejecutables (*non self executive*). Este tipo de tratados han sido sometidos al control preventivo del TC cuando sus normas versan sobre materias propias de LOC, para el ejercicio del control obligatorio.⁸⁵ El TC, sin embargo, se ha negado a ejercer este control señalando que faltan las normas que los hagan ejecutables para que ellos puedan ser considerados.⁸⁶ Esto puede transformarse en un problema ya que, y sin perjuicio de que muchas veces su implementación requiere de acuerdos de ejecución, muchas normas que hacen operativos dichos tratados dicen relación con reglas de derecho interno, que no son necesariamente objeto del control constitucional preventivo. ¿De qué manera el TC examinaría estos tratados en el futuro? Resulta que no son operativos pero están vigentes y, cuando llega su operatividad, no cabe el control represivo. Lo mismo podría decirse si su operatividad dependiera de un tratado que es considerado equivalente a un reglamento de ejecución, ya que los tratados que versan sobre materias reglamentarias no debieran, en principio, ser sometidas al control preventivo obligatorio.⁸⁷ El problema para el *argumento constitucional* se hace evidente en ambos casos.

85 Véase Tribunal Constitucional, rol N° 309-00, sentencia de fecha 4 de agosto de 2000; Tribunal Constitucional, rol N° 383-03, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2003; Tribunal Constitucional, rol N° 1483-09, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009; Tribunal Constitucional, rol N° 1504-09, sentencia de fecha 27 de octubre de 2009.

86 Para una crítica a esta práctica del TC, véase Fernandois V., Arturo, *Derecho Constitucional Económico* (Ediciones Universidad Católica de Chile) 2006 (2° edición), Tomo I, 209-210. En síntesis, la crítica consiste, en primer lugar, en que la Constitución no distingue entre normas autoejecutables y no autoejecutables. En segundo lugar, la práctica del TC obedece a una premisa inadmisibles: ve a este tipo de tratados como normas *cuasi jurídicas*, como herramientas políticas y no como leyes vigentes. En tercer lugar, dice el autor, en una opinión que comparto, las normas programáticas pueden resultar inconstitucionales si se infringe la Constitución.

87 Sobre esta materia, puede verse la sesión 80, del Consejo de Estado, de 10 de julio de 1979 en Arancibia *et al*, op. cit. 512-514.

Ya revisadas las condiciones que hacen poco probable la propuesta tratada en este trabajo, y debidamente refutada la misma, se sugiere su rechazo . Ello, por supuesto, no excluye la posibilidad de que en el futuro se realicen otras reformas que colaboren a uniformar la doctrina y a generar, en definitiva, la seguridad jurídica que exigen tanto el *argumento constitucional* como el *argumento internacional*.

V. Conclusiones

1. La discusión relativa a los tratados internacionales generó polémica antes de la reforma constitucional del año 2005. La doctrina se encontraba dividida en muchos puntos importantes que implicaban una incerteza para las relaciones internacionales y para la supremacía constitucional. Este debate se agudizó luego de la reforma constitucional de 2005 y está lejos de llegar a término.

2. La propuesta de la doctrina de establecer un control preventivo y obligatorio para todos los tratados internacionales resulta aparentemente interesante. Ella se ha planteado de manera breve, sin un mayor desarrollo, y ha sido aceptada por numerosos académicos. Ellos la proponen como una solución a los problemas originados en la discusión doctrinaria, con el fin de equilibrar la supremacía de la Constitución con la estabilidad de las relaciones internacionales.

3. Esta idea es inconveniente y poco factible por diversas razones que pueden agruparse como indico.

4. En efecto, hay tres tipos de argumentos contrarios a la misma. Un primer grupo dice relación con las condiciones de factibilidad de ella. Estas hacen muy poco probable su adopción o, a lo menos, significan una disminución en la protección de alguno de los fines que dicha propuesta dice proteger.

5. Un segundo grupo de argumentos se opone a la propuesta debido a las debilidades del control preventivo obligatorio. Uno de los principales es que el mismo no reemplaza el control represivo, por lo que el costo constitucional generado podría ser muy alto.

6. Un tercer grupo de argumentos refuta la propuesta atendiendo a las características propias de los tratados internacionales, las que agravan los problemas a que me referí en el párrafo precedente.

SECCIÓN RECENSIÓN DE PUBLICACIONES

DERECHOS FUNDAMENTALES

Eduardo Aldunate Lizana

Legal Publishing, 2008

*Jaime Bassa*¹

I. Contexto de la bibliografía nacional sobre derechos fundamentales

La temática de los derechos fundamentales es una de las áreas centrales de la disciplina del Derecho Constitucional y concentra una cantidad importante de páginas en la doctrina extranjera y también nacional. De hecho, cada uno de los nuevos sistemas procesales que han entrado en vigencia en los últimos años en nuestro país, contempla sistemas especiales de tutela de los derechos de las personas; tal es el caso de la tutela de derechos en los nuevos procesos penal y laboral, así como la posibilidad de objetar prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, en el nuevo procedimiento de familia.

La doctrina nacional ha escrito miles de páginas sobre la regulación de los derechos fundamentales en Chile. Aun cuando la gran mayoría de ellas abordan la temática desde un desarrollo sinóptico de todo el Derecho Constitucional, es posible constatar la presencia de algunos trabajos íntegramente dedicados a la temática de los derechos. Entre los primeros, es posible dar cuenta de los trabajos de Alejandro Silva Bascuñán² y José Luis Cea³. Entre los segundos,

1 Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Público, Universidad de Chile. Candidato a Doctor en Derecho Universidad de Barcelona, España. Director de la revista *Nomos*, de la Universidad de Viña del Mar, y editor adjunto de la *Revista Chilena de Historia del Derecho* de la Universidad de Chile. Docente en la Universidad Diego Portales.

2 Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) 1997-2008.

3 Cea, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, (Ediciones Universidad Católica de Chile) 2001-2003.

los de Enrique Evans de la Cuadra⁴, Gastón Gómez⁵ y Humberto Nogueira⁶. Finalmente, se ha publicado una serie de artículos especializados, así como obras colectivas, que abordan la temática desde las particularidades propias de los intereses de cada autor.

Salvo en el caso de los artículos de doctrina, buena parte de lo escrito en materia de derechos fundamentales ha significado aportes más bien marginales al desarrollo dogmático de la disciplina. Con un escaso trabajo crítico sobre la normativa vigente y su aplicación por los tribunales, las obras de la disciplina han abusado principalmente de dos recursos:

1. A partir de una errónea concepción de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, los tratadistas nacionales han hecho de las actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución un espacio sacrosanto de interpretación constitucional. Las Actas de la Comisión Ortúzar han sido abrazadas por la gran mayoría de la doctrina nacional como fuente de interpretación auténtica de las normas constitucionales. Sin embargo, una serie de factores disminuye considerablemente la utilidad de las Actas como fuente de interpretación: a) los distintos contextos políticos de cada período, que impiden transplantar sin más las construcciones teóricas forjadas en dictadura y obstaculizan la legitimación del trabajo realizado por encargo de la Junta Militar, que está lejos de ser una manifestación democrática de la voluntad del pueblo; b) las diferentes opiniones manifestadas al interior de la Comisión y el muy diverso peso específico de cada una de ellas en las respectivas votaciones, lo que da cuenta de la ausencia de una única forma de interpretar la Constitución, ni siquiera en su texto original; c) las claras disidencias expresadas entre sus miembros, que impiden atribuir *voluntad constituyente* a todas ellas y obliga al intérprete a un trabajo que no se ha realizado: identificar qué opiniones vertidas en el seno de la Comisión perviven en el texto actual y tienen, en definitiva, voluntad o autoridad constituyente; d) la revisión y modificación del proyecto de la Comisión, realizadas por el Consejo de Estado y luego por la Junta de Gobierno, órganos sin legitimidad democrática que terminaron por

4 Evans de la Cuadra, Enrique, *Los derechos constitucionales*, (Editorial Jurídica de Chile) 3a edición, 2004.

5 Gómez, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, (Universidad Diego Portales) 2005.

6 Nogueira, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca) 2007.

redactar un proyecto diferente; e) el rechazo de 1988-1989 al proyecto constitucional de la dictadura, que determinó que su articulado permanente nunca fuera aplicado íntegramente; y f) las más de doscientas reformas particulares que ha experimentado la Constitución desde 1989, las que han configurado un texto normativo que, aunque mantiene algunos enclaves autoritarios originarios, no es posible identificar con el texto emanado de la Comisión.

Dados estos elementos, me parece que, antes de recurrir a las citadas Actas para la interpretación de la Constitución vigente, es necesario enfrentar y superar un conjunto no menor de objeciones metodológicas, ejercicio que, en su mayoría, la doctrina nacional no ha realizado.

Efectivamente, sin un análisis crítico de las Actas que dé cuenta de estos factores, la doctrina nacional ha recurrido a las manidas Actas como si fueran depositarias de la verdad oficial que se lee de la Constitución y, además, como si efectivamente fuera posible extraer una única verdad del texto constitucional. Con ello, se ha perpetuado una concepción de la Constitución, y de la función que esta norma cumple en la sociedad, que es incompatible con el Estado Constitucional propio de una sociedad democrática. Este anquilosamiento en torno a las Actas ha impedido que la sociedad participe democráticamente en la construcción de su ordenamiento iusfundamental, tanto en sede legislativa como en materia de interpretación constitucional. La petrificación de los criterios constitucionales de la década de 1970, en dictadura, es incompatible con una sociedad plural que vive en democracia.

2. Asimismo, el trabajo que la doctrina ha realizado en torno a la jurisprudencia tampoco ha sido un aporte significativo al desarrollo de la disciplina. En general, es posible apreciar una tendencia a la mera reproducción de las sentencias del Tribunal Constitucional, sin un estudio que permita extraer conclusiones más o menos definitivas de ellas. Las sentencias son reproducidas, sin mayor comentario, como si de ellas fuera posible extraer conclusiones comunes entre los diferentes lectores, cuando ello no es así. Por el contrario, lo normal es que las sentencias constitucionales, particularmente en materia de derechos fundamentales, se construyan a partir de argumentos tan abiertos e indeterminados como las propias normas constitucionales que protegen los derechos, argumentos que no siempre son susceptibles de ser compartidos intersubjetivamente. Siendo ello así, el trabajo sobre la jurisprudencia consti-

tucional debiera apuntar a la construcción conceptual de las normas constitucionales que protegen derechos fundamentales. Sin embargo, pareciera que ella solo tiene por fin legitimar posiciones propias de los autores. Ciertamente, hay excepciones que bien vale la pena rescatar, como los trabajos de Atria⁷ y Gómez⁸, entre otros.

La inmensa mayoría de los trabajos nacionales en materia de derechos fundamentales se limita a sistematizar, en forma más o menos rigurosa, los numerales del artículo 19 de la Constitución. Agrupando, sin mayor originalidad, los derechos en distintos tipos de clasificaciones, la mayoría de los autores se ha limitado a abordar los derechos fundamentales desde el mero comentario del mencionado artículo. Esta abrumadora tendencia hacia el comentario exegético ha generado cientos de hojas que comparten una estructura común: transcripción del numeral respectivo, transcripción selectiva de las Actas de la Comisión Ortúzar, transcripción selectiva de alguna jurisprudencia constitucional y transcripción de algún autor extranjero que pueda servir de apoyo a este intento de configuración de los derechos. Hay una carencia endémica en la doctrina nacional de sistematización dogmática de los derechos fundamentales y de un desarrollo crítico del sistema vigente de reconocimiento y protección de los derechos, que ha empobrecido a la disciplina.

Aquí radica el principal aporte de Eduardo Aldunate al desarrollo de la disciplina: no entra en la trillada reproducción del artículo 19 de la Constitución Política, sino que desarrolla en forma sistemática la dogmática de los derechos fundamentales, abordando las diferentes aristas que componen el sistema de los derechos. Hay un esfuerzo encomiable por estudiar los derechos fundamentales desde la norma constitucional vigente, pero sin caer en la mera reproducción del artículo 19. Aldunate acusa con claridad la pobreza de la doctrina nacional sobre derechos fundamentales en la sistematización de la normativa constitucional, que no se ha hecho cargo de caracterizar los derechos desde el texto fundamental.

A juicio del autor, esta carencia puede debilitar la propia vigencia normativa de la Constitución, ya que la pobreza de la construcción dogmática, sumada a

7 Atria, Fernando, *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*, (Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho) 1997.

8 Gómez, op. cit.

lo escueto de las declaraciones de derechos, abre un gran espacio de decisión que es entregado a los tribunales. El desplazamiento de las decisiones públicas desde el legislador hacia la sede jurisdiccional, junto a una proliferación de normativa de rango legal que positiviza derechos fundamentales, puede generar un vaciamiento del contenido fundamental de los derechos, cuestión que se ve agravada por la falta de desarrollo dogmático. Es aquí donde la doctrina nacional de los derechos fundamentales debiera trabajar en la sistematización del derecho vigente en la materia con el fin de aunar los criterios de identificación del contenido constitucional de los derechos y, con ello, los propios criterios de interpretación. Esta tendencia podría terminar mellando no solo la propia vigencia normativa de la Constitución, como avisa el autor, sino la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales, dado que la falta de desarrollo dogmático entrega su protección a los criterios de interpretación constitucional que cada tribunal decida aplicar.

Asimismo, es necesario anotar que el desarrollo teórico de la doctrina constitucional chilena no aborda las temáticas más conflictivas ni entra en los conceptos que más tensionan a la disciplina. Se ha escrito bastante sobre derechos fundamentales pero sin entrar en los temas de fondo, en aquellos asuntos que dividen a la doctrina comparada, que determinan el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales y, en definitiva, qué se dice de ellos. Esta ausencia de tensión teórica se debe, a mi juicio, a que la doctrina mayoritaria no ha explicitado los supuestos teóricos y políticos desde los cuales aborda el fenómeno normativo —pero también político y cultural— de los derechos fundamentales. La consecuencia de ello ha sido la construcción de una suerte de lectura oficial de la Constitución y de las normas de derechos fundamentales, desde una posición teórica determinada, y que no se hace cargo de las grandes discusiones que hay tras esos derechos (sus fundamentos, su propio concepto, etc.). En este sentido, el trabajo de Aldunate significa un aporte, ya que aborda estas temáticas más conflictivas y hace dialogar a la doctrina nacional con la comparada, evidenciando las diferencias que existen entre las aproximaciones teóricas y extrayendo interesantes conclusiones de ello. Con este ejercicio, el autor da cuenta que tras la construcción de una dogmática de los derechos fundamentales hay una serie de supuestos políticos que son susceptibles de ser controvertidos y que, según cómo se solucione dicha controversia, desembocarán en una determinada teoría de los derechos o en otra distinta.

II. Comentarios críticos sobre el libro y los temas propuestos

En el contexto de la literatura nacional, el libro en comento viene a llenar un vacío importante, lo que se aprecia desde la propia estructura que ha asumido el autor. En un serio esfuerzo de desarrollo dogmático, abandona el clásico esquema de comentario del artículo 19 de la Constitución, para adentrarse en las temáticas más conflictivas de la regulación constitucional de los derechos fundamentales. Así, tres partes (Derechos Fundamentales y Derechos Humanos; Elementos de dogmática iusfundamental; y Los derechos fundamentales en la Constitución) agrupan un total de diecisiete capítulos, a lo largo de los cuales el autor desarrolla prácticamente todas las perspectivas relevantes para la construcción de una dogmática de los derechos fundamentales.

En la primera parte, titulada *Derechos Fundamentales y Derechos Humanos*, el autor estudia los antecedentes históricos de la construcción conceptual del término, recogiendo los antecedentes más relevantes de las distintas etapas históricas y los aportes que cada una de ellas ha realizado a la construcción actual del concepto. El autor realiza el ejercicio de particularizar el aporte de las tres principales vertientes del constitucionalismo moderno (inglesa, estadounidense y francesa), desde sus respectivos contextos históricos. Así, se realza la determinante influencia de los contextos socioculturales tanto para la concepción como para el reconocimiento y protección de los derechos de las personas, sin caer en la tentación de simplificar las diversas matrices conceptuales a partir de las identidades en los términos.

La terminología, en esta materia, también ocupa un lugar relevante en la construcción dogmática: los derechos de la persona son señalados con una amplia variedad de términos, de los cuales da cuenta el autor. Dicha variedad se encuentra a menudo acompañada de una confusión conceptual que obstaculiza el estudio de las instituciones reguladas por el derecho. Para una construcción dogmática de los derechos fundamentales, es clave delimitar el significado de los términos. Esta falta de unidad conceptual en el uso de los términos constituye una carencia adicional de la ya acusada débil dogmática de los derechos fundamentales en la doctrina nacional, a la que Aldunate dedica un capítulo completo, rescatando la doble dimensión de los derechos fundamentales (formal, en cuanto a su positivación constitucional, y material, en cuanto elementos constitutivos del orden político).

Uno de los puntos débiles que se podría señalar en la construcción dogmática de los derechos que realiza el autor, dice relación con los derechos económicos, sociales y culturales en tanto derechos fundamentales. La configuración conceptual de estos derechos ha motivado una intensa discusión que no cuenta con un acuerdo consensuado entre los exponentes de las diversas posturas. Al abordar la relación entre derechos fundamentales y Estado de Derecho —y, concretamente, el Estado social—, el autor se inclina por acoger la temprana tesis esgrimida por Ernest Forsthoff, uno de los principales detractores de la idea de derechos de carácter prestacional. Así, Aldunate cuestiona el carácter de derecho fundamental de los derechos sociales por la imposibilidad de garantizar “*los recursos económicos para otorgar lo que se supone se asegura*”⁹.

Sin embargo, aunque la discusión no se encuentra zanjada (y, probablemente, nunca lo estará), los contrapuntos teóricos que se pueden oponer a las teorías sostenidas por Forsthoff y otros aportan elementos interesantes que deberían ser considerados, particularmente dadas las dificultades de la doctrina nacional para la construcción dogmática de los derechos fundamentales. Por lo pronto, salvo el derecho a la libertad de conciencia, todos los derechos fundamentales tienen, en mayor o menor grado, una dimensión de abstención y una de prestación. Ciertamente, existe una mayor dificultad teórica para conceptualizar aquellos derechos que requieren de un nivel de prestación mayor para su ejercicio y garantía. Pero este dato, por sí solo, no zanja la discusión en torno al carácter de *fundamental* de estos derechos, ya que existen otros derechos que requieren niveles similares de prestación estatal y cuyo carácter de *fundamental* no se discute: como los derechos que componen el debido proceso (aunque también son entendidos como principios de organización y actuación jurisdiccional) y el acceso a la justicia.

Ahora bien, el estudio de los derechos sociales requiere tener presente la dimensión histórica, principalmente en lo relativo a su contexto de positivación y a los intereses materiales que buscan proteger. A mi juicio, este elemento entrega algunas luces acerca de la resistencia que generó (y genera) el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales. Así, considerando que 1) los derechos no emanan de la dignidad de la persona humana, sino que ésta solo sirve de fundamento positivo

9 ALDUNATE, Eduardo, *Derechos fundamentales*, (Editorial Legal Publishing) 2008, 73.

a los derechos: así, la positivación de derechos depende de la concepción que se tenga de la dignidad de la persona en cada momento histórico y en cada contexto cultural, la que determinará el reconocimiento positivo de nuevas dimensiones de la igual dignidad de las personas que serán protegidas por la Constitución; 2) los derechos fundamentales son el resultado de un largo proceso histórico de carácter cultural, a través del cual distintos grupos sociales oponen (y, luego, imponen) sus necesidades materiales al poder político para que éste los reconozca y proteja positivamente, 3) el tránsito del Antiguo Régimen al Estado de Derecho no supuso el fin de una forma de positivación de intereses socioculturales, sino el inicio del reconocimiento de dichos intereses como universales y comunes a todas las personas, pasando del modelo de privilegios al de derechos: así, el reconocimiento de la igual dignidad de las personas trae como consecuencia la titularidad universal de los derechos; es posible afirmar que 4) los derechos sociales constituyen una nueva manifestación de este proceso histórico de positivación de necesidades socioculturales que, tal como cada una de las etapas anteriores, ha tenido firmes retractores que defienden, principalmente, las posiciones de poder preexistentes.

No se trata solo de dificultades técnicas de positivación de estos derechos o de la imposibilidad de garantizar los recursos necesarios para la protección de estos 'nuevos' espacios de vulnerabilidad de la igual dignidad de las personas. Se trata, también, de un intento por proteger la configuración liberal de los derechos individuales, propia del siglo XIX. Me parece que éste es un punto débil en el significativo aporte realizado por el autor a la dogmática de los derechos fundamentales, quizá motivado por su declarada cercanía a la doctrina germana, como lo demuestra el recurso a Forsthoff. El sistema de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales ha cambiado significativamente durante el siglo XX, positivando muchos más derechos que los garantizados en las primeras declaraciones de derechos. Aunque este fenómeno puede ser interpretado como una desnaturalización de los catálogos, que podría mermar la exigibilidad de los derechos, no hay que perder de vista que el sistema liberal decimonónico de derechos no permite garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos para todas las personas, ni aun para los derechos preferentemente de abstención. Así, la satisfacción de las necesidades materiales básicas, garantizada a través de los derechos sociales, constituye no solo una protección positiva de manifestaciones de la dignidad de la persona no consideradas durante el siglo XIX, sino también una garantía

para el ejercicio igualitario de los derechos tradicionalmente conocidos como derechos de libertad.

Por otro lado, en la segunda parte del libro, titulada *Elementos de Dogmática Iusfundamental*, el autor aborda en forma crítica y sistemática los aspectos que configuran una teoría de los derechos fundamentales. De entre los diversos aspectos estudiados por Aldunate (tipicidad, titularidad y contenido normativo de los derechos, entre otros), me interesa destacar dos: la afectación de los órganos jurisdiccionales a los derechos fundamentales y la posición que toma el autor frente a la problemática de la colisión de derechos.

Respecto de las normas de derechos fundamentales, los órganos jurisdiccionales se ven vinculados a ellos en una doble dimensión: en tanto destinatarios de los derechos fundamentales y como garantes de los mismos.¹⁰ Aquí Aldunate aboga por la recuperación para los tribunales, a través del estudio de los derechos fundamentales, del rol protector de los derechos, función que ha retrocedido en el curso histórico frente a un mal entendido principio de legalidad y de separación de poderes (particularmente esta última, hoy conceptualizada en forma muy diferente a la tradicional separación estanca de los poderes, más cercana a la distribución de funciones y condicionada por los sistemas de equilibrios y controles recíprocos entre los órganos del Estado). Sin embargo, como se ha anotado previamente, ello no supone aumentar los espacios de decisiones públicas que han asumido los tribunales frente a los derechos, sino revitalizar la labor jurisdiccional como principal defensora de los derechos de las personas ante las vulneraciones provenientes de diversas instancias de poder. Ello requiere, a mi juicio, la combinación de dos factores: por una parte, que la configuración normativa de los derechos fundamentales pueda realizarse en forma efectiva, a través del diálogo democrático y en sede legislativa, y, por otra parte, que el estudio y construcción dogmática de los derechos sean asumidos en forma seria y sistemática por la doctrina constitucional. En la medida que ambos elementos den cuenta de sus respectivas funciones en la configuración de las normas de derechos fundamentales y del contenido normativo de las mismas, los tribunales podrán recuperar ese rol protector de los derechos por el que aboga Aldunate, pero sin que ello signifique que la función jurisdiccional deba asumir la configuración de los derechos.

¹⁰ Ver Aldunate, op. cit., 198 y ss.

En cuanto a la colisión en el ejercicio de derechos fundamentales pretendidos por distintos titulares, el autor denuncia, desde ya, la precaria situación de la doctrina nacional, que ha tratado esta materia en forma escueta y no ajena a las contradicciones. Conceptualmente, la materia tiene dos aspectos de relevancia para la construcción dogmática de los derechos fundamentales: determinar si es posible o no una colisión entre derechos y, de existir, cómo se resuelve.

En primer lugar, Aldunate cuestiona las teorías que niegan la existencia de colisión de derechos: éstas se fundan en los límites inmanentes y en el contenido esencial de los derechos, los que vendrían determinados para cada derecho, correspondiéndole al juzgador solo un papel interpretativo de delimitación entre los derechos. Sin embargo, a juicio del autor, es justamente la determinación de dicho límite para el caso concreto lo que constituye el conflicto suscitado procesalmente: la colisión de derechos. Así, la negación teórica de la colisión de derechos solo implicaría una propuesta metodológica para el juzgador que ha de resolver pretensiones excluyentes¹¹.

En segundo lugar, respecto a cómo solucionar una colisión entre derechos fundamentales —asunto que también divide a la doctrina nacional—, el autor vuelve a tomar partido, esta vez con una construcción diferente a las dos tendencias manifestadas en la doctrina nacional: jerarquización y ponderación.

Efectivamente, parte de la doctrina nacional ha afirmado que es posible establecer un orden de prelación entre los derechos fundamentales determinable en abstracto, sea por la importancia de los valores que supuestamente protege cada derecho o por la ubicación que cada derecho tiene en el catálogo del artículo 19 de la Constitución. A este respecto, es posible formular algunas observaciones críticas: una serie de factores han contribuido a que esta jerarquía de derechos haya sido considerada como un criterio relevante para la comprensión del sistema de derechos y para la solución de los conflictos jurídicos que se suscitan entre ellos. Entre estos factores, a mi juicio destaca la combinación entre: 1) las opciones políticas juridificadas en 1980, no representativas de la realidad ni fruto de un proceso deliberativo o democrático¹², 2)

11 Ver Aldunate, op. cit., 277.

12 Ver Bassa, Jaime, *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, (Lexis Nexis) 2008, 36 y ss.

la sistemática inclinación a la interpretación originalista y 3) la ausencia de un desarrollo de criterios de interpretación propios de los derechos fundamentales por parte de la doctrina constitucional chilena. Lo anterior permitiría explicar por qué se ha recurrido a esta supuesta jerarquía para solucionar aquellos conflictos entre derechos que los criterios clásicos de interpretación no resuelven satisfactoriamente. Sin embargo, esta doctrina simplifica *in extremis* el estudio del derecho constitucional, empobreciendo el debate en torno tanto a la teoría como a la práctica constitucional. Así, parte de la doctrina chilena rehúye la posibilidad de desarrollar teóricamente el contenido normativo de la Constitución en general y de los derechos fundamentales en particular, anclando su estado de desarrollo en el período que determina el génesis de la Constitución, previo a 1980.

Por otro lado, la ponderación de derechos fundamentales en caso de colisión ha sido una opción adoptada por parte de la doctrina como una herramienta válida para construir un criterio de solución aplicable al caso concreto. Ella consiste en considerar las circunstancias específicas de cada caso para resolver a favor de uno de los derechos en conflicto, sin que ello signifique invalidar uno a favor del otro, sino realizar un ejercicio donde se considera el diferente peso de cada derecho para el caso concreto. La idea de la ponderación de los derechos se construye desde la concepción de las normas de derechos fundamentales como normas de principio y asume que todos ellos se encuentran en una posición de igualdad sin que sea posible jerarquizarlos *a priori*. Ello permite solucionar las colisiones entre normas de derechos fundamentales sin invalidar ninguna de ellas y sin establecer, en abstracto, criterios de solución de colisiones entre los derechos. Estos criterios apriorísticos, generalmente, solo obedecen a las concepciones particulares de cada autor acerca de los derechos y de las relaciones que existen entre ellos.

Aldunate manifiesta ciertos reparos a la ponderación como mecanismo de solución de las colisiones de derechos. Señala que todo derecho es una manifestación de la libertad de las personas, por lo que una colisión de derechos supone una limitación de dicha libertad. Como el límite a la libertad “*lo fija el derecho, la solución a la colisión de derechos tiene que ser buscada en el ordenamiento jurídico subconstitucional, por cuanto el enfrentamiento entre derechos fundamentales significa, desde el punto de vista normativo constitucional, sólo una*

*cosa: la existencia de dos ámbitos de libertad igualmente protegidos*¹³. En consecuencia, las colisiones de derechos son conflictos entre el ejercicio de la libertad de dos individuos, que deben ser resueltos a partir de los límites que sea capaz de trazar el juez desde el ordenamiento jurídico vigente, sin recurrir a ejercicios de ponderación entre los derechos, que llevan irremediablemente, a juicio de Aldunate, a una valoración moral por parte del juez. Refuerza este argumento señalando que una colisión entre la libertad individual garantizada por la Constitución contra otro derecho también garantizado en ella, en ningún caso podrá ser solucionada a nivel constitucional, “*ya que ello significaría intervención judicial adjudicatoria para el caso*”¹⁴, por lo que la solución a la colisión debe buscarse en el orden regulado infraconstitucionalmente. Esta postura es consecuente con la crítica, previamente formulada por Aldunate, al excesivo espacio de decisión pública que se ha dejado a los tribunales, en desmedro de las decisiones normativas en sede legislativa.

A pesar de lo que he señalado en otra oportunidad¹⁵, la crítica de Aldunate a la técnica de la ponderación me parece muy razonable, principalmente por el amplio espacio que ésta deja a la valoración moral que hace el juzgador, quien carece de parámetros objetivos u objetivables para *pesar* los derechos en conflicto. Como los criterios que usa el juez no son objetivos ni son susceptibles de ser objetivados, cada caso concreto puede ser resuelto a partir de la valoración que cada juez atribuye al *peso* de cada derecho, precisamente porque su argumentación carece de elementos normativos para decidir. Sin perjuicio de ello, creo que la posibilidad de buscar la respuesta a nivel subconstitucional debe ser trabajada, no solo porque puede constituir un significativo aporte en la objetivación de los criterios necesarios para adjudicar conflictos de derechos fundamentales y garantizar de mejor forma su ejercicio, sino también porque la amplitud del ordenamiento jurídico infraconstitucional podría constituirse en un problema adicional en el intento por objetivar criterios de solución de conflictos. En efecto, en el ordenamiento jurídico infraconstitucional también es posible identificar normas con estructura de reglas y con estructura de principios, con lo que el temor a la amplitud del espacio de decisión del juez podría, eventualmente, mantenerse, ya que la subsunción

13 Aldunate, op. cit., 278.

14 Aldunate, op. cit., 280.

15 Bassa, op. cit., 70 y ss.

no aparece como un mecanismo que dé cuenta de esta dificultad. Habrá que trabajar para determinar la pertinencia de la normativa infraconstitucional que se utilice para la interpretación del contenido normativo de las normas de derechos fundamentales, ya que no nos resulta claro que los criterios de jerarquía, especialidad y temporalidad sean suficientes para otorgar luces a este respecto. En efecto, la ponderación es un método funcional al carácter abierto del texto constitucional, cuyas declaraciones normativas, principalmente en materia de derechos fundamentales, están formuladas con redacciones simples y escuetas. Por tanto, el problema no es necesariamente el método de interpretación, sino cómo generar parámetros de interpretación susceptibles de ser objetivados en el ordenamiento jurídico y que permitan restringir los espacios para la valoración personal de los jueces.

Finalmente, en la tercera parte del libro *–los derechos fundamentales en la Constitución–*, el autor estudia los elementos positivos de la dogmática de los derechos fundamentales. De entre los aciertos de esta parte final, me interesa destacar uno relacionado con la interpretación constitucional: la relativización de las Actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución como sede de una supuesta *voluntad constituyente* y, en consecuencia, la imposibilidad de identificar allí una fuente de interpretación constitucional. Aunque Aldunate argumenta solo desde el carácter de órgano asesor de la Comisión –aunque ello es suficiente para que no sea “*legítimo proyectar una especie de autoridad o voluntad perdurable de la Comisión respecto de sus contenidos y de la forma de entender ese texto [constitucional]*”¹⁶–, me parece que es un aporte significativo para la disciplina que esta temática se estudie, en forma seria, para determinar la posición que le corresponde a las Actas en la interpretación de la Constitución.

A este respecto, casi nada se ha dicho; por el contrario, el recurso a las Actas como consulta a la historia fidedigna del establecimiento de la norma ha sido casi unánime en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional. Quizá lo más significativo sea el voto disidente del Ministro Vodanovic, en la Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 740-2007, quien afirmó que:

16 Aldunate, op. cit., 301.

... en materia de hermenéutica constitucional, la trascendencia del elemento histórico es descartada en la doctrina constitucional contemporánea, que se orienta centralmente por la búsqueda de la finalidad de la norma, situada dentro de un sistema normativo, cuya concreción dependerá de las necesidades jurídicas, a su vez condicionadas e influidas por el contexto sociopolítico y cultural de cada época. De esta suerte, las convicciones íntimas de los redactores del texto original de la Carta de 1980 aparecen subordinadas a la finalidad y razón de la norma, tal cual ésta se entiende y aplica en las diversas circunstancias. En segundo lugar –y para manifestarlo de una vez por todas–, los presupuestos mínimos de un Estado constitucional y democrático como el actual son incompatibles con la atribución del carácter de historia fidedigna a las actas de los órganos asesores de la Junta Militar, como la llamada Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, máxime teniendo a la vista que, con variadas y sustanciales reformas, hoy nos rige un texto constitucional refrendado por órganos expresivos de la soberanía popular¹⁷.

Se trata de un aspecto muy relevante para la interpretación de la Constitución chilena vigente. La tendencia de la doctrina chilena hacia la interpretación originalista y el permanente recurso a la historia fidedigna del establecimiento de la norma, constituyen argumentos de autoridad que impiden la plena manifestación del pluralismo de la sociedad. El pluralismo de las sociedades actuales requiere contar con una constitución que no desarrolle un determinado proyecto de vida, sino que, por el contrario, asegure las condiciones para la realización de los diversos proyectos que conviven en la sociedad. La constitución es la plataforma de entrada que garantiza la legitimidad de cada uno de los grupos sociales que participan de la marcha política del Estado, así como en el proceso de toma de decisiones. La constitución contemporánea se presenta como una propuesta de soluciones posibles que deja abierta la posibilidad de concretización de diferentes proyectos políticos en concordancia con el pluralismo de la sociedad; ésta no constituye, en definitiva, un proyecto rígidamente ordenador. La interpretación originalista y el permanente recurso a la Actas termina por petrificar un proyecto determinado de sociedad, a mi juicio incompatible con la realidad de la sociedad actual.

¹⁷ STC rol 740-2007, voto disidente del ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, punto B.

De este modo, el libro en comento constituye, sin duda, un aporte a la dogmática chilena de los derechos fundamentales. Rompe la lógica de la exégesis del artículo 19 de la Constitución que ha seguido la doctrina nacional mayoritaria e introduce una serie de elementos de análisis que por años se ocultaron detrás de la mera reproducción de normas, actas, sentencias y doctrina extranjera. Es de esperar que el aporte de este libro marque una tendencia en la incipiente dogmática nacional de los derechos fundamentales, más cercana a la reflexión que a los argumentos de autoridad y que permita explicitar los supuestos teóricos y políticos a partir de los cuales la doctrina estudia el fenómeno de los derechos fundamentales.