

# **DESARROLLOS DEL DERECHO PÚBLICO**



# AUGE Y CAÍDA DE LA DOCTRINA DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES EN CHILE COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROLES 9797-2020 Y 10.774-2021

Marianne Poehls<sup>1</sup>

Sergio Verdugo<sup>2</sup>

## Resumen

Este trabajo comenta las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile (TC) que se pronunciaron sobre la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales que incorporaban disposiciones transitorias autorizando el retiro de parte de los fondos previsionales (TC 9.797 y 10.774). Las razones normativas para justificar la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales se expresan con mayor fuerza cuando dicha doctrina se utiliza para proteger los contenidos mínimos de la democracia que las constituciones pueden ayudar a preservar—el *constitutional minimum core*. Este argumento, sostienen los autores, podría extenderse a aquellos presupuestos jurídicos que hacen posible la estabilización de aquellos procesos políticos que permiten la actividad democrática representativa. Los autores argumentan que los contenidos de las sentencias del TC no van en esa dirección. Aunque la argumentación del TC es confusa y contradictoria, es posible reconstruir el argumento central tomando en consideración ambas sentencias. La *ratio decidendi* de ambos casos se vincula al modo como el TC percibe la protección del derecho a la seguridad social y no a alguna teoría procedimental de la democracia. Ello hace que el fallo posea débiles justificaciones normativas.

## 1. Introducción

El 30 de diciembre de 2020, el Tribunal Constitucional acogió un

1 Ayudante de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mpoehlsr@udd.cl

2 Profesor Asociado, Director del Centro de Justicia Constitucional y del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl

requerimiento del Presidente de la República<sup>3</sup>, por el cual declaró la inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional que tenía por objetivo incluir en la Constitución una disposición transitoria que autorizaba el retiro anticipado de parte de los fondos previsionales. El caso se situaba dentro de una controversia política mayor que incluía varias iniciativas presentadas por parlamentarios tomando medidas para hacer frente a los efectos económicos y sociales de la pandemia<sup>4</sup>, y el intento del Poder Ejecutivo de controlar la agenda legislativa asociada a dichas medidas argumentando que la iniciativa en estas materias le correspondía al Presidente de la República de manera exclusiva.

Para entender el contexto, es importante tener presente que, poco antes, algunos líderes políticos de la oposición habían declarado que era más importante responder a las demandas sociales urgentes antes que obedecer la Constitución<sup>5</sup>, se estaba discutiendo una suerte de mutación de la forma de gobierno que le quitaba protagonismo al Presidente de la República<sup>6</sup>, además un célebre académico declaró que la Constitución había “fenecido”<sup>7</sup>. A ello se agregaban otros factores relevantes: un alto deterioro en la popularidad del Presidente Piñera y de su gobierno (sobre todo a partir de las protestas iniciadas en octubre de 2019)<sup>8</sup>, la mala reputación que poseían (y poseen)

---

3 Tribunal Constitucional, Rol 9797-2020, 30-12-2020.

4 Ejemplos de estos proyectos incluyen: Compensación a favor del Estado por la explotación de la minería del cobre y litio (Royalty Minero) (Boletín N°12.093-08), Postergación de las elecciones en consideración a la pandemia, donde el problema estuvo en una indicación parlamentaria cuyo objetivo era establecer la gratuidad del transporte pública durante esos días (Boletín N°14.138-07), entre otros.

5 Un ejemplo importante lo dio la entonces Presidenta del Senado, Adriana Muñoz, a propósito de la discusión de la admisibilidad del proyecto que buscaba extender el postnatal de emergencia, cuando declaró que prefería cometer un “sacrilegio” contra la Constitución e incluso ser destituida, antes que ignorar una demanda social urgente. (Latercera.com, La polémica alocución de la presidenta del Senado en debate por postnatal: Prefiero cometer un sacrilegio con la Constitución y ser destituida que pasar por sobre una demanda urgente de las madres, 03 de junio de 2020).

6 El senador Jaime Quintana declaró que: “Más allá de que el tiempo me haya dado la razón, yo constato un hecho de la causa: El Gobierno hoy día no halla como enfrentar una serie de proyectos. A mi no me gustan los proyectos inadmisibles, no soy un promotor del parlamentarismo de facto, simplemente lo constato”. Emol.com, Senador Quintana (PPD) dice que “parlamentarismo de facto” se da debido a la “ausencia” del Gobierno, 18 de noviembre de 2020.

7 Al respecto, Fernando Atria estimó que la Constitución vigente ha fenecido al no contar con un estándar reconocido de la conducta política. Lo cual se aprecia en los parlamentarios que presentan mociones de iniciativa exclusiva del presidente, en los presidentes de las cámaras y en las comisiones con facultades de declararlas inconstitucionales pero que no lo hacen. (Latercera.com, Un cadáver de Constitución, 23 de junio de 2020.)

8 La aprobación del Presidente era baja en la última semana de octubre de 2019 (14%), cayendo aún más para la última semana de abril de 2021 (9%). (Cadem.cl, Encuesta Cadem.)

las Administradoras de Fondos de Pensiones<sup>9</sup>, el sentido de urgencia y alta popularidad que medidas económicas rápidas tenían en la opinión pública y la proximidad de un período electoral que incentivaba a los parlamentarios a mostrarse críticos del Gobierno y a apoyar iniciativas.

En este contexto, y frente a las múltiples iniciativas parlamentarias que presentaban proyectos de ley, el Ejecutivo se oponía a que los parlamentarios pudieran aprobar iniciativas legislativas que habían violado la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Como un modo de contestar a este reclamo, los parlamentarios comenzaron a presentar proyectos de reforma constitucional<sup>10</sup>, argumentando que la iniciativa exclusiva solo regía para proyectos de ley y no para proyectos de que buscaban modificar la Constitución mediante disposiciones transitorias, aunque su contenido fuera el mismo, estrategia que algunos constitucionalistas consideraron como fraudulenta<sup>11</sup>.

Es posible que los actores políticos no solo estuvieran interesados en el caso por las consecuencias económicas que el retiro de parte de los fondos previsionales pudiera generar en el país ni por la protección de los poderes legislativos de un Presidente de la República que perdía el control de la agenda política. También es posible que la discusión estuviera condicionada por el modo como el Congreso podía establecer las reglas para el proceso constituyente en curso. Si el contenido de las disposiciones transitorias de la Constitución podía aprobarse por tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio, sin importar el contenido de dichas disposiciones transitorias, entonces ellas podrían ser utilizadas para regular el proceso constituyente sin necesidad de alcanzar los dos tercios de parlamentarios en ejercicio requeridos para

9 En diciembre de 2019 el 94% de los chilenos estimaba necesario una reforma a las AFP. (Cnnchile.com, Cadem: 94% de los chilenos cree necesario una reforma a las AFP y Piñera sigue con 80% de desaprobación, 30 de diciembre de 2019); y en junio de 2021 se realizó un sondeo en que se estableció que la principal prioridad de la población es la reforma de pensiones. (Latercera.com, Encuesta muestra que tres de cada cuatro personas está de acuerdo con una Pensión Básica Universal, 14 de junio de 2021)

10 Ejemplos de este tipo de proyecto incluyen: Tercer y cuarto retiro de fondos de pensiones (Boletín N°13.950-07, 14.054-07 y 14.095-07; y Boletín 14.210-07 respectivamente); Procedencia de una renta básica universal de emergencia (Boletín N°14.2228-07); Impuesto al patrimonio (Boletín N°13.555-07) y suspensión del impuesto específico de gasolinas de automotrices y petróleo diesel (Boletín N°14.210-07), entre otros.

11 Por ejemplo, los constitucionalistas Enrique Navarro y Sebastián Soto señalaron en un medio de prensa que: “el Derecho Constitucional no puede aceptar la “elusión constitucional”, esto es, intentar defraudar las formas del Derecho y el contenido consustancial de la Carta Fundamental por la vía de utilizarla como un continente de reglamentaciones que no son, ni por tradición ni por su naturaleza, constitutivas del pacto político”. (Elmercurio.com, Elusión Constitucional, 13 de julio de 2020). Hernán Corral, en el mismo sentido, estimó que este es un mecanismo de fraude a la ley que “al amparo de la norma del art. 127 de la Constitución que opera como “ley de cobertura”, se están soslayando las normas de los arts. 63, 65 y 93 N° 3 de la misma Constitución, que son la “ley defraudada”. (corralciani.wordpress.com, Retiro de fondos previsionales y acto en fraude de ley, 12 de julio de 2020).

modificar el Capítulo XV de la Constitución, que regula el procedimiento de reforma constitucional y establece, a partir de diciembre de 2019, las principales normas que regulan al proceso constituyente. Así, el requerimiento del Presidente de la República, solicitando al TC que declare la inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional que autorizaba el retiro parcial de los fondos previsionales, podía transformarse en un litigio sobre los límites que el Congreso tenía para regular al proceso constituyente y, posiblemente, controlar las reglas de la Convención Constitucional burlando el quórum de los dos tercios.

Se trataba de un caso importante, y el TC, en un fallo dividido, acogió el requerimiento<sup>12</sup>. El fallo, como explicaremos, es confuso y contradictorio, lo que afectaba, desde un comienzo, las posibilidades de que el mismo sirviera para orientar y disciplinar al legislador. Además, el Presidente de la República había alcanzado un acuerdo legislativo para establecer otro mecanismo de retiro mediante un proyecto de ley presentado por él<sup>13</sup>, y el recientemente dictado fallo del TC había sido útil para volver viable dicho acuerdo.

Poco tiempo después, como era esperable, un grupo de parlamentarios presentó un nuevo proyecto de reforma constitucional estableciendo un mecanismo similar que autorizaba el retiro parcial y anticipado de los fondos de pensiones. El Presidente de la República presentó un nuevo requerimiento, probablemente para reiterar la estrategia y el acuerdo logrado en la primera oportunidad. No obstante, en esta segunda oportunidad, el TC resolvió no acoger a tramitación el requerimiento y lo tuvo como no presentado en una resolución dividida<sup>14</sup>. Como explicaremos, esta segunda resolución es relevante para entender la genuina doctrina del TC, la que se asocia al modo como una mayoría de sus ministros percibe la protección constitucional del derecho a la seguridad social. Para esta doctrina, en estos casos es irrelevante si se vulneraron o no las atribuciones legislativas del Presidente de la República o si las prácticas parlamentarias están desestabilizando los procesos representativos en el contexto de un decaimiento institucional más generalizado. Para estos casos, lo significativo es que el contenido de los proyectos respete los derechos que pueden verse menoscabados, razón por la cual todos los proyectos que los desprotejan, sean o no presentados por

---

12 Tribunal Constitucional, Rol 9797-2020, 30-12-2020.

13 Ley N° 21.295 del 2020.

14 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-2021, 29-04-2021.

reforma constitucional o mediante proyectos de ley, serían inconstitucionales. Para esta doctrina, la primera sentencia no habría cumplido su objetivo de proteger los derechos de las personas, debido al acuerdo político que el Presidente de la República celebró para establecer un mecanismo de retiro mediante un proyecto de ley simple presentado mediante un mensaje. Como un nuevo acuerdo de dichas características era posible en el segundo caso, y burlar la doctrina del TC sobre la protección del derecho se hacía posible, el TC decidió no acoger el requerimiento.

Al final del día, como mostraremos, y pese a la existencia de dos sentencias recientes, hoy no existe en Chile una doctrina sobre las reformas constitucionales inconstitucionales que permita identificar criterios de aplicación judicial predecible para disciplinar las prácticas legislativas. Ello debe entenderse sin perjuicio de que sea útil que una doctrina así exista para defender los avances democráticos logrados, tal y como uno de nosotros ha argumentado en el pasado<sup>15</sup>. Si alguien cree ver en las sentencias del TC un argumento que sea defendible desde una perspectiva democrática, el mismo carece de capacidad para disciplinar prácticas legislativas y estabilizar los procesos políticos asociados generando procedimientos predecibles que faciliten la representación política. Aunque, y como mostraremos, el argumento central del TC, basado en la defensa de un modo específico de entender el derecho a la seguridad social, no se puede asociar a los fundamentos democráticos que la literatura comparada ha utilizado para justificar la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Como explicaremos, dichos argumentos no deben sostenerse en la teoría clásica del poder constituyente ni en derechos fundamentales cuyo contenido sea esencialmente controvertido, sino que en el núcleo constitucional-democrático que otros autores han desarrollado. Lamentablemente, la tesis del TC no permite establecer esta conexión, lo que la hace vulnerable a la crítica democrática tradicional contra aquellos fallos que evalúan la constitucionalidad de las reformas constitucionales.

En este trabajo no examinamos las razones jurídicas que podrían invocarse para identificar las debilidades de la argumentación sostenida por el TC, ni tampoco analizamos los votos disidentes. Nuestro objetivo es utilizar la teoría de las reformas constitucionales inconstitucionales para criticar la jurisprudencia reciente del TC chileno, sostener que (1) ella es defendible cuando la

---

15 Ver Sergio Verdugo, "The Role of the Chilean Constitutional Court in Times of Change," in *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, ed. Richard Albert, Carlos Bernal, and Juliano Zaiden Benvindo (Hart Publishing), 2019.

misma se puede utilizar para defender las condiciones que hacen sostenible la democracia en el tiempo; (2) los fallos del TC no se conectan con esta manera de justificar las reformas constitucionales inconstitucionales, por lo que sus argumentos quedan expuestos a críticas democráticas fuertes.

La siguiente sección repasa brevemente las posibles justificaciones de la doctrina de la reforma constitucional inconstitucional, distinguiendo la que parece más persuasiva si se sigue una concepción competitiva y no populista de la democracia. Luego, exploraremos brevemente el origen de la teoría en Chile, observando que nuestro país ha sido generalmente hostil a la misma. Sin perjuicio de ello, explicamos las razones por las cuales es normativamente deseable defender una versión acotada y específica de dicha doctrina. A continuación, revisaremos los argumentos dados por el voto de mayoría de las sentencias recientes del Tribunal Constitucional para demostrar que ellos son confusos y contradictorios, y no pueden justificarse con los fundamentos normativos que los autores promueven.

## 2. La teoría de la reforma constitucional inconstitucional

La idea de la reforma constitucional inconstitucional atrajo la atención de la literatura luego de que la misma fuera invocada en Irlanda y utilizada en India<sup>16</sup>. La teoría ha migrado a muchos otros países, incluyendo jurisdicciones tan diversas como Turquía<sup>17</sup>, Colombia<sup>18</sup>, Bangladesh<sup>19</sup> y en algunas partes de Europa, especialmente de Europa del Este<sup>20</sup>. La teoría también ha sido explícitamente rechazada en otros países donde se suelen invocar argumentos

16 Ver, por ejemplo, Gary Jeffrey Jacobsohn, "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective," en *International Journal of Constitutional Law* 4, no. 3 (2006): 460–87.

17 Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, "An Unconstitutional Constitutional Amendment. The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision," en *International Journal of Constitutional Law* 10, no. 1 (2012): 175–207.

18 Gonzalo Ramírez Cleves, "The Unconstitutionality of Constitutional Amendment in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy," in *Democratizing Constitutional Law*, ed. Thomas Bustamante and Bernardo Gonçalves Fernandes (Springer), 2016, 213–29; Samuel Issacharoff, Santiago García-Jaramillo, and Vicente F Benítez-Rojas, "Judicial Review of Presidential Re-Election Amendments in Colombia," *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2020, 13.

19 Po Jen Yap and Rehan Abeyratne, "Judicial Self-Dealing and Unconstitutional Constitutional Amendments in South Asia," en *International Journal of Constitutional Law* 19, no. 1 (2021): 127–48.

20 Michael Hein, "Do Constitutional Entrenchment Clauses Matter? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe," en *International Journal of Constitutional Law* 18, no. 1 (2020): 78–110. También, Michael Hein, "The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe," in *Courts and Politics*, ed. Martin Belov (Routledge), 2019.



formalistas para resistir su procedencia<sup>21</sup>. Este argumento es simple: como el objetivo de la reforma constitucional es modificar la Constitución, a menos que existan cláusulas péticas o límites procedimentales para su procedencia, los jueces constitucionales no están autorizados a evaluar el contenido del proyecto de reforma. De otra manera, también podrían existir objeciones basadas en el argumento contramayoritario (los jueces se opondrían a la decisión de representantes electos, muchas veces actuando con reglas supramayoritarias) o en un argumento lógico basado en un modo jerárquico y formal de entender las fuentes del Derecho.<sup>22</sup> De este modo, el argumento sigue, la revisión de las reformas constitucionales debiese estar únicamente basada en el texto de la Constitución vigente. Este argumento, que parece común en aquellos países que poseen una tradición formalista de entender sus fuentes del Derecho, hace que los autores y jueces que han defendido la doctrina tengan que ofrecer razones especialmente poderosas para derrotar la crítica formalista. Dichos argumentos existen y se han utilizado incluso para defender la atribución de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, aun en aquellos casos en que no existan límites explícitos en el texto constitucional.

No todas estas formas de justificación descansan en los mismos principios ni todas tienen el mismo alcance. Además, algunas de estas justificaciones pueden conducir a defender sentencias normativamente poco atractivas, como aquellas que atacan la democracia o sirven de fundamento para comportamientos asociados al constitucionalismo abusivo<sup>23</sup>. Pese a todo, y aunque la teoría presenta importantes divisiones entre los autores y su recepción en diversos países parece controvertida (y lejos de constituir un canon global o un anticanon)<sup>24</sup>, la misma se ha generalizado entre los académicos y ya forma un lugar común en los debates académicos sobre derecho constitucional

---

21 Richard Albert, Malkhaz Nakashide, and Tarik Olcay, "The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments," en *Hastings Law Journal* 70 (2019).

22 Ver, por ejemplo, las críticas a la doctrina de la sustitución en Colombia en el siguiente trabajo: Santiago García-Jaramillo and Francisco Gnecco-Estrada, "La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo," en *Vniversitas* 65, no. 133 (2016): 59-104.

23 Ver, por ejemplo, David Landau and Rosalind Dixon, "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy," en *UC Davis Law Review* Forthcoming (2020).

24 Existe una incipiente literatura sobre los cánones globales en Derecho Constitucional Comparado y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ver, por ejemplo, Michaela Hailbronner, "Constructing the Global Constitutional Canon: Between Authority and Criticism," en *University of Toronto Law Journal* 69, no. 2 (2019): 248-74.

comparado<sup>25</sup>. Como uno de nosotros lo ha sostenido en otro trabajo, la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales puede, bajo ciertas condiciones, formar parte del canon global, mientras que, bajo condiciones opuestas, puede formar parte de un anticanon<sup>26</sup>. Un desafío ineludible que cualquier justificación debiera ofrecer, entonces, es un criterio para distinguir aquellas condiciones que hacen conveniente o deseable la procedencia de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales.

Una justificación tradicional de la teoría de la reforma constitucional inconstitucional dice relación con la idea de la *estructura básica*. Lamentablemente, esta justificación tradicional no distingue dichas condiciones y se limita a discutir los rasgos esenciales del modo y forma como se organiza la comunidad política, sean o no democráticos. Para esta tesis, el sistema constitucional no puede modificarse en aquellos aspectos que sean esenciales porque para ello correspondería invocar el poder constituyente originario. Un posible intento de los poderes constituidos de modificar la estructura básica traicionaría aquellos aspectos que, en primer lugar, sirven de fundamento para la existencia jurídica y política de las atribuciones de dichos órganos constituidos. Sus atribuciones estarían naturalmente delimitadas. Esta tesis, que se hizo popular gracias a la doctrina de la Corte Suprema India, también ha encontrado razones normativas en el trabajo del teórico nacional socialista Carl Schmitt, quien elaboró una conocida distinción entre leyes constitucionales y constituciones<sup>27</sup>. La idea de Schmitt ha sido muy influyente y, conectada a teorías democráticas sobre la soberanía popular, ha sido explícitamente citada para justificar el uso de la teoría en países como Colombia<sup>28</sup>. Ella también ha influido en el trabajo de académicos contemporáneos como Yaniv Roznai. En una adaptación de la teoría del poder constituyente, Roznai sostiene que el poder constituyente originario (democrático) habría delegado facultades revisoras a los jueces para preservar sus actos originales (la lógica de

---

25 Yaniv Roznai, "Unconstitutional Constitutional Amendments. The Migration and Success of a Constitutional Idea," en *The American Journal of Comparative Law* 61 (2013): 657–720. También, Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press), 2017.

26 Sergio Verdugo, "Global Canons, Term Limits, and the Constituent Power Theory," in *Canons in Global Constitutional Law*, ed. Mattias Kumm, Michaela Hailbronner, and Sujit Choudhry (Oxford University Press, Forthcoming).

27 Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, trans. Jeffrey Seitzer (United States of America: Duke University Press), 2008.

28 Joel I. Colón-Ríos, "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia," en *Constellations* 18, no. 3 (2011): 365–88.

la delegación no es muy diferente de la utilizada por Ackerman en su tesis de los momentos constitucionales, aunque Ackerman no elabora una teoría del poder constituyente<sup>29</sup>). Para Roznai, sería relevante examinar el modo como la reforma constitucional se acerca a dicho poder constituyente del pueblo. Así, por ejemplo, podría haber menos deferencia con el constituyente derivado si el mismo simplemente aprobara la reforma mediante representantes actuando con la regla de mayoría ordinaria, pero esa deferencia debería crecer si el procedimiento involucrara un pronunciamiento más explícito o directo del pueblo<sup>30</sup>.

Al descansar en la teoría Schmittiana del poder constituyente, el argumento de la estructura básica está expuesto a serias objeciones. Entre ellas, se puede sostener que la teoría del poder constituyente también puede ser utilizada en contra del rol de los jueces. Si los jueces son los llamados a ofrecer una interpretación final de la Constitución y la Constitución se entiende en términos Schmittianos, entonces podría argumentarse que los jueces pasarían a tener el poder constituyente, lo que desafía la misma matriz Schmittiana escéptica de la capacidad y competencia de los jueces para asumir este rol. Por razones como esta, una teoría del poder constituyente también puede ser utilizada en un sentido inverso. Esto es, no para que los jueces cumplan un rol de preservar el sistema constitucional, sino que para permitir que dicho poder constituyente se pueda manifestar de manera ilimitada y con controles posteriores. Esta versión de la teoría del poder constituyente también puede estar expuesta a críticas (pudiendo dejar el sistema constitucional a merced de líderes populistas en algunos casos), pero ella es más plausible que la primera versión. Este es el modo como los jueces han entendido la teoría del poder constituyente en Francia<sup>31</sup>.

---

29 Ver Bruce Ackerman, *We the People. Foundations* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press), 1991; Bruce Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2 (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press), 2000; Bruce Ackerman, *We the People: The Civil Rights Revolution*, vol. 3 (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press), 2014.

30 Ver una versión más actualizada de la tesis de Roznai en Yaniv Roznai, "Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty," in *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, ed. Richard Albert, Xenophon Contiades, and Alkmene Fotiadou (Hart Publishing), 2017, 23-49.

31 Ver una discusión sobre el uso de la teoría en Francia en Lucien Jaume, "Constituent Power in France: The Revolution and Its Consequences," in *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, ed. Martin Loughlin and Neil Walker (Oxford University Press), 2007. Ver, también, la discusión de Ackerman, donde comenta el modo como el Consejo Constitucional francés eludió declarar la inconstitucionalidad del evidentemente irregular procedimiento que Charles de Gaulle siguió para establecer un mecanismo electoral para el Presidente de la V República, eludiendo un pronunciamiento de la misma asamblea legislativa. Bruce Ackerman, *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law* (Harvard University Press, 2019).

Otras posibles objeciones contra la teoría Schmittiana acusan su naturaleza autoritaria porque, para Schmitt, los contenidos esenciales que ordenan el modo y forma de organización de la comunidad política no dicen necesaria relación con la democracia ni con las condiciones que la hacen posible.<sup>32</sup> También, la teoría del poder constituyente puede servir para justificar comportamientos antidemocráticos de caudillos o populistas que la invocan<sup>33</sup>. Aunque esta crítica depende de datos empíricos, la misma puede reducirse a la posibilidad de que ella ocurra<sup>34</sup>. La sola ausencia de un criterio que permita utilizarla de manera democrática ha llevado a los autores a corregir la teoría del poder constituyente de un modo que la termina haciendo irreconocible<sup>35</sup>. Por otro lado, la tesis del poder constituyente ha sufrido una revisión fuerte en la literatura contemporánea gracias a autores como Andrew Arato y Zoran Oklopcic<sup>36</sup>. El primero ofrece una versión post-soberana de los procesos constituyentes que muestra que procesos exitosos poseen otras reservas de legitimidad donde se recogen las negociaciones y también los pactos de elite. Esta idea, que empíricamente también se puede asociar a la conexión existente entre contenidos liberales de las constituciones y a sus procedimientos elitistas de creación<sup>37</sup>, parece plausible y ella nos lleva a cuestionar la verdadera utilidad de la teoría del poder constituyente.

---

32 La teoría también ha sido acusada de contradictoria. Para un autor, la misma requiere la utilización de límites basados en la naturaleza del Derecho y del liberalismo constitucional, pese a que Schmitt rechaza estos límites de manera explícita. Ver R. Stacey, "Constituent Power and Carl Schmitt's Theory of Constitution in Kenya's Constitution-Making Process," en *International Journal of Constitutional Law* 9, no. 3-4 (2011): 587-614.

33 David Landau, "Constituent Power and Constitution-Making in Latin America," in *Comparative Constitution-Making*, ed. Hanna Lerner and David Landau (Edward Elgar Press), 2019.

34 Ver un ejemplo en Sergio Verdugo, "The Fall of the Constitution's Political Insurance. How the Morales Regime Broke the Insurance of the 2009 Bolivian Constitution.," en *International Journal of Constitutional Law* 17, no. 4 (2019).

35 Ver, por ejemplo, Carlos Bernal, "Constitution-Making (without Constituent) Power. On the Conceptual Boundaries of the Power to Replace or Amend the Constitution," in *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, ed. Richard Albert, Carlos Bernal, and Juliano Zaiden Benvindo (Hart Publishing), 2019, 21-49.

36 Zoran Oklopcic, "Three Arenas of Struggle: A Contextual Approach to the Constituent Power of 'the People,'" en *Global Constitutionalism* 3, no. 2 (2014): 200-235; Zoran Oklopcic, *Beyond the People: Social Imaginary and Constituent Imagination* (Oxford University Press), 2018; Andrew Arato, "Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making," en *International Journal of Politics, Culture, and Society* 22, no. 4 (2009): 427-43, <https://doi.org/10.1007/s10767-009-9070-z>; Andrew Arato, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy* (Oxford University Press), 2016; Andrew Arato, *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* (Cambridge University Press), 2017.

37 Gabriel Negretto and Mariano Sánchez-Talanquer, "Constitutional Origins and Liberal Democracy: A Global Analysis, 1900-2015," en *American Political Science Review* 115, no. 2 (2021).

No obstante, las deficiencias normativas y empíricas de la teoría del poder constituyente no debieran hacer que rechacemos la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en su totalidad. Ella podría, por ejemplo, basarse en una versión Rousseoniana (y no de la tradición Sieyesiana, que se conecta con el trabajo de Schmitt) del poder constituyente. Para la teoría del poder constituyente de Rousseau, que conocemos gracias a la investigación de Joel Colón-Ríos<sup>38</sup>, la existencia de poderes constituidos es una precondición para el funcionamiento del sistema político. Así, la distinción entre constituyente y constituido pierde sentido y es posible encontrar aquellas condiciones que hacen posible la democracia. Esta teoría parece superior a la de Schmitt, aunque la misma no parece autosuficiente como para justificar el rol de los jueces.

Otras alternativas de justificación, aunque tal vez menos plausibles, pasan por la utilización del Derecho Natural, como lo hizo el juez Kennedy en Irlanda<sup>39</sup>, o por construir algún tipo de visión Burkeana que persiga identificar la manera como un modo de defender una identidad constitucional que se ha construido históricamente, como lo ha sostenido Jacobsohn<sup>40</sup>. Ambas alternativas también están sujetas a objeciones. El Derecho Natural no es aceptado como fuente del Derecho de manera transversal por nuestra comunidad política y, aunque lo fuera, su contenido sería probablemente objeto de disputa y fuente de incertidumbre. Además, la conexión entre el Derecho Natural y el sistema democrático liberal parece de difícil justificación (incluso inexistente), lo que derrotaría uno de los motivos más importantes por los cuales la teoría se ha considerado como útil por académicos contemporáneos<sup>41</sup>. Por otro lado, la tesis Burkeana de Jacobsohn puede resultar demasiado conservadora y vinculada con una tradición constitucional que no necesariamente defiende los principios del constitucionalismo liberal. Así, su aceptación podría ser útil en contextos limitados, pese a que podría abrir un debate histórico más importante acerca del modo como las identidades constitucionales se construyen.

38 Joel Colón-Ríos, "Rousseau, Theorist of Constituent Power," en *Oxford Journal of Legal Studies* 36, no. 4 (2016): 885-908; Joel Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law* (New York: Oxford University Press), 2020.

39 Tom Gerald Daly, "Hugh Kennedy: Ireland's (Quietly) Towering Nation-Maker," in *Towering Judges. A Comparative Study of Constitutional Judges*, ed. Rehan Abeyratne and Iddo Porat (Cambridge University Press), 2021, 96-116.

40 Jacobsohn, "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective."

41 Ver, por ejemplo, la discusión de Landau cuando revisa la teoría en su conceptualización de la idea de constitucionalismo abusivo. David Landau, "Abusive Constitutionalism," *UC Davis Law Review* 47 (2013): 189-260.

Una alternativa más atractiva para justificar la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales es su utilización para identificar y proteger aquellas condiciones que hacen que la democracia sea sostenible en el tiempo. Así, la teoría se podría vincular a ideas normativas procedimentales, como las elaboradas por académicos como John Hart Ely<sup>42</sup>, Sam Issacharoff<sup>43</sup>, David Landau<sup>44</sup>, y Stephen Gardbaum<sup>45</sup>, quienes defienden el poder de los jueces sobre la base de su competencia y capacidad para, por ejemplo, estabilizar procesos democráticos en contextos institucionales frágiles, garantizar la posibilidad de que los incumbentes puedan perder las elecciones en procesos predecibles, ayudar a evitar giros autoritarios, ensanchar los caminos de la participación política y robustecer la representación política. Esta tradición de pensamiento vincula los valores procedimentales de la democracia con el poder de los jueces, y, en teoría, resulta útil para reducir la importancia de la objeción contramayoritaria contra los jueces constitucionales en tanto su comportamiento contramayoritario estaría dirigido a preservar la democracia y a garantizarla en el futuro. Este argumento está sujeto a una crítica empírica que cuestiona la real capacidad de los jueces en la protección de dichos valores democráticos, especialmente en contextos vulnerables al populismo o en situaciones transicionales<sup>46</sup>, pero varios autores han respondido a dicha objeción empírica con resultados relativamente satisfactorios, identificando casos y elaborando estrategias judiciales que han permitido consolidar principios políticos democráticos importantes<sup>47</sup>.

Así, una reforma constitucional debiera reconocer que existen principios democráticos superiores que están incluidos o implícitos en la constitución

---

42 John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press), 1980.

43 Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge Studies in Election Law and Democracy (Cambridge University Press), 2015; Samuel Issacharoff and Richard H. Pildes, "Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process," en *Stanford Law Review* 50, no. 3 (1998): 643-717.

44 Landau, "Abusive Constitutionalism."

45 Stephen Gardbaum, "Comparative Political Process Theory" 18, no. 4 (2020).

46 Ver, por ejemplo, Tom Gerald Daly, "The Alchemists: Courts as Democracy-Builders in Contemporary Thought," en *Global Constitutionalism* 6, no. 1 (2017): 101-30; Tom Gerald Daly, *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders* (Cambridge University Press), 2017.

47 Ver, por ejemplo, Rosalind Dixon and Samuel Issacharoff, "Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy," en *Wisconsin Law Review* 2016, no. 4 (2016): 683-731; Erin F. Delaney, "Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective," en *Duke Law Journal* 66, no. 1 (2016): 1-67; Yaniv Roznai, "Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy," en *William & Mary Bill of Rights Journal* 29 (2020), <https://doi.org/10.2139/ssrn.3488474>; Sergio Verdugo, "How Can Judges Challenge Incumbent Dictators and Get Away with It?," en *Columbia Journal of Transnational Law* 59 (2021).

que intentan modificar. Kim Lane Scheppelle hablaba de la posibilidad de una constitución inconstitucional por contravenir la democracia<sup>48</sup> y Richard Albert ha reconocido distintas maneras de hacerlo<sup>49</sup>. Aunque uno de nosotros ha cuestionado la utilidad de dicho término y de su posible aplicación<sup>50</sup>, los ejemplos de reformas constitucionales inconstitucionales que han ayudado a fortalecer principios democráticos como, por ejemplo, defendiendo al Poder Judicial de captura o asegurando que una autoridad presidencial respete la prohibición de la reelección, muestran que la doctrina no solamente es normativamente deseable, sino que ella también puede ser útil.

No obstante, para que dicha doctrina sea atractiva, es necesario precisar su objeto, excluir las hipótesis de revisión que no digan relación con la preservación de un principio esencial para la democracia, identificar las condiciones que deben preservarse y estudiar el modo y procedimiento como los jueces pueden influir. Algunas de estas respuestas dependerán de las particularidades propias de cada país. Así, por ejemplo, utilizar el poder de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de reformas que eliminan o restringen el límite a la reelección del Presidente<sup>51</sup>, tiene más sentido en un sistema presidencial (especialmente en su versión hiper-presidencializada) que en un sistema parlamentario, y ella tiene razones más poderosas cuando la extensión del mandato presidencial podría hacer que el presidente capturara aquellas instituciones que tienen por misión controlar el poder<sup>52</sup>. Otro ejemplo dice relación con aquellos estados que poseen un sistema democrático que incluya

---

48 Kim Lane Scheppelle, “Unconstitutional Constituent Power,” *Unpublished Manuscript (on File with Author)*, 2013.

49 Richard Albert, “Four Unconstitutional Constitutions and Their Democratic Foundations,” en *Cornell International Law Journal* 50 (2017): 169–98.

50 Sergio Verdugo, “The Value of the Concept of Unconstitutional Constitutions,” *Cornell International Law Journal Online* 50 (2017): 39–46; Sergio Verdugo, “¿Es la Doctrina de las Constituciones Inconstitucionales un Instrumento Útil para Preservar la Democracia en Contextos de Fragilidad Institucional?,” *Actualidad Jurídica* 39 (2019): 143–65.

51 Sobre este punto concreto, ver, por ejemplo, Rosalind Dixon, David Landau, and Yaniv Roznai, “Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America,” in *The Politics of Presidential Term Limits*, ed. Alexander Baturo and Robert Elgie (Oxford University Press), 2019, 53–73; David Landau, “Presidential Term Limits in Latin America and the Limits of Transnational Constitutional Dialogue,” en *Law & Ethics of Human Rights Forthcoming*: 12 (2018); Tom Ginsburg, James Melton, and Zachary Elkins, “On the Evasion of Executive Term Limits,” en *William and Mary Law Review* 52, no. 6 (2011): 1807–73; Rosalind Dixon and David Landau, “Constitutional End Games: Making Presidential Term Limits Stick,” en *Hastings Law Journal* 71, no. 2 (2020): 359–418.

52 Este es uno de los argumentos más persuasivos de la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana que declaró la inconstitucionalidad de la reforma que perseguía autorizar la reelección del Presidente Uribe para cumplir un tercer mandato presidencial. Ver Corte Constitucional, C-141 de 2010.

mecanismos de participación directa que puedan afectar los derechos de las minorías, como ocurre con Suiza. En ese contexto, algunos autores justifican el uso de una versión procedimental y débil de la teoría para revisar las normas que fueron aprobadas siguiendo mecanismos de democracia directa, como ocurre con las iniciativas populares que han amenazado principios constitucionales y democráticos básicos<sup>53</sup>.

Lo anterior ha llevado a Rosalind Dixon y a David Landau a preguntarse por el modo de identificar las condiciones democráticas que deben protegerse, elaborando ideas como el *mínimum core* que serviría para mantener la competitividad del sistema democrático<sup>54</sup>, y a elaborar una teoría *delgada* (“narrow”) y limitada para defender la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales<sup>55</sup>. Este es, a nuestro juicio, el modo más persuasivo de defender la tesis de las reformas constitucionales inconstitucionales porque permite distinguir las condiciones en que su procedencia, incluso contramayoritaria, se puede justificar con fuertes razones democráticas. No obstante, para que esta manera de argumentar sea eficaz, ella debe adaptarse a los contextos específicos.

Una pregunta interesante en un ensayo como este, que pretende comentar la jurisprudencia reciente del TC chileno, consiste en identificar si los argumentos de dicha jurisprudencia pueden o no vincularse con la tesis de Dixon y Landau. Como mostraremos en las siguientes secciones, creemos que el caso que se presenta al TC daba oportunidad para estabilizar procesos representativos y hacer que los procesos políticos asociados puedan ejecutarse de manera predecible. En una democracia polarizada, la estabilización y respeto por los procesos políticos establecidos es una condición que, si bien puede vincularse más a la idea de Estado de Derecho que a la noción de democracia, la misma puede resultar necesaria para que las condiciones de la democracia se hagan posibles. Lamentablemente, y como explicaremos, los argumentos del TC fracasaron al vincularse más con la protección de un derecho cuyo contenido es objeto de disputa (el derecho a la seguridad social) que con las

---

53 Rosalind Dixon and Felix Uhlmann, “The Swiss Constitution and a Weak-Form Unconstitutional Amendment Doctrine?,” en *International Journal of Constitutional Law* 16, no. 1 (2018): 54–74.

54 Rosalind Dixon and David Landau, “Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core,” in *Assessing Constitutional Performance*, ed. Tom Ginsburg and Aziz Z. Huq (New York: Cambridge University Press), 2016, 268–92.

55 Rosalind Dixon and David Landau, “Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment,” en *International Journal of Constitutional Law* 13, no. 3 (2015): 606–38.



características que deben poseer los sistemas presidenciales para permitir que la representación política opere de manera saludable en un escenario de polarización y presidencialismo minoritario.

### 3. La doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en Chile

La doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales es nueva en Chile y los fallos que examinamos son los primeros en reconocerla, al menos de manera explícita. No obstante, tanto el TC como los constitucionalistas chilenos han discutido la posibilidad de utilizar dicha doctrina en el pasado. La historia normalmente comienza a contarse con el fallo del TC de 1973, relativo al proyecto de reforma constitucional comúnmente llamado de las *tres áreas de la economía*. En dicho caso, la oposición al gobierno del Presidente Allende había intentado regular los mecanismos de intervención económica para limitar las posibilidades de que la Unidad Popular pudiera implementar una parte de su programa de manera efectiva<sup>56</sup>. El TC debía dar certeza acerca de las reglas de quórum necesarias para que el Congreso pudiera insistir ante el veto del Presidente Allende, en tanto la Constitución vigente no establecía un quórum de manera explícita. Se trataba de una pregunta de naturaleza procedimental. El TC distinguió vicios sustantivos y procedimentales, argumentando que conocer del primer tipo de vicio implicaría usurpar el poder constituyente (cuestión que no estaba autorizado a hacer). No obstante, el TC también argumentó que la Constitución no le daba competencias para revisar vicios procedimentales y que, de hacerlo, podría volver al Tribunal en un revisor indirecto de vicios sustantivos<sup>57</sup>. La sentencia podría ser criticada sobre la base de distintos argumentos, aunque es altamente probable que su explicación se deba más a la presión de la oposición de la época que a una doctrina jurídica consistente que persuadiera a los jueces constitucionales de modo genuino<sup>58</sup>.

El TC de los otros periodos no tuvo muchas oportunidades para pronunciarse al respecto, aunque es importante tener presente que el texto dictado

56 Ver Luis Maira, “Estrategia y Táctica de La Contrarrevolución,” in *Chile 1970-1973. Lecciones de Una Experiencia*, ed. Federico Gil, Ricardo Lagos, and Henry Landsberger (Madrid: Editorial Tecnos), 1977, 243-76.

57 Tribunal Constitucional, Rol 15-1973, 30-05-1973, C°22.

58 El mismo Enrique Silva C. reconoce que hubo presión de la oposición. Enrique Silva C., *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, second edition (2008), vol. 38 (Cuadernos del Tribunal Constitucional), 1977, 141. Ver una explicación más acabada del problema en Sergio Verdugo, “Birth and Decay of the Chilean Constitutional Tribunal (1970-1973). The Irony of a Wrong Electoral Prediction,” en *International Journal of Constitutional Law* 15, no. 2 (2017): 469-94.

en 1980, hasta el día de hoy, menciona el control de la reforma constitucional dentro de sus atribuciones explícitas. Durante la época de la dictadura, el TC rechazó el argumento de la defensa de Clodomiro Almeyda, que había cuestionado la legitimidad del poder constituyente de la Junta, diciendo que no podía revisar una manifestación del poder constituyente originario<sup>59</sup>. En la época postdictadura, el TC declaró no poseer competencia para revisar el requerimiento solicitando la inhabilidad del entonces senador vitalicio Augusto Pinochet. Los requirentes alegaban que el exdictador no cumplía con el requisito de haber servido como Presidente de la República, pese a que el texto constitucional le daba ese título formal. El TC argumentó que responder a esa pregunta podría implicar juzgar la legitimidad de las normas constitucionales, citando el caso Almeyda para sostener que no debía revisar el acto del poder constituyente originario. En otras oportunidades, el TC pudo discutir algunos vicios procedimentales de reformas constitucionales que se estaban tramitando<sup>60</sup>. Sin perjuicio de ello, el TC nunca elaboró una doctrina muy fundamentada en relación a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, y nunca declaró una inconstitucionalidad de ese tipo<sup>61</sup>.

Hasta antes del fallo del año 2020, la mayoría de los académicos chilenos sostenía que el poder del TC estaba limitado a la revisión de los vicios procedimentales de los proyectos de reforma constitucional en el contexto del control preventivo<sup>62</sup>. Este era el modo como una mayoría interpretaba el

59 Tribunal Constitucional, Rol 46-1987, 21-12-1987, C°35.

60 El TC ha discutido vicios procedimentales en algunas oportunidades. Ver, por ejemplo, Tribunal Constitucional, Rol 269-1997, 17-12-1997 y Tribunal Constitucional, Rol 464-2006, 31-01-2006. También, ver José Manuel Díaz de Valdés, “Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional,” *Sentencias Destacadas* 2006, 2007, 145-76.

61 Pese a ello, el TC sí pudo pronunciarse respecto de la constitucionalidad de leyes orgánicas constitucionales que, sin perjuicio de que no modificaban el texto formal de la Constitución, modificaban la constitución material, como ocurrió con el proyecto de ley que modificó el sistema binominal de elecciones, el que fue conocido por el TC el año 2015, sin cuestionarse las facultades del TC. Tribunal Constitucional, Rol 2777-2015, 24-01-2015.

62 Ver, por ejemplo, Francisco Zúñiga Urbina, “Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional,” en *Estudios Constitucionales*, 4, no. 2 (2006): 415; Miriam Henríquez, “El Control de Constitucionalidad de La Reforma Constitucional En El Ordenamiento Jurídico Chileno,” *Anuario de Derecho Público*, 2011, 476-77; Miriam Lorena Henríquez Viñas and George Lambeth Vicent, “¿Son Válidas Las Modificaciones al Capítulo de Reforma Constitucional? Una Reflexión Sobre La Autorreferencia Normativa de Alf Ross y Sus Detractores,” en *Estudios Constitucionales*, 13, no. 2 (2015): 153-68. También, ver Díaz de Valdés, “Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional.” En el contexto del proceso constituyente llevado a cabo por la ex Presidenta Bachelet, algunos académicos críticos del TC continuaron expandiendo una argumentación incompatible con la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Ver, por ejemplo, Fernando Atria, *La Constitución Tramposa* (Santiago: LOM), 2013, 91; Fernando Muñoz León,

artículo 93, N° 3, de la Constitución. No obstante, unos pocos académicos habían argumentado algo diferente. Así, por ejemplo, se ha mencionado al Derecho Natural<sup>63</sup>, a los derechos fundamentales<sup>64</sup> o a la forma republicana de gobierno<sup>65</sup>, como justificaciones posibles para la elaboración de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. Estos argumentos eran meramente teóricos, por supuesto.

Cuando el caso del año 2020 llega al TC y la doctrina discute el problema, los argumentos, lamentablemente, estuvieron lejanos del debate normativo que explicamos en la sección precedente, pese a que dicho debate habría sido importante para precisar el alcance y la justificación de las atribuciones del TC de una manera defendible desde una perspectiva democrática. En otro trabajo publicado años atrás, uno de nosotros argumentó que existían buenas razones democráticas para que el TC no desarrollara una doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales<sup>66</sup>. La agenda de reformas graduales que democratizaban una Constitución impuesta por una dictadura sin garantías democráticas y con enclaves autoritarios no aconsejaba, durante el período previo a la reforma del sistema binominal de elecciones, elaborar una doctrina que pudiera poner en riesgo el largo proceso político encaminado a transformar el marco constitucional vigente en una constitución democrática que pudiera ser aceptada como tal. Por el contrario, en esa época había que continuar apoyando las reformas democratizadoras y no defender una visión que podría haber justificado una defensa de la estructura original establecida en el texto de 1980. Una doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales podría haber sido contraproducente en ese contexto. No obstante, a medida que el texto constitucional se fue transformando y los enclaves autoritarios desapareciendo, más argumentos podían ofrecerse para defender el marco constitucional en contra de posibles reformas constitucionales que

---

“‘Chile Es Una República Democrática’: La Asamblea Constituyente Como Salida a La Cuestión Constitucional,” *Anuario de Derecho Público*, 2013, 83–87; Pablo Contreras, Domingo Lovera, and Ernesto Riffo, “Proceso (¿)Constituyente(?),” en *Revista de Estudios de La Justicia*, 23 (2015): 79–80, 85–86.

63 Cristóbal Orrego, “Vigencia de Los Derechos Esenciales Que Emanan de La Naturaleza Humana y Su Reconocimiento En El Ordenamiento Jurídico Chileno,” en *Revista Chilena de Derecho*, 20 (1993): 63.

64 Humberto Nogueira Alcalá, “Consideraciones Sobre Poder Constituyente y Reforma de La Constitución En La Teoría y La Práctica Constitucional,” en *Ius Et Praxis*, 15, no. 1 (2009): 229, 262.

65 Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo X. Estados de Excepción Constitucional. Gobierno y Administración Interior Del Estado. Reforma Constitucional*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 2004, 264.

66 Sergio Verdugo, “La Objeción Democrática a Los Límites Materiales de La Reforma Constitucional,” en *Actualidad Jurídica*, 28 (2013): 229–314.

amenazaran sus procesos avances democráticos y los procesos representativos. Uno de nosotros defendió, entonces, la idea de elaborar una doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales sobre la base de preservar las victorias democráticas logradas en el Chile post-dictadura<sup>67</sup>. Lamentablemente, y como se mostrará en la sección siguiente, el TC estuvo lejos de cumplir una tarea como esa.

#### **4. Los fallos del Tribunal Constitucional**

El objetivo de esta sección es buscar la posible existencia de una *ratio decidendi* común a los fallos del TC que examinaremos. Si hay argumentos contradictorios, y asumiendo que la necesidad de consistencia es una de las condiciones necesarias para que la función del TC pueda ser defendida frente a los operadores políticos que deben obedecer sus sentencias, entendemos que dichos argumentos fueron *obiter dictum*, en el sentido de que los mismos no fueron ni suficientes ni necesarios para llegar a la conclusión del TC. Si existe algo así como una jurisprudencia que permita inferir una doctrina judicial de los casos examinados, ella debería basarse en la consistencia de las razones ofrecidas, y los académicos pueden contribuir a identificar la misma cuando estudian una secuencia de casos que versan sobre el mismo punto y sus circunstancias no pueden distinguirse sino por razones externas a los procesos que les dieron lugar. Los fallos que examinaremos brevemente en esta sección muestran contradicciones argumentativas que sugieren la inexistencia de una doctrina que pueda ofrecer criterios de aplicación predecible, aunque ellas tienen un elemento común que puede ser discutido: la defensa del derecho a la seguridad social.

##### **4.1. Sobre la primera sentencia**

La sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Ejecutivo estimó que en el proyecto de reforma constitucional existía una infracción a los Capítulos I (“Bases de la Institucionalidad”) y III (“De los derechos y deberes constitucionales”) de la Carta Fundamental vigente. Además de inconstitucionalidades de forma, el TC señaló que en la iniciativa parlamentaria existían inconstitucionalidades de fondo<sup>68</sup>. Sobre ellos, cabe seña-

---

67 Verdugo, “The Role of the Chilean Constitutional Court in Times of Change.”

68 La inconstitucionalidad de forma, señala el TC, se verifica en atención se debía respetar el quorum exigido para modificar el Capítulo en que se contiene el derecho a la seguridad social (2/3 de los diputados y senadores en ejercicio), el cual no fue exigido ni alcanzado, agravándose la legitimidad del hecho

lar, en primer lugar, que el TC acogió la tesis de la afectación del Estado de Derecho<sup>69</sup> esgrimida por el Presidente, ya que los parlamentarios (ni aun a pretexto de una situación excepcional) podían absorber una competencia que está expresamente entregada para ser ejercida por medio de una ley de quorum calificado de exclusiva iniciativa presidencial<sup>70</sup>.

En segundo lugar, el TC acogió también el argumento por el cual se establecía que el proyecto de reforma constitucional afectaba la iniciativa exclusiva presidencial en la regulación del derecho a la seguridad social. En efecto, el TC afirmó que, si bien no se modificaron formalmente las normas de seguridad social imperantes, no puede desconocerse que el proyecto objetado incide en el sistema vigente de seguridad social<sup>71</sup>. Este argumento podría haber sido vinculado con las justificaciones democráticas y procedimentales que sirven para fundamentar el rol de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de reformas constitucionales bajo ciertas condiciones. Lamentablemente, el TC no explicitó este vínculo. Su razonamiento fue breve y escueto.

En tercer lugar, el TC consideró que se afectaba el derecho a la seguridad social resguardado por la Carta Fundamental y que sería un error utilizar argumentos de bien público o de interés general si estos terminan vulnerando los derechos de las personas (al vaciarlos de contenido real o privándolos de eficacia práctica) pues estos se convertirían en una declaración meramente nominal<sup>72</sup>. Luego, el Tribunal señaló que los fondos de pensiones tienen un destino predeterminado que la Constitución protegería. Dicho destino es el financiamiento de las pensiones de las personas, no siendo lícito darles una aplicación distinta a la invocada en su creación, salvo que se establezca un nuevo estado de necesidad (y sin mengua para dicho acervo)<sup>73</sup>. Finalmente, el TC sobre este punto reiteró que una situación excepcional (en este caso, la pandemia) no es justificación suficiente para exonerar la inconstitucionalidad en la que incurrió el legislador<sup>74</sup>.

---

al modificar la esencia de la Constitución por disposiciones transitorias y no permanentes. Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°30

69 Vulnerándose lo establecido por los artículos 6 y 7 de la Constitución

70 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°22

71 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°19.

72 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°24.

73 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°26.

74 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°28.

#### 4.2. Sobre el segundo caso

A diferencia de la sentencia expuesta en el apartado precedente, el TC declaró inadmisibile el nuevo requerimiento de inconstitucionalidad presentado por el Presidente Piñera, pese a que los contenidos del proyecto de reforma constitucional eran similares, habían sido impulsado por iniciativas parlamentarias, y poseían el mismo objeto (autorizar el retiro parcial de los fondos de pensiones). Tras conocerse la decisión del TC, estando pendiente todavía la publicación del texto de la resolución, el ministro Iván Aróstica (quien había redactado el voto de mayoría del primer fallo), entregó una declaración a la prensa<sup>75</sup>. En dicha declaración, adelantó que el recurso del Ejecutivo carecía de fundamentos indicando que el nuevo requerimiento no se había hecho cargo de la primera sentencia del TC. Ello porque no habría abordado, en su opinión, el hecho de que cinco ministros estuvieron en contra de admitir el primer recurso. Para Iván Aróstica, el Ejecutivo debía no solo señalarlo, sino que también esgrimir las razones de su error. Asimismo, el referido ministro advirtió que el TC no otorgó un “cheque en blanco”, en el sentido de que cualquiera podría hacer retiros de fondos previsionales, ya que el reconocimiento de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República debía entenderse en el sentido de legislar para retribuir a las personas afectadas por la pérdida o menoscabo de sus ingresos. Finalmente, el ministro afirmó que “los poderes colegisladores tienen que preocuparse de compensar, de ayudar económicamente, a las personas que están sufriendo”<sup>76</sup>. Las palabras del ministro Aróstica fueron políticamente importantes para comprender la resolución que se publicaría luego, aunque ellas carecen, desde luego, de valor jurídico-positivo.

En la resolución que declaró inadmisibile el recurso presentado por el Presidente, el órgano colegiado inició su análisis señalando que el conflicto era de mérito político, el cual debía ser resuelto dentro de los canales establecidos en el régimen democrático que establece la Carta Fundamental y no mediante la intervención del TC, señalando además que tampoco le correspondería considerar la bondad de una política pública, su mérito o efectuar la cuantificación de una crisis económica o social<sup>77</sup>. Luego, el TC señaló que la cuestión de constitucionalidad suscitada sería un examen global del proyecto de

75 Youtube.cl, Decisión TC: Iván Aróstica explicó rechazo a requerimiento del Gobierno contra tercer retiro, 28 de abril de 202.

76 Advirtiendo que esta fue una de las argumentaciones del TC en la primera sentencia (Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°27).

77 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°5 y 13.

reforma constitucional, lo cual debiese hacerse cuestionándolo en conjunto con el proyecto de reforma presentado por el Presidente de la República en la misma materia (presentado con ocasión del tercer retiro de pensiones). A continuación, el TC advirtió que, dado que el texto del proyecto de reforma constitucional había sufrido modificaciones durante su tramitación, este no debía modificar el objeto de la litis planteado, no debiendo extender el examen de constitucionalidad a un texto diferente del impugnado ni a actos que no han sido específicamente cuestionados. De lo contrario, se incurriría en *ultra petita*. Este punto es esencial puesto que, según advierte el TC, el proceso sometido a su conocimiento carecería de objeto porque el cambio del texto del proyecto cuestionado derivó en que el conflicto a resolver dejó de ser actual por motivos sobrevinientes<sup>78</sup>. No indicándose en forma precisa la cuestión de constitucionalidad planteada, el TC determinó que no correspondería acoger a tramitación el referido requerimiento.

Con todo, es necesario señalar que la resolución también reprochó el hecho de que el Presidente haya presentado (al igual que para el segundo retiro de pensiones) un proyecto en paralelo que versa sobre la misma materia e idea matriz, contradiciendo así sus reproches de constitucionalidad a través de un acto propio<sup>79</sup>. En dicho contexto, el Tribunal afirmó que la sentencia descrita previamente (que acogió el primer requerimiento de inconstitucionalidad del Ejecutivo) fue clara al señalar que no es lícito darle un fin distinto a los fondos de pensiones, salvo que haya un nuevo estado de necesidad<sup>80</sup>. Siguiendo esta línea, el TC considera que si el Presidente estimaba que el límite de la desviación de los fondos se aplicaba exclusivamente al Congreso, debía haberlo especificado en su requerimiento, argumentándolo en los términos del artículo 63 (que dispone los requisitos que debe contener el requerimiento) de la Ley Orgánica Constitucional del TC<sup>81</sup>.

Por último, el TC reiteró que el verdadero problema entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo era de carácter político, demostrándose esto en el hecho de que el Presidente, al igual como que ocurrió con el segundo retiro de fondos previsionales, había presentado un proyecto de ley paralelo autorizando el retiro bajo otras condiciones, lo que también habría vulnerado el derecho a

78 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°22, 30 y 32.

79 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°37 y 39.

80 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°47.

81 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°48.

la seguridad social. Así, el TC se pregunta si es pertinente y hasta competente dicho tribunal, siendo un órgano jurisdiccional, para resolver el conflicto<sup>82</sup>.

## **5. La ausencia de una doctrina sobre las reformas constitucionales inconstitucionales.**

El análisis del TC con ocasión de los requerimientos de inconstitucionalidad presentados por el Ejecutivo presenta una serie de inconsistencias que no solo afectan la predictibilidad de sus decisiones, sino que también confunden a los parlamentarios y al Presidente de la República (dificultando, en consecuencia, su toma de decisiones). Para el análisis que se realizará a continuación, es necesario advertir que en lo sustantivo ambos requerimientos (que cuestionan proyectos de reforma constitucional casi idénticos) presentan, no obstante, algunas similitudes<sup>83</sup>. Sobre las inconsistencias:

En primer lugar, en la primera sentencia el TC declara que tiene plena jurisdicción para resolver todas las cuestiones, tanto de forma de como de fondo, que se susciten durante la tramitación de cualquier proyecto de reforma constitucional<sup>84</sup>. En su segunda decisión, en cambio, el TC sostiene que si bien tiene competencia para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional, es necesario delimitar con precisión el conflicto que se conocerá pues no puede extender su competencia a temas no comprendidos en la traba de la litis<sup>85</sup>. El TC sostuvo que el conflicto sometido a su conocimiento sería de naturaleza política, preguntándose incluso si este sería competente para resolverlo (ya que este conflicto de tipo político podría, en opinión del TC, ser resuelto por los propios colegisladores mediante la tramitación de otros proyectos, el veto y la calificación de urgencias)<sup>86</sup>. Bajo este nuevo criterio, la primera sentencia habría sido errada. Bajo el criterio de la primera sentencia, el segundo caso debiera haber sido considerado como parte de una disputa jurídica que el TC tiene facultades para resolver.

---

82 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°52.

83 El segundo requerimiento se funda en que el proyecto objetado desconocería el fallo del TC sobre el primer requerimiento (que sería un precedente), violentaría la Constitución al ser una enmienda implícita de sus disposiciones permanentes a través de disposiciones transitorias, afectaría el derecho de propiedad de las compañías de seguros (en el caso del denominado “anticipo” en las rentas vitalicias), entre otros.

84 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°1.

85 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°14.

86 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°52.



En segundo lugar, debemos remitirnos al examen de admisibilidad efectuado por el TC. En el primer caso, la resolución acoge a trámite el primer requerimiento dando por cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 63 y demás normas pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional (“LOC”) del TC. En el segundo caso, en tanto, el TC afirmó que no verificó el cumplimiento de los referidos requisitos, declarando inadmisibile el recurso presentado por el Ejecutivo. La inconsistencia se presenta al observar que el TC realizó interpretaciones diferentes, ya que este no consideró uniformemente que en ambos casos se tramitaban proyectos paralelos de retiros de fondos previsionales presentados por el Ejecutivo y que los proyectos impugnados originalmente habían sufrido modificaciones durante su tramitación en el Congreso. Ello se debe a que, en el primer caso, el voto de mayoría de la resolución de admisibilidad no había considerado relevante el hecho de existir un proyecto paralelo sobre la misma materia (presentado por el Presidente) ni el hecho de que el proyecto impugnado hubiera sufrido modificaciones durante su tramitación. Sin embargo, en el segundo caso se esgrimieron justamente dichos argumentos para declarar inadmisibile el requerimiento, evidenciándose un cambio de criterio.

Sobre ello conviene precisar que el referido artículo 63 de la LOC del TC establece que el requerimiento debe contener la cuestión de constitucionalidad y, cuando corresponda, el vicio o vicios de inconstitucionalidad advertidos, con indicación de las normas que se estimen transgredidas. De lo expuesto se colige, en consecuencia, que el segundo requerimiento cumplía con los requisitos legales contenidos en la LOC del TC para ser declarado admisible, puesto que no es una exigencia actualizar o complementar el requerimiento con los cambios efectuados durante la tramitación del proyecto (que es la tesis sostenida, en esta ocasión, por el TC). Así las cosas, en el segundo caso se aplicó un estándar más alto en comparación al aplicado en el primero (señalándose, por parte del TC, que el segundo requerimiento había perdido actualidad por modificación de su objeto<sup>87</sup>).

En tercer lugar, conviene referirnos a la utilización del TC como un órgano de carácter consultivo. En efecto, el TC, resolviendo el segundo requerimiento, sostuvo que de pronunciarse el mismo respecto de una reforma constitucional idéntica en contenido y objetivo a la del proyecto de ley presentado, lo controvertido en el requerimiento sería meramente consultivo. Y que, en consecuencia, se vería obligado a revisar la conveniencia, mérito u oportunidad

---

87 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°30.

de la reforma constitucional, situación que carecería de sentido en dicha oportunidad en atención a que el mismo Presidente de la República encontró en la Carta Fundamental alternativas de solución diferentes después de presentado el requerimiento<sup>88</sup>. Ello es relevante puesto que este punto no fue abordado por el voto de mayoría al realizarse el examen de admisibilidad del primer requerimiento. Con todo, cabe señalar que la disidencia de la primera sentencia coincide en prácticamente en los mismos términos efectuados por el voto de mayoría de la segunda resolución<sup>89</sup>.

Del análisis de los fallos comentados, es posible identificar una *ratio decidendi* común empleada por el TC. Más allá de sus inconsistencias, los fallos dan a entender que el TC considera que los retiros de fondos previsionales, con independencia de quién sea el autor del proyecto y de su naturaleza (reforma constitucional o proyecto de ley), son siempre contrarios a la Carta Fundamental, a menos que estemos frente a un nuevo estado de necesidad y que se contemplen mecanismos obligatorios de reintegro de los fondos retirados. Lo relevante para determinar la constitucionalidad de los proyectos objetados, en definitiva, se vincula al modo como el TC percibe la protección del derecho a la seguridad social y no a teorías procedimentales de la democracia. La genuina doctrina del TC, luego de no considerar aquellos argumentos que dejaron de ser relevantes en el segundo caso, queda de manifiesto al analizar las justificaciones que esgrimió con ocasión del primer y segundo requerimiento de inconstitucionalidad presentado por el Presidente de la República.

En el primer requerimiento, el TC señaló que, por distintas razones, el proyecto cuestionado era contrario a la Constitución. Una de ellas se relacionaba con el destino constitucionalmente protegido y predeterminado de los fondos de pensiones, lo que impediría darles otra aplicación a menos que se establezca un nuevo estado de necesidad y sin mengua para dicho acervo<sup>90</sup>. Afectar el derecho a la seguridad social no era lícito, tampoco, porque el mismo derecho no de aquellos que pueda ser afectado durante los estados de excepción constitucional<sup>91</sup>.

En relación al segundo requerimiento, en tanto, el TC consideró que el Ejecutivo sería incongruente por, entre otras razones, presentar un proyecto

88 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°15.

89 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 10-12-2020, C°13 del voto de disidencia de los ministros García, Pozo y Silva.

90 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°26.

91 Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, 30-12-2020, C°27.

de ley cuyo fin era autorizar el retiro de fondos previsionales ignorando el fin constitucionalmente protegido de los fondos de pensiones. Para el TC, en consecuencia, la actuación del Presidente de la República fue contraria a sus propios actos, lo cual incidió en que, a juicio del TC, el requerimiento no cumpliera con los requisitos de admisión a trámite. Para el TC, el propio requirente, contradiciendo sus afirmaciones expuestas en el requerimiento, terminó considerando que no existía perjuicio de constitucionalidad que debiera ser resuelto por el Tribunal<sup>92</sup>.

En conclusión, el TC estimó que, dado que su primera sentencia no cumplió su objetivo de proteger los derechos de las personas, era inconveniente acoger el segundo requerimiento ya que su teoría sobre la protección del derecho podía ser burlada en el evento que se generase un nuevo acuerdo político que permitiese un retiro de fondos a través de un proyecto presentado por el Ejecutivo. De esta manera, el argumento sobre la iniciativa exclusiva y el quórum asociado, dejan de ser relevantes para el fallo. Ellos no son argumentos que, de manera independiente, puedan ser utilizados para declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional. Si el primer fallo parecía establecer un criterio para determinar si la iniciativa exclusiva del Presidente de la República había sido vulnerada, en el segundo caso este punto fue secundario. Por ello, lamentablemente, este argumento parece asociarse a un elemento de *obiter dictum*. El único elemento que parece sostenerse en ambas sentencias, es el del derecho a la seguridad social y al modo como se entiende su destino protegido constitucionalmente.

## 6. Conclusión

Aunque de los argumentos del TC se infiere que el TC parece aceptar, al final del día, la existencia de una facultad para declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, de ello no se sigue que exista una doctrina con un contenido suficientemente claro como para identificar criterios de aplicación predecible que permitan distinguir las condiciones que hacen procedente dicha sentencia de inconstitucionalidad en el contexto de la necesidad de estabilizar procesos políticos. La doctrina que puede inferirse de ambos casos hace más relevante el modo como interpretamos un derecho constitucional cuyo contenido ha sido controvertido y que, si bien puede ser invocado en otros casos, en el contexto de un proceso político irregular, dicho argumento

---

92 Tribunal Constitucional, Rol 10.774-21, 29-04-2021, C°13.

no contribuye a dar certeza sobre el modo como nuestro sistema constitucional permite el funcionamiento de la democracia y facilita la representación. Por el contrario, el TC no fue capaz de construir un argumento que le permitiera responder a las principales objeciones que se presentan contra la teoría de las reformas constitucionales inconstitucionales, exponiendo su actuar a fuertes críticas que difícilmente podrán ser respondidas sobre la base de los valores procedimentales de la democracia.

Esta no era, por supuesto, la única alternativa que tenía el TC. Como lo explicamos en las secciones precedentes, en la primera sentencia, el argumento de la iniciativa exclusiva fue breve y presentado de una manera desconectada de las justificaciones democráticas para fundamentar el poder del TC de revisar las reformas constitucionales. En el segundo caso, el argumento de la iniciativa exclusiva se volvió irrelevante. Con ello, el TC perdió una valiosa oportunidad para contribuir a estabilizar la manera como los operadores políticos interpretan las reglas del proceso legislativo, cuestión que es relevante para que los procesos políticos y representativos puedan operar de manera predecible. Asimismo, el TC perdió una oportunidad para elaborar una doctrina sobre las disposiciones transitorias de la Constitución, la que podría haber sido útil para dar certeza respecto del debate suscitado en lo relativo a la regulación del proceso constituyente. Si el TC debe cumplir un rol esencialmente procedimental en el sistema democrático para legitimar su autoridad dentro de procesos políticos conducidos con las lógicas de la política electoral, el mismo debiera prestar más atención al modo como reconcilia la necesidad de fortalecer y estabilizar los procesos representativos con su carácter contramayoritario. En vez de hacer esto, el TC ha preferido convertirse en una entidad menos relevante, haciendo más improbable que pueda cumplir su rol con eficacia.

# ¿INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE AUTORIZA EL SEGUNDO RETIRO DEL 10% DE LOS FONDOS PREVISIONALES?

*Miriam Lorena Henríquez Viñas<sup>1</sup>*

## Resumen

El presente trabajo analiza la sentencia Rol N° 9797-20 del Tribunal Constitucional que afirma la competencia para conocer de los vicios de constitucionalidad de forma y de fondo. La sentencia se examina críticamente por cuanto se parte de la premisa que la Constitución Política no contempla límites materiales a la reforma constitucional, ni explícitos ni implícitos. La Constitución solo ha previsto límites en cuanto al sujeto y al procedimiento de cambio. En tal sentido, el control de constitucionalidad de la reforma constitucional sólo procede sobre los aspectos procedimentales. No siendo procedente, como se hizo, un control de los vicios materiales del proyecto de reforma constitucional que autoriza el segundo retiro del 10% de los fondos previsionales.

## Introducción

El presente comentario versa sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, de 30 de diciembre de 2020, que acogió el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por el Presidente de la República, Sebastián Piñera, respecto del proyecto de reforma constitucional sobre el segundo retiro del 10% de los fondos previsionales. La sentencia fue adoptada por 5 votos a favor, dirimiendo el empate la Presidenta del órgano de justicia

<sup>1</sup> Abogada, Universidad Nacional del Comahue (Argentina). Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile). Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado. Email: [miriamhenriquez@yahoo.es](mailto:miriamhenriquez@yahoo.es) - [mhenriqu@uahurtado.cl](mailto:mhenriqu@uahurtado.cl)

Agradezco el trabajo esmerado en la revisión de los antecedentes de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 9797-20, sus antecedentes, contexto y referencias sobre los vicios de forma, realizado por el Ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Ariel Pérez Aubel.

constitucional<sup>2</sup>. A juicio del requirente, el proyecto de reforma constitucional infringía el artículo 127 del Capítulo XV de la Constitución, los artículos 6 y 7, 19 N°18 y 65 inciso tercero y cuarto N°1 y 6<sup>3</sup>.

La facultad que tiene el Presidente de la República para plantear un requerimiento de inconstitucionalidad sobre los proyectos de reforma constitucional surge de lo previsto en la Constitución en el artículo 93 N° 3 de la Constitución e inciso cuarto. El proyecto de reforma constitucional, objeto del requerimiento, pretendía regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, cuyo objetivo central fue autorizar a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, en forma voluntaria y excepcional, a realizar un segundo retiro de hasta el 10% de los fondos acumulados en sus cuentas de capitalización individual de cotizaciones obligatorias<sup>4</sup>. El mencionado proyecto contempló un artículo único, que agregaba a la Constitución Política de la República una nueva disposición transitoria cuadragésima tercera<sup>5</sup>.

---

2 Los votos de mayoría corresponden a los Ministros Brahm Barril –voto dirimente-, Aróstica Maldonado, Letelier Aguilar, Vásquez Márquez y Fernández González,

3 Más precisamente, los reproches de constitucionalidad planteados por el requirente señalaron que el proyecto de reforma constitucional infringe: a) Las normas del Capítulo XV de la Constitución, en particular el artículo 127, toda vez que se incorpora o aprueba mediante una disposición transitoria una reforma implícita a la Carta Fundamental que no respeta el procedimiento, las formas ni los quórum que se exige para reformar sus capítulos y normas. Aseveró que el proyecto reconoce un “nuevo” derecho de retiro “excepcional” y “voluntario”, el legislador/constituyente estaría vulnerando instituciones basales del orden institucional (iniciativa exclusiva del Presidente de la República) y derechos fundamentales (seguridad social); b) Los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, porque se incorpora una disposición sustantiva, pero sin enmendar normas permanentes, lesionando asimismo la supremacía constitucional; c) La naturaleza jurídica y función de las disposiciones transitorias, que es regular la vigencia temporal o territorial de la Carta Fundamental o de las reformas que se introducen a ella, o bien fijar reglas de competencia en relación a disposiciones permanentes; d) El artículo 19 N°18 (derecho a la seguridad social) al ampliarse el destino de la cotización obligatoria, y al votarse en el Congreso con un quorum inferior al requerido; e) El artículo 65 inciso tercero e inciso cuarto números 1 y 6, en relación al artículo 127 creando reglas de iniciativa legislativa parlamentaria donde la Constitución reserva dicha iniciativa al Presidente. Y que debió votarse con el quórum establecido para modificar el artículo 19 N° 18, esto es, por los 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio, y no por los 3/5; toda vez que el proyecto incide en el Capítulo III de la Constitución, y así lo ordena el propio artículo 127.

4 Boletines N° 13.736-07, 13.749-07 y 13.800-07 refundidos.

5 La disposición en comentario señala: “Cuadragésima tercera. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición trigésima novena transitoria, excepcionalmente, y para mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19, autorizase a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, de forma voluntaria y excepcional, a realizar un segundo retiro de hasta el 10 por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, estableciéndose como monto máximo de retiro el equivalente a 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento. En el evento de que el 10 por ciento de los fondos acumulados sea inferior a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá– retirar hasta dicho monto. En el caso de que los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual sean inferiores a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá– retirar la totalidad de los fondos acumulados en dicha cuenta. La entrega de los fondos se efectuará en una sola cuota y en el plazo máximo de quince días hábiles contado desde la presentación

En su tramitación legislativa, la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados estimó que el proyecto requería para su aprobación, del voto conforme a las tres quintas partes de los diputados en ejercicio (93 diputados). En la Cámara de Diputados se aprobó el proyecto de reforma constitucional, alcanzándose el quorum de aprobación establecido. El requerimiento en estudio fue presentado en el segundo trámite constitucional del proyecto de reforma; y mientras el órgano de justicia constitucional conocía del mismo, el proyecto fue rechazado en el Senado al alcanzarse sólo 23 votos a favor (requiriéndose 26). En paralelo a este proyecto, el Presidente de la República inició por mensaje un

---

de la solicitud ante la respectiva administradora de fondos de pensiones, y estará— sujeta a la retención, suspensión y embargabilidad por deudas originadas por obligaciones alimentarias de conformidad con lo previsto en la ley No 21.254.

Las administradoras de fondos de pensiones, para el procedimiento de retiro de fondos, deberán modificar los datos del afiliado a simple requerimiento de éste, acreditando su identidad en base a la información entregada por el afiliado, sea con certificado de nacimiento, clave única o sentencia judicial ejecutoriada, y no podrán efectuar discriminación arbitraria alguna, en especial en el caso de personas que se sometieron al cambio registral de identidad establecido en la ley No 21.120.

La facultad establecida en esta disposición transitoria no es incompatible con el ejercicio del derecho de retiro establecido en la disposición trigésima novena transitoria.

Los afiliados que soliciten el retiro de fondos previsionales de conformidad con lo preceptuado en esta disposición podrán reintegrar todo o parte de dichos fondos mediante una cotización voluntaria adicional equivalente al 5 por ciento mensual calculada sobre la última remuneración cotizada y que podrá— enterarse durante todo el periodo que sea necesario para restituir el saldo retirado reajustado, sin perjuicio de su facultad de suspenderlo o discontinuarlo. La Superintendencia de Pensiones establecerá— la normativa que regule esta cotización.

Todas aquellas autoridades cuyas remuneraciones se encuentren reguladas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 bis de la Constitución Política de la República que, a la fecha de entrada en vigencia de esta reforma, hayan ejercido el derecho establecido en la ley N° 21.248, deberán, dentro del plazo de diez días hábiles contado desde la fecha antes indicada, incorporar a su declaración de patrimonio e intereses, de conformidad a la ley N° 20.880, la información relativa al retiro efectuado, con indicación del monto. Lo mismo se aplicará en el caso de que soliciten el retiro establecido en esta disposición.

Para efectos del cumplimiento de lo prescrito en el inciso segundo de la disposición trigésima novena transitoria respecto a las deudas originadas por obligaciones alimentarias, decretado el pago por el tribunal, el alimentario acreedor se subrogará, por el solo ministerio de la ley y hasta el monto de lo adeudado por obligaciones alimentarias, en los derechos del afiliado deudor. Recibida la orden del tribunal, la administradora de fondos de pensiones procederá— a efectuar el pago de conformidad a la resolución respectiva.

Ante la pluralidad de alimentarios, la subrogación que opere en favor de uno de ellos, aprovechará a los restantes. En el caso de pluralidad de alimentarios con medidas cautelares vigentes, el monto retenido se dividirá— en partes iguales según número de alimentarios. Si lo adeudado a uno o más es menor a la cuota que le correspondiere, el sobrante acrecerá— la cuota de los restantes alimentarios.

Las medidas cautelares de retención de fondos decretadas por los tribunales de familia en virtud de la disposición trigésima novena transitoria, extenderán su aplicación y vigencia a lo establecido en la presente disposición, salvo que el tribunal decrete lo contrario.

Desde la entrada en vigencia de esta disposición o desde la solicitud de retiro, según corresponda, las administradoras de fondos de pensiones deberán informar al tribunal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el correo electrónico y el domicilio del afiliado para efectos de la notificación de las resoluciones que los tribunales deban realizar hasta hacer efectivo el pago.

Lo señalado en los incisos anteriores, sobre el procedimiento de retención de los fondos por concepto de deudas de pensiones alimenticias, regirá— para las disposiciones trigésima novena y cuadragésima tercera transitorias.

Los demás términos y condiciones de este segundo retiro se sujetarán a lo establecido en la disposición trigésima novena transitoria.”

proyecto de ley que fue aprobado, sancionado, promulgado y publicado como Ley N° 21.295, el 31 de diciembre de 2020, autorizándose a los cotizantes a realizar el segundo retiro del 10% por ciento de los fondos previsionales.

Cabe recordar, que previamente se aprobó la reforma constitucional que agregó la disposición trigésimo novena transitoria, que estableció el primer retiro del 10%, también originada en una reforma constitucional iniciada por moción parlamentaria, que no fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, siendo sancionada y promulgada por el Presidente de la República, y publicada como Ley N° 21.248, el 30 de julio de 2020, cuyo contenido es prácticamente idéntico al que se declaró inconstitucional en virtud de esta sentencia.

Varios son los asuntos que plantea esta sentencia. A modo ejemplar: 1) ¿Cuál es la naturaleza de las normas transitorias? ¿Son parte de la Constitución? ¿Cuál es su contenido y tipos? ¿Cuál es el quórum requerido para su aprobación?; 2) ¿Las normas sobre iniciativa exclusiva legislativa se aplican supletoriamente a la reforma constitucional?; 3) ¿El Tribunal Constitucional está facultado para conocer de los vicios de fondo? ¿Límites materiales explícitos e implícitos a la reforma? ¿Cuáles son los supuestos límites materiales de la Constitución Política? ¿Los límites materiales implícitos son aquellos interpretados por el Tribunal Constitucional?; y 4) ¿Cuáles son los límites materiales que no pueden modificarse según el Tribunal Constitucional? ¿Las normas contenidas en los capítulos I y III de la Constitución son inmodificables?

Desde la penúltima perspectiva (3), esto es la procedencia y alcance del control de constitucionalidad de los vicios de fondo de la reforma constitucional, abordaremos críticamente la sentencia Rol N° 9797-20. Para ello seguiremos el siguiente plan de análisis: a) Reconocer la discusión sobre la procedencia del control de constitucionalidad de la reforma constitucional y su alcance, es decir sobre los vicios de forma y fondo; b) Evaluar la posición que asumió el Tribunal Constitucional, en el fallo en comento, sobre su competencia para controlar la constitucionalidad de la reforma constitucional; c) Sintetizar la posición de la doctrina nacional sobre la existencia de los límites materiales a la reforma constitucional y la procedencia del control de constitucionalidad de los vicios de fondo; y d) Proponer algunas reflexiones finales.

## **2. El (auto)reconocimiento del Tribunal Constitucional para conocer de los vicios de fondo de la reforma constitucional**

La procedencia y alcance del control de constitucionalidad de la reforma constitucional no está exento de debate en el Derecho Comparado. Las posturas se



dividen entre quienes sostienen que: a) Procede un control amplio – previo y represivo, de vicios de fondo y de forma - de constitucionalidad de todas las normas del orden jurídico, incluida la reforma constitucional; b) Corresponde el control previo de constitucionalidad de la reforma constitucional en lo relativo al cumplimiento del procedimiento fijado por la Constitución; c) Autoriza el control de constitucionalidad de la reforma constitucional, pero no por los órganos jurisdiccionales, sino por el mismo órgano de reforma o el Congreso; y d) No procede en caso alguno el control de constitucionalidad de la reforma constitucional<sup>6</sup>.

A nivel nacional, parte de la doctrina sostiene la procedencia del control de constitucionalidad amplio de la reforma constitucional – previo y represivo, por vicios de forma y fondo - por el Tribunal Constitucional. De esta forma, dicen, se aseguraría la protección de la supremacía y rigidez constitucionales de todo poder constituido, entre ellos el poder reformador. Desde esta perspectiva los límites materiales a la reforma adquieren una dimensión jurídica y política de gran trascendencia. En esta postura se inscribe Humberto Nogueira, quien estima que el ejercicio del poder constituyente instituido, en cuanto poder subordinado a la Constitución, puede ser objeto de control de constitucionalidad por el órgano jurisdiccional de defensa de la Constitución, quien deberá controlar que no sean sobrepasados los límites materiales y formales establecidos en la Carta, pudiendo determinar la inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución tanto por infringir procedimientos como por vulnerar las líneas estructurales esenciales, la identidad y continuidad de la Constitución y la fórmula política establecida por el poder constituyente originario<sup>7</sup>.

Otros autores chilenos, entienden que el control de constitucionalidad de la reforma constitucional está circunscrito sólo al control previo y únicamente a los vicios de procedimiento. En este grupo destaca Francisco Zúñiga, quien sostiene la procedencia del control de constitucionalidad con carácter previo, facultativo y puramente formal<sup>8</sup>.

6 Henríquez, Miriam, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno”, en *Anuario de Derecho Público*, (Universidad Diego Portales), 2011, p. 471.

7 Nogueira, Humberto, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y práctica constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 15, N°1, 2009, p. 262.

8 En sus palabras: “El control de la reforma constitucional encomendado al Tribunal Constitucional es un control de constitucionalidad preventivo y represivo según el caso (referido esto último al control del decreto que convoca a referéndum constitucional), y facultativo, puramente formal, quedando excluido del control de constitucionalidad las infracciones configuradoras de vicios de inconstitucionalidad material e inconstitucionalidad competencial, lo cual engarza con nuestro predicamento pri-

De conformidad con esta postura, no le es dable controlar al Tribunal Constitucional si la reforma constitucional se ajustó a los límites materiales, puesto que la Constitución Política – como se analizará - no los ha fijado ni explícita ni menos implícitamente.

A pesar de ser éste un asunto discutido a nivel comparado y en nuestro medio, el Tribunal Constitucional comenzó afirmando en la sentencia N° 9797-2020 su competencia para conocer y resolver tanto los vicios de constitucionalidad de forma como de fondo que puedan suscitarse en los proyectos de reforma constitucional. Así lo señaló en el considerando primero de la sentencia: “Al Tribunal Constitucional le asiste plena jurisdicción para resolver, conforme a derecho, todas las cuestiones -de forma y de fondo- que se susciten durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional.”

En el considerando sexto reiteró su posición en orden a que no existen razones de texto - constitucional ni legal- para no abocarse al control sobre los vicios de fondo: “Que, a este respecto, corresponde recordar que el artículo 93, inciso primero, N° 3 de la Carta Fundamental le entrega ampliamente al Tribunal Constitucional la potestad para resolver las “cuestiones de constitucionalidad” que se susciten durante la tramitación -entre otros- de los proyectos de reforma constitucional; sin que en el resto del articulado constitucional ni en los preceptos de la Ley N° 17.997, que rigen a esta Magistratura (artículos 61-71), aparezca restricción alguna que limiten su actuar únicamente a los vicios de forma que pudieran afectar un proyecto de ley bajo examen. Antes, al contrario, en el marco de una Constitución con alto contenido material o dogmático, como es el recogido en el capítulo I “Bases de la Institucionalidad”, cuyas normas configuran un imperativo jurídico de derecho público, no resulta coherente sostener que su máximo defensor -el Tribunal Constitucional- solo podría controlar que las leyes se ciñan al procedimiento y se ajusten a las formalidades exigidas en su preceptiva, mas no a las normas sustanciales llamadas justamente a producir efectos jurídicos directos por sobre los actos del legislador.”

Además del recurso a la interpretación literal de ciertas disposiciones constitucionales y legales, el órgano de justicia constitucional recurrió a otros métodos para fundar su competencia para resolver la constitucionalidad de

---

mitivo en orden a que el poder constituyente derivado no tiene límites jurídicos o positivos autónomos internos, procesales (temporales) y sustantivos o materiales en la Constitución o por remisión en el Derecho Internacional Convencional que son objeto de justiciabilidad.” Zúñiga, Francisco, “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, en Revista Estudios Constitucionales, Año 4, N°2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2006, p. 417.

los vicios de fondo, tales como la interpretación histórica, comparada, sus antecedentes jurisprudenciales previos y la doctrina. Cabe decir que la sentencia del Tribunal Constitucional incurre en ciertas deficiencias argumentativas en la justificación de su competencia que se pondrán de relieve a continuación, así como en confusiones al asimilar el control de los proyectos de ley y la reforma constitucional.

En el considerando octavo citó su jurisprudencia previa: “Que no se sostiene en derecho, por ende, lo alegado por la Cámara de Diputados en estrados, en punto a que el control del Tribunal Constitucional solo podrá ser formal, dado que esta afirmación no se encuentra tampoco avalada por la jurisprudencia ni halla respaldo en la historia del establecimiento de la Carta Fundamental. En cuanto a la jurisprudencia, el único requerimiento análogo presentado bajo la vigencia de esta Carta Fundamental fue declarado inadmisibles, pero únicamente porque este Tribunal juzgó que no se cumplía el requisito de legitimación activa por parte de los requirentes (STC Rol N° 269-97).” Si analizamos este argumento, lo curioso es que mencionó un “no antecedente” jurisprudencial previo para fundar su competencia, toda vez que sobre el requerimiento aludido no recayó sentencia definitiva de la que pueda deducirse un precedente.

En el considerando noveno, el órgano de justicia constitucional refirió a la doctrina nacional: “Que, en línea con lo señalado, la doctrina ha enfatizado la imposibilidad de que el legislador se valga de una reforma constitucional para alterar sus elementos nucleares, estatuidos en el capítulo I sobre las «Bases de la Institucionalidad» y en el capítulo III sobre los «Derechos y deberes constitucionales». Para exponer “la doctrina”, el Tribunal Constitucional refirió en el mismo considerando al profesor don José Manuel Díaz de Valdés Juliá, “[...] en un enjundioso estudio aparecido en «Sentencias Destacadas 2006», publicada por el Instituto Libertad y Desarrollo, suministra mayores antecedentes que avalan este aserto: hay motivos históricos y doctrinarios suficientes para afirmar que el Tribunal Constitucional tiene competencia para controlar la forma y el fondo de todos los proyectos de ley de reforma constitucional (Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional, pp. 168-174).” Lo particular de este argumento es que no hizo una relación de los fundamentos del único autor mencionado, sino que únicamente hizo referencia a su artículo publicado en 2006.

En el considerando décimo citó al Derecho Comparado: “Que, por ello igualmente, en el derecho comparado las reformas constitucionales no están

exentas de reproche por ser contrarias a las respectivas Cartas Fundamentales. Existe, como es sabido, la tendencia creciente a reconocer una esencia inmutable en las Constituciones locales, las cuales, bajo ciertas condiciones, no pueden ser dejadas sin efecto bajo sanción de inconstitucionalidad (Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendments*, en Oxford University Press, 2017, pp. 40- 70). En este ámbito, merecen especial consideración las razones por las cuales es posible declarar una reforma constitucional como inconstitucional. La principal se vincula con el empleo de los procedimientos de reforma para afectar el Estado de Derecho y, en lo que atañe a este caso, al modo en que está erigida la democracia (Rosalind Dixon y David Landau, *Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional amendment* en *International Journal of Constitutional Law*, año 2015, Vol. 13, pp. 606-638).” La mención al Derecho Comparado es particular por cuanto no diferencia los casos de Constituciones que contemplan límites materiales – explícitos o implícitos - a la reforma constitucional, de aquellas que no lo hacen. Lo necesario de esta distinción es que de allí surge la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por motivos de fondo; tampoco cita ejemplos de constituciones objeto de comparación, sino artículos de autores extranjeros que sí realizan ese estudio comparado.

En el considerando décimo primero anotó jurisprudencia comparada, más precisamente la sentencia pronunciada el 26 de febrero de 2010, C 141/10 de la Corte Constitucional de Colombia, en particular: “(...) debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución...o que, mediante los cambios que se introduzcan, se busque subvertirla”. Sin embargo, tal cita elude la controversia que también se plantea en Colombia sobre la existencia de límites materiales a la reforma constitucional y no contextualiza el alcance del control por la Corte Constitucional<sup>9</sup>.

9 El constitucionalismo colombiano no está ajeno a esta controversia. La Constitución Política de 1991 no contempla la existencia de límites materiales al poder de reforma e incluso el artículo 241 de la Carta colombiana, en el numeral 1°, solo autoriza a la Corte Constitucional para ejercer un control por vicios de procedimiento en la formación del acto reformativo de la Constitución.

Como señala Sabrina Ragone: “La Constitución de 1991 no contiene cláusulas de intangibilidad explícitas, así es que es la Corte misma quien se tiene que encargar de elaborarlas. Todavía hoy no hay un listado claro de los elementos no reformables.” Ragone, Sabrina, “Control de constitucionalidad de los vicios de forma de la reforma constitucional”, en *Jurisdicción Constitucional y vicios de forma* (Miriam

En el considerando trigésimo-segundo aludió a la historia fidedigna de la Constitución para afirmar que el capítulo III es inmodificable, puntualmente refirió lo expresado en la Sesión N° 409, de 10 de agosto de 1978: “[..] la Comisión redactora de la Nueva Constitución dejó constancia que «las bases inamovibles de la institucionalidad no pueden ser objeto de reforma constitucional», lo que da cuenta de la imposibilidad de que el legislador reformador de la Constitución pueda alterar las bases fundamentales establecidas en ella.” Empero, como sabemos, el Capítulo III de la Carta Fundamental ha sido objeto de varias reformas y la Constitución no impide su modificación, sino que exige una mayoría de dos tercios para aprobar cambios a sus contenidos.

Para concluir este apartado cabe señalar que en varios pasajes de la sentencia se hacen referencias al control de constitucionalidad de la ley, en circunstancias que el objeto de control es la reforma constitucional, asimilando ambos controles cuyo objeto es sustancialmente distinto. Por ejemplo, en el considerando séptimo: “Que, la circunstancia de que el Capítulo XV de la Carta no prevea allí límites materiales a la ley de reforma constitucional, como enfatiza la Cámara de Diputados en este caso (fs. 1036), no implica que no las tenga, muy explícitamente, en aquella parte de la misma Constitución destinada a estos efectos. Tal como el artículo 66, al reglar las distintas mayorías parlamentarias con que han de aprobarse las leyes, tampoco indica lindes sustanciales o materiales, es obvio, sin embargo, que le son enteramente aplicables los límites al poder político que contemplan los capítulos I, «Bases de la Institucionalidad», y III, «De los derechos y deberes constitucionales», que estatuye el ordenamiento supremo vigente.” Al respecto cabe decir que no es comparable el alcance del control de constitucionalidad de la ley con disputado control de constitucionalidad de la reforma constitucional, aunque en este pasaje se asimilen.

Otro ejemplo de asimilación, se anota en el considerando octavo que refirió a la historia fidedigna de la Constitución Política: “En cuanto a la historia del establecimiento de la Constitución, en las Sesiones N°s. 359, de 26 de abril de 1978, y 409, de 10 de agosto de 1978, de la Comisión redactora, se dejó nítida constancia que un proyecto de ley en elaboración podía ser refutado por inconstitucionalidades de forma y de fondo.”

A semejar el control de constitucionalidad de un proyecto de ley con uno de reforma constitucional es complejo por cuanto efectivamente el primero

---

Henríquez, editora), (Editorial Tirant Lo Blanch), 2020, p. 92.

debe ser compatible formal y materialmente a la Constitución. Sin embargo, las reformas constitucionales buscan cambiar - ya sea agregando, eliminando o sustituyendo - una norma constitucional. De esta manera, la norma de reforma será incompatible con la norma reformada, pero no por ello inconstitucional, a menos que esté prohibida su modificación.

### 3. Vicios de forma y reforma constitucional

La validez/constitucionalidad de la reforma constitucional dependerá de su conformidad con el procedimiento de reforma establecido en la Constitución, así como con sus límites materiales, en caso de existir. Esta afirmación impone indagar en la naturaleza de las normas sobre la producción de la reforma (en adelante normas sobre la reforma) y las reformas concretas (en lo sucesivo normas de reforma)<sup>10</sup>. Es decir, las primeras como normas sobre la producción; y las segundas, como las normas sustantivas dictadas conforme a las anteriores.

Para analizar la naturaleza de las normas referidas, pueden distinguirse al menos dos tipos: a) Las normas sustantivas o de contenido, a través de las cuales tienen lugar las distintas manifestaciones del Derecho; y b) Las normas formales o sobre la producción, que regulan la forma en la que las normas sustantivas tienen que generarse, señalándoles el ámbito competencial y el procedimiento al que deben ajustarse para surgir válidamente<sup>11</sup>.

Las normas del segundo tipo, las formales, determinarán el objeto y el procedimiento para la dictación de las normas de reforma. En tal sentido, las normas sobre la reforma son normas de competencia por cuanto fijan el ámbito posible de la reforma y el procedimiento para reformar la Constitución. La principal consecuencia de esta afirmación es que la norma de reforma que sea promulgada, por ejemplo, por un órgano distinto o por un procedimiento diferente de aquél fijado por la norma sobre la reforma, será inválida o inconstitucional<sup>12</sup>.

Así las normas sobre la reforma, previstas en el capítulo XV de la Constitución Política, fijan por un lado el objeto de la reforma; y por otro, su procedimiento. El objeto de la reforma está referido a los órganos a quienes está atribuida la competencia de reformar la Constitución y a los límites – si

10 De Cabo, Carlos, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, (Trotta), 2003, p. 29.

11 Henríquez, Miriam, *Las fuentes del orden constitucional chileno*, (Thomson Reuters), 2016, p. 36.

12 Henríquez, Miriam, cit. N° 12.

es que estuvieran previstos - que surgen de la propia naturaleza del orden constitucional.

Si se busca establecer quién es el sujeto con competencia para realizar la reforma, surge necesariamente como respuesta el poder de revisión o poder de reforma. De conformidad con la Constitución Política, el poder de reforma está encarnado en el Presidente de la República, el Congreso Nacional y en ciertos casos – del referéndum constitucional- en el propio electorado.

Por su parte, en lo relativo a los límites de la reforma, la Constitución Política los ha previsto sólo en cuanto al sujeto y al procedimiento, renunciando a establecer de manera expresa límites materiales a la reforma. En tal sentido, un eventual control de constitucionalidad de la reforma sólo procedería sobre los aspectos procedimentales, pudiendo incluso estos mismos modificarse<sup>13</sup>.

#### **4. Tipos de límites y argumentos sobre la existencia e inexistencia de límites materiales**

Varios son los autores que han desarrollado tipologías sobre los límites a la reforma constitucional. En general diferencian según si los límites: a) Se encuentran dentro o fuera de un ordenamiento jurídico estatal, en autónomos (internos) o heterónomos; b) Se hallan explicitados en la Constitución, en expresos o tácitos; c) Son por un plazo determinado o no, en temporales o atemporales; y d) Son superables o no, en relativos o absolutos<sup>14</sup>.

Conforme a la tipología de los límites explícitos propuesta por Pedro de Vega, éstos pueden ser de dos tipos: temporales o materiales. Los primeros consisten en la prohibición de reformar la Constitución durante un periodo de tiempo determinado o bajo ciertas circunstancias. Los límites materiales, objeto de este estudio, son los que se refieren a una materia concreta que no puede modificarse o es intangible, con independencia del tiempo en que se quiera llevar a cabo la reforma<sup>15</sup>.

13 Este asunto fue tratado en un trabajo previo. Henríquez, Miriam; y Lambeth, George, “¿Son válidas las modificaciones al capítulo de reforma constitucional? Una reflexión sobre la autorreferencia normativa de Alf Ross y sus detractores”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 13, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2015, pp. 153-168.

14 Algunas conclusiones de este apartado se encuentran más desarrolladas en Henríquez, Miriam, “¿Límites materiales a la reforma constitucional?”, en *Una Nueva Constitución para Chile. Libro homenaje al Profesor Lautaro Ríos Álvarez* (Asociación Chilena de Derecho Constitucional) (Editorial Jurídica de Chile), 2019, pp. 291-296.

15 De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, (Tecnos), 1999, pp. 240 y ss.

Por otra parte, siguiendo a Álvarez Jaramillo<sup>16</sup>, con relación a la tipología que diferencia según si los límites se encuentran dentro o fuera de un ordenamiento jurídico estatal y su explicitación en la Constitución, los límites materiales son: a) Límites materiales heterónomos implícitos (o tácitos) deducidos de un orden normativo no jurídico, por ejemplo, cuando se subordina la Constitución a la moral o a la ética; b) Límites materiales heterónomos implícitos (o tácitos) deducidos de otro orden jurídico, por ejemplo, la adhesión expresa de la Constitución al principio de la supremacía de las normas internacionales de derechos humanos; c) Límites materiales autónomos consagrados por la propia Constitución, y por tanto explícitos. Tal es el caso de las Constituciones alemana, italiana, griega y portuguesa, que han previsto cláusulas de intangibilidad relativas a ciertas y determinadas materias. A modo de ejemplo, el artículo 139 de la Constitución italiana, explícitamente señala que no podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana; d) Límites materiales implícitos autónomos. Son los que se derivan de la doctrina y fundamentalmente de la jurisprudencia.

Desde otro punto de vista, Carbonell diferencia según la posibilidad de la superación de los límites, entre: a) Límites absolutos, esto es que en ningún caso pueden ser modificados o derogados, salvo extra jurídicamente, en cuyo caso se estaría ante una nueva Constitución; b) Límites relativos, que son aquellos que pueden ser superados válidamente, por ejemplo, mediante la reforma de la norma que establece el límite<sup>17</sup>.

Nuestra doctrina nacional se encuentra dividida en cuanto a la existencia de límites materiales a la reforma constitucional. Conforme a las tipologías expuestas, autores como Alejandro Silva Bascañán<sup>18</sup>, Humberto Nogueira<sup>19</sup> y

16 Álvarez, Luis Fernando, *Proceso constitucional y límites materiales a la función constituyente*, Congreso Internacional. *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad* (Ediciones Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá), 2005, pp. 417 y 418.

17 Carbonell, Miguel, *Constitución, Reforma constitucional y fuentes del Derecho en México* (Porrúa), 2008, p. 245.

18 En este contexto, Silva Bascañán expone: “Si la Carta de 1980 precisa que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (art. 5° inc. 2°), el Poder Constituyente instituido o derivado, al reformar la Carta, no puede prescindir de la valla constitucional que ha tenido en cuenta el constituyente, por cuya autoridad se estableció el Estatuto Básico y se ha venido complementando y adaptando.” Silva Bascañán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo X, (Editorial Jurídica de Chile), 2004, p. 264.

19 Humberto Nogueira ha dicho: “En tal sentido, una reforma constitucional no podría abrogar o desconocer atributos básicos de los derechos fundamentales ya asegurados por la Carta Fundamental, ya que el artículo 5° de la Constitución establece un límite sustantivo o material expreso, al determinar que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana.”. Nogueira, Humberto, cit. N° 7, p. 260. Más particularmente, Nogueira Alcalá ha



José Manuel Díaz de Valdés<sup>20</sup>, han identificado límites materiales autónomos y explícitos, es decir que estarían consagrados expresamente en la Constitución. Puntualmente los ubican en el artículo 5 inciso segundo, esto es en los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. A tales límites materiales autónomos explícitos, Alejandro Silva Bascuñán y Humberto Nogueira Alcalá agregan límites heterónomos explícitos, que se encontrarían en los derechos recogidos por el derecho internacional convencional como en el consuetudinario.<sup>21</sup>

Igualmente, un sector de la doctrina constitucional chilena estima que existen en todo ordenamiento jurídico principios que no son susceptibles de ser modificados. En otros términos, en toda Carta Política existen límites materiales implícitos autónomos para la reforma constitucional, tales como la forma democrática de gobierno y la irreversibilidad de los derechos. En nuestro medio, quien defiende con más fuerza esta posición es Humberto Nogueira, que advierte sobre la existencia también de límites implícitos “derivados del núcleo esencial de la Carta Fundamental referente a la identidad y continuidad de la Constitución como son los referentes a la república democrática y a la forma jurídica de estado constitucional democrático y Estado de Derecho.”<sup>22</sup> Tales límites exigirían una interpretación de su existencia por los órganos que ejercen el poder constituyente derivado y por quien controla dicho ejercicio.

Contrariamente a quienes sostienen la existencia de límites materiales, coincidimos en que la Constitución Política no sustrajo expresamente

---

señalado la existencia de límites materiales en el sentido de la irreversibilidad de los derechos fundamentales, en los siguientes términos: “Toda reforma constitucional debe respetar la irreversibilidad de los derechos fundamentales, sin perjuicio de que ella está autorizada para ampliar el ámbito de tales derechos, aumentar sus garantías, asegurar nuevos derechos sin alterar el alcance de los ya vigentes en el orden constitucional, en definitiva, los derechos solo pueden ser reformados para mejorar su situación preexistente y potenciarlos.” Nogueira, Humberto, “Los límites al Poder Constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, 2006, p. 444.

20 En un sentido coincidente, José Manuel Díaz de Valdés explica: “En otras palabras, no existe en el derecho absolutamente ninguna institución que pueda hoy sostenerse si no es compatible con los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el artículo 5° de la Constitución, más que establecer un límite novedoso y de escasa aplicación práctica, está reconociendo una realidad en innegable consolidación.” Díaz de Valdés, José Manuel, *Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional*, en *Sentencias Destacadas 2006, 2006*, p. 157.

21 En palabras de Alejandro Silva Bascuñán en 2004: “Las decisiones de Chile como país soberano, expresándose en el ejercicio del Poder constituyente instituido, que actúa a través de la aprobación de un proyecto de reforma constitucional, no pueden vulnerar tampoco las restricciones que derivan tanto del derecho internacional convencional como del consuetudinario; esta fuente de restricción dará también al tribunal constitucional (sic) otra pauta a la que habrá que ajustarse al examinar un proyecto de reforma en el que hay surgido la cuestión constitucional por sentenciar.” Silva Bascuñán, cit. N° 18, p. 264.

22 Nogueira, Humberto, cit. N° 7, p. 261.

temática o asunto alguno de la reforma constitucional. Por el contrario, la Carta Fundamental permite la reforma respecto de todas sus disposiciones, incluso sobre las normas sobre la reforma, siendo toda ella revisable<sup>23</sup>.

Otra razón para negar la existencia de límites materiales expresos es que la Constitución Política no niega la posibilidad de su revisión total. Esta posibilidad rechaza la existencia de disposiciones intangibles<sup>24</sup>. Como dice Colombo Murúa: “no puede existir una constitución que autorice la reforma total y, a la vez, estipule un límite explícito en sentido estricto. Ambas instituciones son incompatibles.”<sup>25</sup>

Por último, cabe señalar los problemas de los límites implícitos: el primero, es determinar cuáles son, y, el segundo, quién los determina<sup>26</sup>. El principal argumento contra los límites implícitos es que estos serían los límites queridos por el intérprete, por ejemplo, el Tribunal Constitucional. Y este no podría querer donde explícitamente el constituyente no ha querido<sup>27</sup>.

## Conclusiones

La sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 9797-20, de 30 de diciembre de 2020, acogió el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por el Presidente de la República sobre el segundo retiro del 10% de los fondos previsionales. En ella, el órgano de justicia constitucional reconoció su competencia para resolver tanto sobre los vicios de constitucionalidad de forma como de fondo.

El análisis crítico expuesto en este comentario se orienta a reconocer el ámbito del control de constitucionalidad de la reforma constitucional, más

---

23 Entre varias razones expuestas en un trabajo previo, cabe destacar las siguientes: a) La Constitución Política admite explícitamente la modificación del capítulo XV con el requisito de lograr el quórum de las dos terceras partes de los senadores y diputados en ejercicio; b) La Constitución Política no prohíbe su reforma total, por tanto tampoco prohíbe lo menos, es decir, la modificación de las normas sobre la reforma constitucional; y c) Las normas sobre la reforma constitucional, tal como se encuentran estructuradas, son normas de competencia que también permiten delegar la competencia de reformar la Constitución.” Henríquez, Miriam; y Lambeth, George, cit. N° 13, p. 165.

24 Colombo, Ignacio, *Límites a las reformas constitucionales* (Astrea), 2011, p. 247.

25 Colombo, Ignacio, cit. N° 26, p. 248. A pesar de lo afirmado, el autor señala que la reforma total no es incompatible con la existencia de límites, pues todo cambio debiera mantener la esencia o sustancia de aquello modificado. “Si no se mantiene una sustancia última, un sujeto del cambio, no podrá hablarse de modificación, pues no existirá ningún elemento que nos permita identificar como lo mismo a aquello que ha mutado.” La reforma total, a juicio del mismo autor no es incompatible ni anula los límites implícitos, “en especial los provenientes del derecho natural”.

26 Hernández, Rubén “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, N°37, 1993, p. 153.

27 Requejo, Juan Luis, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente* (Centro de Estudios Constitucionales), 1998, p. 363.

precisamente la distinción entre la naturaleza de las normas sobre la reforma y las normas de reforma. Las normas sobre la reforma van a determinar el objeto y el procedimiento de la norma de reforma, convirtiéndose así en el parámetro de validez o constitucionalidad de la misma. Cuando se trata del objeto que regula la norma sobre la reforma, surge el tema de los límites materiales que, a juicio de cierta doctrina nacional, se encuentran previstos constitucionalmente e incluso implícitamente.

Sin embargo, en este trabajo expusimos que la Constitución Política no prevé límites materiales expresos ni implícitos a la reforma, porque: a) La Constitución no contempla cláusulas de inmodificabilidad, siendo toda ella revisable; b) Los límites meta jurídicos, de haberlos, serían indisponibles incluso para el poder constituyente originario, no pudiendo ni siquiera este último impedir su reforma; c) La previsión del artículo 5 es una garantía de la supervivencia de la soberanía popular y no un límite explícito al poder constituyente; d) Los límites implícitos serían los queridos por el Tribunal Constitucional. Y este no podría establecer límites que el constituyente explícitamente no ha dispuesto.

Entonces, el Tribunal Constitucional solo está facultado para controlar si el órgano que dictó la norma de reforma es aquel señalado por la norma sobre reforma; y si la norma de reforma se dictó conforme al procedimiento establecido por la norma sobre la reforma. El Tribunal Constitucional no debió verificar, como lo hizo en esta sentencia, si la norma de reforma se ajustó a los límites materiales, pues la Constitución no los establece ni explícita ni implícitamente.



# “COMATERNIDAD EN CHILE. COMENTARIOS A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL 2° JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO DEL 8 DE JUNIO DE 2020”<sup>1</sup>

*Ximena Andrea Gauché Marchetti*<sup>2</sup>

## Resumen

Este trabajo se refiere a la comaternidad en Chile a partir de la sentencia dictada el 8 de junio de 2020 por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, sosteniendo que tal decisión judicial es acertada y tiene fundamento en derecho. En el fallo referido se acogió la acción de reclamación de filiación interpuesta por una madre, declarando así el reconocimiento también como madre de su pareja y conviviente civil, quienes han formado una familia.

---

1 Este comentario se enmarca en la investigación que realiza la autora como Directora del Proyecto de Investigación Aplicada FONDEF “Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad”, Código ID17210111 (2021-2023).

2 Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Diplomada en Educación en Derechos Humanos por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica. Sus principales líneas de investigación son la igualdad y no discriminación, y los mecanismos de promoción y protección de derechos de grupos especialmente sometidos a vulnerabilidad: diversidades y disidencias sexuales, mujeres, e infancia y adolescencia, fundamentalmente desde el derecho internacional de los derechos humanos y las teorías de género. Profesora de Derecho Internacional, Derechos Fundamentales y Género en la Universidad de Concepción. Entre mayo de 2018 y marzo 2021 fue Subdirectora de Equidad de Género y Diversidad. Desde noviembre de 2020 es Directora del Programa institucional Foro Constituyente UdeC. Es autora de capítulos de libros y artículos en revistas de especialidad, en Chile y el extranjero. Directora de los Proyectos de Investigación aplicada FONDEF ID1710111 (2017-2020) y FONDEF ID17120111 (2021-2023) ambos denominados “Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad”. Desde 2012 es relatora para la Academia Judicial de Chile y fue electa en 2017 como integrante del Directorio de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional para el período 2017-2019, reelecta en 2019 para el período 2019-2021. Forma parte también de la Red académica ALAS (Academia, Género, Derecho y Sexualidad) <https://www.redalas.net/>, e integra el Capítulo chileno de ICON-S, Sociedad Internacional de Derecho Público. Ha prestado servicios profesionales y académicos a organizaciones de la sociedad civil en la fundamentación y redacción de proyectos e iniciativas de ley en el ámbito de los derechos humanos, ha sido Perita ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y es consultora internacional en temas de género, diversidades sexuales y derechos humanos. Correo electrónico: [xgauche@udec.cl](mailto:xgauche@udec.cl)

El comentario del fallo se hará desde una mirada al acceso a la justicia y los obstáculos para las personas LGBTI<sup>3</sup>, desde el rol de las y los jueces en democracia y desde la importancia de los derechos de niños y niñas. Tales enfoques se ponen en perspectiva a partir de los antagonismos que genera la situación de la comaternidad en Chile.

Desde ahí se comparten ideas sobre la importancia que tiene la integración, la interpretación y la argumentación jurídica por parte de quien juzga, como parte del acceso a la justicia para la tutela de derechos. Además, se asume y justifica que la sentencia ha cumplido con disposiciones constitucionales y la política institucional vigente en Chile en materia de igualdad de género y no discriminación para el Poder Judicial.

El comentario incluye al final algunas reflexiones sobre las tensiones argumentales que se presentan frente a la comaternidad, procurando en todo momento el uso de un lenguaje claro que favorezca la lectura de este trabajo por toda persona interesada.

De esta forma, el comentario persigue como propósito sostener que, además de fundada en derecho, la citada sentencia debe ser destacada como un buen ejercicio de tutela judicial efectiva para la satisfacción de los derechos de colectivos de personas históricamente sometidas a barreras en el acceso a la justicia derivadas de la desigualdad estructural que les afecta, haciendo además justicia con los derechos de un niño y el principio de igualdad entre hijos.

## 1. Introducción.

El 8 de junio de 2020 el Segundo Juzgado de Familia de Santiago dictó una

---

3 Sigla que hace referencia a personas lesbianas (L), gays (G), bisexuales (B), trans o transgénero (T) e intersex (I). En relación a esta sigla, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la sigla se usa para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. El mismo tribunal internacional ha indicado que se deben abordar estas temáticas teniendo en cuenta que suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos, así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24-II-2017, párrafo 31. Se puede entender esta sigla como inclusiva de otras orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género, así como de toda diversidad corporal respecto de la norma impuesta por la sociedad. Por esa razón, a veces también se encuentra en la literatura la sigla LGBTIQ+, la que incluye así de forma expresa a las personas Queer (Q) y personas que tienen una identidad no binaria o cuyos caracteres sexuales no encajan con la definición típica de hombre y mujer (+). Fuente: Protocolo de Actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual, Universidad de Concepción, p. 131 [https://protocolo.fondefgeneroudec.cl/wp-content/uploads/2020/09/ProtocoloFONDEF\\_UdeC\\_Digital\\_Final.pdf](https://protocolo.fondefgeneroudec.cl/wp-content/uploads/2020/09/ProtocoloFONDEF_UdeC_Digital_Final.pdf), 21 de julio de 2021

sentencia en que acogió una acción de reclamación de filiación interpuesta por una madre, declarando así el reconocimiento también como madre de su pareja y conviviente civil, quienes han formado una familia y tienen un hijo en común, de 2 años y 10 meses a la fecha de la sentencia, nacido a partir del sometimiento de ambas a la técnica de reproducción asistida<sup>4</sup>.

La acción se fundó jurídicamente de forma principal en el artículo 183 del Código Civil (en adelante también CC), que establece las formas de reconocimiento de la maternidad, y en el derecho internacional de los derechos humanos vigente en Chile.

Además, la acción hace presente el vacío legal existente en Chile sobre la regulación integral de las técnicas de reproducción asistida. Efectivamente, la única norma del derecho chileno que se refiere a las técnicas de reproducción asistida es el artículo 182 del CC que indica que *“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”*.

El tribunal al resolver cumple con respetar el principio constitucional de inexcusabilidad y la ley procesal que indica que este tipo de acciones no se pueden declarar inadmisibles, en conformidad al artículo 54.1 de la Ley 19.968, que crea los tribunales de familia.

También, aplica por analogía el citado artículo 182 del CC, extendiendo la regla de la norma a un caso no previsto en ella, pero no prohibido: la situación de dos mujeres que se someten al tratamiento. Para resolver la sentencia acude a la analogía, a los principios y a la equidad. Como indica la profesora Paulina Veloso, la analogía es posible *“porque la única pretensión del legislador en dicho artículo fue impedir la impugnación de la filiación por parte de donantes. No fue establecer que debían someterse a estas técnicas siempre un hombre y una mujer. En la época ya se hacían intervenciones v.g. a una mujer soltera sin pareja. El legislador no pensó en que se sometieren a esta técnica dos personas del mismo sexo, pero no prohibió nada. Se dice que es la naturaleza humana que no puede prever todas las situaciones futuras. Por eso se afirma que la ley es más inteligente que el legislador; y el intérprete que la ley. Así las leyes perduran en el tiempo aplicándose a situaciones nuevas”*<sup>5</sup>.

4 Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019, 8-6-2020.

5 Veloso, Paulina, “Una sentencia para Attilio” Opinión de 26 de junio de 2020 en La Tercera. Fuente: <https://www.latercera.com/opinion/noticia/una-sentencia-para-attilio/4NWXXNYABVCO5LXSGXVZPOYF3Y/>, 20 de julio de 2021.

Asimismo, en el marco de la aplicación del derecho, sus principios, normas y reglas de interpretación para resolver situaciones de afectación a derechos esenciales de las personas, la sentencia citada integra el derecho internacional de los derechos humanos como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, argumentando debida y jurídicamente su decisión.

La sentencia establece que el niño tiene dos madres constatando, para resolver, que existe una familia legalmente constituida a través de un Acuerdo de Unión Civil entre la demandante (madre biológica) y la demandada (quien también se considera madre del niño no siendo la madre gestante) analizando normas constitucionales y de derecho internacional para concluir que toda forma de familia debe ser protegida.

La decisión judicial también considera el principio de igualdad de los hijos que explícitamente se establece en la parte final del artículo 33 del Código Civil y argumenta en base a los principios de identidad e interés superior del niño, proyectando estos importantes principios de la infancia y la adolescencia en el caso del niño y sus personales y concretas circunstancias, tal y como se dispone desde estándares internacionales plenamente aplicables a Chile<sup>6</sup>.

Una vez conocida la sentencia esta visibilizó en la agenda nacional el antagonismo que parece existir sobre la forma de concebir a la familia, especialmente como una tensión entre una posición que pone a la heterosexualidad como algo determinado y determinante para el buen cuidado de hijos e hijas; y quienes contradicen ese paradigma al afirmar que la familia debe ser reconocida como una realidad múltiple y diversa, sin que la orientación sexual (o la identidad de género) sean condicionantes de ese reconocimiento, velando por el verdadero interés superior y el derecho a la identidad de niños y niñas que integran esas realidades familiares en cada caso concreto<sup>7</sup>.

6 Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. 24-2-2012, párrafo 110.

7 Al tiempo de conocida esta sentencia surgieron diversas voces críticas. Una de esas críticas apuntó a una colusión procesal. En ese sentido Hernán Corral <https://www.elmercurio.com/blogs/2020/06/10/79415/Activismo-gay-e-instrumentalizacion-de-jueces.aspx>, 20 de julio de 2021. A juicio de la autora de este comentario ello aparece un poco desmedido. Con ese razonamiento, los divorcios de mutuo acuerdo serían fraudulentos. Además, la colusión se podría analizar cuando se engaña a un tribunal a través de medios ilícitos para obtener un resultado favorable o se ponen de acuerdo las partes interesadas para obtener un resultado predeterminado. Nada de eso ocurre en este caso. Ni las partes engañaron o usaron medio ilícitos, ni tenían como saber el resultado de antemano. En similar sentido se pronuncia la experta Paulina Veloso señalando que *“...se afirma que habría habido un juicio simulado: las dos partes estaban de acuerdo en la petición. Esa crítica olvida que la lógica en tribunales de familia es la de colaboración entre los intervinientes. Muchas veces la demandada acepta la demanda contraria y el tribunal resuelve, sin recurrir a exámenes o pericias. Nada extraño. En esa misma idea, se ha pretendido que la voluntad no podría ser fuente de filiación. Esto ignora que ella -la voluntad- es la protagonista, entre otros, en el reconocimiento de un hijo, que es la fuente principal hoy de la determinación de la paternidad. En tal caso no hay exigencia de una prueba previa de verdad biológica. Esta prueba es im-*



Este antagonismo quedó también en evidencia en 2020 a partir de diferencias argumentales entre la sentencia de 8 de junio, materia de este comentario, y la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante también TC) de 4 de junio de 2020, dictada a propósito también de un tema de familia entre dos mujeres que forman familia, contrayendo matrimonio en el extranjero e iniciando también un proceso de maternidad compartida<sup>8</sup>.

Tal sentencia del TC tuvo su origen en la petición de que se declarara la inconstitucionalidad de dos normas que limitan el pleno reconocimiento en Chile de los matrimonios celebrados en el extranjero de su carácter de tal. Son los artículos 12, inciso final de la Ley 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, y artículo 80, inciso 1° de la Ley 19.947, de Matrimonio civil, estimando que son contrarios a los artículos constitucionales 1°, 5° inciso 2°, y 19 N°s 1, 2 y 4. También se solicitaba al TC que se declararan vulnerados el derecho a la identidad y el interés superior del niño. El requerimiento fue rechazado con el voto en contra de 2 ministras<sup>9</sup> y de 2 ministros<sup>10</sup>.

Existiendo entre ambas decisiones algunos puntos de conexión en los hechos que las motivan, parece útil referir de forma general a la sentencia del TC a fin de comprobar ese antagonismo que se indicó y porqué, entonces, es especialmente relevante el ejercicio de tutela judicial efectiva que hace la sentencia de sede de familia y que será comentada en los apartados siguientes.

Siendo un órgano de la relevancia que tiene en la práctica el TC chileno, el tipo de argumentación usada para “fundar” su decisión es especialmente relevante en una discusión antagónica y de vacíos legales como la situación de dos mujeres que se consideran madres de un hijo común. Es decir, debe ser relevante no sólo “lo que dice” sino “cómo lo dice” dado el rol que tiene que cumplir en situaciones en que hay tantas posiciones, intereses y derechos en juego.

En el caso que se ventiló ante el TC no se pidió la inconstitucionalidad del 102 del CC, norma que define en Chile el matrimonio como un contrato entre personas de distinto sexo. En este caso de 2020 las partes requirentes

---

*portante solo cuando hay discusión. Desde luego, cuando el padre o madre biológico se niegue a reconocer a su hijo. Subrayamos la importancia de la voluntad y la verdad social en las relaciones de filiación”. Fuente: <https://www.latercera.com/opinion/noticia/una-sentencia-para-attilio/4NWXXNYABVCO5LXSGXVZPOYF3Y/>, 20 de julio de 2021.*

8 Tribunal Constitucional, Rol 7774-2019, 4-6-220.

9 Las Ministras María Luisa Brahm Barril y María Pía Silva Gallinato.

10 Los Ministros Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva.

expresaron lo siguiente: “solo queremos que el Estado chileno les dé el mismo trato que otorga a todas las parejas heterosexuales casadas en el extranjero: el reconocimiento de su matrimonio, nada más, pero nada menos. Y, claro está, que al reconocerse su vínculo matrimonial se reconozca que cuando XXXXX nazca será hijo matrimonial de sus dos madres, no sólo de una de ellas”<sup>11</sup>.

Desde una perspectiva del derecho al acceso a la justicia, enfoque que aborda este comentario, se podría decir que se buscó tutela por cuanto el derecho nacional no reconocería la voluntad de dos mujeres que decidieron casarse en el extranjero y que aspiran a ser reconocidas ambas como madres del hijo común.

No siendo tal sentencia el objeto de este comentario, las breves y genéricas menciones siguientes tienen por sentido que luego sean tenidas en vista, en enfoque comparado si se quiere ver así, a medida que se comentan las argumentaciones que entrega la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago.

La primera de tales menciones sobre la sentencia del TC se refiere a algunas expresiones sobre el matrimonio y la pretensión de que queda fuera de la posibilidad de cambios. La segunda, sobre las argumentaciones de derecho internacional de los derechos humanos en cuanto derecho vigente en Chile.

La sentencia del TC parece querer equiparar las uniones homosexuales con otras figuras o vínculos que califica de intolerables, tales como “matrimonios polígamos en países musulmanes, matrimonio de niños en países africanos, o aquellos convenidos por los padres en la sociedad japonesa y las bodas masivas de parejas que se celebran en la secta moon, en Corea del Sur, entre otros”<sup>12</sup>. Adicionalmente, uno de los ministros que suscribe el voto de mayoría afirma que el matrimonio entre un hombre y una mujer estaría más allá del alcance del legislador e incluso de una decisión constituyente<sup>13</sup>. Tales expresiones no tienen adecuado soporte jurídico, bajo los enfoques de este comentario. Hay principios constitucionales, convencionales y de familia e infancia, que distancian de dichas figuras al matrimonio o a las uniones entre personas del

---

11 Tribunal Constitucional, Rol 7774-2019, 4-6-220 Citada en la concurrencia del Ministro Juan José Romero Guzmán.

12 Tribunal Constitucional, Rol 7774-2019, 4-6-220 C° 23

13 Tribunal Constitucional, Rol 7774-2019, 4-6-220 Concurrencia del Ministro Miguel Ángel Fernández González C° 8. “...eliminar la diferencia de sexo, como requisito de existencia del matrimonio, es suprimir la institución misma, lo que queda fuera del alcance de la potestad legislativa y, aun, constitucional, salvo que se sostenga que todas las instituciones pueden ser deconstruidas y replanteadas en su significado y contenido por lo que decida quien circunstancialmente dicta normas jurídicas”.

mismo sexo, varios de los cuales fueron sí tenidos en vista acertadamente por la sentencia de sede de familia como se irá apuntando luego.

Es interesante poner esto en evidencia pues en la sentencia del tribunal de familia existe una situación diferente frente a las pretensiones de las partes que demandan. Mientras en el voto de mayoría del Tribunal Constitucional se dice que hay ciertas entidades — en este caso la matrimonial — fuera del alcance de las personas, la sentencia de familia abre la puerta para que las personas vean que se pueden ir configurando y reconfigurando las formas en que se lee, interpreta y aplica el derecho a la hora de reconocer las realidades familiares diversas a la concepción tradicional de familia. A diferencia de lo que sostiene el TC, el tribunal de familia parece decir que, si se prueba que dos personas forman una familia, la justicia les debe brindar protección a quienes forman pareja y a su hijo como parte del ejercicio del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva debida a todas las personas, sin importar su sexo y sin importar si existe o no matrimonio entre ellas.

Por otra parte, sobre el uso del derecho internacional de los derechos humanos, aparecen tres apartados del voto de mayoría de la sentencia del constitucional que ameritan ser tenidos en vista frente a la buena argumentación que en esta materia hace la sentencia del 8 de junio.

En relación a la eventual infracción de los artículos 1° y 19 N°4 de la Constitución Política de 1980 (también CP 1980), hay que detenerse en los considerandos 9 a 21 de la sentencia del constitucional. Específicamente, en el considerando 9° señala el TC que “*se hace menester analizar la institución de la familia y del matrimonio, desde la perspectiva constitucional*”.

Luego, viene el pretendido análisis de la familia, del matrimonio y del Acuerdo de Unión Civil, pero en este análisis no hay en verdad una perspectiva constitucional la cual debería incluir el bloque constitucional del derecho, al menos en cuanto a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Por otro lado, el considerando 11° no entrega la interpretación por autoridad que existe sobre el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), omitiendo una referencia debida a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile o a la Opinión Consultiva 24-2017 del mismo tribunal que pueden ser vistos como interpretación por autoridad de la citada norma.

A su vez el considerando 15 habla del orden público familiar indicando que: “*el vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer es la forma*

*jurídicamente recomendada para formar familia...*” Comparto en este comentario que tal afirmación no parece sostenible desde la actual evolución del derecho de familia en Chile ni desde el derecho internacional de los derechos humanos<sup>14</sup>.

En el considerando 17°, en tanto, el fallo constitucional cita al Tribunal Europeo de derechos humanos que no es derecho vigente en Chile, por contraste al derecho internacional interamericano que sí puede serlo y del que se hace poco cargo la sentencia en el voto de mayoría<sup>15</sup>.

En la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago lo que se hace es actuar en el marco normativo nacional e internacional, además de alinearse con la política institucional del Poder Judicial, para alcanzar el objetivo de brindar tutela judicial efectiva por medio de un ejercicio de integración, de interpretación y de argumentación jurídica. Además, cumple con considerar el Derecho Internacional de los derechos humanos como derecho vigente bajo el contexto de antagonismo que aún se evidencia en Chile sobre la vida familiar de otras personas y sus afectos.

Si bien las sentencias tienen valor solo para las partes y Chile no es un sistema de precedente, este fallo abre la puerta a confiar en el acceso ante tribunales ordinarios de justicia como una forma en que las personas LGBTI pueden revertir desigualdades estructurales en ámbitos tan sensibles y personales como son los de familia, los proyectos de vida y las relaciones y afectos, velando además por el resguardo del interés superior de cada niño, niña o adolescente en su realidad concreta y particular.

A continuación, se desarrollarán algunas ideas sobre el acceso a la justicia y las barreras que afectan a personas LGBTI en el ejercicio de derechos. Luego, se harán ciertas consideraciones sobre aspectos específicos de la sentencia materia central de este comentario.

---

14 Para conocer sobre el derecho a la protección a la familia y el derecho al matrimonio desde una mirada que sitúa la regulación nacional en la materia en contraste con la evolución que ha venido experimentando la familia y el matrimonio; con las transformaciones sociales que promueven esa evolución; y con estándares y obligaciones internacionales sobre tales derechos y los alcances que pueden tener respecto de otros, véase Gauché, Ximena y Lathrop, Fabiola, *Derecho a la protección de la familia y derecho al matrimonio*, en Curso de Derechos Fundamentales (Editorial Tirant Lo Blanch) Contreras, Pablo y Salgado, Constanza, editores, 2020, pp. 739-768.

15 En la prevención de los Ministros Iván Aróstica Maldonado y José Ignacio Vásquez Márquez, alineadas con el voto de mayoría, también se observa una descontextualización derecho internacional de los derechos humanos. Ello al pretender que tratados como la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) o el Pacto de San José de Costa Rica están alineados con su tesis (C°7 de la prevención)

## 2. Una mirada al acceso a la justicia y los obstáculos que enfrentan diversos grupos de personas.

### 2.1. El acceso a la justicia como un derecho humano.

El acceso a la justicia es un derecho humano esencial y autónomo que favorece el cumplimiento de la igualdad entre las personas. Se constituye así en un instrumento para el ejercicio de otros derechos ligado al desarrollo de los derechos de ciudadanía, siendo su reconocimiento y garantía de ejercicio elementos esenciales de legitimación de un estado democrático<sup>16</sup>.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ya en 1948 se hizo cargo de varias de sus dimensiones. Indica ese texto en su artículo 8° que: *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”*, agregando luego en el artículo 10 que toda persona tiene derecho *“en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

Años más tarde, instrumentos como el PIDCP en su artículo 14 consagra varias dimensiones vinculadas al acceso a la justicia, tales como el derecho de toda persona a ser oída, la independencia e imparcialidad del tribunal y la presunción de inocencia, entre otras, las cuales también se recogen en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) en sus artículos 8° y 25.

Así, para que el acceso a la justicia sea adecuado deben darse ciertas condiciones relativas a la noción de debido proceso y tutela judicial efectiva<sup>17</sup>. Debe existir un acceso libre e igualitario a un tribunal u órgano imparcial establecido con anterioridad, como también, un proceso rápido, ágil y eficaz para la resolución del conflicto de relevancia jurídica. Además, deben removerse los obstáculos económicos que puedan condicionar tales fines.

16 Heim, Daniela *Mujeres y acceso a la justicia: de la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*, (Ediciones Didot, 1° Edición en español, Argentina), 2016, 15.

17 Respecto a la estructuración y contenido de ambas nociones en nuestro ordenamiento jurídico véase García, Gonzalo y Contreras, Pablo, *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno*, en *Estudios Constitucionales*, 11(2), (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2013; Nogueira, Humberto, *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales* (Vol. II), (Librotecnia, Santiago), 2018, pp.416 y ss; Bordalí, Andrés, *Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Tutela Judicial*, en *Revista Chilena de Derecho*, 38(2), (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile), 2011.

Esto supone disponer de recursos y medios de fácil accesibilidad, adecuados y eficaces para el reclamo de derechos, que consideren la adopción de medidas con los grupos en situación de mayor vulnerabilidad como, entre otros, las mujeres.

Particularmente respecto de este grupo en situación de vulnerabilidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Informe de 2007 “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, definió el acceso a la justicia (para los fines del mismo Informe) como el acceso de iure (de derecho) y de facto (de hecho) a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos<sup>18</sup>. Por su parte el Comité que vigila el cumplimiento de la Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW por su sigla en inglés) en su Recomendación general número 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, indicó en 2015 que el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Es un elemento fundamental del estado de derecho y la buena gobernanza, junto con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley. El derecho de acceso a la justicia es pluridimensional. Abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia<sup>19</sup>.

En lo formal, el acceso a la justicia supone que cada persona debe poder acceder a medios y órganos jurisdiccionales, como también, a fórmulas de resolución extrajudiciales que incluyen instancias administrativas, no estatales y prejudiciales de resolución alternativa de conflictos<sup>20</sup>.

Por otra parte, el acceso a la justicia implica que cada persona debe obtener un pronunciamiento judicial justo, respetuoso de los derechos fundamentales,

---

18 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. 20-01-2007, p. 3.

19 Comité CEDAW, Recomendación general número 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia. 3-08-2015, párrafo 1.

20 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual Autoformativo sobre acceso a la justicia y derechos humanos en Chile*, 2011, página 50. Fuente: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1450/manual-autofor-chile-2010.pdf>

lo que puede entenderse como parte integral de la tutela judicial efectiva de los derechos en litigio.

Bajo esta comprensión, el derecho de acceso a la justicia abarca dimensiones tanto de proceso como de resultados. Esto lo transforma en un derecho humano especialmente relevante que requiere una mirada integral e integradora que permita “buscar soluciones a las necesidades, los problemas y conflictos que puedan expresarse jurídicamente, ya sean individuales o sociales, tanto dentro como fuera de los sistemas de justicia”<sup>21</sup>.

En el caso de que se hace cargo la sentencia que motiva este comentario, el acceso a la justicia ha sido visto y pretendido como instrumento para el adecuado goce y ejercicio de derechos en el ámbito de la familia y de derechos de un niño.

## **2.2. Los obstáculos al acceso a la justicia desde el enfoque de las desigualdades estructurales. Una mirada sobre los estereotipos y la pretensión de neutralidad del derecho.**

La desigualdad estructural da cuenta que una gran cantidad de grupos experimenta dificultades sistemáticas para ejercer sus derechos. Como afirma Solís<sup>22</sup> a lo largo de generaciones, ciertos colectivos se han visto marginados de manera reiterada. Los contextos de desigualdad estructural impiden a muchas personas ejercer su derecho de acceso a la justicia en condiciones igualitarias, mitigando su potencialidad frente a conflictos de relevancia social y jurídica para tales personas. Por ello, parece indispensable que el acceso a la justicia considere los factores que dificultan la igualdad de ejercicio en este derecho.

Tales factores son de diverso orden: físicos, económicos, sociales, políticos, normativos y culturales<sup>23</sup>. Estas barreras, relevadas por estándares internacionales de derechos humanos, afectan con especial énfasis a mujeres y personas que se reconocen como lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, *intersex*, *queer* o de género fluido. Quienes trascienden el binomio hombre/mujer aparecen como ejemplo muy vivo de las asimetrías y desequilibrios que han perdurado históricamente en la sociedad humana.

21 Heim, Daniela, 2016, página 47

22 Solís, P. *Discriminación estructural y desigualdad social. Con casos ilustrativos para indígenas, mujeres y personas con discapacidad*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2017. Fuente: [https://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/Discriminacionestructural%20accs.pdf](https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Discriminacionestructural%20accs.pdf)

23 Fuente: Protocolo de Actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual, Universidad de Concepción, p. 18 [https://protocolo.fondefgeneroudec.cl/wp-content/uploads/2020/09/ProtocoloFONDEF\\_UdeC\\_Digital\\_Final.pdf](https://protocolo.fondefgeneroudec.cl/wp-content/uploads/2020/09/ProtocoloFONDEF_UdeC_Digital_Final.pdf), 21 de julio de 2021

Específicamente, entre estos obstáculos, existen algunos de tipo socio cultural, pero que afectan también lo normativo, siendo factores persistentes que dificultan el acceso a la justicia de mujeres y personas LGBTI. Es el caso de los estereotipos de género<sup>24</sup>.

Si bien los estereotipos son categorizaciones identitarias construidas sobre personas o grupos de personas, pueden afectar lo jurídico por cuanto determinan la interpretación de una norma o de la realidad que se discuten en un proceso judicial, afectando normalmente derechos en litigio. Una reciente investigación interdisciplinaria levantó un diagnóstico sobre las consecuencias prácticas de los estereotipos, roles y representaciones de género y diversidades sexuales en el Poder Judicial chileno<sup>25</sup>.

En el caso de las mujeres, esto se evidencia en la construcción binaria del género femenino con la consecuente existencia de roles, órdenes y representaciones de género<sup>26</sup> pretendidamente establecidas y naturalizadas, así como las expectativas de comportamiento derivadas de ellas. Por ejemplo, esperar que el hombre sea el principal proveedor económico en una familia o que las labores domésticas y de cuidado de otras personas sean realizadas por las mujeres.

También, los estereotipos se manifiestan en la construcción sexista de muchas instituciones jurídicas (la familia, por ejemplo); en el uso de un determinado lenguaje binario y sexista; o en las distintas manifestaciones de violencia. Todo ello desfavorece el acceso a la justicia como ha sido puesto

---

24 Se puede conceptualizar el término “estereotipos de género” como aquellas representaciones construidas y fuertemente arraigadas, en función de las cuales se les asigna un atributo (positivo, negativo o mixto) de forma indiscriminada o generalizada al grupo de hombres, mujeres, homosexuales, transexuales, u otros. Se refieren a la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres, en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Es un término genérico que abarca estereotipos sobre las mujeres y los subgrupos de mujeres y sobre los hombres y los subgrupos de hombres. Su significado es fluido y cambia con el tiempo en torno a la cultura. Es una “visión generalizada o una preconcepción sobre características y atributos de los miembros de un grupo en específico, asumiendo que comparten las mismas características y ciertos roles que deben cumplir” Cook, Rebecca y Cusack, Simone *Estereotipos de género, perspectivas legales tradicionales*. Universidad de Pennsylvania, 2009. Para calificar una generalización como estereotipo, no importa si dichos atributos o características son o no comunes a las personas que conforman el grupo o si sus miembros de hecho poseen o no tales roles. El elemento clave es que, en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características o cumple con esos roles, se le atribuye a una persona una propiedad a cumplir por el solo hecho de pertenecer a él. Arena, Federico, *Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual*, en Revista de Derecho XXIX (1), (Universidad Austral de Chile), 2016, pp. 51-75.

25 Fuente: Protocolo de Actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual, Universidad de Concepción, pp. 33-40 [https://protocolo.fondefgeneroudec.cl/wp-content/uploads/2020/09/ProtocoloFONDEF\\_UdeC\\_Digital\\_Final.pdf](https://protocolo.fondefgeneroudec.cl/wp-content/uploads/2020/09/ProtocoloFONDEF_UdeC_Digital_Final.pdf), 21 de julio de 2021.

26 Buel Dos Santo, T, “Representaciones sociales de género: Un estudio psicosocial acerca de lo masculino y lo femenino”. Tesis Doctoral. Facultad de Psicología, Universidad Autónoma de Madrid, 2018.



de manifiesto por la institucionalidad internacional de derechos humanos, basada en las obligaciones estatales derivadas de tratados internacionales que recogen las diversas dimensiones del acceso a la justicia<sup>27</sup>.

En el caso de personas LGBTI, la forma de manifestar su sexualidad, de auto percibir su cuerpo, o de construir su género y expresarlo, se levantan como obstáculos para acceder a la justicia.

Ello ocurre por la existencia de concepciones estereotipadas y naturalizadas sobre la sexualidad, el género, los propios cuerpos, y las formas de hacer y vivir familia, que se tensionan frente a las identidades que no encajan en el binarismo hombre/mujer o los roles exigidos socialmente bajo la dicotomía masculino/femenino. Todo lo anterior impide en muchas ocasiones tener en debida cuenta que lo central deben ser las condiciones de amor y cuidados que pueda recibir un niño o niña en una familia formada por personas del mismo sexo a fin de resguardar así su interés superior y su derecho a la identidad.

Por otra parte, hay obstáculos normativos que también afectan diferenciadamente el acceso a la justicia de mujeres y personas LGBTI. Tal es el caso del formalismo excesivo del sistema de justicia, particularmente en algunas materias, la construcción de determinados tipos penales o figuras civiles, o vacíos legales que llevan a interpretaciones judiciales diversas o contradictorias sobre un mismo hecho, en ocasiones con la carencia del debido control de convencionalidad frente a estándares internacionales de derechos humanos.

Esos obstáculos normativos tienen una directa relación con la histórica pretensión de neutralidad del derecho, la cual impide ver la configuración determinada de ciertas instituciones y a vacíos normativos que afectan de forma diferenciada a mujeres y personas LGBTI.

Desde una visión histórico-jurídica, la igualdad entre las personas y la neutralidad de la norma jurídica como pretendidos paradigmas de la modernidad en realidad parece ser más bien un discurso que, por siglos, ha validado la exclusión de personas desde la figura del hombre<sup>28</sup>.

En relación directa con ello, la comprensión y la forma en que el derecho se ha relacionado con los cuerpos evidencia la exclusión de personas que hace el propio derecho, siendo irrelevante esta comprensión en el discurso liberal

27 Comité CEDAW, Recomendación general número 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia. 3-08-2015, párrafos 26-29.

28 Costa, Malena, *Feminismos Jurídicos*, (Ediciones Didot. Buenos Aires). S/F, p. 30

de los derechos<sup>29</sup>. De eso hace parte, por ejemplo, el uso de la violencia a las mujeres, niñas y adolescentes como un medio de castigo o represión desde la subordinación a que se les somete<sup>30</sup>.

A su vez, la binarización de los cuerpos - que pone al cuerpo de hombre como parámetro o norma - ha llevado a que el cuerpo de las mujeres se analice desde ese cuerpo de varón<sup>31</sup>.

Por otra parte, conformaciones históricas en torno a la construcción de las relaciones sociales entre las personas han moldeado y profundizado aún más la subordinación de las mujeres y de las llamadas “identidades subversivas”<sup>32</sup>. Entre estos elementos, aparece como relevante la organización institucionalizada de la sexualidad y la procreación.

Esta organización ha permitido la apropiación de las capacidades generativas y sexuales de las mujeres, limitando su autonomía y libertad o, en tiempos más actuales, poniendo en tensión los paradigmas estereotipados y roles de género en materia de familia.

En efecto, se han construido ciertos modelos como “naturales” y “correctos”, basados en el sistema binario y heterosexual, dando una menor valoración a lo diverso. Esas realidades familiares y afectivas, que van más allá de lo dicotómico y de la aceptación sin condiciones de las diferencias entre cuerpos, desafían las construcciones del lenguaje, los discursos y narrativas sobre los seres humanos, las instituciones y por cierto al Derecho, los derechos y el acceso a la justicia.

---

29 Zuñiga, Yanira, *Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad*, en Revista *Ius et Praxis*, 24(3). (Universidad de Talca) 2018, p. 210.

30 La Corte IDH se refirió a la violencia sexual, violaciones y torturas cometidas contra mujeres en el caso de un operativo policial en el año 2006 en México. Reconoció en este caso que la violencia sexual se ha usado en los conflictos armados como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo o represión. Corte IDH, Sentencia Atenco contra México, Serie C\_371, 28-11-2018, párrafos 181- 204. Este tipo de violencia sobre cuerpos de mujeres en situaciones de conflicto antes fue abordada antes por los tribunales penales ad hoc de Rwanda y Yugoslavia, y por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer. En relación a este tema puede consultarse a Gauché, Ximena, “*Violencia contra las mujeres en la agenda de paz y seguridad internacional*”, en Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM, México, No. 132, septiembre-diciembre 2018, 37-66.

31 Recogiendo esa idea se puede citar el Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, que indica que una perspectiva de género cuestiona el paradigma de único «ser humano neutral y universal», basado en el hombre blanco, heterosexual, adultos sin discapacidad, no indígena, y en los roles que a dicho paradigma se atribuyen. Es por eso que no se trata de un método enfocado únicamente a las mujeres, sino de una estrategia que permite ver a las personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomía, 66.

32 Saldivia, Laura, *Subordinaciones Invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*, (Ediciones Universidad Nacional de General Sarmiento, Buenos Aires, Argentina), 2017.

Por cierto, estas conformaciones históricas sobre ciertas construcciones sociales se agravan en sus efectos cuando se da el cruce de las propias circunstancias de mujeres y personas LGBTI con otros factores de identidad y de categorización social. Esa realidad apela a incorporar el enfoque de la interseccionalidad del cual la justicia debe hacerse cargo. Por lo demás, también órganos del sistema internacional de derechos humanos lo han indicado<sup>33</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el Poder Judicial constituye la primera línea de defensa de carácter nacional para la protección de derechos y libertades individuales de las mujeres; de ahí la trascendencia de la respuesta efectiva<sup>34</sup>.

En el caso de las personas LGBTI ellas concretamente evidencian la tensión existente entre un cuerpo que escapa a la norma y a la forma de concebir la subjetividad jurídica. En general, esto puede explicar el por qué se les ha sometido a tantas restricciones a lo largo de la historia, impidiéndoles ejercer muchos derechos de manera autónoma.

### **3. Consideraciones específicas sobre la Sentencia del 2° Juzgado de Familia de Santiago.**

#### **3.1. Sobre el rol que está llamado a cumplir el Poder Judicial en el acceso a la justicia y los obstáculos que enfrentan diversos grupos de personas.**

En un sistema normado desde la heterosexualidad, este sesgo en lo normativo tiene consecuencias en la vida de muchas personas. Tales consecuencias se traducen de forma frecuente en un desigual acceso al ejercicio de derechos esenciales que para otras personas son de cotidiano y casi imperceptible ejercicio. Esto hace que el acceso a la justicia para la tutela judicial efectiva de esos

---

33 El Comité ha documentado muchos ejemplos de los efectos negativos de las formas interseccionales de discriminación sobre el acceso a la justicia, incluidos los recursos ineficaces, para grupos específicos de mujeres. Las mujeres que pertenecen a esos grupos suelen no denunciar la violación de sus derechos a las autoridades por temor a ser humilladas, estigmatizadas, arrestadas, deportadas, torturadas o sometidas a otras formas de violencia contra ellas, incluso por los oficiales encargados de hacer cumplir la ley. El Comité ha observado también que, cuando las mujeres de esos subgrupos plantean reclamaciones, las autoridades con frecuencia no actúan con la debida diligencia para investigar, enjuiciar y castigar a los perpetradores y/o aplicar medidas correctivas. El Comité de Derechos de las personas o discapacidad se refiere a ella como aquella discriminación que hace referencia a una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada, recogiendo lo que ya en el año 2004 el Comité de la CEDAW indicara. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general núm. 26, de 2004, sobre las medidas especiales de carácter temporal, párrafo 12.

34 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. 20-01-2007.

derechos sea un tema de importancia en las democracias contemporáneas que, formalmente al menos, abrazan el paradigma de la igualdad.

Por ello es especialmente relevante la integración, la interpretación y la argumentación jurídica por parte de quien debe resolver en una situación familiar como la del caso, en el marco del acceso a la justicia para la tutela de derechos.

Además, es especialmente importante cuando nos enfrentamos a una situación de la realidad (que es la que importa) ante la que el derecho aún no se adecua o, por otro lado, que ni siquiera se ha regulado por razones que son evidentes, si se piensa en la fecha que tienen algunas normas en Chile.

Esto es una premisa importante y hace bien la justicia cuando no la olvida. Los cambios legales o las revisiones normativas en Chile, como en otros países, suelen ser lentos, o mucho más lentos que el dinamismo que tiene la vida social y las relaciones entre los seres humanos.

Por esto es esencial que el Poder Judicial integre tanto el derecho constitucional como el Derecho Internacional de los derechos humanos, lo interprete adecuadamente y lo argumente en su decisión. Eso hace la sentencia de sede de familia que de manera acertada observa que el derecho internacional es parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación armonizadora de la Constitución<sup>35</sup>.

Por cierto, si bien la palabra “derecho” no es de sentido unívoco, es el derecho (y no sólo la ley) el que se integra, se interpreta y se argumenta por quien debe hacer tutela judicial, sea que se entienda el derecho como orden normativo que regula la vida en sociedad y las conductas humanas (derecho objetivo: el derecho comercial regula los actos de comercio) o como facultades que tienen los sujetos (derecho subjetivo: tengo derecho a expresamente libremente)

Ello porque, entre las múltiples miradas posibles, el “derecho” puede ser visto como un fenómeno de la cultura humana. Como refiere Squella “*en cuanto se trata de algo producido por el ser humano en la historia para conseguir ciertos fines, tales como paz, orden, seguridad jurídica y, en la medida que le corresponde, justicia*”<sup>36</sup>.

Un ejemplo en relación al rol que debe cumplir la judicatura frente a las barreras de acceso a personas LGBTI entrega la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos de 2020. Con el voto de sus jueces calificados de

35 Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019, 8-6-2020 C° Décimo.

36 Squella, Agustín, *¿Qué es el derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*, (Editorial Jurídica de Chile, Colección Manuales Jurídicos, Santiago), 2007, p.18.

“conservadores”, ha interpretado la normativa de protección laboral por sexo, haciéndola extensiva a la orientación sexual y la identidad de género incluyendo a una mujer trans adulta mayor despedida de su trabajo, cuando con avanzada edad quiso vivir desde su identidad de género autopercebida. De manera muy probable, nadie pensó en esta realidad como parte del título VII de la Ley de derechos civiles de 1964<sup>37</sup>.

Otro ejemplo se encuentra en la decisión cubana, también en 2020, de inscribir a un niño con dos madres, hijo nacido de una relación en que se hizo uso de las técnicas de reproducción asistida. En este caso el fundamento fue el artículo 7° de la Constitución Política cubana que reconoce el derecho a formar una familia, cualquiera sea su forma de organización y vela por el interés superior del niño y su derecho a ser inscrito. Se interpretó por el Ministerio de Justicia conforme las dinámicas familiares actuales<sup>38</sup>.

### **3.2. El cumplimiento del mandato constitucional actual sobre armonización del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional.**

La opinión que comparte este comentario es que la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago cumple con el artículo 5° inciso 2° de la CP 1980 e integra el derecho internacional de los derechos humanos para comprender el bloque de constitucionalidad de derechos en el caso chileno, evitando, dicho sea de paso, una posible nueva denuncia contra Chile ante el sistema interamericano.

Lo hace acertadamente pues se hace cargo de normas convencionales que obligan a Chile, como los artículos 17.1 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 23 del PIDCP en relación a la protección de toda forma de familia, o el artículo 8° de la Convención de Derechos del Niño, sobre el derecho a la identidad, entre otras disposiciones internacionales. Además, considera de forma debida la interpretación de los órganos internacionales que por mandato de

37 En una decisión con 6 votos a favor y 3 en contra, la Corte estableció que la ley federal de 1964 prohíbe la discriminación por sexo o género y que eso ampara también a las personas por su orientación sexual o identidad de género. Según el más alto tribunal estadounidense, los empleadores que despidan a trabajadores por ser homosexuales o transgénero están violando la ley de derechos civiles. Fuentes: <https://www.diarioconstitucional.cl/2020/06/17/cs-de-eeuu-determino-ilegalidad-de-despido-por-causa-de-orientacion-sexual-o-identidad-de-genero-del-trabajador/> <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-53055917>, 26 de julio de 2021

38 La certificación de nacimiento, emitida en La Habana, argumenta que “la inscripción se practica en virtud de ambas madres al tratarse de un caso de doble maternidad, con apoyatura legal en el artículo 7 de la Constitución de la República de Cuba que reconoce además el derecho a formar una familia, cualquiera que sea su forma de organización y vela por el interés superior del niño y su derecho a ser inscrito”. Fuente: <https://oncubanews.com/cuba/por-primera-vez-cuba-inscribe-a-un-nino-con-dos-madres/>, 20 de julio de 2021

autoridad han hecho de tales disposiciones como es el caso de la Corte IDH<sup>39</sup> o el Comité de Derechos del Niño<sup>40</sup>.

Luego de incorporar las normas internacionales de derechos humanos en el contenido material de la Constitución Política nacional, reconoce la necesidad de su apertura y la adecúa a las nuevas realidades que rige, actualizando su contenido normativo. Esto va en armonía con los desarrollos contemporáneos sobre interpretación en derecho que llaman a mirar la evolución de las personas destinatarias, y considerar el contexto histórico, social, político y cultural en que debe aplicarse<sup>41</sup>.

La sentencia toma aquellas precisiones de forma rigurosa, e integra e interpreta armónicamente estas disposiciones con el ordenamiento constitucional y legal chileno y la evolución que ha tenido en ellos el orden de familia.

Así, en la sentencia del 8 de junio de 2020 hay un uso adecuado del derecho internacional: desde las fuentes convencionales citadas como desde el reconocimiento e integración de la interpretación que por autoridad hacen los órganos internacionales que vigilan los tratados internacionales de derechos humanos.

En el caso de las opiniones consultivas, por ejemplo, es menester reconocer que tales instrumentos internacionales crean estándares a partir de procesos abiertos a la amplia participación de los estados del sistema por medio de *amicus curiae* e incluso audiencias orales. Además, a través de ellas no surge cualquier interpretación, sino la interpretación que hace el órgano creado convencionalmente para ese fin y al que los estados partes de un cierto tratado le han reconocido tal competencia. Es el caso de las opiniones consultivas de la Corte IDH.

En ese sentido hay ya práctica jurisprudencial chilena y específicamente respecto de la Opinión Consultiva 24/17, citada por la sentencia del 8 de junio de 2020. En sentencia de mayo de 2018 recaída en un recurso de casación en el fondo para anular y reemplazar una sentencia de Corte de Apelaciones que confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó una solicitud de nombre y sexo conforme a la ley 17.344, el máximo tribunal chileno reconoce en este pronunciamiento interamericano los estándares en virtud de los cuales

39 Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019, 8-6-2020 C° Noveno.

40 Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019, 8-6-2020 C° Décimo tercero.

41 Sobre interpretación en materia de derechos véase Bassa, Jaime, *La interpretación de los derechos fundamentales*, en Manual sobre derechos fundamentales (LOM), Teoría General: Contreras, Pablo y Salgado, Constanza, editores, (Editorial LOM, Santiago), 2017, pp. 435-486.

el estado de Chile debe facilitar el cambio de nombre y sexo registral, sin condicionamiento a una intervención quirúrgica o a un tratamiento hormonal.

En lo que interesa a este comentario agrega tal fallo de la Corte Suprema que en cuanto a la vigencia de la interpretación que la Corte IDH hace para el estado de Chile, *“cabe recordar que la Corte Interamericana es el órgano a quien los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encargaron la función de aplicación y de interpretación autoritativa del tratado. Por tanto, la interpretación que el tribunal regional de a la Convención, incluso en la Opinión Consultiva recién mentada, tiene carácter de autoritativa para Chile a menos que todos los Estados Partes mediante un protocolo u otro instrumento que enmiende la Convención, decidan reemplazar esta interpretación autoritativa por su propia “interpretación auténtica”, por lo cual la Corte ha adelantado en este caso su opinión respecto de un tema determinado, el cual en caso de ser llevado por una situación determinada, se fallaría bajo esos argumentos”*<sup>42</sup>. Esta jurisprudencia del máximo órgano jurisdiccional chileno además podría ser enmarcada en la naturaleza diferente que tienen los tratados de derechos humanos, cuestión que tiene como se aprecia una clara incidencia en su interpretación e integración al bloque constitucional de derechos.

De forma adicional, las condenas a Chile por la Corte IDH y las soluciones amistosas avalan la necesidad jurídica de tener en debida cuenta el sistema interamericano. Tal es el caso de la solución amistosa en un caso sobre matrimonio entre dos hombres<sup>43</sup> y que motivó la tramitación del actual proyecto de matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>44</sup>.

Por lo demás, otra argumentación podría llevar a dejar sin aplicación coherente a la norma constitucional del artículo 5 inciso 2° de la CP 1980 y la retroalimentación recíproca entre el derecho nacional y el derecho

42 Corte Suprema, Rol 70.584-2016, 29-05-2018, C° 8.

43 En 2018 la Contraloría General de la República determinó la legalidad del Acuerdo de Solución Amistosa celebrado por Chile en el citado caso Peralta y otros. En el Dictamen N° 6863, de marzo de ese año, el órgano contralor descartó la ilegalidad que alegaron en su recurso los diputados José Antonio Kast, Arturo Squella y Juan Antonio Coloma. En lo que interesa, el ente contralor que “los tratados internacionales forman parte de la preceptiva que en el desempeño de sus funciones los entes públicos deben observar”. Hizo referencia a que los acuerdos como este constituyen la aplicación de un medio de solución de controversias implantado bajo la jurisdicción de un organismo internacional, cuyas normas son parte del ordenamiento jurídico nacional, al tratarse de un tratado internacional suscrito, ratificado y promulgado por Chile. Por cierto, no es posible negar que el impacto político y la legitimidad que supone cumplir el derecho internacional se levantan como razón de porqué los estados tratan de “portarse bien” para garantizar su imagen en un contexto de democracia internacional formal y Chile no es la excepción

44 Boletín N° 11422-07 Fuente: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmiD=11934&prmiBoletin=11422-07>, 27 de julio de 2021

internacional de los derechos humanos. Parece una necesidad ineludible el diálogo jurídico transversal entre ordenamientos para favorecer un espacio de mayor respeto a los derechos de todas las personas. Deseable será que esto se discuta rigurosamente en el marco del proceso constituyente chileno a fin de contar con un mejor sistema de armonización del derecho chileno con el internacional.

A mayor abundamiento de lo expuesto en este apartado, debe recordarse que el 22 de octubre de 2015 Chile firmó la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia<sup>45</sup> la que en el capítulo III, “Deberes del Estado”, establece en el artículo 4° que los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo: *viii. Cualquier restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación.*

Si bien la firma no produce *per se* la entrada en vigor de este tratado para Chile, en virtud del artículo 18 de la Convención de Viena en la materia, si un Estado ha firmado un tratado debe abstenerse de actos que frustren el objeto y fin del acuerdo.

De esta forma, la sentencia de familia pondera y armoniza adecuadamente principios y reglas como el interés superior o el derecho a la identidad del niño, con las obligaciones internacionales de Chile y la protección debida a todas las formas de familia y a todos los hijos e hijas. En su labor, además, el fallo aplicó el razonamiento de la sentencia dictada en el caso Karen Atala y niñas contra Chile, obligatoria y fuente de derecho para cada tribunal de este país<sup>46</sup>. Esta es otra evidencia de cómo la argumentación jurídica adecuada puede incidir en las pretensiones de tutela. La Corte IDH condenó a Chile justamente por discriminar por orientación sexual, discriminación que acá se habría perpetuado en contra de la madre no gestante, solamente por su sexo, agravando de paso la situación de desigualdad generada para su hijo en caso de fallar de forma diferente.

---

45 OEA/Ser.PAG/RES. 2804 (XLIII-O/13), 5 de junio de 2013.

46 Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-10028-2019, 8-6-2020 C° Décimo segundo.



### 3.3. El cumplimiento del compromiso institucional del Poder Judicial a partir de la Política de Igualdad de Género y No discriminación de 2018.

En este punto, la opinión que se comparte en este comentario es que la sentencia del 8 de junio de 2020 está alineada con el compromiso institucional dispuesto en la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial aprobada en 2018 por el pleno de la Excelentísima Corte Suprema<sup>47</sup>. Tal Política tiene como uno de sus ejes el enfoque de género en el acceso a la justicia, entendiendo este acceso a la justicia como un elemento esencial del estado de Derecho en la medida que es un derecho y un principio que permite a todas las personas conocer, ejercer y hacer respetar sus derechos a través de la tutela judicial efectiva, con respeto a las garantías del debido proceso.

La sentencia tiene entonces presente el marco de la política institucional junto con el marco normativo nacional e internacional, procurando cumplir el objetivo de la Política citada y avanzando hacia la tutela judicial efectiva por medio de un ejercicio de integración, de interpretación y de argumentación jurídica que, además, cumple con considerar el derecho internacional de los derechos humanos como derecho vigente.

Demostrando la importancia de la formación y el perfeccionamiento de juezas y jueces en materias de derechos humanos, derecho internacional, infancia y adolescencia y derechos de las personas LGBTI, la sentencia también ha cumplido con mantener la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de la función de juzgar.

Si bien las sentencias tienen valor solo para las partes y Chile no es un sistema de precedente, atendido el poder transformador que una sentencia puede tener en la vida de una persona (o de una familia en este caso) esta decisión de la justicia de familia llama a confiar en el acceso a la justicia para las personas que efectivamente forman una familia más allá de su sexo, su género o su orientación sexual.

Este contexto institucional hacer que el trabajo del Segundo Juzgado de Familia de Santiago con el fallo en comento sea una forma de visibilizar un ejercicio de correcta tutela judicial efectiva. De hecho, la sentencia fue premiada en el año 2021 por ser un ejemplo en la incorporación de una perspectiva de género, cuestión también que debe destacarse al comentar la decisión dictada por la jueza, doña Macarena Rebolledo Rojas<sup>48</sup>.

47 Secretaría Técnica de Género PJUD. "Política de género y no discriminación", 2018.

48 Fuente: <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/noticias/252-iniciativas-presentacion-del-repositorio-de-sentencias-con-perspectiva-de-genero>, 27 de julio de 2021

#### 4. Reflexiones para el cierre.

Buena parte de la discusión sobre la comaternidad, inserta a su vez en el antagonismo sobre la forma de concebir la familia, puede tener una primera y simple explicación. Para personas que legítimamente piensan distinto para sí, puede no ser cómodo aceptar los cambios sociales y las nuevas formas de concebir la libertad y los proyectos de vida y de afectos que tantas personas demandan. Una explicación podría ser el temor a que se afecten los privilegios que la heterosexualidad entrega y que no son pocos. Ello hace que se procure imponer ideas y concepciones propias como universales, correctas e inmutables. Específicamente el ámbito de las relaciones familiares y de filiación ha sido un espacio donde se han ido perpetuando inequidades fundadas en el sistema de la heterosexualidad que, desde la otra vereda, son en realidad privilegios para unas pocas personas. Puede ser el caso de la patria potestad o la regulación de la sociedad conyugal en Chile, por ejemplo.

Sin embargo, hay otras explicaciones o argumentaciones contra la comaternidad, bastante más complejas, que pueden ser abordadas con una mirada fundada en derecho como la que se encentra en el fallo del Segundo Juzgado de Familia de Santiago.

Una de ellas es la pretensión posible de levantar el interés superior de niños y niñas como argumento para oponerse a la comaternidad. Esta argumentación cae por sí sola cuando se pretende en abstracto y contra todo planteamiento teórico-conceptual o normativo en torno a que el interés superior debe determinarse en concreto para cada realidad infantil. Como además lo dijo claramente la Corte IDH justamente a Chile en el caso Atala<sup>49</sup>. Además, parece ser un ejercicio que harían quienes podrían ser calificados como los “fanáticos” o los “absolutistas” en la lógica que plantea Squella<sup>50</sup>. En el mismo tipo podrían estar quienes pretenden, siendo ajenos a una realidad familiar que acreditadamente es un buen contexto de amor y cuidado para un niño, entenderse facultados para intervenir en vidas de niños y niñas, sea a través de acciones legales o de otras estrategias. La eventual discriminación que puede sufrir un niño o niña no tiene que ver con quienes son, identitariamente hablando, sus padres, sino con lo que estos hagan y como la sociedad acepta o no. Es más, las críticas al fallo pusieron en 2020 al niño en el centro de las noticias jurídicas del país durante varios días. Eso sí puede ser exposición,

49 Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. 24-2-2012, párrafo 110.

50 Squella, Agustín, *¿Qué es el derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*, (Editorial Jurídica de Chile, Colección Manuales Jurídicos, Santiago), 2007, p.24.

vulneración y eventualmente discriminación a un niño. También se le discrimina cuando no se le reconoce los mismos derechos que tienen todos los hijos e hijas nacidos de relaciones heterosexuales.

Otra argumentación de quienes rechazan una decisión a favor de la comaternidad se encubre tras la preocupación porque los niños, niñas y adolescentes criados por personas del mismo sexo puedan confundirse en su propia formación identitaria<sup>51</sup>. Tampoco parece sostenible. La formación de identidad es un proceso complejo en que intervienen muchos “agentes de socialización”: pretender que un niño o niña hará lo que sus padres hagan así sin más es una simplificación.

Ante esta idea parece relevante detenerse en todo caso en que si a alguien le preocupa que un niño o niña “se haga” gay o lesbiana por tener progenitores del mismo sexo es porque, en verdad, sigue creyendo que ser gay o lesbiana es menos bueno que no serlo.

Esta idea suele encontrar pretensión de fundamento en distintos tipos de argumentos. El primero, un argumento que puede calificarse de “esencialista o biologicista”, fundado en que sólo por medio de la unión entre un hombre y una mujer se puede procrear, supuestamente por una pretendida complementariedad genital única. Cae por sí mismo ante la evidencia de la realidad de matrimonios que no quieren o no pueden procrear, con el hecho de que no es efectivo que haya una única forma de complementariedad genital y porque la filiación no solo reconoce la fuente biológica. El segundo es el argumento que puede identificarse como del “orden natural de las cosas”, o sea, negarse a la realidad porque las cosas “siempre han sido así”. Esto cae al pensar en la evolución humana y como tantas instituciones sociales han ido siendo reconfiguradas o eliminadas con el desarrollo de la vida social y su dinamismo. La esclavitud es el mejor ejemplo o la propia penalización de las relaciones sexuales consentidas entre adultos. Ambos, en sí mismos, son argumentos ideologizados y permiten hablar, con propiedad, de una verdadera “ideología de género”.

Así las cosas, hay una tensión argumental de difícil resolución cuando se habla de comaternidad en Chile.

Frente a tal tensión, la invitación con que se cierra este documento es a mirar con detención la realidad. Es clara y evidente. Ya pasó el tiempo de la

<sup>51</sup> Sobre el tema puede verse Gauché, Ximena, *El derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia*, en *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Coordinador y Editor Académico Anuar Quesille, UNICEF, Santiago, diciembre 2017, pp. 187-216. Fuente: [https://www.unicef.org/chile/media/1381/file/constitucion\\_politica\\_e\\_infancia.pdf](https://www.unicef.org/chile/media/1381/file/constitucion_politica_e_infancia.pdf)

injusta criminalización o patologización de personas gays, lesbianas, trans o de otras identidades sexuales. Ya pasó el tiempo de considerar a los hijos e hijas diferentes según su filiación. Y también ya pasó el tiempo de regular los asuntos de la infancia como si fueran niñas, niños o adolescentes objetos de protección y no sujetos de derechos. Hoy es el tiempo de concretar el justo derecho de toda persona, cualquiera sea su edad y su identidad, a amar y a ser parte de una familia que le entregue amor y cuidados.

Si no se reconoce esto para todas las personas, la sociedad en pleno siglo XXI corre el riesgo de llegar un día a estar cerca del mundo distópico de Margaret Atwood en “Los cuentos de la criada”. Para evitar que ese mundo literario se haga realidad, la provocación de cierre es a reivindicar con fuerza el derecho a vivir en un mundo que no camine hacia uno en que existan los padres de Gilead: sabedores supuestos de lo que es bueno para los demás e incapaces de ver las conductas que sí realmente afectan a un niño o niña y le pueden impedir ser feliz.

# REBELIÓN Y CASTIGO. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL “ESTALLIDO SOCIAL” Y EL PROYECTO DE INDULTO GENERAL A LOS “PRESOS DE LA REVUELTA”

Julio Cortés Morales<sup>1</sup>

*“Si lo que importa es solo el hoy o el mañana, no existe acción más reprochable que la revuelta. Pero si el ‘pasado mañana’ cuenta, y cuenta más que el hoy y el mañana, la revuelta es un hecho altamente positivo”*

Furio Jesi, Spartakus. Simbología de la revuelta

## Resumen

En este artículo se analizan los principales aspectos de la respuesta judicial frente a la rebelión popular de octubre de 2019 en Chile, y en especial los procesos de criminalización de quienes han sido imputados de participar en la comisión de delitos políticos y comunes en dicho contexto. Se hace además un recorrido por el concepto de prisión política y el uso habitual en la historia de Chile de amnistías e indultos luego de procesos de alta conflictividad política y social, centrándose en el efecto “creador de derecho” que tuvo la “revuelta” y los principales contenidos del proyecto de indulto general que se tramita actualmente en el Senado.

## 1. Después del estallido: los laberintos del sistema judicial

La criminalización de quienes participaron en las protestas y/o cometieron delitos asociados a la revuelta social constituye una de las tres grandes “aristas judiciales” que han quedado instaladas después del estallido, y que se pueden señalar de este modo:

a) la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública (militar o policial) y/o la eventual responsabilidad de los altos mandos policiales y las autoridades políticas pertinentes, en el entendido de que estas acciones no fueron sólo excesos individuales sino que hubo a lo menos omisiones graves y sostenidas que permitieron la ocurrencia de

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Chile. Postítulo en Derecho de la Infancia y Adolescencia (Universidad Diego Portales), Magister en Derecho Penal (Universidad Central), Analista de la Unidad de Protección de Derechos del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Investigador independiente. Correo electrónico: juliocortesmorales@gmail.com

violaciones masivas de derechos humanos, llegando incluso a plantearse a nivel de opinión y en determinadas acciones judiciales la tesis de que en tanto y en cuanto fueron generalizadas o sistemáticas, constituyen propiamente crímenes de lesa humanidad;

b) la lucha por la reparación integral a las víctimas de la violencia institucional, sobre todo en aquellos casos en que hubo muertes, o sufrieron mutilaciones u otras lesiones graves, dimensión que ya se comenzó a discutir mediante juicios civiles por indemnización de perjuicios;

c) la situación de las personas que han sido criminalizadas (imputadas, acusadas y/o condenadas) por la comisión de diversos delitos asociados a la revuelta, entre ellos: incendio, confección o lanzamiento de artefactos incendiarios, robos y hurtos a tiendas, daños y desórdenes públicos.

En los dos primeros frentes judiciales los resultados hasta ahora han sido modestísimos: el 46% de las 6.568 investigaciones por violaciones de derechos humanos que llevaba la Fiscalía fueron cerradas sin llegar a haber formalizaciones de la investigación<sup>2</sup>. No existen aún condenas para los responsables de muertes como la de Romario Veloz y Kevin Gómez en la región de Coquimbo ni la de Alex Nuñez en la Metropolitana ni la de Manuel Rebolledo en Talcahuano, y tampoco se ha dictado sentencia en casos de mutilación y lesiones gravísimas como los de Fabiola Campillai y Gustavo Gatica, por mencionar los casos más emblemáticos.

Resulta destacable en este balance que respecto del casi centenar de agentes del Estado que han sido formalizados y sometidos a medidas cautelares, la medida de prisión preventiva no se cumple en cárceles sino que en recintos especiales de la institución policial o militar a la que los imputados pertenecían al momento de los hechos, tal cual señala el Código de Justicia Militar, que aún es aplicable a Carabineros<sup>3</sup>.

Se han dictado sentencias condenatorias en dos juicios abreviados, aplicando a los autores penas de cumplimiento en libertad. Así, en la ciudad de

2 Ciperchile.cl, Fiscalía ya cerró sin formalizados el 46% de las causas por violaciones de DD.HH. ocurridas en el estallido social: 3.050 casos, Mauricio Weibel, 12 de marzo de 2021. Inicialmente se trataba según el Ministerio Público de 8.581 causas por violaciones de derechos humanos ocurridas durante el estallido social. De ellas, 2.013 fueron reagrupadas con otros procesos, quedando activas 6.568, de las que 3.050 fueron cerradas sin formalizar a posibles responsables.

3 De acuerdo a información proporcionada por el Ministerio Público a fines de enero de 2021, se trataría de 97 agentes del Estado: 92 carabineros, 4 militares y 1 marino. Otro reportaje de Mauricio Weibel dio a conocer que “de todas las denuncias recibidas por la Fiscalía, un total de 6.369 apuntan a carabineros, 307 sindicando a militares, 137 a funcionarios de la PDI y 27 a marinos. Otras 30 refieren a personal uniformado sin clasificar aún”. Ver Ciperchile.cl, Balance penal del estallido: Fiscalía investiga a 466 agentes del Estado y gobierno acusa a 3.274 personas de cometer actos violentos, 15 de julio de 2020.

Rancagua un carabinero que lanzó una bomba lacrimógena directo a la cabeza de un estudiante a ocho metros y medio de distancia, causándole graves lesiones, fue condenado por homicidio frustrado a cinco años de libertad vigilada intensiva<sup>4</sup>. En la Región Metropolitana dos ex carabineros que dieron una brutal golpiza a un joven detenido en Lo Hermida, registrada por vecinos y ampliamente difundida en las redes sociales, aceptaron un juicio abreviado por apremios ilegítimos y lesiones menos graves, siendo condenados a 541 días de presidio sustituidos por el beneficio de la remisión condicional de la pena<sup>5</sup>.

El mecanismo del juicio abreviado exige que el imputado acepte los cargos, a cambio de lo cual se negocia una pena más baja. Para conocer los resultados del juzgamiento de este tipo de hechos pero en un juicio oral hubo que esperar hasta mayo/junio del 2021 en la ciudad de Ovalle (Región de Coquimbo), donde tras doce días de juicio contra un carabinero en retiro, que el día de los hechos estaba con licencia y disparó su arma de fuego contra un manifestante impactándolo en la pelvis, se dictó condena pero no por homicidio frustrado -como solicitaban en sus respectivas acusaciones el Ministerio Público, el INDH y un querellante particular- sino que por apremios ilegítimos con lesiones graves -acogiendo la calificación jurídica propuesta por el Consejo de Defensa del Estado-. Por esos delitos más el de detención ilegal (art. 148 del Código Penal) se condenó al autor a una pena de cumplimiento en libertad<sup>6</sup>.

En el plano de la justicia civil, el mismo Consejo de Defensa del Estado que en algunas causas por violencia institucional interviene como querellante, se desdobla para hacerse presente en esta arista del laberinto judicial negando la procedencia de las indemnizaciones a las víctimas de la acción de los agentes del Estado, sosteniendo que por regla general Carabineros se ajustó a la normativa vigente sobre uso de la fuerza, que incluso el correcto uso de las armas menos-letales puede producir graves lesiones, y que en muchos casos fueron las propias víctimas quienes colaboraron en la producción del resultado al haber optado por participar de manifestaciones no autorizadas en que ocurrían hechos de violencia<sup>7</sup>.

4 Juzgado de Garantía de Rancagua, en causa RIT 957-2020, RUC 2010004279-8, Sentencia de 3 de agosto de 2020.

5 13° Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT 5719-2019, RUC 1901221616-8, Sentencia de 8 de junio de 2021.

6 Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RIT 50-2020, Sentencia de 16 de junio de 2021. Las penas de cuatro años de presidio menor en grado máximo por o apremios/lesiones y un año de presidio menor en grado mínimo por la detención ilegal fueron sustituidas por Libertad Vigilada Intensiva.

7 Así se afirma en el contundente escrito de contestación del Consejo de Defensa del Estado a una de-

En la tercera arista, si bien la discusión hasta ahora se ha centrado en el número de personas que efectivamente siguen en prisión<sup>8</sup>, o en si procedería o no catalogarlos como “presos políticos”, lo cierto es que una gran cantidad de personas que participaron de la revuelta fueron criminalizadas por ello, a nivel policial y judicial. Este universo incluye a todos los imputados, sea que se haya aplicado o no a su respecto la medida cautelar de prisión preventiva u otras menos intensas como el arresto domiciliario, y también a quienes ya han sido condenados a penas efectivas de cárcel o con alternativas de cumplimiento en libertad.

A pesar de la confusión sobre cifras sobre “presos de la revuelta” que ha existido en el debate público, sabemos que entre el 18 de octubre de 2019 y hasta el 18 de marzo del 2020 la represión policial y militar de las protestas dejó a aproximadamente 30 mil personas detenidas<sup>9</sup>, de las cuales se formalizó a más de 5 mil y cerca de 2 mil quedaron inicialmente sometidas a la medida cautelar más intensa que permite el Código Procesal Penal: la prisión preventiva.

La lentitud e ineficacia de la respuesta estatal frente a delitos que técnicamente constituyen violaciones de derechos humanos —y que en tanto tales exigen del Estado estándares especialmente exigentes en materia de investigación y sanción, además reparación integral y garantías de no-repetición—, contrasta notoriamente con la enérgica persecución de los delitos cometidos en el contexto de la revuelta: el Ministerio Público ha informado que de los

---

manda interpuesta por 22 víctimas de lesiones oculares causadas por Carabineros a partir del 18 de octubre de 2019 que demandaron al Fisco para obtener reparación por lo que afirman fue una “falta de servicio” (15 Juzgado Civil de Santiago, C-11.302-2020, Mujica con Fisco de Chile).

- 8 Con cifras que varían desde 21 personas según la Corte Suprema y 25 según el Ministerio Público, a más de 900 según se señaló a inicios del 2021 con ocasión del inicio de la tramitación del proyecto de ley de indulto por parte de la Presidenta del Senado, Adriana Muñoz (PPD). Según Weibel en el “Balance penal del estallido”, de acuerdo al Ministerio del Interior a inicios de julio del 2020 “un total de 281 personas están en prisión preventiva...otras 216 se encuentran bajo arresto domiciliario”. En cambio, según la Fiscalía “299 personas estaban cumpliendo prisión preventiva hasta fines de abril, incluidos ocho menores”, y “desde el inicio del estallido social, unas 448 personas fueron sometidas a esta medida”. Esa cifra no coincide con el total de presos informado por Gendarmería de Chile al INDH el 20 de agosto de 2020 (Oficio 1013-20), que los cifró en 1218 presos por delitos asociados al estallido, ingresados entre el 18 de octubre de 2019 y el 30 de abril de 2020. En febrero de 2021 Gendarmería volvió a informar al INDH (oficios 302 y 301), señalando que el total de personas que ha estado en prisión por estas causas fue de 860, de las cuales 227 seguían presas el 18 de diciembre de 2020. Como se ve, cada segmento del sistema penal chileno produce sus propios datos, que van cambiando según diversas variaciones de los criterios a utilizar, lo que ha generado un caos estadístico y gran confusión informativa.
- 9 Según Carabineros “entre el 19 de octubre de 2019 y el 31 de marzo de 2020 se contabilizaron 5.885 situaciones de desorden público, 4.302 manifestaciones, 1.090 saqueos y 441 cortes de rutas. A raíz de todos estos eventos, reconoce haber realizado un total de 25.567 detenciones: 4.091 mujeres y 21.476 hombres” Ver: Pauta.cl. Más de 4 mil manifestaciones y 25 mil detenidos: el balance del estallido social, 30 de agosto de 2020.



41.075 casos del estallido social -por delitos de daños, robos, desórdenes e infracciones a la ley de control de armas, entre otros- ya se han dictado 4.771 sentencias condenatorias, en relación a 3.879 personas<sup>10</sup>. Se trata de una tasa de condena del 11,6%, mientras las tres condenas referidas en las 6.568 investigaciones por violaciones de derechos humanos representan el 0,05%.

## 2.- “Presos de la revuelta”: ¿un fenómeno nuevo en las cárceles chilenas del siglo XXI?

En la historia penitenciaria del país existió siempre una separación bastante nítida entre los “presos comunes” y los “presos políticos”. Más que en categorías jurídicas formales esta diferencia se basaba en un complejo proceso de definiciones e interacciones sociales y políticas, en que tanto los propios internos como su entorno familiar y social, además del sistema judicial y penitenciario, asumían y hacían suya la diferencia entre la delincuencia común y la represión de actividades políticas, incluida la participación en conspiraciones y rebeliones.

A lo largo del siglo XX hubo numerosos episodios de agitación social (desde las protestas salitreras de inicios de siglo a rebeliones campesinas como la de Ranquil en 1934 o la revuelta urbana del 2 de abril de 1957) e incluso militar (desde el “ruido de sables” de 1924 a la “República Socialista” de 1932) para cuya represión jurídico-penal no bastaron las disposiciones del Título II del Libro II del Código Penal de 1874, sobre “crímenes y simples delitos contra la seguridad interior del Estado”, sino que se estimó necesario dictar leyes especiales para reforzar su protección: desde la Ley 4.935 del año 1931, sobre juzgamiento de delitos militares, a la Ley 5.091 y el Decreto-Ley 50 sobre seguridad del Estado, ambos de 1932; la Ley 6.026 de 1937, la “Ley de Defensa Permanente de la Democracia” en 1948, y finalmente la actual Ley de Seguridad del Estado, N° 12.927 de 1958. Esta última ley, aún vigente, ha sido refundida y modificada en dictadura y en democracia, se aplicó masivamente a contar del viernes 18 de octubre de 2019 y sigue ahí como una verdadera trinchera dentro del Derecho, formando parte del legado autoritario del segundo gobierno de Carlos Ibañez del Campo, que en su primer gobierno –en rigor una dictadura- creó otra institución que aún subsiste: Carabineros de Chile.

La criminalización reforzada que estas herramientas jurídicas “excepcionales” producían, abiertamente asumida su motivación “política”, generaba

<sup>10</sup> Emol.com, Fiscalía Nacional: Casi 3.900 personas han sido condenadas por delitos cometidos en el contexto de la crisis social, 6 de julio de 2021.

un tipo distinto de sujeto criminalizado, sometido a medidas que iban desde relegaciones y deportaciones hasta el ingreso en el medio carcelario, en recintos comunes o especiales. Así, la especificidad de estos delitos, sumada a la autopercepción de los controlados y/o encarcelados como “militantes” de organizaciones sociales o políticas, fueron produciendo en sucesivas oleadas de agitación y represión la conocida figura del “preso político”.

A inicios del siglo XXI aún existían los “presos políticos” que provenían de la resistencia contra la dictadura, o que participaron en grupos que siguieron funcionando durante los primeros años de la transición, y el grueso de ellos se encontraba recluso en la Cárcel de Alta Seguridad de Santiago.

Si bien antes del estallido social existían algunos casos de prisioneros subversivos y/o anarquistas, además de varios comuneros mapuche considerados como presos políticos, la irrupción de los “presos de la revuelta” fue un fenómeno nuevo e inédito en las cárceles chilenas, por su magnitud y características específicas. Este importante sector de la población penal era notoriamente distinto a la población penal habitual, y además no calzaba mayormente con el tipo de prisión política existente desde 1973, en que muchos de los sujetos criminalizados formaban parte de organizaciones políticas y sociales bien definidas, lo que facilitaba la formación de colectivos en base a esta identidad militante.

A fines de enero de 2020 se dio a conocer una carta escrita desde la cárcel de Huachalalume (Región de Coquimbo), cuyo autor cumplía en ese momento 40 días preso, en la que se incluye este lúcido diagnóstico: “La prisión preventiva es el arma disuasiva del Estado para desmovilizar y desarticular al movimiento en su totalidad. Ya somos más de 2500 presxs de la revuelta y no todxs se encuentran bien. Algunos hemos tenido suerte y astucia para desenvolvernos, pero muchos otrxs han sido aplastadxs en sus módulos y es que la gran mayoría de la población penal, no logra entender como ponemos en riesgo nuestras vidas sin recibir dinero a cambio”<sup>11</sup>.

En las cárceles chilenas del siglo XXI parece haberse reproducido una diferencia radical entre los presos que se dedican a la “delincuencia común”, como forma de subsistencia, y quienes por el contrario han llegado a ellas como producto de la criminalización de la protesta: en general personas jóvenes, estudiantes o trabajadores, con poca o nula experiencia política previa y sin antecedentes penales. Cerca de 2 mil “presos de la revuelta”

---

<sup>11</sup> Publicacionrefractario.wordpress.com, La Serena. “Sepan que mi ímpetu y compromiso con la comunidad de lucha siguen intactos” Palabras de un prisionerx de la revuelta, 26 de enero de 2020.

han estado distribuidos en las cárceles públicas y concesionadas de todo el país, en que sobrevive una “población” de más de 40 mil personas que en general no empatiza con ellos, constituyendo una anomalía reciente dentro del archipiélago penitenciario chileno, diferente de la prisión común pero en relativa continuidad con expresiones previas del fenómeno de la prisión política en Chile.

### **3.- El debate sobre la prisión política y el “estallido” como origen del “proceso constituyente”**

El movimiento social, que se ha visto reforzado aunque se ha visto obligado a replegarse parcialmente en el contexto de la pandemia, ha sostenido desde el inicio que los “presos de la revuelta” son “presos políticos”. Lejos de argumentaciones “leguleyas”, lo que se sostiene es la evidencia de que se trata de personas que participaron activamente en el “estallido social” del 18 de octubre y la revuelta que le siguió en todo el país con gran intensidad por varias semanas y meses. La respuesta estatal a este proceso masivo de rebelión, nunca antes visto en esta magnitud, fue además de la represión la apertura de un “proceso constituyente” acordado por la mayoría de los partidos oficiales el 15 de noviembre de 2019, y que se ha expresado luego en el triunfo del “apruebo” por casi 80% en octubre de 2020 y la elección de constituyentes en mayo de 2021.

Los resultados de ambos eventos han abierto un camino de reformas profundas de la institucionalidad, que no resultaría posible ni imaginable siquiera sin la revuelta social que estalló en octubre del 2019. De ahí que la exigencia de liberación de los presos de la revuelta ha sido permanente, y pese a no haber sido incluido el tema en el “acuerdo por la paz”, se expresa ahora en la posición de una considerable mayoría en la recién instalada Convención Constitucional. Daniel Stingo, el constituyente con más alta votación del país, expresa esa posición un día después de asumir diciendo que “estamos convencidos de que ellos son personas que tienen que salir en libertad y que tienen que ser declarados amnistiados o indultados”, agregando que “cuántas marchas pacíficas se hicieron y no se lograba nada... pero con ellos se lograron. Entonces dejémonos de cosas: ellos son presos políticos, le guste o no le guste a algunos, por lo tanto tienen que salir a la brevedad y eso es a lo que vamos a apuntar”<sup>12</sup>. Fernando Atria plantea la misma idea cuando dice: “hoy

<sup>12</sup> Lavozdelosquesobran.cl, “Cuántas marchas pacíficas hubo y no se logró nada”: Stingo por exigencia de constituyentes de libertad para presos de la revuelta, 5 de julio de 2021.

resulta que todos celebran el proceso constituyente, como una gran oportunidad para Chile y bla, bla, bla; pero creo que es evidente que éste solo se pudo abrir por la violencia del 18 de octubre. O sea, marchas masivas como la del 25 de octubre ya había habido muchas, por ejemplo, contra de las AFPs. Y no pasaba nada”<sup>13</sup>.

A lo mismo apunta el columnista Germán Silva cuando califica el inicio de la Convención como una nueva página en la historia de Chile, un cambio estructural que “se fue incubando unos años antes con los casos de colusión, los abusos, la desigualdad, los curas pedófilos y las platas políticas que involucraron a políticos de todos los colores con empresarios de un solo color”, hasta que “vino el 18/O, en que esa energía explotó y dio inicio a un proceso en que el mayor consenso de todos era que se tenía que terminar con la Constitución firmada originalmente por Pinochet”<sup>14</sup>.

De este modo, podría decirse que la rebelión masiva que estalló espontáneamente el 18 de octubre finalmente logró impulsar y posibilitar profundos cambios políticos y sociales que están actualmente en pleno curso. La “violencia social”, como respuesta popular espontánea ante décadas de acumulación de violencia estructural e institucional, fue así la “partera” del proceso constituyente. Reconocer esto es en sí mismo subversivo, pues implicaría calificarla como violencia revolucionaria “pura”, “anarquista”, “sin fin”, que destituyó incluso la relación entre medios y fines en que se entretienen el derecho natural y positivo, y que luego se fue transformando gradualmente en violencia “fundadora de derecho”<sup>15</sup>, a medida que el pueblo así reconstituido fue disputando y apropiándose el nuevo escenario de reforma institucional que se fue abriendo como respuesta estatal a esta violencia. Este reconocimiento es algo que ningún gobierno de turno haría, menos si es que se vio profundamente afectado y debilitado por una revuelta que ni siquiera imaginaba y a la que, a pesar de todo, sobrevivió<sup>16</sup>.

---

13 Ciperchile.cl, CIPER Académico/Entrevista a Fernando Atria: “Soy optimista; creo que es posible que surjan las condiciones de un pacto chileno equivalente al que hizo posible el Estado de Bienestar en Europa”, 3 de julio de 2021.

14 Elmostrador.cl, ¡Enhorabuena!: la Convención da inicio al cambio de era en Chile, 5 de julio de 2021.

15 Se trata de categorías aportadas por Benjamin hace exactamente 100 años, en *Para una crítica de la violencia* (1920/1), incluida en Benjamin, Walter, *Estética y política*, (Las cuarenta), 2009, p. 30-64. Una reciente explicación muy clara y profunda de las mismas se encuentra en: Karmy, Rodrigo, *Intifada. Una topología de la imaginación popular*, (Metales Pesados), 2020, II.- *Medios sin fin*, *Violencia divina*, p. 53-71.

16 A pesar de que el derecho de rebelión es reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) cuando en su Preámbulo declara como una consideración esencial “que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido

Sin embargo, lo verdaderamente llamativo no es que el gobierno se oponga a reconocer la existencia de presos políticos, pues ha sido una constante a lo largo de la historia, sino el que un amplio repertorio de voces supuestamente autorizadas incurran en esta misma negación: desde el Fiscal y el Defensor Penal Público nacionales al profesor y columnista de *El Mercurio* Carlos Peña y José Miguel Vivanco de Human Rights Watch, entre varios más. El argumento es siempre idéntico, y consiste en reducir el concepto de “preso político” al de “preso de conciencia”, concluyendo que sólo en dictadura hay prisión política, y no en democracia. No resulta muy distinto al prejuicio habitual que quiere creer que en democracia no hay violaciones de derechos humanos sino únicamente excesos individuales de ciertos agentes encargados de hacer cumplir la ley, o que miles de violaciones de derechos humanos cometidas del mismo modo por los mismos agentes durante un prolongado lapso de tiempo no serían sin embargo “sistemáticas” y por ende no podrían ser consideradas como “crímenes contra la humanidad”.

La última declaración gubernamental sosteniendo la oposición a un eventual indulto o amnistía, la ha suministrado el subsecretario de Interior, Juan Francisco Galli, quien señala que “no pueden quedar impunes quienes comentan [sic] acciones violentas, porque esas acciones violentas se salen de nuestro marco social, se salen del pacto social, y quienes se salen del pacto social a través de la violencia, no son ni serán presos políticos”<sup>17</sup>.

Una vez más, pareciera que el estándar que se tiene en vista para ser reconocido como preso político es haber cometido sólo delitos de opinión o actos de desobediencia civil totalmente pacífica, porque como suele decirse, la violencia se condena “venga de donde venga”. En este punto cabría recordar que en a partir del estallido social se han presentado más de mil querellas por Ley de Seguridad del Estado, incluyendo al menos dos que se basaron en opiniones dadas en el contexto de una asamblea al aire libre (Dauno Tótoro) y en el lanzamiento de un libro (Jaime Castillo Petrucci)<sup>18</sup>. Además, la violencia es un fenómeno social, cultural y político mucho más complejo que el estereotipo que la reduce a actos determinados de daños o atentados directos contra la

---

al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”, y luego en el artículo 28 que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

17 Emol.com, Galli y solicitud de “amnistía” para “presos de la revuelta”: “No pueden quedar impunes quienes cometan acciones violentas”, 6 de julio de 2021.

18 En estos casos no se aplicó prisión preventiva, y la querrella contra Dauno Tótoro finalmente fue retirada.

vida de las personas, abarcando también formas más invisibilizadas de violencia tales como aquellas que tienen un carácter estructural o institucional, desde la desigualdad socioeconómica y los delitos de cuello y corbata a las actuaciones ilícitas de la policía.

Con todo, la cuestión de la definición de la prisión política merece un abordaje histórico y conceptual más serio. Históricamente el delito político por excelencia en los orígenes de la modernidad fue el “crimen de lesa majestad”. A partir de ahí es posible apreciar que la “delincuencia política” es la que de una u otra forma se opone al Estado en general o a determinados regímenes en particular<sup>19</sup>.

En su momento la Comisión Valech elaboró criterios y definiciones que permitieran calificar como “política” la prisión y/o la tortura sufridas por miles de personas durante la última dictadura (1973-1990). Dando cuenta de ello, en el Informe de la Comisión se explica la definición de “motivación política” con que trabajaron, señalando que ésta existe en la privación de libertad o la tortura “cuando tal motivación estaba presente en los agentes del Estado que las ordenaron o realizaron”. Esta motivación política “no siempre es evidente y de hecho la actividad represiva siempre buscó respaldo en la supuesta defensa de la seguridad del Estado, del orden público, de la lucha contra el terrorismo, etc.”<sup>20</sup>.

Además, el Informe Valech dice que no sólo hay “motivación política” cuando ésta sea el fundamento único del acto represivo, o cuando se apliquen medidas privativas de libertad sin juicio ni fundamento, sino que también cuando se aplican “normas jurídicas de mayor rigor en el juzgamiento de los hechos”, o “en virtud de normas especiales, como la Ley de Seguridad Interior del Estado”, que “contiene una clara motivación política”. También existiría dicha motivación “en la detención y juzgamiento de delitos que constituyen hechos delictivos sancionados por cualquier legislación ordinaria de un país, que fueron cometidos con la intención de derrocar el régimen o impulsar cambios políticos”.

Existe una definición de prisión política elaborada por el Consejo de Europa en el año 2001, reafirmada el 2012, que señala que ésta existe en los

19 Por eso es que, a pesar de lo que ellos mismos digan, no son “presos políticos” los criminales de lesa humanidad encerrados en el muy especial recinto conocido como Punta Peuco ni ningún “agente del Estado” que haya cometido delitos contra la población civil. De todos modos, resulta interesante verificar que un amplio sector de la “familia militar” ligada a este tipo de prisioneros ha esgrimido el discurso de derechos humanos a favor suyo, acuñando incluso el concepto de “preso político militar”. Ver el documento *Derechos Humanos en el Penal de Punta Peuco*, elaborado por los internos Miguel Estay Reyno, Eduardo Iturriaga Neumann y Carlos Herrera Jiménez y difundido sin datos de edición.

20 *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, 2004, página 29.

siguientes casos: (i) cuando la detención haya sido impuesta en violación de una de las garantías fundamentales establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; (ii) cuando la detención se haya impuesto por motivos puramente políticos sin relación con ningún delito; (iii) cuando por motivos políticos la duración de la detención o sus condiciones sean manifiestamente desproporcionadas con respecto del delito del que la persona ha sido declarada culpable o de la que se sospecha; (iv) cuando por motivos políticos la detención se produzca de manera discriminatoria en comparación con otras personas; (v) cuando la detención sea el resultado de un procedimiento claramente irregular y que esto parezca estar conectado con motivos políticos de las autoridades<sup>21</sup>.

Estas definiciones atienden básicamente al tipo de criminalización que el Estado ha dirigido contra el imputado, y a las características que la hacen distinta a las formas permanentes y cotidianas de funcionamiento de los procesos de criminalización, por lo general dirigidos contra la “criminalidad del pobre diablo” y/o las formas de delincuencia común que en Chile se han definido como “de mayor connotación social”<sup>22</sup>.

#### **4. Criminalización política: invocación de la Ley de Seguridad del Estado, declaración del Estado de Excepción y creación de nuevos tipos penales (“antibarricadas” y “antisaqueos”)**

Esta diferencia es evidente cuando se invocan leyes penales especiales, como ocurrió a partir del mismo 18-O hacia las 19:00 horas se anunció públicamente por parte del Ministerio del Interior que se presentarían querrelas por Ley de Seguridad del Estado en contra de quienes resulten responsables de las evasiones masivas y desórdenes en diversos puntos de Santiago, calificándolas como “delincuencia pura y dura”. Ese momento marca por un lado el reconocimiento de la politización abierta de la función represiva, en relación a infracciones que hasta ese momento sólo eran subsumibles en tipos

21 Resolution 1900 (2012), “The definition of political prisoner”, Parliamentary Assembly, Council of Europe.

22 El concepto “Delitos de Mayor Connotación Social” no es un aporte de la ciencia penal ni de la criminología. Fue acuñado oficialmente para referirse al “conjunto de delitos que provocan, sea por los medios de comisión o por los bienes jurídicos que afectan, mayor impacto en la comunidad”, tal como fuera definido el 2004 por el Foro de Expertos de Seguridad Ciudadana convocado por el Ministerio del Interior en el documento de trabajo “Diagnóstico de la Seguridad Ciudadana en Chile”. El listado de DMCS incluye: robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto, lesiones, homicidio y violación. En el Glosario incluido en el mismo documento se señala que a esta lista “se agrega la violencia intrafamiliar, que si bien no es susceptible de ser calificado (sic) como delito, crimen o falta por sí mismo, reúne características de infracción que causa impacto social”.

penales de desorden público y daños, o que en el caso de la evasión cometida por adolescentes ni siquiera constituían las faltas calificadas que ponen en funcionamiento el sistema penal adolescente de la Ley 20.084, sino que eran meras contravenciones sancionables en el ámbito de los tribunales de familia.

Por otra parte, tal como señalan unos comentaristas anónimos, “lo único que logró esta medida fue desatar los primeros enfrentamientos callejeros en el centro de Santiago. El problema ahora no es el Metro. Barricadas, piedras. Toda una retórica y tradición de vuelta en el espacio público”<sup>23</sup>. A las 01:00 del 19 de octubre se decreta estado de emergencia, a causa de “múltiples atentados contra la propiedad pública y privada, especialmente contra medios de transporte público de pasajeros”, y “numerosas barricadas que han impedido la adecuada circulación de vehículos y personas a través de la ciudad, afectándose con ello la garantía de libre circulación de las personas”<sup>24</sup>.

La evasión en Santiago se transformó en protesta en toda la Región Metropolitana, la protesta se extendió en pocas horas y días a otras ciudades y regiones, transformándose la revuelta callejera en una rebelión masiva en todo el país. El domingo 20 el Presidente de la República anunció estar “en guerra contra un enemigo poderoso”. Dado que la situación “fue replicad[a] en las ciudades de Arica, Iquique, Antofagasta, Calama, Copiapó, La Serena, Coquimbo, Valparaíso, Viña del Mar, Rancagua, San Fernando, Talca, Linares, Constitución, Concepción, Los Ángeles, Temuco, Valdivia, Puerto Montt, Coyhaique y Punta Arenas, y sus comunidades aledañas”<sup>25</sup>, el domingo 20 había estado de emergencia y toque de queda en 12 regiones, el 24 de octubre en 15 (todas las regiones menos Aysén).

A pesar de distintas tesis conspirativas que han circulado para explicarse e 18-O -desde el Informe Big Data encargado por el gobierno a la teoría de la “revolución molecular disipada” sostenida por sectores de la nueva extrema derecha-, resulta evidente que, tal como señala el historiador Sergio Grez, el movimiento “surgió y se desarrolló de manera absolutamente espontánea, pues no fue el resultado de una preparación previa ni de una convocatoria de una suerte de ‘estado mayor’ que, operando desde las sombras, ejecutara con

23 Círculo de Comunistas Esotéricos, *Tiempos Mejores: tesis provisionales sobre la revuelta de octubre de 2019*, (autoedición) noviembre de 2019, Tesis II.

24 Considerandos 1, 2 y 3 del Decreto 472 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de 18 de octubre de 2019, publicado en el Diario Oficial al día siguiente. El decreto trae las firmas del Presidente Sebastián Piñera, del Ministro del Interior, Andrés Chadwick, y del Ministro de Defensa, Alberto Espina.

25 Tal como resume adecuadamente el considerando c. de la Resolución 5520 de la Dirección General de Movilización Nacional, de 20 de noviembre de 2019.



eximia maestría un plan destinado a provocar el levantamiento popular”. Por el contrario, y como todos sabemos, las evasiones masivas iniciadas por estudiantes del Instituto Nacional se extendieron “como reguero de pólvora” concitando un apoyo masivo el 18-O: “La respuesta torpe y puramente represiva del gobierno hizo el resto. En cuestión de horas todo el país estaba involucrado”<sup>26</sup>.

Fácil es darse cuenta de que la dinámica de acción y reacción entre protesta y represión escaló hasta el punto en que el gobierno optó por sacar los militares a la calle<sup>27</sup>. Ese momento marca una larga fase de represión política intensa, que no ha concluido, convirtiendo así en un tipo de presos políticos a quienes fueron afectados por ella, con independencia de las leyes o formas de represión que en cada caso se hayan invocado.

Si en rigor se trata de “delitos políticos” o “comunes” no es lo más relevante. Tal como nos recuerda Myrna Villegas en una intervención ante la Comisión de Derechos Humanos del Senado, “los delitos comunes que se cometen en el curso de un delito político como un alzamiento, una insurrección, una rebelión, asumen la forma de lo que en doctrina se conoce como ‘delitos políticos conexos’ o ‘delitos políticos complejos’”<sup>28</sup>.

Ahí mismo ella destaca que en relación a estos presos, además de aplicarse leyes especiales como la de Seguridad del Estado o la de Control de Armas, se han creado “nuevos delitos como el contenido en el art. 268 septies, conocido coloquialmente como ley antibarricadas, y en los arts 449 ter y 449 quater que endurecen penas para delitos contra la propiedad y crean la figura de ‘saqueo’”.

En base a estas modificaciones incorporadas por la Ley 21.208, publicada el 30 de enero de 2020 tras una rápida tramitación y como explícita respuesta al estallido<sup>29</sup>, el 13 de marzo la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 1373-

---

26 Grez, Sergio, *Contribuciones en torno a la revuelta popular (Chile 2019-2020)*, Ignacio Abarca Lizama (compilador), (Editorial Kurü Trewa/Instituto de Estudios Críticos), 2020, p. 121.

27 Y que en rigor había comenzado al menos un año antes, con la aprobación de la Ley de “aula segura”. Ver Cortés, Julio, *La violencia venga de donde venga. Escritos e intervenciones de antes y durante la revolución de octubre*, (Vamos hacia la vida), 2020.

28 Villegas, Myrna, *Comentarios al proyecto de ley que concede indulto general por razones humanitarias a las personas que indica y por los delitos que señala (Boletín N° 13.941-17)*.

29 El Boletín 13090-25, moción de los diputados/as Sabat, Silber, Fuenzalida, Calisto y Walker, señala que “Es ineludible constatar que, desde hace un tiempo y en todo el mundo, se han hecho recurrentes las manifestaciones sociales cruzadas por hechos de violencia, desmanes, grave alteración del orden público y destrucción de la propiedad”, y que “no siendo objeto analizar aquí la causa de este fenómeno social, es relevante hacerse cargo de las herramientas que permiten responder ante hechos como los que se señalan, destacando el valor del orden y de la realidad que nos demuestra que socavarlo o perderlo termina siempre por afectar a los más débiles y desprotegidos”.

2020), a instancias del Ministerio del Interior, dejó en prisión preventiva a una treintena de personas señaladas como “miembros de la Primera Línea”, imputadas por “desorden público” y el nuevo delito relativo a instalación de barricadas. A pesar de que se trataba en general de personas sin antecedentes penales y de que los delitos invocados no tienen señalada pena de crimen, razón por la cual el 7° Juzgado de Garantía de Santiago los había dejado con medidas de firma semanal y prohibición de acercarse a Plaza Italia, la Corte de Santiago los dejó en prisión preventiva atendiendo únicamente a que “hubo alteración de la seguridad y tranquilidad de la población”. El magistrado Daniel Urrutia del 7° JG intentó corregir este exceso sustituyendo de oficio las medidas y fue sancionado por la Corte que además, de manera no contemplada por la legislación procesal penal, dejó sin efecto su resolución<sup>30</sup>.

## 5. El proyecto de indulto general (Boletín 13.941-17)

El “Proyecto de ley que concede indulto general por razones humanitarias a las personas que indica por los delitos que señala” fue presentado el 9 de diciembre de 2020 por los/as senadores/as Allende, Latorre, Muñoz, Navarro y Provoste.

En su fundamentación se tiene en cuenta el contexto del estallido social y de las violaciones de derechos humanos que ocurrieron, señalando que también existieron “actos que revisten características de delito, cometidos por ciudadanos y ciudadanas” que “son punibles desde la perspectiva penal; sin embargo, respecto de estos delitos en el contexto que se indica, se ha vivido un proceso distorsionado por una respuesta estatal desproporcionada seguida de detenciones masivas y la apertura de múltiples procesos penales, abusos y vulneraciones a las garantías procesales de las personas imputadas, lo que ha significado la privación preventiva de la libertad en plazos injustificados que no tomarían lugar en circunstancias de normalidad”.

Así, un elemento central que se destaca como fundamento del indulto, es la vulneración de garantías procesales de las personas detenidas, indicando datos entregados por diversas organizaciones de derechos humanos, el Poder Judicial y la Defensoría Penal Pública, destacando en cuanto al aumento entre los meses de octubre a diciembre de 2019, de un 77,7 por ciento de las detenciones declaradas ilegales por los tribunales de garantía respecto de igual periodo del año 2018.

<sup>30</sup> Actualmente hay una investigación penal en curso en contra de los Ministros de Corte que adoptaron estas medidas, a raíz de una denuncia por prevaricación.

Además, se refieren casos concretos en que se han producido absoluciones judiciales que dan cuenta de la existencia de prueba ilícita, que tal cual se ha denunciado y ha ido quedando comprobado en cada vez más casos, consiste por lo general en actuaciones al filo de la ilegalidad por parte de agentes encubiertos. Todo ello en el contexto de detenciones masivas (más de 28 mil personas sólo entre el 19 de octubre y el 6 de diciembre, según habría indicado el Ministerio de Justicia), y de masivas denuncias de vulneraciones graves de los derechos humanos, incluso en relación a niños, niñas y adolescentes.

De este modo, los delitos imputados “acaecieron en un contexto excepcional desde el retorno a la democracia, que se caracterizó por violaciones graves y masivas a los derechos humanos por parte de fuerzas policiales y militares, por lo que algunas de sus conductas pueden encuadrarse dentro de conceptos tales como el ejercicio legítimo del derecho a la protesta social, así como el derecho a la legítima autodefensa frente a las agresiones masivas y graves del Estado y sus funcionarios contra la población civil”.

Una idea matriz del proyecto dice relación con la condición social de las personas que han sido imputadas y encarceladas en este contexto: gente joven que ha visto permanentemente vulnerados sus derechos sociales y económicos, lo cual sumado al “conjunto de circunstancias que les afectaron hace, a lo menos, cuestionable la exigencia formalista que se formula o reprocha a esos jóvenes por parte del sistema político y judicial, de una conducta ‘socialmente adecuada’”.

Por último, se explicita que este proyecto se enmarca en los conceptos y doctrina de los Derechos Humanos, por lo que “ninguna de las disposiciones de este proyecto de ley puede interpretarse en el sentido de aceptar, de ninguna manera, la posibilidad que Chile debilite o renuncie a su deber internacional de sancionar a los violadores de derechos humanos, cometidos durante el período del denominado “estallido social”, ni mucho menos, a los responsables de los crímenes de lesa humanidad de la dictadura militar de Augusto Pinochet”.

La propuesta que en concreto se hace, en un breve articulado de ocho disposiciones, es la de “indulto general que de manera excepcional y para el caso de las personas beneficiadas que indica, extiende la aplicación de este instrumento jurídico para lograr como efecto la extinción de la responsabilidad penal y la remisión de la pena, cuando corresponda, por los hechos delictivos que se enumeran en su artículo 1° y que hayan sido cometidos en el plazo que se señala, para que no generen responsabilidad alguna, en un sentido similar

al efecto doctrinario atribuido a una amnistía donde se perdona el delito, la pena y sus efectos legales, cuestión jurídicamente viable al tener el indulto jerarquía legal”.

El plazo señalado en el artículo 2 va “desde el 7 de octubre de 2019, hasta el día de la presentación del proyecto de ley que da origen a la presente norma”, es decir el 9 de diciembre de 2020, y los delitos que se incluyen son señalados en el artículo 1, que concede el indulto “a todos quienes, en calidad de autores, cómplices o encubridores, en cualquiera de los grados de desarrollo del delito, hayan incurrido o se encuentren imputados por hechos delictivos consistentes en las figuras” siguientes: artículos 121, 126, 261, 262, 268 sexies, 268 septies, 269, 391 en grado de frustrado, 474 a 481, 484, numerales 1, 6, 7 y 8 del artículo 485, 486 y 487, numerales 1, 4 y 21 del artículo 495, numerales 1 y 5 del artículo 496; y los que queden comprendidos en las figuras del 449 ter, 449 quater y el inciso final del 450 del Código Penal<sup>31</sup>; en el Decreto 400, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley N° 17.798, Sobre Control de Armas, y sus modificaciones; en los artículos 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar, los de la ley N° 12.927 sobre seguridad del Estado, sea que se encuentren o no sometidas a investigación formalizada o desformalizada, imputadas o condenadas.

Además del plazo señalado, debe tratarse, como dispone el artículo 3, de personas imputadas o condenadas “por hechos ocurridos en protestas, manifestaciones o movilizaciones sociales, o con ocasión de ellas”, y “para probar la circunstancia anterior, bastará la prueba indiciaria o cualquier otro medio probatorio”, y la resolución que rechace la solicitud será apelable.

En el caso de que estas personas estén sujetas a alguna medida cautelar privativa o restrictiva de libertad, el artículo 4 estipula que “por el sólo hecho de solicitar su revisión invocando la concurrencia de las condiciones de los artículos 1°, 2° y 3° de la presente ley, éstas serán revocadas en cada caso, hasta que el juez de la causa resuelva sobre la solicitud”, resolución que se señala sería inapelable. Tratándose de personas que ya fueron condenadas, corresponderá al tribunal competente que conoció de la respectiva causa, pronunciarse sobre el cumplimiento de las condiciones, de oficio o a petición de parte.

El artículo 7 excluye del artículo 1 el tipo penal de disparo injustificado (artículo 14 D inciso final de la ley sobre Control de Armas) y los de las letras d) (destrucción y daño de puentes, caminos y otros) y e) (envenenamiento de

31 Se trata básicamente de delitos de alzamiento, atentados contra la autoridad, desórdenes públicos, homicidio frustrado, incendios, daños, saqueo.

aguas o fluidos) del artículo 6° de la ley de Seguridad Interior del Estado. El artículo 8 excluye del indulto general a “miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicas, o funcionarios de cualquiera de los organismos y poderes del Estado a la época de la comisión de los hechos”.

Los autores del proyecto manifiestan su convicción de que esta iniciativa “ayudará a reconciliar a la sociedad y será una contribución a recuperar la normalidad institucional y el correcto funcionamiento del régimen democrático y las garantías procesales, en especial al ingresar a un proceso constituyente que marcará la historia de los próximos decenios”.

## 6. Amnistías e indultos: teoría y práctica

En teoría se supone que la amnistía “borra el delito” y se aplica a personas procesadas o condenadas por delitos políticos, mientras el indulto sólo “borra la pena” y se aplica a personas condenadas por delitos comunes, en la práctica lo que ha predominado es el pragmatismo político, y así es como en Chile se han dictado indistintamente amnistías e indultos por delitos de distinto tipo, incluyendo delitos comunes cometidos en contextos de agitación sociopolítica, y se han aplicado tanto a personas que ya habían sido condenadas como a personas que sólo habían alcanzado a ser procesadas<sup>32</sup>.

En efecto, este recurso se ha empleado sostenidamente a lo largo de la historia de la República de Chile, como lo demuestran Lira y Loveman<sup>33</sup>. La mayoría de las veces buscando asegurar la impunidad de determinados crímenes de agentes del Estado, en contadas ocasiones por razones más bien humanitarias, y para tratar de pacificar un grave conflicto intentando abrir paso a la reconciliación nacional. Entre los años 1925 y 1958 el Estado de Chile dictó al menos 13 leyes de amnistía en relación a diversos delitos políticos y comunes producidos en contextos de gran agitación política y social<sup>34</sup>.

En el caso de la breve “República Socialista” establecida tras derrocar al presidente Montero el 4 de junio de 1932, cuando se intentó juzgar a Marmaduke Grove su abogado Arturo Natho señaló que “el desafuero del senador Sr. Grove es una originalidad de los tribunales chilenos, por cuanto en la Historia de la Jurisprudencia no se conoce el caso de que los Tribunales hayan juzgado

32 Bruna, Guillermo, “La Amnistía en la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 18, N°1, (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile), 1991, pp. 101-113.

33 Lira, Elizabeth y Loveman, Brian, *Leyes de reconciliación en Chile: amnistías, indultos y reparaciones 1819-1999*, (Centro de Investigaciones Diego Barros Arana/Dibam), 2001.

34 Lira, Elisabeth y Loveman, Brian, *Poder judicial y conflictos políticos (Chile: 1925-1958)*, (LOM), 2014.

una revolución triunfante”, las que “no son justiciables por los tribunales, por cuanto ellas crean derecho”<sup>35</sup>. Al ser desaforado por la Corte de Santiago en 1934, por 9 votos contra 7, el voto de minoría señaló que “cuando alguien se alza a mano armada contra el Gobierno legalmente constituido comete el delito que sanciona el artículo 121 del Código Penal pero si triunfa y derroca a aquel Gobierno y asume la soberanía del Estado, desaparece la ilicitud del hecho que pudo ser delictuoso en el momento del alzamiento y que debió castigarse en su oportunidad”, pues “el delito político es distinto en todo y principalmente en sus móviles al delito común” y así, “cuando la infracción que de ordinario constituye el delito político alcanza determinado desarrollo deja de ser infracción y pasa a constituir una nueva voluntad de la Soberanía que queda fuera del alcance del derecho penal”<sup>36</sup>. Finalmente todos los delitos asociados a estos hechos y otros similares ocurridos hasta el 21 de mayo de 1934, fueron amnistiados por la Ley 5.483.

En el caso del intento de golpe de Estado realizado por el Movimiento Nacional Socialista en septiembre de 1938 y que terminó con la masacre del Seguro Obrero, con 70 militantes fusilados por Carabineros tras haberse rendido, los jefes del movimiento fueron condenados a altas penas por rebelión a mano armada, mientras todos los policías fueron sobreseídos temporalmente. Tras el triunfo de Pedro Aguirre Cerda -con los votos del MNS- el 4 de diciembre se indultó a todos los nacistas condenados por estos sucesos. En marzo de 1939 se planteó una acusación constitucional contra Alessandri como responsable de la masacre, pero finalmente se optó por dictar la Ley 6.885 de 1941 que dispuso: “concédese amnistía general a todos los ciudadanos que tuvieron intervención en la represión del movimiento revolucionario del 5 de septiembre de 1938”.

Más cerca de nuestro tiempo, hemos en Chile conocido la autoamnistía que dictó la Junta Militar en 1978, prohibida por el Derecho internacional, y los indultos a “presos políticos” a partir del 11 de marzo de 1990 y posteriormente en el 2004<sup>37</sup>. En España acaba de decretarse un indulto para nueve líderes independentistas catalanes por el intento “separatista” de 2017.

---

35 *Ibíd.*, p. 180.

36 *Ibíd.*, p. 182.

37 Ley 19.965 de 25 de agosto de 2004, para personas privadas de libertad por delitos con móviles políticos cometidos entre 1989 y 1998, concediendo indulto general a quienes hubiesen cumplido diez años de privación de libertad respecto del saldo de penas que les faltaren por cumplir. Como explica Villegas, *op. cit.*: “Cabe hacer notar que en esta ley se estableció indulto general para quienes habían sido condenados por la ley 18.314, sobre conductas terroristas, la ley n°17.798 sobre control de armas, de la ley n°12.927, delitos del Código penal y del Código de Justicia Militar”.

En razón de esta antigua y sostenida práctica es que no tiene nada de anómalo ni “rompe la democracia y la paz social” –como señaló el Ministro de Justicia, Hernán Larraín-, ni tampoco el principio de separación de poderes, el hecho de que la Convención Constitucional en su tercera sesión haya aprobado por una amplia mayoría una declaración que señala que “la violencia que acompañó los hechos de Octubre fue consecuencia de que los poderes constituidos fueron incapaces de abrirnos una oportunidad para crear una Nueva Constitución y hoy que estamos comenzando el trabajo de la Convención deben hacerse cargo de aquello”<sup>38</sup>. Al contrario, al entender que su trabajo está conectado con la acción de miles de cuerpos que se arrojaron intempestivamente a la calle, “sin miedo”, se está evitando ser parte del “espectáculo penoso” que hace un siglo Benjamin denunciaba en “los parlamentos” que “no guardan en su conciencia las fuerzas revolucionarias a las que deben su existencia”<sup>39</sup>.

## 7. Conclusión

La rebelión popular de octubre de 2019 y las consecuencias políticas e institucionales que generó, obligan a hacerse cargo de la situación de las personas que fueron criminalizadas por su participación en la misma, así como de la investigación y sanción de las masivas violaciones de derechos humanos que se cometieron por parte de policías y militares, y la reparación integral a las víctimas de la misma.

Existen suficientes argumentos jurídicos, políticos e históricos para fundamentar la aplicación de una amnistía o un indulto general, en relación tanto a delitos políticos propiamente tales (del Código Penal o de leyes penales especiales) como a los delitos conexos cometidos en el contexto de la revuelta social.

Debe hacerse una diferencia en relación a las violaciones de derechos humanos, que exigen una investigación pronta y sanciones adecuadas y proporcionales a su gravedad, y que en caso de constituir crímenes de lesa humanidad son explícitamente imprescriptibles e inamnistiables.

En esencia se trata de reconocer en la revuelta de octubre el origen del proceso constituyente, asumiendo la significación social y política de la violencia de masas que en ella se expresó, pues tal como expresó Furio Jesi comentando

---

38 Esta declaración de 8 de julio de 2021 demanda dar suma urgencia al Proyecto de Ley sobre indulto general, además de otras medidas sobre reparación integral a las víctimas de la represión, el retiro de las querrelas por Ley de Seguridad del Estado, desmilitarización del Wallmapu e indulto a los presos políticos mapuche a contar el año 2001.

39 Benjamin, Walter, *Para una crítica de la violencia, en: Estética y política*, (Las cuarenta), 2009, p. 47.

la fallida insurrección espartaquista de 1918/9 desde las barricadas de 1968, “toda *revuelta* puede describirse como una suspensión del tiempo histórico”, como “una batalla en la que se elige participar deliberadamente”, y en que “la mayor parte de aquellos que participan (...) eligen comprometer su individualidad en una acción cuyas consecuencias no pueden conocer ni prever”<sup>40</sup>.

En nuestro caso, y con esto culminamos por ahora, lo que podemos constatar es que el 18-O ha sido el momento en que “el Estado subsidiario instaurado por la violencia guzmaniana ha terminado de golpe”, verdadero “triunfo popular” que luego de haber interrumpido el tiempo vacío y homogéneo de la dominación está logrando poner fin a una era que “comenzó igual a como terminó: con militares en las calles”<sup>41</sup>.

---

40 Jesi, Furio, *Spartakus. Simbología de la revuelta*, (Adriana Hidalgo editora), 2014, p. 70.

41 Karmy, Rodrigo, *Eldesconcierto.cl, Momento destituyente, 26 de octubre de 2019. Incluido en su El porvenir se hereda: fragmentos de un Chile sublevado*, (Sangría Editora), 2019, p. 60.



# REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD COMO MECANISMO INIDÓNEO DE CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD. EL CASO JIBIA Y SUS ALCANCES.

Carlos Cáceres Burgos<sup>1</sup>

*“La jibia es un fruto del mar que gastronómicamente es muy versátil y permite hacer grandes platos. Por favor lúzcanla y dejen de tratarla como disfraz, no la vendan por anillos de calamar ni tampoco vendan por chupe de locos...”<sup>2</sup>*

## Resumen

El presente artículo revisa la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Jibia desde varios puntos de vista: (i) la naturaleza de un requerimiento de inaplicabilidad y los efectos generales o perjudiciales que puede aparejar en relación a terceros ajenos a la gestión pendiente; (ii) las autorizaciones de pesca y la aplicación de la ley en el tiempo; (iii) ¿Se ataca una actuación administrativa o en realidad atacar al legislador?; y (iv) la congruencia entre la gestión pendiente y el requerimiento de inaplicabilidad.

Se sostiene que el efecto relativo de un contencioso de inaplicabilidad es más bien teórico, requiriéndose regular o resguardar los intereses de terceros y que en muchos casos la acción ejercida ante el Tribunal Constitucional es en realidad un control abstracto de constitucionalidad dirigido al legislador, bajo el ropaje de atacar a la administración, que constituye en sí mismo el beneficio jurídico al que aspira el litigante, desvinculado de la gestión pendiente.

## 1. La ley N° 21.134 y qué pretendía abordar

El 16 de febrero del año 2019, se publicó la Ley N° 21.134 que “*Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, con el objeto de regular la captura de la jibia*”<sup>3</sup>. Su artículo único incorporó en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 430, que

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Chile, socio del estudio de litigación Cáceres y Cáceres, y profesor en el curso de post título de actualización en la Litigación pública económica, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, carlos@caceresycaeres.cl.

<sup>2</sup> Rodrigo Pica Flores, Ministro titular del Tribunal Constitucional.

<sup>3</sup> La jibia es un calamar rojo o molusco cefalópodo, “cuyo tamaño máximo puede alcanzar de 115 a 150 cm de longitud, pudiendo llegar a pesar entre 30 y 50 kgs. Y su longevidad no supera los 2 años.” (Considerando vigésimo cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 8614-2020).

fija el texto refundido de la Ley General de Pesca y Acuicultura (en adelante LGPA), un nuevo inciso del siguiente tenor:

*“La especie *Dosidicus gigas* o jibia sólo podrá ser extraída utilizando potera o línea de mano como aparejo de pesca. Se prohíbe cualquier otro tipo de arte o aparejo de pesca. Los armadores que infrinjan el presente artículo serán sancionados con multa de 500 unidades tributarias mensuales y el comiso de las especies hidrobiológicas y de los productos derivados de éstas.”*

A su vez, la referida reforma contempló un artículo transitorio, que pospuso su entrada en vigencia para seis meses después de su publicación.

Fue tal modificación la que se ha denominado comúnmente como Ley de la Jibia, cuya tramitación se inició en el año 2014 por moción parlamentaria<sup>4</sup>, la que en definitiva prohibió la pesca de arrastre en lo concerniente al recurso jibia, permitiendo únicamente la utilización de potera o línea de mano. La potera es un método de captura consistente en un grupo de anzuelos que están unidos entre sí, que en el caso de la Jibia utiliza un número considerable de anzuelos, que pueden soportar ejemplares de alrededor de 50 kilos<sup>5</sup>. Se caracteriza por su elevada selectividad, que limita la captura de especímenes jóvenes, resguardando en mejor medida la sustentabilidad del recurso. En Chile tal método ha sido utilizado comúnmente por los pescadores artesanales, sin perjuicio que es empleado por la industria pesquera en Japón, Perú<sup>6</sup>, México y China, específicamente respecto del recurso jibia.

De acuerdo a la historia fidedigna de la Ley, en concordancia con el anhelo manifestado por el actual gobierno de prohibir en un 98% del territorio marítimo nacional la pesca de arrastre, el motivo fundante de restringir dicho arte de pesca consistió en asegurar la captura sustentable de los recursos pesqueros y que se incentiven métodos de pesca selectivos, en tanto el arrastre presenta índices de selectividad mucho menores y de descarte mucho mayores respectivamente, que la potera o línea de mano como arte y/o aparejo de pesca.<sup>7</sup>

4 Ver Boletín N° 9489-21, iniciado por moción de los señores diputados don Daniel Núñez y don Víctor Torres.

5 [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl), El aparejo de pesca potera y la captura de jibia, 29 de diciembre de 2017.

6 [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl), El aparejo de pesca potera y la captura de jibia, 29 de diciembre de 2017.

7 En el segundo trámite constitucional ante la cámara alta, la senadora Ximena Rincón expresó que: “la ciencia establece que la pesca de arrastre no discrimina respecto del tamaño de la jibia, arrastrando tanto a las

Importante es destacar que, como era de esperarse, la industria pesquera nacional de la jibia no tuvo precisamente una buena recepción de la modificación legislativa propuesta, participando activamente en su tramitación arguyendo la imposibilidad de adaptar sus naves al mecanismo de pesca que pretendía instaurarse (pese a la experiencia internacional), sin perjuicio de otros supuestos vicios que advirtieron en su tramitación<sup>8</sup>, previendo una gran cantidad de trabajadores cesantes.

Finalmente, la nueva normativa fue aprobada transversalmente por el Congreso Nacional cumpliendo estrictamente con el proceso de formación de una ley de quórum calificado, quedando meridianamente claro que la ley se aplicaría inmediatamente a todos, transcurrido los seis meses de vacancia legal, es decir *in actum*.

## 2. El denominado recurso de aclaración y su utilización para iniciar un proceso jurisdiccional, vía recurso de protección, que termina en el Tribunal Constitucional

Entre tales industrias pesqueras, Sociedad Pesquera Landes S.A. (en adelante Landes), una vez entrada en vigencia la nueva normativa, estimó conducente a sus derechos requerir dos certificados para la transferencia de las naves de su propiedad (Surmar I y Don Enrique), al amparo del artículo 23 de la LGPA<sup>9</sup>. La autoridad administrativa (Subsecretario de Pesca y Acuicultura), como era su deber, emitió los certificados respectivos, dejando constancia que “*Respecto del recurso Jibia*”, debía “*dar cumplimiento a la regulación contenida en la Ley 21.134*”.

---

*adultas como a las de talla mínima, mientras que la potera o línea de mano siempre logra mayor selectividad. En cuanto a la calidad del recurso capturado, la potera y la línea de mano permiten extraer jibia mas integra, sin desgarros o notorias mermas físicas y, por ende, de mayor calidad. El arrastre y el cerco, en cambio, capturan gran cantidad de recursos, que se despedazan al chocar y aplastarse entre si.”*

8 Afirmaron por ejemplo, que la prohibición del arrastre era de competencia de la autoridad administrativa y no del legislador.

9 Artículo 23.- *Las autorizaciones de pesca vigentes, que facultan a sus titulares para desarrollar actividades pesqueras extractivas, en unidades de pesquerías declaradas en estado de plena explotación y sometidas a dicho régimen de administración, serán transferibles con la nave, en lo que concierne a dichas unidades de pesquerías, e indivisibles.*

*La Subsecretaría otorgará para estos efectos un certificado que acredite: la individualización del armador industrial titular de la autorización; las características básicas de la nave y la individualización de la o las unidades de pesquería sobre las cuales podrá operar. Estos certificados serán otorgados a petición del titular. Tendrán una duración indefinida mientras se mantenga la vigencia del régimen de plena explotación y no se vean afectados por las causales de caducidad, en que pueden incurrir los titulares de las autorizaciones que fundamentan el otorgamiento de estos certificados.”*

La emisión de tales actos administrativos motivó a su vez que Landes requiriera a la autoridad al amparo del artículo 62 de la Ley 19.880, la aclaración de los mismos respecto a si la “*regulación sobreviniente relativa al recurso jibia contenida en la ley N° 21.134*”, era o no aplicable a las autorizaciones de pesca de que era titular.

Pues bien, empero que resulta difícil concebir la existencia de puntos dudosos u oscuros en los certificados cuya aclaración se solicitó, el Subsecretario de Pesca y Acuicultura procedió a dictar la resolución exenta 3651, cuyo objeto fue “*Aclara certificados de transferencia que indica*”, que en lo esencial dilucidó que “*el ejercicio de las actividades pesqueras, tanto para la flota industrial como artesanal quedó sometida, a partir de la entrada en vigencia de la Ley, a una nueva medida de administración, por lo cual la única manera lícita de capturar el recurso jibia es utilizando potera o línea de mano...*”.

Frente a tal acto administrativo Landes interpuso un recurso de protección (Corte de Apelaciones de Valparaíso, Causa Rol 42.027-2019), sosteniendo en lo que interesa que “Subpesca”: (i) al dictar el acto aclaratorio vulneró o afectó las autorizaciones de pesca de la recurrente al aplicar retroactivamente la Ley N° 21.134; (ii) trasgrediendo sus derechos adquiridos o situación jurídica consolidada; (iii) mediante una interpretación extensiva y retroactiva de la modificación legal descrita; (iv) lo que devendría en una afectación a las garantías constitucionales establecidas en los artículos 19 N° 21 y 24 de la Carta Fundamental.

El Tribunal de alzada porteño desestimó el recurso de protección, por considerar que se pretendía que la Corte reinterpretara “*el alcance de una norma legal contenida en el artículo único de la Ley N° 21.134, con el objeto de conseguir la autorización para capturar el recurso jibia mediante pesca de arrastre, lo que fue restringido por la norma en comento.*”<sup>10</sup> y paralelamente, en la misma data, Landes compareció ante el Tribunal Constitucional requiriendo la inaplicación del inciso tercero del artículo quinto de la LGPA introducido por la Ley N° 21.134, en la referida gestión pendiente, dando origen a la causa Rol N° 8614-2020-INA, que es la jurisdicción a la que evidentemente se pretendía arribar.

---

10 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 42.027-2019, 14-04-2020, C° 2.

### 3. Requerimiento de inaplicabilidad destinado a efectuar un control abstracto de la legislación. ¿Qué pasa con los terceros? ¿Efectos particulares de la gestión pendiente que en realidad suponen efectos en todo el territorio de la república?

Sin adentrarnos por ahora a los efectos de la acción de inaplicabilidad frente a la actuación de la administración del Estado que es previa a la gestión pendiente (en este caso una mera “aclaración”), esta pretensión constitucional ha sido conceptualizada como un control concreto, cuyos efectos han de radicarse en la gestión pendiente, respecto de la cual en caso de ser acogida desaparece la disposición legal que, confrontada con la Carta Fundamental, produce efectos inconstitucionales en el caso respectivo. Es tal la naturaleza que surgiría del art. 93 N° 6 de la Constitución, y los arts. 31 N° 6 y 81 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante TC), que se encamina a realizar un “control concreto” y no “abstracto” de constitucionalidad<sup>11</sup>.

El control concreto se encontraría incardinado no sólo en los efectos *inter partes* de la sentencia que se pronuncie sobre la inaplicabilidad, sino que sobre las consecuencias inconstitucionales de aplicar la disposición legal a los hechos discutidos en la gestión pendiente.<sup>12</sup> La inaplicabilidad en consecuencia, importaría “reconocer la capital relevancia de los aspectos de hecho de la gestión pendiente”<sup>13</sup>, a lo que cabría agregar que esta última ponderación debiese efectuarse a la luz de la naturaleza de la acción deducida en el litigio *sublite* y sus presupuestos, en este caso, un recurso de protección.

No es con todo, un análisis concreto de la posición subjetiva del requirente frente a una determinada disposición legal, sino que una ponderación de tal posición subjetiva en el contencioso pendiente, lo que importa efectuar un análisis de la naturaleza de lo discutido por los jueces del fondo.

Tal conceptualización empero, debe ser matizada en la práctica, sin perjuicio de dejar asentado desde luego que es paradójico que se le exija al TC efectuar un análisis en concreto respecto de la gestión pendiente, mas abstracto respecto de la resolución del fondo del asunto.

11 Couso Salas, Javier y Coddou MacManus, Alberto, “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”, en *Estudios Constitucionales*, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca), 2010, p. 397.

12 Fermandois Vöhringer, Arturo, “Inaplicabilidad y Control Concreto del Tribunal Constitucional: Enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley”, *Presentación Universidad del Desarrollo*, 4 de julio de 2007.

13 Soto Delgado, Pablo, “Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revista un acto administrativo. El tribunal Constitucional como contencioso de multas en el Caso Cascada”, *Anuario de Derecho Público UDP*, 2017, p. 298.

En efecto, lo que interesa destacar aquí es que como acontece con el caso Jibia, la propia naturaleza o alcance de la gestión pendiente (un recurso de protección sobre la supuesta aplicación retroactiva de la Ley 21.134), plantea en sí un conflicto de constitucionalidad de carácter abstracto, que sirve de vehículo para efectuar a posteriori ante el TC, un control de constitucionalidad genérico y/o con efectos que inciden en una actividad económica cuyas consecuencias perniciosas en la sustentabilidad de un recurso determinado, afectan al medio ambiente en su conjunto y por cierto a los otros actores de la pesquería de la Jibia, industriales o artesanales.

Dicho de otra manera, la gestión pendiente versaba sobre la constitucionalidad de la aplicación de la Ley 21.134 a Landes, sin perjuicio de plantearse a priori como un contencioso administrativo dirigido en contra de un mero acto aclaratorio, que en principio debiese tener efectos particulares. ¿Será cierto?

Sobre este particular y según lo expresa Landes<sup>14</sup>, las naves Surmar I y Don Enrique, representan un 27% de la cuota industrial para la pesca de la jibia, por lo que indubitadamente la inaplicación a su respecto de la Ley 21.134, y consiguientemente, la posibilidad de que continuara empleando el método de arrastre, incidía de manera significativa en el recurso Jibia y en la sustentabilidad que motivó su dictación.

De esta manera, lo que se plantea es no sólo la perniciosa desnaturalización de la acción de inaplicabilidad en cuanto a devenir en una pretensión de contraste abstracta y general con la Constitución –a la que han contribuido muchos litigantes-, sino que a reconocer el radical efecto *erga omnes* que puede producir, que exige relativizar o revisar a lo menos su supuesta naturaleza exclusivamente particular o radicada en la gestión pendiente, y de este modo, comprender dentro del análisis fáctico de los hechos en la gestión pendiente, los eventuales intereses de terceros que puedan verse preteridos o afectados –que no sean partes en la gestión pendiente-, o bien la virtual abrogación de la causa eficiente del cambio normativo: resguardar la sustentabilidad del recurso.

No por nada, para el Ministro Colombo, los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional debían ser siempre *erga omnes*, por una cuestión de igualdad ante la ley<sup>15</sup>. Sostengo que tal anhelo no está muy lejos de ser cierto

14 Catepillan Tessi, Jorge, “Impacto económico de la Ley nro. 21.134 en Sociedad Pesquera Landes”, informe presentado en la causa Rol N° 8614-2020-INA del Tribunal Constitucional el 8 de julio de 2020.

15 Couso Salas, Javier y Coddou MacManus, Alberto, “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”, en Estudios Constitucionales, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca), 2010, p. 401.

respecto de la inaplicabilidad, con los consiguientes beneficios o pérdidas que ello importa para el interés público y los otros actores del sector económico de que se trate.

Conveniente sería a este respecto que el legislador o bien el propio Tribunal Constitucional, regulara la comparecencia de terceros y/o estableciera la posibilidad de que el Tribunal pidiera informes a aquellos que de manera prístina tengan interés en el resultado del contencioso constitucional de inaplicabilidad (distintos de cualquier poder, órgano público o autoridad, organización y movimiento o partido político), que por diversas razones pueden no ser partes en la gestión pendiente. El interés que puede exigirse respecto de este último puede no ser coincidente con la legitimación en el conflicto constitucional de inaplicabilidad, cuyos alcances exceden a lo meramente particular, aunque se insista en lo contrario.

En lugar de ello, la Ley Orgánica Constitucional del TC, en su artículo 44 excluye o bien no regula la intervención de terceros<sup>16</sup> distintos a las partes de la gestión pendiente, exigiendo sí poner en conocimiento el requerimiento de la Cámara de Diputados, del Senado y del Presidente de la República. Los órganos mencionados, si lo estiman pertinente, pueden formular observaciones y presentar antecedentes, sea en defensa del ejercicio de sus potestades, sea en defensa del orden jurídico vigente. El emplazamiento de tales órganos “*constitucionales interesados*” revela a su turno que es muy discutible que estemos propiamente ante un conflicto con alcances estrictamente concretos o particulares. De otro modo no se explica que puedan comparecer en defensa del orden jurídico vigente.

En la especie, el TC permitió la comparecencia de terceros como partes interesadas (armadores artesanales autorizados para capturar jibia de la región de Valparaíso, el Maule y Bio-Bio), al amparo del art. 37 de su Ley Orgánica, norma que faculta al Tribunal a decretar las medidas que estime del caso tendientes a la adecuada resolución del asunto, disposición legal que permitiría resolver el vacío al cual nos hemos referido, empero sigue siendo una norma meramente facultativa para el Tribunal, sujeta al particular criterio del pleno, cuyo resultado es altamente imprevisible.<sup>17</sup>

16 Así por ejemplo en la causa Rol 7442-2019 INA del TC, frente a la comparecencia de un tercero, se resolvió que: “A fojas 563, a lo principal, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 44, inciso tercero, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, no ha lugar, sin perjuicio de tenerse por acompañados los documentos signados al cuarto otrosí; al resto de los otrosíes, estese a lo resuelto.”.

17 En el caso Jibia, sin ir mas lejos, por resolución de fecha 18 de junio de 2020, frente a la solicitud de decretar audiencia pública, se resolvió que: “A fojas 685, a lo principal, teniendo presente que en estos autos

Necesario es destacar además que el auto acordado sobre “*Normas sobre lobby, registros públicos con fines de transparencia, imparcialidad, independencia y publicidad.*” de 30 de diciembre de 2014, contempla la intervención de terceros ajenos al litigio, pero su intervención no les otorga la calidad de partes (carecen entonces de la facultad de pedir) y se limita únicamente: a) Audiencia pública. El Tribunal decretará audiencia pública en aquellos casos en que, conforme al artículo 37 de su Ley Orgánica, lo estime necesario para una mejor resolución del asunto. Procederá fijar audiencia pública, especialmente, en los casos del artículo 93, N°s 7° y 16°, de la Constitución Política de la República; y b) Presentación escrita.

En suma, sea porque el beneficio jurídico último del litigante/requirente (en la gestión pendiente y ante el TC) es la inaplicación del precepto legal que estima agravante (en concreto y con efecto *erga omnes* para el litoral chileno), sea porque la conceptualización particular y en concreto de la inaplicabilidad no es estrictamente cierta, el interés público “*en perspectiva ambiental*” y de determinados terceros debe ser resguardado, de modo de dar a la contienda constitucional, validez y legitimidad, como afortunadamente aconteció respecto del caso jibia.

## 4. Sentencia del Tribunal Constitucional

### 4.1. El requerimiento

Landes, como se ha dicho, presentó una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que impugna la aplicación del artículo 5°, inciso tercero, del Decreto Supremo N° 430, de 1992, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, introducido por la Ley N° 21.134, a la gestión pendiente ventilada ante la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso bajo el Rol N° 42.027-2019.

En el referido recurso de protección, como afirmó la requirente ante el TC, “*busca el restablecimiento de los derechos de Pesquera Landes consagrados en los numerales 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución, trasgredidos por la RE 3651, en tanto esta busca dar una aplicación in actum y por tanto retroactiva de la Ley N°*

---

*se sustancia una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que, por su especial naturaleza jurídica, incide en una concreta gestión pendiente, no ha lugar, sin perjuicio de eventuales presentaciones escritas que puedan ser acompañadas al proceso; al otrosí, estese a lo resuelto. Acordado con el voto en contra de los Ministros señor Nelson Pozo Silva, y señora María Pía Silva Gallinato, quienes estuvieron por conceder la audiencia solicitada, en atención a la relevancia pública del conflicto constitucional sometido a la resolución de este Tribunal.”*



21.134 respecto de las autorizaciones que se encontraban vigentes y en ejercicio para la fecha en que dicho cuerpo legal entró en vigor...”<sup>18</sup>. Arguye que “el empleo concreto de la Ley N° 21.134 es lo que impediría el ejercicio de la actividad económica de esta parte”, lo que resultaría decisivo en la gestión pendiente.

En lo que concierne al requerimiento propiamente tal, la actora argumentó –coincidentalmente- que la “aplicación” que Subpesca ha hecho de la Ley 21.134, resulta ilegítima “atendida su retroactividad y completa desproporción”, lo que le restaría eficacia a las autorizaciones de pesca de la cual era titular y en consecuencia le impediría el ejercicio de la actividad económica, vulnerándose así los numerales 21, 24 y 26 del artículo 19 de la Carta Magna.

Señala Landes, que se estaría vulnerando el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución Política, por cuanto mediante una regulación, se esta impidiendo el ejercicio de la actividad económica regulada, en este caso la pesca de arrastre de jibia, haciendo inviable financieramente la referida actividad para la cual Landes contaba con las autorizaciones pertinentes. La pesca industrial con potera de jibia y su rendimiento de captura sería “bajísimo”, ya que “con barcos poteros no factoría es factible extraer entre 10 y 15 toneladas de jibia diariamente; un volumen escaso que imposibilita rentabilizar su zarpe.”<sup>19</sup>

A su vez, a juicio de la requirente, las autorizaciones de pesca obtenidas con anterioridad a la Ley N° 21.134, la habrían habilitado para realizar una actividad cuyo acceso se encuentra restringido a la mayoría de las personas, razón por la cual la exigencia de Subpesca en razón de la aplicación de la norma atacada de inaplicabilidad, habría afectado su derecho de dominio sobre las autorizaciones de pesca (que califica de bienes incorporeales) que son en definitiva títulos habilitantes respecto de los cuales se le ha impedido el uso y goce. Agregó que la “amplísima e ilegítima aplicación del Precepto legal impugnado” le impediría a Landes “el ejercicio del derecho real de explotación que le conceden sus autorizaciones de pesca de las que es titular y que fueron conferidas por esa misma autoridad.”<sup>20</sup>

18 Sociedad Pesquera Landes S.A., Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Constitucional el 14 de abril de 2020, bajo el Rol 8614-2020, p. 5.

19 Sociedad Pesquera Landes S.A., Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Constitucional el 14 de abril de 2020, bajo el Rol 8614-2020, p. 21.

20 Sociedad Pesquera Landes S.A., Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Constitucional el 14 de abril de 2020, bajo el Rol 8614-2020, ps. 23-24.

#### 4.2. El fallo de mayoría que desestimó la inaplicabilidad

El 12 de noviembre de 2020 se pronunció la sentencia del caso Jibia (Rol 8614-2020), desestimándose el requerimiento por 8 votos<sup>21</sup> contra 2, consiguéndose prevenciones de los Ministros señores Aróstica, Romero y Pica. El voto de mayoría parte por anunciar que efectuará “*algunas precisiones previas a antecedentes doctrinarios y principios que les servirán como pautas interpretativas*” para arribar a la resolución del conflicto constitucional, que divide en: I) Dominio público sobre el mar y potestades sobre los recursos hidrobiológicos; II) Deber del Estado de preservar la naturaleza como directriz constitucional sobre el legislador; III) Necesidad de Conservar los recursos hidrobiológicos y libertad de pesca; IV) Características de la Jibia. Estado de Explotación y forma de extracción en Chile; V) Antecedentes de la historia de la ley N° 21.134; y VI) Las autorizaciones de pesca.<sup>22</sup>

En cuanto a lo primero, después de establecer el dominio publico marino y la soberanía que ejerce el Estado sobre las especies hidrobiológicas, concluye que es su potestad la regulación de la actividad pesquera y de normar la explotación, explotación, conservación y administración de tales recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas en todos los espacios marítimos. Luego, postula el deber estatal de tutelar la preservación de la naturaleza, invocando el artículo 19 numero 8 de la Carta Fundamental, trayendo a colación los principios de desarrollo sustentable y precautorio, destacando que “*la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*”<sup>23</sup>.

Enseguida, los sentenciadores de mayoría delimitan la controversia en cuanto razonan que la pesca es una forma de ocupación de las especies que se hallan en el mar calificándolas de *res nullius*, esto es, aquellas que carecen de dueño y pueden ser adquiridas mediante el referido modo de adquirir el dominio. Citan al efecto a doña Jessica Fuentes Olmos que define la pesca como “*la actividad mediante la cual opera jurídicamente el modo de adquirir el dominio, ocupación, sobre los recursos hidrobiológicos, entendiendo por tales, todos*

21 Por rechazar el requerimiento estuvieron las Ministras señora María Luisa Brahm Barril y doña María Pía Silva Gallinato (redactora de la sentencia) y los Ministros don Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, don Rodrigo Pica Flores; y por acogerlo, los Ministros señores Cristian Letelier Aguilar y Miguel Ángel Fernández González.

22 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 5.

23 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 14.

aquellos que viven en el medio acuático con prescindencia de la actividad hombre”.<sup>24</sup> Frente a tal naturaleza jurídica destacan que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad” (numeral 24 del art. 19 de la Constitución Política de la Republica), y que “Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición de algunos bienes”, que es precisamente lo que acontece con la Ley General de Pesca y Acuicultura, en tanto establece limitaciones respecto “a la cantidad y tipo de recurso que pueden ser extraídos y a su forma de extracción, además de imponer requisitos a quienes se dedican a la actividad de pesca artesanal o industrial, por cuanto deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional, correspondiente y contar con la debida autorización administrativa. Tales limitaciones buscan la “conservación” de tales recursos, es decir, como dice la propia LGPA, el “uso presente y futuro, racional, eficaz y eficiente de los recursos naturales y su ambiente” (numeral 13 del art. 2°), aplicando el legislador al efecto especialmente los ya referidos principios de desarrollo sustentable y precautorio.”<sup>25</sup>

Importante es destacar que en razón de tales premisas el fallo sitúa la relación de dominio en el lugar correcto, esto es que “el derecho a la propiedad asegurado por el constituyente no recae directamente sobre los recursos marinos, ya que el ejercicio de tal derecho está subordinado, en materia de pesca, al régimen que determine la ley. El precepto constitucional entonces no crea, por sí solo, un beneficio sobre los recursos hidrobiológicos, puesto que, si el legislador está autorizado por el N° 23 del mismo artículo 19 a disponer el régimen de adquisición de los bienes, el derecho a la propiedad se precisa en el de adquirirlos de acuerdo con las bases consagradas por el mismo legislador.”<sup>26</sup> Dicho de otra manera, la relación dominical con la Jibia surge con la captura del recurso hidrobiológico (ocupación), mas no con la autorización para efectuar la captura. La autorización no otorga un derecho adquirido o genera un vinculo de propiedad con el recurso hidrobiológico.

Unido a lo anterior, y citando la sentencia Rol 4074-2017 del TC, el fallo de mayoría determina que la finalidad de la Ley General de Pesca y Acuicultura es coherente con la obligación del estado de tutelar la preservación de la naturaleza, comprendida dentro del precepto que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 numero 8 de la Constitución), destacando que el medio ambiente “no puede

24 Fuentes Olmos, Jessica, “Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso No 38, 2012, p. 551.

25 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 16.

26 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 17.

*ser comprendido como un objeto singular y de interés privado, sino que es eminentemente comunitario o colectivo...”<sup>27</sup>.*

En lo concerniente a las características de la Jibia, estado de explotación y forma de extracción en el país, los sentenciadores de mayoría establecen: (i) que se suspendió la inscripción en el registro pesquero artesanal por haber alcanzado el “*estado de plena explotación*”, lo cual supone que “*su punto biológico esta en o cerca de su rendimiento máximo sostenible*”; (ii) que las embarcaciones artesanales utilizan la potera o línea de mano y los industriales redes de arrastre de media agua; (iii) que la potera o línea de mano, desde el punto de vista de la sustentabilidad de la pesquería, es altamente selectiva y con bajo impacto en la mortalidad por pesca del recurso; y (iv) que el arrastre de media agua es un arte que tiene una baja selectividad, dado que la red puede captar también otros recursos pesqueros demersales y, por lo tanto, tiene un fuerte impacto en la mortalidad por pesca de este recurso.<sup>28</sup>

Posteriormente se hace una relación sobre la historia de la Ley 21.134 y siguiendo la doctrina administrativista nacional, el voto de mayoría indica que la autorización de pesca es “*un acto administrativo que no crea un derecho o facultad para el individuo sino que actúa levantando un obstáculo que existía para el ejercicio de una libertad o derecho que ya es reconocido por el ordenamiento jurídico, pero para el cual el propio ordenamiento ha previsto la necesidad de ejercer un control previo. Esto se funda en lo señalado en el capítulo III (de la LGPA), en cuanto la autorización de pesca se basa en el establecimiento de un requisito necesario para el ejercicio de la libertad de adquirir el dominio de los recursos hidrobiológicos*” (Fuentes, J., *ob. cit.*, p. 557).<sup>29</sup>

En virtud de tales antecedentes fácticos y jurídicos, el TC se pronuncia sobre la infracción al derecho de propiedad que postula el requerimiento, debiendo recordarse que Landes afirma que la nueva regulación afecta su derecho de propiedad sobre las autorizaciones de pesca –cosas incorporales-, que en definitiva le concederían un derecho real de explotación, en cuanto la autorizarían para explotar la pesquería de la jibia mediante el método de captura de arrastre. A este respecto es de advertir que la concepción sobre el derecho de dominio que hace valer la accionante, es algo más que la “*propietarización de los derechos*” o lo que se ha denominado como “*concepción extendida*

27 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 22.

28 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 23, 24, 25 y 26.

29 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 31.

*del derecho de propiedad*”, en cuanto a sostener que cualquier situación que genere un contenido patrimonial o económico se encontraría amparada por el derecho de dominio.<sup>30</sup>

En efecto, a partir de la apropiación o vínculo dominical que se esgrime respecto de una cosa incorporal, se intenta instaurar un derecho distinto, ya no vinculado a la mera autorización sino que real y directamente sobre la cosa -pesquería de la jibia-, que abarcaría el derecho a explotarla mediante un arte o técnica determinada: el arrastre.

Pues bien, el TC descarta la conculcación al derecho de dominio que denuncia la requirente, iniciando su argumentación en relación a la inexistencia de todo derecho de dominio sobre las normas<sup>31</sup>, para posteriormente referirse a las autorizaciones en general y a las autorizaciones de pesca en particular, concluyendo que estas no otorgan nuevos derechos, sino que se limitan a remover un obstáculo para el ejercicio de una facultad (la libre apropiación de los recursos hidrobiológicos), cuyas consecuencias económicas que pueden presentarse en un tiempo o contexto determinado, no son más que un interés que sólo puede ser calificado de privilegio fáctico, citando el informe en derecho “Expropiaciones directas y desregulatorias y reforma regulatoria pesquera. Centro de Regulación y Competencia.” de don Santiago Montt Oyarzún, paginas 25 y 26<sup>32</sup>.

Agrega, creemos refiriéndose al presunto derecho real de explotación, que *“la autorización de pesca de que es titular Pesquera Landes no le garantiza la existencia de jibia, como dispone el artículo 31 de la LGPA, ya que, al tratarse de un recurso vivo y por ser res nullius, su disponibilidad en el mar y su acceso dependen de un sinnúmero de variables, entre las que se encuentra no solo factores naturales sino de su nivel de explotación”*<sup>33</sup>, consignando además que no se encuentra en entredicho la propiedad que tiene la requirente sobre las naves, las utilidades que haya obtenido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley e incluso, sobre las autorizaciones de que es titular.

En adición a lo expuesto, los sentenciadores de mayoría tienen en consideración que las reglas que dicen relación con determinados artes o aparejos de pesca rigen *in actum*, en concordancia con el principio precautorio y de sustentabilidad que propugna la Ley de Pesca, pudiendo la requirente continuar

30 Guilloff Titium, Matías, “La propiedad y la tensión entre cambio y estabilidad: reflexiones para una constitución sustentable”, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, 2021, p.296.

31 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 34 y 35.

32 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 37.

33 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 39.

con su giro, e incluso obtener ganancias, sólo que bajo condiciones distintas<sup>34</sup>. Siendo así, el legislador puede “*modificar las condiciones establecidas en la respectiva habilitación si cambian las normas que indican los términos bajo los cuales se otorgan*”, lo que habrá de fundarse en una “*variación del estado de conservación del recurso hidrobiológico a que se refieran...*”.<sup>35</sup> En suma, la disposición legal que impugna la requirente correspondería a un asunto “*de política pública*”, habiendo optado “*el legislador democrático*”<sup>36</sup> por el empleo de un determinado arte de pesca para capturar la Jibia, generando efectos en el ámbito medio ambiental, como también económicos, incidiendo en el mercado de la Jibia, materias estas últimas que excederían la competencia del Tribunal. Como colofón afirman haber arribado a la convicción que la norma cuestionada no afecta el derecho de propiedad.

Hasta el momento, se advierte que el TC ha efectuado un análisis muy fundado –correcto en nuestra perspectiva-, mas eminentemente abstracto, incorporando consideraciones de interés público y generales, que se condicionen -en realidad- con el planteamiento jurídico de tal carácter que funda el requerimiento.

Tal ponderación desvinculada de la gestión pendiente permanece cuando el TC se aboca a pronunciarse sobre la supuesta infracción al derecho a desarrollar actividades económicas. En efecto, si bien efectúa consideraciones particulares sobre el giro económico de la requirente, el control no aspira a correlacionar la impugnación con los antecedentes fácticos del contencioso de protección que motiva el requerimiento. Y no lo hace, por cuanto en su origen el conflicto constitucional planteado es un contraste entre el precepto legal y la Constitución, referido a Landes, pero no a su recurso de protección.

En tal escenario, el voto de mayoría efectúa un análisis de proporcionalidad de la nueva normativa, en cuanto el fin perseguido “*sea idóneo, las medidas necesarias y debe existir proporcionalidad en sentido estricto entre las medidas y*

---

34 El fallo cita la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, ratificada por la Corte Suprema, que al efecto sostuvo: “*Que, todavía más en esta materia y como modo de proteger el entorno marino, debe tenerse en especial consideración que restricciones posteriores en cuanto al empleo de artes o aparejos de pesca, hechas por la autoridad del ramo y que afectan a autorizaciones dadas con anterioridad a empresas pesqueras para utilizar distintas artes o aparejos de pesca, como es el caso de la recurrente Pesquera Bio-Bio S.A., autorizada para capturar especies que indica utilizando red de cerco y red de arrastre, se aplican de inmediato, por cuanto el espíritu general de la legislación es que el ejercicio de los derechos se rigen siempre por la norma jurídica posterior –in actum-*”. (Corte de Valparaíso, recurso de Protección Causa Rol 697-2000)

35 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 38.

36 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 40.

los fines”<sup>37</sup>. Postula al efecto que en cuanto “a la racionalidad e idoneidad del fin perseguido, debe tenerse presente que la regulación del medio empleado para capturar la jibia persigue su desarrollo sustentable, lo cual, a su vez, dice relación con el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza contemplado en el art. 19 N° 8 de la Carta Fundamental. Si el requisito que impuso la ley N° 21.134 para adquirir el dominio de tal recurso busca su conservación y sustentabilidad, la limitación encuentra su fundamento en una exigencia de interés nacional, ajustándose así a lo que dispone el inciso segundo del art. 19 N° 23 constitucional, lo cual explica que el legislador confiriera a la ley carácter de quórum calificado.”<sup>38</sup> En tal sentido, argumenta que en la tramitación de la Ley existió un alto consenso respecto de que el arte de pesca de la línea de mano y aparejo potera es altamente selectivo, mientras la pesca por arrastre de la jibia no reúne esas características al capturar fauna acompañante.

Por otra parte, considera que entre las medidas que el legislador podría haber adoptado, eligió una que permite a los armadores industriales seguir empleando el arrastre para capturar otras especies, destacando además que el cambio regulatorio no fue abrupto ni menos radical. Subraya que la Ley 21.134 incorporó un artículo transitorio destinado a que los pescadores industriales pudiesen adaptar sus naves a los nuevos aparejos de pesca, lo que unido al tiempo que duró la tramitación legislativa -5 años-, permite concluir que se ha otorgado un tiempo suficiente “a quienes emplean la red de arrastre, sea de fondo o de media agua, como arte o aparejo de pesca, para comenzar a cambiarla por la potera o línea de mano...”<sup>39</sup>.

El TC concluye:

*“De este modo la requirente ha tenido la posibilidad de modificar el arrastre por potera, existiendo incluso la posibilidad de adaptar las naves para emplear la potera en forma mecanizada, aparejo que usan otros países que explotan asimismo la jibia y que también han debido cambiar su forma de pesca, como ha sucedido con México y Perú.”*<sup>40</sup>

37 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 47.

38 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 48.

39 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 49.

40 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 49.

El fin perseguido por el legislador (proteger la sustentabilidad del recurso jibia), es en consecuencia proporcional, en tanto no inhibe a la requirente para “seguir ejerciendo su actividad económica extractiva y la libre apropiabilidad del recurso...”<sup>41</sup>.

Es de destacar sobre estos particulares, que el fallo de mayoría no discurre sobre el rendimiento de captura “bajísimo” o la inviabilidad financiera que denuncia Landes en la hipótesis de adaptarse a la línea de mano o potera. Entendemos que no se adentra sobre tal análisis por considerar que es ajeno a su competencia conforme a lo que expuso en el considerando Cuadragésimo, sin perjuicio que es claro que la Constitución no asegura una determinada rentabilidad derivada del ejercicio de una actividad económica.

En concordancia con lo expuesto, el TC desestima que se haya infringido la esencia de los derechos que Landes estima vulnerados, en razón que la regulación no impide que continúe desarrollando sus labores extractivas de la Jibia. Por consiguiente, “al no haberse privado a Pesquera Landes de la facultad consustancial a la autorización -la posibilidad de ejercer la actividad de pesca- ni habérsele impuesto exigencias irrealizables, en tanto basta la utilización de los aparejos de pesca permitidos, el precepto del art. 5° inciso 3° de la LGPA no vulnera el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental.”<sup>42</sup>

Finalmente y previo a referirse a los denominados “Defectos Formales de que adolece la acción”, el fallo de mayoría se hace cargo de la alegación en estrados de Landes consistente en que la prohibición del arrastre respecto de la Jibia debió ser en su concepto regulada por la administración (art. 4 letra b de la LGPA), y no a través de una ley, ya que esta tendría un “alcance general”. Sobre el particular el TC desestima tal disquisición<sup>43</sup>, afirmando que nada obsta que tales limitaciones sean impuestas por una ley y no por un acto administrativo, destacando que no le corresponde emitir un juicio de mérito técnico o político, encontrándosele vedado calificar la bondad de las disposiciones legales sometidas a su control, debiendo prescindir “de cualquier consideración o racionio *factual*”.

Este último razonamiento revela una vez más que el requerimiento de Landes aspiraba a efectuar un control abstracto y de mérito de la nueva legislación, y que el TC, correctamente desestimó tal pretensión. Sin embargo, para arribar a tal decisión, efectuó igualmente un razonamiento sobre “la generalidad y

41 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 50.

42 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 51.

43 Tribunal Constitucional, Rol 8614-2020, 12-II-2020, C° 52.



*abstracción de la ley, por cuanto dicha regla se aplica a todos los que se encuentren en la situación en la que ella describe, es decir, tanto a quienes se dediquen a la actividad extractiva, ya sean pescadores artesanales o armadores industriales.”.*

#### **4.3. Defectos formales de la acción de acuerdo al fallo de mayoría**

Por los considerandos Quincuagésimo Cuarto y Quincuagésimo Quinto, el TC establece dos yerros adicionales en el modo de proponer la acción, que califica de formales: (i) El conflicto sometido a su decisión es de mera legalidad, en tanto dice relación con la “interpretación” que la autoridad administrativa le ha dado a la Ley en relación a los efectos que produce ésta en el tiempo, lo que compete resolver a los jueces del fondo; y (ii) el mismo problema jurídico fundamenta el recurso de protección, por lo que “la declaración de inaplicabilidad solicitada por el requirente no puede tener entonces el efecto que se atribuye en el libelo”, ya que se encuentra fuera de su objeto la determinación del alcance e interpretación de una norma legal y la Corte Suprema no podría dar una aplicación idónea a la norma impugnada.

En relación al primero de los aspectos que refiere la sentencia es claro que la requirente promovió un conflicto dirigido directamente a la aplicación en el tiempo del precepto legal impugnado, con la salvedad que, según Landes, tal aplicación la habría efectuado la autoridad administrativa (no el legislador). El requerimiento es prístino sobre el particular:

- i) *“la aplicación que Subpesca ha hecho de la prohibición de arte de pesca que consagra el nuevo artículo 5° inciso tercero de la LGPA resulta ilegítima atendida su retroactividad”*
- ii) *“De allí que el precepto legal impugnado, pese a lo que supone Subpesca, no es parte de las normas legales que regulan las actividad pesquera que se ejerce en virtud de las autorizaciones en cuestión, previas a la entrada en vigor de la ley N° 21.134...”.*
- iii) *“Si la autoridad aplica la ley N° 21.134 a las autorizaciones de pesca de esta parte, que se encontraban vigentes para la fecha de su entrada en vigor, no está ciñendo tales títulos a la normativa vigente a la época de su otorgamiento. Muy por el contrario, lo que hace es que la regulación sobreviniente (la que entrara en vigor en 2019) disponga hacia el pasado y afecte, con ello, los derechos adquiridos de Pesquera Landes...”.*
- iv). *“Lo que se demanda es que, tal como han previsto Contraloría y esta Propia Excelentísima Magistratura, el reconocimiento y empleo*

*de tal nueva normativa se verifique sin perjuicio de (esto es, dejando a salvo) la situación jurídica consolidada con motivo de los títulos de esta parte que anteceden.”*

A este respecto, el TC reitera su doctrina relativa a la improcedencia de conocer sobre el efecto temporal de una norma, en razón que tal materia sería una cuestión típicamente de mera legalidad.<sup>44</sup> Empero, no se pronuncia derechamente sobre la improcedencia de atacar en sede de inaplicabilidad una “interpretación” de la autoridad administrativa. En este punto, la actora es también muy enfática<sup>45</sup>: “...lo que se ha impugnado en esta cuestión de inaplicabilidad es el empleo ilegítimamente retroactivo que la autoridad sectorial ha hecho del artículo 5 inciso tercero de la LGPA respecto de las autorizaciones de pesca de que es titular pesquera Landes.”.

Dicho en otros términos, la impugnación no se dirige a controlar la constitucionalidad de dicho precepto en su aplicación futura a una gestión judicial pendiente (control concreto), sino que en contra de la aplicación pretérita que la autoridad administrativa le habría dado a la norma legal en un acto “aclaratorio”, que como hemos sostenido -en realidad- es una pretensión de control abstracto.

En efecto, en la especie, la inaplicabilidad no sólo llega tarde<sup>46</sup> en cuanto dice atacar un acto administrativo, sino que además se desnaturaliza, desvinculándose abstractamente de la gestión pendiente, en la que valga destacar, se planteó el mismo conflicto jurídico, postulando una “aplicación” -más bien una derogación- de la Ley 21.134 idónea con la Constitución. Sin embargo, en sede de inaplicabilidad, se plantea su desaparición.

El fallo de mayoría trata esta última materia en el considerando Quincuagésimo Quinto, esto es, la congruencia entre la inaplicabilidad y la gestión pendiente (control concreto), estableciendo primeramente que el recurso de protección plantea el “mismo problema” que el requerimiento, determinando

44 Así por ejemplo en la causa Rol 8108-20-INA, el TC resolvió: “PRIMERO: Que desde una perspectiva formal el conflicto que se exhibe se sitúa en un ámbito de mera legalidad, en razón de que el análisis sobre el efecto temporal de una norma corresponde siempre al conocimiento y decisión del sentenciador del fondo, soberano este para analizar e interpretar el espectro jurídico del precepto que se impugna... SEGUNDO: Que la cuestión de determinar la vigencia de una ley es típica materia de legalidad, la determinación de si ese cambio es o no desfavorable no es algo que pueda resolver de manera abstracta el Tribunal Constitucional. Así, corresponderá al juez de fondo, más allá de la redacción dispuesta por el legislador, realizar tal determinación, comparando las normas derogadas con las nuevas introducidas, aspectos todos que sólo pueden ser singularizados mediante la interpretación que realice el juez ordinario llamado naturalmente a aplicarla...”.

45 Ver escrito de Landes en la causa Rol 8614-2020, fojas 654 y siguientes.

46 Soto Delgado, Pablo, “Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revista un acto administrativo. El tribunal Constitucional como contencioso de multas en el Caso Cascada”, Anuario de Derecho Público UDP, 2017.

que carece de competencia para enjuiciar el acto administrativo que se impugna en la gestión pendiente, trayendo a colación la sentencia del TC rol 1266, cuyos considerandos Quinto y Sexto, por resultar esclarecedores, se pasan a transcribir:

*“QUINTO. Que la competencia de este Tribunal para decidir esta materia se encuentra regulada en el numeral 6° del artículo 93 de la Carta Fundamental, que lo habilita para 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”. Del precepto recién transcrito fluye con entera claridad que nuestra tarea se circunscribe a precisar si la aplicación del precepto legal impugnado a la resolución del recurso de protección interpuesto puede traer consigo efectos contrarios a las normas constitucionales que el actor pretende transgredidas y no, en cambio, a juzgar si la conducta misma de la Isapre al rehusarse a homologar el tratamiento de braquiterapia al de prostatectomía radical vulnera la Carta Fundamental, pues este último examen del actuar de la Isapre es objeto precisamente del recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Constitución, el que habilita no sólo para impugnar actos u omisiones ilegales que lesionen tales garantías, sino también aquellos o aquellas que, aun siendo legales, entrañen un proceder arbitrario, es decir, contrario a la razón o la justicia y dictado por el mero capricho o voluntad antojadiza del transgresor.*

*SEXTO. De ese modo y obrando dentro de la competencia referida en el considerando anterior, este Tribunal respeta la clara diferenciación entre el recurso de protección (que envuelve un enjuiciamiento de la constitucionalidad del acto u omisión reprochado) y la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, misma que, en su esencia, entraña un juicio de conformidad o disconformidad entre los efectos que producirá la aplicación de la norma legal denunciada en la gestión pendiente y la preceptiva constitucional correspondiente.”*

Menester es recordar que Landes en su recurso de apelación interpuesto para ante la Excelentísima Corte Suprema<sup>47</sup>, consignó: “Lo que se ha requerido –cues-

<sup>47</sup> Dicho recurso ingreso a la Excma. Corte Suprema bajo el Rol 143.816 – 2020.

*ción diversa- es que se realice una idónea aplicación de la disposición en cuestión, lo que significa que la pretensión de esta parte va orientada, en realidad, a requerir de los tribunales superiores de justicia determinen que el empleo de la ley N° 21.134 no resulte retroactivo y no afecte, en consecuencia, los legítimos derechos que ostenta Pesquera Landes en su calidad de titular de autorizaciones de pesca...”.*

Es por ello que el TC en definitiva concluye que el “efecto” que buscaba Landes en su requerimiento, no es congruente con su recurso de protección ya que “la Corte Suprema no podrá dar aplicación idónea a la norma impugnada.”.

## **5. Fallo de la Corte Suprema y consideraciones finales**

La mejor prueba de lo que se viene diciendo es el fallo de la Corte Suprema dictado en la causa Rol 143.816-2020, que confirmó la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, efectuando consideraciones adicionales, que en lo sustancial ratificaron que “la autorización administrativa de pesca no fija un estatuto propio para el administrado, sobre el cual pueda invocar una especie de propiedad, como tampoco le otorga nuevos derechos, sino sólo permite levantar un obstáculo para su ejercicio, en este caso, la libertad de apropiación de los recursos hidrobiológicos, actividad que necesariamente debe regirse por las disposiciones vigentes al momento en que dicho ejercicio se materializa.”. Agregó que la “normativa en virtud de la cual se concede la autorización, reviste el carácter de orden público, de lo cual se sigue que la autorización es susceptible de modificación al variar las condiciones bajo las cuales se concedió, sin que ello signifique una aplicación retroactiva de la nueva regulación, sino sólo una adecuación de las condiciones bajo las cuales el derecho debe ejercerse.”, más aun teniendo en consideración “la finalidad de dictación de la Ley N° 21.134, cual es la protección y conservación de los recursos marinos, en cumplimiento del deber del Estado de tutelar por la preservación de la naturaleza y proteger el medio ambiente.”. Concluye que no es posible observar ilegalidad o arbitrariedad alguna en la actuación de la autoridad administrativa, quien se ha limitado “a dar estricta aplicación a los términos de la Ley N° 21.134, normativa que no efectúa distinción o excepción alguna relativa a las autorizaciones otorgadas de manera anterior a su entrada en vigencia...”.

En suma, el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no tiene -siempre- los delimitados contornos concretos que se le atribuyen, sea porque se lo trata como “disfraz”, sea porque su consagración constitucional y legislativa en contraste con la práctica, no es estrictamente congruente con los efectos *inter partes*, radicados en la gestión pendiente, que teóricamente lo diferencian del control abstracto de constitucionalidad. En uno o en otro

escenario, resulta indispensable la regulación de la intervención de terceros como partes interesadas, como también la protección del interés público -en este caso ambiental-, que no puede quedar a merced de la eventual defensa oficiosa de los órganos legitimados.

El caso Jibia es un buen ejemplo -con final feliz- que el contencioso de inaplicabilidad puede devenir en una pretensión (la verdadera y última) que persigue efectuar un control abstracto de constitucionalidad, cuyos eventuales efectos estimatorios interesan a alguien más que las partes de una gestión pendiente.

Para asentar lo anterior, basta imaginar las consecuencias que podría aparejar el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por una compañía de seguros en contra de la reforma constitucional contenida en la Ley N° 21.330, que modificó la actual Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Causa Rol 11.230-21-INA del Tribunal Constitucional, actualmente en etapa de admisibilidad, habiéndose concedido la suspensión de la gestión pendiente.



# LA REFORMA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA Y SU ÓRGANO DE GOBIERNO: ENTRE LA TRANSPARENCIA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

*Pablo Contreras<sup>1</sup>*

## Resumen

El artículo examina las propuestas de modificación al Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, tanto en la reforma a la Ley No. 19.628, sobre protección de la vida privada, como en la reforma a la Ley No. 20.285, sobre acceso a la información pública. Para ello, evalúa las críticas al actual diseño institucional del Consejo y los déficits de independencia y especialización que exhibe el órgano. A partir de estas críticas, compara los cambios que se proponen en los dos proyectos de ley actualmente en tramitación. El artículo concluye que el avance legislativo liderado por el Presidente de la República presenta una incoherencia en el diseño y reforma de la gobernanza del Consejo para la Transparencia.

## 1. Introducción

La discusión sobre la política pública de transparencia, acceso a la información pública y protección de datos personales ha tenido un protagonista institucional: el Consejo para la Transparencia. La reforma de distintos estatutos jurídicos depende, en buena medida, de lo que se haga o no con esta institución. Este texto aborda los problemas de diseño del Consejo para la Transparencia (en adelante, “Consejo”) y cómo la discusión de la política pública liderada por el Ejecutivo no tiene una coherencia institucional asociada a los objetivos que dicha institución debiese cumplir.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho (SJD), Northwestern University. Profesor asociado de la Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: pablo.contreras@uautonoma.cl.

Este trabajo es parte de la investigación financiada por Fondecyt de Iniciación de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, bajo el No. 11180218, con el título: “El reconocimiento y protección de la autodeterminación informativa como marco teórico adecuado para la comprensión de los derechos de las personas en tanto límite al acceso a la información pública”.

El Consejo fue creado por el artículo primero de la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública. La dirección del Consejo está confiada a un órgano colegiado, denominado “Consejo Directivo”. Se trata de un órgano par, integrado por cuatro consejeros y cuya presidencia se rota, de entre sus miembros, cada dieciocho meses. Los consejeros carecen de dedicación exclusiva y, salvo por el presidente del Consejo Directivo, son remunerados por su asistencia a las sesiones del Consejo. Este modelo que gobierna el Consejo, aprobado en 2008, está hoy en cuestionamiento, especialmente por las reformas a las competencias y atribuciones que se están discutiendo respecto del órgano.

Actualmente, la reforma del Consejo está atravesada por tres iniciativas cuya aprobación se encuentra pendiente en el Congreso. En primer lugar, la reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública (boletín 8805-07). Dicha modificación constitucional cuenta con un informe favorable de la Comisión Mixta pero, en un giro poco visto en la tramitación legislativa, no fue votado por la sala del Senado, en el 2018<sup>2</sup>, y, en el marco de un proceso constituyente en curso, el escenario se observa poco auspicioso para la reactivación de su aprobación.

En segundo término, encontramos el proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales (boletín 11144-07, en adelante “reforma a la LPVP”). Este mensaje fue una iniciativa de la expresidenta Bachelet pero que fue enmendado en su integridad a través de una indicación exclusiva del presidente Piñera y, en particular, en lo referido a la autoridad de control en protección de datos personales, como se revisa en *infra* 3.3. El proyecto no ha avanzado mucho: todavía se encuentra en primer trámite legislativo, esperando su votación en particular en la Comisión de Hacienda del Senado para luego pasar a la Sala<sup>3</sup>.

---

2 El presidente del Senado de entonces, Carlos Montes, afirmó lo siguiente: “una solución sería simplemente postergar esta decisión y reflexionar el asunto con la Comisión de Constitución.

En todo caso, quiero advertir aquí lo siguiente: el precedente de un informe complementario es complejo, y el de dos informes complementarios lo es más, porque en las Comisiones Mixtas hay mucha tensión en la definición. Y, por lo tanto, esto mismo podría ocurrir en todas ellas.

[...] Pero, si le parece a la Sala, se podría acoger la sugerencia de algunos señores Senadores en el sentido de dejar esto pendiente y remitir la materia a la Comisión de Constitución para que evalúe qué podemos hacer. [...]”. Véase Senado.cl, Reconocimiento constitucional a principio de transparencia y a derecho de acceso a información pública. Informe de comisión mixta, 06 de agosto de 2021 [[https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDiscusion&nrobol=880507\\_P&idsesion=7981](https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDiscusion&nrobol=880507_P&idsesion=7981)]

3 Este artículo se terminó de revisar el día 6 de agosto de 2021. La Comisión de Hacienda del Senado sesionó el miércoles 4 de agosto discutiendo sobre el proyecto de reforma a la LPVP. Sin embargo, la comisión decidió postergar la votación en particular del proyecto y pedir un informe a la Biblioteca del



Por último, el Ejecutivo ingresó un proyecto de ley que modifica la Ley No. 20.285, sobre acceso a la información pública (boletín 12.100-07, en adelante “reforma a la LT”). Si bien el texto original del proyecto no contenía reglas que modificaran al Consejo, fueron las indicaciones de los diputados, en el primer trámite constitucional, las que forzaron la adopción de ciertas reglas acotadas relativas a los consejeros. Actualmente, el proyecto se encuentra en discusión en particular en el segundo trámite en el Senado.

La reforma a la LPVP y la reforma a la LT contienen modificaciones al Consejo, tanto respecto de su estructura de gobierno como del estatuto aplicable a sus consejeros. Sin embargo, no es posible discernir la coherencia estrategia legislativa y los cambios de diseño institucional no responden adecuadamente a los objetivos que ambas modificaciones legales persiguen. Si las reformas buscan ampliar las atribuciones del Consejo, es necesario fortalecer coherentemente la independencia del órgano y generar un estatuto de consejeros que garantice la especialización y dedicación exclusiva de estas autoridades.

En este trabajo se examina el diseño actual del Consejo, sus críticas y sus posibles modificaciones, tanto a través de la reforma a la LPVP, como de la reforma a la LT. Para ello, el texto se estructura de la siguiente forma. En la sección 2, explico el diseño actual del Consejo y sus limitaciones, tildándolo de un consejo propio de los diseños regulatorios de la transición, marcado por una asignación de cuotas de poder y de representación de funcionarios seleccionados por los partidos políticos con representación en el Congreso. Desde un inicio, el Consejo tuvo una competencia y atribuciones limitadas, no sólo en materia de acceso a la información pública (2.2) sino también respecto de protección de datos personales (2.3). A partir de estos déficits, expongo los objetivos de las reformas a la LPVP y a LT y las modificaciones que se proponen a la estructura del Consejo y al estatuto de sus consejeros (3.1 y 3.2). Concluyo que el avance legislativo liderado por el Ejecutivo presenta una incoherencia en el diseño y reforma de la gobernanza del Consejo (3.3).

## **2. El diseño actual del Consejo para la Transparencia y sus limitaciones**

### **2.1 El gobierno del Consejo y el estatuto de sus consejeros**

El Consejo es un órgano creado por la LT encargado, principalmente, del *enforcement* de la regulación de transparencia respecto de los órganos de la

---

Congreso Nacional sobre autoridades de control en el derecho comparado.

Administración del Estado. Conforme a la ley, es una “corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio” (art. 31 LT). Su objeto es promover la transparencia, fiscalizar el cumplimiento de normas de transparencia y publicidad respecto de los órganos de la Administración y garantizar el ejercicio legítimo del derecho a la información pública (art. 32 LT). La Corte Suprema describe al Consejo como un “órgano colegiado, técnico, generado con la participación de los poderes ejecutivo y legislativo, compuesto por miembros que gozan de estabilidad en sus cargos e integran la Administración del Estado, actuando en esta materia como fiscalizadores”<sup>4</sup>.

El Consejo está dirigido por un ente colegiado, a saber, el Consejo Directivo. Conforme a la ley, le corresponde la “dirección y administración superiores del Consejo” (art. 36 LT). El Consejo Directivo, a su vez, está integrado por cuatro consejeros, que son nombrados por el Presidente de la República, con el acuerdo del Senado, por dos tercios de sus miembros en ejercicio. Pero la propuesta del Presidente está condicionada. Conforme a la ley, “[e]l Presidente hará la proposición en un solo acto y el Senado deberá pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad” (art. 36, inc. 1° LT). Esta regla obliga a votar duplas, ya sea aprobando o rechazando los dos nombres propuestos.

Cada consejero dura seis años en su cargo y pueden ser renovados por un nuevo periodo. La ley dispone que el presidente del Consejo se elige de entre sus miembros por el Consejo Directivo. La duración del mandato es de 18 meses y es rotativa. Se establece que si no hay acuerdo, la elección se resolverá por sorteo (art. 36, inc. 3° LT). Sin embargo, nunca ha habido un sorteo por las razones que a continuación se exponen.

La estructura de un Consejo Directivo integrado por un número par, que es renovado por duplas y su quórum de ratificación es de dos tercios de los senadores, es un diseño institucional que podría ser calificado como una proyección del sistema “binominal” en la conformación del órgano de gobierno del Consejo. La idea no es nueva. Antes incluso de la entrada en vigencia de la LT, Valdivia afirmaba lo siguiente:

“La técnica de esta integración paritaria (en el hecho, atendida la composición del mapa político de hoy [2009]) traslada la lógica del sistema binominal al terreno de la información”<sup>5</sup>.

4 Sentencia de la Corte Suprema, Rol No. 179-2021, 02-08-2021), cons. 3°.

5 Valdivia, José Miguel, “Lo que oculta la transparencia”, en Letelier, Raúl y Rajevic, Enrique (coords.), *Transparencia en la Administración Pública* (Legal Publishing), 2009, p. 75.

En efecto, el diseño impacta en diversos aspectos de la composición y conducción del Consejo Directivo. Respecto de la composición, al tener que votar la propuesta como unidad, el sistema se diseñó para hacer un reparto de los cargos entre los principales bloques de la política con representación parlamentaria de ese entonces<sup>6</sup>. El quórum es tan alto que impide que un sector pueda vetar la propuesta del otro, sin comprometer la posibilidad de instalar el candidato propio.

Respecto de la conducción, el diseño calcula la “cohabitación”<sup>7</sup> para evitar la imposición de los representantes de un sector político sobre el otro. Con un período de presidencia que corresponde a un cuarto del período de cada consejero, la regla fuerza a que los consejeros se repartan la presidencia, cada uno por dieciocho meses. Como señala Rajevic, esta fórmula “dispersa el poder del voto dirimente entre los Consejeros”<sup>8</sup>. Eventualmente, si se renuevan en un nuevo periodo, podría asumir dos turnos presidenciales<sup>9</sup>.

El estatuto de los consejeros está compuesto por un régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Éstas se encuentran orientadas a funciones públicas, no a tareas o actividades privadas. En segundo lugar, la LT no establece la dedicación exclusiva de los consejeros. En un tercer punto, la LT establece una dieta que responde a este estatuto de funcionarios. La ley distingue la dieta en función de la presidencia del Consejo. El presidente tiene asignada una remuneración bruta mensualizada equivalente a la de un Subsecretario de Estado (art. 39, inc. final LT), que en este caso se ha equiparado a la del Subsecretario General de la Presidencia. Respecto de los demás consejeros, la ley dispone que percibirán “una dieta equivalente a 15 unidades de fomento por cada sesión a la que asistan, con un máximo de 100 unidades de fomento por mes calendario”, es decir, dos millones novecientos mil pesos, aproximadamente (art. 39, inc. 1º LT). Este modelo de dieta por asistencia a sesiones, con un monto total de tope, genera el siguiente incentivo: a cada consejero –que no es presidente– le basta asistir a siete sesiones en un mes para completar el tope de su remuneración. La octava sesión, es de costo personal del consejero.

6 En el mismo sentido, Rajevic, Enrique, “El Consejo para la Transparencia como ‘Administración Independiente’”, en Letelier, Raúl y Rajevic, Enrique (coords.), *Transparencia en la Administración Pública* (Legal Publishing), 2009, p. 236; García, William, Las omisiones de la reforma a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública [<https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907443&Path=/oD/D8/>].

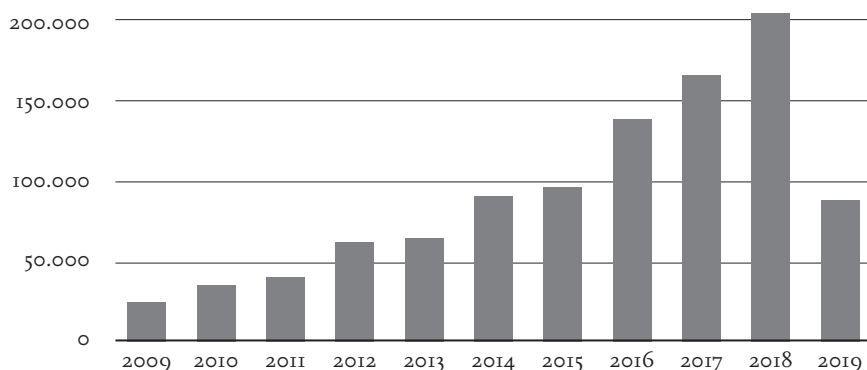
7 Valdivia, op. cit., p. 75.

8 Rajevic, op. cit., p. 237.

9 Es lo que pasó con el consejero Jorge Jaraquemada, quien fue presidente del Consejo en dos períodos: primero, entre abril 2013 y octubre 2014 y, segundo, entre abril 2019 y octubre 2020.

Las características de este estatuto condicionan ciertas prácticas al interior y al exterior del Consejo. Por ejemplo, García ha planteado que “la tutela de la transparencia está en manos de amateurs, de personas que no son profesionales de la Administración Pública y que trabajan part-time, porque su interés principal está en el sector privado”<sup>10</sup>. Lo que García destaca en breves líneas es una cuestión que se repite en las biografías de los consejeros y consejeras: mantener trabajos y posiciones en el sector privado y dedicar parcialmente su tiempo al trabajo del Consejo. Todas estas características explican en general los perfiles y trayectorias de los consejeros: suelen ser académicos o que trabajen –o hayan trabajado– en *think tanks* de partidos políticos<sup>11</sup>. Es una consecuencia del estatuto de los consejeros.

Esta dedicación parcial y pago por sesiones estaba pensada para consejeros con baja dedicación. Sin embargo, a la fecha, se requiere considerar la evolución de la carga de trabajo del Consejo. Los datos obtenidos de diez años de solicitudes de acceso a la información y amparos resueltos, permiten observar cómo los volúmenes de trabajo han ido cambiando en el tiempo.



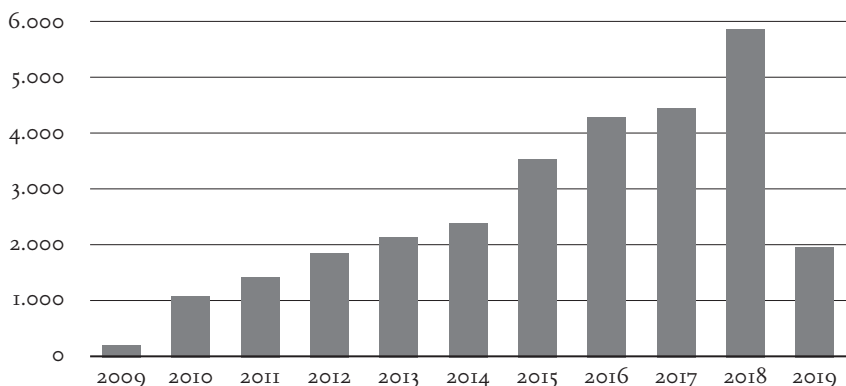
Cuadro No. 1: Número de solicitudes de acceso a la información pública 2009-2019. Fuente: Contreras (2020)<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> García, op. cit.

<sup>11</sup> En la conformación actual del Consejo, los consejeros Francisco Leturia y Bernardo Navarrete son académicos de las universidades Católica de Chile y de Santiago de Chile, respectivamente. A su vez, la consejera Natalia González es directora de Asuntos Jurídicos y Legislativos de Libertad y Desarrollo y la actual presidenta del Consejo Directivo, Gloria de la Fuente, fue directora y presidenta de Chile 21, hasta antes de asumir la presidencia del Consejo. Sus biografías se encuentran disponibles en Cplt.cl, Consejo Directivo, 06 de agosto de 2021 [<https://www.consejotransparencia.cl/quienes-somos/consejo-directivo/>].

<sup>12</sup> Contreras, Pablo, “Changing the bench for a handshake: Litigation, administrative resolution and mediation in freedom of information complaints in Chile”, En Revista Brasileira de Políticas Públicas 10, 2020, p. 112. La información comprende 10 años, desde el 21.04.2009 hasta el 26.04.2019.

En el año 2009, las solicitudes de acceso no llegaron a las 25.000. A 2018, el sistema está lo suficientemente maduro para recibir más de 200.000 solicitudes. Otro tanto ocurre, con la resolución de amparos y reclamos por parte del Consejo. En el primer año de vigencia de la LT, el Consejo resolvió 274 casos, mientras que en 2018 falló 5.805 casos, lo que supone un aumento considerable en la carga de trabajo.



Cuadro No. 2: Número de amparos y reclamos resueltos por el Consejo, 2009-2019. Fuente: Contreras (2020)<sup>13</sup>.

Las cifras de expansión y de uso intensivo de la LT son un antecedente que requiere ser considerado en la transformación del gobierno del Consejo y del estatuto de los consejeros. Si bien algunos casos se estandarizan en la decisión, esta es la expansión sólo de la facultad resolutoria de casos del Consejo y no considera las demás atribuciones que además debe ejercer, particularmente, las facultades de fiscalizadora y sancionatoria.

## 2.2. Limitaciones en materia de transparencia

Con relación a las atribuciones, el Consejo es creado con una competencia circunscrita a la Administración del Estado. No existe un régimen integral de transparencia, con reglas uniformes para todos los órganos del Estado<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Contreras, op. cit., p. 114. La información comprende 10 años, desde el 21.04.2009 hasta el 26.04.2019.

<sup>14</sup> Camacho, Gladys, "El rol del Consejo para la Transparencia en la tutela del derecho de acceso a la información pública", en Revista de Derecho Público 74, (Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile), 2015, p. 217.

El ámbito de aplicación de la LT está especificado a través de distintos artículos y de dos textos legales: por un lado, la Ley No. 20285, sobre acceso a la información pública y que consta de diez artículos, y, por otro, la Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, establecida en el artículo primero de la Ley No. 20.285. La separación del artículo primero tiene un ámbito de aplicación circunscrito a la Administración. En el efecto, el art. 1° del art. primero de la LT, dispone que “[l]a presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”. El art. 2 especifica “La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”. Por lo tanto, el Consejo fue creado para el *enforcement* de la LT sólo respecto de la Administración y nada más<sup>15</sup>.

Sus distintas atribuciones no alcanzan a los demás poderes del Estado – como el Congreso Nacional o el Poder Judicial– ni a los órganos constitucionales autónomos que la propia ley excluye<sup>16</sup>. Pese a que en un inicio se propuso establecer al Consejo como un órgano constitucional autónomo<sup>17</sup> – para que pudiera ejercer sus competencias respecto del resto– la opción de la LT fue crear un órgano acentralizado<sup>18</sup> e independiente, pero dentro de la Administración<sup>19</sup>. La discusión actual de ampliar la competencia del Consejo

---

15 Sin perjuicio de lo que puedan disponer otras leyes especiales posteriores a la LT, como los arts. 49 y 50 de la Ley No. 18.603 Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, reformada en 2016, o el art. 212°-2 de la Ley No. 20.936 Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional.

16 Vial, Tomás, “La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: Esquema General y Regulación del Derecho de Acceso a la Información”, En *Anuario de Derecho Público* (Ediciones UDP), 2010, p. 116. Existen algunos órganos constitucionales autónomos que no fueron excluidos de la competencia del Consejo y a los que regularmente se le aplica la LT, como el Consejo Nacional de Televisión y el Servicio Electoral.

17 Ferreiro, Alejandro, “La importancia del Consejo para la Transparencia en el acceso a la información”, En *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae 1* (Segunda época), (Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae), 2013, p. 76.

18 Rajevic, op. cit., p. 235.

19 Bermúdez, Jorge, *Derecho administrativo general* (Thomson Reuters), 2012, p. 343; Astudillo, Jorge, “Breve análisis comparativo entre la regulación del Consejo para la Transparencia (Chile) y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (España)”, En *Revista Española de la Transparencia* 12, 2021, p. 149.

a otros órganos estatales, como veremos, está soterradamente cruzada por el rediseño de la estructura de gobierno de la institución.

Por último, cabe señalar que el ámbito de aplicación de la LT siempre ha estado circunscrito a los órganos del Estado. Sin embargo, la reforma a la LT plantea una ampliación en esta materia: la inclusión de obligaciones de transparencia activa respecto de entidades privadas, sin fines de lucro, que reciben fondos públicos. Esta ampliación, como se revisará, también obliga repensar el diseño del gobierno de la institución y las características del estatuto de los consejeros.

### 2.3 Limitaciones en materia de protección de datos

En materia de protección de datos personales, la LT contiene una vaga regla respecto de las atribuciones del Consejo. El art. 33, letra m) establece que es atribución del Consejo el “[v]elar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado”.

Esta norma no tiene mayores debates doctrinales o jurisprudenciales. La Contraloría General de la República ha interpretado que “la ley junto con conferir al Consejo para la Transparencia atribuciones para fiscalizar el cumplimiento de la Ley de Transparencia, le encomienda expresamente la función de velar por la reserva de los datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado y por el cumplimiento de la [LPVP], para lo cual lo habilita para recabar toda la información necesaria al efecto”<sup>20</sup>.

Conforme al dictamen citado, la atribución permite efectuar actividades de auditoría y la “instrucción de procedimientos tendientes a la obtención de la información que requiera”, y que el Consejo puede “decidir sobre los medios o instrumentos idóneos” para el fin de velar por la reserva de los datos personales de la LPVP, respecto de los órganos de la Administración<sup>21</sup>. Lo que está claro es que el Consejo carece de atribuciones sancionatorias, en materia de protección de datos personales, tanto respecto de los órganos de la Administración (y del resto del Estado), como respecto de particulares<sup>22</sup>.

20 CGR, Dictamen No. 021167-19 (12.08.19).

21 CGR, Dictamen No. 021167-19 (12.08.19).

22 Jijena, Renato, “Informe Jurídico. Regulación jurídica de los sistemas de tratamiento de datos personales al interior de la Administración del Estado, y su armonización con la Ley 20.285 sobre transparencia y acceso a la información de los servicios públicos”, 2009. Disponible en [https://archives.cplt.cl/transparencia\\_activa/RESPUESTASAI/S313.pdf](https://archives.cplt.cl/transparencia_activa/RESPUESTASAI/S313.pdf) [última visita efectuada: 16.12.20], p. 187; Álvarez, Daniel, “Acceso a la información pública y protección de datos personales. ¿Puede el Consejo para la

El proyecto de reforma a la LPVP cambia radicalmente esto. Se trata de una iniciativa legal que busca radicar en el Consejo todas las atribuciones de una autoridad de control en materia de protección de datos personales, incluyendo específicamente facultades resolutorias en procesos de *habeas data*, facultades fiscalizadoras respecto de cualquier clase de responsables de tratamiento de datos personales<sup>23</sup> y las potestades sancionatorias por infracción a la ley.

### 3. La reforma del Consejo y sus posibilidades

A más de diez años de la LT y más de veinte años de la LPVP, el diseño del Consejo y su gobierno está agotado y actualmente bajo redefinición legislativa. Sin embargo, de las iniciativas legales de reforma, no es claro de qué forma se debe enfrentar la modificación de la institución, su órgano de conducción y liderazgo o el estatuto que debe regir respecto de sus consejeros.

Tanto la reforma a la LT, como la reforma a la LPVP, plantean cambios al Consejo. Estas modificaciones intentan superar las deficiencias del modelo original, de cara a las nuevas atribuciones que se le entregan, la explosiva demanda de casos, nuevas exigencias de integridad y especialización de los consejeros para enfrentar sus tareas, entre otras razones. En el caso de la reforma a la LPVP, además, existe un condicionante internacional: si la opción de radicar las atribuciones de protección de datos personales se consolida respecto del Consejo, la modificación de la institucionalidad debiese satisfacer las exigencias de una autoridad de control independiente, conforme al Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea<sup>24</sup>.

En el siguiente cuadro, se sistematizan las reformas propuestas al Consejo de ambos proyectos de ley.

---

Transparencia ser la autoridad de control en materia de protección de datos?”, En Revista de Derecho 23, (Universidad Católica del Norte), 2016, p. 70, n/p 60.

23 Con una salvedad: el art. 55 del proyecto de reforma a la LPVP establece que, respecto de los órganos constitucionalmente autónomos –el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Banco Central y la Justicia Electoral– corresponderá “a los órganos internos de las instituciones y organismos [...] ejercer las funciones y adoptar las decisiones que esta ley encomienda al Consejo para la Transparencia y la Protección de Datos Personales”. Es decir, la competencia del Consejo en la reforma a la LPVP no abarca a todos los órganos estatales, sino que principalmente a la Administración del Estado.

24 “Artículo 52. Independencia. 1. Cada autoridad de control actuará con total independencia en el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus poderes de conformidad con el presente Reglamento.”



Criterio	Reforma a la LPVP (Boletín 11.144-07)	Reforma a la LT (Boletín 12.100-07)
Número de consejeros	Cinco.	No innova (cuatro consejeros).
Elección del Presidente	Presidente de la República nombra.	No innova (elegido entre sus miembros).
Especialización de consejeros	Dos candidatos con especialización en datos personales y dos en transparencia.	No innova (sin regla especial).
Duración en el cargo	6 años, sin reelección.	No innova (6 años, reelegibles por 1 período adicional).
Dedicación	Exclusiva y con jornada ordinaria.	No innova (no es exclusiva, sin jornada definida y pago por sesión, salvo el Presidente del Consejo).
Remuneración	Presidente del Consejo: dieta de subsecretario de Estado. Consejeros: 75% de la remuneración del Presidente del Consejo del Consejo.	No innova (Presidente del Consejo: dieta de subsecretario de Estado. Los demás consejeros: 15UF por sesión con un máximo de 100UF).
Director general	Se elimina la figura y Presidente del Consejo asume funciones.	Se establece un nuevo deber de implementar las obligaciones de transparencia dentro del Consejo.
Requisitos para ser consejero	No haber sido condenado en pena afflictiva y en otros delitos. No ser dependiente de sustancias ilícitas. No haber sido sancionado por infracción gravísima en materia de datos personales. No haber sido gerente o directo de empresa con giro comercial de tratamiento de datos por 1 año	No innova.
Incompatibilidades	Amplía la regla incorporando nuevos cargos públicos y autoridades; empleos o funciones remuneradas con fondos públicos. Fija regla de tareas docentes. Agrega incompatibilidad con cargos o servicios del sector privado. Crea prohibición para parientes en empresas que tratan datos personales.	Amplía la regla incorporando nuevos cargos públicos y autoridades.
Cesación en el cargo	No innova.	Agrega dos causales (falta grave a la probidad y contravenir la atribución de velar por la reserva de información secreta).

Cuadro No. 3: Contenido de las reformas propuestas al Consejo para la Transparencia. Fuente: Elaboración propia, con base en los boletines 11.144-07 y 12.000-07

### 3.1 La reforma del Consejo en función de la modificación de la LPVP

La reforma a la LPVP es el proyecto de ley más ambicioso en la reestructuración del Consejo. Las principales características de las modificaciones podrían resumirse de la siguiente forma.

Primero, se altera la composición del Consejo, sumando un miembro, y quedando conformado por cinco consejeros. Con la introducción de un consejero adicional, se soluciona el problema de los empates y ya no es necesario recurrir al voto dirimente del presidente del Consejo para esos casos. Sin embargo, el presidente del Consejo deja de ser escogido por sus pares y pasa a ser nombrado por el Presidente de la República. Esta regla, al parecer, debe su inspiración al diseño de la Comisión para el Mercado Financiero. En efecto, la Ley No. 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero, dispone que su Consejo está integrado por cinco miembros. Su presidente es un comisionado designado por el Presidente de la República, mientras que los demás son designados por el Presidente de la República, previa ratificación del Senado por los cuatro séptimos de sus miembros en ejercicio (art. 9 Ley No. 21.000).

Sin embargo, existen diferencias. En la reforma a la LPVP, el Presidente de la República no designa por sí, y sin intervención del Senado, al presidente del Consejo. Todos los consejeros del Consejo deben ser nombrados con el acuerdo de los dos tercios de los senadores en ejercicio. Por lo tanto, la facultad del Presidente de la República sólo se puede ejercer respecto de los consejeros en funciones, es decir, ratificados por el Senado. De igual forma, la designación del presidente del Consejo es de crucial relevancia para el tipo de funcionamiento que está diseñado en la reforma a la LPVP, como se revisa luego.

En segundo lugar, se fortalece el estatuto de los consejeros, con el objeto de lograr especialización e independencia. En materia de perfiles de profesionalización, se establece que al menos dos candidatos a consejeros deben contar con especialización en protección de datos personales y autodeterminación informativa y al menos dos en transparencia y acceso a la información pública<sup>25</sup>. Esta exigencia es coherente con el modelo de funcionamiento que propone esta reforma y se revisa luego. Además de lo anterior, se fija una serie de reglas que fortalecen la independencia de los consejeros: se establece

<sup>25</sup> Art. 36, inc. 4° LT, propuesto en la reforma LPVP.

*“A lo menos 2 de los candidatos a consejero deberán ser personas de reconocido prestigio profesional o académico en materias de datos personales y 2 candidatos a consejero deberán ser personas de reconocido prestigio profesional o académico en materias de transparencia y acceso a la información pública”.*

la dedicación exclusiva en la función y una jornada ordinaria para los consejeros, se elimina la posibilidad de reelección en el cargo, se reemplaza la remuneración por sesiones para tener una de carácter fijo y se amplían considerablemente las reglas de incompatibilidades, especialmente respecto del sector privado<sup>26</sup>. Este estatuto tiene una ventaja de profesionalizar a las autoridades a cargo del Consejo y de garantizar reglas que permitan ejercer el cargo con mayores niveles de independencia que los que actualmente tienen. Sin embargo, desde el punto de vista de las reglas de probidad, carece de una prohibición post empleo, con el objeto de evitar la denominada “puerta giratoria” entre el órgano fiscalizador y los entes sometidos a su supervisión (especialmente considerando el tipo de empresas o responsables del tratamiento de datos personales que deberán fiscalizar).

En tercer término, todavía se discute cómo fijar la forma de funcionamiento del Consejo. En una primera versión del proyecto, se proponía que el Consejo funcionará en salas especializadas, cada una integrada por dos consejeros más el presidente del Consejo (art. 33 bis LT en la indicación original del Ejecutivo). Una sala con dos consejeros con trayectoria en materia de protección de datos, más el presidente del Consejo y otra sala con dos consejeros especializados en materia de transparencia, junto al mismo presidente. En el proyecto aprobado por la Comisión de Constitución del Senado, esta división especializada del trabajo en salas se suprime (aunque nada impediría que el Consejo, de forma interna, se organice de esa forma, aunque la decisión final debería pasar por el Consejo Directivo). La división y especialización puede determinar el tipo de autoridad de control. Si es en sala, al interior del Consejo habría una separación funcional relevante y el voto del presidente no determina la decisión –de acuerdo a su especialización profesional–. Si es en pleno –como quedaría en el proyecto, dado su actual trámite– el presidente juega un rol pivotal relevante, si es que se alinean los consejeros de transparencia, por un lado, y los de protección de datos, por el otro.

<sup>26</sup> Art. 37, inc. 4° y ss. LT, propuesto en la reforma LPVP.

*“Asimismo, el cargo de consejero es incompatible con el desempeño de todo otro cargo o servicio, sea o no remunerado, que se preste en el sector privado. De igual forma, es incompatible con todo otro empleo o servicio retribuido con fondos fiscales o municipales, y con las funciones, remuneradas o no, de consejero, director o trabajador de instituciones, organismos autónomos nacionales o extranjeros, empresas del Estado y en general, de todo servicio público creado por ley, como asimismo, de empresas, sociedad o entidades públicas o privadas en que el Estado, sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas, tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción o, en las mismas condiciones, representación o participación. También es incompatible con cualquier otro servicio o empleo remunerado o gratuito en otros poderes del Estado.[...] El cónyuge o conviviente civil de cualquiera de los consejeros y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad inclusive, no podrán ser director ni tener participación en la propiedad de una empresa cuyo objeto o giro comercial verse sobre recolección, tratamiento o comunicación de datos personales”.*

Las modificaciones al Consejo Directivo propuestas por la reforma a la LPVP transforman considerablemente al órgano de gobierno del Consejo. Sumar un consejero permite aminorar el carácter binominalizado de la institución. Pero el rol del presidente del Consejo Directivo cambia considerablemente: si antes tenía el voto dirimente, ahora es un integrante de un pleno dividido por consejeros de duplas especializadas. Además, a diferencia de lo que actualmente dispone la LT, el presidente del Consejo es nombrado por el Presidente de la República. Si bien actualmente es una presidencia rotativa y forzosamente consensuada por la duración del mandato, la designación del presidente del Consejo no pasa por la intervención de una autoridad externa a la institución. Desde este punto de vista, sería recomendable seguir fortaleciendo la independencia institucional y evitar la injerencia externa en la designación del presidente del Consejo Directivo.

Por otro lado, el estatuto de los consejeros es sumamente robusto, de cara a garantizar la independencia de estas autoridades y precaver conflictos de intereses. A diferencia del Consejo actual, el cargo de consejero es reformulado integralmente, se explicita la dedicación exclusiva junto con una remuneración fija –que no depende de la asistencia a sesiones– y se establecen exigentes requisitos e incompatibilidades para el cargo. Este estatuto es idóneo para tener un Consejo que pueda fiscalizar y sancionar, con independencia, tanto a entes públicos como privados. Al ampliarse el universo de sujetos sometidos a la supervisión del Consejo, es necesario que el estatuto de los consejeros permita ese ejercicio independiente del cargo.

Finalmente, al establecer exigencias de especialización en materias de datos personales o transparencia, el rol del Presidente del Consejo cambia. Deja de tener un voto dirimente pero, en el caso que los consejeros se dividan en el eje transparencia/datos personales –en función de sus trayectorias y especialidades–, entonces su voto pasa a ser clave en la decisión del caso.

### **3.2 La reforma del Consejo en función de la modificación de la LT**

En el mensaje original de reforma a la LT, el Presidente de la República no efectuaba cambio alguno al Consejo Directivo. Esto se explicaba, en parte, porque las modificaciones estructurales se encuentran en la reforma a la LPVP. Por lo tanto, en la tramitación de la reforma a la LT, las autoridades del Ejecutivo se remitían al otro proyecto de ley.

Sin embargo, en el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, surgió rápidamente la necesidad de ajustar el Consejo Directivo

del Consejo para la Transparencia. Las ampliaciones de competencias que se proponen, en materia de transparencia, inevitablemente derivaron en una discusión sobre el tipo de órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la LT. Dos tipos de ampliaciones son significativas. En primer término, los órganos autónomos constitucionales pasan a ser sujetos obligados, bajo la supervisión del Consejo, respecto de obligaciones de transparencia activa<sup>27</sup>. En segundo lugar, la ampliación de la competencia del Consejo respecto de entidades privadas transforma a una institución cuya parcela de poder se limitaba al sector público<sup>28</sup>. En particular, respecto de personas jurídicas sin fines de lucro que “reciban transferencias de fondos públicos que, en su conjunto, asciendan a una cantidad igual o superior a 1.500 unidades tributarias mensuales, representativas de, al menos, un tercio de su presupuesto anual del año calendario inmediatamente anterior”. Ambas innovaciones impactan en la arquitectura original de la LT, en donde la competencia del Consejo se encuentra restringida a los órganos de la Administración del Estado.

Estas ampliaciones revivieron debates sobre el estatus del Consejo y su autonomía, especialmente porque el Tribunal Constitucional interpretó, en su momento, que dicha institución no podía dictar instrucciones generales

---

27 El proyecto de reforma a la LT elimina la frase “órganos de la Administración” para ampliar la supervisión de las obligaciones de transparencia activa, por parte del Consejo, respecto de cualquier órgano del Estado.

28 Art. Décimo Tercero LT, propuesto en la reforma LT.

“Las personas jurídicas sin fines de lucro que reciban transferencias de fondos públicos que, en su conjunto, asciendan a una cantidad igual o superior a 1.500 unidades tributarias mensuales, representativas de, al menos, un tercio de su presupuesto anual del año calendario inmediatamente anterior, deberán mantener a disposición permanente del público, en forma completa, actualizada y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito, la siguiente información:

1. Estatutos de la organización.
2. Miembros del directorio, organigrama y principales cargos ejecutivos de la organización.
3. Resumen de las actividades realizadas por la organización durante el año inmediatamente anterior a la fecha de publicación.
4. Cuadro de ingresos y gastos, con indicación expresa de los periodos en que la organización ha recibido, o no, ingresos.
5. El presupuesto y fuentes de financiamiento de la organización, con especificación de la procedencia de los recursos y del porcentaje de dicho presupuesto que corresponde a los montos recibidos mediante transferencias de fondos públicos.
6. Comodatos o concesiones de espacios públicos.

[...] Cuando se trate de una segunda infracción, el Consejo para la Transparencia deberá aplicar una multa que no podrá ser superior al 10 por ciento del monto total de transferencias de fondos públicos que el infractor haya recibido en el año inmediatamente anterior, la que podrá ser de hasta el 20 por ciento para el caso de cada reincidencia.

La falsificación intencional de información será sancionada con la prohibición de acceder a recursos públicos y/o emitir certificados de donación para exenciones tributarias.”

respecto de órganos constitucionalmente autónomos<sup>29</sup>. Pero, además, la incorporación de sujetos privados bajo la supervisión del Consejo lleva a plantearse respecto del régimen y reglas aplicables a los consejeros.

El proyecto de reforma LT fue objeto de indicaciones para ajustar algunas piezas del gobierno corporativo del Consejo. Tres cambios se introdujeron: se amplió la regla de incompatibilidades del cargo de consejero con otros cargos públicos<sup>30</sup>, se sumaron dos causales de cesación en el cargo<sup>31</sup> y se estableció un deber expreso del director general del Consejo de implementar las obligaciones de transparencia y acceso a la información pública de la institución<sup>32</sup>.

Comparado con las propuestas de reforma a la LPVP, se trata de cambios marginales y que no modifican las estructuras básicas del Consejo Directivo e impiden salvar las críticas que pesan sobre este órgano colegiado. Es efectivo que los diputados carecen de iniciativa legislativa para cambios más profundos –como la creación de uno o más cargos de consejeros o el cambio de la dieta actual– pero sí podrían robustecer las reglas de dedicación exclusiva y de prohibición post empleo. Es decir, las modificaciones introducidas en la reforma a la LT no alteran la integración par, la falta de especialización exigida para los consejeros, no incorporan la dedicación exclusiva ni una dieta fija, ni adoptan nuevos requisitos para el cargo. Además, pese a que aumentan las incompatibilidades, éstas se siguen circunscribiendo a órganos del Estado, aún cuando el proyecto de reforma a la LT amplía las competencias del Consejo a

---

29 STC R. 1051. Sobre el alcance de esta sentencia, véase a Vial, op. cit., pp. 116 y ss. (El Tribunal Constitucional entiende 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”).

30 Se propone la modificación del inciso segundo del art. 37 LT, por el siguiente: “Los cargos de consejeros son incompatibles con los de ministros de Estado, subsecretarios, delegados presidenciales regionales, delegados presidenciales provinciales y gobernadores regionales; alcaldes y concejales; consejeros regionales; Secretario General del Senado y Secretario General de la Cámara de Diputados; miembros del Escalafón Primario del Poder Judicial y el Director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial; secretario y relator del Tribunal Constitucional; fiscales del Ministerio Público y Director Ejecutivo del Ministerio Público; miembros del Tribunal Calificador de Elecciones y su secretario-relator; miembros de los tribunales electorales regionales, sus suplentes y sus secretarios- relatores; miembros de los demás tribunales creados por ley; Contralor, Subcontralor y Secretario General de la Contraloría General de la República; consejeros del Banco Central y su Gerente General; miembros del Consejo Directivo del Servicio Electoral y el Director Nacional del Servicio Electoral; funcionarios de la Administración del Estado; y, miembros de los órganos de dirección de los Partidos Políticos.”

31 Agregando las letras e) y f) en el art. 38 LT: “e) Contravención grave del principio de probidad en el ejercicio de la función pública, en conformidad a esta ley. f) Contravención de lo establecido en la letra j) del artículo 33 de esta ley.”

32 Agregando una nueva letra g) a las atribuciones del Director del Consejo, establecidas en el art. 42 LT: “g) Implementar el principio de transparencia de la función pública y el acceso a la información en el Consejo para la Transparencia.”

entidades privadas. ¿Cómo entender que la reforma a la LT siga avanzando sin cambios significativos a la estructura del Consejo Directivo?

### 3.3. ¿Cuerdas separadas? La opción legislativa de reforma del Consejo

La reforma al órgano de gobierno del Consejo está cruzada por dos mensajes del Ejecutivo, con reglas distintas previstas para el Consejo Directivo y sus integrantes y con diversos niveles de avance legislativo. Como es posible advertir de la comparación que brinda el cuadro No. 3, el peso de la modificación del Consejo Directivo está en la reforma a la LPVP, que todavía se encuentra en primer trámite legislativo en el Senado. Los cambios propuestos en la reforma a la LT, en cambio, son marginales, pero se trata del proyecto de mayor avance, ahora en segundo trámite legislativo.

Este escenario requiere evaluar si hay una estrategia legislativa clara para enfrentar el cambio y ampliación de competencias que se están proyectando para el Consejo. Las reformas al Consejo Directivo están distribuidas en dos proyectos, de manera asimétrica y sin un principio unificador o coherente, en el rediseño institucional del órgano de gobierno, respecto de las nuevas atribuciones que se le confieren al Consejo. Al tratarse de dos iniciativas de ley del Presidente de la República, sólo el Ejecutivo puede coordinar la estrategia legislativa de reforma al Consejo. ¿Cuál debiera ser el eje?

Las críticas al Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, expuestas en *supra* §2, permiten orientar su reforma –y esto con independencia si se opta por entregar las atribuciones y competencias en materia de *enforcement* de protección de datos personales–. El modelo de consejeros *part-time* o “amateurs” –como los describe García<sup>33</sup>–, es insostenible, por un lado, con la actual demanda del sistema de transparencia y acceso a la información pública y, por el otro, especialmente si se amplía y profundizan las competencias de transparencia respecto de los órganos constitucionales autónomos y entidades privadas. El estatuto de consejeros es precario y no garantiza adecuada independencia. Si además se agrega una estructura colegiada “binominalizada” que distribuye el voto dirimente del Presidente en el tiempo, no es razonable mantener esta estructura de gobierno en un órgano que debe fiscalizar –con garantías de independencia y bajo criterios técnicos– a todos los órganos del Estado (al menos respecto de los deberes de transparencia activa).

---

33 García, op. cit.

Si se decide perseverar en dotar de competencias de protección de datos personales al Consejo para la Transparencia, entonces el ajuste del gobierno corporativo que propone la reforma a la LPVP es un buen punto de partida que podría complementarse con las modificaciones de la reforma a la LT (en materia de causales de cesación en el cargo y las agregaciones a la regla de incompatibilidad). Sin embargo, en ambos proyectos de reforma se omite una regla de prohibición post empleo (o de freno a la “puerta giratoria” entre regulador y regulado). En este punto, si bien el proyecto de reforma a la LPVP sigue de cerca el modelo de la CMF, llama la atención que no incorpore un equivalente al artículo 29 de la Ley 21.000:

“Una vez cesados en sus cargos, y por el plazo de seis meses, tanto los excomisionados como los exfuncionarios de la Comisión no podrán prestar ningún tipo de servicio, sea de forma gratuita o remunerada, ni adquirir participación en la propiedad de entidades respecto de las cuales, dentro de los doce meses anteriores al cese en sus funciones, hayan, de forma específica, personal y directa, emitido actos, resoluciones o dictámenes; participado en sesiones del Consejo en las que se hubiere adoptado algún acuerdo o resolución a su respecto; o hayan intervenido en los procedimientos administrativos, finalizados o no, que produjeron o producirán dichos actos administrativos [...]”

Una regla de este tipo precave la captura regulatoria y fortalece la integridad de la decisión del órgano público, en pos del interés público de su actuar<sup>34</sup>. Nuevamente, este tipo de mejora en la estructura de gobierno del Consejo es recomendable cuando se amplían las competencias de transparencia respecto de privados, como en el caso de la reforma a la LPVP, en donde un universo importante de sujetos obligados son los privados responsables del tratamiento de datos personales.

#### **4. Algunas conclusiones**

A partir de la revisión de los principales contenidos de los proyectos de reforma aquí expuestos, no es posible explicar con claridad la opción legislativa del

---

<sup>34</sup> Che, Yeon-Koo, “Revolving doors and the optimal tolerance for agency collusion”, En *RAND Journal of Economics* 26(3), 1995; p. 23. Barkow, Rachel E., “Insulating agencies: Avoiding capture through institutional design”, En *Texas Law Review* 89, 2010, p. 23.



Presidente de la República, respecto al cambio de la estructura del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia. La reforma del Consejo Directivo descansa, sustantivamente, en la reestructuración que se hace con fines de cambiar la naturaleza del órgano a una autoridad de protección de datos personales. Por ello, la reforma a la LPVP es la que contiene las propuestas centrales de cambio del órgano de gobierno del Consejo. Sin embargo, y de forma paralela, el Ejecutivo está modificando el alcance de las competencias del Consejo en materia de transparencia y acceso a la información en el proyecto de reforma a la LT, sin una modificación de la estructura del Consejo Directivo, sólo marginalmente forzada por indicaciones de diputados. Ambas iniciativas debiesen responder a un diseño coherente que consolide la independencia institucional, favorezca la especialización funcional y refuerce la autonomía de los consejeros en su estatuto de autoridad.

Si los proyectos siguen avanzando a ritmos distintos, con diferentes grados de consenso sobre las misiones que debe cumplir el Consejo para la Transparencia, entonces es altamente probable que se alcancen resultados contradictorios entre las reformas de transparencia y protección de datos personales. En este punto, es recomendable explicitar las prioridades de la política pública, fijar con claridad los fines de las reformas y proponer un rediseño del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia que se encuentre alineado con estos objetivos y sea coherente para fortalecer la institución. De lo contrario, se corren riesgos de reformar un Consejo que no pueda cumplir adecuadamente sus nuevas tareas, manteniendo los déficits originales en su diseño.



# NUEVA LEY DE MIGRACIONES Y SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿HASTA DÓNDE LLEGA LA PROTECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN CUANDO SE ES MIGRANTE EN CHILE?

*Martín Canessa Zamora*<sup>1</sup>

*Tomás Greene Pinochet*<sup>2</sup>

*Francisca Vargas Rivas*<sup>3-4</sup>

## Resumen

El presente trabajo analiza algunos aspectos de las dos sentencias del Tribunal Constitucional que se dictaron en el marco del control preventivo de la nueva Ley de Migración y Extranjería chilena, correspondiente a los roles 9930-2020 y 9939-2020. Se plantea que el Tribunal Constitucional logra efectivamente mejorar, desde una visión de protección de derechos fundamentales, el proyecto de ley; pero que no aborda, en verdad, el fenómeno de la movilidad humana desde el reconocimiento, protección y promoción íntegros de estos derechos de las personas extranjeras, admitiendo tácitamente la existencia de un trato diferenciado entre personas nacionales y extranjeras.

## 1. Un “enfoque de derechos” que reprueba el examen de constitucionalidad

Hasta el año 2021, Chile tenía la ley de migraciones más antigua de toda la región. Durante el primer mandato del Presidente Sebastián Piñera se presentó un proyecto de ley de migración y extranjería (Boletín 8970-06), con el objetivo de actualizar nuestra normativa migratoria, el cual fue objeto de diversas críticas por mantener la seguridad nacional como foco para el abordaje del fenómeno

<sup>1</sup> Abogado. Docente en Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Abogado de la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado.

<sup>2</sup> Abogado, magíster en Derecho (LLM) con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Jefe del Área Jurídica de la Fundación Servicio Jesuita a Migrantes.

<sup>3</sup> Abogada, magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional, Universidad Diego Portales. Docente y Directora de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, Universidad Diego Portales.

<sup>4</sup> Agradecemos el apoyo de las ayudantes de investigación Daniela Cerón y Nadia Marchant, quienes contribuyeron enormemente con los insumos para el presente trabajo.

migratorio<sup>5</sup>. El proyecto, que ingresó en junio de 2013, se mantuvo sin movimientos entre 2014 y 2018, cuando fue impulsado nuevamente y sufrió algunos cambios en relación con la primera versión, en virtud de diversas indicaciones.

La tramitación del proyecto, que gozó de urgencia por parte del Ejecutivo, no estuvo exenta de críticas, especialmente por parte de organizaciones de la sociedad civil. Preceptos importantes de la normativa fueron objeto de intensa discusión (como la prohibición de cambio de calidad migratoria, una posible visa de oportunidades laborales en frontera que fue rechazada por votación estrecha y las normas sobre regularización extraordinaria) y varios terminaron siendo discutidos en una Comisión Mixta. Finalmente, el proyecto fue despachado por el Congreso el 15 de diciembre de 2020.

Un día antes de su despacho, un grupo de 41 diputadas y diputados presentó un requerimiento de inconstitucionalidad, impugnando 14 preceptos del entonces proyecto de ley. El 29 de enero de 2021 – luego de haber recibido alegatos de los diputados y del Gobierno, diversos escritos de *amicus curiae* y argumentos de la sociedad civil en audiencias públicas – el Tribunal Constitucional dictó sentencia bajo el rol 9930. En ella, declaró inconstitucionales 7 de los 14 preceptos impugnados, 5 de los cuales se corresponden exactamente con lo solicitado por los requirentes. Así, fueron declaradas inconstitucionales las siguientes disposiciones:

a. La expresión “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular”, contenida en el inciso 2° del artículo 27, referido a los motivos para imponer un requisito de visa consular de turismo a los nacionales de un determinado Estado. Estuvieron por acoger el reclamo las ministras y ministros Aróstica, García, Letelier, Pozo, Vásquez, Silva y Pica. Por el rechazo, Brahm, Romero y Fernández.

b. La segunda parte del inciso 8° del artículo 117, referida a la sanción a empleadores reincidentes en la contratación de trabajadores sin autorización para desarrollar actividades remuneradas. Estuvieron por acoger las ministras y ministros Brahm, Aróstica, Romero, Letelier, Vásquez y Fernández. Votaron por el rechazo García, Pozo, Silva y Pica<sup>6</sup>.

5 Olea, Helena, *Refugiados en Chile: análisis de la Ley 20.430 y su reglamento* en Coddou, Alberto (ed.), *Informe anual 2012*, (Universidad Diego Portales), 2012, pp. 111-130.

6 Esto, en línea con la jurisprudencia que el Tribunal ha desarrollado respecto de la sanción accesoria de

c. El artículo 132 íntegramente, referido al retorno asistido de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) que ingresaran al país sin cumplir con los requisitos legales. La votación por acoger fue unánime.

d. La frase “por un plazo que no puede ser superior a setenta y dos horas” del inciso 1° y la expresión que va desde “el afectado por una medida” y hasta “Posteriormente,” del inciso 2°, ambas del artículo 135, relativo al plazo para mantener privadas de libertad a las personas extranjeras que son sometidas a procedimientos administrativos de expulsión. La votación respecto de la expresión del inciso 1° fue unánime. Respecto del inciso segundo, solamente votó por rechazar la impugnación el ministro Aróstica.

e. El inciso 4° del artículo 137, en la frase “podrá ser de hasta treinta años”, referente a prohibición de ingreso fijada por el Subsecretario del Interior al momento de disponer la expulsión del territorio nacional de personas extranjeras por razones calificadas. Estuvieron por acoger las ministras y ministros Aróstica, García, Pozo, Vásquez, Silva y Pica. Por rechazar, Brahm, Romero, Letelier y Fernández.

f. La segunda parte del inciso 1°, que va desde la expresión “La pérdida de la categoría migratoria de residente” y hasta el punto final, junto con el inciso 2°, ambos del artículo 175 sobre avecindamiento relacionado con el derecho a sufragio de las personas extranjeras. Respecto del inciso primero, sólo votó por el rechazo el ministro Aróstica. Respecto del segundo, los ministros Aróstica y Letelier.

g. El numeral 17° del artículo 176, que intercala en el Decreto Ley N°321 de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, un artículo 2° bis nuevo, que restringía el derecho de las personas extranjeras a optar a este beneficio en ciertos casos. Respecto de los incisos primero y segundo del nuevo artículo 2°bis, votaron por acoger Brahm, García, Letelier, Vásquez, Silva, Fernández y Pica; y por rechazar, Aróstica, Romero y Pozo. En el caso del inciso tercero, sólo estuvo por el rechazo el ministro Juan José Romero.

---

prohibición de contratación con el Estado contenida en el artículo 4° de la Ley N°19.886. La sentencia inaugural de esta jurisprudencia se encuentra en el rol N°3570. Para fallos más recientes, con la integración actual del Tribunal (y el 6-4 recurrente en la materia), véase a modo ejemplar el rol N°8294.

En paralelo al requerimiento del grupo de diputadas y diputados, el proyecto también fue remitido al Tribunal Constitucional para que ejerciera control preventivo obligatorio de constitucionalidad respecto del artículo 142 del proyecto de ley, referido al recurso judicial para impugnar medidas de expulsión. Así, el 1 de abril de 2021 el Tribunal dictó sentencia en la causa rol 9939, resolviendo que el artículo en cuestión adolecía de inconstitucionalidades relativas al artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental (lo que será abordado en profundidad en el cuerpo de este trabajo). Asimismo, se pronunció sobre otros artículos que abordaban materias propias de una ley orgánica constitucional – los artículos 169, 175 inciso primero, primera parte y 176 N°1 y 13, del proyecto – declarándolos constitucionales.

La ley fue finalmente publicada el 20 de abril del año en curso, con el número 21.325.

## **2. Un control de constitucionalidad de exigencia variable. Dificultades para analizar las sentencias en comento.**

Ambas sentencias del Tribunal Constitucional constituyen una mejora al proyecto de ley, específicamente a su deficiente “enfoque de derechos”. En efecto, el sustento de la declaración de inconstitucionalidad de cada uno de los 7 preceptos nombrados fue la vulneración de derechos fundamentales. Así, la ley publicada es *más respetuosa* de los derechos de las personas migrantes que lo que proponía el proyecto.

Con todo – y a pesar del efecto positivo que las sentencias del Tribunal tienen sobre el resultado final de la tramitación legislativa – nos parece que no representan un avance sustantivo en materia de reconocimiento y protección constitucional de los derechos de las personas migrantes, ni un precedente particularmente memorable, salvo declaraciones aisladas. Ello, en un doble sentido.

Por un lado, la sentencia del Tribunal Constitucional fue pronunciada con alta dispersión de votos. Así, la expresión del parecer de la mayoría (redactada por los ministros García y Letelier, con evidentes desacuerdos) es seguida por una serie de prevenciones y disidencias, algunas de carácter general y otras más particulares. Es difícil establecer criterios comunes, incluso en las declaraciones de inconstitucionalidad que gozaron de unanimidad (como los artículos 132, 135 y 142 del proyecto), toda vez que las ministras y ministros parten su análisis de marcos doctrinarios completamente diferentes. Este artículo intentará abordar el problema, dibujando líneas comunes donde las haya y mostrando las divergencias donde no.

Por otro lado, la dispersión de votos y la diferente configuración de mayorías para uno y otro precepto, llevó a que a lo largo de la sentencia se aplicaran controles de muy diversa intensidad. Así, por ejemplo, veremos que al estar en juego los derechos de NNA, la mayoría del Tribunal Constitucional aplicó una exigencia de suficiente densidad normativa coherente con el criterio jurisprudencial y doctrinario desarrollado en otras sentencias, a propósito de la igualdad y la reserva legal. En cambio, respecto de prohibiciones de ingreso (artículo 33) o causales indeterminadas de expulsión (artículo 133), se rehusó a utilizar el mismo estándar de control. Por el contrario, en el análisis de estas y otras normas, la mayoría del Tribunal pareciera haber hecho suya la visión securitista expresada por legislador frente a las migraciones.

Incluso existen contradicciones entre los considerandos introductorios que, en teoría, se proponen expresar un parecer común como punto de partida para el examen posterior, y las argumentaciones que le siguen. Así, por ejemplo, se afirma la igual dignidad y goce de derechos fundamentales de todas las personas, incluidas las extranjeras, enfatizando el uso de esta voz en lugar de “todos los habitantes” (STC 9930, cc. 6°, 10°, 11°), inclusive la libertad personal (cc. 16° a 21°). Pero luego, en abierta oposición, se resuelve que la titularidad del derecho a la libre circulación está sujeta al “ingreso legal” al país (c. 26°). Este tipo de problemas se replica a lo largo de diversos capítulos de la larga sentencia.

En este sentido, nos parece que la reticencia del Tribunal Constitucional de aplicar, de manera pareja y consistente, un estándar elevado de escrutinio a todas las normas restrictivas de derechos sometidas a su control, es indiciaria de una protección menos intensa aplicable a las personas migrantes (contra lo establecido en los artículos 1°, 5° y 19 de la Constitución). Lo anterior es particularmente grave ante la realidad de creciente movilidad humana (vivimos en un país con 1,5 millones de personas extranjeras<sup>7</sup>) y de aumento de discursos anti-inmigración, que llegan a criminalizarla hasta límites falaces. Frente a ello, la aplicación de estándares disímiles no sólo impidió que el Tribunal subsanara grandes falencias de la ahora ley que fueron sometidas a su control, sino que evitó que la sentencia se alzara como un verdadero hito en la defensa de los derechos humanos de las personas migrantes<sup>8</sup>.

7 Instituto Nacional de Estadísticas, *Migración Internacional. Evolución, Datos, y Desafíos Futuros*, 8 de octubre de 2020, disponible en: [https://www.ine.cl/docs/default-source/prensa-y-comunicacion/conferencia-ciudadana-migraci%C3%B3n.pdf?sfvrsn=885527fa\\_2#:~:text=Se%20estimaron%201.492.522%20personas,31%20de%20diciembre%20de%202019](https://www.ine.cl/docs/default-source/prensa-y-comunicacion/conferencia-ciudadana-migraci%C3%B3n.pdf?sfvrsn=885527fa_2#:~:text=Se%20estimaron%201.492.522%20personas,31%20de%20diciembre%20de%202019)

8 Esto no implica desconocer que, en todo caso, la legislación ahora publicada adolece de problemas estructurales que, por su naturaleza y por ser de competencia exclusiva del legislador, el Tribunal jamás

En las siguientes páginas intentaremos abordar algunos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al controlar el proyecto de ley (roles 9930 y 9939), precisamente bajo la premisa de que las sentencias desarrollan una diferencia entre nacionales y extranjeros que alcanza, a veces, incluso la titularidad de los derechos humanos y fundamentales, entendiéndolas como una subcategoría de seres humanos. Desde allí, se pretende mostrar cómo, si bien esta judicatura mejoró el contenido del proyecto de ley a través de las dos sentencias referidas, no abordó, en verdad, el fenómeno de la movilidad humana desde una óptica de reconocimiento, promoción y protección integral de los derechos fundamentales de las personas extranjeras.

### 3. Migración e igualdad ante el TC: ¿La Constitución asegura a todas las personas?

Prácticamente todo lo discutido ante el Tribunal Constitucional (y, por ende, lo resuelto en la sentencia analizada) interactúa en mayor o menor medida con el derecho a la igualdad y a la no discriminación. En efecto, la comprensión amplia de este derecho, así como la profundización de sus diferentes dimensiones y aristas, a nivel jurisprudencial y doctrinario, ha erigido esta garantía como piedra angular del Estado democrático de derecho contemporáneo<sup>9</sup>. Tal es su importancia, que cierta jurisprudencia internacional ha sugerido su categoría de *ius cogens*<sup>10</sup>. Así, la proscripción constitucional de la discriminación arbitraria fue siempre el telón de fondo en la deliberación del Tribunal.

Precisamente, toda legislación migratoria se basa, por su propia naturaleza, en una distinción entre nacionales y extranjeros. Este hecho, sin embargo, no significa que la nacionalidad deje de constituir una categoría

---

iba a poder resolver, como por ejemplo, el sistema de visados consulares que en sí mismo arriesga acarrear un aumento de la irregularidad migratoria y los ingresos por pasos no habilitados al país. En este sentido, véase: Vargas, Francisca, *Una ley de migraciones con enfoque de Derechos Humanos* en Vial, Tomás (ed.), *Informe anual 2012*, (Universidad Diego Portales), 2012, pp. 502-505.

9 Al respecto, se ha argumentado que “la igualdad es una de las nociones más importantes del constitucionalismo occidental. Ella no sólo sirve de fundamento al régimen democrático de gobierno, sino que también se constituye en una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico. Más aún, en la actualidad, los más diversos conflictos jurídicos tienden a formularse, al menos parcialmente, en torno a exigencias de igualdad” (Díaz de Valdés, José Manuel, *Igualdad Constitucional y No Discriminación*, (Tirant Lo Blanch), 2019, pp. 31-32.). Coherente con este rol, debe destacarse que prácticamente todas las Constituciones del mundo contemplan un derecho a la igualdad, existiendo diferencias importantes entre si se estatuye también como principio/valor, y respecto de qué dimensiones de la igualdad protegen (véase Coddou, Alberto, *Igualdad y no discriminación*, en Muñoz, Fernando y Ponce de León, Viviana (eds.), *Conceptos para una nueva Constitución*, (DER Ediciones), 2020, pp. 211-232.

10 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados”. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párrafo 173.4.



sospechosa de discriminación<sup>11</sup>, ni mucho menos que pueda utilizarse para realizar cualquier diferenciación, mientras se mantenga en el espacio de “lo migratorio”<sup>12-13</sup>. Todo lo contrario, justamente por constituir una categoría sospechosa, su uso debe sobrepasar siempre un escrutinio estricto, respondiendo a razones suficientes.

Lo anterior es reforzado por el hecho de utilizarse para restringir el ejercicio de otro derecho fundamental (adicional a la igualdad): la libertad personal. De este modo, el derecho a la igualdad y la no discriminación se traduce en la necesidad del legislador de satisfacer parámetros de razonabilidad y proporcionalidad para limitar legítimamente otro derecho. En ese ejercicio, la jurisprudencia constitucional ha ido demarcando una frontera tras la cual la discrecionalidad administrativa (en principio autorizada y constitucionalmente admisible) se transforma, por exceso, en espacio para la arbitrariedad<sup>14</sup>.

Esta dimensión de la igualdad, como exigencia de razonabilidad, dio lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la frase “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular”, contenida en el artículo 27 inc. 2° del proyecto de ley<sup>15</sup> y del plazo especial de

11 Las categorías sospechosas de discriminación se han construido tradicionalmente a partir de lo establecido en el artículo 2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que explícitamente nombra el “origen nacional” como una categoría en base a la cual no es legítimo hacer distinciones respecto de la titularidad de los Derechos Humanos. De acuerdo con los profesores García y Contreras, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado criterios interpretativos transversalmente citados que implican, respecto de la nacionalidad, que su “regulación puede ser admisible bajo ciertas circunstancias, transformándose su examen en un escrutinio exigente y con un estricto deber de probar su fundamento disímil” (Gonzalo García y Pablo Contreras (2014) *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 55, p.284). Es decir, la sospecha de discriminación no impide su uso, pero sí acarrea la necesidad de someterlo a un escrutinio estricto.

12 Esto ha sido reconocido con anterioridad y de manera expresa por el propio Tribunal Constitucional, resolviendo precisamente un requerimiento de inaplicabilidad en materia migratoria (Tribunal Constitucional, Rol 2273-2012, 4-07-2013, C. 30°)

13 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados”. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párrafo 172.

14 Sin ser este el espacio para ahondar en lo antes dicho, al menos desde 2001 el Tribunal Constitucional ha señalado que las normas restrictivas de derechos fundamentales deben ajustarse a los requisitos de suficiente “determinación” y “especificidad”, para cumplir conjuntamente con la garantía de la reserva legal (19 N°26) y con la prohibición de la arbitrariedad (19 N°2) (Tribunal Constitucional, Rol 325-2001, 26-06-2001 y, en sentido similar, Rol 1341-2009, de 16-04-2010, y Rol 3770-2017, de 18-10-2018).

15 Así, la mayoría del Tribunal consideró que “su estructura indeterminada transforma la discrecionalidad máxima en arbitrariedad, afectando el artículo 19, numeral 2° de la Constitución” (Tribunal Constitucional, Rol 9930-2020, 29-01-2021, c. 58°). Para sustentar esta posición, observan que “personas que se encuentran en una misma situación, recibirán un trato diferente por lo que hicieron terceras personas, sobre las cuales no podían ejercer ningún tipo de control. Justamente esto refleja la irrazonabilidad de la frase impugnada” (ibíd., c. 60°). También se aplicó un test de proporcionalidad a la medida, impugnando derechamente su idoneidad.

prohibición de ingreso que podía imponer el Subsecretario del Interior luego de ejercer la facultad del artículo 133<sup>16</sup>. También fue el parámetro propuesto por los requirentes para controlar la causal de expulsión del artículo 127 N°6, por imponer una exigencia desproporcionada de veracidad en todo momento y lugar<sup>17</sup>.

Con todo, el análisis que sigue se centrará en la interacción del derecho a la igualdad con otros derechos: el acceso a la justicia, los derechos de niños, niñas y adolescentes, la libertad personal y los derechos de ciudadanía (en especial, el derecho a sufragio). En particular, revisaremos: (3.1) la declaración de inconstitucionalidad del retorno asistido de NNA; (3.2) la declaración de inconstitucionalidad de la revisión en única instancia y en cuenta del recurso especial de reclamación contra órdenes de expulsión; (3.3) la declaración de constitucionalidad de la facultad del Subsecretario del Interior para expulsar discrecionalmente a extranjeros, fuera de las causales legalmente determinadas; (3.4) la declaración de inconstitucionalidad de la privación de libertad por un plazo de 72 horas con la finalidad de materializar expulsiones; y (3.5) la declaración de inconstitucionalidad de la restricción del derecho a sufragio de las personas extranjeras.

Las páginas siguientes abordarán estos derechos desde una perspectiva amplia, en concordancia con el principio *pro homine* aplicable al orden de los derechos humanos y fundamentales. Así, hemos querido referirnos al acceso a la justicia entendiéndolo no solo como el acceso a la prestación jurisdiccional o a un recurso judicial efectivo, sino también como un acceso al derecho mismo y a su protección<sup>18</sup>. En sentido análogo, el derecho a la libertad personal será tratado bajo el contenido que le otorga la Constitución actualmente

---

16 Sobre este punto, la mayoría consideró que no se justificaba que el Subsecretario, por el sólo hecho de ser él quien aplicara la sanción, pudiera exceder 5 años del límite máximo establecido en el resto del articulado: “Ese salto es gratuito en cuanto garantía material puesto que se disocia de conducta alguna y significa una imposición de una sanción adicional por que sí. En consecuencia, el modo en que se produce dicha consideración, al carecer de fundamento racional, produce un efecto desproporcionado que configura la violación del artículo 19, numeral 2° de la Constitución” (Tribunal Constitucional, Rol 9930-2020, 29-01-2021, c. 123°).

17 La norma fue declarada constitucional por 6 votos a 4. En la disidencia conjunta de los ministros García y Pozo y de la ministra Silva, se invoca la falta de razonabilidad en la exigencia de “veracidad en todo momento y lugar” (Tribunal Constitucional, Rol 9930-2020, 29-01-2021, disidencia de los ministros García, Pozo y Silva, c. 27°), la ausencia de proporcionalidad de la sanción en relación con la conducta (ibíd. c. 28°), y el exceso de discrecionalidad que se transforma en arbitrariedad (ibíd. c. 30°), para sustentar su voto por acoger la impugnación. El ministro Pica suscribe parámetros similares de control.

18 Cançado, Antonio, *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*, (Librotecnia), 2012, citado en Bernales Rojas, Gerardo, “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos” en *Revista Ius Et Praxis*, (Universidad de Talca), 2019, pp. 277-306.

vigente, abordando también los derechos a entrar y salir, residir, permanecer y circular dentro del territorio nacional<sup>19</sup>.

### 3.1. Retorno asistido de NNA

El artículo que fuera impugnado del proyecto de ley, refería a la situación del ingreso al país de NNA no acompañados/as, es decir, de personas menores de edad que ingresaran al país sin encontrarse custodiados por su padre, madre o cuidador/a o no contara con la autorización de las personas competentes o del tribunal que corresponda, para salir del país. Allí se establecía que estas personas no serían expulsadas, pero que podrían ser sujetos de un procedimiento de retorno asistido, dejando en manos del reglamento de la ley las condiciones bajo las cuales se implementaría este procedimiento.

En el artículo se indicaba que tanto en la decisión como en el procedimiento mismo se privilegiaría el interés superior del niño y la niña y su situación de vulnerabilidad.

Extrañamente, el artículo planteaba como respuesta a una situación de extrema vulnerabilidad, como es la migración no acompañada de una persona menor de edad – fenómeno ampliamente estudiado en materia de movilidad humana mundial –, el retorno de ese niño o niña a su país de origen o de procedencia, siguiendo un procedimiento sumario (máximo 3 meses, indicaba la norma). Tampoco explicitaba el órgano que se encargaría de velar por su interés superior, y dejaba la regulación del procedimiento de algo tan complejo al total arbitrio de la autoridad administrativa de turno, mediante un reglamento.

El Tribunal Constitucional señala en su considerando centésimo sexto:

“CENTÉSIMO SEXTO. Que, el precepto impugnado es de baja densidad normativa, en circunstancias que incide en un derecho fundamental, como es la libertad personal y la seguridad individual, de personas especialmente vulnerables, como son los NNA no acompañados. En efecto, no señala cuáles son las causales que autorizan la excepción a la regla general, de conformidad con

19 Tal y como lo consagra el artículo 19 N°7 letra a) de la Constitución Política de la República de Chile. En el lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos, este derecho englobaría los derechos a la libertad personal y a la libre circulación. La titularidad de ambos, bajo la Constitución actual, es más generosa que bajo la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, con la notable excepción de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

la cual los NNA no acompañados no pueden ser expulsados. En segundo término, no identifica con precisión cuál es la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes. Tercero, encomienda todo el procedimiento de retorno asistido a un reglamento, no obstante, la reserva legal en materia de libertad personal y seguridad individual (artículo 19 N°7 letras a) y b) de la Constitución). Por último, no contempla clara e indubitadamente la intervención de los tribunales de justicia para efectos del control de la actividad administrativa.”

Indica posteriormente que son los tribunales de familia los competentes para determinar el interés superior de cada niño y niña en situación de vulnerabilidad respecto a sus derechos, y termina por declarar inconstitucional la norma completa, excluyéndola de la nueva ley. Lo hace por no cumplir “con el estándar nacional respecto de la protección de los NNA en general” ni con “el estándar internacional en materia de NNA no acompañados en proceso de migración”. Además, por contravenir el artículo 19 N°7 de la Constitución, sobre libertad personal y seguridad individual, específicamente la reserva legal, en el sentido de dejar al reglamento aquello que corresponde a la ley, y el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental, por cuanto se afectaba el derecho a una tutela judicial efectiva.

Nos parece que el Tribunal Constitucional aplica correctamente los criterios enunciados y, de hecho, esta parte del fallo resulta probablemente la más elevada en lo que respecta a estándares de protección de los derechos humanos. Sin embargo, también es cierto que con ocasión del mismo requerimiento, el Tribunal pudo velar por una protección integral de NNA y no lo hizo. Por ejemplo, declaró constitucional el artículo 16 del otrora proyecto de ley, referido a las prestaciones de seguridad social y la necesidad de estar a lo menos 2 años en calidad de residentes para acceder a ellas; a pesar que, de la lectura del mismo, aparece la exclusión de NNA de ciertos beneficios que solo pueden obtener a través de sus padres – quienes estarían excluidos de la posibilidad de acceder a estas prestaciones – y que no pueden ser solicitados directamente por ellos/as<sup>20</sup>.

20 Así lo advirtió la Defensoría de la Niñez en un escrito de *amicus curiae* que hizo llegar al Tribunal durante la tramitación del requerimiento. En su análisis, la Defensoría hace presente al Tribunal que “la universalidad que establece el inciso primero sería una excepción a la que, en definitiva, el artículo consagra como regla general en la materia, tanto por la restricción respecto de las y los adultos migrantes, así como también por la imposibilidad de cumplimiento de lo dispuesto en su inciso final, dejando

Así, se evidencia que, respecto del retorno asistido, el Tribunal Constitucional aplicó un estándar alto de escrutinio, basándose en la exigencia de suficiente densidad normativa; pero luego, al examinar la restricción de otro derecho que también afecta a NNA, relaja el estándar y permite la distinción entre nacionales y extranjeros, a la que subyace una diferencia en cuanto a la titularidad de derechos fundamentales.

### 3.2. Recurso judicial contra órdenes de expulsión

El antiguo artículo 142 del que fuera el proyecto de ley de migración y extranjería (hoy, artículo 141 de la Ley N° 21.325, con las supresiones que se indican), establecía:

“Artículo 142.- Recurso judicial. El afectado por una medida de expulsión podrá reclamar por sí o por cualquier persona en su nombre, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, dentro del plazo de diez días corridos, contado desde la notificación de la resolución respectiva.

Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte de Apelaciones respectiva fallará la reclamación en única instancia, en cuenta. La causa será agregada extraordinariamente a la tabla más próxima, gozando de preferencia para su vista y fallo, debiendo resolver el asunto dentro de tercero día. Su interposición suspenderá la ejecución de la orden de expulsión.

Los extranjeros afectados por una medida de expulsión tendrán derecho a la defensa jurídica a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial, en igualdad de condiciones que los nacionales, de conformidad a las normas que las regulan.”

Aquí se consagraba un recurso judicial específico en contra de órdenes de expulsión, a ser presentado ante las Cortes de Apelaciones del país, el cual se vería *en cuenta* y sería resuelto en *única instancia*.

El Tribunal Constitucional, pronunciándose sobre la constitucionalidad de

---

en una situación de indefensión a los niños, niñas y adolescentes en contexto de migración internacional”, puesto que “[t]oda restricción de derechos sea por ley o a través de facultad reglamentaria, que se imponga en el acceso de cualquier derecho a los adultos, afecta el acceso de parte de los niños, niñas y adolescentes que están a su cargo” (Defensoría de la Niñez (2021) Oficio N° 27 que “Remite Opinión técnica sobre materias de competencia de la Defensoría de la Niñez en causa N° 9930”). La opinión fue incorporada al Cuaderno Separado de la causa Rol N° 9930, a fojas 179-189.

este artículo, declaró que eran inconstitucionales las frases “en única instancia” y “en cuenta”. La primera, pues las garantías constitucionales de debido proceso exigen que las personas tengan derecho a reclamar de una resolución dictada por un tribunal inferior y, la segunda, por cuanto el mandato constitucional de razonabilidad y justicia implica que las personas puedan presentar sus alegaciones en aquellos casos en que pueda haber un efecto negativo de gran envergadura, como es el caso de las expulsiones del país. Esto evitaría errores en que podrían incurrir jueces y juezas si se prescinde de la relación y los alegatos.

Nos parece que el Tribunal Constitucional acierta en este punto, pues todas las personas merecen acceder a todas las garantías de un justo y racional procedimiento. Dentro de ellas, el derecho a ser oído y el derecho a revisión resultan especialmente importantes.

Respecto del análisis realizado sobre la frase “en única instancia”, comparemos el argumento central del Tribunal, aunque no todas sus razones. Así, estamos en desacuerdo con el Tribunal Constitucional cuando señala que un recurso de este tipo podría ser de única instancia, si se tratara de “un asunto que ha de ser conocido por una alta corte de justicia actuando colegiadamente”, siempre y cuando el mismo no fuera visto en cuenta. En efecto, en el considerando cuadragésimo segundo, el Tribunal Constitucional desecha la única instancia *al unirla con la vista de la causa en cuenta*, lo que nos lleva a pensar que, quizás, hubiera permitido la única instancia si es que el artículo de base hubiera contemplado un recurso judicial que se analizara en relación.

Esta no es, por supuesto, la primera vez que el Tribunal Constitucional tiene ocasión de pronunciarse sobre el derecho al recurso. Así, en una sentencia reciente, resolvió, por un lado, que el derecho al recurso es parte del debido proceso constitucionalmente consagrado y, por otro, que bajo ciertas circunstancias puede limitarse, para lo cual debe realizarse una ponderación entre la celeridad de los procesos y este derecho<sup>21</sup>. Aquí se trataba de un análisis sobre el recurso de casación, de modo que, en estricto rigor, no estaba en juego el acceso al recurso (el Auto Acordado impugnado permite la apelación), si no el acceso a *un recurso* específico y, a través de este, el acceso a la Corte Suprema.

---

21 Tribunal Constitucional, Rol 5570-2018, 14-03-2019, especialmente en los considerandos 32° y 34°. Sin perjuicio de que es una sentencia en que la mayoría estuvo por rechazar el requerimiento, la disidencia de la ministra Brahm y los ministros Letelier y Fernández (que votaron por acoger, abriendo la puerta a la casación) funda su parecer en un desacuerdo con la ponderación realizada por la mayoría. Así, los criterios aplicados resultan los mismos, pero, en este caso específico, la minoría considera que “la celeridad puede alcanzarse mediante otros mecanismos procesales más idóneos, o sea, menos intrusivos en los derechos de las partes” (ibid., disidencia de los ministros Brahm, Letelier y Fernández, c. 7°).

Adicionalmente, el criterio determinante para la ponderación en favor de la restricción respondía a la necesidad de celeridad en el procedimiento de sustracción internacional de niños y niñas, el que requiere rapidez, tanto por su esencia como por disposiciones de un tratado internacional<sup>22</sup>. Anteriormente, y en línea similar, el Tribunal había señalado que “el derecho al recurso no debe entenderse como sinónimo del derecho al recurso de apelación”<sup>23</sup>.

Comparando ambos parámetros de control, habría que preguntarse cuál sería la razón, en el caso de la medida de expulsión, que podría llevar a la ponderación entre celeridad y derecho al debido proceso. La respuesta es clara: no existe ninguna razón constitucionalmente admisible, pues no hay necesidad de que el proceso sea llevado a cabo rápidamente si ello implica que la persona no pueda defenderse como debe frente a la sanción más gravosa dentro del ordenamiento jurídico migratorio, que implica no solo una limitación grave, sino una privación del derecho a la libertad personal. Si el Tribunal Constitucional hubiera señalado que procedía un recurso de única instancia en caso de verse la causa en relación, creemos que habría incurrido en una discriminación arbitraria respecto a las personas migrantes, pues no hay ningún motivo razonable ante la cual el derecho al recurso deba ponderarse y ceder.

Con todo, nos parece que el parámetro de control que separa el derecho al recurso del recurso de apelación (sustantivamente entendido como revisión de los hechos y el derecho) es deficiente, especialmente en relación con el desarrollo internacional de este derecho humano fundamental. Es importante recordar que los estándares interamericanos en la materia implican el derecho a la doble instancia (artículo 8 numeral 2, letra h) y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que es un derecho de la persona el que “una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía”<sup>24</sup>. Esto no admite dobles interpretaciones: la apelación, a lo menos cuando estamos frente a una decisión que puede afectar un derecho humano, sí forma parte del derecho al recurso o a la doble instancia, y por lo tanto, es parte del derecho a un debido proceso o a un justo y racional procedimiento.

---

22 Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, 25 de octubre de 1980.

23 Tribunal Constitucional, Rol 1443-2010, 26-08-2010, c. 17°.

24 Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2-07-2014, párrafo 158 y Corte IDH, Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25-04-2018, párrafo 255.

En cuanto al estándar planteado por la Corte IDH, si bien en una primera lectura podría parecer aplicable sólo a una condena penal, desde la lógica de que las garantías del debido proceso son aplicables a todo procedimiento que implique decisiones de cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que puedan tener una afectación sobre los derechos humanos de una persona<sup>25</sup>, la doble instancia sería también aplicable a un proceso judicial no penal<sup>26</sup> en que se decida algo tan grave como la expulsión del territorio nacional. Ello, a su vez, es coherente con la aplicación (con algunos matices) de las garantías penales al ámbito del derecho administrativo sancionador, en tanto manifestación del *ius puniendi*. Es más, dado que la naturaleza de la sanción de expulsión corresponde a la privación de parte esencial de la libertad personal, esta se encuentra especialmente cerca de la sanción penal (retomaremos este punto en 3.4, a propósito de un voto particular del ministro Aróstica).

En otro orden de ideas, respecto a la frase “en cuenta”, resulta relevante que dentro de los estándares interamericanos se consagra el derecho a la defensa en todas sus aristas, lo que incluye el derecho a ser oído y por tanto presentar alegaciones - vista en relación - (artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH).

Adicionalmente, nos parece que el Tribunal Constitucional debió haberse pronunciado sobre el breve plazo de 10 días corridos que tienen las personas extranjeras para recurrir mediante el uso de este recurso especial, consagrado ahora en el artículo 142 de la ya ley de migración y extranjería, N°21.325. Para entender esta crítica, debemos partir de dos realidades que han sido señaladas por la Corte IDH: (i) Las personas migrantes están, en general, en una especial situación de vulnerabilidad tanto por encontrarse fuera de su país de origen, como por discriminación, racismo y xenofobia<sup>27</sup> y (ii) el debido proceso exige el reconocimiento y la resolución de los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia<sup>28</sup>.

25 Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, 31-01-2001, párrafo 71; Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, 02-02-2001, párrafo 127; Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, 29-03-2006, párrafo 82; y Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, 17-06-2005, párrafo 62.

26 En este mismo sentido, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2-07-2014, párrafo 158 y párrafo 28.

27 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados”. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párrafo 112 y 113.

28 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los migrantes



Si lo anterior es así, y nos encontramos frente al recurso judicial para dejar sin efecto la medida más gravosa dentro del ordenamiento jurídico migratorio, entonces no podemos obviar la condición en la que se encuentran las personas migrantes: no nacionales con escaso conocimiento de nuestro sistema jurídico y de las instituciones de asistencia jurídica. Tampoco podemos pasar por alto la realidad de la asistencia jurídica especializada en temas migratorios: en Chile, sólo la oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, ubicada en la ciudad de Santiago y conformada por un abogado jefe y dos abogados auxiliares, brinda asesoría jurídica especializada en materia migratoria, y no existe otra institución gubernamental de defensa para personas migrantes. Las instituciones de la sociedad civil suplen esta necesidad de asistencia legal en la medida de sus posibilidades, lo cual muchas veces no es suficiente<sup>29</sup>.

Sin perjuicio de que, normalmente, la definición de los plazos para ejercer acciones es de resorte del legislador y un espacio donde cabe el ejercicio de la deferencia en su favor, nos parece que la naturaleza de la sanción, la necesidad de especial protección de los afectados y la realidad material del acceso a la justicia, hacen que los 10 días corridos transformen la acción en ineficaz, puesto que muy difícilmente una persona migrante expulsada del país podrá acceder a asesoría y representación jurídica, y menos una especializada. No por nada las acciones de carácter análogo (urgencia ante afectación de derechos fundamentales) que contempla la Constitución carecen de límite temporal para su ejercicio (el amparo) o se han ido regulando posteriormente con plazos que triplican el analizado (la protección)<sup>30</sup>. Estos parámetros vuelven la norma inconstitucional también en esta parte, por ir directamente en contra del debido proceso y los principios de razonabilidad y justicia consagrados en el artículo 19 N°3 inciso sexto de la Carta Fundamental.

---

indocumentados". Decisión del 17 de septiembre de 2003, párrafo 121.

29 Información que la autora y los autores conocen de primera fuente por su trabajo en Clínicas Jurídicas de atención a personas en movilidad humana y Fundación Servicio Jesuita a Migrantes.

30 Precisamente, la declaración de inconstitucionalidad de la expresión "dentro del plazo de diez días corridos, contado desde la notificación de la resolución respectiva" habría tenido el efecto de permitir el ejercicio de la acción en cualquier momento. Esto, que podría parecer problemático, resulta en realidad coherente con la práctica jurisdiccional habitual que resuelve impugnaciones contra órdenes de expulsión vía recurso de amparo (también, sin plazo). La ausencia de plazo tampoco pondría en riesgo la eficacia de las órdenes, toda vez que el mismo artículo declara que será la interposición del recurso la que suspenderá la ejecución.

### 3.3. Facultad del Subsecretario del Interior para expulsar extranjeros del territorio nacional sin invocar una hipótesis fáctica previamente establecida en una norma de rango legal

La parte final del artículo 133 del Proyecto de Ley que fue sometido al examen del Tribunal Constitucional contiene una norma que faculta al Subsecretario del Interior para disponer la expulsión de extranjeros de manera excepcional y “sólo en casos debidamente calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior”, sin necesidad de que el afectado haya incurrido en alguna conducta previamente descrita por la ley. Esta norma confiere a la autoridad administrativa un importante (y, a nuestro juicio, peligroso) espacio de discrecionalidad en el ejercicio de una potestad que no estaba contemplada hasta ahora en el Decreto Ley N°1094. La posibilidad de que el Subsecretario del Interior pueda determinar incluso el núcleo de la conducta castigable con la expulsión con posterioridad a su verificación, por muy excepcional que sea el ejercicio de esta facultad, se aparta de la lógica del propio Proyecto de Ley, que contiene un sistema de causales de expulsión reglado, basado en la existencia de motivos específicos determinados por el legislador para hacer procedente la aplicación de esta sanción<sup>31</sup>.

Esta norma fue impugnada por las y los parlamentarios requirentes por infringir gravemente la reserva legal en materia de restricción de derechos fundamentales, la que, dentro del ámbito de la libertad personal y ambulatoria, resulta ser especialmente estricta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 N°7 letra a) de la Constitución<sup>32</sup>, y también por ignorar el principio de tipicidad que emana del artículo 19 N°3 inciso final de la Carta Fundamental, aplicable (con matices) al Derecho Administrativo Sancionador<sup>33</sup>.

La opinión del Tribunal Constitucional frente a esta parte del requerimiento estuvo dividida, pero la mayoría de sus ministras y ministros eligió rechazar

31 (i) Artículo 91 inciso 4° (causal de expulsión por no dar cumplimiento a una orden de abandono); (ii) Artículo 127 (causales de expulsión aplicables a extranjeros que son titulares de un permiso de permanencia transitoria o que carecen de cualquier permiso para residir legalmente en el país); (iii) Artículo 128 (causales que permiten la expulsión de extranjeros que son titulares de un permiso de residencia); (iv) Artículo 131 (causales de reconducción o devolución inmediata); y (v) Artículo 132 (causales de retorno asistido de niños, niñas y adolescentes), declarado inconstitucional por el Tribunal.

32 Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, (Ediciones Universidad Católica de Chile, Segunda Edición), 2012, p. 260; Nogueira Alcalá, Humberto, “La libertad personal y las dos caras de jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIII, (Universidad Austral de Chile) 2002, p. 164.

33 Tribunal Constitucional, Rol N°244, 08-1996, c. 9°. Jurisprudencia reiterada por fallos posteriores: Tribunal Constitucional, Rol N°479, 08-08-2006, c. 5°; Tribunal Constitucional, Rol N°480, 27-07-2006, c. 5°; Tribunal Constitucional, Rol N°1518, 2010, c. 6°; Corte Suprema, Rol N°3357-2009, 10-09-2009, c. 7°.

la impugnación, declarando la conformidad del precepto con la Carta Fundamental (c. 111°). El motivo central del rechazo fue que, en términos generales, “las medidas administrativas de esta drástica índole encuentran sustento normativo en la atribución amplia que al efecto le acuerda al Presidente de la República, directamente, el artículo 24 constitucional, en cuya virtud “su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes” (inciso segundo)” (c. 112°). Sobre esta base, al voto de mayoría le pareció que esta facultad excepcional del Subsecretario del Interior suponía “el ejercicio de una competencia derivada de esta regla constitucional”, lo que se justificaba también en que el titular de este poder es “un personero de la exclusiva confianza del Jefe de Estado y forma parte del Ministerio del ramo” (c. 112°).

Sin perjuicio de lo anterior, la mayor parte del Tribunal, de todos modos estimó, que el ejercicio de esta facultad por parte del Subsecretario del Interior no estaba excluida de la sujeción a “las prescripciones que rigen en el derecho público chileno” (c. 113°), señalando explícitamente (i) la exigencia de fundar la decisión “en motivos fácticos debidamente expresados, acorde con lo prescrito en los artículos 8°, inciso segundo, de la Constitución, y 11, inciso segundo, de la Ley N°19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos” (c. 113°); (ii) el deber de someter cada caso particular a “un procedimiento justo y racional antes de resolver, al tenor de lo ordenado en el artículo 19, N°3, inciso sexto, en relación con el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental” (c. 114°); y (iii) la necesidad “acudir al control previo de juridicidad [de la Contraloría General de la República], de acuerdo a las reglas generales”, sin perjuicio de las regulaciones establecidas por dicha entidad en la materia (c. 115°).

Según esta tesis, entonces, lo que justificaría el ejercicio de esta particular facultad del Subsecretario del Interior de expulsar a extranjeros del país sin necesidad de que éstos hayan ejecutado una conducta previamente descrita por el legislador, sería el poder-deber que tiene el Presidente de la República y sus representantes más cercanos de resguardar el orden público al interior de su territorio y la seguridad nacional fuera de sus fronteras. De lo anterior concluimos que la mayoría de las y los ministros del Tribunal Constitucional consideraron que es posible, en materia de expulsiones, relajar la aplicación del principio de tipicidad en virtud de motivos de seguridad y orden público, en la medida que estos bienes jurídicos podrían verse seriamente comprometidos por hechos cometidos por personas extranjeras dentro del país.

Teniendo en cuenta que el ejercicio de esta facultad implica la aplicación de una sanción administrativa que puede afectar únicamente a personas extranjeras (la expulsión del territorio chileno), nos preguntamos por qué razón se justificaría este atemperamiento de las exigencias que emanan del principio de tipicidad en este específico ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, aligeramiento a través del cual el Tribunal Constitucional se apartó de la línea jurisprudencial que venía sosteniendo hasta la fecha.

Para el Tribunal Constitucional, en efecto, el principio de tipicidad en el ámbito administrativo exigía “la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto con la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”.<sup>34</sup> Esta definición jurisprudencial ya asentada resulta totalmente incompatible con el ejercicio de la facultad consagrada en la parte final del artículo 133 en comento, que crea un estado de máxima incertidumbre para los administrados extranjeros, al exponerlos a ser sancionados por conductas respecto de las cuales no se conoce una descripción ni siquiera elemental.

Ahora bien, respecto de si la aplicación del principio de tipicidad en materia administrativa admite la colaboración de la potestad reglamentaria, había señalado el Tribunal Constitucional que “afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad [del cual la tipicidad es un modo de realización<sup>35</sup>] no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia”, subordinándose obviamente a la ley, especialmente cuando se trata de un asunto reservado al dominio legal<sup>36</sup>.

En este mismo sentido se ha pronunciado también la Corte Suprema, al sostener que “la predeterminación normativa de los comportamientos que configuran infracciones administrativas se satisface con la exigencia de que en la ley se describa el núcleo esencial de las conductas reprochables, pudiendo éstas precisarse y complementarse en aspectos no sustanciales por normas emanadas de una autoridad distinta a la legislativa, como el Presidente de la

34 Tribunal Constitucional, Rol N°244, 26-08-1996, c. 10°. En esta línea, el voto disidente de los ministros señores Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva, y de la ministra señora María Pía Silva Gallinato: “la persona afectada [por la medida de expulsión] no estará en condiciones con anterioridad de conocer el núcleo esencial del comportamiento debido, de manera que se encontrará imposibilitado de actuar de una manera que no lo hiciera acreedor de la sanción” (c. 36°)

35 Tribunal Constitucional, Rol N°244, 26-08-1996, c. 10°.

36 Tribunal Constitucional, Rol N°480, 27-07-2006, c. 13°.

República, por vía de decretos y reglamentos, en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución que le compete de acuerdo con lo establecido en la Carta Fundamental (SCS Rol N°4859-2013)”.<sup>37</sup>

Incluso si aceptásemos que en esta delicada materia (la afectación del derecho a la libertad ambulatoria mediante una medida de expulsión), en la que rige el principio de reserva legal absoluta, fuese posible la restricción del ejercicio de un derecho por medio de normas contenidas en un decreto o reglamento, es evidente que el ejercicio de la facultad que se le atribuye al Subsecretario del Interior en el artículo 133 de la nueva Ley de Migración y Extranjería no puede calificarse bajo ningún respecto como colaboración reglamentaria, puesto que supone, en último término, que la autoridad determine a través de un acto administrativo de efectos relativos, y después de ejecutada la conducta por parte del extranjero, si acaso ésta amerita o no la expulsión, olvidando así la exigencia de que la sanción debe provenir de la aplicación de una norma jurídica de efectos generales, previa, cierta y escrita.

En este sentido, es interesante (y gravemente errado, en nuestra opinión) que, al hablar de la expulsión administrativa, el voto de mayoría del Tribunal Constitucional haya considerado que, por su naturaleza, esta “no corresponde necesariamente y en todo caso a una sanción”, sino solamente a “una medida [...] que amerita la eficacia y eficiencia con la que debe ser atendida una situación de flagrante discordancia o necesidad con el ordenamiento jurídico nacional” (c. 113°). ¿Es posible que, por no considerar esta forma de expulsión como una sanción, el Tribunal haya entendido que el Subsecretario del Interior, en el ejercicio de esta facultad, no debía sujetarse al principio de tipicidad?

Pero las preguntas de fondo son: ¿por qué resulta lícito eximir al Subsecretario del Interior de tener que sujetarse al principio de tipicidad cuando se trata de proteger el orden público y la seguridad nacional de las amenazas que eventualmente causen las conductas de personas extranjeras? ¿Acaso el orden público y la seguridad nacional son intereses estatales tan caros que, ponderados con la garantía de la tipicidad, obligan a ésta a ceder en todos los casos? ¿O solo debe sacrificarse en aquellos casos en que los afectados son personas extranjeras? ¿Se aplica el mismo estándar cuando la seguridad interior o exterior se ve amenazada por una persona chilena? ¿No es precisamente este principio una garantía establecida en favor de los administrados (sin importar

---

37 Corte Suprema, Rol N°138348-2020, 22-03-2021, c. 9°.

su nacionalidad) para protegerlos de arbitrariedades de parte de órganos del Estado, como las que podrían darse a causa de una actividad administrativa desplegada para proteger la seguridad nacional y el orden público?

A juicio de estos autores y autora, la decisión mayoritaria del Tribunal Constitucional, en lo que respecta a esta norma, da cuenta de una sutil forma de discriminación arbitraria respecto de las personas extranjeras, que considera que, sólo respecto de ellas y tratándose de su expulsión del país, es posible dispensar al Subsecretario del Interior de tener que ceñirse al estándar constitucional de la tipicidad que debe regir en absolutamente todos los ámbitos del Derecho Administrativo Sancionador. Al permitir la existencia de una norma como esta en nuestro ordenamiento jurídico, creemos que el Tribunal ha esbozado la posibilidad de que exista un sistema de garantías para extranjeros, que son los únicos expulsables del territorio chileno por la vía administrativa, y otro paralelo para los nacionales, que no lo son, incurriendo en una discriminación arbitraria.

#### **3.4. Privación de libertad con el fin de materializar expulsiones administrativas**

Otra de las normas que fue impugnada por medio del requerimiento interpuesto por diputadas y diputados de la República ante el Tribunal Constitucional fue el artículo 135 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, referido a la facultad estatal de privar de libertad de personas extranjeras con el fin de ejecutar sus órdenes de expulsión del territorio nacional, específicamente en aquella parte que fijaba un plazo máximo de duración para aquella medida. De acuerdo con la norma, esta afectación de la libertad personal podía extenderse hasta por un plazo de setenta y dos horas y, de no materializarse la expulsión en ese tiempo, la persona afectada debía ser liberada, pudiendo ser nuevamente aprehendida y sometida a esta medida por el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

El requerimiento de inconstitucionalidad señaló que estas reglas infringían lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 letra c) de la Carta Fundamental, que obliga a someter al control de un juez la privación de libertad de personas que se extiendan por más de cuarenta y ocho horas, enfatizando además lo anómala que resulta dentro de nuestro ordenamiento jurídico una disposición que permita imponer este tipo de medidas por orden de una autoridad administrativa, y cómo esta norma se apartaba también de los estándares internacionales en la materia.

Es importante señalar que el Ejecutivo, tanto a lo largo de la tramitación del proyecto de ley en el Congreso, como en sus observaciones formuladas al

requerimiento, hizo hincapié en lo necesario que resultaba otorgar a la autoridad policial un plazo que permitiera la realización de los trámites propios de la ejecución de una expulsión de una persona extranjera. Además, señaló en sus observaciones que esta forma de privación de libertad no constituía “una detención o arresto en el contexto de un proceso penal, sino [...] la ejecución material de una resolución administrativa firme, producto de un proceso administrativo y/o judicial, que no constituye una sanción administrativa” (fojas 2880-2881 del cuaderno principal, rol 9930).

En este caso, la sentencia del Tribunal Constitucional fue escueta y unánime para declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, afirmando que, en atención a que “la restricción o privación de libertad señalada no se encuentra sujeta a control judicial, siendo claramente una especie de detención aunque el precepto no lo exprese, con mayor razón el tiempo de duración de la medida, debió adecuarse a los plazos señalados en la letra c) del artículo 19 N°7 constitucional” (c. 131°). Por tanto, la norma que fue finalmente publicada señala que “[e]n todo caso, el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.”

Resulta interesante subrayar el voto particular del ministro Iván Aróstica, que concurrió a la decisión haciendo presente que “la ejecución de un acto administrativo no puede conllevar prisiones de libertad, por ningún lapso de tiempo, por tratarse de una medida que es de resorte exclusivo del Poder Judicial, conforme lo disponen los artículos 76, inciso primero, de la Constitución, y 152 del Código Penal”.

Esta opinión, que fue más allá incluso de lo pedido por los requirentes, es destacable porque permite plantearse la siguiente cuestión: si para que el Estado ordene una forma de afectación intensa de la libertad personal, como la privación de libertad, se requiere de la intervención de un tribunal, ¿por qué no aplicaría el mismo estándar para disponer aquella otra forma drástica de afectación del mismo derecho fundamental, que es la expulsión de una persona extranjera del territorio nacional? ¿Por qué se admite que sea el Derecho Administrativo Sancionador, sin control judicial obligatorio, el que castigue con esta medida a personas extranjeras, cuando en nuestro ordenamiento jurídico ni siquiera son imaginables afectaciones tan graves a la libertad personal en otros ámbitos por parte de la autoridad administrativa?

Lo anterior, otra vez, nos lleva a preguntarnos si acaso no hemos naturalizado la existencia de dos estatutos de derechos paralelos frente a los poderes

sancionatorios del Estado, uno para nacionales y otro para extranjeros, el último de los cuales admitiría un estándar menos estricto que se justificaría, erradamente, en el hecho de haber nacido la persona en otro país.

### 3.5. Derecho a sufragio de las personas migrantes

Centraremos esta última parte de nuestro análisis de pronunciamientos concretos en la declaración de inconstitucionalidad de parte del artículo 175 del proyecto (hoy, artículo 174 de la Ley N°21.325), que interpreta la noción constitucional de “avecindamiento”, en tanto constituye (aunque indirectamente) una aplicación de la igualdad a un ámbito (el electoral) que en pocas ocasiones ha llegado al Tribunal Constitucional. La norma en el proyecto establecía tres reglas interpretativas: (i) se entendería que un extranjero se ha avecindado en Chile desde que obtuviera su permiso de residencia (momento a partir del cual se contabilizaría el plazo de cinco años del artículo 14 de la Carta Fundamental); (ii) la pérdida del permiso de residencia implicaría la interrupción del plazo; y (iii) quedarían excluidos de la noción de avecindamiento (y, por tanto, del ejercicio del derecho a sufragio) las personas con residencia para trabajadores de temporada.

El requerimiento parlamentario (rol 9930) impugnó las reglas (ii) y (iii), por considerar que representaban una privación del derecho contenido en el artículo 14 constitucional, a la vez que constituir exigencias no razonables para su ejercicio, vulnerando el artículo 19 N°2. En efecto, la gravedad de la incorporación de estas normas estribaba en el resultado que tendría para el ejercicio del derecho a sufragio de las personas extranjeras, en un triple sentido: Primero, la norma propuesta habría importado la aplicación de una regla de cómputo muy difícil de cumplir, haciendo que incluso un pequeño tiempo de sobreestadía importara la pérdida del plazo acumulado y, por ende, del derecho (muchas veces sin culpa directa del migrante)<sup>38</sup>. Segundo, la aplicación de la norma en el momento de su entrada en vigor tendría por efecto privar del derecho a sufragio a extranjeros que, bajo la normativa actual (es decir, en

<sup>38</sup> Bajo la nueva ley, la sobreestadía, es decir, mantenerse en el territorio luego del vencimiento de la visa, es una infracción migratoria menor, que amerita sanción de multa (que incluso puede condonarse) y, sólo en casos de más de 9 meses de infracción, la expulsión del país. Adicionalmente, los requisitos documentales para solicitar prórrogas o cambios de visa, así como la complejidad para conseguir algunos de estos documentos (especialmente para nacionales de países cuyos servicios consulares tienen alta demanda o poca capacidad de respuesta), hacen que: (i) La irregularidad por sobreestadía sea un problema relativamente común, aunque de corta duración y de fácil salida. Y (ii) que, las más de las veces, no sea un problema atribuible exclusivamente a la voluntad de los extranjeros, sino sobre todo a circunstancias externas.



ausencia de norma interpretativa), ya se habían constituido como titulares, representando una medida regresiva. Tercero, la norma propuesta pretendía dejar permanentemente fuera de la posibilidad de sufragar a un grupo de extranjeros – los trabajadores de temporada –, sin existir para ello fundamento constitucional alguno.

El Tribunal Constitucional acogió el reclamo por una amplia mayoría – con la sola oposición del ministro Iván Aróstica –, centrando su razonamiento en el artículo 14. Con todo, la argumentación seguida devela la aplicación de un estándar de razonabilidad a la restricción del derecho a sufragio, sin perjuicio de que el Tribunal no lo declara explícitamente.

El parámetro de comparación fue, pues, el artículo 14 constitucional. En particular, se trataba de dilucidar el contenido normativo de la voz “avecindados” y si la norma propuesta constituía (a) una precisión válida del mismo o, cuando menos, (b) una restricción legítima. Luego de revisar la historia del derecho a voto de las personas migrantes en Chile (comenzando por la Constitución de 1925 y sus consecuentes reformas, que lo ampliaron), la mayoría buscó elementos en la discusión al interior de la Comisión Ortúzar. Finalmente, se acudió a otros usos de la palabra en el texto constitucional y en legislación vigente (como el Código Civil).

A lo largo de los ocho considerandos que dedica al alcance del derecho del artículo 14 (141° a 148°), se desarrollan cuatro parámetros de control constitucional relevantes.

Primero, se constata que la evolución normativa en materia de derecho al sufragio ha sido progresiva, es decir, ha avanzado en la dirección de ampliar el derecho a sufragio de las personas migrantes, no de restringirlo. En ese sentido, la Constitución de 1980 expandió sustantivamente el alcance de este derecho, garantizándolo ya no sólo en elecciones de regidores (como hacía la Constitución de 1925), sino que en toda elección. De este modo, si la Constitución ha ampliado el alcance del derecho, resulta inadmisibles que la ley interprete el contenido de su disposición en el sentido de restringirlo. Sin decirlo expresamente, el Tribunal aplica el principio interpretativo pro persona.

Segundo, que existió una sustitución deliberada de la palabra “residencia”, utilizada por la Constitución de 1925, por la palabra “avecindamiento”, preferida por la Constitución de 1980. Esta sustitución devela una intención de usar un concepto no asociado a las categorías de la legislación de extranjería, sino más bien denotativo de un cierto arraigo. Así, el Tribunal acude a una noción civilista, el *ánimo de permanecer y avecindarse*. De este modo, cualquier

aplicación de conceptos o normas de extranjería debe remitirse a develar esta intención, no a sustituir el avecindamiento por la residencia legal<sup>39</sup>.

Tercero, que, en relación con el avecindamiento, la normativa constitucional omitió de manera intencionada el calificante de “ininterrumpido”, lo que develaría la intención de que cuestiones accidentales no interrumpieran el cómputo del plazo ni obstaculicen la titularidad del derecho. Si, en la discusión al interior de la Comisión Ortúzar, este criterio se utilizó para descartar que “ausencias temporales” interrumpieran el plazo; en la sentencia del Tribunal Constitucional, el parámetro fue aplicado para descartar que la pérdida de la residencia, por sí sola, produjera aquel efecto.

Cuarto, que no resulta ajustada al precepto constitucional la exclusión de unos extranjeros, en virtud del tipo de residencia del que son titulares. Lo anterior, toda vez que la Constitución no distingue y, como se ha dicho, los conceptos migratorios de residencia resultan deliberadamente extraños a aquellos en base a los cuales la Constitución consagra el derecho a sufragio.

Llama la atención, en este punto, que la mayoría haya optado por no incorporar expresamente un quinto parámetro de control: en qué medida la norma representaba un atentado contra el derecho a la igualdad, al introducir una diferenciación arbitraria. Lo anterior, especialmente considerando la nutrida jurisprudencia constitucional en materia de igualdad y no discriminación. A pesar de que el criterio atraviesa como telón de fondo toda la argumentación y es recogido luego explícitamente por votaciones particulares o disidentes<sup>40</sup>, nos parece que la reticencia de la mayoría a utilizar la igualdad como parámetro de control devela también un cierto temor a reconocer, en este punto, igualdad a chilenos y extranjeros<sup>41</sup>.

39 Uno de los problemas de la norma del proyecto sería que “introduce una dimensión normativa cuando la Constitución define un hecho a partir del cual debe constatar el ánimo de permanecer y arraigar en el país” (Tribunal Constitucional, Rol N°9930, 29-01-2021, c. 146°, énfasis agregado). Este mismo criterio puede utilizarse para, a la inversa, argumentar la constitucionalidad de la primera parte del inciso primero (lo que hemos llamado la regla de cómputo (i) al comienzo de este apartado). Ello, en tanto la obtención de un permiso de residencia (por contraposición a un permiso transitorio) develaría la intención de permanecer, propia del avecindamiento constitucional, de modo que sería una determinación legítima realizada por el legislador. Esta parece haber sido la razón por la que los requirentes no impugnaron esta parte de la norma y por la cual el Tribunal la declaró constitucional (Tribunal Constitucional, Rol N°9939, 01-04-2021, c. 44°), aunque esto segundo sea meramente especulativo, toda vez que la sentencia no desarrolla los motivos.

40 En este sentido, la prevención del ministro Rodrigo Pica, en Tribunal Constitucional, Rol N°9939, 01-04-2021, c. 19° a 21°.

41 Declara la mayoría “En cuanto a la objeción relativa a la infracción del artículo 19, numeral 2°, de la Constitución, estimamos que, sin perjuicio de lo que indiquen los respectivos Ministros en sus votos particulares y prevenciones, se tendrá por acreditada la infracción a la Constitución de un modo que se torna innecesario argumentar la mencionada inconstitucionalidad” (ibid. c. 147°). Es decir, se omite el

A pesar de esta omisión en materia de igualdad, nos parece que en este punto la sentencia del Tribunal Constitucional será relevante, no sólo por haber recortado parte de la normativa propuesta y aprobada por el Congreso, sino que para los procesos electorarios venideros. Incluso puede serlo para el debate sobre sufragio en la Convención Constitucional.

En efecto, la afirmación del Tribunal (por abrumadora mayoría) del carácter material del concepto constitucional “avecindamiento”, así como de la ilegitimidad de considerarlo interrumpido por cuestiones meramente accidentales, obliga a revisar el criterio aplicado para la confección del padrón de extranjeros. Deberá, también, informar los criterios en base a los cuales los organismos electorales – Servicio Electoral de Chile, Tribunal Electoral Regional y Tribunal Calificador de Elecciones (SERVEL, TER y TRICEL, respectivamente) – resuelvan reclamaciones por la no incorporación de personas migrantes al padrón.

Por último, sin perjuicio de que – evidentemente – la sentencia no vincula a la Convención en su ejercicio de redacción de una nueva Constitución, nos parece que los parámetros arriba esbozados son de importancia a la hora de pensar una democracia amplia. Así, resulta particularmente ilustrativo el hecho de que nuestra historia constitucional (al menos del siglo XX y XXI) dibuje un claro camino de ampliar los derechos de ciudadanía de todas las personas, nacionales o extranjeras. Junto con este principio expansivo (no regresivo), el criterio interpretativo pro persona, aplicado por el Tribunal, podría informar la discusión y el modo en que la Convención se aproxima a la consagración de derechos.

Lo anterior resulta coherente con la idea de que la participación es un derecho humano y que la democracia, en tanto mecanismo de ejercicio colectivo del poder, es una garantía para el más pleno goce de los derechos de las personas. De todas las personas. Una democracia amplia, en tiempos de creciente migración, debiese desagregar ciudadanía y nacionalidad, volviendo al principio básico de que todo quien pueda verse afectado por el ejercicio del poder político, participe también en la toma de decisiones políticas<sup>42</sup>.

---

pronunciamiento respecto de la igualdad, por considerar suficiente el argumento respecto del artículo 14. Este criterio (omitir pronunciarse respecto de una segunda infracción si la primera ha bastado) no se utiliza uniformemente. Muchas veces el Tribunal se pronuncia respecto de múltiples infracciones. La omisión de vela, más bien, falta de un acuerdo en torno a la impugnación que permitiera incluir el parecer dentro del voto de mayoría.

42 Benhabib, Seyla, *Los derechos de los otros*. (Ed. Gedisa), 2004.

#### 4. Conclusiones

Las sentencias del Tribunal Constitucional analizadas en este artículo (roles 9930 y 9939) fueron recibidas con optimismo por organizaciones de la sociedad civil, personas migrantes y todos quienes nos desempeñamos en la defensa de sus derechos humanos y fundamentales. Con todo, las páginas precedentes son una advertencia contra el excesivo entusiasmo por lo resuelto por el Tribunal y aconsejan, más bien, una aproximación particularizada, que impide extraer criterios de análisis global, pero permite rescatar estándares adecuadamente desarrollados a propósito de alguna impugnación concreta (p.ej. retorno asistido y sufragio).

En efecto, hemos revisado cómo estas sentencias de mayoría no desarrollan, de manera transversal, un enfoque de verdadero respeto, promoción y protección de los derechos humanos de las personas migrantes en nuestro país. Así también, hemos visto que los votos de mayoría parecieran entender que existe una suerte de doble estatuto de derechos fundamentales: uno para nacionales y otro para personas migrantes. Este segundo estatuto contendría menos derechos, a pesar de que la Constitución los asegura a *todas las personas*, y contemplaría habilitaciones más amplias al legislador y la administración para que los restrinjan, sujetándolos a un estándar de control constitucional distinto, holgado, que a las restricciones de los derechos de los extranjeros (sujetas, como debe ser, a un escrutinio estricto).

Esto es grave e inconcebible en un Estado de Derecho que, además, busca limitar el ejercicio de su soberanía en virtud del respeto por los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, pues lo que se produce en concreto es una discriminación arbitraria que afecta el principio de (y el derecho a la) igualdad. Adicionalmente, utilizar estándares tan dispares para medir la legitimidad de las acciones del Estado, implica una fragmentación de la soberanía en razón del sujeto pasivo de su acción, permitiendo que respecto de unos – los migrantes –, se establezca una permanente excepcionalidad, restringiendo sus derechos humanos y fundamentales en modos no autorizados para los otros – los nacionales –<sup>43</sup>. La normalización de estos enclaves de excepcionalidad es un obstáculo para el control del poder.

En todo caso, el optimismo expresado al comienzo no es del todo injustificado. Existen resultados positivos concretos, derivados de las sentencias

---

43 Para un análisis acerca de la fragmentación de la soberanía en relación con el control de la migración y el refugio en Estados Unidos, y la excepcionalidad permanente, véase: Kahn, Jeffrey S. *Islands of Sovereignty: Haitian Migration and the Borders of Empire* (University of Chicago Press), 2019.

analizadas. Así, sin duda fueron una mejora a la ahora ley: la eliminación del retorno asistido de niños y niñas, la necesidad de doble instancia y vista de la causa en la reclamación judicial frente a la medida de expulsión, la sujeción del plazo máximo para privar de libertad a personas que van a ser expulsadas a los límites constitucionales. Junto con ello, hemos intentado extraer los parámetros de control más relevantes en el examen de cada uno de los preceptos analizados. Por último, nos parece que las falencias en los criterios de las sentencias y la construcción de este doble estatuto de derechos fundamentales, en tanto advierten de la existencia de parámetros constitucionales insuficientes, pueden ser un insumo importante para el proceso de redacción de una Nueva Constitución, a fin de que nuestra próxima Carta Fundamental consagre de manera explícita, clara e indubitada, la igualdad de derechos entre nacionales y personas migrantes.



# JURISPRUDENCIA DE LA TERCERA SALA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA EN MATERIA DE COBERTURA DE MEDICAMENTOS DE ALTO COSTO EN SEDE DE PROTECCIÓN

*Ángela Vivanco Martínez<sup>1</sup>*

## Resumen

La jurisprudencia de protección de la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema ha sido consistente, durante los últimos años, en la ampliación de cobertura de la acción de protección a garantías no contempladas originalmente en el listado del artículo 20 de la Carta Fundamental, a través de la aplicación extensiva de otras garantías relacionadas. En particular, el derecho a la protección de la salud contemplado en el artículo 19 N° 9, en lo no contenido en el listado referido – pues sólo uno de sus incisos se encuentra mencionado en él -, ha sido abordado gracias a su relación con los derechos a la vida, a la igualdad ante la ley y a la propiedad (garantizados, respectivamente, en los números 1, 2 y 24 del artículo 19, los cuales sí admiten la presentación directa de acciones de protección). Gracias a dicha doctrina, se ha podido conocer de múltiples causas relacionadas con la cobertura de medicamentos, tanto en lo referente a enfermedades de alta incidencia epidemiológica como a otras de aquellas consideradas raras o huérfanas, por su baja prevalencia. En estos casos se ha dado especial importancia a la afectación de la vida del paciente en el caso de no recibir un medicamento que es prescrito por el médico tratante para tal fin, como asimismo a las posibilidades de asimilación de una terapia a otra y a los compromisos contractuales tomados entre el afiliado y la respectiva institución prestadora/aseguradora, sea ésta pública o privada.

---

<sup>1</sup> La autora es abogada UC, Doctora en Derecho por la Universidad de La Coruña, España. Profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Ministra de la Excm. Corte Suprema.

## I. Recurso de protección, salud y medicamentos

### 1. Alcance de la acción de protección.

La acción de protección prevista en el artículo 20 de la Constitución, procede respecto de actos u omisiones ilegales o arbitrarios que afecten alguna de las garantías listadas en el mismo precepto, ya sea mediante la privación, la perturbación o la amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos correspondientes respecto de una persona determinada. El listado referido no incluye a todos los numerales del artículo 19 ni tampoco hace referencia a otros derechos contenidos en tratados internacionales o en leyes, pese a que, en el caso de los primeros, se reconocen expresamente en el artículo 5° de la Constitución como fuente de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En el caso específico del derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 19 N° 9, sólo se puede presentar esta acción respecto del “derecho a elegir el sistema de salud” al que la persona desee acogerse, ya sea, estatal o privado. Tal restricción se ha superado, considerando que derechos matrices enumerados en el artículo 20 permiten dar protección a la salud de las personas (derecho a la vida, igualdad ante la ley, propiedad, contenidos respectivamente en los números 1, 2 y 24 de la Carta Fundamental e incluidos íntegramente en el listado del artículo 20) en una interpretación finalista de esta acción cautelar, lo cual permite abordar casos que no encuentran una acción expedita y urgente pese a la gravedad propia de éstos.

### 2. Exigibilidad indirecta del derecho a la protección de la salud.

Ello ya, de por sí, implica una evolución positiva respecto de la cautela de los derechos de las personas y representa la llamada *exigibilidad indirecta* del derecho a la protección de la salud, “cuando se tratan de aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos –como la dispuesta para aquellos de carácter civil y político–, de modo de permitir, de esa forma, el amparo del derecho a la salud (ejemplo: el derecho a la vida y el derecho a la salud)”<sup>2</sup>.

---

2 Allard Soto, Raúl; Hennig Leal, Mônia Clarissa; Galdámez Zelada, Liliana, “El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario” en Estudios Constitucionales, vol. 14, núm. 1, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), julio, 2016, p. 112.



### 3. El derecho a los medicamentos.

#### *a. Su relación con el derecho a la protección de la salud.*

El derecho humano a la atención sanitaria comprende el derecho humano al acceso a medicamentos<sup>3</sup>. El medicamento es parte integrante del derecho de acceso a los tratamientos médicos...la efectividad del derecho a la protección de la salud se debe al acceso a los tratamientos médicos y, a través de ese acceso, al medicamento. La problemática de la efectividad es evidentemente común al conjunto de derechos de prestación<sup>4</sup>.

#### *b. Los medicamentos según los convenios y tratados internacionales de derechos humanos.*

La interpretación de los convenios y tratados internacionales de Derechos Humanos permite la consideración de existencia de un verdadero derecho a los medicamentos, que se asocia inextricablemente al derecho de protección de la salud: “La exégesis del artículo 12 del PIDESC permite reconocer como beneficiario del derecho de acceso a los medicamentos a cualquier persona así como el hecho de que la responsabilidad para la realización del derecho recae ante todo en los Estados respecto de su población. De acuerdo con esto último, los Estados afectados deberían destinar los recursos públicos necesarios disponibles para la adquisición de medicamentos esenciales”<sup>5</sup>.

Las recomendaciones del Comité DESC incluidas en la Observación No. 14<sup>6</sup>, ordenan “disponer los mismos en condiciones adecuadas, formas farmacéuticas apropiadas bajo la impronta de la calidad y con precios accesibles para los individuos y la comunidad”. ¿Qué supone la accesibilidad según el

3 Benglio Valdés, Mariana: “Salud, acceso a medicamentos y Bioética”, Revista de Derecho Público - año 24 - número 48, (Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile), diciembre 2015 - p. 20.

4 Lageot, Céline: “Los medicamentos en Francia, ¿componentes del derecho a la protección de la salud?”, en Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” - Año V, Número 7, Invierno 2011, p. 91

5 Ortega Gómez, Marta: “El derecho de acceso a los medicamentos y el derecho de patente en países en desarrollo”, en Rev. Bioética y Derecho no.37 Barcelona may./jun. 2016.

6 Según ha ampliado el propio Comité de DESC en la Observación N° 14 del año 2000 relativa al disfrute del más alto nivel posible de salud constituyen aspectos relevantes en relación a las obligaciones estatales: respetar y facilitar el acceso a bienes y servicios de salud; adoptar leyes y otras medidas así como tomar disposiciones apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario y judicial para que sea efectivo el derecho a la salud. Disponible en: [http://conf-dtsr.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14](http://conf-dtsr.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14).

documento antes mencionado? Comprende en lo territorial, la necesidad de que los medicamentos estén accesibles en todo el territorio del Estado. Así también los aspectos económicos, que requieren su acceso básico. La equidad, que implica la no discriminación en el acceso y la dimensión informativa que vincula a las decisiones que han de adoptar pacientes y profesionales de la salud debidamente asesorados y de manera segura. De ahí la importancia que los Estados tengan un buen sistema de control y un marco regulatorio seguro y de calidad de los medicamentos, encuadrado en una política pública eficaz y participativa. El otro aspecto relevante radica en la universalidad de acceso. Los Estados en forma progresiva habrán de incluir una lista nacional de medicamentos recurriendo a la participación de todos los actores, de forma de mitigar los conflictos de intereses y otras razones de índole económica y financiero. Desde esta perspectiva no se trata únicamente de incluir los medicamentos esenciales sino de singularizar y adecuar las demandas, en un proceso integral, en el cual las políticas públicas sanitarias de cada país deben promover la inclusión de la mayor cantidad posible de medicamentos que cubran lo más integralmente posible, las necesidades vitales de las personas<sup>7</sup>.

*c. La situación del derecho a los medicamentos en Chile.*

Nuestra Constitución nada dice acerca del derecho a los medicamentos. Podemos considerar que éstos son parte de las acciones de recuperación de la salud que sí se mencionan en el texto constitucional, pero ello no reviste la fuerza normativa de un reconocimiento expreso. Tampoco el hecho de mencionar a los medicamentos dentro de la atención preferente que, para el adulto mayor, consagra la Ley de derechos y deberes de las personas en salud, N° 20.584, evita la necesidad de una consideración expresa del derecho a los medicamentos, como una de las prestaciones fundamentales que forman parte del derecho a la protección de la salud. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apreciando que “el acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Al respecto, la Corte ha retomado el criterio sobre que el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar

---

7 Benglio Valdés, Mariana: “Salud, acceso a medicamentos y Bioética”, en *Revista de Derecho Público* - año 24 - número 48, (Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile), diciembre 2015 - p. 20.

gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”<sup>8</sup>.

Sin embargo, es difícil la defensa de este derecho cuando, a la ausencia de una garantía constitucional explícita, se suman otros tres factores negativos: (i) Trabas formales de interposición del recurso de protección, directamente en virtud de la afectación del derecho a la salud; (ii) Consagración débil de la naturaleza de los derechos económicos y sociales en la Carta de 1980, lo cual redundaba en que sus rasgos prestacionales quedaban, al menos en apariencia, limitados o dependientes de la disponibilidad de recursos y (iii) herramientas insuficientes para la cobertura de medicamentos de alto costo, por carencia respecto de las patologías o de las prestaciones que permiten acceder a los beneficios del sistema AUGE/GES, Ricarte Soto<sup>9</sup> o CAEC, de modo tal que es propio del modelo una dualidad e desequilibrio evidente, entre las enfermedades/prestaciones que obtienen cobertura y las que no.

En efecto, la normativa legal vigente, por definición, implica una selección previa de patologías y de prestaciones, que necesariamente importa la exclusión de algunos casos, cuya única posibilidad de obtener una solución adecuada se traduce en la presentación de un recurso de protección.

En tal perspectiva, la jurisprudencia descrita se ha transformado en un camino de posible superación de esta problemática, aunque aún con las limitaciones propias de una creación jurisprudencial que prácticamente innova no sólo respecto de un marco legal sino también de una visión evidentemente limitativa de los derechos económicos y sociales. Así, la cobertura de medicamentos<sup>10</sup>, particularmente aquellos de alto costo, ha pasado a ser un tema fuertemente marcado por decisiones jurisprudenciales como única vía de solución para los pacientes que adolecen de ciertas patologías o que requieren de tratamientos innovadores.

8 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359

9 La Ley N° 20.850 de junio de 2015 del Ministerio de Salud, “Crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos”.

10 “El acceso a los medicamentos presenta cuatro aspectos: deben ser accesibles en todo el país; ser económicamente asequibles para todos, incluidas las personas que viven en la pobreza; ser accesibles sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos y, por último, los pacientes y profesionales de la salud deben tener acceso a información fidedigna sobre ellos, para poder adoptar decisiones con conocimiento de causa”: Allard Soto, Raúl, “El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública”, Acta bioeth. vol.21 no.1 Santiago jun. 2015

En aquellos casos, la negativa de las instituciones de salud públicas o privadas, como veremos, suele abordarse por las requeridas, desde la perspectiva de falta de cobertura específica, altos costos de la prestación e incertidumbre acerca de sus resultados. A continuación, analizaremos la respuesta que ha dado la Excma. Corte Suprema, conociendo en segunda instancia de estos recursos de protección<sup>11</sup>.

## **2. Los fundamentos de la jurisprudencia sobre cobertura de medicamentos de alto costo.**

Como ya se ha dicho, la Tercera Sala de la Corte Suprema se ha pronunciado en esta materia en sede de protección, conociendo en segunda instancia de las acciones de protección deducidas respecto de la negativa de acceso a medicamentos de alto costo, negativas que se han fundado en las argumentaciones mencionadas más arriba.

Las premisas que ha seguido la Corte en sus fallos han sido las siguientes:

### **1. Supremacía constitucional y aplicabilidad directa de la Constitución.**

La supremacía constitucional, principio reconocido en el artículo 6° de la Carta Fundamental y propio de un régimen democrático constitucional, no implica sólo una prelación formal de fuentes, sino la posibilidad de ofrecer soluciones directas emanadas de la Constitución frente a situaciones tan graves como el riesgo de la vida y la salud.

La consagración de derechos fundamentales, que el Estado tiene el mandato expreso de promover y de respetar de acuerdo al artículo 5°, significa que necesariamente la Constitución y, en especial, el capítulo sobre derechos fundamentales, han de ser prevalentes respecto de toda actuación de los poderes públicos y de toda regulación infraconstitucional. Tal cosa también es demandable al Estado de Chile en relación a los compromisos adquiridos en tratados internacionales de derechos humanos: “El bloque constitucional de derechos fundamentales, en virtud de su unidad de naturaleza de constituir atributos y garantías que concretan derechos y tienen su fundamento en la dignidad humana reconocida constitucionalmente, constituye un bloque unificado sustantivo o material de atributos y garantías de los derechos, al cual la misma Carta Fundamental le reconoce una fuerza normativa superior,

---

<sup>11</sup> Agradezco a los abogados Alejandra Inalaf Campos y Alejandro Maragaño Méndez, de la Dirección de Estudios de la Excma. Corte Suprema, por su valioso trabajo de sistematización de nuestros fallos en la materia.

permitiendo que este bloque constituya una limitación para el ejercicio de la soberanía y de las competencias de los órganos constituidos del poder público estatal, como lo determina expresamente la Constitución en su artículo 5° inciso 2°, debiendo todas las normas internas del Estado y todos los actos de sus órganos y autoridades estatales conformarse materialmente a los contenidos sustanciales de dicho bloque de derechos<sup>12</sup>.

En tal perspectiva, la aplicabilidad de la Carta Fundamental ha de ser directa y no pender o depender de la ley, precisamente porque la primera es superior de la segunda y modula a las normas “dictadas conforme a ella” como lo dice el propio texto constitucional: “A la idea de aplicación directa de la Constitución (el modo de su normatividad, si se quiere) se agrega la afirmación de que ella obliga a todos, tanto órganos públicos como a particulares (en la extensión de su normatividad), dando lugar a la recepción en Chile del denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales... A partir de la afirmación de la fuerza normativa como eficacia directa de la constitución, y su consiguiente incorporación al sistema de fuentes, una de las conclusiones que cae con mayor peso es que cada órgano jurisdiccional debe resolver en conformidad a la integración de dicho sistema resolviendo, en caso de antinomias entre fuentes subconstitucionales y constitucionales, a favor de las segundas. Este argumento, que está en la base del nacimiento del *judicial review* en los Estados Unidos, sitúa la idea de eficacia directa en su correcto lugar, como elemento dentro del ámbito o contenido de la jurisdicción como potestad del órgano jurisdiccional. Si lo que se afirma es que la constitución es obligatoria para todos, y que su carácter vinculante no está sujeto a condiciones de las que dependa su eficacia ni está sometido a la necesidad de una mediación por la vía de otras fuentes o actos normativos, la única conclusión posible es que dicho carácter obligatorio e inmediato también lo tiene la constitución al ser considerada por el juez de cualquier instancia o recurso que haya de resolver<sup>13</sup>.

---

12 Nogueira Alcalá, Humberto: “El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, en Estudios Constitucionales, Año 13, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2015, pp. 301-350.

13 Aldunate Lizana, Eduardo: “La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 32 Valparaíso jun. 2009.

## **2. La obligación del Estado y sus órganos en relación con la protección de la vida y la salud de las personas.**

Varias son las normas constitucionales que impone al Estado esta clase de deberes. A saber, el artículo 1° de la Carta Fundamental, en su inciso 5°, incluye dentro de los deberes del Estado, “el dar protección a la población y a la familia”; el artículo 5°, como ya se ha mencionado, establece en su inciso 2° el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, consagrados en la propia Carta Fundamental y en los tratados internacionales; el artículo 6° dispone que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, acentuando esta idea al expresar que “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Finalmente, en el artículo 19 N° 9 que garantiza el derecho a la protección de la salud, se dispone expresamente que “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”.

Es importante, por obvio que parezca, recalcar que tales deberes de los órganos del Estado, aplicados a la salud y, por defecto, a la vida de las personas, no sólo aplican a las entidades sectoriales, sino también a otros órganos de naturaleza distinta, en el ejercicio de sus competencias, cuyo es el caso de los tribunales de justicia, llamados no sólo al respeto directo de los derechos fundamentales, sino a cautelar que las personas naturales o jurídicas que concurren a estrados asimismo los respeten: “el Estado tiene, al menos, dos obligaciones generales en la materia: la de “respetar” los derechos humanos y la de “garantizar” que individuos privados no los violen<sup>14</sup>. De ese modo, tratándose de acciones cautelares, parte de dicho mandato constitucional consistirá en otorgar la protección requerida ante la vulneración del derecho respectivo, sea a manos de las propias entidades estatales o de instituciones privadas.

## **3. Obligaciones de las entidades privadas en relación con la vida/salud.**

Resulta interesante destacar que, en la jurisprudencia analizada, no sólo se considera como obligación del Estado la procura de medicamentos, como parte de su deber de resguardar la salud de las personas cuya protección está garantizada por la Constitución. También se ha considerado que las instituciones

---

<sup>14</sup> Art. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y Art. 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

de salud previsional tienen un deber similar respecto de sus afiliados. Ello se corresponde con los siguientes aspectos:

- i. Las normas que regulan las relaciones de las isapres con sus afiliados son de derecho público<sup>15</sup>.
- ii. Los particulares tienen un deber subsidiario respecto de la protección de los derechos fundamentales<sup>16</sup>.
- iii. La imposibilidad constitucional de afectar los derechos en su esencia es un principio de intermediación de contratos, aún entre privados<sup>17</sup>.

#### 4. Intermediación constitucional de los contratos.

“La autonomía de la voluntad es la columna vertebral del Derecho Privado en las familias del *civil law* y del *common law*, además, permea y recorre toda la tradición continental. Como principio, implica que dentro del poder regulatorio de las relaciones jurídicas patrimoniales, lo contratado, acordado o concertado por las partes o por los sujetos de la relación obligatoria es expresión de la libertad humana, ejercida, por supuesto, en las fronteras o límites que la ley impone, especialmente entre las disposiciones de carácter imperativo y las de índole dispositiva. Se obliga a quien otorga su voluntad en forma expresa o tácita, mediante el acto o negocio jurídico seleccionado y autorizado por el ordenamiento. Las partes ejercen sus derechos mediante las instituciones

15 Tribunal Constitucional, Rol N° 1710-10, 6 de agosto de 2010, considerando centesimoquincuagesimo-cuarto: “resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado.

16 En el mismo fallo del Tribunal Constitucional: “Que, aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional y siendo la Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus precepto”.

17 “El Tribunal señala que los particulares tienen el deber de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona en las relaciones convencionales entre privados. Luego, el principio civilista de la autonomía de la voluntad cede ante la dignidad de la persona y la imposibilidad constitucional de afectar los derechos en su esencia, por lo que no resultan constitucionalmente válidas las cláusulas que puedan desconocer o aminorar tales derechos”: Bates, Luis, “Sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable norma de la ley de ISAPRES y derechos económicos, sociales y culturales”, Anuario Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2009, p. 169.

jurídicas que consideren pertinentes para satisfacer sus intereses, utilizando formas típicas o atípicas y regulando cuanto permita el ordenamiento...Sin embargo, la autonomía de la voluntad como ejercicio de la libertad no puede afectar el ordenamiento público ni eludir el cumplimiento de normas constitucionales, las cuales hoy ejercen una influencia particular.

“El efecto envolvente del Derecho Constitucional, por contera, implica cerrar la brecha de la perjudicial y tajante separación entre Derecho Privado y Derecho Público que significó deshumanizar por centurias la relación obligatoria y la contratación y, al mismo tiempo, se tradujo en el envilecimiento de los derechos del usuario, del deudor, pero también los de la víctima en el marco de la responsabilidad, creando dos saberes jurídicos separados y marginando del marco del Derecho Civil y Comercial a la Constitución, el bloque de constitucionalidad y los tratados internacionales sobre derechos humanos. De esta manera, el Derecho Obligacional no escapa ni debe escapar al influjo del Derecho Constitucional.

Los modelos económicos de libre competencia y de protección de la autonomía privada en el Estado Democrático de Derecho, demandan de las autoridades estatales, y de los jueces en particular, superar las percepciones individualistas del Estado legislativo para imponer el equilibrio y la equidad en las relaciones económicas... Ello pone en evidencia la necesidad de reformular las reglas de la formación del contrato, sobre todo en la contratación masiva, vigorizando la posibilidad del contratante débil de reflexionar y arrepentirse y robusteciendo el régimen de responsabilidad del contratante fuerte y, al titular de la información mediante medidas legislativas y criterios jurisprudenciales, que respondan a la nueva estructura del Estado Constitucional y Social de Derecho”<sup>18</sup>.

Esta interesante cita explica muy bien la situación actual de la mirada iuspublicista sobre contratos que importan la prestación de un servicio público, cuyo es el caso de los contratos de salud. Sin duda se incorpora al contrato la regulación sectorial vigente a la fecha de su celebración, pero como ya ha sido mencionado, ello no obsta a la necesidad de que las partes respeten y cumplan con los mandatos de la Constitución, especialmente la cautela de derechos irrenunciables contractualmente, como es el caso de los que nos ocupan.

---

18 Tolosa Villabona, Luis Armando: “Principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo”, en Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 19, núm. 2, 2017, en <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73351954002/index.html>.



## 5.- La concesión de los recursos exige que esté en peligro la vida del paciente.

Se trata de medicamentos que el paciente y su familia se ven imposibilitados de costear por sus muy altos costos, lo cual los enfrenta a esperar un resultado inevitable de no haber una intermediación estatal. En este sentido, la situación extrema en la que se encuentra el afectado, remarca la superioridad del imperativo de protección de la vida, frente a las consideraciones administrativas y económicas<sup>19</sup>. Así, la consideración de que es arbitraria la negativa a financiar medicamentos sobre la base de tales consideraciones administrativas y económicas, si está en riesgo la vida de una persona y ello ha sido acreditado mediante certificación o informe de un profesional médico, resulta una decisión amparada en la lógica de protección de la persona, en el respeto a la dignidad humana y en el cumplimiento mínimo de la obligación de procura existencial de sus miembros por parte del Estado y de la sociedad civil.

De ese modo, la jurisprudencia dictada no jerarquiza derechos ni considera el derecho a la vida como un absoluto, rangos de decisión que se encuentran alejados de las cortes chilenas en el presente siglo. Por el contrario, en un ámbito de armonía entre los derechos fundamentales, se reconoce que “el contenido constitucional de los derechos fundamentales, entonces, es *limitado, ilimitable y delimitable*”<sup>20</sup> y bajo ninguna circunstancia es absoluto ni corresponde a una jerarquía. Cosa distinta es que el derecho a la vida se considere de especial importancia cuando está en severo y decidido riesgo y hay una posibilidad de preservarlo.

En tal circunstancia, la necesidad de priorizar un derecho fundamental y garantizado en la Constitución en grave riesgo frente a las regulaciones legales y administrativas que, en un caso determinado, no ofrecen ninguna solución ni posibilidad a quien padece una grave enfermedad, resulta no sólo lógico sino previsto de una reflexión humanitaria. Precisamente por eso, no se han concedido recursos de protección destinados a mejorar la calidad de vida<sup>21</sup>, sino directamente destinados a posibilitar que un paciente cuya

19 Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, (Editorial Jurídica de Chile), 2008, p. 140. “Que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea”, Tribunal Constitucional, Rol N.º 976-07, 26 de junio de 2008, considerando vigesimosegundo y siguientes.

20 Castillo, Luis: “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?” en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Volumen N.º 12, año 2005, p. 129.

21 Lo cual no evita considerar tal posibilidad en fórmulas futuras, a propósito de un proceso constituyente que remarque una serie de contenidos del derecho a la vida que hoy claramente no se han considerado

vida está en riesgo, tenga la posibilidad de preservarla y en consecuencia, salvaguardar su propia titularidad de derechos. En otras palabras, imponer el orden constitucional en aquello que es indispensable.

### **3. Síntesis de los fallos en que se concede el recurso, período 2018-2021 en materia de salud pública.**

#### **1.- Respecto de enfermedades de aquéllas llamadas “raras o huérfanas”<sup>22</sup>.**

En efecto: “... tal como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos roles N°s. 43.250-2017, 8.523-2018, 2.494-2018, 17.043-2018, 33.189-2020 y 18.451-2019, entre otros), es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor nivel jerárquico en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República.

En este orden de consideraciones, no se puede soslayar que conforme al principio de supremacía constitucional, ella prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos –como las Leyes N°s. 18.469 y 19.966 y el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija un texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979, y de las leyes números 18.933 y 18.469.

De allí que, conforme reza el inciso primero del artículo 6° de la Constitución Política, sus preceptos son obligatorios para los titulares o integrantes de los órganos de Estado, incluida por cierto esta Magistratura. Si el rol de esta Corte es velar por la aplicación de las garantías constitucionales y de los derechos esenciales que emanan de la persona humana, ella no puede excusarse de otorgar la cautela urgente que le es requerida si el derecho a la vida se ve amenazado. Negarse a hacerlo bajo el pretexto de que normas de inferior jerarquía se lo impiden, importa desconocer que la Constitución Política de la República es la norma jurídica a la cual el resto del ordenamiento jurídico se debe someter.

---

en un texto constitucional que data de ya varios años respecto de su capítulo de garantías.

22 Las Enfermedades Raras (o huérfanas) son llamadas así porque tienen una baja prevalencia en la población. Una enfermedad es considerada rara cuando el número de personas afectadas por ella es menor a 5 casos por cada 10.000 personas. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), existen entre 5.000 y 7.000 enfermedades raras, la mayoría de origen genético, las cuales afectan entre un 6% y 8% de la población mundial. Vid. [https://www.who.int/medicines/areas/priority\\_medicines/Ch6\\_19Rare.pdf](https://www.who.int/medicines/areas/priority_medicines/Ch6_19Rare.pdf).

*El caso en cuestión dice relación con la aplicación directa de la Constitución Política, no con el modelamiento de políticas públicas.*

*Quinto: Que, en el indicado contexto, la negativa a proporcionar a la recurrente el acceso al fármaco CETUXIMAB, fundamental para el tratamiento de la patología que la aqueja, que ha sido prescrito por su médico tratante, quien sobre la base de los exámenes que le ha realizado estima que es procedente su utilización por las perspectivas positivas que aporta para la actora, aparece como arbitraria y, además, amenaza la garantía consagrada en el N° 1 del artículo 19 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de ésta, así como para su integridad física, considerando que la patología que la afecta se encuentra en progresión y en la etapa diagnosticada es frecuentemente mortal.*

*Sexto: Que, establecido lo anterior, es preciso subrayar que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción de carácter tutelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que esa misma disposición enumera, facultando a los Tribunales Superiores de Justicia a adoptar las medidas de resguardo o providencias que resulten necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado por un acto u omisión arbitrario o ilegal que le prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.*

*Séptimo: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de los recurridos a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física de la recurrente, sobre la base principalmente de consideraciones de índole económica, éstos han incurrido en un acto arbitrario que amenaza —y, en estricto rigor, pone en riesgo— el derecho a la vida de la señora M.S.R., quien no se encuentra en condiciones de adquirirlo.*

*Siendo ello así, la determinación impugnada en autos no permite a la paciente el acceso a dicho fármaco, único y exclusivo, prescrito por un especialista, para el tratamiento de la patología que ella sufre...*

*Octavo: Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal”<sup>23</sup>.*

<sup>23</sup> Corte Suprema, Rol N° 35.636-2021, 27-05-2021, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, considerandos 4° y siguientes. Las cursivas son nuestras. En el mismo sentido, y a modo meramente

## 2. Respetto de enfermedades de alta prevalencia, en relación con medicamentos de alto costo y no previstos en la cobertura legal.

En esta materia, la fundamentación es similar a la anterior, con especial énfasis en que, dada la situación específica de cada paciente, su vida puede depender de que se le otorgue acceso al medicamento adecuado, el que puede no ser coincidente con el régimen de cobertura general.

*“Séptimo: Que, del examen de los antecedentes aparece que la principal razón esgrimida por el Ministerio de Salud para no otorgar el tratamiento indicado para la enfermedad que presenta la recurrente, esto es cáncer de mama en etapa IV progresivo desde enero de 2019, es de orden administrativo-económico, toda vez que el medicamento Palbociclib no ha sido incluido en los decretos dictados para la determinación de los diagnósticos y tratamientos de alto costo con sistema de protección financiera contemplados en la Ley N° 20.850, al no superar los criterios objetivos establecidos en el procedimiento regulado por ley, el que cuenta con etapas sucesivas entre sí que con el objeto de evitar arbitrariedades en la toma de decisiones de política pública.*

*Octavo: Que, al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494-2018 y 17.043-2018), es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos.*

*Noveno: Que, en el indicado contexto, la negativa a proporcionar a la recurrente el acceso al fármaco fundamental para el tratamiento de la patología que la aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de ésta, así como para su integridad física, considerando que la patología que la afecta se encuentra en progresión y en la etapa diagnosticada es frecuentemente mortal.*

---

ejemplar, las siguientes sentencias de la Tercera Sala de la Corte Suprema: Rol N° 32.973-2021, sentencia de fecha 19-05-2021; Rol N° 144.090-2020, sentencia de fecha 24-03-2021; Rol N° 138.430-2020, sentencia de fecha 19-02-2021; Rol N° 76.539-2020, 17-II-2020; Rol N° 24.828-2020, sentencia de fecha 08-09-2020; Rol N° 69.806-2020, sentencia de fecha 03-08-2020; Rol N° 12.323-2019, sentencia de fecha 28-03-2019; Rol N° 129.209-2020, sentencia de fecha 02-01-2019; Rol N° 25.009-2018, sentencia de fecha 02-01-2019; Rol N° 17.043-2018, sentencia de fecha 06-11-2018.

*Décimo: Que, establecido, lo anterior es preciso subrayar que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción de carácter tutelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado por un acto u omisión arbitrario o ilegal que le prive, perturbe o amenaza dicho ejercicio.”*

*Undécimo: Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que, con la negativa de los recurridos a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física de la recurrente, sobre la base principalmente de consideraciones de índole económica, éstos han incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que la actora no se encuentra en condiciones de adquirirlo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología que ella sufre y, en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y, de esta forma, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que las instituciones contra las cuales se dirige el recurso realicen las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Palbociclib, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento de la recurrente con este medicamento.”<sup>24</sup>*

**3. En aquellos casos en que se ha recurrido por la cobertura de medicamentos de alto costo en favor de niñas, niños y adolescentes, la Corte Suprema ha sostenido además que, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile cumplir los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de tratados internacionales, tales como la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.**

De este modo:

*“Sexto: Que, del examen de los antecedentes, aparece que una de las principales razones esgrimidas por las recurridas para no otorgar el tratamiento requerido para la enfermedad que presenta la menor, padecimiento de índole genético, de carácter progresivo, de rara ocurrencia y con un desenlace mortal prematuro, consiste en que*

<sup>24</sup> Corte Suprema, Rol N° 18.451-2019, 13-08-2019, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, considerandos 7° y siguientes. Las cursivas y negritas son nuestras. En el mismo sentido, Corte Suprema, Rol N° 8523-2018, dictado por la Tercera sala, 19-06-2018.

la enfermedad que aqueja a la niña no forma parte de la cartera de servicios de los establecimientos de la red de salud y el medicamento mencionado no está incluido en el arsenal farmacológico de los establecimientos de dicha red asistencial, sin que ninguna norma lo habilite para dispensar recursos respecto del financiamiento de una patología que no se encuentra priorizada por la autoridad sanitaria y que carece de evidencia científica respecto de su efectividad.

Séptimo: Que, en relación a lo establecido precedentemente, es necesario hacer presente que el numeral 1 del artículo 24 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, suscrita por Chile y promulgada por Decreto Supremo N° 830 de fecha 27 de septiembre de 1.990, dispone “Los estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

Octavo: Que el instrumento antes referido, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile, siendo compelido a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y síquica de los menores. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren a menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, que los criterios de orden económico, resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño.

Noveno: Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018 y N° 2494-2018 y 63.091-2020), es preciso considerar que, si bien es cierto que las consideraciones de orden administrativo y económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida.

Décimo: Que, en el indicado contexto, la decisión de las recurridas consistente en la negativa a proporcionar a la menor de autos aquel fármaco, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que la aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la

*Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de la menor A.A.H.G., así como para su integridad física, considerando que la fibrosis quística que sufre es una enfermedad pulmonar obstructiva crónica de progresivo deterioro y que ocasiona una muerte prematura y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como esencial para la vida de ésta, como surge de los antecedentes agregados a la causa.*

*Undécimo: Que resulta insoslayable subrayar que las recurridas, al negar la cobertura al medicamento requerido, no se hacen cargo de señalar qué otro tipo de tratamiento de similares efectos pueden brindarle a la paciente, actuar que se torna en ilegal conforme lo dispone el artículo 1° del D.F.L. N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, que dispone que: "Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como de coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones"<sup>25</sup>.*

#### **4. No es menester que el medicamento sea prescrito por un facultativo de la red pública.**

*Así: "Tercero: Que al respecto cabe señalar que la necesidad de prescripción de los medicamentos por facultativos pertenecientes a la red de salud pública, se relaciona con una cuestión diversa a la que motiva el recurso, vale decir, con la posibilidad de obtener los recursos económicos necesarios para el financiamiento de la prestación médica de que se trate, a través del Auxilio Extraordinario, en razón de no ser solventable por el paciente, además de no estar comprendida en el arancel del Fondo Nacional de Salud, como tampoco disponible en el presupuesto de las entidades del Sistema Nacional de los Servicios de Salud u organismos autónomos.*

*Sin embargo, cabe señalar que la ayuda proporcionada por el Ministerio de Salud a pacientes FONASA, con un diagnóstico de alto costo no cubierto por otros beneficios, en ningún caso resulta suficiente para financiar el tratamiento de la enfermedad que aqueja al menor A.D.M.G., de manera que, a todas luces la respuesta*

25 Corte Suprema, Rol N° 128.766-2020, 19-02-2021, pronunciada por la Tercera sala, considerando décimo tercero. Las cursivas son nuestras. En el mismo sentido, Rol N° 122.237-2020, sentencia de fecha 19-02-2020; Rol N° 30.287-2020, sentencia de fecha 23-06-2020; Rol N° 63.091-2020, sentencia de fecha 10-06-2020; Rol N° 33.083-2020, sentencia de fecha 15-05-2020; Rol N° 38.575-2019, sentencia de 28-01-2020; y Rol N° 27.591-2019, sentencia de fecha 29-10-2019.

de la recurrida relativa a no ser la vía correcta para instar por los recursos económicos para el tratamiento de la enfermedad en cuestión, no resulta plausible, en tanto la cobertura del tratamiento que se requiere tampoco se obtendrá a través del mentado fondo de auxilio extraordinario.

Desde esa misma perspectiva, es necesario destacar que de la respuesta entregada a los recurrentes, es evidente que se esgrimen razones de orden económico para desestimar el financiamiento lo solicitado.

(...)

Décimo: *Que en el indicado contexto, la decisión de la recurrida consistente en la negativa a proporcionar al menor de autos aquel fármaco, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que le aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia del menor A.D.M.G, así como para su integridad física, considerando que la Atrofia Muscular Espinal tipo 2 que sufre es una enfermedad frecuentemente mortal en los niños, que produce la pérdida progresiva del movimiento muscular, y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como esencial para la vida de ésta, como surge de los antecedentes agregados a la causa*<sup>26</sup>.

##### **5. El hecho que un determinado medicamento no cuente con registro sanitario del Instituto de Salud Pública, no es un argumento para negar la cobertura respectiva.**

A mayor abundamiento, tampoco esta circunstancia puede ser esgrimida para negar el acceso al medicamento: *“Décimo Tercero: Que sin perjuicio de que lo razonado es suficiente para fundar la decisión de esta Corte, es necesario enfatizar que el hecho que la citada medicina no cuente con registro sanitario del Instituto de Salud Pública no es un argumento para negar la cobertura respectiva, más aún cuando este medicamento fue aprobado por la FDA (Food and Drug Administration) el 21 de octubre de 2019 para tratar la patología que afecta a la niña en favor de quien se recurre”*<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Corte Suprema, Rol N° 4289-2021, 05-05-2021, pronunciada por la Tercera sala, considerando tercero y décimo.

<sup>27</sup> Corte Suprema, Rol N° 128.766-2020, 19-02-2021, pronunciada por la Tercera sala, considerando sexto y siguientes. Las cursivas son nuestras. En el mismo sentido, Rol N° 122.237-2020, sentencia de fecha 19-02-2021; Rol N° 129.314-2020, sentencia de fecha 04-01-2021; y Rol N° 29.261-2019, sentencia de fecha 14-02-2020.



## 5. Síntesis de los fallos dictados en que se concede el recurso, período 2018-2021 en materia de salud privada.

### 1. Consideraciones contractuales, administrativas o económicas.

Se resuelve que es arbitraria la negativa de las Instituciones de Salud Previsional a proporcionar la cobertura de un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física de una persona, sobre la base de consideraciones de índole contractuales, administrativas o económicas, si está en riesgo la vida de una persona y así lo ha determinado el o los médicos tratantes:

*“Quinto: Que, del examen de los antecedentes, aparece que la principal razón esgrimida por la Isapre recurrida para no otorgar el tratamiento indicado para la enfermedad que presenta el recurrente, esto es Fibrosis Pulmonar Ideopática, es el hecho que el mismo es un medicamento que se suministra en forma ambulatoria, por lo que se encuentra excluido de cobertura en el contrato de salud del recurrente. De ello se desprende que el fundamento de la decisión objeto del recurso, es de orden contractual-económico, toda vez que no existe controversia entre las partes que el medicamento Nintedanib es suministrado de forma ambulatoria, y por consiguiente excluido de la cobertura del contrato de salud suscrito entre las partes.*

*Sexto: Que, al respecto y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N°43.250-2017, N°8523-2018, N°2494-2018, N°17.043-2018 y N°18.451-2019), es preciso considerar que si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no es menos cierto que no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida.*

*Séptimo: Que, en el indicado contexto, la negativa a proporcionar al recurrente el acceso al fármaco, único, por lo demás, para el tratamiento de la patología que lo aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de ésta, así como para su integridad física, considerando que la patología que la afecta se encuentra en progresión afectando órganos vitales, la que frecuentemente resulta mortal.*

*Octavo: Que la acción de protección de derechos constitucionales es de naturaleza cautelar o de emergencia, cuyo fin es restablecer el imperio del derecho*

cuando por actos arbitrarios o ilegales se perturbe, prive o amenace el ejercicio legítimo de aquellos que se encuentran amparados por la citada acción en el Art. 20 de la Carta Fundamental, en relación con su artículo 19, sin perjuicio del ejercicio de otros derechos.

Luego, son requisitos indispensables de la acción de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley; o arbitrario, producto de la mera subjetividad de quien incurre en él, provocando alguno de los efectos que se han indicado, vulnerando una o más de las garantías constitucionales protegidas, a fin de que se adopten las medidas que sean conducentes para el restablecimiento del imperio del derecho.

Noveno: *Que, de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que con la negativa de la recurrida a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del recurrente, sobre la base de consideraciones de índole contractuales o económicas, ésta ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que el actor no se encuentra en condiciones de adquirirlo por su alto costo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología que él sufre y en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y de esta forma, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que las instituciones contra las cuales se dirige el recurso realicen las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Nintedanib, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento de la recurrente con este medicamento.*

Décimo: *Que, en consecuencia, y habiendo arribado estos sentenciadores a la convicción de que la decisión impugnada en autos infiere un daño grave y significativo al recurrente, en tanto pone en riesgo su derecho a la vida, no cabe sino acoger el recurso de protección intentado*<sup>28</sup>.

28 Corte Suprema, Rol N° 11.197-2020, 29-05-2020, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, considerandos cuarto y siguientes. Las cursivas son nuestras. En el mismo sentido, Rol N° 20.767-2020, sentencia de fecha 14-05-2020, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, considerandos quinto y siguientes; Rol N° 43772-2020, sentencia de fecha 24-06-2020; Rol 44069-2020, sentencia de fecha 22-06-2020.

En estas sentencias, aplicando el mismo criterio que en las coberturas médicas reclamadas al Estado, la Corte Suprema ha establecido que cuando se recurre en favor de niñas, niños y adolescentes, por aplicación del artículo 5° de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile cumplir los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de tratados internacionales, tales como la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

## 2. Prestaciones excluidas del contrato de salud.

*“Quinto: Que del examen de los antecedentes aparece que la principal razón esgrimida por la Isapre recurrida para no otorgar el tratamiento indicado para la enfermedad que presenta el recurrente, esto es cáncer glándula lagrimal izquierda y conducto lagrimal progresivo desde octubre de 2018, es el hecho que se trate de un tratamiento de carácter ambulatorio excluido del contrato de salud y que el Instituto de Salud Pública no tiene registrado el medicamento para la patología que padece el recurrente. De ello se desprende que el fundamento de la decisión objeto del recurso, es de orden administrativo-económico, toda vez que el medicamento Palbociclib no ha sido incluido en los decretos dictados para la determinación de los diagnósticos y tratamientos de alto costo con sistema de protección financiera contemplados en la Ley N° 20.850, al no superar los criterios objetivos establecidos en el procedimiento regulado por ley, el que cuenta con etapas sucesivas entre sí con el objeto de evitar arbitrariedades en la toma de decisiones de política pública;*

*Sexto: Que, al respecto y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018, N° 2494-2018, N° 17.043-2018 y N° 18.451-2019), es preciso considerar que si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no es menos cierto que no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida;*

*Séptimo: Que en el indicado contexto, la negativa a proporcionar a la recurrente el acceso al fármaco fundamental para el tratamiento de la patología que la aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia de ésta, así como para su integridad física, considerando que la patología que la afecta se encuentra en progresión afectando la cuenca del ojo y zona parietal izquierda, la que frecuentemente resulta mortal;*

*(...)*

*Noveno: Que de lo razonado en los fundamentos que anteceden, ha quedado de manifiesto que con la negativa de la recurrida a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del recurrente, sobre la base de consideraciones de índole económica, ésta ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental, puesto que el actor no se encuentra en*

condiciones de adquirirlo por su alto costo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco, único y exclusivo, para el tratamiento de la patología que él sufre y en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada y de esta forma, restablecer el imperio del derecho, mismas que han de consistir en que las instituciones contra las cuales se dirige el recurso realicen las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Palbociclib, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto de que se inicie en el más breve lapso el tratamiento de la recurrente con este medicamento, debiendo además reembolsar el precio pagado por el recurrente para practicarse el exámen denominado Foundation One CDx, prescrito por el médico tratante y que resultó necesario para determinar la composición molecular del extraño tumor que aqueja al recurrente;

Décimo: Que la decisión antes anotada, guarda armonía con la interpretación que la Superintendencia de Salud ha sostenido sobre el particular, según da cuenta el ORD. SS/N°2109 de fecha 22 de diciembre de 2017, en respuesta a la misiva enviada por la Sociedad Oncológica y Asociaciones de Pacientes instando a la modificación de la Circular IF N°7 de 2005 de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, acompañado por el actor, en el que se señala "...la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, de esta Superintendencia, se ha pronunciado mediante la resolución de controversia, ante la negativa de las isapres de otorgar CAEC para tratamientos ambulatorios con drogas antineoplásicas para el tratamiento del cáncer... De acuerdo al criterio sostenido por dicho tribunal, las normas que regulan los contratos de salud, deben interpretarse con criterios y objetivos sanitarios, por lo que, independientemente, de la forma en que los contratos de salud se refieren a las drogas citotóxicas, lo que es relevante, es que sean fármacos utilizados en el tratamiento del cáncer. En este contexto, se ha afirmado que los ciclos de quimioterapia deben entenderse como una circunstancia inclusiva y no destinada a la exclusión de cobertura en los casos en que el medicamento que se utiliza para el tratamiento del cáncer se suministre fuera de esos ciclos. En definitiva se sostiene que, existiendo una acción antitumoral, lo importante es que se trate de medicamentos utilizados en el tratamiento del cáncer, independientemente de su naturaleza o mecanismo de acción (citotóxica o citostático [sic]) o vía de administración de este medicamento, correspondiéndole la CAEC"<sup>29</sup>.

---

29 Corte Suprema, Rol N° 14.689-2020, 30-03-2020, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, considerandos quinto y siguientes.

### 3. Cobertura GES.

Se establece expresamente el derecho a gozar de aquellas prestaciones asociadas con la cobertura GES, sin que corresponda a las instituciones de salud previsional negarlas:

*“Duodécimo: Que, de acuerdo a la normativa precedentemente señalada, el Fondo Nacional de Salud y las Isapres deben asegurar obligatoriamente las garantías de acceso, la calidad, la oportunidad y la protección financiera respecto de las prestaciones asociadas a las patologías o condiciones de salud cubiertas por ley.*

*Décimo tercero: Que la patología diagnosticada al recurrente, trastorno bipolar del tipo I, corresponde al problema de salud N° 75 del Decreto Supremo N° 22, vigente a contar del 1° de octubre del año en 2019, el que en el Listado de Prestaciones Específicas incluye el fármaco Clozapina en la canasta correspondiente a “Hospitalización trastorno bipolar año 1”, que es la enfermedad determinada respecto del actor.*

*Décimo cuarto: Que, en consecuencia, tratándose de un fármaco que se encuentra contemplado en el Listado de Prestaciones Específicas GES para la patología citada, encontrándose fundadamente prescrito el uso ambulatorio al recurrente, como asimismo certificados los favorables resultados en éste y explicadas las consecuencias de su suspensión, el actuar de la recurrida resulta ilegal y arbitrario, toda vez que contrariamente a lo sostenido por ésta, el tratamiento requerido se encuentra expresamente contemplado como una prestación cubierta por el sistema de Garantías Específicas en Salud, y por su parte, la norma técnica, que guía el correcto suministro del referido fármaco, contempla clara e indistintamente el uso ambulatorio o en régimen cerrado, motivo por el cual ésta se encuentra obligada, sobre la base de los cuerpos normativos citados, a financiar la prestación referida sin condicionarla a una internación hospitalaria, la que resulta improcedente exigir puesto que, en el actual estado de salud en que se encuentra el paciente, debe ser voluntaria y no forzada directa o indirectamente, más aún cuando las condiciones sanitarias tornan desaconsejable una internación que no sea estrictamente necesaria dado el riesgo sanitario que ésta representa, lo que fuerza concluir que el recurso debió ser acogido. En tales circunstancias se afecta ilícitamente la garantía de igualdad ante la ley del recurrente, dado que en similares circunstancias otras personas accederán al beneficio que ahora a él se le desconoce”<sup>30</sup>.*

### 4. Cobertura Adicional de Enfermedades Catastróficas (CAEC).

No se justifica dar razones de índole económica para evitar activar la cobertura adicional de enfermedades catastróficas:

<sup>30</sup> Corte Suprema, Rol N° 21.944-2021, 07-06-2021, dictada por la Tercera sala, considerandos duodécimo y siguientes.

*“Sexto: ... ha quedado de manifiesto que con la negativa de la recurrida a proporcionar Cobertura Adicional de Enfermedades Catastróficas (CAEC) a un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del recurrente, sobre la base de consideraciones formales y en las que subyacen, en definitiva, razones índole económica, ésta ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza su derecho a la vida, puesto que el actor no se encuentra en condiciones de adquirirlo por su alto costo, de modo que la determinación impugnada en autos no permite el acceso a aquel fármaco imprescindible para el tratamiento de la patología que aquél sufre”<sup>31</sup>.*

## **5. Síntesis de las causales de rechazo de recursos en la materia**

En concordancia con los estándares exigidos para acoger los recursos deducidos, también la jurisprudencia citada ha clarificado las razones por las cuales procede rechazar algunos de éstos:

### **1. El tratamiento alternativo que el paciente está recibiendo es eficaz.**

*“Noveno: Que, conforme a lo informado por la médico tratante, el niño referido en autos actualmente se encuentra en una buena condición de salud, conserva movilidad, lo que le permite movilizarse en la distancia que se consigna en el informe citado, el que por lo demás no refiere que el paciente esté aquejado por alguno de los deterioros descritos como propios de la enfermedad, circunstancias que permiten concluir que no se ha acreditado de modo alguno que la vida de éste se encuentre en riesgo.*

*Décimo: Que, de acuerdo con lo antes expuesto y sin que se advierta vulneración alguna de las garantías fundamentales señaladas en el libelo, el recurso de protección deducido en estos autos debe ser desestimado”<sup>32</sup>.*

En este mismo fallo y otros de las mismas características, la suscrita ha introducido la siguiente prevención:

*“... prevención de la Ministra Vivanco, quien considera importante destacar lo siguiente, en relación con el considerando Décimo del presente fallo:*

*“1.- La ausencia de cobertura del sistema de salud respecto de medicamentos de altos costos, para pacientes que padecen enfermedades como la del menor de autos, ha motivado de parte de esta Corte la necesidad de un estudio acerca de la necesidad vital de tales medicamentos, cuando se solicita su cobertura a través de la acción de*

<sup>31</sup> Corte Suprema, Rol N° 28.967-2021, 08-07-2021, dictada por la Tercera sala, considerando sexto.

<sup>32</sup> Corte Suprema, Rol N° 25.147-2019, 03-12-2019, dictada por la Tercera sala, considerandos octavo y noveno. En el mismo sentido, Rol N° 20.737-2020, 27-05-2020; Rol N° 139.819-2020, 19-03-2021, dictada por la Tercera sala.

protección, dado que, precisamente, la garantía esencial invocada como vulnerada es el derecho a la vida.

“2.- La sola mejoría de la calidad de vida u otros efectos beneficiosos que dicho medicamento pueda tener sobre el paciente no permiten, en sede de protección, otorgar su cobertura, cuando no está en riesgo la vida del paciente, dado que tal cosa se relacionaría más bien con un juicio de oportunidad o conveniencia acerca de las políticas públicas en salud, lo cual no es competencia de estos sentenciadores sino de la autoridad encargada de éstas.

“3.- De allí que sea de especial importancia no sólo la orden del médico tratante, sino también su informe acerca de las razones por las cuales se efectúa dicha indicación y una evaluación de los posibles efectos adversos que la ausencia de suministro podría producir en el menor. Dado que, en este caso, no se visualiza que corra riesgo la vida del afectado, ello imposibilita a otorgarle una prestación que el sistema vigente no le concede”<sup>33</sup>.

## 2. No se evidencia riesgo vital del paciente:

“...se constata que la recurrente ha recibido todos los tratamientos necesarios para tratar la patología que la aqueja, encontrándose actualmente de alta sin recidiva ni riesgo vital que ameriten someterla a algunas de las alternativas de tratamiento que se detallan en el Ordinario N° 13 aludido anteriormente, circunstancia que no permite acoger la presente acción toda vez que su derecho a la vida no se encuentra amenazado”<sup>34</sup>.

## 6. Conclusiones

1.- La existencia de ciertas barreras para deducir el recurso de protección de garantías constitucionales consagrado en el artículo 20 de la Constitución ha exigido, por parte de la judicatura, una interpretación amplia pro administrado, que derive en poder conocer de casos de afectaciones de derechos constitucionales, usando como derechos de base a la vida, la igualdad y la propiedad.

2.- La dictación de fallos sobre la protección de la salud de las personas en relación con el derecho a la vida de éstas ha permitido desarrollar un sólido núcleo jurisprudencial, en el cual se destaca la necesidad de cautelar estos derechos, reconociendo la inextricable relación entre ellos y la importancia de

33 Corte Suprema, Rol N° 25.147-2019, 03-12-2019, dictada por la Tercera sala, prevención ministra señora Vivanco.

34 Corte Suprema, Rol N° 27.674-2019, 29-01-2020, dictada por la Tercera sala, considerando cuarto. En el mismo sentido, Rol N° 28.817-2019, 29-01-2020, dictada por la Tercera sala.

la cual gozan en relación con la dignidad humana y con la preservación del titular de los derechos, sin que ello signifique volver a concepciones ya superadas, como la jerarquización de derechos o la consideración de existencia de derechos en términos absolutos. Por el contrario, la necesaria armonía que debe existir entre los derechos demanda, precisamente, reconocer y respetar el ámbito preservado a los derechos sociales, económicos y culturales, superando un cierto trato peyorativo o carente de cautela efectiva respecto de ellos.

3.- En lo que respecta al derecho de acceso a los medicamentos, ha de reconocerse la ausencia de una consideración expresa en el ámbito constitucional, lo que no impide poder derivar la existencia de tal garantía, implícita en el derecho a la protección de la salud consagrado en la Constitución y respaldada por los tratados internacionales suscritos por Chile, como asimismo por la jurisprudencia del sistema interamericano.

4.- Las situaciones sometidas al conocimiento de la judicatura en sede de protección, acerca del acceso a medicamentos de alto costo, revisten una especial gravedad. Se trata de pacientes que sufren las llamadas enfermedades raras o huérfanas o que, adoleciendo de patologías de alta prevalencia, requieren de medicamentos novedosos, al no ser ya efectivos respecto de ellos los medicamentos tradicionales. La negativa de las instituciones requeridas, públicas o privadas, se relaciona con límites de cobertura establecidos en las leyes aplicables, lo cual conecta claramente con la escasez del financiamiento destinado a medicamentos, como asimismo se justifica en la incertidumbre acerca de los efectivos resultados de éstos o a no cumplir con ciertos parámetros contractuales.

5.- La resolución de estos casos ha tenido por premisas a la supremacía constitucional y aplicabilidad directa de la Constitución, la obligación del Estado y sus órganos en relación con la protección de la vida y la salud de las personas, la intermediación constitucional de los contratos, las obligaciones de las entidades privadas que prestan un servicio público en materia sanitaria y la exigencia de afectación de la vida del paciente para conceder los recursos.

6.- De acuerdo a las premisas referidas, la jurisprudencia revisada ha privilegiado la cautela del derecho a la vida gravemente amenazado, al no tener los pacientes un tratamiento alternativo u oportunidad de preservar su vida si no es a través del medicamento solicitado. En tal sentido, se atiende especialmente a la prescripción del médico tratante, así como los antecedentes que así lo demuestren. Por el contrario, ante la existencia de alternativas o tratamientos eficaces, los recursos no han sido concedidos, de modo tal de



mantener un escrutinio estricto de las situaciones en que amerita imponer los fundamentos constitucionales explicados respecto del marco contractual y legal de la salud pública o privada.

7.- La consideración preeminente de la vida del paciente, en estos casos, no ha de entenderse como una estimación de derechos absolutos o de aplicación de criterios de jerarquización de derechos, criterios ya superados por nuestra judicatura. Por el contrario, el escrutinio estricto descrito en el punto anterior se corresponde precisamente a la consideración del principio de proporcionalidad y también a una adecuada estimación de la esencia de los derechos, reservando la concesión de recursos relativos a medicamentos de alto costo, en forma excepcional y más allá de la regulación sectorial, a situaciones humanitarias en las cuales se busca darle al paciente la única oportunidad viable de acuerdo al estado del arte, brindándole el medicamento que los antecedentes indican como la vía posible para tal efecto.