

# **Revista de Derecho**

## Universidad Finis Terrae

**DERECHOS Y GARANTÍAS**





# **Revista de Derecho**

Universidad Finis Terrae

## **DERECHOS Y GARANTÍAS**

Segunda época año II, N°1-2014

**Comité Editorial:**

Enrique Navarro | Universidad Finis Terrae  
Miguel Schweitzer | Universidad Finis Terrae  
Rodrigo Barcia | Universidad Finis Terrae  
Roberto Salim-Hanna | Universidad Finis Terrae  
Fernando Gómez | Universidad Pompeu Fabra  
Jorge Baraona | Universidad de los Andes  
Mario Fernández | Universidad de Chile  
Juan Francisco Colombo | Universidad de Chile  
Luis Ortiz | Universidad de Chile  
Fernando Barros | Abogado  
Domingo Valdés | Universidad de Chile

**Diseño:**

Francisca Monreal

**Corrección de texto y estilo:**

Eduardo Guerrero

**Administración:**

Av. Pedro de Valdivia 1509

(56-2) 2420 7100

[www.uft.cl](http://www.uft.cl)

**REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE | Segunda época, año II, N°1-2014**

Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

Las opiniones expresadas en los artículos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no representan necesariamente la opinión de los editores ni de la Universidad Finis Terrae.

La reproducción total o parcial de los artículos de la revista está prohibida sin la autorización del Director, con la excepción de citas y comentarios.

Registro de Propiedad Intelectual N° 249.689

ISSN 0717-716X

Santiago de Chile

Año 2014

## **ÍNDICE**

- 7      EDITORIAL
- 9      Eugenio Evans Espiñeira  
**LA INVOLABILIDAD DEL HOGAR Y DE LA CORRESPONDENCIA:  
NUEVAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES**
- 41     Luz Bulnes Aldunate  
**EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: NUEVAS  
PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES**
- 69     Miguel Ángel Fernández González  
**LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA CONSTITUCIÓN**
- 95     Ignacio Covarrubias Cuevas  
**LIBERTAD DE OPINIÓN E INFORMACIÓN: ALGUNOS TÓPICOS  
INTERESANTES EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA**
- 117    William Thayer Arteaga  
**LIBERTAD DE TRABAJO Y LIBERTAD SINDICAL EN LA  
CONSTITUCIÓN CHILENA**
- 147    Francisco Zúñiga Urbina  
**LOS DERECHOS DE ASOCIACIÓN Y REUNIÓN: NUEVAS  
PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES**
- 175    Eduardo Soto Kloss  
**ACCIÓN DE PROTECCIÓN, UN RECUENTO DE FALLOS  
RECIENTES**

- 195 Mario Verdugo Marinković  
EL HÁBEAS CORPUS EN LOS TRIBUNALES
- 215 Enrique Navarro Beltrán  
LA NUEVA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- 273 Marisol Peña Torres  
LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SUS NUEVAS PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIALES
- 295 Rodrigo Ugalde Prieto  
PROCEDIMIENTO DE RECLAMO POR VULNERACIÓN DE DERECHOS DEL CÓDIGO TRIBUTARIO
- 323 José Fernández Richard  
EL RECLAMO EXPROPIATORIO Y SUS NUEVAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES
- 339 NORMAS DE PUBLICACIÓN

## **EDITORIAL**

### **REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD FINIS TERRAE SEGUNDA ÉPOCA, AÑO II, N° 1-2014**

El presente número se encuentra dedicado especialmente al estudio de los derechos y garantías constitucionales, materias esenciales de nuestro sistema institucional y del Estado de Derecho, tanto que ya la vieja y sabia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano nos recuerda que “toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”.

En relación a los derechos fundamentales y a sus nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales, se incluyen seis artículos. Eugenio Evans E. se refiere a la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, mientras que Ignacio Covarrubias analiza la libertad de opinión e información en relación a ciertos aspectos de reciente debate judicial. Miguel A. Fernández G. estudia la libertad de enseñanza, especialmente desde la perspectiva de los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En materia de derechos sociales, Luz Bulnes A. aborda la protección de la salud en las decisiones constitucionales sobre las modificaciones a contratos de salud fundadas en razones de sexo y edad, mientras que William Thayer A. lo hace respecto de las libertades de trabajo y sindical. Por último, Francisco Zúñiga U. profundiza sobre los derechos de asociación y reunión.

En el ámbito de las acciones constitucionales, se analizan diversos mecanismos de tutela constitucional y legal de las garantías. Así, Eduardo Soto Kloss recuenta los principales recientes fallos en materia de acción de protección, mientras que Mario Verdugo M. lo hace respecto de la acción constitucional de amparo. En relación a las nuevas acciones que conoce el

Tribunal Constitucional, con posterioridad a la reforma de 2005, Enrique Navarro B. sistematiza las exigencias procesales de la nueva acción de inaplicabilidad y, por su parte, Marisol Peña T. se refiere a la acción de inconstitucionalidad de las leyes. Finalmente, en cuanto a acciones tutelares legales, Rodrigo Ugalde expone sobre el procedimiento de reclamo por vulneración de garantías tributarias, mientras que José Fernández R. trata sobre el reclamo expropiatorio.

Tal como señalamos en números anteriores, la Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, en su segunda época, es continuadora de una publicación anual que se efectuó ininterrumpidamente desde 1997, habiendo reiniciado con nuevos bríos su edición desde el año pasado, en dos ejemplares anuales, habiéndose dedicado a los temas de transparencia y jurisdicción tributaria y aduanera, respectivamente. Es nuestro deseo próximamente ajustarnos a las exigencias propias de los procesos de indexación modernos, de manera que en el mediano plazo se pueda tener acceso a la misma a través del espacio cibernetico en soporte electrónico además de papel, por lo que invitamos no sólo a los profesores de la Facultad de Derecho sino a todos los investigadores y juristas del país y del extranjero a enviar sus colaboraciones, de manera de formar parte de esta nueva época de la publicación.

Enrique Navarro Beltrán  
Director Revista de Derecho Universidad Finis Terrae

# **LA INVOLABILIDAD DEL HOGAR Y DE LA CORRESPONDENCIA: NUEVAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES<sup>1</sup>**

## **IMMUNITY OF DOMICILE AND MAIL INVOLABILITY**

**EUGENIO EVANS ESPÍNEIRA<sup>2</sup>**

**Resumen:** en el presente artículo, se analiza la garantía de la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia a la luz de la doctrina moderna, del derecho comparado y de la jurisprudencia de nuestros tribunales y del Tribunal Constitucional.

**Palabras clave:** inviolabilidad del hogar. Inviolabilidad de la correspondencia. Correos electrónicos. Debido Proceso. Privacidad. Proporcionalidad. Secreto bancario.

**Summary:** this article analyzes the right to domicile immunity and mail inviolability in the light of modern doctrine, comparative law and jurisprudence of our courts and Constitutional Court.

**Key words:** immunity of domicile. Mail inviolability. Emails. Due process of law. Privacy. Proportionality. Banking secrecy.

<sup>1</sup> Este artículo contó con la colaboración de la abogada Paula García-Huidobro Ilabaca.

<sup>2</sup> Profesor de Derecho Constitucional Universidad Católica.

## **I. ANTECEDENTES DE LA GARANTÍA Y NUEVAS PROBLEMÁTICAS**

Cuando hoy se habla de vida privada e intimidad, nos parece que es necesario trasladar la atención hacia varios bienes jurídicos de la mayor y más trascendente relevancia. En efecto, la privacidad del hogar, la intimidad de cada persona, su espacio más espiritualmente reducido e individual, son esos bienes que cautela la Constitución en los números 4º y 5º del artículo 19.

En este artículo, por una parte, veremos cómo ha resuelto la jurisprudencia, y en su apoyo la doctrina, los problemas que surgen de la indispensable protección de esos valores y, por la otra, la satisfacción de ciertos requerimientos, condiciones y circunstancias de la vida social, las que expresaremos por medio de interrogantes como: ¿por qué razones podrá estar facultado un tribunal para ordenar la intercepción de las llamadas telefónicas de una persona, en el contexto de un juicio?; ¿tiene atribuciones la autoridad, en el marco de la investigación de un delito, para incautar correos electrónicos de trabajadores de empresas privadas o funcionarios públicos?; ¿pueden los medios de comunicación, en el ejercicio del periodismo y la libertad de expresión, publicar documentos privados?; ¿existe la obligación de revelar antecedentes personales, concretamente de carácter financiero, al momento de la obtención de un crédito en una casa comercial?; ¿es la regulación de transparencia y publicidad en la actuación de los órganos estatales una herramienta suficiente para dar acceso a los correos electrónicos de los Ministros de Estado, jefes de servicios y restantes funcionarios públicos?

Estas son algunas de las preguntas que han surgido del desarrollo de las comunicaciones y la publicidad de la información. Al vivir en una sociedad cada vez más tecnológica, han ido apareciendo nuevos medios de intervención y vigilancia más invasivos de información al alcance de las instituciones estatales, nuevas formas de divulgar noticias e informaciones, de investigar y descubrir antecedentes, de comunicar datos privados y personales. Lo anterior, con la potencialidad de amenazar la esfera privada y la autonomía individual de las personas.

De esta forma, han crecido las posibilidades de acceder y disponer de información de cualquier naturaleza, de recopilar, almacenar y utilizar información personal, generándose un potencial peligro, especialmente, a

la vida íntima y privacidad de las personas. De ahí que la protección de la privacidad de la información personal, con el máximo rango normativo, resulta imprescindible.

Con este sentido, insistimos, la Ley Fundamental contiene normas que se dirigen justamente a reconocer y resguardar la privacidad e intimidad de las personas. A modo de introducción, en relación a la inviolabilidad del hogar, la doctrina ha postulado que la expresión “hogar”, en el derecho constitucional chileno, equivale a “recinto privado” y abarca, por tanto, no sólo la vivienda de la familia sino que también las oficinas, los hoteles, y toda edificación o predio que no tenga el carácter de abierto al acceso público o de bien nacional de uso público<sup>3</sup>. Es así como el hogar es un concepto amplio y es el lugar donde la familia y sus integrantes pueden estar en intimidad. La idea del constituyente fue garantizar que la persona fuera respetada en sus actividades básicas y donde estuviere iniciando su acción exterior o desarrollando sus actividades más personales. El ámbito de protección debía comprender todo lugar privado, con especial énfasis en el hogar y sus extensiones naturales, a fin de preservarlos de toda invasión externa.

Esta garantía podría infringirse hoy, de diversas maneras. Desde asedios telefónicos y ruidos molestos hasta el ingreso material de otras personas perturbando la intimidad familiar. El bien protegido o valor constitucional amparado no es sólo el hogar en cuanto tal o mejor dicho, en su consideración puramente material, sino que la inviolabilidad del mismo, su privacidad. Es condición necesaria no obstante, para configurarse la infracción, que esta provenga de actos u omisiones arbitrarios o ilegítimos por parte de terceras personas. Por tanto, no se vería vulnerada esta garantía en el caso que por orden de un tribunal y en el marco de una investigación, un funcionario debiera allanar un edificio u otro recinto particular. Sin embargo, estas excepciones a la inviolabilidad del hogar no pueden dejarse ni al arbitrio de la autoridad de turno, ni tampoco a la mera apreciación discrecional del juez, sino que deben estar estrictamente reguladas por el legislador, y como señalaremos más adelante, sin afectar la esencia del citado derecho.

A su vez, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas alcanza la protección no sólo de la correspondencia escrita sino que también de los mensajes telefónicos, radiales, electrónicos o emitidos por cualquier

<sup>3</sup> Evans de la Cuadra, Enrique (2004). *Los derechos constitucionales*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pág. 223.

otro medio y de todos los documentos privados que las personas lleven consigo o mantengan en su vivienda o lugar de trabajo<sup>4</sup>. El constituyente escogió la expresión “comunicaciones privadas” porque cubría todo acto comunicacional que no fuera público.

El profesor José Luis Cea señala, en este contexto, que “*hoy las comunicaciones son muchas: epistolar, telefónica, audiovisual y por medios de comunicación tales como el télex, fax, correo electrónico, videoconferencia, etcétera. Por supuesto, esas y otras especies de comunicación siempre que no estén abiertas al público, están amparadas por la disposición en estudio*”<sup>5</sup>.

En relación con la reserva de las comunicaciones, Evans de la Cuadra advierte que “*la inviolabilidad rige igualmente para toda forma de comunicación privada, es decir, la transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor destinada sólo al conocimiento de ambos y no del público ni de terceros más circunscritos*”<sup>6</sup>.

Por su parte, Ricardo Gálvez postula que “*la trascendencia de este derecho deriva, por una parte, de que la comunicación privada es una forma de expresión personal en que se manifiestan rasgos de la intimidad no expuestos al conocimiento de cualquiera; y también, de que la privacidad de las comunicaciones constituye un valor esencial para el hombre, que emana de su propia naturaleza y que le permite tener conciencia de su individualidad e independencia, y desarrollar el sentido de ser una persona única e irrepetible, con un derecho inalienable a su propia dignidad*”<sup>7</sup>.

La Constitución admite la intercepción, apertura y registro de comunicaciones y documentos privados en los casos y formas que determine la ley, “*es decir, esta debe indicar los procedimientos y situaciones precisas en que pueden llevarse a efecto tales medidas*”<sup>8</sup>. Se advierte también por la doctrina que como regla general los recintos privados, las comunicaciones y los documentos personales no pueden ser allanados, interceptados, abiertos, registrados o conocidos, salvo que un texto legal lo autorice, exigiendo ciertas formalidades y sólo para casos excepcionales y determinados.

<sup>4</sup> Evans de la Cuadra, Enrique, ob. cit., pág. 224.

<sup>5</sup> Cea Egaña, José Luis (2004). *Derecho constitucional chileno*. Tomo II. “Derechos, Deberes y Garantías”. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 195.

<sup>6</sup> Evans de la Cuadra, ob. cit., págs. 176 y 177.

<sup>7</sup> Gálvez B., Ricardo (1992). *Intervención de Teléfonos en la Legislación Chilena*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N°3.

<sup>8</sup> Silva B., Alejandro (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XI. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.

Debemos tomar nota que las ciencias han evolucionado y con ello, la tecnología moderna ofrece innumerables canales de comunicación, como por ejemplo Internet, los satélites, la informática, y la computación en general, que tienen por objeto servir de puertos de conexión y permitir la comunicación de las personas, sin importar su lugar de ubicación.

Simultáneamente y como ya adelantábamos al comienzo, se han ido abriendo puertas y dotando facultades para que algunas autoridades puedan investigar todo tipo de hechos, públicos y privados, o en el ámbito comercial privado, por ejemplo, para entregar información reservada de las personas como requisito para obtener créditos en una casa comercial.

No es tarea fácil determinar una fórmula general que fije con precisión los límites del derecho a la intimidad y a la vida privada, como tampoco quiénes o bajo qué reglas se podrá decidir cuál de ellos deberá ceder en resguardo de un bien superior, o aun, en resguardo del ejercicio de otros derechos, v.gr. el derecho a informar.

El desafío en la actualidad es, por tanto, conciliar el derecho constitucional a la intimidad e inviolabilidad del hogar y las comunicaciones que garantizan la privacidad de las personas y de la familia, con un adecuado uso de las nuevas tecnologías en materias de comunicación y publicidad y en concreto, con los métodos utilizados, por ejemplo, por los distintos órganos fiscalizadores en el ejercicio de sus facultades de inspección, por los periodistas en el ejercicio de su profesión, por los empleadores en razón de su poder de dirección y control o por la ciudadanía cuando ejerce el derecho de conocer el contenido y fundamentos de las decisiones de los órganos del Estado.

## **II. DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE HOGAR Y LAS COMUNICACIONES EN LOS TRIBUNALES: NUEVAS DIMENSIONES**

El derecho a la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones ha sido objeto de diversos recursos y acciones en las diferentes esferas jurisdiccionales de nuestro sistema. El hecho de que se hayan desarrollado nuevas técnicas en materia de comunicación y publicidad ha significado, asimismo, situaciones particulares de vulneración de la intimidad de las personas. De esta forma, las más altas magistraturas han debido

interiorizarse en estas nuevas tecnologías y estudiar su vinculación con estos derechos fundamentales.

Interesa saber qué entienden los tribunales cuando la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas. Al punto, la jurisprudencia constitucional, en diversas ocasiones, se ha pronunciado sobre la vida privada de las personas.

En sus fallos sobre el tema, destacamos la sentencia rol N° 521<sup>9</sup> del año 2006, en que el Tribunal Constitucional reafirmó la relación sustancial, clara y directa que existe entre la dignidad de la persona y su proyección inmediata en la vida privada de ella y de su familia, como en lo que respecta a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En efecto, el considerando vigésimo señaló:

*Que, sobre la base de los razonamientos recordados, esta Magistratura enfatizó, asimismo, que la privacidad, en sus variados rubros, por integrar los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley, como también por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre estos...*

En este fallo, el Tribunal se pronunció sobre el proyecto de ley que contemplaba la creación de la Unidad de Análisis Financiero, entidad que tenía facultades para requerir de algunos organismos estatales antecedentes amparados por el secreto o reserva, para el ejercicio de sus funciones.

La Magistratura Constitucional enfatizó los parámetros para que fuera válido, frente a la Carta Fundamental, que una entidad fiscalizadora pudiere requerir antecedentes amparados por el secreto o la reserva:

- i. El legislador, al dictar normas que regulen el ejercicio derechos constitucionales o que los limiten, no puede afectar la esencia o núcleo irreductible del derecho de que se trata.
- ii. No puede imponerle condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio o lo priven de la debida tutela jurídica.
- iii. Ocurre esa privación en caso que se invada la privacidad de una persona sin el debido acatamiento de requisitos mínimos de bilateralidad y

<sup>9</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 521 de fecha 1 de agosto de 2006.

reflexión del juez que debe autorizar la entrega de información secreta o reservada de aquella.

Advirtió el Tribunal:

*Que, en esta línea de razonamiento, al disponer el proyecto de ley en examen que tratándose de la autorización previa de un ministro de Corte de Apelaciones de Santiago para que la Unidad de Análisis Financiero requiera antecedentes amparados por el secreto o reserva, o que provengan de personas no contempladas en el artículo 3º de la Ley Nº 19.913, “El ministro resolverá de inmediato”, se configura una situación que se opone a la dedicación y reflexión indispensables que un asunto de naturaleza tan delicada y compleja, como es autorizar una excepción a la reserva o al secreto de determinados antecedentes, amerita por parte del órgano que ha de cumplir el control heterónomo fundamental para asegurar el debido resguardo de los derechos involucrados... (considerando vigésimo segundo)*

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia rol Nº 417<sup>10</sup>, en virtud de la cual se declaró inconstitucional la norma del proyecto de ley que creaba la Agencia Nacional de Inteligencia, en la que, al igual que en el caso de la Unidad de Análisis Financiero, se otorgaba a un ministro de la Corte de Apelaciones la facultad de autorizar algunos de los procedimientos especiales de obtención de información.

En dicha oportunidad, la citada Magistratura razonó:

*Que, así y primeramente, la normativa en estudio impone al Magistrado correspondiente la obligación de pronunciarse, otorgando o no la autorización pedida, dentro de un plazo de 24 horas y que es fatal, lapso que, evidentemente, no le permite examinar los antecedentes que le han sido suministrados, con la dedicación indispensable para dictar la resolución razonada en un asunto tan grave y complejo, como tampoco, ordenar que se le presenten informaciones adicionales con las cuales, y tras la apreciación que se requiere para obrar con sujeción al proceso justo, le sea realmente posible pronunciarse con rigor y objetividad (considerando vigésimo octavo)*

Esta doctrina viene a reforzar lo resuelto por el mismo Tribunal en las sentencias roles 389 de 2003 y 433 de 2005.

Con la sentencia rol Nº 389<sup>11</sup>, la Magistratura Constitucional determinó el sentido y alcance del concepto “privacidad” y su relación directa con la dignidad moral y la libertad de las personas.

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 417, de fecha 3 de septiembre de 2004.

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 389, de fecha 28 de octubre de 2003.

En efecto señaló:

*Que la privacidad, en los variados rubros descritos, integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal, como se ha dicho, y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva del ser humano. Por tal razón, ellos merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley, como por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre estos (considerando vigésimo)*

*(...) Nuevamente, estima esta Magistratura oportuno destacar el ligamen que existe entre la dignidad de la persona y el ejercicio de este derecho esencial, pues la inviolabilidad de las comunicaciones privadas debe ser considerada una extensión, lógica e inevitable, sobre todo en la vida moderna, del carácter personalísimo o reservado que tienen ellas como base de la libertad individual y su proyección en los más diversos aspectos de la convivencia (considerando decimonoveno)*

Se concluye de lo transcurrido y de otros considerandos de este fallo:

- i. Que es condición necesaria para garantizar la dignidad de una persona, el respeto y promoción del derecho a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas;
- ii. Que la inviolabilidad de las comunicaciones privadas es una extensión de la libertad individual de las personas y es base esencial del desarrollo de la personalidad;
- iii. Que el respeto a la vida y a la protección de las comunicaciones privadas no tienen un carácter absoluto, pudiendo el legislador conferir facultades a ciertos órganos estatales para requerir y obtener información privada, todo ello dentro del marco de un debido procedimiento legal y una investigación autorizada por un tribunal.

A la misma conclusión llegó la sentencia rol N° 433<sup>12</sup>, en virtud de la cual se analizó la facultad del Ministerio Público para requerir toda clase de antecedentes o documentos sin reservas o limitaciones en el desarrollo de la investigación de un delito, concluyendo el sentenciador que al no encontrarse limitada esta atribución, no era constitucional.

Expuso en aquella oportunidad el tribunal:

*Que, si bien es cierto que para requerir los antecedentes o copias de documentos ha de intervenir el juez de garantía, basta su sola autorización “sin comunicación previa*

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 433, de fecha 25 de enero de 2005.

*al afectado”, lo que resulta absolutamente insuficiente; no contemplándose en el precepto los controles heterónomos indispensables de carácter jurisdiccional para que, ante una norma de carácter tan genérico como la que se analiza, los derechos del afectado sean debidamente respetados por el órgano investigador* (considerando trigésimo primero)

A continuación razonó:

*Que, sería posible argumentar para justificar la norma que se propone, que se trata de la práctica de diligencias cuya dilación podría acarrear graves consecuencias. Sin embargo, en la situación que se analiza ello no ocurre, porque los registros y antecedentes de una cuenta corriente bancaria, depósitos u otras operaciones como las que indica el precepto “se mantienen en el tiempo, bajo custodia y responsabilidad de un tercero que es, a su vez, fiscalizado por la autoridad” como tuvo ocasión de señalarlo este Tribunal en un caso semejante, en sentencia de 30 de abril de 2002, Rol Nº 349 (cons. 37º) (considerando trigésimo tercero)*

Se advierte de los fallos analizados una tendencia a la protección de la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones en relación a las atribuciones en materia de investigación de que gozan variados órganos estatales como son la Unidad de Análisis Financiero, el Ministerio Público o la Agencia Nacional de Inteligencia.

Por ello, y no obstante que el legislador ha otorgado a estas entidades facultades de investigación para poder interceptar llamadas telefónicas, revisar correos electrónicos, allanar propiedades privadas o solicitar información reservada, con el objeto de cumplir con sus funciones respectivas, estas no son ilimitadas.

En efecto, la jurisprudencia constitucional es conteste al señalar que las autoridades, en el ejercicio de las atribuciones fiscalizadoras, no pueden afectar el derecho a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones en su esencia. Ello es así, porque “*los derechos fundamentales son derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo. Un rasgo esencial de este sistema consiste en que el ejercicio de un derecho fundamental por un individuo no necesita justificación alguna, por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos tiene que ser justificada*”<sup>13</sup>.

Cristián Maturana advierte al respecto que “*el juez del crimen debe respetar en la investigación que realiza los derechos y garantías que se contemplan en la Carta*

<sup>13</sup> Bacigalupo, Enrique (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi. José Luis Depalma Editor, pág. 13.

*Fundamental, dado que el tribunal sólo se encuentra facultado para imponer una limitación respecto de ellas en los casos expresamente previstos por el legislador”<sup>14</sup>.*

Otra interesante vertiente del derecho a la privacidad es la constituida por los conflictos que surgen por las investigaciones periodísticas, o con fines de comunicación social. En esta materia, el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social se ha pronunciado acerca de la privacidad de los individuos y de la línea divisoria entre la libertad de expresión y la vida privada de las personas.

Ha sostenido esa entidad:

*El medio de comunicación respetará la vida privada de las personas. Entendemos que la vida privada se refiere a las conductas, el espacio que cada persona necesita y desea mantener alejados de los ojos y oídos extraños. Se trata del núcleo de la vida personal, del recinto de expansión y verdadera libertad del sujeto, que este no acepta compartir con nadie o que comparte con sus íntimos. Constituyen aspectos de la vida privada, el hogar doméstico, la oficina o lugar de trabajo, las conversaciones y comunicaciones privadas, los archivos de correspondencia y documentos, las funciones íntimas del individuo, las conductas que este desarrolla naturalmente en reserva, su vida afectiva y sexual y otros aspectos privados de naturaleza semejante. La intrusión forzada o clandestina en dichas áreas, y/o su difusión periodística, violan el derecho a la intimidad o vida privada de las personas, sea que se irrumpa físicamente en tales recintos; o que se empleen medios técnicos para observar, escuchar, fotografiar, grabar o captar de cualquier manera palabras o imágenes que están protegidas por el derecho a la vida privada; o que se usen al efecto testimonios de terceros<sup>15</sup>.*

Asimismo, Rodríguez Pinto<sup>16</sup> indica que donde la privacidad y toda la gama de bienes protegidos por ella halla su punto de prueba más fuerte en cuanto a su protección constitucional, es cuando aparece en colisión con la libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa. A su juicio, la jurisprudencia ordinaria parece dar mayor jerarquía al derecho a la intimidad.

Sobre esta materia se ha referido el Tribunal Constitucional en numerosos fallos, destacando la sentencia rol N° 943<sup>17</sup> del 2008, la cual recalcó los

<sup>14</sup> Maturana, Cristián (2004). *Informe en Derecho*, pág. 12 (no publicado).

<sup>15</sup> Consejo De Ética De Medios De Comunicación Social, Resolución N° 55, junio de 1977.

<sup>16</sup> Rodríguez Pinto, María Sara (1999). *Protección de la vida privada: líneas jurisprudenciales*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, N° 3, p. 737.

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 943, de fecha 10 de junio de 2008.

efectos de la protección que la Carta Fundamental confiere a la privacidad y su relación con la dignidad de las personas:

*Que este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la importancia, naturaleza y alcance del derecho a la protección de la honra y la privacidad. En efecto, en sentencia de 28 de octubre de 2003, se dijo: (...) Pues bien, la dignidad a la cual se alude en aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados... además y como consecuencia de lo recién expuesto, la Carta Fundamental asegura a todas las personas, sin distinción ni exclusión alguna, en su artículo 19 Nº 4 inciso primero, ‘El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia’. En tal sentido considera esta Magistratura necesario realizar la relación sustancial, clara y directa, que existe entre la dignidad de la persona, por una parte, y su proyección inmediata en la vida privada de ella y de su familia, por otra, circunstancia que vuelve indispensable cautelar, mediante el respeto y la protección debidas (considerando vigesimooctavo).*

Por su parte, la Corte Suprema también se ha manifestado en los últimos años sobre la extensión de la privacidad, principalmente, en el ámbito de las relaciones de trabajo. En este escenario, es posible observar que el conflicto de derechos se traslada al de propiedad del empleador sobre su industria o lugar de trabajo y el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones privadas de los trabajadores.

En este contexto, ha tenido gran importancia práctica el principio de la tutela efectiva de los derechos del trabajador y los fallos se han pronunciado en favor de la prohibición de acceso, por parte del empleador, a la información y comunicaciones privadas del primero.

En la sentencia Rol Nº 52<sup>18</sup> del 2009, la Corte Suprema dictaminó acogiendo la demanda de una trabajadora, quien fue despedida en razón de haber entregado, vía electrónica, información privada de la compañía en la que trabajaba. Para ello, el empleador había ingresado sin la autorización de la trabajadora a su correo electrónico personal.

La Corte determinó, a través del principio de proporcionalidad —cada vez más desarrollado por nuestra jurisprudencia constitucional y que sirve para solucionar conflictos de derechos a través del mecanismo de la ponderación—, que la conducta del empleador no se ajustó al orden

<sup>18</sup> Corte Suprema, Sentencia Rol Nº 52, de fecha 12 de enero de 2009.

jurídico en la medida que vulneró el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de la demandante.

En efecto, advirtió en el considerando octavo:

(...) Así de partida, queda inmediatamente excluida la posibilidad de limitar el derecho fundamental en su núcleo esencial, sometiéndolo a exigencias o restricciones que lo hagan irrealizable. Así en este caso, sería inaceptable bajo todo punto de vista que se hubiese producido el conocimiento de la información utilizada por el empleador, a través de la obtención dolosa de la contraseña o password, o introduciendo otro mecanismo en las mismas condiciones que violaran la privacidad.

*En este examen, necesariamente debe recordarse el dictamen N° 260-2002 de la Dirección del Trabajo, el cual señaló, ejemplificando, que lo habitual es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes, por mucho que la línea y el aparato mismo le pertenezcan; lo mismo es extensivo a otras dependencias físicas específicas y por cierto a otros medios de comunicación, donde debe comprenderse sin duda el uso del correo electrónico y del sistema messenger. Luego la conclusión inevitable es que para que pueda pretender enterarse del contenido de las conversaciones de sus trabajadores debe tratarse de situaciones muy justificadas y por tanto excepcionales.*

*Este mismo dictamen señala tajantemente que en ningún caso el empleador puede tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores. (...)*

Como se aprecia, la Corte Suprema y la Dirección del Trabajo son contestes al estimar que la balanza se inclina en favor de la reserva de todo tipo de comunicaciones privadas, aun por sobre la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, la que emanaría de la garantía constitucional del derecho de propiedad. Aún más, ni siquiera para prevenir o sancionar la probable ilicitud de la entrega a terceros de información reservada de la empresa, se aprecia como justificación suficiente para invadir la correspondencia electrónica privada de los empleados.

Además, esta sentencia reafirma el principio doctrinal en virtud del cual, cuando la Constitución Política garantiza en su artículo 19 N° 5 la inviolabilidad de las “comunicaciones privadas” se debe incluir la correspondencia electrónica, los fax, el chat y los mensajes a través de portales electrónicos<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Es necesario advertir que lo amparado con la inviolabilidad es la comunicación, independientemente del lugar en el cual se halle el correo electrónico, pudiendo encontrarse

La doctrina seguida en esta materia por la Corte Suprema no puede ser extendida, sin embargo, a las comunicaciones que se realizan por los funcionarios públicos y que forman parte del contenido o fundamentos de las decisiones que adoptan en el ejercicio de sus funciones. En efecto, en consideración de lo señalado por el artículo 8º y numeral 12 del artículo 19 de la Constitución y lo dispuesto por la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, el máximo tribunal ha dispuesto que la divulgación de los correos electrónicos que sirven de base para adoptar decisiones administrativas no vulnera el derecho a la intimidad, ya que no contienen información personal.

En efecto, en la sentencia del 6 de noviembre de 2013, la Corte señala que “*el derecho de acceso a la información, consagrado en el artículo 8 de la Constitución, es también una manifestación de la libertad de información, garantizada en el artículo 19 N° 12, el que se encuentra reconocido como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que este supone por parte de los órganos estatales hacia la ciudadanía... Esta preceptiva, que obliga a todos los órganos estatales, exige de estos que den a conocer sus actos decisarios, tanto en sus contenidos como en sus fundamentos, y que aquellos obren con la mayor transparencia posible en los procedimientos a su cargo*”.

Continúa afirmando que incurren en falta o abuso los jueces que deciden que la divulgación de los correos de los funcionarios atentaría contra el numeral 5 del artículo 19 de la Carta Fundamental, “*pues lo cierto es que la propia Administración reconoce que aquella información servirá de base para adoptar decisiones relativas a la continuidad del servicio de transporte en la ciudad de Santiago. En consecuencia, se trata de información que integra la formación del acto administrativo, que por expresa decisión del constituyente es pública, debiendo ella ser entregada a los ciudadanos...*(Rol 4060-2013).

El Tribunal Constitucional (TC), por su parte, conoció un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, presentado por el Subsecretario del Interior, por el cual se requería declarar inaplicable el artículo 5º de la citada Ley 20.285. La gestión en que recaía el requerimiento se trataba de una

este mensaje almacenado en un computador, en un servidor de correo, o en otro equipo, y que el correo electrónico por sí solo no es una herramienta de comunicación que garanticé fácilmente la verificación de la identidad del autor, del receptor, la veracidad del mensaje, u otro dato contenido en él. En esta materia véase Rodríguez Silva, Eduardo (2003). *El correo electrónico*. Revista Chilena de Derecho Informático N° 3, Centro de Estudios en Derecho Informático. Facultad de Derecho Universidad de Chile, pág. 199.

acción de ilegalidad presentada ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Consejo de Transparencia, que había dado lugar al reclamo de un particular ante la negativa del Ministerio del Interior de entregarle información contenida en correos electrónicos entre autoridades de esa cartera.

En la sentencia respectiva Rol 2153-2012, el TC acoge el requerimiento de inaplicabilidad, basado en los siguientes razonamientos:

### **1. Criterios interpretativos:**

- a. Los funcionarios públicos están sujetos a una relación estatutaria, pero no por ello se suspenden los derechos que la Constitución garantiza a *todas* las personas. Es necesario que las restricciones o limitaciones a los derechos de los funcionarios públicos estén expresamente consagrados en la ley, y las que existen se refieren a derechos específicos y están señalados especial y determinadamente.
- b. El derecho de acceso a la información pública no es respecto de todo lo que hace o tienen en su poder los órganos de la Administración, sino que la Constitución lo establece solamente sobre sus actos y resoluciones, fundamentos y procedimientos que se utilicen. Esto busca que la publicidad no afecte la mejor toma de decisiones, porque se revela prematuramente algo o se difunde un asunto que no estaba destinado a ese propósito. Por otra parte, el derecho al acceso a la información no es absoluto, ya que debe respetar los derechos que el ordenamiento jurídico establece, así como el principio de servicialidad del Estado. El TC considera de que la publicidad puede afectar la efectividad de los órganos del Estado, ya que puede restar la espontaneidad o franqueza de ciertos actos. Además, siempre habrá actos que no podrán ser públicos, como llamados telefónicos, diálogos, etcétera.
- c. Los correos electrónicos no necesariamente son actos administrativos. Esta tecnología es una forma de comunicación, por la cual se transmiten mensajes de un emisor a uno o varios receptores, que se transmite en un canal cerrado, que es virtual, instantáneo, multimedial y ubicuo. El uso del e-mail en la Administración es atractivo por permitir un gran flujo de información de manera fácil e instantáneo, facilitando los procesos. Forma parte del “gobierno electrónico”. La Ley de Bases de Procedimientos Administrativos permite que los actos administrativos se expresen por medios electrónicos, pero estos son formales y por tanto necesitan dejar constancia indubitable de lo actuado; entonces, para

que un mail sea público se requiere que exista la firma electrónica en el acto, que garantiza su autenticidad, y que sea de aquellos que reconoce la Ley 19.880: actos de decisión, de constancia o de juicio.

- d. La Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico, ya que en el momento de formularse la Constitución pudieron tenerse en cuenta las tecnologías que todavía no existían, como Internet.

## **2. Se afectaría la inviolabilidad de las comunicaciones privadas:**

Ante la controversia de si las casillas de correo electrónico de los funcionarios públicos son privadas o no, el TC analiza el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, diciendo que este protege *todo* tipo de comunicación privada. El hecho de que se trate de comunicaciones entre funcionarios públicos no quita el carácter de comunicación privada a alguna que se ha hecho con la intención de mantenerla al margen de terceros, que no son de dominio público. Este derecho protege la comunicación misma, no el contenido de esta, por lo que no es relevante si se trata de una casilla de un funcionario público. Ya se ha establecido que los funcionarios públicos son titulares de este derecho.

El TC estima que los correos electrónicos sí son comunicaciones privadas, que se transmiten por canales cerrados y tienen emisores y destinatarios acotados, cumpliendo con los requisitos que el art.19 n°5 dispone para que una comunicación sea considerada como privada. No existe ninguna norma constitucional ni legal que excluya a los funcionarios públicos de la garantía del art.19 N° 5. Esto no cambia por que el e-mail se haya enviado con una casilla pública ni con un computador del organismo.

Por otro lado, en la actualidad los bienes que el Estado entrega a sus funcionarios para que realicen su trabajo, desdibujan la barrera entre lo público y lo privado, como son los e-mails. Por este, el funcionario está en interconexión permanente, incluso cuando no está en su trabajo; lo único que debe prohibirse es su mal uso. Además, los e-mails no sólo envían correos, sino que también reciben, y los funcionarios no pueden controlar qué mails recibe su casilla, y salvo prohibición expresa, estas pueden utilizarse para comunicaciones personales o privadas.

El hecho de que el funcionario sea una autoridad pública no quita que sea una comunicación privada. Las autoridades deben tomar buenas

decisiones y el e-mail otorga la oportunidad de tomarlas rápidamente, lo que es ventajoso. Para ello necesitan de confidencialidad.

La Ley 20.285 no está destinada a levantar la inviolabilidad de las comunicaciones, no es de aquellas excepciones a dicha protección. No tiene sentido que cualquier persona, sin invocar derecho o interés, pueda acceder a más documentación a la que es posible acceder en un procedimiento administrativo. En el caso concreto, el Ministerio otorgó al solicitante variados documentos, pero los e-mails no eran actos de juicio que debían ser parte de lo que se entregó.

En fin, para el TC el artículo 8º de la Constitución no prevalece sobre el numeral 5 de su artículo 19, pues los órganos del Estado deben su actuación a los derechos y garantías establecidos por la CPR, como es la inviolabilidad de las comunicaciones. El artículo 8º limita la publicidad cuando existe vulneración de derechos, es decir, la publicidad se subordina a los derechos, no al revés. Por ello, si se expusieran estos mails se vulneraría el derecho de los funcionarios públicos a la inviolabilidad de sus comunicaciones privadas.

### **3. El artículo impugnado excede lo previsto en la CPR:**

El TC interpreta el artículo 8º constitucional en el sentido de que la información pública tiene un carácter limitado. La ley N° 20.285 introduce el concepto de “información”, el que no es utilizado por el artículo 8, de modo tal que, según dicha ley, información pública sería no solamente todo acto o resolución administrativa, sino que todo lo que haya sido producido o esté en poder de la Administración, o que esté elaborada con presupuesto público. Da igual la procedencia de la información, si es que está “en poder” de la Administración; sería un concepto muy amplio.

El TC considera que actos públicos solamente son actos o resoluciones y fundamentos de estos. Los e-mails discutidos en este caso están fuera de procedimientos administrativos, y no son ni actos, ni resoluciones, ni fundamentos de estos.

Si se aplicase el artículo 5º de la Ley N° 20.285 como está, los e-mails deberían entregarse por solicitud de acceso a la información, lo que el TC considera pugna con el artículo 8 de la CPR.

Por estas razones, el TC acoge el requerimiento, declarando inaplicable el inciso 2 del artículo 5 de la Ley 20.285, en la parte que dispone que es pública “*toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento*”.

En la sentencia rol 2246-2012, el TC conoce de otro requerimiento de inaplicabilidad similar al anterior, también presentado por el Subsecretario del Interior y respecto del mismo precepto. A diferencia del procedimiento anterior, en este el Consejo para la Transparencia alegó que existía una interpretación posible del artículo impugnado de modo tal de conciliarlo con la Carta Fundamental. Respecto de ello, el TC considera que, existiendo varias interpretaciones posibles de una norma, si hay una que tiene por efecto que ella deviene en inconstitucional, entonces es deber del TC declararla como inaplicable, ya que la inaplicabilidad no exige, como en la acción de inconstitucionalidad, que el precepto sea inconstitucional a todo evento y en toda circunstancia. Basta que haya una interpretación inconciliable con la Carta Fundamental para que el TC tenga habilitada su competencia para acoger dicha inaplicabilidad.

A continuación, se hace cargo de la alegación del Consejo en cuanto existirían razones para no fallar este caso del mismo modo que se hizo en el rol 2153-2012 (que se considera precedente para la causa), pero el TC estima que la petición es improcedente, considerando dicha sentencia como precedente. Empero, hace observaciones en cuanto a los casos no son iguales en los hechos: en el primero, se trató de e-mails que involucraban a un Subsecretario y un Gobernador respecto a rendiciones de cuentas, mientras que en este, la petición versaba sobre e-mails de un Ministro de Estado, y no sobre actos administrativos, sino que sobre anteproyectos de ley.

Respecto a los criterios interpretativos, se mantienen igual que al caso anterior. Respecto de los Ministros de Estado (para el caso el Ministro Secretario General de la Presidencia), aclara que estos funcionarios son colaboradores directos e inmediatos del Presidente (artículo 33 CP) y considera que la petición de acceso a la información de sus mails tendría injerencia directa con las funciones del Presidente. Por ello, los ministros de Estado tienen un privilegio deliberativo reforzado en esta materia.

Otra diferencia respecto a la sentencia anterior es que pedir acceso a la información sobre anteproyectos de ley puede entorpecer gravemente la elaboración del proyecto. Además, implicaría que una sola persona natural

contaría el privilegio de conocer información que no es aún divulgada, lo que implicaría una ventaja estratégica.

De este modo, el exceso competencial que tendría el artículo 5º de la Ley N° 20.285, en relación al artículo 8º de la Constitución, puede afectar la distribución de funciones en el sistema, porque acceder a e-mails con anteproyectos de ley incide directamente en una potestad exclusiva del Presidente, cuando este debe tener máxima flexibilidad en esta materia.

Por último, la sentencia Rol 2379-2013 trata básicamente de la misma materia de los otros dos, tomándolos como precedentes. El TC nuevamente declara inaplicable el inciso 2 del artículo 5º de la Ley N° 20.285, tanto citada, esgrimiendo muy parecidos razonamientos.

### **III. “VIDA PRIVADA” EN CHILE Y EN EL DERECHO COMPARADO: EL CASO DE ESPAÑA, FRANCIA Y ESTADOS UNIDOS**

Es importante dejar constancia del concepto que los autores dan a “la vida privada”, en circunstancias que, como ya comentábamos, esta se ve amenazada de diferentes maneras en virtud de los adelantos tecnológicos en materia de telecomunicaciones, informática y publicidad de datos personales, como así también en razón de las vastas atribuciones que gozan los entes fiscalizadores u otras agencias estatales para investigar hechos o conductas contrarias al orden jurídico.

Para Verdugo, Pfeffer y Nogueira, la intimidad no es más que “*el derecho a poder estar solo si uno lo desea, a mantenerse apartado de la observación de los demás sin ser molestado, sin intromisiones en lo más personal de su vida, es en cierta medida una emanación de la libertad personal y merece por lo mismo respeto y protección*”<sup>20</sup>.

José Luis Cea, por su parte, ha definido la vida privada “*como el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea sean conocidos por terceros sin su*

<sup>20</sup> Verdugo M., Mario; Pfeffer U., Emilio; Nogueira, Humberto (1994). *Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 244.

*consentimiento previo. La intrusión en ellos quebranta, en consecuencia, el bien jurídico constitucionalmente asegurado”<sup>21</sup>.*

En España, la protección de la intimidad, del honor, y de aquellos derechos susceptibles de ser vulnerados por medio de la informática, ha dado lugar al nacimiento o a la necesidad de consagrar un nuevo derecho fundamental en los textos constitucionales, el que no obstante carecer de un nombre comúnmente aceptado por los autores, se ha denominado por algunos como derecho a la autodeterminación informativa o derecho a la intimidad informática<sup>22</sup>.

En relación a esta materia, el Tribunal Constitucional Español en varias ocasiones se ha referido a la esfera de la intimidad de la persona<sup>23</sup> en razón de que la protección de la vida privada se encuentra recogida de forma general por la Constitución Española, al garantizar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en su artículo 18 prescribiendo, además de lo expresado, que: “*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”. Ahora bien, la protección de la vida privada, en esos términos, ha sido desarrollada por la Ley Orgánica 5/1992 de octubre de 1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Esta ley establece, en beneficio de las personas, una serie de cautelas respecto de las bases de datos públicos y privados.

La situación en Francia es distinta. El derecho a la intimidad no ha sido consagrado por la Constitución. El ordenamiento jurídico francés maneja sólo el derecho a la vida privada, garantizado únicamente por el Código Civil. Sin embargo hoy, ante las nuevas tecnologías y frente a la renovación de los peligros que amenazan la vida privada, el derecho a la intimidad aun cuando aparece como uno no suficientemente desarrollado por la jurisprudencia constitucional francesa, es susceptible de adaptarse mejor a la evolución que la sociedad viene conociendo desde hace varias décadas<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Cea Egaña, José Luis (2004), ob.cit., p. 178.

<sup>22</sup> Sánchez de Diego, Manuel, *Intimidad y privacidad en la red. Consideraciones jurídicas del derecho español*. Disponible en página web [www.robertexto.com](http://www.robertexto.com)

<sup>23</sup> En efecto, el Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado sobre la vida privada de las personas en las sentencias 22/1984, 110/1984 y 114/1984.

<sup>24</sup> Alcaraz, Hubert (2007). *El derecho a la intimidad en Francia en la época de la sociedad de la información*. Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, Nº 18, pág. 1.

Según el autor francés Hubert Alcaraz, la vida privada implica tanto “*la autodeterminación como su reserva, tanto la autonomía individual como la discreción, tanto la exteriorización como la interioridad y el sistema jurídico puede decidir protegerlos o por el contrario, ignorarlos*”<sup>25</sup>. A su juicio, el respeto de la vida privada encierra dos vertientes: el respeto de la libertad y el respeto de la personalidad y ambos aspectos no pueden garantizarse a través de los mismos mecanismos.

En la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés, el derecho a la vida privada es alternativamente protegido por medio de la referencia a la libertad individual y después por la libertad personal<sup>26</sup>. No obstante, el derecho francés ha ido elaborando ciertos mecanismos para garantizar la protección de la vida privada contra potenciales atentados del poder público. De esta forma, se ha consagrado el secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio, las que no obstante no aproximarse siempre al derecho a la vida privada, aparecen como garantías formales del derecho a la intimidad<sup>27</sup>.

En conclusión, se observa tanto en España como en Francia, el esfuerzo de los legisladores y de la jurisprudencia por resguardar el derecho a la privacidad del hogar y en el hogar y las comunicaciones, y de esta manera proteger la intimidad de las personas ante las amenazas de la revolución tecnológica.

En Estados Unidos, por su parte, la emergencia de la tutela de la esfera privada de la persona se origina frente al potencial invasivo de la tecnología en el sistema jurídico norteamericano de finales del siglo XIX. Fue en este momento cuando los autores Warren y Brandeis<sup>28</sup> dieron forma a una

Para este autor, la intimidad es lo que protege el derecho que toda persona tiene a que no se divulguen aquellos elementos relativos a su vida personal que, por su naturaleza, son ignorados por terceros y cuyo control debe poder asegurarse.

<sup>25</sup> Alcaraz, Hubert, ob. cit, págs. 8 y 11. Expone que “si examina las decisiones jurisdiccionales, el observador comprueba que las cortes y tribunales franceses no protegen la vida privada en su conjunto, sino tan sólo una parte. ¿Qué parte? La formada por todos aquellos elementos más directamente relacionados con la personalidad del individuo y, en tal medida, los más susceptibles de revelar información sobre su personalidad, aunque el propio interesado no lo haya deseado expresamente”.

<sup>26</sup> En el fallo del Consejo Constitucional nº 76-75 DC de 12 de enero de 1977, se consagra una concepción extensa de la libertad individual, que engloba la protección de la vida privada.

<sup>27</sup> En Francia, la inviolabilidad del domicilio está reconocida como un principio de valor constitucional y fue consagrada por el Consejo Constitucional en su decisión Perquisitions Fiscales de 1983, Decisión 84-164DC, de 29 de diciembre de 1984.

<sup>28</sup> Saldaña, María Nieves (2007). *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica*. Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, Nº 18, pág. 86.

clásica definición de la privacidad, entendida como “el derecho a estar solo o a no ser molestado” (*the right to be let alone*).

Desde esa fecha, el derecho a vedar a terceros (sobre todo al Estado y a los medios de comunicación) el conocimiento de la vida personal y la posibilidad de controlar qué, cuándo y cómo esas dimensiones de la vida personal pueden ser legítimamente comunicadas o conocidas por otras personas, se ha ido consolidando como un ámbito subjetivo de libertad garantizado por el sistema legal y constitucional norteamericano.

Aunque ni la Constitución norteamericana de 1787 ni sus enmiendas reconocen expresamente el derecho a la privacidad, el Tribunal Supremo lo ha considerado implícito en la garantía del derecho de asociación, reconocido en la Primera Enmienda, que protege a las personas frente a cualquier obligación legal de revelar la pertenencia a un grupo u organización; sobre todo en la garantía de la Cuarta Enmienda frente a registros irrazonables, limitando la intrusión del gobierno en las personas, domicilios, documentos y efectos personales, incluyendo no sólo los supuestos de invasión material sino también de vigilancia electrónica y en la dimensión subjetiva de la libertad personal que ampara la garantía del debido proceso<sup>29</sup>. Una de las sentencias más importantes y pioneras en este sentido fue la del caso *Katz v. United States* en 1967 donde el Tribunal norteamericano afirmó que el espionaje electrónico contravenía la Cuarta Enmienda en relación a la privacidad de las comunicaciones acogiendo la definición de Brandeis de “privacidad”<sup>30</sup>.

En definitiva, la protección de la privacidad de la persona en Estados Unidos no puede equipararse a la concepción de la intimidad que impera en el ordenamiento español o francés, de carácter más restringido. Es en el ámbito de la protección de los datos personales, al igual que en nuestro país, donde viene a reflejarse con mayor intensidad la tensión constitucional entre la protección de la esfera privada de la persona y las exigencias de información derivadas de la seguridad nacional. De ahí el interés de la doctrina norteamericana de extender el ámbito de protección constitucional de la privacidad, específicamente, para hacer frente a los avances tecnológicos como la interceptación de las líneas telefónicas privadas y grabación de conversaciones ajenas por policías federales.

<sup>29</sup> Saldaña, María Nieves, ob. cit., pág. 88.

<sup>30</sup> Richard Posner es uno de los principales exponentes de la corriente de pensamiento que analiza al Derecho desde el punto de vista de la economía.

Además del ámbito jurisprudencial, en la legislación norteamericana se percibe un interés por regular las eventuales vulneraciones a la privacidad. En efecto, el Congreso Norteamericano ha aprobado en las últimas décadas numerosas disposiciones legislativas con el objeto de evitar invasiones a la información personal. Así, en 1970 se aprobó la Ley de Informes Crediticios Justos, que regula el uso de la información relativa a la solvencia patrimonial y de crédito, garantizando la no divulgación de la información.

Sin embargo, autores como Richard Posner<sup>31</sup> difieren de las doctrinas que hemos venido desarrollando, desmitificando el derecho a la vida privada, al plantear que “*no es más que un bien económico que todos tenemos conjuntamente con otro: la curiosidad*”. Sostiene que la demanda por información privada es comprensible cuando una relación actual o potencial, sea comercial o personal, crea oportunidades de ganar para el demandante como el inspector de Servicios de Impuestos, un acreedor, etcétera. Por lo mismo, niega que deba concederse un derecho de propiedad (o control para evitar que se difunda) sobre aspectos de la vida privada, o documentos personales<sup>32</sup>.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tampoco ha estado ajeno a estos temas. Ha debido conocer de reclamaciones que estiman violada la norma del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que proclama el derecho de la persona a su intimidad en su vida privada y familiar, así como a su domicilio y correspondencia.

Dispone el citado artículo 8º lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>31</sup> Posner, Richard (1978). *The right of privacy*. Giorgia Law Review, 12, pág. 394.

<sup>32</sup> Posner, ob. cit., pág. 72.

Los principales fallos del TEDH dicen relación con reclamaciones deducidas por particulares frente a injerencias de las autoridades estatales que, aunque se han realizado de conformidad al Derecho interno, son tachadas de violar el derecho a la vida privada. El Tribunal ha señalado “*que si las atribuciones de un organismo estatal son tan amplias que pueden fijar, sin necesidad de orden judicial, la oportunidad, número y duración de las operaciones de control sobre el domicilio del afectado, se transgrede el derecho a la inviolabilidad del hogar*”<sup>33</sup>.

También ha debido sentar criterios sobre la forma en que puede ser autorizada la interceptación de llamadas telefónicas. En el caso *Kruslin v. Francia*<sup>34</sup>, señaló que los procedimientos para la intercepción debían fundarse en “una ley de singular precisión”. La Corte no consideró suficientes las garantías que otorgaba la legislación francesa para legitimar el grave ataque a la vida privada que representan esas intromisiones.

Como se aprecia, es un fenómeno universal la protección y resguardo del derecho a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones, frente a la inminente invasión de la tecnología, de los medios de comunicación social y el poder de las autoridades.

#### **IV. EL SECRETO BANCARIO: UNA GARANTÍA QUE DESAPARECE**

Una de las manifestaciones del derecho a la intimidad en materia comercial, es la institución del secreto bancario. En nuestro país, se contempla en la Ley General de Bancos<sup>35</sup>.

En efecto a partir del artículo 154 en adelante, la señalada ley se encarga de definir y delimitar esta institución del siguiente modo:

*Los depósitos y captaciones de cualquiera naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por*

<sup>33</sup> Corral T., Hernán (2000). *Derecho a la Privacidad*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N° 1, pág. 64.

<sup>34</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia Kruslin V/s Francia, de fecha 24 de abril de 1990.

<sup>35</sup> Decreto con Fuerza de Ley N°3, de 19 de diciembre de 1997.

*él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Las demás operaciones quedan sujetas a reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente.*

(...) En todo caso, los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores, en términos globales, no personalizados ni parcializados, sólo para fines estadísticos o de información cuando exista un interés público o general comprometido, calificado por la Superintendencia.

*La justicia ordinaria y la militar, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o imputado en esas causas u ordenar su examen, si fuere necesario. Los fiscales del Ministerio Público, previa autorización del juez de garantía, podrán asimismo examinar o pedir que se les remitan los antecedentes indicados en el inciso anterior, que se relacionen directamente con las investigaciones a su cargo (Artículo 154).*

Del análisis del precepto citado se desprende que la información referida a los depósitos y captaciones que reciban los bancos debe ser mantenida en secreto y sólo pueden darse a conocer a los dueños de ese dinero y a quienes ellos hayan autorizado. Adicionalmente, la ley contempla el deber de reserva para las restantes operaciones, entre ellas y a vía ejemplar, colocaciones o créditos contratados por instituciones financieras y sus clientes. No obstante, tal protección no es absoluta, pues el legislador en situaciones excepcionales, y adoptando los resguardos debidos, permite remover el secreto. Así ocurre en la investigación de delitos, lavado de activos, tráfico ilícito de estupefacientes, conductas terroristas y, más recientemente, ciertas conductas lesivas a la libre competencia.

En estos casos, el ente investigador es un órgano de la administración del Estado el que, para los casos calificados y excepcionales previstos por la ley, debe solicitar autorización previa de los Tribunales de Justicia, señalando los fundamentos de la solicitud, dejando entregado a los mismos tribunales calificar su procedencia.

Ahora bien, el artículo 62 del Código Tributario señala que “*La Justicia Ordinaria podrá ordenar el examen de las cuentas corrientes en el caso de procesos por delitos que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias.*

*Asimismo, el Director podrá disponer dicho examen, por resolución fundada, cuando el Servicio se encuentre investigando infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal”.*

El año 2008, la Cámara de Diputados en Chile aprobó modificar este artículo 62 y facultar al Servicio de Impuestos Internos para requerir información relativa a las operaciones bancarias de los contribuyentes. El texto aprobado entonces señalaba que la información secreta obtenida por el SII sería reservada y sólo podría ser utilizada para comprobar la veracidad de las declaraciones de impuestos de los contribuyentes, cobrar tributos adeudados o aplicar sanciones. En el mismo texto se estableció un procedimiento para acceder a esa información: el SII notificaba al banco respectivo requiriéndole la información y fijándole un plazo para su entrega; el banco comunicaba ese hecho a su cliente (contribuyente afectado), quien puede oponerse en un procedimiento que se tramitaba ante el juez tributario o aduanero.

Durante el debate en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, el Director del SII señaló que en la revisión efectuada en el año 2008 al artículo 26 de la Convención Modelo de la O.C.D.E., se fijó el estándar al que deben sujetarse los países que celebren tratados para evitar la doble tributación.

De acuerdo al informe de la citada Comisión<sup>36</sup>, el citado funcionario advirtió que la importancia de lo anterior radica en que “mientras no se apruebe este proyecto, el país no está en condiciones de asumir compromisos internacionales de intercambio de información en los términos previstos en el artículo 26 de la normativa”.

En la misma reunión, el diputado Eluchans indicó que aunque estaba de acuerdo con la idea de combatir la evasión y cumplir con los convenios internacionales, “creía que la iniciativa entregaba demasiado poder al Director Nacional del Servicio y, especialmente, pensaba que debería consagrarse un control jurisdiccional obligatorio para permitir el acceso a las cuentas corrientes, cuestión que el proyecto contemplaba sólo en el caso de que la persona investigada expresara su oposición a dicho acceso”<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en primer trámite constitucional, de la discusión del proyecto de ley nº 6477 que establece normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria, pág. 1.

<sup>37</sup> Informe de la Comisión de Constitución (...), ob. cit., pág. 11.

Por su parte, el diputado Nicolás Monckeberg coincidió con la necesidad de la existencia de causales para que el Servicio pueda solicitar el acceso a la información, como también “que el proyecto no señalaba bases o argumentos a que podría recurrir el contribuyente para oponerse en la instancia jurisdiccional”<sup>38</sup>.

La defensa de los representantes del Ejecutivo consistió, básicamente, en que una autorización judicial previa para el acceso a la información implicaría un trámite burocrático que podría significar un costo adicional para las pequeñas empresas, dada la necesidad de asistencia letrada, sin perjuicio además, del riesgo de posibles filtraciones derivadas de haber recurrido a la justicia, lo que afectaría la privacidad del investigado.

En el contexto de esta discusión, el diputado Burgos advirtió que “el dar a conocer una información por parte del banco, podría constituir una violación a la garantía constitucional del derecho a la privacidad”.

En razón de lo anterior y no obstante que el Ejecutivo presentó una indicación sustitutiva que velaba porque el Servicio de Impuestos Internos, ante la sospecha de un potencial ilícito primero debía investigar, recabar antecedentes y sólo, como última medida, solicitar el levantamiento del secreto bancario para evitar caer en una “expedición de pesca”<sup>39</sup>, el proyecto no llegó a convertirse en ley.

Derechamente relacionado con el resguardo a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas está la protección del secreto bancario. Para la doctrina nacional el fundamento del secreto bancario es el derecho a la intimidad y privacidad. Lo íntimo de cada persona es todo aquello que los demás no pueden invadir siquiera con una toma de conocimiento.

En este contexto, Vergara Blanco define secreto bancario “como lo que cuidadosamente tienen reservado y oculto los bancos, derecho que constituye un interés jurídicamente tutelado”<sup>40</sup>.

Por su parte, Shitermann sostiene que constituye “el derecho correspondiente a la obligación del banco de no dar información alguna, sea sobre las cuentas de sus

<sup>38</sup> Informe de la Comisión de Constitución (...), ob. cit., pág. 11.

<sup>39</sup> Senado de la República. Noticia publicada en la página web www.senado.cl, el 5 de agosto de 2009.

<sup>40</sup> Vergara Blanco, Alejandro (1990). *El secreto bancario: sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 20.

*clientes, sea sobre aquellos hechos ulteriores que haya llegado a conocer en razón de su relación con el propio cliente”<sup>41</sup>.*

El derecho comparado tampoco se ha visto ajeno a esta relación. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que se reconoce ante todo que la investigación de las cuentas corrientes puede afectar el derecho a la intimidad de las personas, lo que relaciona a este último con el secreto bancario. Y agrega que “*el secreto no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad del cliente, que es reconocida en el artículo 18 N° 1 de la Constitución española, pues no hay una consagración explícita y reformada de este tipo de secreto, como lo hay del secreto profesional*”<sup>42</sup>. Para el Tribunal español el secreto bancario es una exigencia del derecho a la intimidad, lo que supone la prohibición de intromisiones arbitrarias e ilimitadas en dicho ámbito protegido. En este contexto, pueden producirse actuaciones abusivas en el desarrollo de investigaciones que generen una lesión al derecho a la intimidad y ser, en consecuencia, inconstitucionales<sup>43</sup>.

La Corte Suprema de Estados Unidos por su parte, en un fallo de 1974<sup>44</sup>, ha dicho que “*la mantención obligatoria de archivos por parte de los bancos (que exige el acta de secreto bancario de tal país) no puede constituir una invasión del terreno legal ni una violación de la privacidad de las personas*”.

No obstante el reconocimiento del secreto bancario por la jurisprudencia norteamericana, recién en agosto de 2009, se firmó entre Estados Unidos y Suiza un tratado en virtud del cual se da acceso a las autoridades estadounidenses a la información de las cuentas de sus ciudadanos en el banco UBS AG. (mayor banco de Suiza) y en otros bancos suizos. Según la prensa especializada, “*el pacto trata la perforación del secreto bancario, por largo tiempo sacrosanto en Suiza, como un tema que cae bajo el tratado tributario de Estados*

<sup>41</sup> Este autor fue citado por Morera, Renzo (1965). *Orientamendi Dotrinali e Giurisprudenziali Germanici in tema di Segreto Bancario*. Banca, Borsa e Titoli di Credito, XVIII, fascículo II, p. 276.

<sup>42</sup> Pinel López, E. (1985). *El Tribunal Constitucional Español y el secreto bancario. Comentario de la sentencia de 26 de noviembre de 1984*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 17, año V, p. 121 y siguientes.

<sup>43</sup> Lobos Fuentes, Rodrigo (2003). *Consideraciones sobre el Secreto Bancario en Chile y Suiza*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, Sentencia del caso California Bankers Ass'n versus Schultz, 1974, citada por Vergara Blanco, Alejandro en *El secreto bancario: sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*, ob. cit., pág. 49.

*Unidos con Suiza en 1996. Este tratado se enmendará para permitir investigaciones estadounidenses más amplias en las cuentas sospechosas”<sup>45</sup>.*

La razón de esta drástica medida fue la sospecha de que más de 4.000 contribuyentes norteamericanos tenían cuentas en Suiza, con el solo objeto de evadir impuestos en Estados Unidos, ocultando dinero en el extranjero. En razón del tratado suscrito entre ambos países, el gobierno suizo recibió peticiones estadounidenses sobre cuentas sospechosas y las dirigió a UBS. El banco informó a los titulares de las cuentas, que tuvieron el derecho de apelar en la Corte Administrativa Federal Suiza. Sólo entonces, el banco pudo hacer entrega de los detalles al recaudador de impuestos norteamericano (IRS).

## V. IDEAS FINALES

Bien se ha afirmado que “la procedencia de establecer un procedimiento rápido —que respete las reglas del debido proceso— para dar cumplimiento a convenios internacionales o a compromisos de intercambio de información, no merece reparos”.

Como hemos señalado previamente, la vida privada, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, en fin, la protección de la intimidad y con ella, la dignidad del ser humano, son valores presentes en el artículo 1º y en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política. Todos ellos cubren el derecho de toda persona a que no se desvelen ciertos aspecto de su vida personal ligados a su dignidad, a la construcción de su personalidad, a la materialización de sus sueños, caprichos, tendencias, afanes, etcétera.

Hoy, uno de los encuentros de tensión constitucional se da entre estos derechos fundamentales, cuya titularidad no decae por el ejercicio de una función pública, y el derecho de la comunidad, de los ciudadanos, de conocer los fundamentos de las decisiones y de los actos de autoridad, ello considerando la publicidad de los actos de los órganos del Estado como una de las bases institucionales de nuestro ordenamiento constitucional. Como ha quedado expuesto, el Consejo para la Transparencia ha mantenido una

<sup>45</sup> Diario Financiero, “Toque de muerte para el Secreto Bancario”, viernes 21 de agosto de 2009, pág. 27.

opinión constante en el sentido que los correos electrónicos emanados en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios (ministros, jefes de servicios, etcétera) no se encuentran cautelados por los citados preceptos constitucionales, siendo más bien acogida esa opinión por la jurisprudencia de la Corte Suprema, cuando ellos contienen fundamentos de los actos y decisiones administrativas. Por su parte, el Tribunal Constitucional es del parecer contrario, según se expuso, previa y extendidamente.

En el caso del acceso por la autoridad fiscalizadora tributaria a las cuentas corrientes y demás operaciones bancarias de los contribuyentes, se arriesgan muy intensamente todas las expresiones de la vida privada. En efecto, en nuestros días, por medio de esas operaciones, se materializan un gran número y muy elementales actos de la vida privada, a saber, decisiones de consumo, donativos a instituciones u otros actos de solidaridad, preferencias políticas, deportivas, en fin, hechos, actos y opciones que las personas pueden, legítimamente, no querer compartir con nadie. Variados de esos movimientos, de ser conocidos, pueden terminar derivando en cuestionamientos tributarios injustos, tremadamente incómodos y que obliguen al contribuyente a dar una serie de explicaciones u ofrecer pruebas sobre actos o hechos que siempre han estado en el ámbito de sus decisiones personales.

Por cierto y lo reiteramos, hay casos en los que procederá el alzamiento del secreto bancario en las situaciones en las que debe ceder para la investigación de un quebrantamiento del orden jurídico. Sin embargo, son excepcionales y se contemplan en Ley General de Bancos con ciertos requisitos:

- i. sólo puede ser decretado por un tribunal,
- ii. en las causas que esté conociendo,
- iii. respecto de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso,
- iv. y en relación a las operaciones que hayan realizado las personas que tengan la calidad de partes o imputados.

Creemos que el fundamento del secreto bancario es resguardar la intimidad de las personas en lo relativo a la información comercial y económica y, por ello, constituye una clara manifestación del derecho constitucional a la privacidad que resguardan los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución. Por ello, si es que se pretende su sacrificio en aras de hacer más eficaz el combate a la evasión, tal sacrificio sólo podrá ser legítimo frente

a la Constitución en la medida que se adopten los resguardos que exijan dar por establecidas una causa justificada por la autoridad y autorización previa de un Tribunal.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Alcaraz, Hubert (2007). *El derecho a la intimidad en Francia en la época de la sociedad de la información*. Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, Nº 18.
- Bacigalupo, Enrique (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi. José Luis Depalma Editor.
- Cea Egaña, José Luis (2004). *Derecho constitucional chileno*. Tomo II. “Derechos, Deberes y Garantías”. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Consejo de Ética de Medios de Comunicación Social, Resolución Nº 55, junio de 1977.
- Corral T., Hernán (2000). *Derecho a la privacidad*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, Nº 1.
- Evans de la Cuadra, Enrique (2004). *Los derechos constitucionales*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Gálvez B., Ricardo (1992). *Intervención de Teléfonos en la Legislación Chilena*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, Nº 3.
- Lobos Fuentes, Rodrigo (2003). *Consideraciones sobre el secreto bancario en Chile y Suiza*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Maturana, Cristián (2004). *Informe en Derecho* (no publicado).
- Morera, Renzo (1965). *Orientamenti Dotrinali e Giurisprudenziali Germanici in tema di Segreto Bancario*. Banca, Borsa e Titoli di Credito, Abril-Junio, XVIII, fascículo II.
- Pinel López, E. (1985). *El Tribunal Constitucional Español y el secreto bancario. Comentario de la sentencia de 26 de noviembre de 1984*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Nº 17, año V.
- Posner, Richard (1978). *The right of privacy*. Giorgia Law Review, 12.
- Rodríguez Pinto, María Sara (1999). *Protección de la vida privada: líneas jurisprudenciales*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, Nº 3.

Rodríguez Silva, Eduardo (2003). *El correo electrónico*. Revista Chilena de Derecho Informático Nº 3, Centro de Estudios en Derecho Informático. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Saldaña, María Nieves (2007). *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica*. Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, Nº 18.

Sánchez de Diego, Manuel. “Intimidad y privacidad en la red. Consideraciones jurídicas del derecho español”. Disponible en página web www.robertexto.com

Silva B., Alejandro (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XI. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.

Verdugo M., Mario; Pfeffer U., Emilio; Nogueira, Humberto (1994). *Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Vergara Blanco, Alejandro (1990). *El secreto bancario: sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

### **JURISPRUDENCIA CITADA:**

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 389, de fecha 28 de octubre de 2003.

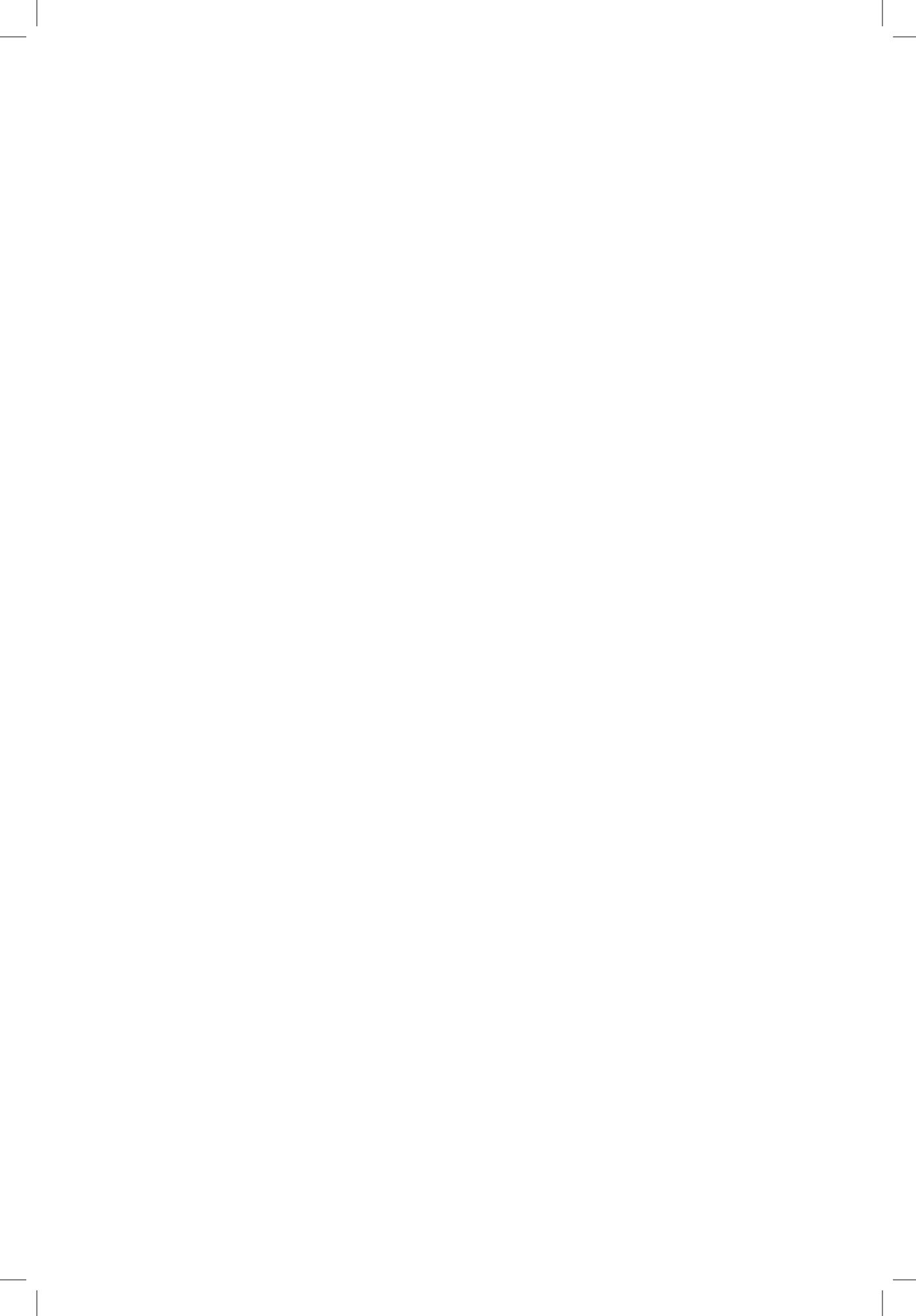
Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 417, de fecha 3 de septiembre de 2004.

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 433, de fecha 25 de enero de 2005.

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 521, de fecha 1 de agosto de 2006.

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 943, de fecha 10 de junio de 2008.

Corte Suprema, sentencia rol Nº 52, de fecha 12 de enero de 2009.



## **EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: NUEVAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES**

### **THE WRIGHT TO HEALTH PROTECTION: NEW DOGMATIC AND JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVES**

**Luz Bulnes Aldunate<sup>1</sup>**

**Resumen:** en el presente artículo, se analizan la evolución del derecho a la protección de la salud y su protección constitucional en Chile, haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

**Palabras clave:** derecho a la protección de la salud. Evolución histórica. Jurisprudencia.

**Summary:** this article studies the evolution of the Wright to health protection and its constitutional enforcement in Chile, making reference to the Constitutional Court's jurisprudence.

**Key words:** the Wright to health protection. Historical evolution. Jurisprudence.

<sup>1</sup> Profesora Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Chile. Ex Ministro del Tribunal Constitucional.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la protección a la salud consagrado en la Constitución de 1980 es indudablemente una consecuencia de los principios establecidos en el capítulo primero de este texto y especialmente de la disposición que dice que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Libertad y dignidad son los sustentos del capítulo III de nuestra Constitución sobre los derechos constitucionales. Uno de estos derechos es el relativo a la protección a la salud establecido en su artículo 19 número 9 de la carta fundamental, que dice

En un principio la Comisión de Estudios tuvo la intención de tratar a continuación del derecho a la vida los demás derechos que se relacionaban con una vida digna, como eran el derecho a la salud, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y el derecho a la seguridad social. Después, por razones principalmente metodológicas, se abandonó ese plan, lo que era lógico, porque todos esos derechos se refieren a una buena calidad de vida, que es el derecho que se quiso asegurar. Si señalamos esta intención es porque en el derecho a la vida se asegura también “la integridad física y psíquica de las personas”, concepto que tiene una íntima relación con la salud y que nuestros tribunales han destacado. ¿Puede acaso haber salud si no hay integridad física y psíquica?

Como lo adelantábamos en párrafos anteriores, el artículo 19 número 9 asegura como derecho constitucional la protección a la salud.

En la Comisión de Estudios, surgieron varias dudas sobre si se podía asegurar el derecho a la salud, principalmente en razón, como se dijo en la sesión número 190, de que el derecho a la salud no se puede reclamar de nadie, las personas se enferman y se mueren y, por cierto, ese derecho no se puede reclamar, lo pierden sin que nadie lo haya quebrantado. Aunque en dicho organismo se mencionaron estas características, el constituyente del 80 consagró una disposición relativa a la salud.

El Consejo de Estado mantuvo la norma aprobada por la Comisión, pese a que en general en esta sede prevaleció la idea de no incluir en el listado de derechos aquellos que no pueden ser exigidos del Estado y que en principio por sí solos no son justiciables.

Por ello se cambió la expresión “El derecho a la salud” por “El derecho a la protección de la salud”.

Esta expresión de proteger puede interpretarse en un doble sentido: primero, que la autoridad no puede ejecutar acciones que vayan contra la salud, y al mismo tiempo, que debe adoptar las providencias que sean necesarias para resguardar la salud.

Vemos en este término del constituyente una clara intención de establecer que el derecho para ser una realidad necesitaba de una protección, en otras palabras, de medidas adoptadas por el Estado como que lo resguardaran y protegieran, y principalmente, haciéndolo exigible por la vía judicial. Estas medidas obviamente en la mayoría de los casos se traducen en políticas que se adoptan por la vía legislativa.

### *Concepto de salud*

El concepto de salud que utiliza la Ley Fundamental tuvo su origen en la Comisión de Estudios y resulta de los antecedentes que envió a ese organismo el Ministerio de Salud de la época, que textualmente decían:

“El concepto de salud ha experimentado un cambio notable en los últimos años, de la concepción que concebía a la salud como la simple ausencia de una enfermedad física reconocible por signos y síntomas, imperante hasta hace algún tiempo, el concepto se amplía hasta abarcar aspectos psicológicos y de una clara connotación social. Emerge la salud como algo positivo de tal manera que las acciones que estaban limitadas a la recuperación, se amplían a otros campos, como ser la promoción, la protección, la recuperación y rehabilitación del individuo”. (Documento que el Ministerio de Salud hizo llegar a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión número 190).

Este derecho es evidentemente un derecho social con todas las características de este tipo de derechos. Se exigen acciones positivas del Estado para que exista una verdadera protección a la salud.

## **II. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD**

En las constituciones anteriores a la actual, aparecen disposiciones que se refieren a la salud. Así, en la constitución de 1833, en su artículo 151 se establece lo siguiente:

Ninguna Clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

En el artículo 128 de este mismo texto, hay también una referencia a la salubridad concerniente a la competencia de las municipalidades.

Es evidente que estas menciones a la salubridad manifiestan una preocupación por la salud, pero en ningún caso podría entenderse que constituyen derechos sociales como se visualizan hoy después de la primera y de la segunda guerra.

Posteriormente, si bien en la Constitución de 1925 aparecen ciertos esbozos de derechos sociales, principalmente en la función social que debe cumplir la propiedad, pese a que en el mundo existía ya una preocupación por la salud, sólo se contempló a partir de la reforma constitucional de 1970, específicamente en el artículo 10 número 14, que en su inciso final señaló lo siguiente:

Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad.

Cabe recordar que la Constitución de 1925 sufrió diez reformas, a su texto, entre las que se destaca el pacto político llamado de Garantías Constitucionales, que contempló el deber del Estado que destacábamos en el párrafo anterior.

Se entregó al Estado un papel relevante en materia de seguridad social, derecho que tiene una directa relación con la salud, y no se consideró la acción de los particulares en ninguna de estas materias.

Citando al profesor Raúl Bertelsen, podemos decir:

“La reforma de 1971 surge en un momento de fuerte intervencionismo estatal en Chile y cuando el constitucionalismo ha dado un gran desarrollo a los derechos sociales, todo lo cual explica que estos sean objeto de una regulación detallada y se asigne al Estado un papel protagónico”.

Posteriormente, se reconoce una concepción finalista del Estado, se le señala un deber, que es alcanzar el bien común, se reconocen los grupos en que se organiza la sociedad dentro de sus fines específicos, y en relación a la

salud se visualiza una concepción distinta, reconociendo ya la intervención de los particulares en las acciones de salud.

El Acta Constitucional número 3 consagró el derecho a la salud y señaló:

Es deber preferente del Estado la ejecución de las acciones de salud, sin perjuicio de la libre iniciativa particular en la forma y condiciones que fije la ley.

Cabe destacar que este texto constitucional aseguraba a todas las personas “el derecho a la salud”, expresión que se usó también en la primera etapa de elaboración del texto de 1980 por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y que luego se cambió por “el derecho a la protección a la salud”.

En la sesión 190 se trató la modificación de esta expresión y buscando una mayor precisión en el lenguaje, se hizo ver que un texto constitucional no puede decir que se asegura el derecho a la salud por que esta depende de una multiplicidad de factores de tipo personal que lleva a la gente a enfermarse y aun a morir pese a la garantía del derecho a la salud. (E. Ortúzar, sesión 190).

El Acta número 3 tiene gran importancia, pues mantuvo el papel relevante del Estado, pero al mismo tiempo incorporó el sector privado a la ejecución de las acciones de salud.

### **III. LOS DERECHOS SOCIALES Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA SALUD**

El derecho a la protección a la salud es evidentemente un derecho social, característica que pasamos a analizar.

La doctrina constitucional distingue los derechos individuales de los derechos sociales o también llamados derechos de la segunda y tercera generación.

Los primeros son aquellos conferidos a individuos, seres en abstracto; responden a la ideología liberal que en el siglo XIX se vuelca en las constituciones escritas que surgen del movimiento jurídico político del constitucionalismo clásico que se expresó en Europa y en Norteamérica en el siglo XVIII.

Los derechos individuales se ejercen frente o contra el Estado y exigen una actitud pasiva de este. Su característica más destacable es que son esencialmente justiciables, es decir, que si son violados, perturbados o amenazados se pueden ejercer acciones ante los tribunales. Son derechos que surgen de las doctrinas de la libertad.

En cambio, los derechos llamados sociales son consecuencia de las filosofías de la igualdad, son los que benefician principalmente a los trabajadores, a los gremios y a la familia, se han ido incorporando a los tradicionales listados de derechos y hoy aparecen en los Pactos Internacionales de Derechos.

Se sustentan en los principios de igualdad y de solidaridad y en la generalidad de los casos se trata de prestaciones o de programas políticos que sólo serían exigibles si se implementaran por ley.

Estos derechos dependen de una acción positiva del Estado, el que la desarrollará según sean las condiciones imperantes en el medio social y se traducen en la definición de sus políticas públicas.

Se caracterizan por su carácter programático y porque para ser exigidos judicialmente la opinión generalizada es que requieren de implementación legal.

El Estado no puede asegurar vivienda, educación, salud, descanso, pues ello dependerá de múltiples variables.

El artículo 19 número 9, antes transscrito, establece dos tipos de derechos, pues junto al derecho social a la protección de la salud, que no está amparado por la acción de protección, establece además el derecho individual de elegir el sistema de salud a que las personas deseen acogerse sea estatal o privado, que se caracteriza porque está resguardado por la acción de protección, lo que lo hace esencialmente justiciable.

El enfoque de los derechos sociales fue tradicionalmente como de derechos relativos, en razón de que su naturaleza es prestacional y dependen de la capacidad económica del Estado. Se presentaban como normas programáticas que dependían de la capacidad económica y financiera de cada país, la que evidentemente podía sufrir variaciones.

Estos derechos sociales llamados también de segunda generación surgen de una visión distinta de la primitiva visión liberal del siglo XIX, y son producto del proceso de industrialización y de la llamada cuestión social.

Se incorporan a los tradicionales listados de derechos e imponen al Estado el deber de actuar a favor de la igualdad material. Este modelo constitucional aparece en algunas constituciones posteriores a la primera guerra mundial y después de la segunda guerra mundial; lo encontramos, entre otras, en las constituciones española, italiana y portuguesa.

Al decir de Martínez Estay, quien tiene interesantes publicaciones sobre esta materia, los derechos sociales consisten fundamentalmente en prestaciones, pero el elemento definidor de este tipo de derechos no es el que sean prestaciones sino el fin que los inspira, cual es, hacer efectiva la igualdad formal del constitucionalismo clásico y, en general, mejorar las condiciones de vida de la sociedad<sup>2</sup>.

En los últimos tiempos, hay un enfoque distinto de los derechos sociales y se les considera como derechos plenos y eficaces. Su consagración constitucional es el primer paso para su efectividad y eficacia como ocurrió anteriormente con los derechos políticos e individuales. Los autores contemporáneos sostienen que los derechos sociales no dejan de ser derechos porque no están garantizados. Al decir de Ferrajoli, la exigencia al Estado es precisamente que ellos sean garantizados, ya que la garantía depende de una decisión política y económica del propio Estado<sup>3</sup>.

Por sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol número 976, se definió la naturaleza jurídica de los derechos sociales, diciendo:

“Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declaraciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva queda suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”.

Los autores contemporáneos sostienen que los derechos sociales no dejan de ser derechos, porque no están garantizados. Se impone al Estado la obligación de garantizarlos, pues ello importa una decisión política y económica.

Estos derechos tienen una relación directa con el concepto de nivel de vida que, a su vez, tiene una íntima relación con ciertos indicadores

<sup>2</sup> Pereira Menaut, A. *Teoría Constitucional*, p. 439.

<sup>3</sup> Citado por Humberto Nogueira en Revista de Estudios Políticos N 1.

económicos, entre los cuales las Naciones Unidas señalan la salud, la vivienda y la seguridad social; en otras palabras, se trata de asegurar un nivel de vida digno.

Tanto el concepto de nivel de vida digno como el de los derechos sociales o derechos económicos sociales y culturales están unidos al concepto de satisfacción de las necesidades básicas que es el objetivo de estos nuevos derechos hoy considerados, al igual que los civiles y políticos, como derechos fundamentales.

Así podríamos sostener que el objetivo de los derechos sociales sería otorgar facultades a las personas e imponer exigencias a la sociedad, destinadas a la satisfacción de dichas necesidades básicas.

Ahora bien, justamente una de las principales diferencias que distingue al mundo desarrollado del mundo del subdesarrollo es que el primero ha resuelto los problemas de la satisfacción de las necesidades básicas y del nivel de vida y que el segundo está lejos de lograrlo<sup>4</sup>.

La verdad es que a pesar de existir un amplio reconocimiento de los derechos sociales, tanto en los textos constitucionales como en los Pactos Internacionales, no existe una conceptualización acabada de los mismos, lo que muchas veces impide que jurídicamente estén garantizados y que puedan ser exigibles.

Es evidente que se requiere una adecuada conceptualización de estos derechos y como la doctrina contemporánea exige que sean garantizados es menester que se haga una real diferenciación entre ellos, pues no podemos equipararlos y darles un tratamiento semejante cuando entre ellos existen diferencias sustanciales. Ejemplo: no se puede homologar el derecho a la salud o el derecho a la vivienda con el derecho al feriado o el derecho a la negociación colectiva. Los dos últimos indicados surgen del contrato de trabajo; en cambio, la salud está en íntima relación con la vida y la vida digna.

Sin embargo, aunque la Constitución no los haga exigibles, no se puede negar que en los últimos años la implementación legal y la interpretación jurisprudencial de los derechos sociales han permitido alcanzar un mayor

<sup>4</sup> Extractado del texto del profesor Roberto Mayorga sobre los derechos económicos sociales y culturales.

reconocimiento y efectividad y que son muchos los logros que se han obtenido en este sentido, permitiendo alcanzar una mayor satisfacción de las necesidades básicas y del ideal ambicionado de un nivel de vida más digno.

El artículo 19 número 9, antes transscrito, establece dos tipos de derechos, pues junto al derecho social a la protección de la salud que no está amparado por la acción de protección, establece además el derecho individual de elegir el sistema de salud a que las personas deseen acogerse sea estatal o privado, que se caracteriza porque está resguardado por la acción de protección, lo que lo hace esencialmente justiciable.

El rol 976 del Excmo. Tribunal Constitucional, que analizamos más adelante en este trabajo, define los derechos sociales en el considerando vigésimo noveno al referirse al derecho a la protección a la salud; involucra conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica.

Dice este considerando:

“Vigésimo noveno: Que el derecho de 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 de la democracia constitucional contemporánea”.

No concordamos con esta afirmación del órgano jurisdiccional. Para que se puedan materializar los derechos sociales y entre ellos específicamente el derecho a la protección a la salud, no se puede sostener que sean exigibles conductas activas de los particulares; distinto es el caso de los órganos estatales que son los ejecutores de las políticas públicas.

Por lo demás, en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, se encarga expresamente la promoción de los derechos a los órganos del Estado.

Dentro de la gama de derechos sociales, se encuentra indudablemente el derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 19 número 9 de la Constitución de 1980, transscrito anteriormente en este trabajo, que se caracteriza porque se concretiza el principio de subsidiariedad, dando primacía al principio de la libertad.

Se consagran en la disposición señalada dos derechos, uno social, como lo adelantábamos, y además un derecho individual, que es el derecho a elegir el sistema de salud y el ejercicio de este derecho puede hacerse a través de instituciones públicas o privadas sin que puedan existir sistemas monopólicos de salud.

El derecho social de salud no se resguarda con la acción de protección, pero sí el derecho a elegir el sistema de salud.

De lo expuesto aparece que la intención del constituyente fue que el derecho a la protección a la salud no fuera justiciable; sin embargo, por la vía de la interpretación jurisprudencial, se ha extendido su amparo y protección y, como lo veremos más adelante, en muchas oportunidades nuestros tribunales han aceptado acciones de protección y por la vía indirecta del amparo a otros derechos han resguardado el derecho a la salud o la protección a la salud.

Citaremos, a continuación, las distintas formas de aproximación a los derechos sociales o derechos sociales económicos y culturales, material extractado del trabajo de Humberto Nogueira publicado en *Estudios Constitucionales*<sup>5</sup>.

“Una primera aproximación es la de normas programáticas constituyéndose en normas orientadoras de la acción del Estado y de los operadores jurídicos, pero priva de eficacia directa a su contenido, no estableciendo verdaderos derechos o facultades a las personas ni obligaciones a los órganos estatales ni tutelados jurídicamente. Son normas esencialmente políticas que le indican una directriz al legislador que implican una prohibición a este que no puede actuar desconociendo la directriz.

Un segundo enfoque es entenderlos como normas de organización que establecen mandatos para los poderes públicos bajo la forma de atribución de competencias para garantizar mediante normas jurídicas el desarrollo social y económico de la colectividad.

Un tercer enfoque es entenderlos como derechos públicos subjetivos considerándolos como verdaderas facultades de las personas y obligaciones prestacionales del Estado.

<sup>5</sup> Nogueira, Humberto. *El constitucionalismo moderno y los derechos económicos sociales y culturales*. Estudios Constitucionales, año I, número I, p. 150.

Una cuarta aproximación es considerarlos como mecanismos de garantía, se trata de garantías institucionales que establecen deberes de actuación para los poderes públicos”.

Coincidimos con la idea que los derechos sociales son facultades de las personas que establecen obligaciones prestacionales del Estado.

Previo al análisis de la evolución de la jurisprudencia tanto de los tribunales ordinarios como del Tribunal Constitucional, haremos un breve comentario del derecho comparado sobre el derecho a la salud.

#### **IV. DERECHO COMPARADO**

La Constitución española regula el derecho a la salud como un derecho social entre los principios rectores de su política económica y social.

Se trata de principios que informan la actividad de los poderes públicos pero no generan derechos sino que en la medida que sean desarrollados por el legislador.

Se trata de un derecho fundamental que no emana directamente de la Constitución sino que de un sistema de prestaciones establecido por el legislador. El artículo 43.2 de la Constitución española señala que corresponderá al legislador establecer los derechos en materia de salud.

En Italia el derecho a la salud aparece con un doble carácter de derecho individual y de acuerdo con el carácter social del Estado italiano como un interés de la colectividad.

En general, la jurisprudencia italiana ha reconocido este derecho como un derecho subjetivo exigible ante la justicia ordinaria.

En el ordenamiento constitucional portugués, el derecho a la salud aparece como un derecho reconocido en forma universal y esta universalidad se traduce en los deberes específicos que se señalan para el Estado, que debe garantizar el acceso de todos los ciudadanos.

De lo expuesto anteriormente, se infiere que la doctrina contemporánea trata a los derechos sociales como derechos plenos y eficaces y el primer paso para que sean efectivos y para su eficacia es su positivización constitucional.

Es evidente que la doctrina constitucional ha evolucionado en la concepción de los derechos sociales, aceptando que su consagración constitucional importa un reconocimiento y una garantía pues, por una parte, obliga al legislador y, al mismo tiempo, lo limita, pues junto con la obligación de implementarlos debe respetar su contenido esencial.

El derecho a la protección a la salud en la carta fundamental chilena aparece como un derecho social, no justiciable, pero la interpretación constitucional ha ido ampliando su contenido y permitiendo por la vía indirecta su justiciabilidad.

## **V. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS**

En los primeros años de vigencia de la Constitución de 1980, los recursos de protección que se interponían para resguardar el derecho a la protección a la salud sustentados en el artículo 19 número 9 de la Constitución, eran que se rechazaran en razón de que en la disposición que consagra la acción de protección este derecho no estaba entre los que protegía el artículo 20 de la Constitución, salvo respecto al inciso final del artículo 19 número 9 que se refiere a la opción para elegir el sistema de salud a que las personas deseen acogerse.

Así, por ejemplo, por sentencia de la Corte Suprema de 29 de enero de 1988, se estableció lo siguiente:

“El derecho a la protección a la salud contemplado en el número 9 del artículo 19 de la Constitución no está asegurado por el recurso de protección salvo en cuanto a elegir el sistema de salud al que la persona desee acogerse”.

Fue esta la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema, hasta que más adelante y con los años aparece una vía de protección indirecta de la salud a través de la aplicación de otros derechos.

### **A. Vía indirecta de protección de la salud**

Pese a que sólo la opción para escoger el sistema de salud está resguardada por la acción de protección, nuestros tribunales desarrollaron una vía indirecta de protección al bien jurídico representado por la salud y así si bien no se aceptaba la alegación de protección de la salud, en razón

de que no estaba contemplado este derecho en el artículo 20 de la Carta Fundamental, sí se acogieron muchos recursos de protección sosteniendo que se habían vulnerado otros derechos constitucionales como son el derecho a la integridad física y síquica de una persona y posteriormente el derecho de propiedad.

Conocidas son las sentencias en el caso de los testigos de Jehová, cuya fe les impide realizarse transfusiones de sangre; estas se han autorizado sustentándose los fallos en la integridad física y psíquica, derecho establecido en el artículo 19 número 1, consecuencia del derecho a la vida de los afectados. Igual doctrina se ha seguido en el caso de las huelgas de hambre.

Como ejemplo de este criterio, podemos citar el siguiente caso que se sustenta en la relación entre salud y la integridad física y psíquica.

Por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de octubre de 1997, se acogió el recurso de protección y se estimó arbitraria y contraria a la salud y a la integridad física y psíquica de una persona la actitud de la clínica que niega al paciente acceso a su ficha clínica, sin haber disposición legal que se lo prohíba, a pretexto de que su entrega comprometería el deber del secreto profesional. Este deber está establecido en beneficio del paciente, quien puede renunciarlo y exigir la información correspondiente, si la negativa de la clínica compromete su salud e integridad física y psíquica.

Podríamos mencionar varias otras sentencias en que aparece claro que nuestros tribunales por la vía de resguardar el derecho a la integridad física y psíquica han dado una protección a la salud de las personas, entendiendo que cuando se afecta este derecho se afecta consecuencialmente la salud de ellas.

## **B. Protección de la salud por la vía indirecta del derecho de dominio**

Surgió también una interesante jurisprudencia de la Corte Suprema respecto a la interpretación del derecho a la protección a la salud.

Se continúa defendiendo la salud por la vía indirecta, pero para resguardarla se relaciona este derecho con el derecho de propiedad y específicamente con el dominio sobre los bienes incorporales establecido en el artículo 19 número 24 de la Ley Fundamental, que dice: “La Constitución asegura a

todas las personas: 24.“El derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.

Por la vía que hemos denominado de la protección o defensa indirecta de la salud, se han acogido recursos de protección sustentados en el artículo 19 número 24 de la Constitución, estimando las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema en algunas sentencias que los beneficios que otorgan las isapres por el contrato de salud ingresan al patrimonio de los afiliados y en consecuencia están aseguradas por el derecho de dominio sobre los bienes incorporales.

Ejemplo de esta tesis son las sentencias que se señalan a continuación:

Por sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 6 de abril del año 2004, se acogió un recurso de protección contra la Isapre Banmédica, que había denegado el derecho a ciertas bonificaciones que a juicio del recurrente estaban estipuladas en el contrato de salud.

La Corte concluyó que la conducta de la isapre privó al afiliado de su dominio sobre el bien incorporeal constituido por las bonificaciones convenidas en el contrato de salud, dominio que se encuentra protegido en el Art. 19. N° 24 de la Constitución Política de la República.

La sentencia establece expresamente que la conducta de la isapre no afectaba el derecho a elegir el sistema de salud. La sentencia acoge el recurso y desarrolla una interesante doctrina. En sus considerandos expresa:

“El derecho a las prestaciones médicas que surgen del contrato de salud, nace condicionado al hecho futuro e incierto de que sobrevenga una enfermedad, apta para causar los beneficios, en tanto no aparezca la enfermedad, el derecho no resulta exigible, permanece en germen, embrionario, más ocurrido el evento el derecho se perfecciona y adquiere vigencia, integrándose con las consecuencias que le son inherentes de la persona afiliada contratante, quien queda legitimada para exigir su cumplimiento.

Si se desconocen los efectos de semejante derecho la isapre no afecta una mera expectativa, sino que agravia la propiedad que la recurrida ostenta sobre el bien inmaterial consistente en el derecho a las prestaciones estipuladas en el contrato de salud, derecho cuyo ejercicio legítimo es amparado con arreglo a lo establecido en el Artículo 19 N° 24 y 20 de la Constitución y 582 del Código Civil”.

La misma doctrina se contempla en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1999 confirmada por la Excmo. Corte Suprema el 10 de enero del año 2000.

Estas sentencias dejan establecido el criterio de la Corte Suprema en cuanto que los beneficios que arrancan del contrato de salud ingresan al patrimonio del afiliado: son bienes incorporales y tienen la protección y resguardo del derecho de propiedad.

La doctrina de amparar el derecho a la protección de la salud por la vía indirecta del derecho de dominio la encontramos también en los años siguientes en numerosas sentencias de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema.

Así, por vía de ejemplo, citaremos a continuación las siguientes sentencias de nuestros tribunales superiores.

Por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de septiembre de 2007, confirmada por sentencia de la Excmo. Corte Suprema de Justicia, se acogió el recurso de protección interpuesto por doña Natalia Castro como curadora general de su hijo Michelle Piccione Castro en contra de la Isapre I.N.G. Salud S. A., entidad que suspendió sin aviso previo la atención médica domiciliaria, vulnerando en esta forma las garantías constitucionales establecidas en los numerales 1, 4 y 24 de la Constitución Política de la República.

Por el considerando 5 de la sentencia de la Ilustrísima Corte se señala que desde el momento en que el señor Piccione se afilió a la isapre indicada ingresó una serie de derechos a su patrimonio y uno de los principales, tratándose de un contrato suscrito con una entidad de salud, era recibir el financiamiento que correspondía a la naturaleza de su enfermedad. La negativa de la isapre constituye una privación, perturbación y amenaza al derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 número 24 de la Constitución.

Los antecedentes del caso llevan a la conclusión que, atendido el estado de salud del señor Piccione, este requiere de una “atención domiciliaria”, en los términos que se le otorgó desde un principio, para mantener el equilibrio de sus funciones vitales, sin poner en riesgo su vida.

Al no hacerlo, la isapre vulneró el artículo 19 número 24 de la Carta Fundamental, por lo que se acogió el recurso de protección intentado por la recurrente.

En el mismo sentido, se pronunció la sentencia “Fuentes Rivas, Carlos Javier con Isapre Consalud”. Jurisprudencia Judicial, materia Derecho Público, Corte Suprema, rol 18512007 de 18 de julio del 2007.

El 22 de enero del año 2008, la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones que acogió el recurso de protección intentado por don Sergio Galán, indicando que la actuación de la isapre (Vida Tres S.A.) era ilegal por cuanto desconocía el derecho del actor que requería de un tratamiento médico para mejorar su condición de salud, actuación que vulneraría la garantía contemplada en el artículo 19 número 24 de la Constitución Política, esto es, el derecho de propiedad.

Por sentencia de la Exma. Corte Suprema se confirmó la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago que acogió el recurso de protección interpuesto contra la Isapre Vida Tres S.A. que solicitaba la aplicación de la Cobertura Adicional para las enfermedades catastróficas, “porque al negar la cobertura solicitada se pone en riesgo la integridad física y la vida del paciente y se desconocen derechos contractuales que le asisten en su calidad de contratante regular por largos años, es indudable que se afectan sus derechos constitucionales consagrados en los numerales 1 y 24 de la Constitución Política incurriendo en una arbitrariedad de ilegalidad por parte de la recurrente que hizo necesario dar acogida al recurso para restablecer el imperio del derecho”.

En el mismo sentido, se pronuncian el siguiente fallo:

Sentencia Castro Aguayo Natalia con Isapre ING Salud y otro. Tanto en el año 2008 como 2009 se ha mantenido esta doctrina por la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones.

Hay sí otras sentencias que reconocen el derecho de las isapres a aumentar el precio del plan de salud por variación del factor edad, operación contenida en los planes de salud y que el cotizante conocía al contratar.

Sin embargo, hay fallos de la Corte Suprema que rechazan el factor edad para alzar el costo del plan de salud.

Ejemplo: Valentina Mary González con Isapre Cruz Blanca y Raúl Laban con Isapre Vida Tres.

## **VI. NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

El Tribunal Constitucional ha conocido por la vía del recurso de inaplicabilidad de materias relativas a la aplicación de normas cuyo sustento constitucional sería el derecho social contemplado en el artículo 19 número 9 que se refiere al derecho a la protección a la salud.

En sus últimas sentencias, el Tribunal ha creado una interesante jurisprudencia sobre el derecho a la protección a la salud, que si bien no la compartimos en algunas materias es de interés destacarla porque es evidente que representa nuevas perspectivas en la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional.

Por el rol 976 de 26 junio de 2008, se aceptó el requerimiento por el que Silvia Peña Wassaff solicitó al excelentísimo Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad del artículo 38 ter. de la ley 18.933 que autorizaba el alza de su plan de salud por los factores de edad y sexo de la requirente. Esta sostuvo que la aplicación de dicho artículo vulneraría, entre otros, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y el derecho de propiedad.

La requirente fundó su presentación en el art. 19 número 9 de la Constitución relativo al derecho de la protección de la salud y sostuvo que el artículo impugnado por el requerimiento se opone a que la peticionaria pueda elegir el sistema de salud a que desee acogerse.

Los hechos del caso específico serían que la requirente era una mujer de sesenta años, que estaba afiliada desde 1997 a la Isapre ING salud S.A., que a su contrato de salud se le incorporó una tabla de factores, en virtud de la autonomía de la voluntad amplia de que gozaban las partes y al cumplir los sesenta años cambió el factor que le era aplicable, lo que se tradujo en un alza del costo de su plan de salud. La requirente solicitó a la isapre la reconsideración del alza de dicho costo, la cual le fue denegada y en razón de lo anterior interpuso recurso de protección ante la Corte Apelaciones, entendiendo que se habrían vulnerado los artículos 19 números 2, 9 y 24 de la Constitución Política.

Resolviendo el requerimiento, el Tribunal lo acoge en cuanto a que la tabla de factores indicada en el artículo 38 ter. de la ley 18,933 que determinó el costo del plan de salud se incorporó al contrato de salud de la requirente

y que sería inaplicable en la causa que estaría pendiente en la Corte de Apelaciones de Santiago por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 19 número 9 de la Constitución, que asegura el derecho a la protección a la salud.

Las argumentaciones de la magistratura constitucional, para decidir sobre la constitucionalidad del alza del costo del plan de salud, dicen relación con la magnitud de este nuevo costo el que, a su juicio, afectaría el derecho a la protección a la salud de la requirente, que no podría mantenerse en su plan de salud privado.

Sostiene también que el ejercicio de la facultad de elevar el costo del plan indicado permitiría incurrir en una discriminación infundada que lesionaría la esencia de la igualdad entre las partes. Además, la sentencia afirma que cuando el afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan queda obligado a abandonar el sistema privado que había escogido para incorporarse al equivalente público.

No concordamos con el criterio de la sentencia en este punto, pues se impugna un precepto legal que en su aplicación al caso concreto vulneraría la Constitución sin indicar los preceptos constitucionales que serían conculcados por la aplicación de esta norma.

El Tribunal hizo ver que cumpliendo con la normativa legal vigente la isapre requerida reajustó el costo del plan de salud de la requirente, lo que a su juicio le impediría a esta seguir en el sistema de salud privado y se vulneraría su derecho a elegir el sistema de salud privado por el que había optado.

La sentencia del Tribunal Constitucional hace una amplia disquisición doctrinaria sobre las bases de la institucionalidad, especialmente sobre la base constitucional de la dignidad y la naturaleza jurídica de los derechos sociales y sobre el derecho a la protección a la salud. Todas estas reflexiones son muy valiosas desde el punto de vista de la doctrina constitucional para alcanzar una mejor conceptualización de los derechos sociales y de los principios establecidos en el capítulo primero de la ley fundamental.

Se reconoce el carácter prestacional de los derechos sociales y que su contenido debe ser concretado por ley. Se sostiene, además, que existe un núcleo esencial e indisponible respecto del cual el legislador no puede disponer. En consecuencia, señala que el derecho a la protección a la salud asegurado en el artículo 19 número 9 de la Constitución “se erige en base constitucional y de orden público” que informa toda convención de salud.

El juez le da el carácter de “base constitucional de orden público” al derecho a la protección de la salud. A nuestro juicio, este derecho al igual que todos los derechos debe ser respetado por el legislador sin que este pueda regularlos excediendo el marco constitucional. En ese sentido, todos los derechos serían bases constitucionales de orden público, pues todos le fijan un marco o límite al legislador y al administrador.

En las consideraciones que sustentan el fallo, indica que lo que se sometió a la resolución del Tribunal fue determinar si la isapre podía fijar el costo del plan de salud conforme a la tabla de factores incorporada a su plan de salud, de acuerdo a dos factores, edad y sexo, y si la institución de salud previsional puede determinar unilateralmente los valores de cada tabla. Condiciona esta atribución que le otorga la ley a las isapres siempre que se respeten las exigencias de orden público que señala el artículo 19 número 9 de la Constitución. La magistratura constitucional concluye que la magnitud del alza del plan de salud de la requirente no estaría justificada y podría impedir que esta pudiera continuar en el régimen de salud privada a que había resuelto acogerse y si así lo hiciera se atentaría contra la certeza jurídica.

Las argumentaciones de la magistratura constitucional para decidir sobre la constitucionalidad del alza del costo del plan de salud, dicen relación con la magnitud de este nuevo costo el que, a su juicio, afectaría el derecho a la protección a la salud de la requirente, que no podría mantenerse en su plan de salud privado.

Sostiene también que el ejercicio de la facultad de elevar el costo del plan indicado permitiría incurrir en una discriminación infundada que lesionaría la esencia de la igualdad entre las partes. Además, la sentencia afirma que cuando el afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan queda obligado a abandonar el sistema privado que había escogido para incorporarse al equivalente público.

Como lo anticipábamos, no participamos de este criterio y como ya lo decíamos se impugna un precepto legal que en su aplicación al caso concreto vulneraría la Constitución, pues no indica los preceptos constitucionales que serían conculcados.

Apreciaciones de mérito no permiten concluir efectos de derecho como que la requirente se vería obligada a retirarse de su plan de salud.

Además, a nuestro entender, se estaría autorizando una política de fijación de precios, lo que está en abierta contradicción con las normas sobre orden público económico consagradas en el texto constitucional y específicamente en los artículos 19 número 24 (derecho de propiedad) y 19 número 21 (derecho a desarrollar cualquier actividad económica fundamental).

En el considerando vigésimo noveno, se sostiene que los entes particulares para materializar en la práctica el derecho a la protección a la salud deben promover estos derechos; como ya lo anticipábamos en este trabajo, el constituyente no impuso la obligación de promover los derechos a los particulares y cuando se refiere a este deber lo hace específicamente en relación a los órganos del Estado.

Además, a nuestro entender, desconocer la facultad de la isapre para alzar el costo del plan de salud importa desconocer el principio de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones entre privados.

No concordamos con esta sentencia de la magistratura constitucional. El Tribunal Constitucional es un tribunal de derecho y sus resoluciones no pueden sustentarse en consideraciones de mérito como decidir sobre cuál es la situación económica de la requirente y sus efectos en el contrato de salud celebrado entre ella y su isapre.

Así en el considerando sexagésimo tercero la sentencia sostiene que de acuerdo con el artículo 19 número 9 de la carta política se reconoce a la requirente el derecho a elegir el sistema de salud a que desee acogerse y que si el costo del plan de salud sube de tal manera que la cotizante no puede pagarla esta se vería obligada a retirarse del sistema privado. Esta afirmación se fundamenta en una supuesta situación económica de la cotizante que se sustenta en motivaciones que podríamos calificar como consideraciones de mérito.

La ley le ha reconocido a la entidad privada la facultad de subir unilateralmente el costo del plan de salud dentro de los márgenes que la misma ley señale, y en caso alguno podría estimarse que esta fórmula legislativa, por el solo hecho de permitir la alteración unilateral pero regulada de un precio, resulte contraria a la Carta Fundamental.

La apreciación de que la requirente se vería obligada a retirarse de su plan de salud, por su posible situación económica en el futuro, no puede sustentar una resolución de la magistratura constitucional.

Transcribiremos, a continuación, parte de la disidencia a la sentencia que analizamos y hacemos nuestras sus motivaciones:

“Que también la requirente ha alegado que la aplicación a su caso del artículo 38 ter. impugnado infringe la norma contenida en el numeral 9º del artículo 19 de la Constitución, en cuanto ella prescribe que “*[e]l Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud*”, el que concluye garantizando que “*[c]ada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse*”. Alega la requirente que las continuas alzas de los costos de su plan, coincidentes con la etapa de su vida en que la persona cesa en su vida laboral activa, constituyen, en su caso, una fuerte cortapisa a la libertad de elegir y permanecer en el plan de salud por el que optó al celebrar el contrato; “Que las alegaciones anteriores deben ser igualmente desechadas. En primer lugar, por cuanto la Constitución no asegura a las personas poder permanecer en un determinado plan o seguro de salud, ni menos a hacerlo por un precio inalterable. La obligación impuesta al Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, que la Constitución sí establece, es diversa a los derechos de las personas a permanecer en un plan o más precisamente a mantener inalterable un precio de un seguro destinado a cubrir los costos en que incurran en materia de salud. Si bien existe una relación entre aquella obligación —impuesta sólo al Estado— y que dice relación con las acciones de salud y el derecho que se pretende, que se refiere al modo de financiarse el acceso a esas actividades de salud, la diferencia entre ambas resulta evidente, tanto desde el punto de vista del sujeto obligado y titular del derecho, como especialmente de la naturaleza de la obligación constitucional y el derecho que se pretende, ya que es distinta una prestación de salud que el seguro destinado a cubrir todo o parte del costo de la misma; Que tampoco se ve de qué modo la autorización legal a modificar el precio de un contrato de seguro de salud pueda afectar el derecho de toda persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse. Los derechos a elegir que la Constitución asegura no conllevan la garantía de que el precio del bien esté al alcance de todos. No puede sostenerse que la Carta Fundamental que nos rige consagre el acceso igualitario al seguro de salud, independiente de la capacidad de pago de la persona. Tal independencia entre un bien y su acceso universal e igualitario se ha logrado respecto de ciertas prestaciones de salud, a través del Plan Auge, sistema de gratuidad que la Constitución permite, pero que no hace obligatorio y menos para los contratos con Isapres, que no son prestaciones de salud, sino sistemas para cubrir los riesgos económicos de ese bien”.

Dice también la disidencia: “Debe entonces desecharse la pretensión de estar afectado el derecho a la protección de la salud, pues ningún precepto constitucional relativo a ella garantiza acceder a un seguro destinado a cubrir los costos de salud, independiente de la capacidad de pago de quien pretende el bien y menos a mantener indefinidamente el que se pacta por un período determinado”;

“Que también debe desestimarse el argumento en análisis, pues la requirente no acreditó encontrarse en la situación económica desmedrada que podría impedirle pagar el precio que se le cobra y así privarla del derecho, del que alega ser titular, de permanecer, por el mismo precio, en el plan de salud que escogió. Como resulta evidente, acoger la pretensión de la requirente y mantenerle el precio, no obstante el aumento en el riesgo, implica, en un sistema privado de seguros de salud como el que rige a los afiliados a ese sistema, cargar a otros con los costos de salud de la requirente, otros que, en la especie, pueden aun ser más pobres o más viejos que ella, lo que, de ser así, redunda en mayor inequidad;” “Considerando 11 disidencia”.

“Que, por último, la requirente alega que la aplicación del precepto legal impugnado infringe su derecho de propiedad, pues el aumento del costo puede llegar a privarla de su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que es un bien incorporal ya incorporado a su patrimonio. Para desechar este argumento baste con considerar que la requirente nunca tuvo ni tiene derecho de propiedad sobre un precio en un contrato de trámite sucesivo. Desde luego, debe tenerse presente que este tipo de contratos tienen una duración indefinida, que el asegurador no puede ponerle término unilateral, a menos que haya incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, y que, en cambio, el asegurado puede desahuciar una vez transcurrido un año de vigencia, todo ello según lo dispone el artículo 38 de la Ley 18.933. La obligación del asegurador de mantener el plan para el asegurado tiene, como contrapartida, la autorización a modificar el precio, dentro de márgenes fijados por la ley y la autoridad, y conforme a factores como la edad y el sexo, que son los que hacen variar los costos de salud que quedan asegurados. Mal podría decirse entonces que la asegurada que reclama haya tenido nunca derecho de propiedad para que no se le variara el precio a la fecha de terminación y renovación de su seguro. Menos podría argumentarse un derecho de propiedad de la requirente sobre el precio, en condiciones que, al pactar originalmente su seguro de salud, le era permitido a la Isapre modificar tanto los beneficios como el precio de los contratos con menos limitaciones y restricciones que las que la legislación

que ella impugna establecen. Tampoco la ley le ha concedido propiedad sobre un determinado precio, sino que, por el contrario, autorizó a las Isapres a alterarlo unilateralmente, a condición de que se sujetaran a una serie de restricciones, que fueron aumentando en el tiempo”;

“Que también la requirente ha alegado que la aplicación a su caso del artículo 38 ter. impugnado infringe la norma contenida en el numeral 9º del artículo 19 de la Constitución, en cuanto ella prescribe que “*El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud*”, el que concluye garantizando que “*Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse*”. Alega la requirente que las continuas alzas de los costos de su plan, coincidentes con la etapa de su vida en que la persona cesa en su vida laboral activa, constituyen, en su caso, una fuerte cortapisa a la libertad de elegir y permanecer en el plan de salud por el que optó al celebrar el contrato”;

“Que las alegaciones anteriores deben ser igualmente desechadas. En primer lugar, por cuanto la Constitución no asegura a las personas poder permanecer en un determinado plan o seguro de salud, ni menos a hacerlo por un precio inalterable. La obligación impuesta al Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, que la Constitución sí establece, es diversa a los derechos de las personas a permanecer en un plan o más precisamente a mantener inalterable un precio de un seguro destinado a cubrir los costos en que incurran en materia de salud. Si bien existe una relación entre aquella obligación —impuesta sólo al Estado— y que dice relación con las acciones de salud y el derecho que se pretende, que se refiere al modo de financiarse el acceso a esas actividades de salud, la diferencia entre ambas resulta evidente, tanto desde el punto de vista del sujeto obligado y titular del derecho, como especialmente de la naturaleza de la obligación constitucional y el derecho que se pretende, ya que es distinta una prestación de salud que el seguro destinado a cubrir todo o parte del costo de la misma;

“Que tampoco se ve de qué modo la autorización legal a modificar el precio de un contrato de seguro de salud pueda afectar el derecho de toda persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse. Los derechos a elegir que la Constitución asegura no conllevan la garantía de que el precio del bien esté al alcance de todos. No puede sostenerse que la Carta Fundamental que nos rige consagre el acceso igualitario a seguro de salud, independiente de la capacidad de pago de la persona. Tal independencia entre un bien y su

acceso universal e igualitario se ha logrado respecto de ciertas prestaciones de salud, a través del Plan Auge, sistema de gratuidad que la Constitución permite, pero que no hace obligatorio y menos para los contratos con Isapres, que no son prestaciones de salud, sino sistemas para cubrir los riesgos económicos de ese bien”;

“Debe entonces desecharse la pretensión de estar afectado el derecho a la protección de la salud, pues ningún precepto constitucional relativo a ella garantiza acceder a un seguro destinado a cubrir los costos de salud, independiente de la capacidad de pago de quien pretende el bien y menos a mantener indefinidamente el que se pacta por un período determinado; Que también debe desestimarse el argumento en análisis, pues la requirente no acreditó encontrarse en la situación económica desmedrada que podría impedirle pagar el precio que se le cobra y así privarla del derecho, del que alega ser titular, de permanecer, por el mismo precio, en el plan de salud que escogió. Como resulta evidente, acoger la pretensión de la requirente y mantenerle el precio, no obstante el aumento en el riesgo, implica, en un sistema privado de seguros de salud como el que rige a los afiliados a ese sistema, cargar a otros con los costos de salud de la requirente, otros que, en la especie, pueden aun ser más pobres o más viejos que ella, lo que, de ser así, redunda en mayor inequidad”.

Además, el precepto legal impugnado no infringe el derecho de propiedad, ni la libertad de elegir un sistema de salud.

“Que, por último, la requirente alega que la aplicación del precepto legal impugnado infringe su derecho de propiedad, pues el aumento del costo puede llegar a privarla de su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que es un bien incorporal ya incorporado a su patrimonio. Para desechar este argumento baste con considerar que la requirente nunca tuvo ni tiene derecho de propiedad sobre un precio en un contrato de trato sucesivo. Desde luego, debe tenerse presente que este tipo de contratos tienen una duración indefinida, que el asegurador no puede ponerle término unilateral, a menos que haya incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, y que, en cambio, el asegurado puede desahuciar una vez transcurrido un año de vigencia, todo ello según lo dispone el artículo 38 de la Ley 18.933. La obligación del asegurador de mantener el plan para el asegurado tiene, como contrapartida, la autorización a modificar el precio, dentro de márgenes fijados por la ley y la autoridad, considerando 13) y conforme a factores como la edad y el sexo, que son los que hacen variar los costos de salud que quedan asegurados. Mal podría decirse entonces

que la asegurada que reclama haya tenido nunca derecho de propiedad para que no se le variara el precio a la fecha de terminación y renovación de su seguro. Menos podría argumentarse un derecho de propiedad de la requirente sobre el precio, en condiciones que, al pactar originalmente su seguro de salud le era permitido a la Isapre modificar tanto los beneficios como el precio de los contratos con menos limitaciones y restricciones que las que la legislación que ella impugna establecen. Tampoco la ley le ha concedido propiedad sobre un determinado precio, sino que, por el contrario, autorizó a las Isapres a alterarlo unilateralmente, a condición de que se sujetaran a una serie de restricciones, que fueron aumentando en el tiempo”.

En mérito de lo expuesto, a nuestro entender la sentencia que acoge el requerimiento de inaplicabilidad y declara inaplicable el artículo 38 ter. de la ley 18.933 no fundamenta suficientemente esta resolución, pues aparece sustentada en la desmedrada situación económica de la requirente, lo que evidentemente no constituye una razón que sea determinante para declarar que su aplicación produce efectos contrarios a la Constitución, más aún si consideramos que esta resolución es el antecedente para que posteriormente se permita la declaración de inconstitucionalidad de la norma señalada como inaplicable.

**Por sus consecuencias, a nuestro juicio, las resoluciones de inaplicabilidad deben dejar muy claramente establecidos los motivos por los cuales ciertos preceptos legales deben ser estimados contrarios a la Constitución al ser aplicados en un caso concreto, principalmente en razón de que la resolución de inaplicabilidad es el sustento de una posible posterior declaración de inconstitucionalidad cuyos efectos son la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma declarada inconstitucional.**

La doctrina que se desprende de esta sentencia la encontramos también contenida en el rol 1218 por el que la requirente Ximena Osorio sometió también a la decisión de la magistratura constitucional determinar si el artículo 38 ter. de la ley 18.933 al aplicarse en la causa rol de ingreso N 10.913 2008 pendiente ante la Superintendencia de Fondos y Seguros de Salud en carácter de árbitro arbitrador producía o no los efectos contrarios a la Constitución aducidos por la requirente de atentar contra el artículo 19 números 2 y 9<sup>a</sup> sobre la igualdad ante la ley y el derecho a elegir el sistema de salud.

De acuerdo con la doctrina, la sentencia establece que los derechos a la protección a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales de la segunda generación “involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica”. Hemos analizado anteriormente los posibles alcances de esta afirmación no concordando con ella.

La disidencia sostiene en el considerando noveno que todas las consideraciones sobre el carácter solidario del derecho a la seguridad social no son exactas, pues en las sesiones 403 393 400 y 412 aparece claramente que la solidaridad no se considera como elemento de la seguridad social...

Que sobre la naturaleza del derecho a la seguridad social la sentencia señala que uno de los principios que la sustentan es la “solidaridad social”, aunque no esté expresado en el texto constitucional, argumento que no compartimos del análisis de las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y que se encuentra mencionado en la disidencia.

Las fórmulas solidarias de seguridad social no son una exigencia de la Constitución y serían de competencia del legislador por lo que no pueden sostenerse posibles inconstitucionalidades fundadas en la inexistencias de elementos de solidaridad.

Si bien la solidaridad se planteó en la Comisión de Estudios en las intervenciones del entrevistado, profesor señor Ramón Camiruaga, su exposición no fue considerada por las comisiones asesoras en la redacción final como bien se desprende de las Actas señaladas anteriormente.

En mérito de lo expuesto, concluimos:

- a) El rol 1218 acoge el requerimiento por los mismos argumentos sostenidos en el rol 976 antes comentados en este trabajo.
- b) En relación con el argumento relativo al elemento de la solidaridad, que a juicio de la sentencia debería estar inserto en el derecho a la seguridad social, cabe hacer presente que del estudio de las Actas de la Comisión de Estudios aparece claro cómo este elemento no fue considerado en la redacción del texto fundamental.

Sostiene la sentencia que al acrecentarse el costo del plan de salud, por el hecho de aumentar en edad la cotizante, produce como efecto natural el menoscabo del adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social del requirente, derecho que tendría como principio rector la solidaridad.

Que la base de la solidaridad como sustento del derecho a la seguridad social, para poder ser considerado como elemento de este derecho debería estar contenido en la preceptiva constitucional o en la historia de la norma, lo que no es así.

Cabe tener presente, además, que la declaración de inconstitucionalidad afectaría todo el sistema privado de seguros de salud previsional.

Por el rol 1287, se sometió a la decisión del Tribunal Constitucional determinar si el artículo 199 del D.F.L número 1 (Ministerio de Salud ) de 2005 de ser aplicado en la causa rol de ingreso número 7779 de 2008 seguida ante la Corte Suprema sobre apelación del recurso de protección produce o no los efectos contrarios a la Constitución , a saber, el quebrantamiento del derecho a la libre elección del sistema de salud y el derecho de propiedad, asegurados en los numerales 9 y 24 del artículo 19 de la Carta Política.

Se rechazó el requerimiento por los argumentos analizados en los Roles 976 y 1218 anteriormente en este trabajo.

Por el considerando trigésimo séptimo se reitera por la sentencia el argumento que sería deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, por lo que reiteramos en esta oportunidad lo sostenido sobre este “deber” anteriormente en este trabajo, en el sentido que la Constitución al imponer este deber lo hace recaer expresamente sobre los órganos del Estado y no en los particulares.

Que por requerimiento de 31 de diciembre de 2009 se solicitó al Excmo. Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter. de la ley 18.933 de isapres. Por sentencia Rol 1444 se rechazó el requerimiento en razón de que la exigencia constitucional que permite impetrar una acción pública de inconstitucionalidad debe dirigirse exclusivamente a impugnar un precepto legal y no normas de rango infraconstitucional como sería la mencionada tabla de factores.

## VII. CONCLUSIONES

De acuerdo con el análisis de los derechos sociales junto a la evolución de la doctrina constitucional en esta materia y como lo sostendemos en el cuerpo de este trabajo, es evidente que para su mayor efectividad se requiere una mejor conceptualización de estos derechos y una diferenciación entre ellos.

Hemos analizado el derecho a la protección a la salud como un derecho social más, derechos que de acuerdo con la doctrina contemporánea serían exigibles por la vía de la justicia, si bien no fue este el espíritu en su consagración constitucional.

La jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de resguardar este derecho en forma indirecta a través de su relación con otros derechos, como son el derecho a la vida y el derecho de propiedad.

En lo que respecta a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el requerimiento que se resuelve en el Rol 976, pese al respeto que nos merecen sus documentadas resoluciones, hemos sostenido junto con otras observaciones, que no compartimos su afirmación en el sentido de exigir de los particulares deberes que no están expresamente establecidos en la Ley Fundamental y que desvirtuarían todo nuestro sistema de seguros en materia previsional. Por lo demás, se le entregan expresamente a los órganos del Estado.

Reiteramos, por último, en esta conclusión, los fundamentos jurídicos que señalábamos en el cuerpo de este trabajo y que nos permiten concluir que, a nuestro juicio, el requerimiento debió rechazarse.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA:

Nogueira, Humberto. *El constitucionalismo moderno y los derechos económicos sociales y culturales*. Estudios Constitucionales, año I, número I.

Pereira Menaut, Antonio-Carlos. *Lecciones de Teoría Constitucional*.

## LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA CONSTITUCIÓN

## FREEDOM OF EDUCATION IN THE CONSTITUTION

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ<sup>1</sup>

**Resumen:** en el presente artículo, se analiza el contenido esencial de la libertad de enseñanza, especialmente, en relación a los titulares, su relación con el derecho a la educación y sus límites, todo ello de acuerdo a la jurisprudencia constitucional.

**Palabras clave:** libertad de enseñanza. Titulares de la libertad de enseñanza. Relación con el derecho a la educación. Extensión y límites. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

**Summary:** this article analyzes the essential content of education freedom, specially in relation to those entitled, their link and the limitations of the right to education, all according to constitutional jurisprudence (precedents).

**Keywords:** freedom of education. Entitled to freedom of education. Relation with the right to education. Extension and limitations. Jurisprudence (precedents) of the Constitutional Court.

<sup>1</sup> El autor es abogado. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Investigación Jurídica por la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Chile y en la Universidad de los Andes. Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado Integrante del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia de la Contraloría General de la República. Secretario de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Email: mafernandez@cfmv.cl

## I. INTRODUCCIÓN

El profesor Enrique Navarro Beltrán me ha invitado a colaborar, nuevamente, en la Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para exponer acerca de la libertad de enseñanza en nuestra Constitución, cuyo contenido y alcance examinare<sup>2</sup>, primero, en relación con los titulares de esa libertad; luego, considerando su relación inescindible con el derecho a la educación; en seguida y finalmente, abundando en torno de su significado, extensión y límites.

## II. TITULARIDAD

El alcance, finalidad y trascendencia de la libertad de enseñanza explica que las tres facultades que ella incluye, en el inciso 1º del artículo 19 N° 11º de la Constitución, se garanticen a todas las personas, sean naturales o jurídicas, públicas o privadas, sin importar la naturaleza o forma jurídica que esa persona pueda elegir para concretarla.

Por ende, no es rigurosamente cierto que “(...) los titulares del derecho, [que estos] son todos los establecimientos de enseñanza, públicos o privados; se hallen reconocidos por el Estado o no lo hayan sido; en fin, trátese o no de establecimientos subvencionados”<sup>3</sup>, pues, en realidad, no son aquellas entidades las titulares de la libertad asegurada en el numeral 11º, sino que las personas que, como fundadores y sostenedores, se desenvuelven en torno de un establecimiento educacional, bajo una forma jurídica, en principio, definida por ellos en ejercicio de su libertad.

Cuestión distinta es que la naturaleza que posea o adopte el sostenedor del establecimiento justifique que, excepcionalmente, se le apliquen regulaciones diferentes, en tanto ellas sean razonables y encuentren fundamentación suficiente, precisamente, derivada de aquella forma o condición, respetando siempre el artículo 19 N° 2º de la Carta Fundamental, de manera que pueden imponerse normas distintas según el sostenedor sea

<sup>2</sup> Para mayor detalle, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL (2006). *La libertad de enseñanza ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago: Universidad de los Andes; y, en apretada síntesis, “Libertad de enseñanza”, *El Mercurio* de Santiago, 15 de septiembre de 2004, Cuerpo A, p. 2.

<sup>3</sup> Considerando 10º de la sentencia Rol N° 410.

público o privado y, este último, destinatario de subvenciones o sin esta especie de ayuda estatal.

Pero se trata de diferencias excepcionalísimas y –lo reitero– que no pueden ser constitutivas de discriminación, es decir, carentes de base objetiva y comprobable.

## **1. Naturaleza Jurídica de los sostenedores**

Con todo, en el contexto de los titulares de la libertad de enseñanza, sin embargo, el legislador adoptó, desde el comienzo, la necesidad de que tratándose de las nuevas universidades que se fundaran se constituyeran como personas jurídicas y, más todavía, como entidades de derecho privado sin fines de lucro<sup>4</sup>.

Pudo haber seguido, aunque estimo que habría sido altamente dudosa su constitucionalidad, esa misma exigencia en el caso de los institutos profesionales y centros de formación técnica<sup>5</sup>, pero no lo hizo, y tampoco en el caso de los demás establecimientos de enseñanza, sino, en el caso de los colegios, hasta 2009, cuando modificó la legislación<sup>6</sup> para exigir, entre los requisitos para que el Ministerio de Educación reconozca oficialmente un establecimiento educacional, que su sostenedor fuera una persona jurídica de derecho público o privado cuyo objeto social único sea la educación.

Es decir, la ley forzó a los sostenedores/personas naturales a mutar en personas jurídicas, a propósito de lo cual el Tribunal Constitucional, al examinar preventivamente el proyecto en que se contenía esa norma, sostuvo su apego a la Carta Fundamental, habida consideración que, como ya anticipaba, la libertad de enseñanza es predictable, a su juicio, respecto de “*establecimientos educacionales*”, según su artículo 19 N° 11º inciso 1º.

<sup>4</sup> Artículo 15 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1º, de 1980, que fija normas sobre Universidades, publicado en el Diario Oficial el 3 de enero de 1981.

<sup>5</sup> Artículo 5º del Decreto con Fuerza de Ley N° 24, de 1981, que fija normas sobre Centros de Formación Técnica, publicado en el Diario Oficial el 16 de abril de 1981.

<sup>6</sup> Artículo 46 letra a) de la Ley N° 20.370, publicada en el Diario Oficial el 12 de septiembre de 2009, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 2009, Ministerio de Educación, publicado en el Diario Oficial el 2 de julio de 2010.

De esta premisa –que considero errada al tenor del texto y espíritu de aquella norma fundamental<sup>7</sup>– la Magistratura aludida colige que “la Constitución (...) exige una determinada organización para ejercer este derecho. El establecimiento educacional es un conjunto, una complejidad de personas, recursos humanos, financieros, materiales, y fines. Dicha complejidad es definida por el legislador. De este modo, la Constitución implica la posibilidad de un ente distinto a una persona natural para el ejercicio de este derecho. La noción de “*establecimiento educacional*” requiere la colaboración del legislador para definir sus contornos (...)<sup>8</sup>.

## 2. Inconstitucionalidad

Frente a la sola lectura del texto constitucional, aquella interpretación es equivocada, en lo que atañe a los sostenedores que eran personas naturales, pues el ejercicio de las facultades esenciales de la libertad de enseñanza se garantiza a cualquiera, aunque ella se concrete en relación con un establecimiento dedicado a esa actividad y, por esto, es que la exigencia de objeto único puede ser constitucionalmente sustentable, pero no amerita alterar la titularidad del derecho fundamental, sosteniendo que quien lo ejerce es la organización –de personas y bienes– a través de la cual su verdadero titular decide concretarlo<sup>9</sup>.

La posición del Tribunal Constitucional, sin embargo, tuvo en cuenta que exigir personalidad jurídica al sostenedor “(...) otorga un grado de permanencia, transparencia y estabilidad a los establecimientos educacionales que no es posible alcanzar por las personas naturales. Además, la exigencia de personalidad jurídica evita la confusión de patrimonios entre el sostenedor y la o las personas naturales que lo componen (...)”<sup>10</sup>, lo cual es central para materializar los principios que, en ese sentido, consagra la Ley General de Educación y para cumplir de mejor manera la obligación de garantizar una educación de calidad.

<sup>7</sup> Véase el voto de minoría de los ministros Juan Colombo Campbell, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto y Mario Fernández Baeza en la sentencia pronunciada el 28 de julio de 2009, Rol N° 1.363.

<sup>8</sup> Considerando 18º de la sentencia Rol N° 1.363.

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> *Id.*

Agrego, en todo caso, que la norma legal en comento, aplicada a los sostenedores existentes en ese momento, no sólo lesionaba la libertad de enseñanza, sino también el derecho de asociación, en su vertiente de libertad de afiliación y desafiliación, pues los obliga a integrarse a una entidad jurídica para mantener su establecimiento de enseñanza, ya creado y en funcionamiento.

Es cierto que no resulta extraño que nuestro legislador requiera, para el desenvolvimiento de determinadas actividades, que quien las lleve a cabo se constituya como persona jurídica, excluyendo de su realización a las personas naturales e, incluso, se llega a imponer que esa persona jurídica adopte una precisa y determinada forma, como sucede con los bancos<sup>11</sup>, las administradoras de fondos de pensiones<sup>12</sup> o, incluso, las universidades<sup>13</sup>.

Empero, ello no torna constitucional lo decidido en este caso, máxime si se considera que “(...) el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas tiene un carácter excepcional y requiere de una justificación particular (...)”<sup>14</sup>, sea porque así lo dispone –rara vez– la Constitución, como lo hace en su artículo 19 N° 12º inciso 3º, o porque ello se desprende de la naturaleza del derecho, v. gr., en su numeral 21º.

### III. SENTIDO Y ALCANCE

En segundo lugar, es necesario revisar el contenido constitucional de la libertad de enseñanza, para dirimir sus contornos y extensión, necesariamente, por cierto, vinculándola con el derecho a la educación para, a continuación, examinarla en las tres facultades esenciales –abrir, organizar y mantener establecimientos de enseñanza– que asegura la Carta Fundamental.

<sup>11</sup> Artículo 4º de la Ley General de Bancos, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1997, publicado en el Diario Oficial el 19 de diciembre de 1997.

<sup>12</sup> Artículo 23 del Decreto Ley N° 3.500, publicado en el Diario Oficial el 13 de noviembre de 1980.

<sup>13</sup> Artículo 34 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, publicado en el Diario Oficial el 21 de febrero de 2006, en relación con los artículos 7º y 71 de la Ley N° 20.370.

<sup>14</sup> ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2008). *Derechos Fundamentales*. Santiago: Ed. Legal Publishing, p. 156.

## 1. Relación con el derecho a la educación

Es indudable, incuestionable y, por lo demás, obvia la relación entre este derecho y la libertad de enseñanza, pues quienes ejercen esta última contribuyen a la realización del primero y, con ello, a la consecución de su objetivo contemplado en el artículo 19 N° 10º inciso 2º de la Carta Fundamental<sup>15</sup> porque, como ha explicado el Tribunal Constitucional, “(...) *si bien el derecho a la educación y la libertad de enseñanza son diferentes*, también es cierto que *existen numerosos e importantes vínculos* entre ellos, evidencia de lo cual resulta ser que *el objeto de la educación*, esto es, el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del N° 10º transrito, *se manifiesta, imparte o lleva a la práctica a través de la enseñanza*, sea formal o informal, como se señala en el artículo 2º de la Ley General de Educación”<sup>16</sup>.

De lo expuesto, es menester desprender la labor fundamental que corresponde a la libertad de enseñanza, para lograr el objetivo constitucionalmente atribuido al derecho a la educación, sobre manera cuando hoy se trata de rebajar esa finalidad, consistente en lograr *el pleno desarrollo de la persona* en las distintas etapas de su vida, garantizando nada más que la calidad<sup>17</sup>, susceptible, presuntamente, de ser medida con desapego de los valores que es indispensable infundirle para lograr ese pleno desarrollo y para que su consecución se efectúe con respeto de la Carta Fundamental, sobre todo cuando se concibe el aporte estatal como una concesión cuya denegación coarta aquella libertad y el logro de la finalidad que tiene el derecho a la educación y no como tiene que ser, el cumplimiento de un deber del Estado para la plena realización de una y otro.

En efecto, una adecuada comprensión de la libertad y del derecho referidos exige “(...) delimitar claramente las potestades estatales en nexo con la libertad de enseñanza, ya que, para el poder político le genera la obligación de configurar una concreta organización educativa y de formular las diversas políticas educacionales siempre con base –entre otros– en el principio de libertad. Del mismo modo, le obliga a respetar así como a

<sup>15</sup> Fernández González, Miguel Ángel (2007). *Recurso de Protección y Derechos Sociales*. Derecho Mayor. Año VI, N° 6, Temuco, Facultad de Derecho de la Universidad Mayor, pp. 7-23.

<sup>16</sup> Considerando 7º de la sentencia Rol N° 410.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, el proyecto de reforma constitucional contenido en el Boletín N° 4.222 - 07.

promover el efectivo ejercicio de las distintas libertades educativas que se prediquen de los sujetos en una relación educacional como consecuencia de la vigencia del principio de libertad en el ámbito educativo”<sup>18</sup>.

Desde esta perspectiva, entonces, tiene razón la prevención de la ministra Marisol Peña Torres, contenida en la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 14 de enero de 2010, Rol N° 1.588, al señalar que el inciso cuarto del artículo 1º del proyecto de ley<sup>19</sup>, en virtud del cual “los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deberán incluir dentro del ciclo de Enseñanza Media un programa de educación sexual, el cual, según sus principios y valores, incluya contenidos que propendan a una sexualidad responsable e informe de manera completa sobre los diversos métodos anticonceptivos existentes y autorizados, de acuerdo al proyecto educativo, convicciones y creencias que adopte e imparta cada establecimiento educacional en conjunto con los centros de padres y apoderados”, debió ser declarado constitucional, pero “(...) en el entendido que “los principios y valores”, así como “las convicciones y creencias que imparte cada establecimiento educacional en conjunto con los centros de padres y apoderados” en las materias que esa norma indica, deben enmarcarse plenamente dentro del respeto a los derechos fundamentales que la Constitución Política, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes reconocen y consagran, especialmente, en lo que respecta al derecho a la vida asegurado a toda persona”.

Por lo mismo, debe imperar aquí también el principio de subsidiariedad, a partir de la obligación que pesa sobre toda la comunidad de participar en el proceso de enseñanza, la cual rige no sólo entre el Estado y las personas, privilegiando a estas naturalmente, sino que también al interior de la organización estatal, debiendo preferirse a las unidades locales antes que las centralizadas y de alcance nacional, siendo contrario a la Carta Fundamental promover un modelo de organización educativa en sentido contrario<sup>20</sup>, puesto que “el Estado tiene la obligación de respetar este doble derecho, en el sentido de que *al entrar a actuar en el campo educacional lo*

<sup>18</sup> Castillo Córdova, Luis (2004). *El principio de libertad en el sistema educativo*. Lima: Universidad de Piura, pp. 73-74.

<sup>19</sup> Se trata hoy al artículo 1º inciso 4º de la Ley N° 20.418, la cual fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, publicada en el Diario Oficial el 28 de enero de 2010.

<sup>20</sup> Véase el proyecto de ley que fortalece la educación pública, contenido en el Boletín N° 6.251-04.

*hace con un carácter subsidiario y complementario, no sólo del derecho prioritario de los padres de familia a educar a sus hijos, sino, además del derecho de los particulares a abrir establecimientos de enseñanza y a ser sujetos activos de la tarea educacional”<sup>21</sup>.*

Así y en concreto, no puede olvidarse el artículo 13º del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>22</sup>, cuyo párrafo 4º señala que “nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1º<sup>23</sup> y de que la educación en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”.

Precisamente y consistente con ello, al examinar la decisión legislativa que extraía el Liceo Experimental Manuel de Salas de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, impidiéndole decidir por sí misma el modo como desarrolla sus actividades de docencia, investigación y extensión, el Tribunal Constitucional expuso que la subsidiariedad es uno de los principios rectores del orden social<sup>24</sup>, al punto que “(...) al Estado no le corresponde, entonces, absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se entiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado. Eso explica el reconocimiento y amparo que el artículo 1º, inciso tercero, de la Constitución, presta a los grupos intermedios (...)”<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 143<sup>a</sup>, p. 5.

<sup>22</sup> Contenido en el Decreto Supremo N° 326, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1989, publicado en el Diario Oficial el 27 de mayo de 1989.

<sup>23</sup> Al tenor del cual “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

<sup>24</sup> Considerando 4º de la sentencia pronunciada el 15 de julio de 2002, Rol N° 352.

<sup>25</sup> Considerandos 1º, 4º y 7º de la sentencia Rol N° 352.

## 2. Extensión de la libertad

Avanzando hacia el núcleo irreductible de la libertad de enseñanza, el empleo del vocablo *incluye*, en el artículo 19 N° 11º de la Constitución, deja en evidencia que las facultades allí expresadas –abrir, organizar y mantener establecimientos– no agotan esa libertad, pues ella *comprende también* el derecho de los padres para escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, según consta, para superar cualquier duda, en el artículo 13 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>26</sup> y en los artículos 28 y 29 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*<sup>27</sup>.

De esta manera, “(...) la libertad de enseñanza resulta ser *completa o plena*, ya que abarca tanto a los fundadores o sostenedores de aquellos establecimientos en la prosecución de sus proyectos educativos, como a los padres en la elección de aquellos que juzguen coherentes con el ideario formativo de sus hijos”<sup>28</sup>.

Más todavía y con el objeto de dimensionar la genuina extensión de la libertad de enseñanza, surge que, junto a las tres facultades constitucionalmente reconocidas y al derecho de los padres para elegir el establecimiento en el que enseñen a sus hijos, cabe *incluir también* y sin que la enunciación llegue a ser taxativa o definitiva<sup>29</sup>, al menos, conforme a los tratados referidos<sup>30</sup>: *El derecho de acceder, gratuitamente, a la enseñanza primaria o básica; así como también a la enseñanza secundaria, incluso cuando es de carácter técnico y profesional, implantándose progresivamente la gratuitidad; y a la enseñanza superior, sobre la base de la capacidad de cada uno; el derecho de quienes no han recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria a concluirlo; a un sistema adecuado de becas; al continuo mejoramiento de las condiciones materiales de los docentes; y a recibir la educación religiosa o moral de acuerdo a sus convicciones.*

<sup>26</sup> Contenido en el *Decreto Supremo N° 326*, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1989, publicado en el Diario Oficial el 27 de mayo de 1989.

<sup>27</sup> Ratificada mediante *Decreto Supremo N° 830*, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.

<sup>28</sup> Considerando 15º de la sentencia Rol N° 410.

<sup>29</sup> Fernández González, Miguel Ángel (2010). “Compatibilidad entre el pacto de derechos económicos, sociales y culturales y el ordenamiento jurídico interno en relación con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza”. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*. Santiago: Librotecnia, pp. 369-388.

<sup>30</sup> González Rivas, Juan José (2003). *La Constitución Española de 1978: estudio sistemático y jurisprudencial*. Madrid: Ed. Civitas, p. 159.

## A. Contenido mínimo constitucionalmente reconocido

Examinando la primera parte del que, a la luz de lo que acabo de señalar, puede considerarse el contenido básico o elemental y, por ende, inafectable de la libertad de enseñanza, consistente en el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, el Tribunal Constitucional ha declarado que “(...) en las tres facultades nombradas se condensan, por consiguiente, los elementos, definitorios e inafectables, que tal libertad abarca, de modo que el respeto y protección de ellos es lo que requiere siempre la Constitución (...)”<sup>31</sup>.

Precisando cada una de esas tres facultades y ejemplificando, a propósito de cada una de ellas, en el mismo considerando recién transcrita se lee que “(...) en primer lugar, se reconoce el *derecho de abrir, crear o formar establecimientos educacionales de cualquier nivel, de acuerdo con el ideario del proyecto educativo de los fundadores* respectivos. En seguida, queda asegurado el *derecho de organizarlos o determinar*, los fundadores o quienes les sigan, *las características del establecimiento en nexo con sus finalidades u objetivos y métodos para lograrlos*<sup>32</sup>; *rasgos típicos de la docencia y de los profesionales* que la lleven a cabo<sup>33</sup>; *régimen de dirección, administración y responsabilidad* (lo cual impide comprender cómo se declaró, en el mismo fallo, que era constitucional la incorporación obligatoria de los Consejos Escolares); *reglas pertinentes al orden y disciplina* en la convivencia interna<sup>34</sup>, sin perjuicio del deber en orden a ser respetuosos de los derechos constitucionales, en ejercicio de esta facultad, v. gr., el debido proceso que cabe seguir en los procedimientos disciplinarios<sup>35</sup>; *sistema financiero o vínculos con otras instituciones* (a propósito de esto último, se advierte la inconstitucionalidad de forzar a los establecimientos que imparten educación superior a integrarse a la Comisión Administradora del Sistema de Créditos para Estudios Superiores). Por último, la libertad

<sup>31</sup> Considerando 1º de la sentencia Rol N° 410.

<sup>32</sup> Morales, Mario Mauricio (2004). *El ejercicio de la libertad de enseñanza en la jurisprudencia sobre recursos de protección (1999-2003)*. Santiago: Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Católica de Chile, pp. 103 y 107.

<sup>33</sup> Libertad y Desarrollo: *Temas Públicos* N° 691 (10 de septiembre de 2004) pp. 7 y 8.

<sup>34</sup> Morales, Mario Mauricio, citado en *supra* nota 31, pp. 139-140 y 141.

<sup>35</sup> Por ejemplo, léase la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 23 de enero de 2013, Rol N° 43.418-2012, confirmada por la Corte Suprema el 22 de mayo de 2013, Rol N° 3.116-2013, en cuyo considerando 5º señaló “que en cuanto a la sanción misma, *esta fue aplicada luego del procedimiento establecido en el reglamento* de la Universidad, el que era *conocido por la recurrente y que se comprometió a respetar al ingresar a esa casa de estudios, por lo que no se divisa la existencia de arbitrariedad o ilegalidad de ningún tipo en su contra*”.

de enseñanza incluye *la facultad de mantener*, esto es, *conservar o sostener el establecimiento en el tiempo*, modificando su organización o, en última instancia, cerrarlo o transferirlo a terceros”.

Por ende, la libertad de enseñanza no es sino manifestación, en este ámbito del desarrollo humano, de la autonomía que, como Base de la Institucionalidad, se reconoce y ordena proteger respecto de todo grupo intermedio, en el artículo 1º inciso 3º de la Constitución, la cual se concreta en las tres facultades referidas, reforzando así aquella autonomía generalmente garantizada<sup>36</sup>.

En suma, la libertad de enseñanza “(...) supone el respeto y protección de la plena autonomía, garantizada por la Constitución en favor del fundador o sostenedor del establecimiento respectivo, para la consecución de su proyecto educativo, en los ámbitos docente, administrativo y económico, porque sin gozar de certeza jurídica en el cumplimiento de tales supuestos esenciales tampoco es realmente posible afirmar que existe aquella libertad”<sup>37</sup>.

## B. Aplicación a las universidades

Siendo más explícito todavía, especialmente en nexo con estas instituciones de educación superior, el Tribunal Constitucional ha declarado que “debe tenerse presente que la autonomía universitaria tiene fundamento en la autonomía de los cuerpos intermedios, reconocida en el artículo 1º, inciso tercero, de la Constitución Política de la República”<sup>38</sup>, de manera que, “(...) al ser las universidades, ya sean públicas o privadas, cuerpos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, la autonomía que las singulariza tiene fundamento constitucional directo en el artículo 1º, inciso tercero, de la Carta Fundamental, que garantiza la autonomía de los cuerpos intermedios. Al efecto cabe tener presente lo discutido sobre el particular en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, cuando se analizó en el marco de la libertad de enseñanza la posibilidad de incorporar disposiciones específicas sobre el estatuto de las universidades y su consecuente autonomía, lo que se estimó innecesario, habida consideración

<sup>36</sup> Fernández González, Miguel Ángel (1999). “Autonomía de los grupos intermedios y determinación de sus propios fines específicos”. *XXX Jornadas de Derecho Público*. Valparaíso: Facultad de Derecho Universidad de Valparaíso, pp. 77-100.

<sup>37</sup> Considerando 10º de la sentencia Rol N° 410 y, con alcance general, el considerando 29º de la sentencia pronunciada el 31 de octubre de 1995, Rol N° 226.

<sup>38</sup> Considerando 21º.

que ‘el Capítulo I de la Carta Fundamental ya confiere autonomía a todos los cuerpos intermedios’ y las Universidades también lo son” (Sesión N° 399, de 12 de julio de 1978, p. 3155) (...)”<sup>39</sup>.

Empero, es importante –ante el calculado silencio constitucional en el numeral 11º– que la autonomía universitaria arranca también de la misma libertad de enseñanza que la Constitución asegura a todas las personas, ya que, “si bien la autonomía universitaria no se encuentra reconocida y tutelada expresamente en la Carta Fundamental, se relaciona estrecha e indisolublemente con la libertad de enseñanza, conformada por el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, en los términos que resguarda y ampara el artículo 19 N° 11º de la Constitución Política de la República”<sup>40</sup>.

Este ha sido, sin ir más lejos, el espíritu con que ha obrado el legislador, ya que su regulación más específica da cuenta de la aplicación y respeto de los principios y normas constitucionales, así como de la diferente situación en que la ley se encuentra cuando regula dichas instituciones al surgir la nueva preceptiva constitucional en 1981 de la que podría establecer, con posterioridad, una vez transcurridos más de treinta años de vigencia del modelo establecido entonces, aunque siempre con pleno respeto de los derechos constitucionales, como exige el artículo 1º inciso 4 de la Carta Fundamental.

#### *a. Origen*<sup>41</sup>

La primera institución de enseñanza que existió en nuestro país fue la Real Universidad de San Felipe, autorizada, en 1738, por Felipe V, y que comenzó a dictar clases quince años después. En 1813 fue incorporada al Instituto Nacional hasta que, en 1842, se crea la Universidad de Chile, que otorgaba los grados académicos, aunque la enseñanza superior se seguía impartiendo en el Instituto.

<sup>39</sup> Considerando 24º de la sentencia pronunciada el 30 de agosto de 2006, Rol N° 536.

<sup>40</sup> Considerando 29º de la sentencia Rol N° 352. Sobre el particular, Núñez, Manuel Antonio Núñez (2007). *Las universidades estatales y la construcción unitaria del principio de autonomía universitaria: Ensayo de una crítica a la jurisprudencia constitucional chilena*. Estudios Constitucionales, año 5, N° 2, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 223-249.

<sup>41</sup> Se sigue de cerca, en este párrafo, y para mayor detalle, Correa Sutil, Sofía (1985). “Las universidades chilenas antes de la Reforma: un esquema histórico”. *Universidades Chilenas: Historia, Reforma e Intervención*. Santiago: Ediciones Sur, pp. 15-61.

La Universidad de Chile fue concebida, entonces, como una entidad completamente supeditada al Estado, pues el Presidente de la República era su Patrono y nombraba a todo el cuerpo directivo, desde el rector hasta los Decanos y Secretarios de Facultad, a quienes podía remover a voluntad; el Ministro de Instrucción Pública, era el Vicepatrón; y todos los acuerdos, que no se refirieran a cuestiones estrictamente internas, debían ser aprobados por el Jefe del Estado.

En 1879 se dictó una nueva ley en virtud de la cual la Universidad deja de ser exclusivamente académica, al asignársele una función docente dirigida a formar los profesionales que el país requería. En 1888 se funda la Universidad Católica de Chile, en 1919 la Universidad de Concepción. Posteriormente, surgen la Universidad Federico Santa María y la Universidad Católica de Valparaíso.

Para regular el sistema universitario, en 1931 se dicta el *Estatuto Orgánico de la Enseñanza Universitaria* que reconoce aquellas cuatro instituciones privadas y les garantiza autonomía para organizarse y fijar el contenido de sus cursos, aunque sujetas a una Superintendencia de Educación Pública, y en aquellos grados o títulos que otorgaba la Universidad de Chile debían ajustarse a los planes y programas que aprobara el Consejo Universitario de la Universidad de Chile, rindiendo las pruebas y exámenes ante ella. La creación de nuevas universidades requería autorización del Gobierno, previo informe del aludido Consejo Universitario.

Si bien el *Estatuto* de 1931 reconocía la autonomía de la Universidad de Chile y sus profesores sólo debían cumplir el programa aprobado por cada Facultad, mantuvo fuertes lazos con el Gobierno, por ejemplo, a raíz que su financiamiento dependía, mayoritariamente, del que le asignara la Ley de Presupuesto y la inversión de este requería acuerdo del Presidente de la República, quien seguía nombrando a todas sus autoridades y profesores.

En 1947, surge la Universidad Técnica del Estado, incorporando las escuelas industriales y técnicas que existían, pero no tenían rango universitario. En 1954, la Universidad Austral y, en 1956, la Universidad del Norte, llegando a casi 20.000 alumnos, de los cuales un 74% estudiaba en la Universidad de Chile.

En estos años, igualmente, se fueron reconociendo directamente los títulos otorgados por las instituciones privadas. Así, en 1930, la Ordenanza General de Construcción y Urbanización reconoció la validez de los títulos

de ingenieros y arquitectos; en 1945 y 1953, se reconoció la validez de los títulos otorgados por universidades reconocidas por el Estado, para el ingreso a la Administración Pública; y, en ese último año, el Código Orgánico de Tribunales también reconoció los títulos de Licenciado en Ciencias Jurídicas que otorgaban las Universidades Católica de Chile, Católica de Valparaíso y de Concepción.

#### *b. Nueva Institucionalidad<sup>42</sup>*

Mediante Decreto Ley N° 3.541<sup>43</sup>, se autorizó al Presidente de la República para que, dentro del plazo de un año, reestructurara las universidades del país, incluida la Universidad de Chile, pudiendo dictar todas las disposiciones que fueren necesarias al efecto y, en especial, aquellas destinadas a fijar su régimen jurídico y a regular el establecimiento de corporaciones de esta naturaleza, pudiendo en ejercicio de estas atribuciones, dictar normas estatutarias o de procedimientos para regular su estructura orgánica.

Es del caso que, mediante el ya aludido Decreto con Fuerza de Ley N° 1<sup>44</sup>, se fijaron normas sobre Universidades concebidas como instituciones de educación superior, de investigación, raciocinio y cultura que, en el cumplimiento de sus funciones, deben atender adecuadamente los intereses y necesidades del país, al más alto nivel de excelencia, conforme a su artículo 1º.

En particular, el artículo 15 dispuso que podrían crearse universidades, las que deberían constituirse como personas jurídicas de derecho privado *sin fines de lucro*, conforme al criterio sugerido por la *Comisión Universitaria* de 1979, integrada por académicos de distintas universidades del país que preparó un anteproyecto que sirvió de base al DFL. N° 1<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Sobre el período intermedio, fundamentalmente vinculado a la época de *reforma universitaria*, puede leerse Garretón M., Manuel Antonio (1985). “La Reforma Universitaria: 1967-1973: un análisis sociológico”. *Universidades Chilenas: Historia, Reforma e Intervención*. Santiago: Ediciones Sur, pp. 61-100, y Gazmuri, CRISTIÁN (2012). *Historia de Chile 1891-1994*. Santiago: Instituto de Historia Pontificia Universidad Católica de Chile y RIL editores, pp. 300-302.

<sup>43</sup> Publicado en el Diario Oficial el 13 de diciembre de 1980.

<sup>44</sup> Publicado en el Diario Oficial el 3 de enero de 1981.

<sup>45</sup> Prieto Bafalluy, Alfredo (2011), prologando *El aporte de las universidades privadas al país*. Santiago: Libertad y Desarrollo, p. 10-11.

En fin, el artículo 13 dispuso que los títulos profesionales no comprendidos en los artículos 11 y 12, podrían otorgarlos también otras instituciones de enseñanza superior no universitaria y que una ley regularía la acción de estas instituciones.

Así, se dictó la Ley Nº 18.962<sup>46</sup>, Orgánica Constitucional de Enseñanza, que sería reemplazada por la *Ley General de Educación*, aunque en lo que aquí interesa no introdujo cambios sustantivos, explicando, en el artículo 21, que la educación superior es aquella que tiene por objeto la preparación y formación del estudiante en un nivel avanzado en las ciencias, las artes, las humanidades y las tecnologías, y en el campo profesional y técnico.

En fin, el artículo 53 preceptúa que las universidades, los institutos profesionales y los centros de formación técnica estatales sólo podrán crearse por ley, en tanto que las universidades que no tengan tal carácter, deberán crearse conforme a los procedimientos establecidos en la ley y serán siempre corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro para el efecto de tener reconocimiento oficial.

A su turno, los institutos profesionales y centros de formación técnica de carácter privado podrán ser creados por cualquier persona natural o jurídica en conformidad a la ley, debiendo organizarse siempre como personas jurídicas de derecho privado para el efecto de tener reconocimiento oficial. Estas entidades no podrán tener otro objeto que la creación, organización y mantenimiento de un instituto profesional o un centro de formación técnica, según el caso; todo ello sin perjuicio de la realización de otras actividades que contribuyan a la consecución de su objeto.

Es indubitable, en consecuencia, que la legislación vigente, en general, es respetuosa de la autonomía universitaria, pues regula, efectivamente, la creación de esas instituciones, aunque sin establecer barreras de entrada infranqueables, y les garantiza obrar de acuerdo con sus propios idearios, valores y principios.

### C. Aplicación a establecimientos públicos

En esta misma perspectiva, cabe consignar, adicionalmente, que la autonomía y, aún antes, la libertad de enseñanza rige también respecto de los

<sup>46</sup> Publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 1990.

*establecimientos de enseñanza públicos*, pues la Carta Fundamental no admite distinción alguna en la materia, especialmente considerando la potestad restringida que corresponde al legislador tal y como lo decidió el Tribunal Constitucional al resolver que “*(...) las dos normas referidas y en trámite de formación pugnan sustantivamente con el derecho reconocido a los establecimientos municipales de enseñanza, porque les exigen someterse al proceso de acreditación, imperativo cuyo acatamiento impide, en la forma concebida en el proyecto, elegir y designar a quienes se consideren profesionales idóneos para servir la dirección de esos establecimientos*, aunque no se hayan sometido al proceso referido”<sup>47</sup>.

Por ello, *el legislador debe reconocer dicha autonomía*, tanto cuando crea la institución pública de enseñanza como cuando la regula, por cuanto y más allá de su naturaleza jurídica, toda entidad de enseñanza goza de ese rasgo capital de autodeterminación, de manera que *no resulta relevante quien sea el titular del establecimiento*, ya que en él confluyen docentes, administrativos, alumnos y apoderados que son igualmente sujetos de los derechos fundamentales en juego, los cuales deben respetarse y promoverse a través de la libertad de enseñanza<sup>48</sup>.

Siguiendo este criterio, el Tribunal Constitucional declaró ajustado a la Carta Fundamental el artículo 10 de la Ley General de Educación<sup>49</sup>, “en el entendido que el reglamento interno del establecimiento al que se alude reiteradamente en su texto no puede condicionar, limitar o restringir el ejercicio del derecho asegurado en el N° 11 del artículo 19 de la Ley Fundamental”<sup>50</sup>.

En esta materia, por fin, es indispensable recordar la sentencia ya aludida, pronunciada el 19 de junio de 2007, Rol N° 523, pues allí se desarrolla, bajo el título *Autonomía de la Universidad de Chile y su alcance*, la autonomía administrativa de las universidades estatales<sup>51</sup>, sobre la base de lo preceptuado en el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y de lo que el Tribunal Constitucional había decidido en la sentencia pronunciada el 15 de julio de 2002, Rol N° 352, en cuanto a “que, como puede apreciarse, la Ley N°

<sup>47</sup> Considerando 8º de la sentencia pronunciada el 18 de octubre de 2004, Rol N° 423.

<sup>48</sup> *Actas* citadas en *supra* nota 20, sesión 139<sup>a</sup>, p. 16.

<sup>49</sup> Dicho precepto menciona los derechos y deberes de los integrantes de la comunidad educativa.

<sup>50</sup> Considerando 27º de la sentencia Rol N° 1.363.

<sup>51</sup> Considerando 15º.

18.575, teniendo presente su naturaleza propia y la importancia que para las instituciones estatales de Educación Superior tiene el contar con autonomía, se las atribuyó expresamente en la forma que en dicha disposición se establece”<sup>52</sup>.

### 3. Limitaciones y prohibición. Competencia del legislador

Para culminar estas reflexiones, que buscan perfilar la libertad de enseñanza, ciertamente y no obstante la extensión y caracteres explicados, no es un derecho absoluto<sup>53</sup>, pues la misma Carta Fundamental ha establecido, en el artículo 19 N° 11º inciso 2º, *las limitaciones* que pueden imponerse a su ejercicio, consistentes nada más que en *la moral, el respeto de las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional*; y, en el inciso 3º del mismo numeral, aparece *la única prohibición* que pesa sobre los establecimientos de enseñanza, siempre que se encuentren reconocidos oficialmente, cual es que no pueden orientarse a propagar tendencia político-partidista alguna.

Esta regla es clara en relación con la autonomía, pues ella tiene que ejercerse —lo dice también el artículo 1º inciso 3º de la Constitución— *adecuadamente*, o sea, apropiadamente y de acuerdo a las normas que la regulan, lo cual se concreta en el respeto a la Carta Fundamental y a la ley, de tal manera que el legislador puede ir delineando su contenido más preciso<sup>54</sup>, pero sin llegar a afectarla, desdibujarla o dejarla carente de contenido o sólo con un sentido aparente o formal, como consta de los antecedentes de la normativa analizada:

El señor Evans agrega que la indicación suya, como la del señor Ortúzar parten de la base de extender lo que hoy se entiende como libertad de enseñanza, y precisar en el texto constitucional, que los establecimientos privados podrán efectuar libremente sus promociones de curso en curso, pudiendo el Estado fijar sólo los requisitos mínimos de acceso de un nivel a otro. Es decir, *la intervención del Estado queda reducida al mínimo*:

<sup>52</sup> Considerando 17º. En apoyo de esa tesis, el Tribunal recuerda diversas disposiciones legales que han reconocido autonomía a las universidades y, en particular, a la Universidad de Chile, como los artículos 3º y 4º del DFL, N° 1, de 1981, del Ministerio de Educación, los artículos 4º y 5º del DFL, N° 153, de 1981, del Ministerio de Educación, y el artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza.

<sup>53</sup> CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS (1999). *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*. Valdivia: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, p. 87.

<sup>54</sup> Considerandos 11º y 16º de la sentencia pronunciada el 17 de noviembre de 2011, Rol N° 1.892.

Requisitos mínimos de promoción de la enseñanza básica a la enseñanza media y requisitos mínimos de egreso de la enseñanza media. Hasta aquí la intervención del Estado. En lo demás, tanto en la indicación del señor Presidente como en la suya, y entiende que en esta materia el señor Silva Bascuñán no discrepa, el criterio de la comisión –y que cree que es necesario para el país– es *otorgar a los establecimientos privados la más amplia libertad de enseñanza*. Ellos tendrán desde luego, autonomía administrativa, tendrán plena autonomía docente: podrán elegir su personal, seleccionar sus textos, promover los alumnos con validez de un curso a otro, sin sujetarse más que a estos requisitos mínimos de acceso de un nivel a otros<sup>55</sup>.

En consecuencia, el espíritu de la Carta Fundamental quedó así, efectiva y realmente plasmado en el texto y contexto del Código Político, pues este determina, con claridad y hasta precisión, los límites singularizados de la libertad de enseñanza de manera que la ley está impedida de configurar nuevas restricciones, lo que es materia de reserva constitucional, y ve comprimida su competencia a detallar, precisar y complementar, con intensidad y profundidad suficientes, los únicos límites predeterminados en la Carta Fundamental, de tal manera que –para decirlo derechosamente– no diviso cómo justificar en aquellos valores constitucionales reglas tales como la prohibición de ejercer la libertad a través de entidades con fin de lucro, en el sentido propio y exacto del término; o impedir mecanismos de selección no discriminatorios; o, en fin, impedir el denominado copago u otras formas de contribución de los padres, apoderados y hasta de terceros<sup>56</sup> u otras formas análogas de limitar la libertad de enseñanza, la autonomía de los sostenedores y el derecho de los padres a tener, efectivamente, alternativas entre proyectos educativos diversos para elegir.

En suma, las limitaciones y la única prohibición al ejercicio de la libertad de enseñanza han sido dispuestas, con carácter taxativo, por la Constitución, sin que pueda el legislador y menos la Administración imponer otras distintas de aquellas, quedando la competencia legislativa comprimida a regular el ejercicio de ese derecho<sup>57</sup> y detallar aquellas restricciones, pero no está autorizado para crearlas, *ex nihilo*, ni extenderlas más allá de lo que resulta constitucionalmente admisible:

<sup>55</sup> *Actas* citadas en *supra* nota 20, sesión 139<sup>a</sup>, p. 16.

<sup>56</sup> Véase el proyecto de ley contenido en el *Boletín N° 9.366* que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.

<sup>57</sup> Considerando 8º de la sentencia pronunciada el 18 de octubre de 2004, Rol N° 423.

El señor Ovalle desea agregar, que quede constancia en la Constitución, de que *las limitaciones a la libertad de enseñanza fluyan directamente de la Constitución*, de modo que en caso de duda puedan los Tribunales apreciar, con la libertad que siempre los ha caracterizado en este país, si en el ejercicio de esa libertad se ha violado o no la moral, las buenas costumbres, el orden público o la seguridad del Estado, y *que no pueda, en cambio el legislador, so pretexto de proteger estos valores, establecer limitaciones que, en el fondo, coarten dicha libertad*<sup>58</sup>.

Por ende, “*(...) el derecho a organizar establecimientos de enseñanza no se halla entregado a lo que se disponga por la potestad legislativa discrecionalmente, sino que, por el contrario y como lo declaran, categórica y repetidamente los artículos 1º inciso cuarto, 5º inciso segundo, 6º y 7º de la Constitución, esa potestad es la que se encuentra al servicio del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, debiendo ser desempeñada en términos de respetarlos y promoverlos*”<sup>59</sup>.

Más precisamente enfocado el asunto de la competencia legislativa, tienen que advertirse dos ideas adicionales: por una parte, que los requisitos que puede establecer la ley son mínimos, sin perjuicio que el establecimiento de enseñanza pueda requerir otros de mayor envergadura; y, de otra, que las normas que permiten al Estado velar por el cumplimiento de aquellos requisitos deben ser objetivas y de alcance general, o sea, no sujetas a la discrecionalidad funcionaria y caracterizadas por el respeto del principio de igualdad, en conformidad a lo asegurado a todas las personas en el artículo 19º numerales 2º y 22º de la Constitución, de lo cual es menester colegir que “*(...) la Constitución no habilita al legislador para desempeñar su potestad cuando decida hacerlo, sino que sólo, como se lee en el artículo 19, N° 26º, cuando por mandato de la Constitución sea menester regular o complementar los derechos y garantías fundamentales, y en tal hipótesis debiendo el legislador, además, obrar sin afectar los derechos en su esencia*”<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> *Actas citadas en supra nota 20, sesión 223<sup>a</sup>, p. 17.*

<sup>59</sup> Considerandos 13º a 15º de la sentencia Rol N° 423.

<sup>60</sup> Considerando 14º de la sentencia Rol N° 423. En cierto sentido contrario, examínense los considerandos 27º a 30º de la sentencia pronunciada el 13 de mayo de 2009, Rol N° 1.361.

## IV. DEBERES DEL ESTADO

Por último, es menester referirse a los deberes que la Constitución ha impuesto al Estado, en los numerales 10º y 11º de su artículo 19, en cuanto a otorgar especial protección al derecho preferente de que son titulares los padres para educar a sus hijos; promover la educación parvularia; financiar un sistema gratuito de educación básica y media obligatorias; fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica y la creación artística; y proteger e incrementar el patrimonio cultural de la Nación.

### 1. Reflexión general

Naturalmente y como ya se dijo, según lo ha destacado el Tribunal Constitucional, los deberes impuestos al Estado deben desenvolverse respetando aquel que recae sobre la comunidad, contemplado en el artículo 19 N° 10º inciso final, en orden a contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación, quedando así confirmada la plena aplicación y vigencia del principio de subsidiariedad en esta materia.

En otras palabras que expresan la misma idea: el rol prioritario en relación con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza corresponde siempre a los particulares y sólo subsidiariamente, conforme al artículo 1º inciso 3º de la Constitución, puede intervenir el Estado. Ello, sin perjuicio de los deberes que a este le ha impuesto, específicamente la Carta Fundamental, de manera que el Estado tiene la obligación de respetar este doble derecho, en el sentido de que, al entrar a actuar en el campo educacional, lo hace con un carácter subsidiario y complementario, no sólo del derecho prioritario de los padres de familia a educar a sus hijos, sino, además, del derecho de los particulares a abrir establecimientos de enseñanza, a ser sujetos activos de la tarea educacional<sup>61</sup> y del deber de la comunidad de ser parte también de dicho proceso.

<sup>61</sup> *Actas* citadas en *supra* nota 20, sesión 143<sup>a</sup>, p. 5.

## 2. Características del financiamiento

Particularmente, en torno de uno de esos deberes —el de financiamiento— el Tribunal Constitucional ha señalado que la contribución económica que aporta el Estado implica el *cumplimiento de una obligación estatal y no una decisión discrecionalmente adoptada* por este, es decir, “(...) otorgar la subvención no es una decisión de cumplimiento discrecional ni entregada a la magnanimitad del Estado. Por el contrario, trátase de una obligación ineludible, cuya justificación radica en la importancia excepcional que tienen la educación y la enseñanza en el desarrollo libre de la personalidad y de la sociedad en general. Colígese de lo expuesto que pagar la subvención no es únicamente satisfacer una obligación primordial, sino que, ante la imposibilidad del Estado de cumplirla por sí solo, requiere compartir la con los establecimientos de enseñanza privados que acceden al beneficio referido”<sup>62</sup>.

Sin embargo, tiene que ser reiterado que *el deber estatal, en orden a financiar*, sea el sistema gratuito de enseñanza básica y media o contribuir en los demás niveles educativos, *no* puede conducir a *invertir el principio de subsidiariedad*, desde luego, porque comprenderlo así contravendría lo preceptuado en el artículo 1º inciso 3º de la Constitución, ya que no cabe establecer excepciones a las *Bases de la Institucionalidad*, ni aun efectuando una interpretación exagerada de los deberes del Estado en el numeral 11º, pues se trata de un *precepto que no se encuentra contenido en el Capítulo I* de la Carta Fundamental o cuya configuración (del financiamiento) se produce a nivel simplemente legal.

Antes y al contrario, en *materia de libertad de enseñanza*, incluso en los niveles básico y medio, *también rige el principio de subsidiariedad*, correspondiéndole el *rol prioritario a los particulares* y sólo con rasgo complementario al Estado, sin que ello se altere por el deber de este en orden a contribuir al financiamiento del sistema y dentro del Estado, con secuela subsidiaria también para los órganos centrales.

De lo expuesto deriva que, para que el Estado cumpla con el deber de otorgar especial protección al derecho de los padres de educar a sus hijos y para que estos puedan ejercerlo cabalmente, es menester *que la contribución económica* que aporta el Estado *se oriente a la demanda y no a la oferta*.

<sup>62</sup> Considerando 19º de la sentencia Rol N° 410.

Efectivamente, *el respeto de la igualdad de oportunidades así como del derecho preferente y deber de los padres para elegir aquel establecimiento donde educar a sus hijos, requiere que la contribución estatal, cuando ella resulte necesaria, sea entregada a los padres o, en su caso, al educando o a quien sea su tutor, de manera que sean aquellos o estos los que seleccionen el establecimiento de enseñanza, cumpliéndose así la libertad de elección* que reconoce la Carta Fundamental y que constituye un derecho que integra la esencia de la libertad referida.

De lo contrario, *esta libertad queda cercenada o, al menos, severamente condicionada* en su ejercicio a los designios del Estado o del establecimiento beneficiado con el aporte económico público ni justifica que los particulares eludan también el cumplimiento de deberes y no se amparen en la libertad de enseñanza para incurrir en abusos pues, como ha reconocido el Tribunal, “la obligación impuesta por la Constitución al Estado, demostrada en el considerando precedente, ha sido honrosamente cumplida a lo largo de nuestra trayectoria republicana. Ello, sin embargo, *no exime a los particulares de asumir, en virtud del principio de solidaridad* presente en la Carta Fundamental, *su deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la enseñanza*, en todos sus niveles, de acuerdo a lo que manda el artículo 1º inciso cuarto y artículo 19 Nº 10 inciso final de ella”<sup>63</sup>.

Siguiéndose, en fin, la metodología expuesta, esto es, subsidiándose la demanda y no la oferta de enseñanza, se respeta mejor la libertad de que son titulares los establecimientos que la imparten y su autonomía constitucional de frente a injerencias indebidas del Estado o de terceros, los cuales son, en tal sentido, ajenos a ellos.

Por ello, aun reconociendo *el esfuerzo* desplegado por el Tribunal Constitucional en el Rol N° 410, *para hacer coherente la autonomía* de los establecimientos de enseñanza, por una parte, *con la subvención* a la oferta proporcionada por el Estado, de otra, y, adicionalmente, *con las obligaciones* que derivan de *dicha subvención*, las cuales pueden imponerse, precisamente a raíz de ella, resulta incontrarrestable que aquella interpretación *a fortiori* resulta *superada cuando el aporte se entrega a los padres o tutores o al educando, en su caso*. Así, son estos quienes realmente eligen, *respetándose el derecho* que la Constitución les asegura y *desapareciendo la contradicción ínsita* en el diseño actual.

<sup>63</sup> Considerando 22º de la sentencia Rol N° 410.

## V. CONCLUSIONES

Es indiscutible el sentido y alcance de la libertad de enseñanza —estrechamente vinculada con el derecho a la educación— tanto respecto de sus titulares cuanto a que integra su núcleo irreductible no sólo el derecho de abrir, organizar y mantener esos establecimientos, sino también el de los padres a escoger aquel que deseen para sus hijos.

Así, la libertad de enseñanza es aplicación, en ese ámbito, de la autonomía que, con carácter de Base de la Institucionalidad, se asegura a todos los grupos intermedios en el artículo 1º inciso 3º de la Carta Fundamental, debiendo regir aquí, entonces, el principio de subsidiariedad tanto respecto de las personas en relación al Estado cuanto al interior de este.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Aldunate Lizana, Eduardo (2008). *Derechos Fundamentales*. Santiago: Ed. Legal Publishing.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2004). *El principio de libertad en el sistema educativo*. Lima: Universidad de Piura.
- Cea Egaña, José Luis (1999). *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*. Valdivia: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.
- Correa Sutil, Sofía (1985). “Las universidades chilenas antes de la Reforma: un esquema histórico”. *Universidades Chilenas: Historia, Reforma e Intervención*. Santiago: Ediciones Sur, pp. 15-61.
- Fernández González, Miguel Ángel (1999). “Autonomía de los grupos intermedios y determinación de sus propios fines específicos”. *XXX Jornadas de Derecho Público*. Valparaíso: Facultad de Derecho Universidad de Valparaíso, pp. 77-100.
- Fernández González, Miguel Ángel (2004). “Libertad de enseñanza”. *El Mercurio* de Santiago, 15 de septiembre, Cuerpo A, p. 2.
- Fernández González, Miguel Ángel (2006). *La libertad de enseñanza ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago: Universidad de los Andes.
- Fernández González, Miguel Ángel (2007). *Recurso de Protección y Derechos Sociales*. Derecho Mayor. Año VI, N° 6, Temuco, Facultad de Derecho de la Universidad Mayor, pp. 7-23.

Fernández González, Miguel Ángel (2010). “Compatibilidad entre el pacto de derechos económicos, sociales y culturales y el ordenamiento jurídico interno en relación con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza”. En Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*. Santiago: Librotecnia, pp. 369-388.

Garretón M., Manuel Antonio (1985). “La Reforma Universitaria: 1967-1973: un análisis sociológico”. *Universidades Chilenas: Historia, Reforma e Intervención*. Santiago: Ediciones Sur, pp. 61-100,

Gazmuri, Cristián (2012). *Historia de Chile 1891-1994*. Santiago: Instituto de Historia Pontificia Universidad Católica de Chile y RIL editores.

González Rivas, Juan José (2003). *La Constitución Española de 1978: estudio sistemático y jurisprudencial*. Madrid: Ed. Civitas.

Morales, Mario Mauricio (2004). *El ejercicio de la libertad de enseñanza en la jurisprudencia sobre recursos de protección (1999-2003)*. Santiago: Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Católica de Chile.

Núñez, Manuel Antonio (2007). *Las universidades estatales y la construcción unitaria del principio de autonomía universitaria: Ensayo de una crítica a la jurisprudencia constitucional chilena*. Estudios Constitucionales, año 5, N° 2, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 223-249.

Prieto Bafalluy, Alfredo (2011), prologando *El aporte de las universidades privadas al país*. Santiago: Libertad y Desarrollo.

## **NORMAS CITADAS:**

Artículo 23 del Decreto Ley N° 3500, publicado en el Diario Oficial el 13 de noviembre de 1980.

Artículo 15 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1°, de 1980, que fija normas sobre Universidades, publicado en el Diario Oficial el 3 de enero de 1981.

Artículo 5° del Decreto con Fuerza de Ley N° 24, de 1981, que fija normas sobre Centros de Formación Técnica, publicado en el Diario Oficial el 16 de abril de 1981.

Artículo 40 de la Ley General de Bancos, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1997, publicado en el Diario Oficial el 19 de diciembre de 1997.

Artículo 34 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, publicado en el Diario Oficial el 21 de febrero de 2006, en relación con los artículos 70 y 71 de la Ley N° 20370.

Artículo 46 letra a) de la Ley N° 20370, publicado en el Diario Oficial el 12 de septiembre de 2009, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 2009, Ministerio de Educación, publicado en el Diario Oficial el 2 de julio de 2010.

Ley N° 20418, la cual fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, publicada en el Diario Oficial el 28 de enero de 2010.

### **JURISPRUDENCIA CITADA:**

Sentencia, Rol N° 1361, 13 de mayo de 2009.

Sentencia, Rol N° 1363, 28 de julio del 2009.

Sentencia, Rol N° 1892, 17 de noviembre de 2011.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 43418-2012, 23 de enero de 2013, confirmada por la Corte Suprema, Rol N° 3116-2013, 22 de mayo de 2013.



## **LIBERTAD DE OPINIÓN E INFORMACIÓN: ALGUNOS TÓPICOS INTERESANTES EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA**

## **FREEDOM OF SPEECH AND INFORMATION: SOME INTERESTING TOPICS IN CHILEAN JURISPRUDENCE**

**IGNACIO COVARRUBIAS CUEVAS<sup>1</sup>**

**Resumen:** la presente colaboración persigue destacar, a partir de ciertos hitos jurisprudenciales, algunos criterios no habitualmente subrayados con ocasión del tratamiento de este derecho fundamental.

**Palabras clave:** libertad de opinión y de información. Jurisprudencia en Chile.

**Summary:** this article (collaboration) seeks to point out from certain jurisprudential landmarks, some non traditional criteriums underlined when dealing with this fundamental right.

**Key words:** freedom of speech and information. Jurisprudence in Chile.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho, Universidad de los Andes; Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile; Licenciado en Derecho, Universidad Finis Terrae; profesor de Derecho constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. El presente artículo es una versión modificada de un trabajo previo, titulado “Libertad de información y derecho a la vida privada: la perspectiva jurisprudencial chilena”, en Rodríguez Pardo, Julián (2008) (coord.), *Derecho de la Información. Una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*. Madrid: Editorial Dykinson-Universidad de Extremadura, pp. 119-149.

## I. INTRODUCCIÓN

Teniendo en consideración la libertad que brinda el amplio paraguas temático de este derecho, y atendida la naturaleza colectiva de la obra en la cual este artículo forma parte, hemos querido destacar algunos aportes en el desarrollo jurisprudencial de la libertad de expresión en Chile, tarea aunque preferentemente descriptiva, no excluye la posibilidad de aportar algunas notas valorativas en relación a algunos tópicos vinculados al ejercicio de esta libertad. La discrecionalidad en la elección de estos temas no obedece sino al propósito de ilustrar —con ocasión de alguna jurisprudencia nacional— algunos criterios no coincidentes, en general, con aquellos actualmente en boga y que han sido en ocasiones sustentados por parte de la doctrina como por la jurisprudencia judicial comparada.

No hay una pretensión de desarrollar un trabajo omnicomprensivo, ni mucho menos exhaustivo, de los títulos que se abordarán. Sólo pretende entregar un panorama general y sintético acerca de algunos de los temas más frecuentemente abordados por el Derecho Constitucional y el Derecho a la Información, con indicación de los casos jurisprudenciales más difundidos sobre diversos temas de esta disciplina, aunque con un somero análisis de uno de los tópicos que, a juicio del autor, resultan más relevantes.

## II. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMPLEMENTARIAS AL DERECHO DE EMITIR OPINIÓN E INFORMACIÓN

Existen una serie de normas contenidas en la disposición constitucional de artículo 19 N°12, que no obstante exceder con mucho lo estrictamente referido al contenido mismo del derecho de libertad de emitir opinión e información, podrían de todos modos ser admitidas como garantías complementarias al derecho en cuestión. Por ejemplo, un modo de favorecer la pluralidad de medios existentes en el mercado para ejercer la libertad de expresión está contenida en dos disposiciones que establecen una prohibición al Estado para erigirse en comunicador social monopólico<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Constitución Política de la República, artículo 19 N° 12, inciso 2: “la ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social”.

Vinculado a ello, otro inciso de la misma norma dispone el derecho de fundar empresas informativas de diarios, revistas y periódicos<sup>3</sup>. ¿Cómo se explica que la Carta Fundamental haya reconocido un derecho de esta naturaleza en circunstancias que el mismo texto constitucional consagra la libertad económica y de asociación? Se entiende debido a que este derecho a fundar empresas informativas no se hace extensible a los medios de televisión, aspecto este que mereció el tratamiento particular en otro inciso de la misma norma constitucional.

En efecto, el inciso quinto dispone: “El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión en conformidad a la ley”, norma que precisó que sólo “podrán ser titulares de una concesión de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción (...) las personas jurídicas de derecho público o privado, constituidas en Chile y con domicilio en el país”<sup>4</sup>. En virtud de ello, la disposición contenida en la denominada Ley de Prensa que reconoce el derecho de toda persona para “fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social”<sup>5</sup>, debe entenderse incorporada con las limitaciones ya indicadas —en una ley anterior, pero especial— respecto de los medios de televisión. Por otra parte, la Constitución abre la posibilidad —en lo tocante a la televisión— para que operadores particulares ingresen en la operación de estaciones de televisión, ámbito, hasta la vigencia de la normativa constitucional anterior, sólo restringido al Estado y a ciertas universidades.

Sólo resta mencionar otros tres incisos de la norma constitucional del artículo 19 Nº 12 que no dicen relación con el contenido del derecho de libre opinión e información. El inciso 6º crea un Consejo Nacional de Televisión, cuyas atribuciones y funciones quedan entregadas a la dictación de una ley. El inciso 7º dispone que la “ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”. Por último, la más importante, reconoce lo que la doctrina denomina como derecho de declaración o rectificación respecto a quienes han sido ofendidos o injustamente aludidos por algún medio de comunicación, en cuyo caso

<sup>3</sup> Ibídem, artículo 19 Nº 12, inciso 4: “Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley”.

<sup>4</sup> Ley Nº 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, artículo 18, inciso 1.

<sup>5</sup> Ley Nº 19.733, Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, artículo 1, inciso 2.

tienen derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida”<sup>6</sup>.

### III. LA LIBERTAD DE EMITIR OPINIÓN Y DE INFORMAR

La norma constitucional del artículo 19 Nº 12, inciso 1, asegura a todas las personas “La libertad de emitir opinión y de informar; sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

#### 1. *“La libertad de emitir opinión y de informar”*

Los antecedentes de la aprobación de esta norma en una de las comisiones redactoras de la Constitución<sup>7</sup>, exhiben que para la elaboración de la misma se tuvo en vista el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948<sup>8</sup>.

Esta disposición constitucional, en lo sustantivo, recoge la distinción conceptual que existe entre opinión e información. Esta distinción supone que los contenidos del pensamiento, exteriorizados a través del lenguaje, son igualmente diversos. En cuanto a la libertad de emitir opinión, se recogió la definición que ya había sido adoptada por el profesor José Luis Cea, quien la concibió como la más amplia de las libertades intelectuales, consistente en la “facultad que tiene toda persona de exteriorizar, por cualquier medio y sin coacción, lo que piensa o cree”<sup>9</sup>, esto es, de emitir juicios (subjetivos) acerca de algo<sup>10</sup>. La opinión supone dar un punto de

<sup>6</sup> La regulación de este derecho está contenido en el Título IV *Del Derecho de Aclaración y de Rectificación*, de la Ley Nº 19.733.

<sup>7</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 227.

<sup>8</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 19: “*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones y el de buscar, recibir y difundir, sin consideración de fronteras, las informaciones y las ideas por cualquier medio de expresión*”.

<sup>9</sup> Cea Egaña, José Luis (1976). *La libertad de opinión y el derecho a la información*. Santiago: mimeo, segunda edición, p. 1.

<sup>10</sup> Humberto Nogueira Alcalá, en similar sentido, define la libertad de opinión como la facultad de que disponen las personas para expresar por cualquier medio, sin censura previa, su

vista acerca de algo que resulta dudoso, de tópicos respecto de los cuales no puede predicarse su carácter axiomático o irrefutables<sup>11</sup>. De ahí la diferencia entre quien emite una opinión y el que dictamina con certeza<sup>12</sup>.

El hombre junto con ser alguien pensante —en cuya virtud se le reconocen determinados derechos que tutelan las facultades del intelecto<sup>13</sup>— tiene vocación para comunicar sus pensamientos y opiniones. Las ventajas de este derecho a exteriorizar lo que de otro modo permanece en el fuero interno resultan evidentes<sup>14</sup>, aunque poco o nada se dice respecto de sus peligros, toda vez que existe, asimismo, el derecho a no ser lesionado injustamente por causa del contenido de nuestras expresiones, por lo que no todo lo que se dice constituye siempre, por el solo hecho de estar contenido a través del lenguaje, una libertad protegida por la libertad de expresión. El ejercicio legítimo de un derecho no puede consistir en la lesión de otro derecho.

La libertad de informar, por el contrario, consiste en sostener la existencia de hechos o acontecimientos, con independencia de la opinión o parecer que se tenga de tales sucesos. De ahí que sea exigible un mayor grado de veracidad (objetividad) en la entrega de información que en la emisión de una opinión. Como ha dicho el Tribunal Supremo Norteamericano, “no hay opiniones falsas o verdaderas”<sup>15</sup>.

universo moral, cognoscitivo y simbólico: lo que creen, piensan, saben o sienten, a través de ideas y juicios de valor, los que son por su naturaleza, de carácter subjetivo, pudiendo además difundir e intercambiar dichas ideas y debatirlas con otras personas. Nogueira Alcalá, Humberto (2002). *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites*. Santiago: Lexis Nexis, p. 18.

<sup>11</sup> Barry, Brian (1965). *Political Argument*. London: Routledge & Kegan Paul, pp. 141-145.

<sup>12</sup> La opinión puede ser errada o acertada, liviana o profunda, agradable o desagradable, informada o errónea, pero nunca lesiva de otro derecho en su esencia. Al poseer una dimensión en buen grado subjetiva, no puede quedar sometida a una prueba o examen de veracidad, puesto que no puede haber opiniones verdaderas o falsas. Tal exigencia de veracidad sólo es exigible respecto de apreciaciones o descripciones sobre hechos.

<sup>13</sup> Las libertades de conciencia, de educación y de intimidad constituyen ejemplos claros de derechos que nutren o pueden, potencialmente, formar el intelecto, con un fin predeterminado.

<sup>14</sup> Aristóteles, *Política*, I, 1253, afirmaba que “la palabra existe para manifestar lo conveniente y lo dañino, así como lo justo y lo injusto”, para diferenciarla de la voz. Las ventajas fueron evidenciadas por Stuart Mill, quien manifestó a contrario sensu que el “daño peculiar de acallar la expresión de una opinión consiste en despajar a la raza humana, tanto a las generaciones futuras como a la existente, y más aún a los que no participan de esa opinión que a los que la aceptan”, en Mill, John Stuart (1991). *Sobre la libertad*. México: Gérnika, p. 31.

<sup>15</sup> Gertz V. Robert Welch, 418 U.S. 323,339-340 (1974).

Aunque la norma constitucional no contiene de modo explícito la obligación de entregar informaciones veraces, se ha entendido implícitamente que la exigencia de veracidad en la información no supone la entrega de verdades irrefutables por parte de las empresas informativas sino que el grado de diligencia en la realización de su actividad. El profesional de la información debe en tal sentido efectuar una razonable comprobación de la información, chequearla y corroborarla con fuentes diversas a las que se haya accedido al momento de redactar columnas, reportear notas informativas o entregar artículos de opinión respecto de la información entregada<sup>16</sup>.

Pero, ¿la libertad de informar de la prensa tiene como contrapartida el derecho a exigir la entrega de la misma? Sin perjuicio de que la denominada Ley de Prensa consagra en su artículo 1º que el ejercicio de la libertad de emitir opinión y la de informar incluye “buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio”, no existe *strictu sensu* un derecho a recibir información en el sentido de gozar de una facultad para (a) imponer a los medios de comunicación social la obligación de informar sobre los temas que nos interesan o que estimamos de relevancia pública, ni para (b) suponer la existencia de un derecho —genérico— a conocer información pública.

Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo, al ejercer el control de constitucionalidad de la Ley de Prensa, que si bien el derecho a recibir información “se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales”<sup>17</sup>, al mismo tiempo afirmó que aunque no objetaba la constitucionalidad de la norma de la Ley de Prensa que consagraba un “derecho a recibir información” lo hacía “solamente en el entendido que el derecho establecido en el proyecto de ley para que las personas reciban información, se refiere a que, proporcionadas por los medios de comunicación, nace el derecho. Ello no significa en ningún caso que se pueda obligar a una persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Anguita Ramírez, Pedro (2005). *El derecho a la información en Chile: análisis de la Ley 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (Ley de Prensa)*. Santiago: Lexis Nexis, p. 25.

<sup>17</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 226, 30 de octubre de 1995, c. 19.

<sup>18</sup> Ibídem, c. 21.

Lo que sí se ha reconocido en virtud del principio constitucional a la publicidad de los órganos del Estado es el derecho a la información<sup>19</sup> como facultad para exigir la entrega de “los fundamentos y los procedimientos” sobre “los actos y resoluciones de los órganos del Estado”, salvo “cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”<sup>20</sup>. La Constitución previó, asimismo, que sólo una ley de quórum calificado establecería la reserva o secreto de las citadas actuaciones públicas.

Así, y dado que la Carta Fundamental estableció que las causales de reserva o secreto a la publicidad serían contempladas en una ley de quórum calificado es que se dictó la Ley de Acceso a la Información (“Ley de Transparencia”), que reconoció expresamente el “derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado” como asimismo “las excepciones a la publicidad de la información”<sup>21</sup>. Una de las excepciones establecidas fueron las “causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información”<sup>22</sup>. La causal relativa a los derechos señala que la denegación tendrá lugar “[c]uando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”<sup>23</sup>.

Otras normas del aludido cuerpo legal confirman la exclusión de los derechos de las personas del alcance del acceso a la información. El artículo 5º —norma que aplica tanto a la “Transparencia Activa” como al “derecho de acceso a la información” (Transparencia Pasiva)— afirma que “[e]n virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación,

<sup>19</sup> El Tribunal Constitucional ha dicho que el derecho de acceso a la información está implícitamente reconocido en el contenido de la libertad de opinión y de información. Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 1990-11, c. 25, jurisprudencia que se ha ido confirmado en otros fallos, tales como el Rol 2153-11.

<sup>20</sup> Constitución Política de la República, artículo 8, inciso 2.

<sup>21</sup> Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, artículo 1 inciso 1º: “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 (...) y las excepciones a la publicidad de la información”.

<sup>22</sup> Ley N° 20.285, artículo 21.

<sup>23</sup> Ley N° 20.285, artículo 21 N° 2.

son públicos, *salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado*”. En sentido análogo se pronuncia el inciso segundo de la misma disposición legal<sup>24</sup>.

Similar limitación a la publicidad prescribe el artículo 10º, cuyo inciso primero reconoce a toda persona el “derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley”. El inciso segundo especifica el ámbito de aplicación del derecho de acceso, haciendo salvedad respecto de “las excepciones legales”<sup>25</sup>, dentro de las cuales la referida ley prevé “los derechos de las personas” en general y, en particular, la esfera de su vida privada.

En lo referido al estricto ámbito del derecho de acceso, el análisis del contexto de esta ley lleva a la misma conclusión que se ha observado desde la aislada observación de su texto en cuanto a que —bajo el marco de la Constitución— la Ley de Transparencia parece haber situado al derecho a la intimidad fuera de la órbita de alcance del acceso público, al concebir a los derechos de las personas en general y a la intimidad en especial, como excepciones tanto al principio de publicidad de los órganos del Estado y al derecho de acceso a la información de los actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos adoptados por la Administración del Estado.

En la hipótesis que algún dato de la vida privada sea parte de un *acto, resolución o del fundamento* de estos, el caso habrá de resolverse prudencialmente de conformidad con el principio de divisibilidad establecido por la Ley de Transparencia, “conforme al cual si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda”<sup>26</sup>, considerando además que dicho texto legal encomendó al Consejo para la Transparencia la función de “[v]elar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado”<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Ley N° 20.285 de 2008, artículo 5 inciso 2º: “es pública (...) toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

<sup>25</sup> Ley N° 20.285 de 2008, artículo 10 inciso 2º: “El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

<sup>26</sup> Ley N° 20.285 de 2008, artículo 11 letra e).

<sup>27</sup> Ley N° 20.285 de 2008, artículo 33 letra j). La letra m) añade: “[v]elar por el adecuado cumplimiento de la ley (...) de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la

En cuanto a una supuesta facultad genérica a conocer asuntos que el receptor estime de relevancia pública, hay derechos, como el relativo a la intimidad (vida privada), cuyo reconocimiento supone entender que hay aspectos de la realidad de las personas que quedan al margen del derecho a la información.

Si el derecho a la información no supone la exigencia a una persona natural (periodista) o jurídica (empresa informativa) de entregar determinadas informaciones, ¿presenta alguna operatividad práctica un eventual derecho a exigir la recepción de aquella información que ya ha sido entregada por los medios? Por cierto, un derecho de tal naturaleza debería garantizar que la información que ha sido difundida por los medios de comunicación llegue, sin interferencias, a los destinatarios de la misma, sea a través de la materialidad de periódico en el caso de la prensa escrita, sea mediante la recepción de las ondas emitidas a través del espectro radio eléctrico. Por ejemplo, un televidente que sufriera interferencias imputables a una señal de radio F. M. que le impidiera ver los programas emitidos a través de su aparato tendría acción para hacer valer su derecho a recibir, sin interferencias, las informaciones ya difundidas por la televisión. Esto sucedió en la vida real en el caso denominado “Radio Lanco F. M.”, aunque se resolvió por la vía del derecho de propiedad, como derecho de goce de transmisiones televisivas<sup>28</sup>.

Hay otros dos interesantes casos que recogen la noción de que no cabe hablar de un derecho a la información en cuanto facultad de exigirla a terceros. En 1984, dos dirigentes de un partido político chileno interpusieron una acción de protección contra Televisión Nacional de Chile, fundado en una solicitud previa para que tal estación televisiva cubriera una manifestación pública convocada por el entonces conglomerado opositor —la Alianza Democrática— al gobierno autoritario. Atendido que el canal recurrido denegara dicha solicitud, los recurrentes estimaron que dicho canal de televisión había vulnerado el derecho fundamental de los recurrentes a la Igualdad ante la Ley (artículo 19 n° 2), y a la libertad de información (artículo 19, n° 12).

*Administración del Estado”*

<sup>28</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, “Pellet Pardo, Juana y otros con Radio Lanco F.M.”, 29 de noviembre de 1993, confirmada por la Corte Suprema el 15 de diciembre de 1993, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 91, n° 2, 2<sup>a</sup> parte, secc. 5<sup>a</sup>, pp. 80-86.

La Corte de Apelaciones desestimó el recurso en base al derecho de propiedad de los medios de comunicación. Sostuvo que “*no parece que el rechazo formulado por el canal de televisión a esta solicitud pueda constituir una perturbación o amenaza a la garantía constitucional en comento, ya que de aceptarse esta tesis se llegaría a consecuencias impredecibles, como es de que cualquier empresa propietaria de algún medio de comunicación pudiera ser obligada a difundir opiniones, fuese ello a título gratuito o aun a título oneroso, lo que, de ser aceptado, perturbaría el derecho de propiedad de aquella empresa*”<sup>29</sup>.

La sentencia agregaba: “*No puede pretenderse que la libertad de emitir opinión o de informar signifique el derecho o la facultad para exigirlo compulsivamente a un medio de difusión o de comunicación; facultad que sólo en casos excepcionales y en virtud de textos legales expresos se encuentra reglada y autorizada*”<sup>30</sup>. Uno de estos casos excepcionales a que alude la sentencia era la entonces vigente Ley de Abusos de Publicidad, que contemplaba el derecho de las personas que habían sido injustamente aludidas por un medio de comunicación a rectificar la información erróneamente publicada en el mismo medio que incurrió en el error.

Hace algunos años (2004), en el caso llamado “*Spots del Sida*”, la Corporación de la Universidad Católica Televisión, junto a otros canales, Megavisión y Universidad Católica de Valparaíso, se negaron a difundir spots publicitarios creados por el Ministerio de Salud con el propósito de informar sobre los medios de prevención de contagio del SIDA universalmente aceptados. Los recurrentes afirmaban que la decisión de los medios de no transmitir tal publicidad privaba, perturbaba y amenazaba “*a los ciudadanos de la igualdad ante la ley, del derecho a la información*”<sup>31</sup>, entre otros derechos, y solicitaban que se obligara a los canales a transmitir la referida información. Los medios de televisión fundamentaron su negativa en que dicha campaña no se conformaba con los valores y principios editoriales que los inspiraban, dos de los cuales decidieron difundir gratuitamente spots informativos sobre el mismo asunto, pero conforme a los valores de su línea editorial y durante el mismo período en el que se transmitió la publicidad del gobierno.

<sup>29</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, “Hamilton Depassier, Juan y otros con Corporación de Televisión Nacional de Chile”, 3 de enero de 1984, confirmada por la Corte Suprema, 13 de marzo 1984, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 81. n° 1, secc. 5<sup>a</sup>, pp. 71-73.

<sup>30</sup> Ibídem, c. 6<sup>º</sup>.

<sup>31</sup> Corte Suprema, “Corporación de Promoción y Defensa del Pueblo; con Corporación de la Universidad Católica de Chile; Universidad Católica de Valparaíso; Megavisión S.A.”, 24 de mayo de 2004, c. 1<sup>º</sup>.

La Corte rechazó el recurso sobre la base de que (a) “*en el país existe para los canales de televisión libertad programática, a raíz de lo cual los canales de televisión abierta son libres de transmitir los contenidos que estimen convenientes, respetando la normativa vigente y (...)*” (b) “*que en la contratación de la publicidad por parte de los canales de televisión impera el principio de la autonomía de voluntad, de modo que los canales no tienen ningún deber legal de transmitir los spots publicitarios requeridos por la autoridad administrativa o los particulares*”<sup>32</sup>. Agregó el tribunal que (c) la negativa en transmitir los spots tampoco “*constituyen restricciones en la circulación libre de las ideas y opiniones y la imposición arbitraria de información, puesto que en la especie las recurridas se ha limitado a ejercer su derecho a aceptar o rechazar los spots publicitarios ofrecidos como contenido a contratar por el emisor*”<sup>33</sup>.

Otro caso relevante sobre libertad de información tuvo lugar ante la justicia constitucional especializada en 1988, al recurrirse ante el Tribunal Constitucional para que ejerciera el control de constitucionalidad de una norma que imponía a todos los canales de televisión la obligación de mantener una señal abierta para exhibir gratuitamente propaganda política en momentos en que se discutía el proyecto de ley que modificaba las disposiciones relativas a la propaganda electoral contenidas en la Ley n° 18.700. El Tribunal Constitucional resolvió que:

“(...) las limitaciones que se establecen para los canales de televisión de libre recepción ni se circunscriben sólo a la propaganda electoral, esto es a la acción dirigida a inducir a los electores a emitir su voto por candidatos o a apoyar alguna de las proposiciones sometidas a plebiscito ya que así define el concepto propaganda la ley 18.700. Que precisado lo anterior, el problema consiste en resolver si estas obligaciones y limitaciones que el proyecto impone a los canales de televisión de libre recepción sólo en aquellas oportunidades en que se realicen procesos electorales y plebiscitarios y con el exclusivo propósito de contribuir a conseguir la plena igualdad de todas las personas en la participación en los procesos señalados, infringen la preceptiva constitucional, ya sea por crear una discriminación arbitraria en su contra, por conculcar su libertad de información, o en fin, por vulnerar el derecho de propiedad sobre sus bienes”<sup>34</sup>.

Agregaba la sentencia que “*un análisis de las normas constitucionales y legales que han regido el derecho a operar canales de televisión en Chile demuestra, con claridad, que nuestro ordenamiento jurídico ha sido extremadamente exigente y cauteloso en*

<sup>32</sup> Ibídem, c. 8º.

<sup>33</sup> Ibídem, c. 11º.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 569, de agosto de 1988, c. 6º y 7º.

*la regulación de este medio de comunicación social, restringiendo la titularidad del derecho sólo a determinadas instituciones, por una parte, y dejando testimonio, por la otra, que en el cumplimiento de sus funciones deberán estar siempre presentes, de manera muy especial, los intereses generales de la colectividad*<sup>35</sup>. Añade que “*por lo dicho anteriormente, se deriva una conclusión: los canales de televisión cumplen una verdadera función de utilidad pública y como lo dice el artículo 1 de la Ley nº 17.377, como medio de difusión han de servir para comunicar e integrar al país*”<sup>36</sup>.

La sentencia, en definitiva, estimó constitucional el proyecto de ley, habida consideración de (a) la función de utilidad pública que cumplen los canales de televisión, lo que en gran medida justifica la carga de ceder la señal por la circunstancia de (b) gozar los medios de televisión del privilegio de “monopolizar” la información televisiva.

¿Cómo es posible justificar en este caso un deber jurídico por parte de los medios de informar a la población en circunstancias que hemos sostenido la improcedencia de un derecho a la información? Creemos que de la aceptación de una hipótesis no se sigue la adopción de la otra. Se trata de dos asuntos diversos. Estimamos que la carga que pesa en este caso sobre los medios televisivos no se traduce en una imposición de transmitir, entre muchas, sólo una perspectiva respecto de un asunto de relevancia pública —como es el caso de los “Spots del sida”—, sino que una pluralidad de mensajes políticos que buscan tener representación parlamentaria o gubernamental.

Al ser obligados a ceder por un espacio de tiempo la señal de que gozan, los medios televisivos ven limitados su derecho de propiedad antes que su libertad de informar. Esta se ve lesionada cuando se impone un mensaje oficial o unilateral, que la línea editorial del medio puede no compartir, objeción que no resulta posible al imponer la ley la difusión de una información que, por su naturaleza, no puede calificarse de oficial ni unilateral. Sí cabe hablar de una limitación al derecho de usar y gozar de la señal de televisión de que disponen, asunto más discutible atendido el carácter de bien nacional de uso público de tal señal televisiva.

Otro aspecto interesante es que en ocasiones la frontera entre la opinión y la información es de difícil determinación, pues en los hechos la información suele contener opinión y la opinión suele contener alguna base

<sup>35</sup> Ibídem, c. 8º.

<sup>36</sup> Ibídem, c. 10º.

de información. “*La mera presentación de una estadística o encuesta, información si se quiere, puede constituir una opinión en tanto selección a divulgar y discurso articulado hacia un juicio subjetivo no explicitado*”<sup>37</sup>.

## 2. “*(...) Sin censura previa*”

Una de las cualidades que hace que la libertad de expresión sea verdaderamente libre es la prohibición de censura previa en la difusión de lo que se quiere comunicar. El Convenio Europeo de Derecho Humanos da algunas luces para entender lo que tal prohibición significa, a saber, la “*libertad de (...) comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas*”<sup>38</sup> previo a la exteriorización de las mismas. Este impedimento de control previo a la difusión de las comunicaciones es lo que habilita la posibilidad de hacer efectivas las responsabilidades a posteriori. Dicho de otro modo: la razonabilidad del sistema de irresponsabilidad ex ante descansa en gran medida en la posibilidad de hacer efectivas las responsabilidades ex post.

Lo que la prohibición de censura previa admite, por otra parte, es la posibilidad de que una persona resulte lesionada en ciertos derechos por el abuso de la libertad de expresión de otro. La idea subyacente aquí es que resulta preferible el abuso de la libertad que los efectos derivados de la carencia de ella. Creemos en la validez general de esta proposición, aunque estimamos que el tenor categórico de la misma debe ser matizado con el principio de que los daños serios e irreparables deben ser prevenidos siempre por el Estado.

<sup>37</sup> Bronfman, Martínez y Núñez (2012). *Constitución Política Comentada, Parte Dogmática*. Santiago: Abeledo Perrot, p. 267. En la nota al pie 257, se cita un fallo que exhibe que una opinión puede ser también información: “*Así lo señala una sentencia de la Corte Suprema de 15 de febrero de 2000, que resuelve un recurso de queja interpuesto por el Ministro Servando Jordán López, en contra de la sentencia dictada por la sexta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago: ‘Que en orden a resolver el dilema antes planteado, debe tenerse presente que un artículo claramente informativo es aquel que da hechos acaecidos y susceptibles de ser posteriormente objetivamente corroborados, como sucede, por ejemplo, si se relata la forma en que se produjo un accidente de tránsito. Por su parte, un artículo claramente de opinión son las editoriales de los diarios. Entre ambos extremos, esto es, entre la descripción de hechos y la emisión de juicios valóricos u opiniones subjetivas, se extiende una zona dudosa que exige matices más finos. La pregunta central es si, en caso de alguien emita públicamente una opinión injuriosa en contra de otro, el reproducir esa opinión es un acto informativo u opinante. En opinión de esta Corte, tal reproducción de las opiniones vertidas por un tercero es, claramente, un acto de información, en donde el hecho informado son, precisamente, las expresiones vertidas por ese tercero. En tal sentido, una reproducción de esas opiniones es informar y no opinar (considerando 14)’*”.

<sup>38</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), artículo 10.

No podría ser de otro modo: si la opción constitucional por el sistema de responsabilidades ulteriores descansa precisamente en excluir las preventivas con tal de hacer efectivas las posteriores, sería contrario a la lógica de tal diseño admitir la posibilidad de generar lesiones que —aunque siempre podrán ser reparables por equivalencia— resulten a la postre difícilmente reparables in natura atendida la fragilidad del derecho vulnerado<sup>39</sup>.

En aquellos casos en que la única modalidad reparatoria del daño a un derecho fundamental de la personalidad es la indemnizatoria, no queda sino admitir la vía preventiva para impedir la afectación en su esencia del derecho fundamental vulnerado. De ahí que pensemos que la libertad de expresión no puede implicar la imposibilidad, de una vez y para siempre, en prevenir las lesiones irreparables de su ejercicio abusivo.

La prohibición de censura previa no supondría entonces una prohibición a la autoridad judicial para prevenir la realización de daños irreparables a los derechos fundamentales de otros, tales como la protección a los menores o adolescentes de ciertas expresiones nocivas para su formación, como lo reconoce el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)<sup>40</sup>, declaraciones de derechos que autorizan la censura previa para los espectáculos públicos, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. Igualmente, creemos que el Estado está obligado a resguardar aquellos aspectos del bien común que inevitablemente limitan el ejercicio de algunos derechos con el fin de asegurar un marco necesario para disfrutar de los mismos derechos en su conjunto, toda vez que un aspecto esencial del bien común está constituido por la efectividad de los derechos humanos<sup>41</sup>.

No parece consistente con un Estado Democrático de Derecho excluir *a priori* la intervención judicial en la tutela de los derechos fundamentales en los casos de daño inminente a ciertos derechos cuya vulneración implicaría dejarlos desprotegidos respecto del acto concreto que se objeta. Si bien

<sup>39</sup> Hay casos de ciertos derechos que no admiten ningún grado de afectación sin la “muerte” del mismo derecho lesionado. El ejemplo más evidente es el derecho a la vida.

<sup>40</sup> Convención Americana de Derechos Humanos (1969), artículo 13.4: “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”.

<sup>41</sup> Finnis, John (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, pp. 215-218.

esta proposición podría dar pie a que en casos determinados se pudieran dictar resoluciones injustas, por ejemplo, prohibir al escritor o cineasta la difusión de su obra, por el otro lado, una interpretación aislada de la prohibición de censura previa y que se hiciese extensiva a los tribunales de justicia dejaría a la judicatura en la imposibilidad de proteger los derechos de otras personas, tan valiosos como los del escritor o cineasta<sup>42</sup>. Abrigamos serias dudas sobre la existencia de una injusticia en la censura previa de una información cuando esta es, al mismo tiempo, injusta con los derechos de los demás<sup>43</sup>.

Un buen ejemplo del rol tutelar de los derechos y preventivo de daños en materia judicial es el caso *Impunidad Diplomática*, en que un periodista escribió un libro en el que denuncia las actividades desarrolladas por el entonces embajador de la Nación Argentina en Chile y las causas de su salida del cargo, las que atribuye, entre otras, a las conductas viciosas del mismo. Uno de los afectados interpone una acción de protección ante los tribunales de justicia, con el fin de impedir la internación del libro ya publicado en Argentina, los que en ambas instancias resuelven prohibir la internación del mismo, fundado en que el contenido de aquel lesionaba la vida privada y vulneraba la honra de las personas individualizadas. El autor del libro se oponía a tal medida cautelar reclamando el carácter absoluto de la libertad de expresión, lo que a su juicio, convertía en ilegítima cualquier medida judicial preventiva.

La Corte Suprema resolvió que reconocer la existencia de un sistema de responsabilidades ulteriores no excluye la adopción de medidas judiciales preventivas de un daño que, en caso de llegar a consumarse, sería irreparable. En efecto, la sentencia afirma que “*la circunstancia de contener el ordenamiento jurídico medios encaminados a sancionar la vulneración de derechos garantizados y reparar los daños que se causen por ello, no es óbice para que se interponga y acoja esta acción tutelar de rango constitucional*”, y añade que ello se justifica toda vez que “*la procedencia de la acción de la protección ante la sola amenaza, se afirma al considerar que los valores en cuestión son por su naturaleza de tal índole que el solo inicio de su vulneración genera daños imposibles de reparar en términos equivalentes*

<sup>42</sup> García-Huidobro, Joaquín; Martínez Estay, José Ignacio, y Núñez, Manuel Antonio (1997). *Lecciones de derechos humanos*. Edeval, p. 181.

<sup>43</sup> Ibídem, p. 184.

*al bien que significa su respeto para quien los posee y requiere conservarlos íntegros e inviolados”<sup>44</sup>.*

Otro emblemático caso tuvo lugar con ocasión de la película *La última tentación de Cristo*<sup>45</sup>, filme cuya internación y exhibición fue prohibido por resolución judicial incoada en virtud de una acción de protección interpuesta por un grupo de abogados que sostuvieron, fundamentalmente, la amenaza y vulneración del derecho a la honra en la persona de Jesucristo y de sus seguidores, los cristianos, al retratarlo “*un tanto histérico, y, sobre todo, patético, (...) mentiroso, un cobarde, que su Dios es el temor, y que si no mata, no roba, no es porque teme hacerlo (...) su personalidad insegura, dominada por Judas, su pobre expresión oral y su sensiblería sólo permiten dar una imagen absurda y rebajada del ser*” que para muchos significa. El fallo describe que otras escenas muestran a Jesucristo teniendo una relación sexual con María Magdalena y teniendo descendencia tanto con María como con Marta<sup>46</sup>.

Aunque con argumentos distintos a los que fundan la sentencia<sup>47</sup>, comparto el resultado de la misma, esto es, la censura previa a su exhibición por estimar grave e irreparable el daño que de su difusión se seguiría para la imagen y honra tanto de Jesucristo como de sus seguidores. Para muchos la veneración y respeto que se tiene hacia Jesucristo<sup>48</sup> sólo resulta comparable con la que tienen los hijos respecto de sus padres, toda vez que no puede ponerse en duda que para muchos cristianos existe una filiación divina

<sup>44</sup> Corte Suprema, “*Andrónico Luksic Craig y otros con Editorial Planeta S.A.*”, 15 de junio de 1993, rol nº 21.053, c. 2º y 4º, respectivamente.

<sup>45</sup> Corte Suprema, “*Sergio García Valdés y otros con Consejo de Calificación Cinematográfica*”, 17 de junio de 1997, rol nº 519-1997.

<sup>46</sup> Ibídem, c. 7º.

<sup>47</sup> El fallo sostiene que “*el problema se plantea en si es posible, en aras de la libertad de expresión, deshacer las creencias serias de una gran cantidad de hombres*”. Disentimos de este argumento, toda vez que la cuestión central no estriba en si (a) se deshacen o no las creencias de otros o (b) si los afectados son una mayoría o minoría. Las creencias o religiones pueden legítimamente ser contravenidas y los personajes históricos cuestionados. El punto reside en si es legítimo valerse del empleo de la ficción para enlodar la reputación de las personas cuyas creencias religiosas resultan indubitadas. Distinto sería el caso de una investigación histórica que afirmara ciertos vicios –hasta entonces desconocidos- de un personaje histórico o héroe nacional. No sostenemos la ilegitimidad de la novela o ficción, sino su falta de aptitud para lesionar la reputación de terceros. Si se trata de una investigación académica seria y documentada que pretende dar a conocer la vida de un personaje histórico, la lesión resulta en casos justificada por la veracidad o verosimilitud del relato.

<sup>48</sup> Argumento que parcialmente recoge el fallo al reconocer que la figura de Cristo o Jesucristo, como es de público y notorio conocimiento, es venerada por la mayor parte de la población del país, ibid., c. 8º.

de Jesucristo y Marta respecto de sus hijos espirituales, realidad que no por ser inmaterial, tiene que ser ignorada. ¿Quién aceptaría como lícita la publicación de una novela que —so pretexto de ser ficticia— exhibiera a nuestros padres en un retrato degradante?

Si el anterior resulta un argumento insuficiente para algunos, creemos que lo central estriba en lo siguiente: existe un cierto acuerdo en que la libertad de expresión no admite la entrega de información, a sabiendas, falseada. Estaría, por tanto, legitimada la divulgación de errores o inexactitudes en que se haya incurrido empleando algún grado de diligencia. Si esto es así, estimamos que la mayor dificultad para determinar en qué medida puede ser legítima la difusión de un obra que contenga información a la vez verdadera y ficticia está en ponderar el grado de ficción contenido en conjunción con los elementos verdaderos, pues, en ocasiones, es probable que la deformación del personaje real-ficticio sea de tal envergadura que el resultado final sea una deformación de la realidad asimilable a la falsedad intencionada.

Si no es posible lesionar la honra de una persona con informaciones falsas, tampoco creemos que es lícito hacerlo cuando se trata de lograr el mismo resultado respecto de la misma u otra persona con información que, aunque ficticia, resulte abiertamente deformada respecto de alguien. Y tratándose de una obra de teatro o novela en que el cuadro final es el descrito, la falta de malicia resulta difícilmente argumentable en el contexto de un trabajo que, por su naturaleza, no puede sino ser concebido con tiempo. Se trata de impedir que bajo el ropaje de una novela u obra artística se esconda el propósito de enlodar la vida de una persona, mezclando realidad y ficción de modo tal que el manejo ficticio implique a la postre un falseamiento, por ejemplo, de la realidad histórica<sup>49</sup>.

Como ya lo adelantáramos, el punto reside en si es legítimo valerse del empleo de la ficción para enlodar la reputación de las personas cuyas creencias religiosas resultan tan sensibles como indubitadas. Distinto sería el caso de una investigación histórica que afirmara ciertos vicios —hasta

<sup>49</sup> Corte Suprema, “Undurraga Abbot, Claudio con Universidad de Chile y otros”, 16 de julio de 2003, rol. n° 1961, caso que falla el recurso de protección interpuesto contra una obra de teatro cuyo protagonista principal es un héroe naval nacional, Arturo Prat. El fallo afirma que “la presentación de la figura de Prat en la forma en que lo muestra la autora, constituye un claro esfuerzo denostatorio de la persona del héroe, con lo que se ha pretendido deshonrar a su familia y por qué no decirlo, aunque sea ajeno al objetivo del recurso, herir el sentimiento patrio”, c. 4.

entonces desconocidos— de un personaje histórico o héroe nacional. No sostenemos la ilegitimidad de la novela o ficción, sino su falta de aptitud para lesionar la reputación de terceros. Si se trata de una investigación académica seria y documentada que pretende dar a conocer la vida de un personaje histórico, la lesión resulta en ocasiones justificada por la veracidad o verosimilitud del relato.

Por último, y aunque el fallo no desarrolla adecuadamente este punto, se encuentra el derecho a no ser discriminado por causa de la raza, color, condición social. Muy pocos defenderían el derecho a la libre creación artística de una película que ridiculizara a una persona por su color, raza o condición social. No diviso de qué modo ello resultara legítimo tratándose de la religión en circunstancias que el derecho a no ser discriminado se extiende a no ser agraviado por las creencias religiosas que se profesan. Resulta insuficiente argumentar que si alguien considera que una película es ofensiva para sus creencias, lo que debe hacer es abstenerse de verla. Como alguien ha dicho: “*si coloco en la puerta de mi casa un cartel afirmando que ‘el budismo es una estupidez’, no es suficiente excusarme diciendo ‘si usted no quiere, no lo lea’, o ‘discierna usted si está o no de acuerdo conmigo’; se trata de una ofensa objetiva, que pulveriza el derecho del budista a no ser ridiculizado, vejado o insultado*”<sup>50</sup>.

### 3. “(…) En cualquier forma y por cualquier medio”

Las formas en virtud de las cuales se pueden ejercer las libertades de opinión y de información podrían perfectamente omitirse por estar contenida en la primera parte de la oración de este derecho. Se refiere a las modalidades externas, determinadas por quien lo manifiesta, que puede revestir la opinión o información, ya sea a través de un ensayo, novela, poesía, una crítica, una imagen, un dibujo, un símbolo, una caricatura, una editorial, una imagen audiovisual o filme, entre otras.

Los medios por los que se pueden ejercer estas libertades se refieren al soporte que adopta la opinión o la información, esto es, el sustrato material por las cuales se transmiten, manifestación que puede darse a través de la prensa escrita, la televisión, la radio, internet, películas de cine, cintas

<sup>50</sup> Madrid, Raúl, “El Estado no puede elegir por los individuos”, en *Consideraciones sobre una película*, Diario El Mercurio, cuerpo E, Artes y Letras, domingo 24 de noviembre de 1996, p. 19.

de video, discos compactos, teléfonos móviles o cualquier aparato que cuente con la aptitud necesaria para difundir opiniones u informaciones que existan en la actualidad y los que a futuro se inventen. Aun cuando la Constitución de 1980 se refiere a la prensa, radio y televisión, dejó abierta la posibilidad de contemplar otros medios que no menciona.

Será el emisor quien elegirá la forma y el medio de dar a conocer la opinión o información suya o de otros. Primero determinará la forma, si es por medio de palabras escritas o en forma oral, si consistirán en imágenes, en colores, símbolos, sonidos, su extensión, si será serio u humorístico, irónico, entre otras. Determinada la modalidad o forma, definirá el medio para dar a conocer su información u opinión, que podrá ser oralmente en una reunión pública, emitido en un programa de televisión, de radio o publicado en la prensa escrita<sup>51</sup>.

#### **4. “(...)*Sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades en conformidad a la ley, que deberá ser de quórum calificado*”**

Lo que contempla la norma constitucional ya citada es un sistema de responsabilidades ulteriores, denominado equívocamente por alguna doctrina y jurisprudencia como sistema represivo. Significa que la responsabilidad en el ejercicio de las libertades de opinión e información se genera a partir del momento de la publicación o difusión de las mismas, concepto que armoniza con la prohibición de la censura previa administrativa. Esto sin perjuicio de la posibilidad de que los tribunales decreten medidas judiciales preventivas (medidas cautelares) con el fin de prevenir la ejecución de un ilícito constitucional o de impedir la repetición del mismo.

Lo anterior importa que no puede configurarse un delito cometido a través de un medio de comunicación, si la opinión o información no ha sido publicada o exhibida. El sentido de la norma al respecto es categórico. La salvedad resulta entonces plenamente compatible en caso que la justicia, previa interposición de una acción de protección, determine la existencia de una amenaza seria de vulneración a un derecho fundamental, pues, en tal evento, (a) la interposición de tal acción cautelar de naturaleza

<sup>51</sup> Anguita, op. cit., p. 59.

constitucional no irroga responsabilidad alguna —sanción penal o civil al afectado con tales medidas—, no produciéndose el efecto indeseable que la norma constitucional pretende expulsar del ordenamiento jurídico<sup>52</sup> (la restricción previa con efectos sancionatorios), y (b) una medida judicial cautelar resulta no sólo plenamente justificada, sino que indispensable, toda vez que cualquier medida a posteriori resultaría —aunque susceptible de reparación por equivalencia— insuficiente por el carácter grave y particular del daño inminente, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de la revelación pública de hechos íntimos cuya difusión no esté justificada por concurrir un interés público.

Un criterio similar al señalado fue el aplicado por la jurisprudencia al fallar el recurso de protección que se pronunció en el caso denominado “Impunidad Diplomática”. La Corte Suprema sostuvo que “*la circunstancia de contener el ordenamiento jurídico medios encaminados a sancionar la vulneración de los derechos garantizados y reparar los daños que se causan por ello, no es óbice para que se interponga y acoja esta acción tutelar de rango constitucional*”. A mayor abundamiento agregó que “*la procedencia de la protección ante la sola amenaza, se afirma al considerar que los valores en cuestión son por su naturaleza de tal índole que el solo inicio de su vulneración genera daños imposibles de reparar en términos equivalentes al bien que significa su respeto para quien los posee y requiere conservarlos íntegros e inviolados*”<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Si lo que se pretende es no imponer responsabilidades civiles o penales preventivas, no se divisa de qué modo tal impedimento sea extensible a la responsabilidad preventiva constitucional, cuyo objetivo no es sancionatorio -corporal, ni reparatorio- pecuniario, sino simplemente “restablecer el imperio del derecho”, evitando la consumación del ilícito constitucional o su reiteración. La configuración del ilícito vulnerador de la vida privada, no exige, en sede constitucional, la exigencia verificadora que es propia, por ejemplo, de un ilícito penal.

<sup>53</sup> Corte Suprema, “*Andrónico Luksic Craigy otros con Editorial Planeta S.A.*”, 15 de junio de 1993, rol nº 21.053, c. 2º y 4º, respectivamente.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Anguita Ramírez, Pedro (2005). *El derecho a la información en Chile: análisis de la Ley 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (Ley de Prensa)*. Santiago: Lexis Nexis.
- Aristóteles (1993). *Política*. Barcelona: Altaya.
- Barry, Brian (1965). *Political Argument*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Bronfman, Alan; Martínez, José Ignacio y Núñez, Manuel (2012). *Constitución Política Comentada, Parte Dogmática*. Santiago: Abeledo Perrot.
- Cea Egaña, José Luis (1976). *La libertad de opinión y el derecho a la información*. Santiago: mimeo, segunda edición.
- Constitución Política de la República.
- Convención Americana de Derechos Humanos. 1969.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. 1950.
- Covarrubias Cuevas, Ignacio (2008). “Libertad de información y derecho a la vida privada: la perspectiva jurisprudencial chilena”. En Julián Rodríguez Pardo (coord.), *Derecho de la Información. Una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*. Madrid: Editorial Dykinson-Universidad de Extremadura.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948.
- Finnis, John (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- García-Huidobro, Joaquín; Martínez Estay, José Ignacio, y Núñez, Manuel Antonio (1997). *Lecciones de derechos humanos*. Edeval.
- Madrid, Raúl, “El Estado no puede elegir por los individuos”, en *Consideraciones sobre una película*, Diario El Mercurio, cuerpo E, Artes y Letras, domingo 24 de noviembre de 1996, p. 19.
- Mill, John Stuart (1991). *Sobre la libertad*. México: Gérnikia.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2002). *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites*. Santiago: Lexis Nexis.

## NORMAS CITADAS:

- Ley N° 18. 838, que crea el Consejo Nacional de Televisión.
- Ley N° 19.733, Sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.
- Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, del 2008.

## JURISPRUDENCIA CITADA:

*Hamilton Depassier, Juan y otros con Corporación de Televisión Nacional de Chile (1984):* Corte Suprema, 13 de marzo de 1984, Revista de Derecho y jurisprudencia, T. 81, n° 1, secc. 5<sup>a</sup>, pp. 71-73.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 569, de agosto de 1988.

*Andrónico Luksic Craig y otros con Editorial Planeta S.A. (1993):* Corte Suprema, 15 de junio de 1993, Rol N° 21.053.

*Pellet Pardo, Juana y otros con Radio Lanco F.M. (1993):* Corte Suprema, 15 de diciembre de 1993, Revista de Derecho y jurisprudencia, T. 91, n° 2, 2<sup>a</sup> parte, secc. 5<sup>a</sup>, pp. 80-86.

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 226, 30 de octubre de 1995.

*Sergio García Valdés y otros con Consejo de Calificación Cinematográfica (1997):* Corte Suprema, 17 de junio de 1997, Rol N° 519-1997.

*Undurraga Abbot, Claudio con Universidad de Chile y otros (2003):* Corte Suprema, 16 de julio de 2003, Rol N° 1961.

*Corporación de Promoción y Defensa del Pueblo; con Corporación de la Universidad Católica de Chile; Universidad Católica de Valparaíso; Megavisión S.A. (2004):* Corte Suprema, 24 de mayo de 2004.

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 1990-11.

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153-11.

## **LIBERTAD DE TRABAJO Y LIBERTAD SINDICAL EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA**

## **LABOUR FREEDOM AND UNION FREEDOM IN THE CHILEAN CONSTITUTION**

**WILLIAM THAYER ARTEAGA**

**Resumen:** en el presente artículo, se analiza la evolución legislativa y constitucional de la libertad de trabajo y la libertad sindical.

**Palabras clave:** libertad de trabajo. Libertad sindical. Legislación. Doctrina. Evolución constitucional.

**Summary:** this article analyzes the legislative and constitutional evolution of labour and union freedoms.

**Key words:** labour freedom. Union freedom. Legislation. Doctrine. Constitutional evolution.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Dimensión histórica de las libertades de trabajo y asociación

La Constitución Política vigente<sup>1</sup> consagra en su extenso artículo 19, veintiséis garantías fundamentales que se aseguran a todas las “personas”. Dicho precepto encabeza el Capítulo III titulado “De los derechos y deberes constitucionales” y de los veintiséis numerales que comprende, dos nos interesan particularmente: los números 16, sobre *libertad de trabajo*, y 19, sobre *libertad sindical*. Más adelante los comentaremos, pero para aquilarar su dimensión histórica, conviene recordar cuándo y cómo se gestaron y modificaron.

### 2. Génesis de los dos preceptos

El reconocimiento del Derecho del Trabajo en la Constitución chilena es casi coetáneo al nacimiento del moderno Derecho Internacional del Trabajo. En América Latina, parece haber sido la Constitución Mejicana de 1917 la primera en contemplar ciertas *garantías laborales específicas*, anticipándose un par de años —¡y qué años esos!— al Tratado de Versalles, que en su famosa Parte XIII dio nacimiento a la OIT. Con ella nació el moderno Derecho Internacional del Trabajo. La Constitución de Weimer, en ese mismo año 1919, siguió la huella y sucesivamente muchos Estados imitaron su ejemplo. En los treinta años siguientes, se pueden mencionar por orden de antigüedad, después de México, Chile, Perú, Uruguay, Colombia, Honduras, Venezuela, Bolivia, Nicaragua, El Salvador, Cuba, Guatemala, Ecuador, Argentina, etcétera.

¿Cuánto influye en el acontecer de un pueblo el que su Carta Fundamental contemple ciertas garantías básicas de carácter laboral? Pensamos que la entraña del asunto debiera plantearse así: ¿es la Constitución la que impone el comportamiento de un pueblo, o son las necesidades y el sentir de un pueblo los que llevan a consagrar ciertos principios en textos constitucionales? Junto a ello, interesa precisar otra compleja cuestión esencial: ¿Cómo debe ordenarse esa correlación entre la realidad histórica y la norma que la rige y cómo se ha dado en la evolución concreta de un pueblo? El profesor Silva Bascuñán

<sup>1</sup> D.S. 100, D.O. de 22.09.2005, texto refundido, coordinado y sistematizado. Edit. Jurídica de Chile.

se hace cargo de la misma cuestión cuando expresa<sup>2</sup>: “*106. Resulta adecuado y pertinente, después de esta revisión del curso de la institucionalidad chilena ajustado a la Constitución de 1925, formular algunas observaciones vinculadas, por una parte, a los avances experimentados por la sociedad nacional que pudieran atribuirse a méritos de su preceptiva o, por lo menos, no perturbados por esta, y, por otra, a las deficiencias exhibidas por el régimen gubernativo trazado por ella, por cuya causa pudiera explicarse en algún grado la generación de la crisis institucional de 1973*”.

Desde luego, parecería difícil desconocer una influencia recíproca entre la necesidad histórica y la norma que la rige. Pero aproximarse a un diagnóstico certero sobre la relación causa-efecto y el peso de una y otra influencia en cada caso concreto, es aventurado y necesario, al mismo tiempo.

### **3. El lenguaje escrito**

La experiencia histórica enseña que los pueblos carentes de un lenguaje escrito, no han prevalecido en la paz, aun cuando su valentía y estrategia los muestre como triunfadores en la guerra. Por eso, un buen texto constitucional es una oportunidad para vivir mejor, si el espíritu ciudadano, el sentido moral y el uso leal y atinado de las opciones que se ofrecen son capaces de hacer carne y vida en la historia de un pueblo, lo que en un comienzo sólo es intención, concepto y norma jurídica que buscan implementarse.

Veamos, ahora, cómo parecen haberse sucedido los hechos y las normas referentes a la libertad de trabajo y libertad sindical en nuestra evolución constitucional republicana.

<sup>2</sup> Silva Bascuñán, Alejandro (1997). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica, 2<sup>a</sup> edición, T.III, p.146.

## **II. PRIMER TEXTO CONSTITUCIONAL QUE CONSAGRA EXPLÍCITAMENTE GARANTÍAS PROPIAS DEL DERECHO LABORAL. SE CONTIENE EN EL ART. 10, N° 14, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA APROBADA EN EL PLEBISCITO DE 30 DE AGOSTO DE 1925**

La norma es sobria, concisa y se refiere conjuntamente a los más amplios objetivos de la política social: *trabajo*, previsión, salubridad, habitación, propiedad familiar. En relación con *el trabajo*, específicamente se consagra *la libertad para dedicarse a todo trabajo que no ofenda a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o al interés nacional que una ley declare expresamente comprometido*. Este trabajo no sólo debe ser permitido o libre, sino “protegido” y, en conjunto con los demás aspectos de la política económica y social, debe proporcionar a cada habitante “un mínimo de bienestar adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia”.

La norma escrita no consagra aún el derecho de asociación *sindical* en forma específica, pero en el N° 3º del mismo artículo se contempla en forma amplia y general “*el derecho de asociarse sin permiso previo y en conformidad a la Ley*”. Este derecho general de asociarse en conformidad a la ley no era aún reconocido en el texto primigenio de 1833, ecos, quizá, de la vieja Ley Le Chapelier de 1791. Entró a regir junto con las reformas de 13 de agosto de 1874, artículo 12, bajo Errázuriz Zañartu (1871-1876)<sup>3</sup>. Por su lado, los católicos sociales y socialistas unidos consiguieron en Francia restablecer los derechos de asociación sindical (ley Waldeck-Rousseau, 1884)<sup>4</sup>, en consonancia con preceptos similares que se extendieron por toda Europa, tendencia que reforzaron y universalizaron Rerum Novarum de León XIII (1891) y la OIT en 1919.

Entre tanto, en Chile, la Carta de 1925 dispuso textualmente:

“Art. 10: La Constitución asegura a todos los habitantes de la República”:

“Nº 5. El derecho de asociarse sin permiso previo y en conformidad a la ley”;

<sup>3</sup> V. Silva Bascuñán, Alejandro, op.cit., p.52.

<sup>4</sup> Thayer, William (1979). *Manual de Derecho del Trabajo*. T.I, p.51.

“Nº 14. La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización.

El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad”.

### **III. ORÍGENES DE LAS REFORMAS A LA CARTA DE 1833**

¿Qué había ocurrido en el país para que al reformarse la Constitución de 1833 de manera tan fundamental, se estimara conveniente la inclusión de una disposición como la referida?

Sin remontarse muy atrás, en un país que mantenía el reconocimiento de la religión católica como oficial del Estado y con una inmensa mayoría de católicos en todas las clases sociales, la Encíclica *Rerum Novarum* (1891) del Papa León XIII, debía alcanzar resonancia. Don Juan Enrique Concha inspiró en ella su tesis de licenciado en la recientemente fundada Universidad Católica; más tarde sirvió de base a un proyecto de Código del Trabajo de origen conservador<sup>5</sup>.

Entretanto, en el norte de Chile, extendido como consecuencia de la Guerra del Pacífico, se gestaba un poderoso proletariado minero, que progresivamente se agitaba por razones económicas, sociales, morales y políticas. Alessandri Palma, como candidato a senador primero y a presidente, después, hizo suyas esas inquietudes.

<sup>5</sup> “Cuestiones obreras”; 1899: Anuario. U.C. t. segundo, ps 186-267; Imprenta Cervantes; 1903.

Por otra parte, la Primera Guerra Mundial (1914-1918) alteró profundamente nuestro comercio exterior y nos obligó a un desarrollo industrial de emergencia, que fortaleció la importancia histórico-social de los problemas laborales. La Organización Internacional de Trabajo se transformó en una obligación jurídica para Chile, por cuanto adhirió a ella, según ley N° 3.557 de 9 de octubre de 1919, firmada por Juan Luis Sanfuentes, como Presidente, y Luis Barros Borgoño, como Canciller. La famosa “*Juventud del año 20*” reclamaba “Leyes Urgentes para el Pueblo”, como rezaba un folleto de uno de sus líderes, el periodista “CLARÍN” (Claudio Arteaga Infante). Don Arturo Alessandri, triunfante sobre Barros Borgoño en la epopeyica campaña de ese año, encomendó a don Moisés Poblete Troncoso la elaboración de un proyecto de Código del Trabajo, que este preparó en un plazo relativamente breve, precisamente ayudado por Arteaga y otros colaboradores. El proyecto fue al Congreso con su firma y la de su Ministro del Interior, don Pedro Aguirre Cerda. Pero el proyecto de código nunca pudo despacharse como tal. Su discusión se empantanó en las Comisiones, siendo uno de los temas clave la contraposición de conceptos entre el *sindicato profesional libre*, apoyado por los liberales, siguiendo la inspiración de la OIT, y los *sindicatos únicos de empresa, o sindicatos industriales*, que defendieron los conservadores.

Finalmente, el 5 de septiembre de 1924, estalló un movimiento militar, que forzó al Congreso a despachar, apresuradamente, el 8 de septiembre de 1924, una serie de leyes (4043 a 4059) que esencialmente constituían el primitivo proyecto de Código de 1921. El 11 de septiembre, los militares asumían la plenitud del poder, menos el poder judicial; hasta que el 23 de enero de 1925, otra Junta Militar —a instancias de Ibáñez y Grove— llamó nuevamente al poder a Alessandri. Este volvió en gloria y majestad, en medio de los aplausos y vítores de una muchedumbre sin precedentes. Pero apenas reasumió manifestó que era indispensable introducir sustanciales reformas a la Constitución de 1833, afirmando el presidencialismo que, en el correr del tiempo, había devenido en un parlamentarismo *sui géneris*, en el cual el Jefe de Estado carecía de facultades para disolver la Cámara política y llamar a nuevas elecciones.

Después de un tenso debate nacional sobre si debía convocarse a una constituyente para la elaboración del proyecto, o este debía provenir de una comisión de expertos, tras una decisiva intervención del general Navarrete, Inspector General del Ejército, se sometió a plebiscito el texto que contenía, entre muchas de sus novedades, el recién transcrita N° 14 del Art. 10. Con todo, el plebiscito fue tachado de inconstitucional; se alegó que las cédulas

eran transparentes, que su tenor no correspondía al sentir de la Nación, y un 55% del 7,4% de los chilenos llamados a pronunciarse, se abstuvo. Así, con poco menos de un 4% de la población y la opinión favorable del 43% de los inscritos<sup>6</sup>, se aprobó el nuevo texto constitucional que consagraba algunas líneas al amparo y desarrollo de políticas sociales, en general, y de la libertad y derechos del trabajador, en particular.

#### IV. “CÓDIGO” DE 1931

Bajo el manto protector e inspirador de la Constitución de 1925, con los textos que hemos mencionado, nació el 13 de mayo de 1931 como Texto de las Leyes del Trabajo (D.O. 28.05.1931), indebida, pero comúnmente llamado Código del Trabajo de 1931, que empezó a regir el 28 de noviembre del mismo año. Entre sus novedades respecto de las leyes de 1924, están sus disposiciones sobre trabajos agrícolas, “servicio doméstico”, a domicilio, marítimo, etcétera<sup>7</sup>.

#### V. PERÍODO 1925-1970

La espesa legislación social desenvuelta en Chile entre los años 1925 y 1970 —casi medio siglo no parece haber requerido de otra normativa constitucional, ni tampoco habría fundamentos serios para sostener que el texto citado de 1925 fue causa de algún tropiezo en nuestra evolución laboral. Nos inclinamos a pensar que, sencillamente, esa disposición concretó una inquietud social ya madura y sirvió de apoyo básico, muy general pero conducente, la evolución de la que nuestra generación ha sido testigo y protagonista.

5.1. Sólo el tremendo quiebre político que significó el triunfo electoral de Salvador Allende en septiembre de 1970 evidenció la conveniencia de desplegar con nitidez y precisión muchos valores que estaban implícitos en la escueta normativa de 1925. El riesgo de una institucionalidad totalitaria se hizo presente a quienes se consideraban forzados por una

<sup>6</sup> Silva Bascuñán, Alejandro, ob. cit., pp. 81-82.

<sup>7</sup> Walker Linares, Francisco (1957). *Nociones Elementales de Derecho del Trabajo*. Santiago: Nascimento, 5<sup>a</sup> ed., p.159.

serie de antecedentes históricos a apoyar en el Parlamento al candidato triunfante con la primera mayoría relativa (Allende). Fue así como se gestó el llamado “*Pacto de Garantías Constitucionales*” entre el senador Allende y el Partido Demócrata Cristiano, que introdujo importantes enmiendas al citado art. 10 de la Constitución de 1925. El conocido Nº 5, sobre derecho de asociación, se mantuvo inalterado. En cambio, el primitivo Nº 14 fue ampliado y se agregaron dos importantes números nuevos: el 16 y el 17. Conviene transcribirlos:

Art. 10: Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

Nº 14. La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de este; a una remuneración suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.

“El derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, y el derecho de huelga, todo ello en conformidad a la ley”.

“Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales, gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley”.

“Los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines.

“Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”;

Nº 16. “El derecho a la seguridad social.

“El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional”.

“La ley deberá cubrir, especialmente, los riesgos de pérdida, suspensión o disminución involuntaria de la capacidad de trabajo individual, muerte del jefe de familia o de cesantía involuntaria, así como el derecho a la atención médica, preventiva, curativa y de rehabilitación

en caso de accidente, enfermedad o maternidad y el derecho a prestaciones familiares a los jefes de hogares.

“El Estado mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores.

“Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud, y

Nº 17. “El derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional. El Estado deberá remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos, y garantizará y promoverá su acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley”.

“Las Juntas de Vecinos, Centros de Madres, Sindicatos, Cooperativas y demás organizaciones sociales mediante las cuales el pueblo participa en la solución de sus problemas y colabora en la gestión de los servicios del Estado y de las Municipalidades, serán personas jurídicas dotadas de independencia y libertad para el cumplimiento de las funciones que por la ley correspondan y para generar democráticamente sus organismos directivos y representantes, a través del voto libre y secreto de todos sus miembros”.

“En ningún caso esas instituciones podrán arrogarse el nombre o representación del pueblo, ni intentar ejercer poderes propios de las autoridades del Estado”.

Esta normativa que, en general, nos parece de gran alcurnia e inobjetable contenido *liberal* —en su exacto sentido— y *humanista*, presidió uno de los períodos más convulsionados y difíciles de nuestra historia y en el cual, en concepto de la Exma. Corte Suprema, del Parlamento y de la Contraloría General de la República, se vieron más amenazados o comprometidos los derechos que las referidas garantías deberían proteger.

5.2. ¿Podría sostenerse que ello evidencia la inutilidad e irrelevancia de los textos constitucionales? Porfíamos que no es así. Nos parece que la claridad y precisión de los textos que hemos transscrito sirvieron de apoyo importante a las luchas liberadoras que en todos los ámbitos institucionales se generaron para resistir la tentativa de su absorción por

un Estado socialista-marxista o de una consecuencial prolongación del régimen militar.

5.2.1. Tal vez el resumen más patético de esa situación lo contiene el acuerdo de la H. Cámara de Diputados, adoptado el 22 de agosto de 1973, y contenido en el oficio del día 23 a S.E. el Presidente de la República, que en el considerando 5 expresa: “*Que es un hecho que el actual Gobierno de la República, desde sus inicios, se ha ido empeñando en conquistar el poder total con el evidente propósito de someter todas las personas al más estricto control económico y político por parte del Estado y lograr, de este modo, la instauración de un sistema totalitario, absolutamente opuesto al sistema democrático representativo, que la Constitución establece...*

5.3. Volviendo a lo específicamente laboral, es importante retener que en la difícil década de los setenta, dos de las mayores conquistas laborales consagradas por la OIT, “los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines” y “*Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley*”, fueron sometidas a dura prueba. Conforme a nuestra idiosincrasia, todos proclamaban su irrestricto respeto a un sindicalismo autónomo, independiente de tutelas partidistas, pero, por ejemplo en las elecciones de dirigentes de la Central Única de Trabajadores, los candidatos sólo podían de ser presentados por los partidos políticos establecidos<sup>8</sup>.

## VI. PACTO DE GARANTÍAS

También interesa hacer constar que en las enmiendas introducidas en el “Pacto de Garantías” (ley 17.398, enero de 1971) aparece por primera vez el concepto de “participación”, tanto como un complemento de la “remuneración suficiente”, cuanto como un nuevo estatus social, que vence la alienación. Se reconoce así el “*derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional*”.

<sup>8</sup> Art.22, l Reglamento de Elecciones, de la CUT; 1972. V.Thayer y Novoa; Manual; T.1;5<sup>a</sup> ed.p.224.

## **VII. EL “PRONUNCIAMIENTO” O “GOLPE” MILITAR DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1973**

Concentró en la Junta de Gobierno los poderes Ejecutivo, Legislativo y Constituyente —no así el Poder Judicial—, configurando temporalmente un régimen de excepción, fundado primero en el estado de sitio y posteriormente en el de emergencia, cuyo examen no corresponde hacer aquí. Los derechos laborales se mantuvieron, en cuanto se referían a la organización de sindicatos y a las reuniones meramente informativas, pero fueron suspendidas las elecciones sindicales y las negociaciones colectivas por el D.L. 198. Diversos mecanismos cuidaron de los derechos económicos de los trabajadores mediante ingresos mínimos y reajustes equivalentes al alza de precios según el índice respectivo (IPC). Distintas comisiones prepararon un Anteproyecto de Código del Trabajo y un *Estatuto Social de la Empresa*, que se dieron a conocer el 1º de mayo de 1975, aunque nunca rigieron. Ambos fueron objeto de alabanzas y críticas, pero, en definitiva, el mundo laboral continuó semiparalizado en su quehacer colectivo por la legislación de emergencia, principalmente el citado D.L. 198. De esta manera, la normativa del Pacto de Garantías Constitucionales que fuera comprometido por la tendencia estatizante y politizante de los años 1970-1973, quedó suspendida en parte principal por la citada legislación de emergencia.

## **VIII. ACTAS CONSTITUCIONALES NÚMEROS 2 Y 3<sup>º</sup>. CON FECHA 13 DE SEPTIEMBRE DE 1976 SE PUBLICARON EN EL DIARIO OFICIAL**

Esta última derogó, sustituyó o modificó los artículos 10 a 20 de la Constitución de 1925, en los que se incluía precisamente el comentado “Pacto o Estatuto de Garantías”.

8.1 El Acta N° 2 contiene en su artículo 2º una disposición que debe recordarse, pues la recoge en parte principal el artículo 1º de la Carta vigente de 1980.

<sup>9</sup> El Acta Constitucional N°1, D.L.1.319 (D.O. 9.01.1976) no interesa a este estudio.

Art. 2º “El Estado debe promover el bien común, creando las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, alcanzar su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de la seguridad, libertad y dignidad del ser humano y de su derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

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

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

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

8.2. El Acta N° 3 es de particular importancia. Los textos pertinentes rezan como sigue:

Art. 1. “Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:

No 9. “El derecho de asociarse sin permiso previo.

Los N°s. 20 y 22 no los reproducimos aquí porque su contenido es prácticamente el mismo de los números 16 y 19 del actual artículo 19, que incluimos más adelante.

## **IX. EL D.L. 2.755 DE 5 DE JULIO DE 1979, Y EL “PLAN LABORAL”**

9.1. El D.L. 2755 es el primero de los comprendidos en el llamado *Plan Laboral*. Por eso, tuvo rango constitucional y rigió con breve retroactividad, desde el 29 de junio del mismo año. Modificó los números 20 y 22 del artículo 1º del Acta Constitucional N° 3 (D.L. 1552 D.O.13.09.1976), con el fin de eliminar del carácter de garantía constitucional a la organización sindical “en el orden de las actividades”, aclarar la situación de quienes tienen derecho a huelga, eliminar la exigencia de crear un nuevo organismo “autónomo” para el registro de las actas de constitución y los estatutos de los sindicatos. Además, enfatiza que estos no podrán intervenir en actividades partidistas ni perseguir fines de lucro.

9.2. El lapso que medió entre la vigencia del Acta Constitucional N° 3 de 1976 y la reforma dispuesta por el D.L. 2.755 no tiene relevancia especial para el derecho laboral en cuanto a libertad de trabajo y de asociación sindical, incluyendo el decreto ley 2.200 de 15 de junio de 1978, que reglamenta el contrato de trabajo y pone fin a las diferencias entre empleados y obreros para los efectos del derecho individual del trabajo y la legislación de transición hacia el *Plan Laboral* (decretos leyes 2.376, 2.544 y 2.545).

9.3. La legislación propiamente comprendida en el Plan Laboral, que impulsó el ministro del Trabajo José Piñera, se contiene principalmente —no exclusivamente— en los decretos leyes N°. 2.756 sobre Organización Sindical y N° 2.758 sobre Negociación Colectiva. El D.L. 2.757, modificado por el D.L. 3.163 de 5 de febrero de 1980, regula las organizaciones *empresariales*, que dejaron de ser sindicatos patronales, y el D.L. 2.759, aunque misceláneo, tuvo por objetivo principal adaptar a las exigencias de la normativa general contenida en los decretos leyes sobre organización sindical y negociación colectiva, ciertas situaciones especiales producidas en la Gran Minería del Cobre, en algunas empresas del Estado y en otros sectores que no es pertinente reseñar aquí.

## X. LA CUESTIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

10.1. Al momento de dictarse el Acta Constitucional N° 3 existía en el Gobierno un *debate no resuelto sobre la manera de solucionar los conflictos laborales y, más específicamente, sobre la procedencia general del arbitraje obligatorio o la aceptación de la huelga*, alternativa muy explicable, puesto que se transitaba de un gobierno transitorio de base militar a otro político, civil y permanente. De hecho, los incisos 8, 9 y 10 del texto primitivo del Acta No 3 no son claros y reflejan el debate pendiente suscitado en el seno de la Comisión que estudiaba el texto de dichas Actas.

La legislación del Plan Laboral optó claramente por aceptar la huelga, sometida a cierta reglamentación bastante original en Chile y bastante avanzada para aquellos años, ya que se concede a los huelguistas un fuero durante los primeros sesenta días de suspensión del trabajo. Los trabajadores consideraron, en cambio, como un retroceso el hecho de que el empleador pudiera continuar sus labores con personal suplente — si lo encontraba— durante ese lapso, y con personal definitivo pasado ese período. En Chile, de hecho, existía un grave vacío legal sobre los efectos de

la huelga legal y muchos pugnaban porque esta impidiera —sin distingos— el funcionamiento de la empresa, situación que sólo vino a reglar la Ley 16.625 de 1967 sobre sindicación agrícola.

Sin entrar en detalles ahora, podemos afirmar que las enmiendas al texto constitucional del Acta N° 3 (1976) tuvieron por objeto hacer más fluido el curso de la legislación del Plan Laboral (1979), principalmente las normas sobre organización sindical y negociación colectivas contenidas en los decretos leyes que hemos citado y sus modificaciones.

10.2. A nuestro juicio, entre los aportes de importancia histórica contenidos en el Acta N° 3 , se cuenta el inciso 3º del número 20 del artículo primero, que preceptuaba:

*“La ley establecerá mecanismos que contemplen formas de participación del trabajador en la comunidad humana de trabajo que constituye la empresa”.*

Este inciso es del más alto significado doctrinario, ya que por primera vez en nuestra evolución constitucional se afirmaba de manera indiscutible que el personal que trabaja en una empresa es elemento *integrante* de ella y su forma de integración es tal, que la empresa constituye una *comunidad humana de trabajo*.

10.3. Puede decirse que la historia social del mundo desde el siglo XIX discute si el hombre trabajador, que es contratado para una actividad productiva o de servicios en una empresa: a) se *enajena a ella* ; b) se *incorpora en ella*; c) *vende o arrienda su fuerza laboral* al precio de mercado, o d) *asocia de alguna manera con su esfuerzo personal a una tarea común*. En otras palabras: si los trabajadores son parte de la *comunidad empresarial* y como tales se integran a ella, o *son contrapartes* de una sociedad de capitales y como tales, contratan, negocian, pugnan o disputan con ella, como lo pueden hacer clientes, proveedores, competidores, cualquier tercero o el Estado.

10.4. Muchos libros se han escrito sobre esta espinosa cuestión, sin haberse llegado aún a puerto seguro. ¿Qué es la empresa? ¿Una comunidad humana, regida por una autoridad, que “emprende” obras de significación económico-social? ¿Una sociedad constituida por dos o más personas que estipulan *poner algo* en común con la mira de repartirse entre sí los beneficios que de ello provengan, como lo dispone el Art. 2.053 del Código Civil chileno? ¿Es empresa el conjunto de *bienes o cosas*, que una sociedad anónima o colectiva opera y pertenece a los accionistas en proporción a sus aportes? ¿La empresa es una cosa capaz de hacerse productiva con

el esfuerzo humano, o una asociación de capitalistas y trabajadores para producir, de una estructura jerarquizada y adecuada al efecto?

10.5. Por eso, cuando se inicia una negociación colectiva, cabe preguntarse si los trabajadores discuten como titulares de un *sector de la comunidad* que integran, teniendo como interlocutor a la autoridad de la empresa, que vela por el *bien común de toda ella*, o se enfrentan al jefe y dueño de la empresa, que sólo representa a los accionistas, que son la *contraparte* de los trabajadores, generalmente representados por uno o más sindicatos. En otras palabras: ¿constituye *empresa* la comunidad del gerente o jefe de empresa y todo el personal que trabaja en ella, o se identifica la empresa con una *casa productiva*, propiedad de los dueños o accionistas, que los trabajadores han sido contratados para hacerla producir? Si se entiende la empresa como una comunidad de personas que hacen posible la producción empresarial, ¿se incluye o no en esa comunidad al directorio o la junta de accionistas? La persona natural o jurídica que aporta capitales ¿es parte, a su vez, de la comunidad empresarial, es toda la empresa, o bien un acreedor, en cuanto dueño del pasivo no exigible de la empresa?

## XI. PROPOSICIONES DE LA COMISIÓN ORTÚZAR Y DEL CONSEJO DE ESTADO

En el Anteproyecto de nueva Constitución que elaborara la Comisión presidida por don Enrique Ortúzar, la norma que estamos comentando del Acta N° 3, se mantenía exactamente como fuera aprobada en 1976 (nº 15, inciso 7º del Art. 19). En cambio, en el Informe del H. Consejo de Estado, se modifica el texto de la Comisión Ortúzar y se suprimen cuatro incisos del N° 16 del Art. 19, que corresponde al N° 15 del proyecto Ortúzar, entre ellos, el que conceptúa la empresa como una “*comunidad humana de trabajo*”. Consta en los documentos que se han hecho públicos, que la supresión se acordó por siete votos contra seis y una abstención. También se sabe que dicha supresión no tuvo por fundamento una discrepancia en los conceptos, sino en la conveniencia de incluirlos expresamente en la Carta Fundamental, teniendo en cuenta que se trata de un asunto particularmente discutido por la doctrina e imprecisamente reglado por la legislación, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

## XII. CRITERIO ACOGIDO POR LA CARTA DE 1980. ALCANCES

La Constitución aprobada en el plebiscito del 11 de septiembre de 1980, siguió en esta materia el criterio del Consejo de Estado: *prefirió no mantener en el texto el concepto de la empresa comunidad humana de trabajo*".

12.1. Es pertinente volver aquí sobre una cuestión someramente anticipada: ¿qué interpretación se dará a la eliminación del concepto empresa "comunidad humana de trabajo" en el texto de la nueva Constitución, como la impuso la mayoría del H. Consejo de Estado? Digámoslo de una vez: lo que nos preocupa no es que la Constitución incluya o no incluya en su texto escrito el concepto de empresa, sino que el rechazo de su inclusión por el Constituyente pudiera entenderse —contrariando la historia fidedigna— como *el rechazo de la idea misma, y no el mero rechazo de su incorporación como texto expreso* de su normativa, que no es lo mismo. El texto podrá no consagrar un concepto, pero de esa exclusión sólo se infiere que el Constituyente no estimó oportuno incorporar al acervo de nuestra normativa escrita una definición, que amarre a ella la conducta del Legislador y de la Jurisprudencia. Por lo mismo, sólo ocurrirá que gobernantes y gobernados; empresarios y trabajadores; universidades y sindicatos; doctos y profanos, jueces y legisladores *no están obligados a entender* que en las relaciones laborales predomine un sentido de "comunidad de anhelos y participación", por sobre el de "oposición de intereses, pugna y tregua sociales, alternadamente".

## XIII. NATURALEZA JURÍDICA E IDENTIDAD DE LA EMPRESA

Cuestión vinculada a la anterior, pero distinta de ella, es la aceptación o rechazo de una institucionalidad propia de la empresa, distinta de la que inviste la *sociedad (colectiva, anónima, etcétera)* que integran los aportantes de capital, o la *asociación sindical* que eventualmente constituyan sus trabajadores. Es un asunto abierto desde hace muchas décadas al debate dentro y fuera de nuestras fronteras. Georges Rippert, John K. Galbraith, Francois Bloch Lainé, León Duguit, Renard, Hauriou, Juan XXIII, UNIAPAC, la OIT, Juan Pablo II y todos los tratadistas o estudiosos de la economía, el derecho laboral y la moral del emprendimiento, han dicho algo o mucho sobre ello. Sin embargo, no siempre coinciden. Alonso García, desde luego, nos previene que "*La Empresa no puede, pues, definirse desde el*

punto de vista jurídico, o jurídico-laboral, como la comunidad que asocia capital y trabajo; esta sería, en todo caso, una forma de empresa, pero no (las) comprendería a todas”<sup>10</sup> y prefiere sostener que “En el plano jurídico, la empresa no pasa de ser el círculo en que se dan —nacen, viven y mueren múltiples relaciones jurídicas de muy diverso orden— mercantiles, civiles, fiscales, laborales, administrativas, etcétera”<sup>11</sup>. Para Bayón Chacón y Pérez Botija, la relación empresario-trabajador no supone simplemente una relación jurídico-laboral, “sino que se requiere un cierto grado de complejidad, una cierta organización y, aparentemente al menos, una finalidad de tipo económico”. En ese concepto, la empresa no cuenta con una determinación jurídica “todavía suficientemente lograda” (*Manual de Derecho del Trabajo*; Volumen I; p, 296; 6a. edición; Pons; Madrid; 1966).

13.1. En nuestro país, el profesor Chaná<sup>12</sup> nos parece cercano al pensamiento de Alonso García; en cambio, el profesor Baeza Pinto, en un trabajo incluido en la misma obra colectiva, afirma categóricamente que “Esta institución (la empresa) posee todos los atributos de la personalidad y, jurídicamente, es un ente distinto de sus componentes, una persona jurídica, aunque inextricablemente ligada a la satisfacción de los intereses personales y sociales que se han indicado tantas veces” (id. pág. 47). El profesor Francisco Javier Fernandois (“La transformación de la empresa”; Ed. López Viancos; 1974), con acopio de antecedentes bibliográficos —incluso generosas referencias a uno de nuestros ensayos sobre el tema (alude a *Trabajo, empresa y revolución*, Zig-Zag; 1968)—, evidencia la complejidad y variedad de las soluciones propuestas, citando entre otros a Garrigues, Ferrara, Casanova, Deveali, Iturraspe, De la Cueva, Caldera, Barassi y otros, entre los extranjeros, y opiniones sostenidas en Chile por Sergio Lorenzini, el expresidente Frei Montalva, Sergio Silva Bascuñán (en ese entonces Presidente de la Confederación de la Producción y del Comercio) y muchos más, a los que cabría agregar las importantes opiniones vertidas con motivo de la preparación y publicación —jamás vigente— del decreto ley 1006, ya citado, sobre Estatuto Social de la Empresa. Al respecto, sería injusto omitir los esfuerzos de ICARE, USEC (Unión Social de Empresarios Cristianos), Generación Empresarial, las principales universidades y numerosas otras instituciones, que se han constituido en centros permanentes de reflexión en torno a este asunto.

<sup>10</sup> García, Alonso (1964). *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Bosch, pág. 306.

<sup>11</sup> Id., pág. 305.

<sup>12</sup> Chaná, Julio (1973). *La Empresa, participación de los trabajadores*. Santiago: Editorial Andrés Bello, págs. 15 y siguientes.

## XIV. CUATRO ELEMENTOS DE REFLEXIÓN SOBRE LA NATURALEZA Y FINES DE LA EMPRESA

No parece, pues, inmotivada la opción que don Jorge Alessandri impuso en el Consejo de Estado, cuando era su presidente, acerca de considerar el asunto todavía inmaduro para una definición constitucional. Con todo, creemos necesario algún concepto *mental* de empresa, que implique *la opción por la naturaleza participativa y funcional, y no conflictiva y alienadora, de la relación de trabajo en ella*. Es un prerequisito de cualquier tentativa constitucional que implique rechazar los “antagonismos sociales” como principios rectores de una sociedad libre. Sugerimos cuatro elementos de juicio.

14.1. *El primero es que la empresa privada constituye el campo propio en el que se cultivan y desarrollan opciones antitéticas para el manejo de las relaciones laborales: la conflictiva, coronada por la huelga, y la integradora, que culmina en el sentimiento de trabajar en “lo propio”, en “mi empresa”.*

14.2. *El segundo elemento es la necesidad de hacer justicia a la realidad de los hechos: la empresa es una comunidad de trabajo.* Nada obtendremos con definiciones avanzadas y conceptualizaciones encantadoras de nivel constitucional, si la realidad cotidiana las desmiente.

14.3. *El tercer elemento postula distinguir entre “función laboral” y “clase trabajadora”.* Este punto, que exige mayor desarrollo y profundidad, nos lleva a diferenciar los conceptos de relación *funcional* y relación *clasista* en cuanto a trabajo y capital. Para nosotros, el *trabajo* es una *función* cuando está abierto a todos; se predica de todos y es reconocido en todos, incluyendo el trabajo de los empleadores, los directores de empresa, las dueñas de casa o jefes de familia, los empresarios o emprendedores, etcétera, y no sólo la contraparte del empleador en un contrato de trabajo. Siendo así, todos están llenos a sentirse comprendidos en la concepción *funcional* de “trabajadores”.

14.3.1. De similar manera, “*capitalizar*”, o sea, aplicar el ahorro a nueva producción es una función, cuando *de jure* todos pueden ahorrar, y *de facto*, al menos las grandes mayorías pueden hacerlo. Lo mismo ocurre con la “*función de invertir*”. Cuando ella está al alcance de las grandes mayorías y no es patrimonio exclusivo de un sector social: invertir y no una *clase —económica y social— única que tiene acceso al ahorro e incluso, a vivir de sus ahorros, mientras otros se consideran amarrados a trabajar hasta morir, o morir en la cesantía, porque el anciano no halla ocupación precisamente por su ancianidad*.

**14.4. Cuarto punto de reflexión: adecuación entre la norma y la realidad histórica.** Aquí es donde aparecen la reforma de las estructuras sociales y las *cotizaciones de la seguridad social*, abriendo masivamente al trabajo las funciones gemelas e inseparables de ahorrar, capitalizar e invertir, permitiendo a todos —ricos, y no ricos; pobres y no pobres; indigentes y miserables— acceder al sistema de pensiones, mediante el ahorro forzoso (pensiones contributivas) o las transferencias del Estado (pensiones no contributivas). Este es el mundo de derecho laboral y de la seguridad social que se inició entre fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, que llegados al siglo XXI aún no aprendemos a manejar.

El caldo natural de cultivo del marxismo-leninismo lo constituyó la sociedad fuertemente clasista y desnivelada de los siglos XVIII y XIX. En rigor, cuando la sociedad no tuvo razón en el trato del trabajador, el marxismo leninismo tuvo razón en su crítica y muchas veces —no siempre— en su acción. La historia se “fabricó” *una estructura que por ser irritantemente injusta, le dio políticamente la razón a la crítica de Marx*. Si en las empresas los operarios trabajan, pero por sus niveles de remuneración, falta de capacitación, baja productividad, hábitos o sistemas sociales inhumanos *no ahorran*, el trabajo pasa a transformarse en la maldición propia de una clase, que se perfila y arremete cuando hay frente a ellos otro sector, los accionistas, los propietarios de los medios productivos, que obtienen ingresos que les permiten el ahorro, se acostumbran a invertir y se transforman también en clase: la clase propietaria de los medios productivos, clase inversionista, capitalista o “burguesa”. Su *trabajo* directivo, organizativo o imaginativo aparece eclipsado, a los ojos de los trabajadores, por el abismo social: “¡A ellos *les sobra ganancia*, por eso ahorran: son los ricos; los explotadores. A nosotros nos falta; por eso no podemos ahorrar; somos los pobres; los explotados!”. Se configura así el espejismo de que el edificio social lo financian los capitalistas y lo construyen los trabajadores: siempre el falso escenario: *las fuerzas de la producción y las fuerzas del trabajo; la Confederación de la Producción y la CUT*. La gravedad de esta cuestión exige un acápite separado.

## XV. CONCIENCIA SOCIAL PARTICIPATIVA

Corolario de lo dicho es la necesidad de *internalizar* en la conciencia social la diferencia entre la relación laboral participativa y la conflictiva, en la vida de la empresa. Lo que naturalmente nace en el seno de ella, son las

fricciones de una asociación para producir, pero no los antagonismos de una pugna por destruirse, que es algo adventicio, algo que viene de afuera, de un ideologismo envenenado, y no de la aventura de emprender que día a día viven las 700.000 empresas identificadas en Chile. Eso lo pueden comprender o negar, pero no lo *viven* la Confederación de la Producción y el Comercio, por un lado, y la CUT, por otro, que no son entidades productivas, sino de representación gremial. Ellas ni financian ni producen. Cumplen otras tareas, muy necesarias e interesantes, *pero no la de producir*. El Capital sin trabajo y el Trabajo sin capital son por esencia estériles. Unirlos como concepto o como fuerzas sociales es tarea de ideólogos, apóstoles o políticos. En cambio, la empresa —cada empresa— los une como fuerza fecunda productiva. Las susodichas 700.000 empresas<sup>13</sup>, reiteramos, día a día generan bienes y servicios que “hacen” efectivamente el desarrollo de Chile.

## XVI. EQUILIBRIO DE INGRESOS Y EGRESOS. LA AUTONOMÍA

Para analizar la justificación de la libertad de trabajo y la libertad sindical —más propiamente libertad de asociación—, debemos recordar que la empresa es el “ambiente o escenario” en que se da, de preferencia, el proceso de generación de bienes y servicios en una sociedad moderna y libre. Por lo mismo, no es extraño que los textos vigentes en la Carta Fundamental que nos rige, liguen estrechamente ambas libertades al quehacer de la empresa, escenario vivo de la moderna relación individual y colectiva de trabajo. Este necesario entendimiento se apoya en el imperativo de autofinanciamiento y consecuencial autonomía de la empresa, por el equilibrio entre ingresos y egresos totales.

Sin tal equilibrio la empresa pierde su libertad, su autonomía en manos de los acreedores (quiebra), del Estado (estatización) o de alguna entidad más poderosa ( fusión, absorción, monopolio, oligopolio), para citar ejemplarmente sólo los desafíos más fundamentales. Con ello la opción *por la empresa privada y una sociedad libre se hace imposible y la convivencia en libertad una amarga ilusión*.

<sup>13</sup> Según estudio de Sercotec, basado en SII, hacia 1993 eran 697.513 empresas (Sergio Molina, “Es el tiempo de equidad”. Inst. de Chile; Academia de Cs. Sociales, PP. y MM; abril de 2005, p.51).

## XVII. TRABAJAR EN LO PROPIO

Se desprende de lo dicho que toda obra humana, realizada por uno o más sujetos conocidos *es* de quien o quienes *la produjeron*, con sus aportes de capital y de trabajo. Sólo una falla cultural y moral de la economía moderna pudo *expropiar intelectual y moralmente su aporte al trabajo como factor de producción*. El *Edificio de Naciones Unidas*, en Nueva York, obra de arte realizada según los planes, cálculos y modelos de Le Corbusier, le pertenece; “*es*” de Le Corbusier, como es de Leonardo Da Vinci *La Última Cena*; de Rafael, *La Escuela de Atenas*, o de Miguel Ángel, “*El Moisés*”, *aunque no sepamos quién tiene hoy el derecho de propiedad “quiritario” sobre cada una de esas obras*. O cómo la Gioconda llegó a manos de Francisco I, quien la incorporó al Louvre.

17.1. Algo de esto se halla en juego cuando se discute sobre los derechos que podrían corresponder respecto de un inmueble, obra que se construye con financiamiento de capitalistas y esfuerzo físico e intelectual de muchos trabajadores. El significado y trascendencia del trabajo humano no se agota en el pago de una remuneración o de un precio. Tampoco la realidad de una empresa vale el precio que en la bolsa alcance el 100% de las acciones en que se divide el capital social. Este precio tampoco comprende lo que humanamente representa para viudas, inválidos y modestos trabajadores haber confiado en la estabilidad y rentabilidad de una empresa, invirtiendo en ella los ahorros de su vida, con la esperanza de suplir con el fruto de ellos la disminución de ingresos que les significa su viudedad, invalidez o ancianidad.

17.2. Pareja situación se presenta a quien, entre varias opciones de trabajo, decide consagrarse su capacidad laboral, durante el período más vigoroso de su salud física y mental, a una empresa y, espera, por su dedicación, productividad y lealtad, contar al cabo de veinte años de servicios, con una posición social y económica consolidada para él y su grupo familiar. Triste condición le agobiará si por fallas de la propia empresa o por erradas políticas públicas fallan sus expectativas.

17.3. Esta libre y ojalá lúcida opción de escoger un trabajo, más la libre posibilidad de asociarse para la defensa y promoción de las expectativas que impulsaron tal opción, es lo que envuelven la libertad de trabajo y la libertad sindical que garantizan nuestra Constitución y entramos a examinar a la luz dos textos vigentes y principales.

## **XVIII. LA LIBERTAD DE TRABAJO Y EL DERECHO SINDICAL EN LOS NÚMEROS 16 Y 19 DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE EN CHILE (D.S. 100/2005)**

### **1. La Constitución Política, en su texto vigente<sup>14</sup>, contiene dos disposiciones, que recogen de manera clara la esencia del ordenamiento jurídico básico en la materia.**

Disponen los citados números 16 y 19 del Art. 19 de la Carta Fundamental:

*Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*Nº 16º La libertad de trabajo y su protección...*

*Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección de trabajo con una justa retribución...*

*Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.*

*Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o autoridad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos. La ley determinará las profesiones que requieran grado o título universitario y las condiciones que deberán cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley<sup>15</sup>.*

*La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos*

<sup>14</sup> V. Nota 1.

<sup>15</sup> Párrafo agregado, como aparece en el texto por Ley de Reforma Constitucional Nº 20.050 (26.08.2005).

*para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deberá someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.*

*No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado y de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sujetos a la prohibición que establece este inciso.*

*Nº 19º. El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.*

*Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.*

*La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político-partidistas<sup>16</sup>.*

## **2. Breve noticia sobre los antecedentes histórico-políticos de la crisis que condujo a dar su forma actual a los textos recién reproducidos.**

2.1. Nuestro país vivió entre 1971 y 1973 la experiencia nueva de ser empujado hacia un régimen de *democracia popular* por una minoría triunfadora con el 36.6%, entre tres candidatos, el 4 de septiembre de 1970 (Allende, 36.6%; Jorge Alessandri, 34.9%; Tomic, 27.8%). Sin embargo, un porcentaje significativo de la votación de Tomic había sido seducido, aunque sin claridad, por la llamada “*vía no capitalista de desarrollo*”, de ostensible contenido socialista democrático. Así, de una u otra manera, sectores ideológicos y políticos de centro —radicales y demócrata cristianos principalmente— derivaron en proporciones imprecisas hacia posiciones socialistas no marxistas, manteniéndose dentro de los marcos de sus estructuras políticas de origen, o bien rompiendo moral o jurídicamente con ellas. Por eso, nosotros guardamos serias reservas sobre cuál habría sido nuestra realidad histórica

<sup>16</sup> Inciso modificado por artículo único, nº 9 de Ley R.C.18.825 (17.08.1989).

si el sistema constitucional de 1970 hubiera contemplado una “segunda vuelta”. No olvidemos que la “vía no capitalista de desarrollo”—a todas luces socialista— fue la consigna que inspiró la campaña del candidato demócrata cristiano, en 1970. Ahora bien, en una segunda vuelta, sin Tomic como opción, era de temer que el antialessandrismo visceral del PDC de 1970, hubiere primado sobre el freísmo de 1964. En esta perspectiva, con Allende triunfador en segunda vuelta con sobre el 50% de los votos, poco destino hubiere tenido un *Pacto de Garantías*, como el arrancado difícilmente, a un Allende con sólo 36% de respaldo.

2.2. Hoy día, en cambio, la historia favorece mayor espacio para la libertad. Es difícil pensar que, a fines de la primera década del siglo XXI, pueda hallarse un 10% de la ciudadanía que realmente desee y postule revivir la experiencia abortada entre 1971-1973 y aspire a instituir un régimen como el de las democracias populares, que encandilaba en ese entonces a la izquierda chilena. Podrá haber fuertes sectores críticos del *Gobierno militar*, *de los gobiernos democráticos que lo sucedieron —Aylwin, Frei Ruiz Tagle, Lagos, Bachelet— y de la oposición a ellos*, pero no se divisan alternativas de algún consenso social o acuerdo político mayoritario que postule conducir a Chile hacia uno de aquellos regímenes que caracterizaron a los países satélites de la extinta URSS.

2.3. Por eso creemos que la *dimensión histórica*<sup>17</sup> de nuestra normativa social, sea a nivel legal o constitucional, es propensa a soluciones transaccionales, con visos avanzados y conservadores, buscando equilibrios en el centro, de lo que juzgamos emblema la votación abrumadora en el plebiscito que aprobó la reforma de 1989 e ilustrado ejemplo los números 16 y 19 del artículo 19 de la Carta vigente. Tal vez no sean muchos los ciudadanos que estén “plenamente de acuerdo” con todos y cada uno de los incisos de ambos preceptos, pero “en conjunto” la normativa que encierran, hizo posible un acuerdo transaccional sólido en dos temas ultrasensibles y controvertidos.

2.4. La compleja condición de nuestro consenso constitucional —más bien fruto de una transacción sensata y cívica que de una convicción lúcidamente internalizada— nos deja el sabor agridulce de lo inacabado. Coincidimos en un fuerte y sólido deseo de vivir en paz y es por eso que renunciamos a criterios que nos parecen muy principales y queridos, que se

<sup>17</sup> Thayer A., William, “Dimensión Histórica del C. Trabajo”; UDD, 2008, p.21

agitaban confusamente en el inconsciente colectivo de un importante sector ciudadano. ¿Cuál es la raíz de este desajuste?

2.5. Pensamos que para progresar en nuestra unidad nacional debemos prestar especial atención a *dos células básicas que la constituyen: una impuesta por la naturaleza humana, que es la familia; la otra creada por la iniciativa e inteligencia del hombre, que necesita trabajar y asociarse: la empresa*. La suerte de ambas parece muy dispar en Chile a comienzos de este siglo XXI. La familia está siendo erosionada y desvirtuada en sus notas naturales y culturales más distintivas. Hasta hace pocas décadas no se discutía su concepto esencial: unión *amorosa, fecunda, educativa y estable de un hombre y una mujer*, bien recogida en la definición de matrimonio que aún se conserva en el art.102 del Código Civil<sup>18</sup>. La empresa, aunque se halla en el apogeo de su influencia económica y social, no termina de instituirse conceptualmente como una asociación para producir bienes y servicios, y de redimir el resentimiento histórico de los *asociados* capitalistas y trabajadores. El Código del Trabajo la define en su artículo 3º “*para los efectos de la legislación social y de seguridad social*” como “*toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenadas bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada*”.

Nótese que ese concepto se ajusta plenamente al llamado “*principio de realidad*”. No se requiere que haya *primero* un contrato de empresa, sino que “*hay empresa*” desde que se reúnen los elementos que señala la citada disposición: “*se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales o inmateriales... etcétera*”.

## XIX. LA FAMILIA

Bien llamada la célula básica de la sociedad, encierra implicancias y proyecciones naturales, humanas y afectivas que la distinguen de la empresa. Pero esta, en medida importante, busca imitarlas. Aunque la empresa no será jamás productora de *seres humanos*, sino de *cosas o servicios, ordinariamente de carácter patrimonial, para los seres humanos*, procura generar entre quienes cooperan a sus fines un espíritu semejante al del afecto

<sup>18</sup> “*contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procreary de auxiliarse mutuamente*”.

familiar. Es claro que familia y empresa, aunque cumplen sus propias finalidades, son prerrequisitos ineludibles de una sociedad libre. *Sin familia no hay sociedad humana. Sin empresa autónoma no hay sociedad libre.* Así, al menos, lo han entendido en Chile gobernantes y opositores desde el 11 de marzo de 1990 y lo confirma la esencia de la Constitución aprobada en la reforma contenida en la ley 18.825 de 17.08.1989, como secuencia del *mayor plebiscito que conozca nuestra historia*: el del 30 de julio del mismo año. Recordemos sus resultados: para una población de 11.329.730 personas en 1982 y 13.348.402, en 1991<sup>19</sup>, al 30 de julio de 1989, se hallaban inscritos 7.556.613 ciudadanos. Votaron por la afirmativa 6.069.449 (85,7%); por la negativa, 581.605 (8,21%); hubo 106.741 (1,51%) votos en blanco; 324.283 (4,58%) votos nulos. Total de votantes: 7.082.078. La abstención fue excepcionalmente baja<sup>20</sup>: 474.535 ciudadanos (6,28%). La Carta aprobada y sus reformas regulares posteriores, condujeron al texto refundido que da cuenta el D.S. 100 (Diario Oficial de 22.09.2005).

Mucho tememos que Chile padece de una trágica contradicción estructural y moral: anhela convivir pacíficamente como una sociedad política, que imite la unidad esencial y amorosa que caracteriza a una familia, pero no advierte que este paradigma, la familia, está siendo carcomido por remedios grotescos, que algunos ideologismos minoritarios pretenden imponer como sustitutos igualmente válidos que ella. Todos sentimos, comprendemos y procuramos buscar algún estatuto humano y legal para situaciones anómalas, y por lo mismo no ejemplares. De ahí que erigir como sustituto de la familia la convivencia de dos (o más) homosexuales, que procuran acudir a la nobleza adopción para suplir la natural esterilidad de la convivencia homosexual, media un abismo, en el que se precipitaría la sociedad si aceptara tal sustitución.

## XX. FAMILIA Y EMPRESA

Defender la unidad de la sociedad chilena, destruyendo o desvirtuando la familia, nos parece axiomáticamente absurdo. Pero cabe preguntarse ¿no es también un absurdo dividir radicalmente la asociación para producir la llamada empresa contraponiendo a los dos sectores que por esencia la

<sup>19</sup> Censo de Población y Vivienda, INE, p.16.

<sup>20</sup> V.Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, t.III, págs.236-237.

constituyen? ¿No es cierto acaso que el capital nace del trabajo ahorrado, y sin trabajo no habría ahorro ni capital? Es claro que hubo un largo período de los siglos XIX y XX en que el trabajo no pudo ahorrar y nacieron la lucha de clases, y el sofisma de la *plusvalía* ocultó hasta fines del siglo XX su debilidad esencial, que hizo de un pecado de la historia, una fatalidad que no tenía otro remedio que la revolución violenta. Sólo la extinción de la URSS en 1991 y los 100.000.000 de víctimas de esa aventura<sup>21</sup> evidenciaron ese ominoso error, que protagonizó el comunismo soviético, pero impulsaron la injusticia y la ambición de no menos cantidad de anticomunistas e hicieron posible la ceguera, indefinición y torpeza de muchos más.

## XXI. CONCLUSIÓN

Al terminar este ensayo, reiteramos nuestro esfuerzo por *mantener* lo que ya en 1976 consagró en el Acta Constitucional N° 3, sobre el sentido de *comunidad humana de trabajo que implica la empresa*<sup>22</sup>. No es una novedad ni una inútil porfía, sino la invencible convicción de que una tarea de beneficio social emprendida y mantenida en común —como es la esencia definitoria de la empresa— genera naturalmente una relación amistosa y amable entre quienes conspiran para el logro de ese bien común.

Naturalmente que este sentimiento de comunidad humana, similar al que se genera en la familia, poco o nada tiene que ver con el quasi-contrato de comunidad reglado en los artículos 2304 a 2313 del Código Civil. Ciertamente no propiciamos el dislate de una especie de propiedad colectiva sobre una cosa llamada empresa, sino una relación humana y cooperativa entre personas que se aman o estiman por cuanto conviven persiguiendo en común una finalidad productiva de beneficio social. Tal “comunidad moral” —no propiedad colectiva— se genera no sólo en la familia, sino en la vecindad, el municipio, la patria o la comunidad internacional.

Por lo dicho, para avanzar desde la sucesión de conflictos y treguas en que se desenvolvieron durante más de un siglo las relaciones colectivas de trabajo en Chile, era y sigue siendo necesario incorporar el sentido de la participación social en todos los niveles, como ya lo pedía con angustia

<sup>21</sup> Courtois, Stéphane (editor) (1998). *El libro negro del comunismo*. Madrid: Planeta-Espasa, pág. 29.

<sup>22</sup> Valencia Avaria, “Anales de la República; Acta Constitucional N°. 3; p-312; N.20; inc.4.

san Juan XXIII en *Mater et Magistra* (1961) y lo vienen repitiendo todos sus sucesores<sup>23</sup>. Alguna vez la participación podrá revestir las especificidades de una copropiedad —acciones de trabajo o capitalismo popular—, pero ello de ninguna manera es prerequisito de la comunidad humana, que naturalmente debe constituir la empresa. Participar es hacerse parte o sentirse parte de un todo que es “nuestro”, “propio”.

Lo hemos dicho y reiterado: *una “cosa” es “mía” cuando ella me pertenece; una “comunidad humana” es “mía”, cuando yo pertenezco a ella*. Cuando yo vivo en el seno de una agrupación humana y no la siento o vivo como algo propio, común, mi condición es como la de un espía, infiltrado, ladrón o, en el mejor de los casos, un “invitado” que vive en la casa del lado. En todas estas situaciones, mi conducta y mi disposición espiritual, no es la de quien trabaja en lo propio, en la tarea común, donde nace una comunidad. Es lo que falta todavía en Chile. Trabajar en lo propio<sup>24</sup> es vivir la empresa, “el emprendimiento, como tarea propia y común, y no como infiltrado, espía o invitado en casa ajena. Es lo que reconoció durante algunos años el Acta N° 3 de 1976. Convendría reflexionar sobre este vacío.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Avaria, Valencia. *Anales de la República*. Acta Constitucional N° 3.
- Chaná, Julio (1973). *La Empresa, participación de los trabajadores*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.
- Concha, Juan Enrique (1989). *Cuestiones obreras*. Anuario. U.C., tomo segundo, pp. 186-267; Imprenta Cervantes (1903).
- Courtois, Stéphane (editor) (1998). *El libro negro del comunismo*. Madrid: Planeta-Espasa.
- García, Alonso (1964). *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Bosch.
- Molina, Sergio (2005). *Es el tiempo de equidad*. Instituto de Chile, Academia de Ciencias Sociales.
- Silva Bascuñán, Alejandro (1997). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2<sup>a</sup> edición, T.III.
- Thayer Arteaga, William (1979). *Manual de Derecho del Trabajo*. T.I.

<sup>23</sup> Pontificio Consejo de Justicia y Paz. Cardenal Martino C. Vaticano; 2004; p.188; n.281.

<sup>24</sup> V. Burr, Sebastián: “Repartiéndose el botín” (Síntesis); pág.53.

Thayer Arteaga, William (2008). *Dimensión histórica del códigon del trabajo*. Santiago de Chile: Universidad del Desarrollo.

Walker Linares, Francisco (1957). *Nociones Elementales de Derecho del Trabajo*. Santiago de Chile: Nascimento.



## **LOS DERECHOS DE ASOCIACIÓN Y REUNIÓN: NUEVAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES<sup>1</sup>**

### **ASSOCIATION AND ASSEMBLY RIGHTS: NEW DOGMATIC AND JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVES**

**FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA<sup>2</sup>**

**Resumen:** en el presente artículo, se analizan las particularidades de los derechos de asociación y de reunión, a la luz de la doctrina y jurisprudencia moderna.

**Palabras clave:** derecho de reunión. Derecho de asociación. Doctrina. Jurisprudencia.

**Summary:** in this article peculiarities of the association and assembly rights are analyzed in the light of modern doctrine and jurisprudence.

**Key words:** right of assembly. Wright of association. Doctrine. Jurisprudence.

<sup>1</sup> Contribución a libro *Derechos Fundamentales y Acciones Constitucionales* del Centro de Investigación y Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae.

<sup>2</sup> Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Diego Portales.

## I. PRESENTACIÓN

La invitación a escribir en una obra colectiva sobre derechos fundamentales y acciones protectoras, en especial sobre los derechos de asociación y de reunión, en sus nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales, no puede estar divorciada de un contexto de normalidad institucional, en que estos derechos duales se desenvuelven, ya que parte significativa de la reflexión contemporánea y clásica de estos, dicen relación con un contexto fáctico de fuerza, sean régímenes autocráticos o estados de excepción<sup>3</sup>.

Hemos de definir y situar tipológicamente los derechos de asociación y de reunión como derechos duales, ya que empleando la consolidada tipología histórico-positiva de derechos: derechos civiles, derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales, estos derechos pueden ser estudiados como derechos civiles o bien como derechos políticos, precisamente en razón de la dimensión individual y colectiva que su titularidad, ejercicio y fines poseen, por una parte, y la conexión directa que tienen con la política y las fuerzas políticas organizadas y no organizadas. Asimismo, como bien anota el jurista Manuel A. Núñez, estos derechos fundamentales tienen en común el concernir a “agrupaciones de personas que reconocen entre sí algún tipo de relación recíproca”, relación que se basa en una “finalidad común que no es posible conseguir sino en alianza voluntaria con los demás”; de cual deriva la circunstancia de tratarse de derechos eminentemente instrumentales o “funcionales”.

Lo anterior sitúa a los derechos de asociación, en especial el derecho de asociación política y al derecho de reunión, en estrecha ligazón con el sistema democrático pluralista. La única particularidad es que en nuestro ordenamiento constitucional el derecho de asociación política, circunscrito

<sup>3</sup> Un desarrollo dogmático de los derechos en nuestro medio se encuentra en el libro de Aldunate Lizana, Eduardo (2008). *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishings. Un interesante desarrollo propedéutico acerca de derechos fundamentales en el libro de CEA EGANA, José Luis (2004). *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías*. T. II. Santiago: Ed. Universidad Católica. También es muy valioso el trabajo de Núñez, Manuel Antonio (1997). “Las libertades de reunión y asociación”, recogidas en libro colectivo de VV. AA., *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso: Edeval, pp.214-238. Finalmente debemos citar el trabajo de Alejandro Silva Bascuñán titulado “Derecho de reunión”, recogido en el libro de Verdugo Marinkovic (2009). *Temas actuales de derecho constitucional. Homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*. Santiago: Edic. de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, pp. 305-317.

a la formación de partidos políticos, es un derecho político autónomo del derecho de asociación matriz.

Por último, debemos destacar que en nuestro abordaje propedéutico de los derechos de asociación y de reunión, pondremos especial acento en su definición, contenido, desarrollo infraconstitucional, legal tratándose del derecho de asociación y reglamentario tratándose del derecho de reunión en lugares públicos, los límites que se imponen por tal desarrollo, sumariamente un recorrido a la doctrina jurisprudencial y más detenidamente los alcances de la reforma constitucional de 2005 sobre dos aspectos muy debatidos del derecho de asociación: colegiación obligatoria y tuición ética de las profesiones.

## II. DERECHO DE ASOCIACIÓN

Como lo hemos sostenido en otro lugar, el derecho de asociación es un derecho dual y complejo, tiene una dimensión positiva y otra negativa, es un derecho civil, que abre la puerta a un derecho político autónomo el derecho de asociación política, e importa en su dimensión institucional una conexión con el pluralismo social de cuerpos intermedios de la sociedad civil y su autonomía, el reconocimiento de una suerte de derecho de fundación para que las personas puedan constituir asociaciones en conformidad a la ley y dotadas de personificación, dentro del marco de licitud que la reserva legal determine. En nuestro medio, Nogueira Alcalá propone precisar en qué consiste el *derecho de asociación*, y cuál es su contenido: “Este derecho constituye *la facultad que tienen todas las personas para ejercer la libertad de crear asociaciones y de adscribirse a las que ya estén creadas, la libertad para no asociarse y para dejar de pertenecer a asociaciones, la libertad de determinar sus fines, la organización de ellas y la determinación de su funcionamiento interno sin interferencias públicas y el conjunto de facultades que tienen los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones de que forman parte o frente a aquellas en que buscan integrarse*”. Agrega Nogueira Alcalá: “*Las asociaciones constituyen la unión de dos o más personas, en forma libre y voluntaria, con una o más finalidades común de carácter particular o de interés general de carácter lícito o no prohibido por el ordenamiento jurídico, bajo un régimen organizado de formación de su voluntad, comprometiéndose a poner en común actividades, recursos económicos, conocimientos, con carácter temporal o indefinido*”. Finalmente, nos recuerda este autor acerca de la doctrina jurisprudencial

relativa al derecho de asociación que el Tribunal Constitucional ha ensayado una definición del derecho de asociación, determinando que es “*(...) la facultad de una persona de unirse a otras, en forma voluntaria y con cierto grado de permanencia para la realización común de un fin determinado (...)*”. A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que el derecho a la libertad de asociación “*(...) Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad*”<sup>4</sup>.

Como lo hemos planteado en otro lugar, el derecho de asociación tiene dos dimensiones: una positiva y otra negativa. En su dimensión positiva, es un derecho fundamental de autonomía, es la libertad para crear, dotar de fines y organizar asociaciones, como para integrarse a ellas. En esta dimensión, el derecho de asociación es la “... facultad de toda persona para acordar agruparse con otras e instituir una organización relativamente estable que les facilite conseguir un fin determinado” (M. A. Núñez). En su dimensión negativa, es un derecho fundamental de libertad negativa, es la libertad de las personas para afiliarse o no a asociaciones, también denominada libertad de asociación o libertad de afiliación, y en tal sentido, se reconoce la autonomía de la voluntad de las personas para tomar la decisión de ingresar o no a una asociación, como lo establece con claridad el inciso tercero del N° 15 y el inciso cuarto del N° 16 del artículo 19 de la Constitución, plenamente concordante con la libertad de afiliación sindical del N° 19 del artículo 19 de la misma Carta. De manera tal que amenazar a personas con la eliminación de una actividad laboral, empresarial, comercial, gremial, social o de cualquier otro tipo por el hecho de no afiliarse a un tipo determinado de asociación, constituye una coacción claramente violatoria de la dimensión negativa garantizada de la libertad de asociación o de sindicación en su caso. En ello la huella ideológica del constituyente autoritario y neoliberal de 1980, vuelve a ser nítida y permite rastrear una Constitución Económica y Social hostil a la intervención del Estado en la economía y sociedad, y hostil al trabajo, a los trabajadores y a los derechos sociales.

Recuerda Nogueira Alcalá la dimensión objetiva o institucional del derecho de asociación al señalar: “*Esta autonomía o derecho de autoorganización corresponde a la asociación como ente colectivo, que le permite dotarse de sus reglas de funcionamiento, determinar sus órganos internos y sus respectivas competencias, los*

<sup>4</sup> Nogueira Alcalá, Humberto (2008). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. T. II. Santiago: CECOCH-Librotecnia, pp. 548-549.

*derechos y deberes de los asociados, el desarrollo de sus actividades sin interferencias de los poderes públicos. La organización interna de las asociaciones tiene una gran importancia, ya que determinan los derechos y obligaciones de los asociados, el objeto social, los órganos y sus competencias, el patrimonio y su aplicación, por lo cual los estatutos sociales deben ser objeto de especial consideración. La autonomía organizativa o libre autoorganización toma forma en los estatutos de la asociación, que constituyen la Constitución interna de la asociación, ya que determina su nombre y símbolos, sus órganos y competencias, los derechos y deberes de los asociados, los objetivos perseguidos, regulan el patrimonio y su gestión, precisan los requisitos de admisión y expulsión de socios. El legislador puede establecer, al regular el derecho de asociación, condiciones y requisitos de ejercicio del derecho, como asimismo limitaciones a la autonomía de la voluntad de los asociados en cuanto a determinados aspectos de la organización y funcionamiento de la asociación, la existencia de determinados órganos internos mínimos, el respeto de los principios básicos democráticos en el funcionamiento institucional, la duración máxima de los cargos, las atribuciones básicas de la asamblea de asociados, las atribuciones básicas del órgano de gobierno de la asociación, entre otros. Estas restricciones o injerencias en el derecho a la libertad de asociación, de acuerdo con las disposiciones antes señaladas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, sólo pueden estar previstas por la ley, ello implica que únicamente el legislador formalmente previsto en el sistema constitucional estatal, con el procedimiento previsto en la misma Carta Fundamental para aprobar las leyes, puede establecer restricciones o limitaciones al ejercicio del derecho de asociación, hay así una reserva de la ley expresa en la materia, cuya vulneración implica ya una violación tanto de la Convención Americana como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, antes señalados, en sus artículos 16 y 22, respectivamente, como asimismo del artículo 19 Nº 15 de la Constitución*<sup>5</sup>.

En la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la reserva de ley y los límites legítimos al derecho de asociación, se sostiene: “Asimismo, la Convención no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Por último, el desarrollo infraconstitucional del derecho de asociación exige que la ley formal-material sea fruto de un procedimiento constitucionalmente consagrado y teniendo fines legítimos, debe ser

<sup>5</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. Ob. cit., pp. 551-552.

“necesaria en una sociedad democrática”, vale decir, en una sociedad tolerante, abierta, pluralista.

Antes de concluir la explicación de nivel conceptual acerca del derecho de asociación (significado, contenido, desarrollo legislativo y límites), es menester destacar que es este derecho dual una pieza basal del pluralismo social y político, y la riqueza de fines a perseguir lo demuestran. Bien destaca Nogueira Alcalá: *“Los fines constituyen los intereses comunes de los asociados, siendo el objeto de la asociación un elemento instrumental al desarrollo de tales fines. Es obvio que los fines perseguidos por las asociaciones deben ser fines lícitos y conformes al ordenamiento jurídico, vale decir conforme a la Constitución y las leyes. De acuerdo a sus fines pueden clasificarse las asociaciones en aquellas que persiguen fines de lucro (por ejemplo, sociedades comerciales) de aquellas que no los tienen (fundaciones y corporaciones); en asociaciones con un interés público o con intereses particulares; en asociaciones con un fin único o con fines múltiples. Los fines también influyen en la organización de la asociación y en el tratamiento o regulación específica que le otorga en ordenamiento jurídico. En efecto el ordenamiento jurídico le da un tratamiento diferenciado a las asociaciones laborales o sindicatos, a las asociaciones gremiales o colegios profesionales, entre otras asociaciones”<sup>6</sup>.*

Enseguida, lo que corresponde abordar en este trabajo propedéutico es el alcance de la reforma constitucional de 2005 en relación al derecho de asociación y sus consecuencias contextuales para el viejo debate acerca de la colegiación obligatoria y la tuición ética de las profesiones. La reforma constitucional de 2005 restablece el control ético de las profesiones en el Nº 16 del artículo 19 de la C.P.R. Tuvo su origen en el Senado y apoyada mayoritariamente en la Cámara de Diputados, pero sin alcanzar el quórum necesario de los dos tercios para ser norma constitucional, por lo que fue materia de voto aditivo. Tal reforma se sitúa en el contexto de la libertad de trabajo, libertad contractual y libertad profesional, pero tiene una estrecha ligazón con el derecho de asociación<sup>7</sup>.

En efecto, desde una perspectiva dogmática el control o tuición ética de los colegios profesionales, conecta con los derechos de asociación y libertad de asociación. El derecho de asociación en nuestro orden constitucional tiene un amplio ámbito, ya que comprende todas las formas asociativas

<sup>6</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. Ob. cit., p. 554.

<sup>7</sup> Bulnes Aldunate, Luz (1981). “La libertad del trabajo y su Protección en la Constitución de 1980”. En XI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Facultad de Derecho, U. de Chile, en R.D.P. Nº 29-30, pp. 121-138.

del pluralismo social, es decir, desde organizaciones comunitarias, hasta personas jurídicas y sociedades civiles y mercantiles de derecho privado, pasando por asociaciones gremiales, aunque ciertamente las personas jurídicas con fines de lucro conectan con la libertad de empresa y el derecho de fundación comprendidos en la libertad económica del Nº 21 del artículo 19 de la C.P.R. También existe una conexión con el derecho de sindicación y el derecho de asociación política. Por lo demás así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al señalar “Que el derecho de asociación concebido en su más pura y natural expresión, como la facultad de una persona para unirse con otras, en forma voluntaria y con cierto grado de permanencia para la realización común de un fin determinado, se encuentra ampliamente asegurado por el Constituyente quien ni lo somete a prescripción legal alguna para su ejercicio ni dispone que requiera de permiso previo, imponiéndole sólo la limitación de no ser contrario a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado” (STC Rol Nº 43, cons. 12). La amplitud del derecho de asociación es resultado de la importancia que posee el pluralismo social.

Desde la perspectiva del pluralismo social, las asociaciones (cuerpos o grupos intermedios voluntarios) constituyen canales de influencia entre los individuos y el Estado. “La democracia —recuerda Stein— es tanto más real cuanto mayor libertad existe para las corrientes de opinión y de voluntad de los individuos desemboquen, por medio de pequeñas y grandes asociaciones, en la formación de la voluntad estatal a través del Parlamento. Se trata, por tanto, en primer término de un problema de integración”<sup>8</sup>.

El derecho de asociación, nos recuerda Stein, es dual: por una parte es una libertad positiva (derecho de asociación) y por otra parte es una libertad negativa (libertad de asociación), de recepción tardía en el constitucionalismo liberal, que con la revolución burguesa del siglo XVIII abolió las corporaciones y gremios, de naturaleza jerárquica y monopólica, y todas las medidas opuestas al libre tráfico de la fuerza de trabajo y circulación de la riqueza, de lo cual son un botón de muestra en Francia la Ley de 1791 sobre libertad de oficios y profesiones, la Ley Le Chapelier que prohibía las asociaciones gremiales; de las cuales se hace eco el Código de Napoleón de 1810 que castiga como delito a las asociaciones. “La inquina —dice agudamente Pérez Royo— al ejercicio del derecho de asociación

<sup>8</sup> Stein, Ekkehart (1973). *Derecho Político* (trad. F. Sainz M. y estudio de F. Rubio Llorente). Madrid: Edit. Aguilar, p. 150.

lo era contra el ejercicio de dicho derecho en su vertiente política y, sobre todo, sindical. La constitución de asociaciones que pudieren insertarse como intermediarios entre el ciudadano y el Estado, en el primer caso, y que pudieren incidir en la relación contractual entre el empresario y el trabajador, en el segundo, es lo que convertía a estas asociaciones en intelectual y prácticamente repugnantes para la mentalidad individualista dominante en el momento de la inicial puesta en marcha del Estado Constitucional<sup>9</sup>. En el constitucionalismo liberal burgués las sociedades civiles y comerciales, no son fruto del derecho de asociación sino de la tradicional “libertad de industria y comercio”.

De este modo, ante la desconfianza del constitucionalismo liberal por el asociacionismo, sólo tardíamente se reconoce en los catálogos de derechos estas libertades, ligadas incluso al mutualismo o al sindicalismo más tarde. También muy tarde el constitucionalismo liberal admite el reconocimiento de los partidos políticos y muy a regañadientes el “Estado de Partidos” o democracia de partidos. En particular en Chile, el derecho de asociación se incorpora al catálogo de derechos de la Constitución pelucona de 1833 con la reforma de 1874 (artículo 12 Nº 6) y los derechos de asociación política y sindicación se incorporan con la reforma de 1971 o Estatuto de Garantías a la Constitución de 1925 (art. 9 nuevo y Nº 14 del artículo 10 nuevo incorporado por Ley Nº 17.398).

Además, debemos destacar que la naturaleza del derecho de asociación y su ligazón con el derecho de asociación gremial ha dado origen a un interesante debate en la doctrina germana. Para Kaskel, el derecho de asociación gremial (profesional) es una especie del derecho de asociación general, que da cobertura a constituir personas jurídicas o colectivas con diverso estatuto legal y fines. En cambio, Nipperdey sostiene que la libertad de asociación gremial es un derecho fundamental especial, que confiere la facultad de constituir asociaciones de diversos fines compatibles con el derecho. Además, el derecho de asociación plantea problemas gruesos acerca de la personificación y los atributos de la personalidad, que también son abordados desde perspectivas privatistas<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Pérez Royo, Javier (1999). *Curso de Derecho Constitucional*. 6º Ed. Madrid-Barcelona: Edit. M Pons, p. 450.

<sup>10</sup> En términos generales es útil el libro de Garrigou Lagrange, J. M. (1974). *Asociaciones y poderes públicos*. Madrid: Edit. IEP, y de Lucas Murillo de la Cueva, E. (1996). *El derecho de Asociación*. Madrid. Garrigou nos recuerda que el asociacionismo en Francia tiene su punto de partida con la Ley de 1º de julio de 1901 sobre contrato de asociación, definido este como “el pacto

Lo cierto es que la configuración constitucional de nuestro derecho de asociación (separado del derecho de asociación política y del derecho de sindicación del art. 19 Nº 19 C.P.R.), basado en un explícito principio de pluralismo social, nos permite diferenciar claramente la libertad positiva de la libertad negativa, la primera reforzada por la garantía de personalidad jurídica en conformidad a la ley y la segunda reforzada por el mandato de prohibición del inciso 4º del Nº 16 del art. 19 C.P.R.

De esta suerte, la libertad positiva se ejerce, sin permiso previo, junto a otras personas naturales o jurídicas, dándose reglas y fines comunes, obteniendo personalidad jurídica en conformidad a la ley, la que arbitra diversos estatutos, fundados en un pacto genético o concurso de voluntades (lo que da pie para distinguir entre asociaciones de hecho y de iure); y la libertad negativa redonda en la garantía de no obligatoriedad de pertenecer a asociación alguna. En el fondo, la libertad positiva comprende un “derecho de autoorganización” (Pérez Royo) que le da cobertura a sus acuerdos, reglamentaciones interna corporis acta y estatutos en general. A tales dimensiones, se suma la garantía de una norma o mandato de prohibición enderezado a las asociaciones contrarias a la “moral, al orden público y a la seguridad del Estado”, con una necesaria y amplísima, por el uso de conceptos jurídicos indeterminados, remisión al legislador (civil, mercantil y penal) de desarrollo de este mandato<sup>11</sup>.

Esta configuración constitucional del binomio de libertades positiva y negativa, importa dar cobertura a un derecho interno corporis (derecho infra estatal y sub lege, propiamente ordinamentalista, usando el concepto de Santi Romano) de las asociaciones constituidas en conformidad a la ley,

por el cual dos o más personas ponen en común de manera permanente sus conocimientos y su actividad con un fin distinto al reparto de beneficios”, diferenciando a estas asociaciones-corporaciones de las sociedades. En particular sobre colegiación y sanciones es útil el libro de López González, José Luis (2001). *Los Colegios Profesionales como Corporaciones de Derecho Público: un estudio en clave constitucional*. Valencia: Edit. Nomos, pp. 127-143, 157-166.

<sup>11</sup> En nuestro medio, Lautaro Ríos introduce, usando categorías discutibles en el Derecho Constitucional del país, el derecho de asociación en la doctrina de las garantías institucionales y de instituto de Martin Wolf y Carl Schmitt, distinguiendo entre libertad asociativa aplicable a las “sociedades voluntarias” y garantía institucional, que cautela la esencia del derecho fundamental aplicable a las “asociaciones necesarias”. Consultar: “Las Asociaciones, el Derecho de Asociación y los Colegios Profesionales”, en XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, F. de Derecho, U. de Valparaíso, 1999, 2 vol., Tomo I, pp. 141-158. De Schmitt, Carl (1982). *Teoría de la Constitución* (trad. F. Ayala y epílogo de M. García Pelayo). Madrid: Alianza Edit., pp. 175-179, que pone en evidencia en el contexto de Weimar la funcionalidad ideológica de categorías como las garantías institucionales y de instituto, para oponerse al, en principio, temido legislador democrático.

que comprende los diversos aspectos de la vida social o gremial, incluida su “jurisdicción doméstica”<sup>12</sup>. A nuestro juicio, la reforma constitucional dota a los colegios profesionales de una “jurisdicción” más que “doméstica” frente a sus miembros, al devenir los colegios en personas jurídicas que ejercen una función pública ope Constitutione.

Es menester tener presente que la Constitución establece la libertad de asociación (Nº 15 del art. 19 C.P.R.) en congruencia con el principio de pluralismo social del art. 1º que reconoce y ampara los cuerpos intermedios de la sociedad civil y su autonomía. La libertad de asociación tiene su antecedente en el Nº 9 del art. 1º del Acta Constitucional Nº 3 (D.L. Nº 1552 de 1976), a la que se agregaba en el Nº 20, inciso 6º que la “colegiación será obligatoria en los casos exigidos por la ley, la cual sólo podrá imponerla para el ejercicio de una profesión universitaria”; texto finalmente suprimido de la Carta por el constituyente autoritario de 1980. Incluso más un precepto similar a este del Acta Constitucional Nº 3 estaba contenido en los anteproyectos de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (CENC) y del Consejo de Estado, y fundando la Comisión la colegiación de profesiones universitarias argumenta: “Sólo por excepción, y al tratar de la libertad de trabajo, hemos estimado conveniente establecer que para el ejercicio de aquellas profesiones universitarias que señale la ley es obligatoria la colegiación, excepción que se justifica plenamente por la naturaleza, importancia y responsabilidad que implica el ejercicio de una profesión y por las facultades jurisdiccionales que en materia de ética profesional se entrega a los respectivos colegios” (“Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos”, p. 99).

A pesar de la libertad negativa plena y de la libertad de las profesiones consagrada en nuestra Constitución, en nuestro medio se ha planteado por el jurista Lautaro Ríos la inconstitucionalidad del D.L. Nº 3621, de 1981, que convierte los tradicionales colegios profesionales en asociaciones gremiales regidas por el D.L. Nº 2757, de 1979, en consonancia con la prohibición de colegiación obligatoria, privando a los colegios de la tuición ética y de la potestad de dictar aranceles, fundando la inconstitucionalidad de estos

<sup>12</sup> Muñoz B., Ana María: “Las Jurisdicciones Domésticas a través de las Sentencias de Protección”, XXX Jornadas, ob. cit., Tomo II, pp. 327-347.

cuerpos legales en su contradicitoriedad temporal con Nº 20 del art. 1º del Acta Constitucional Nº 3 y con el inciso 3º del art. 1º C.P.R<sup>13</sup>.

La reforma sobre tuición ética de los colegios profesionales concierne a la libertad de trabajo en general y a la libertad de elección de profesiones y oficios del Nº 16 del art. 19 C.P.R. En este contexto, debemos distinguir entre la elección de profesiones y oficios y el ejercicio de estas, y la necesaria conexión de esta libertad con el derecho a la educación, libertad de enseñanza y con la libertad económica de los Nº 10,11 y 21 del artículo 19. De esta suerte, la libertad de elección profesional sólo puede limitarse por la “fuerza impidiante de la realidad” o si se prefiere, por razones de estricta organización, como ocurre con los *numerus clausus*, ya que esta libertad forma parte del “desarrollo humano, del desarrollo vocacional de la personalidad, y por lo tanto, no puede ser sometida a trabas” (Tolivar); pero el ejercicio profesional puede ser sometido a un amplio abanico de limitaciones, pues se salvaguarda la competencia o solvencia profesional, para impedir “daños masivos a terceros”. Además, se cautela la “imagen profesional” en virtud de la cual cada actividad profesional se identifica socialmente con una imagen típica asumida por la población, que incluye las funciones tradicionales de una profesión, condiciones de idoneidad, presupuestos económicos y límites convencionales de dicha actividad<sup>14</sup>.

También la distinción entre libertad profesional y ejercicio de esta, tiene especial importancia tratándose de profesiones tituladas en las que el Estado tiene cometidos irrenunciables. El más básico es la colación de grados, ya que le corresponde “... inexcusablemente fijar qué profesiones exigen título facultativo y no pueden ejercerse sin una garantía oficial de suficiencia, y asimismo le compete, con exclusiva indisputable, establecer las condiciones en que podrá obtenerse el certificado que acredite haber demostrado la destreza apetecible para la función de que se trate” (Pérez Serrano, p. 635). Consiguientemente la Ley Nº 18.962 orgánica constitucional de Enseñanza junto con establecer el reconocimiento oficial

<sup>13</sup> Ríos Álvarez, Lautaro (1996). “Los Colegios Profesionales”, en RDP Nº 59, U. de Chile, pp. 185-205.

<sup>14</sup> Tolivar Alas, Leopoldo (1991). “La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio”, en el libro coordinado por S. Martín Retortillo. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. 5 vol., tomo II, “De los Derechos y Deberes Fundamentales”. Madrid: Edit. Civitas, pp. 1337-1370. También Villar Palasí y Villar Ezcurra. “La libertad constitucional del ejercicio profesional”, ob. cit. pp. 1371-1413.

de la educación superior (Título III) dispone que los establecimientos de este nivel (centros de formación técnica, institutos profesionales, universidades y academias) otorgarán títulos técnicos de nivel superior, títulos profesionales y grados académicos, fijando los mínimos (arts. 29 y 31), e identificando las profesiones tituladas que requieren de grado de licenciado (art. 52).

En la reforma comentada, el control ético de las profesiones por colegios constituidos en conformidad a la ley (asociaciones gremiales), distingue dos situaciones: la de los profesionales colegiados y la de profesionales que no pertenecen a un colegio. En la primera situación, se le otorga al propio colegio profesional respectivo, en primera instancia, la facultad de conocer de las reclamaciones que se interpongan por conductas contrarias a la ética profesional de sus asociados. Estas decisiones de control ético pueden ser apeladas ante las Cortes de Apelaciones respectivas. En la segunda situación, los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales que se deben crear por ley a este efecto. La disposición transitoria (20<sup>a</sup>) sustituye temporalmente a los tribunales especiales que deben crearse, por los tribunales ordinarios y mientras no exista esa ley. Desde una perspectiva de *lege ferenda* es toral respetar el principio de igualdad constitucional, sus derechos y garantías, en particular asegurando que el derecho material (ética de las profesiones) sea común o posea estándares comunes, y la presencia en los tribunales especiales que establezca la ley de jueces escabinos con conocimientos en la *lex artis* y en la ética de las profesiones particulares, evitando así un incentivo perverso a la desafiliación a los colegios profesionales.

Finalmente anotamos que la reforma establece un mandato implícito de habilitación al legislador para someter a los colegios profesionales a un estatuto distinto al de las asociaciones gremiales. Este mandato de habilitación está en consonancia con la libertad de asociación y con el deber del Estado de reconocer y amparar a los cuerpos intermedios de la sociedad civil así como asegurar su autonomía (art. 1º C. P.R.), de suerte que se pueden imponer limitaciones, más allá del campo de las “asociaciones prohibidas”(inciso 4º del N° 15 del art. 19 C.P.R.), que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los

derechos de los demás (art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 16 del Pacto de San José de Costa Rica)<sup>15</sup>.

Este estatuto distinto para los colegios profesionales es consecuencia directa además de un alcance de la reforma constitucional al dotar a estos colegios de una finalidad pública o estatal: velar por la ética, decoro y competencia profesional de los integrantes de una orden. Ello arranca de la distinción misma entre personas jurídicas de derecho privado y de derecho público que, para privatistas clásicos como Ferrara y Coviello, señalan para las personas jurídicas públicas el carácter de instituciones creadas para satisfacer un “interés especial, dotadas de capacidad pública” para velar por las profesiones, disciplina, decoro, entre otros fines, participando así en la “vida pública” y colaborando con una función del Estado<sup>16</sup>. En consecuencia, a nuestro juicio, los colegios profesionales en virtud de la reforma devienen en personas jurídicas cooperadoras del Estado en una función pública: la guarda de la ética profesional y la competencia de las profesiones de sus afiliados o miembros.

Por último, resulta de interés traer a este comentario la Opinión Consultiva sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que interpreta los art. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la compatibilidad con dicho tratado de la Ley Nº 4.420 de la república de Costa Rica que establece colegiación obligatoria para ejercer el periodismo. En lo pertinente y extractadamente la Opinión Consultiva señala:

68. La Corte observa que la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención, sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios,

<sup>15</sup> Consultar a Silva Bascuñán, Alejandro (1989). *Los Colegios Profesionales en la Constitución*. XVI Revista Chilena de Derecho, Nº 2, PUC, y de Argandoña, Daniel Manuel (1980). *Algunas consideraciones sobre los Colegios Profesionales*. Revista de Derecho Público, Nº 27, II. de Chile.

<sup>16</sup> Ferrara, Francisco (1929). *Teoría de las personas jurídicas* (trad. E. Ovejero y Maury). Madrid: Edit. Reus, pp. 360-414, 698-701. También Coviello, Nicolás (1938). *Doctrina General del Derecho Civil* (trad. De F. De J. Tena de la 4<sup>a</sup> edición italiana). México DF: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, pp. 221-222.

es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.

69. Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse.

En ese sentido, la Corte adhiere a las ideas expuestas por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, señaló: Que el propósito de las altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas, con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino (...) establecer un orden público común de las democracias libres de Europa, con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideales, libertad y régimen de derecho. (“Austria vs. Italy”, Application N° 788/60, *European Yearbook of Human Rights* (1961), Vol 4, p. 138.)

También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información.

70. La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

71. Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podrá suceder con otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano.

72. El argumento según el cual una ley de colegiación obligatoria de los periodistas no difiere de la legislación similar, aplicable a otras profesiones,

no tiene en cuenta el problema fundamental que se plantea a propósito de la compatibilidad entre dicha ley y la Convención. El problema surge del hecho de que el artículo 13, expresamente, protege la libertad de “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (...) ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa (...).” La profesión de periodista —lo que hacen los periodistas— implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención.

76. La Corte concluye, en consecuencia, que las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta.

79. En consecuencia, la Corte estima que la libertad e independencia de los periodistas es un bien que es preciso proteger y garantizar. Sin embargo, en los términos de la Convención, las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser las “necesarias para asegurar” la obtención de ciertos fines legítimos, es decir, que no basta que la restricción sea útil (*supra*, 46) para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir, que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención. En este sentido, la colegiación obligatoria de los periodistas no se ajusta a lo requerido por el artículo 13.2 de la Convención, porque es perfectamente concebible establecer un estatuto que proteja la libertad e independencia de todos aquellos que ejerzan el periodismo, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad.

80. También está conforme la Corte con la necesidad de establecer un régimen que asegure la responsabilidad y la ética profesional de los periodistas y que sancione las infracciones a esa ética. Igualmente considera que puede ser apropiado que un Estado delegue, por ley, autoridad para aplicar sanciones por las infracciones a la responsabilidad y ética profesionales. Pero, en lo que se refiere a los periodistas, deben tenerse en cuenta las restricciones del artículo 13.2 y las características propias de este ejercicio profesional a que se hizo referencia antes (*supra* 72-75).

81. De las anteriores consideraciones se desprende que no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio

del periodismo a quienes no sean miembros del Colegio y limite el acceso a este a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir información e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas<sup>17</sup>.

Ciertamente, la Opinión Consultiva extractada, así como sus votos particulares, dejan a salvo de la norma incorporada por la reforma al N° 16 del art. 19 C.P.R. de una eventual contradicción con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que la doctrina y jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, admite como plenamente compatible con el sistema interamericano de derechos, más aún imperando la libertad de asociación negativa (libertad de colegiación) y libertad de elección de profesiones u oficios, la imposición por ley o por la Constitución de un régimen de responsabilidad ética disciplinaria para los profesionales colegiados o no. En la especie, este régimen de responsabilidad ética disciplinaria de profesiones es ope Constitutione, y llamada a regir in actum.

### III. DERECHO DE REUNIÓN

En el plano de las definiciones, el derecho de reunión del artículo 19 N° 13 de la Constitución, es un derecho fundamental de naturaleza dual: civil y político, distinción fundada en los fines, motivos e intereses de las personas congregadas o reunidas, como bien lo señala un jurista clásico como Nicolás Pérez Serrano. Se define el derecho de reunión como “la facultad de toda persona para agruparse voluntaria, tranquila y transitoriamente con otras, en un lugar y con un fin determinado...” (M.A. Núñez)<sup>18</sup>.

Por otra parte, el texto del artículo 19 N° 13 de la Constitución responde a dos fórmulas tradicionales, a saber:

<sup>17</sup> Para consultar la doctrina jurisprudencial de la Corte y del sistema interamericano, el libro coordinado por García Ramírez, Sergio (2001). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: UNAM-CIDD.HH., pp. 963-986.

<sup>18</sup> Pérez Serrano, Nicolás (1976). *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Edit. Civitas, Reed. 1977. De Manuel A. Núñez, ob. cit., p. 217.

1. La fórmula de la Constitución belga de 1832 que consagra el derecho a reunirse “pacíficamente sin permiso previo y sin armas”, lo que refleja la repulsa a reuniones con fines no pacíficos y a la formación de milicias o de grupos paramilitares, que lesionen el monopolio del uso de la fuerza y su dimensión instrumental dada por la posesión o tenencia organizada y profesional de las armas, como ocurre con la fuerza pública y las fuerzas armadas, y que se traduce en la recepción de bienes jurídicos penales en nuestra legislación penal y de control de armas.
2. La fórmula de que las “reuniones públicas” (realizadas en plazas, calles y demás lugares de uso público) se someterán a las “disposiciones generales de policía”, reserva reglamentaria que hace excepción a la garantía de reserva de ley, tratándose del desarrollo infraconstitucional de derechos fundamentales.

En cuanto a esta segunda fórmula, el Anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución propuso la fórmula del artículo 1º Nº 4 de la Constitución de 1925 reformada en 1971 (Ley Nº 17.398, conocida como la reforma constitucional del “estatuto de garantías”), y en cambio el Anteproyecto del Consejo de Estado propuso la fórmula regresiva del texto original de la Constitución de 1925, en orden a someter las “reuniones públicas” a las “disposiciones generales de policía”, fundado en que correspondía al Presidente de la República el resguardo del orden público, no pudiendo quedar entregada esta materia a la ley<sup>19</sup>.

Desde el punto de vista dogmático, el derecho de reunión nos presenta diversos alcances, que preocupan a autores tradicionales que ligan el derecho de reunión al de la libertad de movilización o bien a libertad de opinión<sup>20</sup>.

En relación a su contenido, podemos situar el derecho de reunión dentro del conjunto de libertades para cuyo ejercicio se requiere la concurrencia de distintas voluntades: nos encontramos ante un derecho individual de ejercicio colectivo. Se trata, a pesar de ser un derecho dual como lo expresamos, de un derecho predominantemente del “ámbito político”

<sup>19</sup> Cea Egaña, José Luis. Ob. cit., pp. 397-398.

<sup>20</sup> Verdugo, M. y otros (1994). *Derecho Constitucional*. 2 vol., T.I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 260-262.

como lo son también los de libertad de expresión e información, derecho de asociación, participación política y petición (López González)<sup>21</sup>.

De esta manera, los derechos de “ámbitos políticos” serían un corolario de los de libertad personal. Los primeros completan a los segundos “proyectando el ejercicio de las libertades individuales sobre la libertad colectiva”<sup>22</sup>.

El jurista español Francisco Fernández Segado entiende que el derecho de reunión ha de ser situado entre los derechos “que se orientan a fortalecer la vertiente social y comunitaria de la persona, tradicionalmente ignorada por la filosofía política enormemente individualista del liberalismo”<sup>23</sup>.

Tal vez esta connotación política ha llevado a la doctrina en épocas pasadas a considerar que el derecho de reunión es un derecho político sin más prescindiendo de otros caracteres que, a nuestro juicio, forman parte de una libertad de naturaleza jurídica compleja o dual como la de reunión.

En este sentido, Prieto Sanchís ha clasificado al derecho de reunión entre los que denomina “derechos de autonomía”, entendiendo por tales los que “tienen por finalidad garantizar un ámbito de inmunidad y no sujeción del individuo”; por ello, “se configuran como obligaciones negativas o de abstención; o lo que es igual, su satisfacción exige una conducta pasiva y de no interferencia por parte de los sujetos obligados”<sup>24</sup>.

Por lo dicho, es acertado López González al sostener: “Tradicionalmente se ha venido entendiendo que la libertad de reunión, al igual que otros derechos y libertades próximos a ella, exigía una mera actitud abstencionista por parte del Estado. Sin embargo, la trascendencia de un derecho como el de reunión, imprescindible en un Estado democrático y que supone una referencia básica indicativa de la situación de las libertades en general, ha llevado progresivamente a su protección positiva por parte de los poderes públicos”. Agrega este joven jurista español: “Cabe más bien tratar de delimitar lo que puede ser la reunión a través de una serie de rasgos o elementos que operan a modo de presupuestos necesarios para

<sup>21</sup> López González, José Luis (1995). *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*. Madrid: Edic. Ministerio de Justicia e Interior, p. 98.

<sup>22</sup> López Guerra, Luis y otros (1994). *Derecho Constitucional*. 2 vol. y 1 suplemento. T. I. Valencia: Edit. Tirant le Blanch, p. 280.

<sup>23</sup> Fernández S., Francisco (1992). *El sistema constitucional*. Madrid: Dikinson, p. 371.

<sup>24</sup> Prieto Sanchís, Luis (1990). *Estudio sobre derechos fundamentales*. Madrid: Edit. Debate, p. 133.

identificar determinadas situaciones o actos como reuniones. Así, es ya clásica la definición de Claude-Albert Colliard en el sentido de que por reunión habría que entender aquella agrupación de personas organizada o susceptible de serlo, discontinua y momentánea que se produce además con unas finalidades específicas: la defensa de intereses, el intercambio o exposición de ideas o bien la publicidad de problemas”<sup>25</sup>.

A partir de esta definición dual del derecho de reunión civil y político, aunque predominantemente del “ámbito político”, podemos extraer siguiendo a López González cuatro elementos o presupuestos básicos que están en el origen del concepto de reunión:

- a) El elemento personal. Se trata de una agrupación de personas. Es un derecho de carácter individual, una libertad que corresponde a cada ciudadano pero cuyo ejercicio es necesariamente colectivo. Es un derecho que se ejerce “con otros” en un evidente proceso de interacción. Observa López Gonzalez: “Pero, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en su STC 25/1981, de 14 de marzo (F. J.5), los derechos fundamentales son algo que los derechos subjetivos: “(...) son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”.
- b) Elemento finalista. La reunión no constituye un encuentro casual, una mera aglomeración espontánea de personas. A la libertad de reunión le resulta inherente un elemento finalista: la concertación previa entre los reunidos que pretenden lograr con la reunión un objetivo u objetivos concretos relacionados con la defensa de intereses comunes, el intercambio de ideas o incluso la publicidad de problemas.

La concertación hace referencia a la voluntad coincidente de un conjunto de personas que deciden libremente reunirse en un momento y lugar determinados para una finalidad lícita igualmente concreta. Precisamente estas características permiten distinguir las reuniones de otro tipo de actos de mera agregación espontánea. Los sujetos que ejercen el derecho son conscientes de la reunión a la que asisten y de su finalidad. Por ello,

<sup>25</sup> López González, J. L. Ob. cit., pp. 100 y 135.

está presente en todo momento la nota de la voluntariedad. Precisa los términos: reunión-espectáculos López González al señalar: “Si existirá, por el contrario, una voluntad individual de concurrir al espectáculo, pero en ningún caso concertación tal y como hemos definido ya esta característica. Es decir, los asistentes no se conciernen entre sí para intercambiar ideas, dar publicidad a determinados problemas o defender concretos intereses. Nos parece entonces que pueda suscitar demasiadas dudas la distinta naturaleza de los espectáculos en relación a las reuniones en sentido estricto”.

c) El elemento objetivo. El elemento objetivo viene determinado por el lugar específico en el que se celebra la reunión. En relación al elemento objetivo, Fernández Segado ha considerado que “atiende al lugar de celebración de la reunión, que ha de ser público, pues las reuniones que no se celebren en tales lugares (sean recintos cerrados o lugares de tránsito público) no serán objeto del derecho de reunión”.

Tras esta afirmación late la relación entre libertad de reunión e inviolabilidad del domicilio. De esta forma, si no nos encontramos ante una reunión en lugar público, es decir, si la reunión se lleva a cabo en un domicilio particular, por ejemplo, no estaremos en presencia de la libertad de reunión sino ante una manifestación del derecho a la intimidad personal o privacidad.

d) El elemento temporal. La reunión se caracteriza por la nota de la transitoriedad. En efecto, a diferencia de la asociación que se distingue por la existencia de un vínculo permanente en el tiempo entre los asociados, la reunión tiene una duración específica, determinada. Agrega López González: “La conclusión de la reunión supone la ruptura del vínculo que unía a los reunidos. Una nueva reunión, incluso de las mismas personas, supondrá el nacimiento de un nuevo vínculo temporal. En consecuencia, incluso en las reuniones celebradas por los miembros de una asociación deberemos distinguir entre el hecho asociativo que incorpora un elemento espiritual de unión entre los partícipes con independencia de que estén o no reunidos, y la reunión misma que mantiene su independencia como libertad al servicio de la asociación, conservando así su transitoriedad característica”.

Sólo resta destacar que el derecho de reunión en esta dimensión colectiva, que lo conecta fuertemente con el ámbito político, no deja de ser un derecho también civil, que en ocasiones puede mirar sólo al interés privado de los congregados o reunidos. Es acertado entonces Nogueira Alcalá al sostener:

“Este es un derecho individual con una clara proyección social y de ejercicio colectivo que requiere de la colaboración y apoyo de otras personas para poder concretarse, ya que sólo puede ejercerse en conjunto con otros individuos, siendo un instrumento a través del cual los diversos grupos sociales pueden expresar y demandar sus fines e intereses. En tal sentido, este derecho tiene un aguzado perfil y vertiente política”. Agrega este autor la conexión del derecho de reunión con otros derechos fundamentales: “Para parte de la doctrina comparada, se considera al derecho de reunión como una manifestación colectiva de la libertad de expresión, en la medida que posibilita la libre discusión de ideas y su publicidad, mientras en la doctrina norteamericana se le considera un desdoblamiento del derecho de petición, en la medida que, para ejercer este último, se entiende como esencial a la idea de gobierno republicano o de que las personas puedan reunirse pacíficamente para tratar asuntos públicos”<sup>26</sup>.

El corolario de lo expresado en esta dimensión dual del derecho de reunión, aunque con predominio de lo político, que nos lleva a estudiarlo como un derecho político más, la estrecha conexión con el sistema democrático pluralista. En palabras de Nogueira Alcalá: “Puede sostenerse que el derecho de reunión es un *derecho instrumental del principio democrático participativo*, en la medida en que es el vehículo que posibilita canalizar la libertad de opinión, la libertad religiosa, formular peticiones, hacer presente demandas e intereses de determinados sectores sociales o políticos, como asimismo solicitar reparación de daños o lesiones causadas. El derecho de reunión no es sólo un derecho de autonomía que se contenta con la abstención estatal, este derecho fundamental requiere de un rol activo del Estado que no se contenta con no interferir en el ejercicio del mismo, sino que requiere que adopte medidas positivas destinadas a garantizar efectivamente la práctica y ejercicio efectivo del derecho, incluso en la relación entre individuos, para impedir que unos obstaculicen o impidan mediante contramanifestaciones el desarrollo del derecho de otros miembros de la sociedad a reunirse o manifestarse, aunque estos últimos sean minoritarios. En tal sentido, recae en la autoridad gubernativa asegurar, mediante la protección de las fuerzas de orden y seguridad públicas, el ejercicio del derecho fundamental de reunión dentro del marco del Estado constitucional democrático”<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Nogueira Alcalá, H. Ob. cit., p. 524.

<sup>27</sup> Nogueira Alcalá, H. Ob. cit., p. 524.

Por todo ello, con López González es menester distinguir entre reuniones y espectáculos públicos o meras aglomeraciones de personas, como antes se ha explicado. En nuestro país, la legislación ha reconocido los espectáculos públicos como distintos al derecho de reunión, como ocurre con la Ley Nº 19.327 que regula concentraciones en los estadios con ocasión de los espectáculos de fútbol profesional. Asimismo, tales espectáculos públicos pueden realizarse en lugares abiertos al público, pero privados y no en rigor en lugares de “uso público”. En el mismo sentido, insiste Nogueira Alcalá: “En efecto, la reunión a diferencia del simple encuentro o de una aglomeración de personas requiere de un mínimo de organización y convocatoria con fines precisos y determinados, de los cuales carecen el encuentro casual o la aglomeración. A su vez, el hecho de concretarse la reunión por un lapso limitado y breve, que puede durar algunos minutos u horas, vale decir, tiene un carácter momentáneo, lo que la diferencia de una *asociación*, la que tiene las mismas características de una reunión pero se diferencia por juntarse organizadamente en forma permanente y no momentáneamente, permaneciendo los objetivos del grupo aunque desaparezca el contacto físico de las personas a diferencia de lo que ocurre en la reunión, como lo analizaremos cuando tratemos el derecho de asociación”<sup>28</sup>.

Un tratamiento distinto exige la reunión en lugares privados, como son el domicilio, la oficina profesional, entre otros lugares; está fuertemente interrelacionada con los derechos a la inviolabilidad del hogar y la protección de la vida privada de las personas, la que evidencia la importancia del carácter dual de este derecho, ya que es en este campo donde se despliega su dimensión civil, y en donde no cabe reserva reglamentaria, sino una estricta reserva de ley. Lamentablemente, la Constitución, como ocurre en forma generalizada en el derecho constitucional comparado democrático, tiende a regular fundamentalmente el derecho de reunión en lugares de uso público y la somete a reserva reglamentaria.

Por ello coincido con la crítica de constitutione ferenda que realiza Nogueira Alcalá a la reserva reglamentaria del derecho de reunión en lugares públicos y su contradicción con estándares garantistas del derecho internacional de los derechos humanos. Señala Nogueira Alcalá: “El derecho de reunión como todos los demás derechos fundamentales están garantizados normativamente por el *principio de reserva legal* exigido para la regulación y restricción del ejercicio de derechos como lo exigen las convenciones

<sup>28</sup> Nogueira Alcalá, H. Ob. cit., p. 525.

internacionales de derechos humanos, específicamente la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 15º, constituyendo una vulneración evidente de dichas obligaciones internacionales, el entender el texto constitucional que dispone que el ejercicio del derecho de reunión en lugares públicos se *regirá “por las disposiciones generales de policía”*, en el sentido de que el derecho fundamental analizado pueda estar sometido a las regulaciones administrativas de autoridades gubernativas (Ministerio del Interior, intendentes y gobernadores) como establece alguna jurisprudencia de tribunales ordinarios o alguna parte de la doctrina al interpretar el inciso 2º del artículo 19 Nº 13 de la Carta Fundamental. Dicha interpretación vulnera tanto el derecho de reunión mismo contenido en el artículo 15 de la Convención Americana antes transrito, como los artículos 1º y 2º de la misma, los cuales exigen a los estados partes, asegurar y garantizar los derechos en los términos establecidos por la Convención, derechos que son de ejecución directa e inmediata, como asimismo, si no estuvieren asegurados al momento de ratificar dicho tratado, el Estado parte debe adecuar su ordenamiento jurídico a las obligaciones convencionales, ordenamiento que parte desde la Constitución misma, como ya lo determinó la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso “La última tentación de Cristo”<sup>29</sup>.

Finalmente, la regulación infraconstitucional del derecho de reunión que precisa sus contornos de licitud, debe ser en la imposición de límites congruente con el sistema democrático pluralista en funcionamiento. Asimismo, las regulaciones y restricciones al ejercicio del derecho de reunión, deben cumplir el requisito exigido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de “que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”. Por otra parte, subraya Nogueira Alcalá: “... las regulaciones legales nunca pueden establecer como requisito para ejercer el derecho el de obtener un permiso previo de la autoridad gubernativa, ya que ello afecta el contenido esencial del derecho de reunión tal como lo establece la Carta Fundamental”<sup>30</sup>.

En este mismo orden de ideas es menester precisar que en nuestro país las “disposiciones generales de policía” (D.S. Nº 1.086 de M. del Interior, de 1983) establecen como mecanismo de control de orden y seguridad pública

<sup>29</sup> Nogueira Alcalá, H. Ob. cit., pp. 529-530.

<sup>30</sup> Nogueira Alcalá, H. Ob. cit., p. 531. De M. A. Núñez, ob. cit., pp. 220-221.

de las reuniones públicas el “aviso previo” a la autoridad de gobierno interior, la que podrá prohibir, fundada y razonablemente la reunión. Precisando el alcance de la preaventura y los límites de esta atribución de gobierno interior, M. A. Núñez señala muy atinadamente: “No está demás traer aquí a colación un principio de derecho público que sirve para proteger a todas las libertades fundamentales, nos referimos al *principio o prohibición de la arbitrariedad*. La aplicación de este principio ya ha quedado insinuada al referirnos a la razonabilidad o sensatez de la exigencia del aviso previo y que se manifiesta en la incompetencia de la autoridad para exigir avisos cada vez que no concurre la *ratio* que justifica la obligación de preaventirla. Esta última no es otra cosa que la posibilidad de un desorden público con ocasión de la reunión. Por otra parte, resulta también necesario recordar que las facultades de la autoridad se encuentran sometidas a importantes limitaciones: ella debe tener la obligación de responder fundadamente dentro de un lapso razonable y no debe encontrarse habilitada para prohibir *a priori* las reuniones en los lugares abiertos al público. Sólo de esta manera se garantiza el adecuado respeto por la libertad de reunión. Excepcionalmente, el régimen de preaventura a la autoridad administrativa puede extenderse a las reuniones masivas en lugares privados pero abiertos al público. Este puede ser el caso de las concentraciones que se producen con ocasión de espectáculos deportivos o artísticos, situaciones en que no sólo resulta necesario resguardar el orden público (especialmente cuando finaliza el espectáculo) sino también la seguridad e integridad de los participantes”.

#### **IV. CONCLUSIONES: ALGUNOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS Y JURISPRUDENCIALES**

A título de conclusiones del abordaje propedéutico de los derechos de asociación y de reunión, nos parece útil retomar la definición dual, ya que con plasticidad sitúa a estos derechos en los planos individual y colectivo en que se desenvuelven, los fines e intereses privados y públicos concernidos, y la mayor o menor organización que importan en cuanto agregaciones voluntarias de personas, en prosecución de fines individuales o colectivos.

Por otra parte, en la perspectiva Constitutione ferenda, parece superada en gran parte la vieja cuestión de la colegiación obligatoria y de la tuición ética de las profesiones, quedando estos temas entregados hoy más bien

al desarrollo legislativo del derecho de asociación. Subsiste en relación al derecho de reunión, primero sustantivamente diferenciar entre la reunión y el espectáculo público, y segundo, la necesidad de introducir para el desarrollo infraconstitucional del derecho de reunión la garantía normativa de reserva de ley, de suerte que la regulación, y límites que se introduzcan al ejercicio del derecho en lugares de uso público, y en lugares de acceso público o en lugares privados, para la conservación del orden público y la seguridad pública, o los derechos de terceros, quede subordinado a la decisión de la “ley parlamentaria”, a la representación política y en último término al consenso que dichas formas imponen.

### **BIBLIOGRAFÍA CITADA:**

- Aldunate Lizana, Eduardo (2008). *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishings.
- Argandoña, Daniel Manuel (1980). *Algunas consideraciones sobre los Colegios Profesionales*. Revista de Derecho Público, Nº 27, U. de Chile.
- Bulnes Aldunate, Luz (1981). *La libertad del trabajo y su protección en la Constitución de 1980*. En XI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Facultad de Derecho, U. de Chile, en R.D.P. Nº 29-30, pp. 121-138.
- Cea Egaña, José Luis (2004). *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías*. T. II. Santiago: Ed. Universidad Católica.
- Coviello, Nicolás (1938). *Doctrina General del Derecho Civil* (trad. De F. De J. Tena de la 4<sup>a</sup> edición italiana). México DF: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Fernández S., Francisco (1992). *El sistema constitucional*. Madrid: Dikinson.
- Ferrara, Francisco (1929). *Teoría de las personas jurídicas* (trad. E. Ovejero y Maury). Madrid: Edit. Reus.
- García Ramírez, Sergio (2001). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: UNAM-CIDD.HH.
- Garrigou Lagrance, J. M. (1974). *Asociaciones y poderes públicos*. Madrid: Edit. IEP.
- López González, José Luis (1995). *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*. Madrid: Edic. Ministerio de Justicia e Interior.
- López González, José Luis (2001). *Los Colegios Profesionales como Corporaciones de Derecho Público: un estudio en clave constitucional*. Valencia: Edit. Nomos.

- López Guerra, Luis y otros (1994). *Derecho Constitucional*. 2 vol. y 1 suplemento. T. I. Valencia: Edit. Tirant le Blanch.
- Muñoz B., Ana María (1999). *Las Jurisdicciones Domésticas a través de las Sentencias de Protección*. En XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, F. de Derecho, U. de Valparaíso, Tomo II, pp. 327-347.
- Murillo de la Cueva, Enrique Lucas (1996). *El derecho de Asociación*. Madrid.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2008). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. T. II. Santiago de Chile: CECOCH-Librotecnia.
- Núñez, Manuel Antonio (1997). “Las libertades de reunión y asociación”. En VV. AA., *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso: Edeval, pp. 214-238.
- Pérez Royo, Javier (1999). *Curso de Derecho Constitucional*. 6º Ed. Madrid-Barcelona: Edit. M. Pons.
- Pérez Serrano, Nicolás (1976). *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Edit. Civitas.
- Prieto Sanchís, Luis (1990). *Estudio sobre derechos fundamentales*. Madrid: Edit. Debate.
- Ríos Álvarez, Lautaro (1996). *Los Colegios Profesionales*. RDP Nº 59, U. de Chile, pp. 185-205.
- Ríos Álvarez, Lautaro (1999). *Las Asociaciones, el Derecho de Asociación y los Colegios Profesionales*. En XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, F. de Derecho, U. de Valparaíso, Tomo I, pp. 141-158.
- Schmitt, Carl (1982). *Teoría de la Constitución* (trad. F. Ayala y epílogo de M. García Pelayo). Madrid: Alianza Edit.
- Silva Bascuñán, Alejandro (1989). *Los Colegios Profesionales en la Constitución*. XVI Revista Chilena de Derecho, Nº 2, PUC.
- Silva Bascuñán, Alejandro (2009). “Derecho de reunión”. En Verdugo Marinkovic, Mario, *Temas actuales de derecho constitucional. Homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*. Santiago de Chile: Ediciones de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional - Editorial Jurídica de Chile, pp. 305-317.
- Stein, Ekkehart (1973). *Derecho Político* (trad. F. Sainz M. y estudio de F. Rubio Llorente). Madrid: Edit. Aguilar.
- Tolivar Alas, Leopoldo (1991). “La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio”. En Martín Retortillo, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. 5 vol., tomo II, “De los Derechos y Deberes Fundamentales”. Madrid: Edit. Civitas, pp. 1337-1370.

Verdugo, M. y otros (1994). *Derecho Constitucional*. 2 vol., T.I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Villar Palasí y Villar Ezcurra (1991). “La libertad constitucional del ejercicio profesional”. En Martín Retortillo, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. 5 vol., tomo II, “De los Derechos y Deberes Fundamentales”. Madrid: Edit. Civitas, pp. 1371-1413.



## **ACCIÓN DE PROTECCIÓN, UN RECUENTO DE FALLOS RECIENTES**

### **PROTECTION WRIT, SURVEY OF RECENT DECISIONS**

**EDUARDO SOTO KLOSS<sup>1</sup>**

**Resumen:** en el presente artículo, se revisan las principales decisiones de protección efectuadas en el primer semestre de 2014.

**Palabras clave:** recurso de Protección. Derechos Fundamentales. Inadmisibilidad. Jurisprudencia.

**Summary:** in this article the important decisions of the first semester of 2014 of the protection writ are reviewed.

**Key words:** protection writ. Fundamental rights. Inadmissibility. Jurisprudence (precedents).

<sup>1</sup> Doctor en Derecho, Universidad de París. Doctor en Derecho h.c., Universidad de los Andes. Profesor Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex Decano Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás.

## I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho que hemos podido comprobar que entre profesores jóvenes de la disciplina del derecho administrativo<sup>2</sup> influidos, tal vez, por cierto estatismo y/o de extranjerismo, hay una especie de “alergia” intelectual en contra del llamado “recurso de protección” al cual ven como un escollo muy fuerte para imponer sus ideas de una jurisdicción administrativa que, además de ser ajena a nuestra historia, sólo servirá para burocratizar y formalizar la impugnación de los actos administrativos y de las actuaciones u omisiones de la Administración del Estado y establecer así un instrumento que impida una protección y amparo ágil, pronto y eficaz, como es el que otorga esta acción constitucional de amparo de los derechos fundamentales (art. 20 de la Constitución).

Por otra parte, es un hecho que al menos en la Corte de Apelaciones de Santiago existe un predicamento ya público y notorio, desde hace algunos años, más de una década, en contra de la interposición de esta acción constitucional, al punto que la Corte Suprema, no sin resistencia dentro de ella, v. gr. a raíz de la modificación del Auto Acordado de su tramitación

<sup>2</sup> Que no vivieron los luctuosos mil días del gobierno marxista 1970/73 ni comprenden, entonces, el porqué de esta acción constitucional de amparo de los derechos fundamentales, los cuales fueron tan seria, frecuente y gravemente afectados en la vida diaria de cada persona durante ese período, al punto que el 11.9.1973 fue un día de verdadera “liberación” para la inmensa mayoría de los habitantes del país que no compartía de manera alguna con las ideas totalitarias de ese gobierno que quería convertir a Chile en un satélite de la órbita soviética y en una nueva Cuba; puede ser útil leer al respecto, entre otros v. gr. R. Moss, *El experimento marxista chileno*. Editora Nacional Gabriela Mistral. Santiago de Chile. 1974; C. Garay, *La vía chilena hacia el socialismo ¿innovaciones en el leninismo?* en Revista de Derecho Público (U.de Chile) 41-42/1987, 133-164, ahora en *Entre la espada y la pared. Allende y los militares 1970-1973*. Centro de Estudios Bicentenario. Santiago de Chile. 2014; P. Arancibia, *La violencia 1967-1973*. Centro de Investigaciones Históricas. Universidad Finis Terrae. Santiago de Chile; J. Whelan, *Desde las cenizas*. Zig-Zag. Santiago de Chile. 1993; L. Heinecke, *Chile, crónica de un asedio* (3 vols.). Gráfica Santa Catalina. Santiago de Chile. 1992, vol. III, 22-39 y listado de hechos de violencia entre 1970 y 1973 en 40-52; E. Filipi - H. Millas, *Anatomía de un fracaso. La experiencia socialista chilena*. Zig-Zag. Santiago de Chile. 1973; G. Arriagada, *De la vía chilena a la vía insurreccional*. Editorial del Pacífico. Santiago de Chile. 1974; M. González-A. Fontaine, *Los mil días de Allende* (2 vols.). Centro de Estudios Públicos. Santiago de Chile, 1997; A. Castillo (editor), *La verdad olvidada del terrorismo en Chile 1968-1996*. Editorial Maye Ltda. Santiago de Chile. 2007, ver actos ocurridos entre 1970 y 1973 en 62-82; Nena Ossa, *Allende, thank you*. Editorial Maye Ltda. Santiago de Chile. 2009; A. Ibáñez SM., *Historia de Chile* (2 vols.). Centro de Estudios Bicentenario. Santiago de Chile. 2013, vol. 2, espec. 103-207; etcétera.

en 1998 (incluso con varios votos disidentes)<sup>3</sup>, debió modificar el de 1977 e introducir un “trámite de admisibilidad” (1992) –sólo practicado habitualmente por la Corte en Santiago–, el cual es aplicado de modo masivo y con una frecuencia en la que se ha llegado en ocasiones a rechazar por su primera sala, a través de este trámite, más de las tres cuartas partes de los presentados en un día (de trece presentados en la cuenta sólo tres fueron admitidos). Es cierto que ello no ocurre en las demás Cortes restantes del país, pero sucede que las acciones de protecciones deducidas en contra de los órganos de la Administración del Estado, sea por sus actos, hechos u omisiones, suelen interponerse ante esta Corte de Santiago, tratándose de agravios producidos por Ministros de Estado, Subsecretarios, jefes de Servicios u otros órganos de ellos que tiene su sede en Santiago, que son la inmensa mayoría, o dictámenes de la Contraloría General de la República. Una declaración de inadmisibilidad significa en la práctica cerrar *la puerta de la Justicia* al afectado y obligarlo a recurrir a un proceso no sólo más complejo sino sobre todo más largo, y si es que existe una acción procesal para ello además de años de proceso, que retardan la justicia aplicable y, puede muy bien, que la solución simplemente no llegue, en circunstancias que con el recurso de protección se puede obtener justicia en un plazo de algunos meses y con una efectiva aplicación de la solución que lo decida.

Con razón decíamos hace tantos años —casi treinta y ocho— que esta acción constitucional había traído un “aire fresco” al por aquella época enrarecido ambiente procesal, por cuanto hacía posible con su ejercicio una efectiva defensa y amparo de los derechos de las personas frente al actuar ilegal y/o arbitrario de los órganos de la Administración<sup>4</sup>.

En otra ocasión, hemos criticado acerbamente este “trámite de admisibilidad”, ya que al menos en la jurisdicción de la Corte de Santiago es *un impedimento flagrantemente inconstitucional* para el ejercicio del derecho a la igual protección de los derechos y al acceso a la justicia<sup>5</sup>, trámite que ha venido nada menos que a alterar el sentido y la finalidad misma de esta acción de amparo general, el cual estuvo destinado desde su origen mismo a la

<sup>3</sup> Algo enteramente insólito tratándose de la dictación de un Auto Acordado emitido por la Corte Suprema; vid. nuestro “A propósito de la admisibilidad en el recurso de protección”, en mi *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3<sup>a</sup>. ed.). Legal Publishing - Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2012, 621-623, espec.623.

<sup>4</sup> Vid. mi “Amparo judicial y recurso de protección”, en *El Mercurio*/Santiago, nov. 1976, luego en Revista de Derecho Público 19/20 (1976) 155-189, espec.155-158.

<sup>5</sup> Vid. mi *Derecho Administrativo*, cit. 611-620, 621-623.

protección de los derechos de las personas *frente a la Administración del Estado*<sup>6</sup>; en cambio, ahora la mayor parte de las protecciones declaradas admisibles son acciones dirigidas por particulares en contra de particulares, volviéndose por esta vía, desgraciadamente, y en cierta medida, a la inmunidad de jurisdicción que la Corte Suprema “regalara” a la Administración del Estado de la época 1932-1973, afirmando su incompetencia para conocer de las reclamaciones en contra de los actos administrativos, en cuanto se pretendía accionar de nulidad (art. 4º de la Constitución de 1925), y que ahora vuelve a repetirse con las soluciones “surrealistas” (para decirlo de modo diplomático...) a que ha acudido la Corte Suprema /Tercera Sala, desde hace algún tiempo para denegar la procedencia de esta acción constitucional más que sesquicentenaria (1833)<sup>7</sup>.

No obstante estas circunstancias tan adversas en que el ciudadano se debate para proteger sus derechos fundamentales frente al arbitrio de los diferentes órganos de la Administración, por estas trabas que el Auto Acordado referido ha venido a imponer en razón de una situación específica de la Corte de Santiago, nos ha parecido útil comentar algunos casos de protecciones acogidas, que presentan real interés, en la esperanza que pronto vuelva a ser la protección una acción de frecuente interposición y de efectiva resolución en justicia de los agravios que sufren las personas.

## II. ALGUNOS FALLOS RECENTES

1. Un caso de verdadero interés jurídico es *Párroco de la Iglesia San Francisco c/ Municipalidad de Santiago*, protección deducida a raíz de los innumerables y constantes rayados que sufre a diario el referido templo, el más antiguo de la ciudad y que es monumento histórico y protegido por la ley 17.288, sobre monumentos naturales, como asimismo de propaganda política incluso con carteles de gran tamaño (como el caso de la candidata comunista, sra. Miranda, en la última elección presidencial).

<sup>6</sup> Vid. mi *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982, espec. 11-18, y 40-42, y *Derecho Administrativo*, cit., 673-679.

<sup>7</sup> Bajo la influencia verdaderamente perniciosa del ministro sr. Pierry, que vino a imponer las tesis fiscalistas anti-personas del Consejo de Defensa del Estado en donde fuera abogado por más de treinta años; vid mi *La nulidad de derecho público en la reciente jurisprudencia*, en *Ius Publicum* 30/2013, 107-123, 31/2013, 97-117 y 32/2014, 73-96.

Conocido de sobra es el hecho que en Santiago y especialmente en el centro de ella —comuna de Santiago— estos rayados, obras de palurdos y/o desadaptados sociales, pululan en todas las calles y monumentos históricos<sup>8</sup>.

El agravio sufrido en dicho templo y en cuya virtud el recurrente acciona es la “omisión” de la autoridad municipal competente —alcalde(sa) de Santiago— al no dar cumplimiento a la mencionada ley 18.277 (art. 8º), no brindando la debida protección al Templo afectado, que es parte muy principal del patrimonio más antiguo de la capital y en el cual se conserva la imagen de la Santísima Virgen María que don Pedro de Valdivia traía en el arzón de su cabalgadura al fundar la ciudad de Santiago el 12.2.1541. El derecho agraviado en su legítimo ejercicio es el de propiedad, según se plantea por el recurrente, que se ve constantemente perturbado en cuanto se refiere a la integridad del edificio, más aún que la Orden franciscana, por ser de naturaleza mendicante (desde su mismísima fundación por San Francisco de Asís, a inicios del siglo XIII), carece de todo medio para su conservación. Se solicita, entonces, que la autoridad municipal se ocupe de la debida recuperación y conservación de la pintura de sus muros que dan a la calle Alameda y San Francisco y mantenga una vigilancia para que no se repita este constante vandalismo que sufre este monumento histórico de incalculable valor cultural<sup>9</sup>.

La Municipalidad, a través de su representante legal (alcaldesa), informa al tribunal —Corte de Apelaciones de Santiago—, pidiendo el rechazo de la pretensión por cuanto se trata de un bien inmueble de propiedad privada y toca, por tanto, a su dueño tal conservación<sup>10</sup>. La Corte (31.7.2013, rol 32.710-2013, 5ª. sala, ministros Sr. Dahm (redactor) y Sra. Kittsteiner y abogado integrante Sra. Herrera) acoge el planteamiento alcaldicio y rechaza la protección. Apelado el fallo, la Corte Suprema lo revoca muy

<sup>8</sup> Véase la muy hermosa Basílica de Nuestra Señora de la Merced (calle Mac Iver esquina de Merced), o edificios de la calle Alameda, arteria principal de la capital, en su vereda sur, sobre todo después de cada marcha de estudiantes, que se han tornado catastróficas para los edificios históricos que allí se encuentran y también para los comercios allí establecidos, que se ven asaltados, destruidos y hasta incendiados por los llamados “encapuchados” que las acompañan y que actúan de manera obligada al término de esas manifestaciones, como finale con fuoco.

<sup>9</sup> Desde que toca a la Municipalidad como función privativa el aseo, ornato y ambiente de la comuna (art. 3º letra f) de la ley 18.695, su ley orgánica constitucional.

<sup>10</sup> Agrega que, no obstante ello, la Municipalidad entrega al propietario una vez que este haya pintado, una pintura especial anti graffiti, para mantener los muros limpios.

sensatamente (24.9.2013, rol 6.086-2013, ministros Sres. Muñoz y Carreño y Sra. Sandoval/redactora y abogados integrantes Sres. Baraona G. y Pfeffer U.), señalando (consid. 5º) que “el artículo 8º referido dispone que las autoridades civiles, militares y de carabineros tendrán la obligación de cooperar con el cumplimiento de las funciones y resoluciones que adopte el Consejo [de Monumentos Nacionales] en relación con la conservación, el cuidado y la vigilancia de los monumentos nacionales”. Y recuerda, también, que incluso en el Mensaje presidencial con que se inicia la tramitación de la posterior ley 17.288, se expresa que “La debida cautela de este patrimonio o ‘bienes culturales’ es un deber ineludible del Estado. Su defensa representa un compromiso ético que cada Estado debe contraer...” (cursivas nuestras).

Siendo así, la Municipalidad recurrida —“como órgano del Estado”— participa del deber de cooperación y conservación del patrimonio nacional por lo que le asiste la obligación legal de realizar todos los esfuerzos necesarios para el debido cuidado de la Iglesia cuya protección se solicita (consid. 7º). Y es que —plantea la Corte Suprema muy certeramente— no se trata tanto de la afectación del derecho de propiedad del recurrente (art. 19 N° 24 de la Constitución) sino de la *igualdad ante la ley* (art. 19 N° 2), ya “que se ve afectada al producirse una discriminación arbitraria en relación con otros monumentos históricos que son debidamente protegidos y conservados por la autoridad” (consid. 7º). Por ello, al acoger la protección deducida ordena la Corte que la Municipalidad de Santiago “proporcione los medios humanos y materiales necesarios para limpiar y pintar los muros y puerta del Templo referido y que Carabineros de Chile incremente las rondas periódicas de manera de prevenir —en la medida de lo posible— daños al referido monumento nacional”. Cabe señalar que el fallo supremo ha sido cumplido y a esta fecha (agosto de 2014) se encuentra la venerable Iglesia de San Francisco con sus muros externos pintados y sin rayados.

Presenta verdadero interés este fallo supremo no sólo por su innegable sentido de justicia, lo que es de suyo laudable sino porque aborda el tema de la conservación de los “monumentos nacionales”, específicamente “históricos”, que la ley carga enteramente a sus dueños, según la interpretación usual que se le ha dado a través de tantos años por las autoridades administrativas y que, incluso, llevará a la Corte Suprema a declarar “inaplicable” (esto es, *inconstitucional*) —en su momento—

algunas disposiciones de ella, en el bullido caso de la “*Inmobiliaria Maullín Ltda.*”, propietaria del Palacio Pereira<sup>11</sup>.

Como muy bien recuerda esta sentencia suprema, la Ley de Monumentos Nacionales obliga a las autoridades civiles y también a las militares (entiéndase Fuerzas Armadas) y de carabineros a “cooperar” en la conservación, cuidado y vigilancia de ellos y muy especialmente a las autoridades municipales, una de cuyas atribuciones privativas es precisamente el “aseo y ornato” de la comuna; y entre ello adquieren especial relevancia los monumentos nacionales, tanto más en el caso de la Municipalidad de Santiago recurrida respecto del templo más antiguo de la capital (edificio que viene de la época india) allí construido (y reconstruido) desde la fundación de la capital (1541).

Muy bien advierte la Suprema que más que una vulneración del derecho de propiedad del recurrente lo que hay aquí es la *vulneración del derecho a la igualdad ante la ley* (art. 19 Nº 2) desde que la pretensión de la Municipalidad recurrida de asilarse en que corresponde la conservación del monumento nacional a su propietario y, por lo tanto, no habría afectación de ese derecho de propiedad, no se compadece con la preocupación municipal respecto de la mantención de otros monumentos históricos de la comuna tales como el propio edificio consistorial (antiguo Cabildo) que es constantemente pintado o limpiado o restaurado y que se mantiene libre de rayados y carteles de propaganda (hace sólo meses que terminó la restauración de fachadas y muros del costado), o como el edificio colindante del Museo Histórico Nacional (antiguo edificio de la Real Audiencia) y su vecino edificio del hoy Correo Central (antiguo Palacio de los Gobernadores indianos y primeros presidentes del Chile republicano, hasta 1842 en que se trasladó su residencia al actual Palacio de La Moneda, antigua Casa de Moneda). Si en esos monumentos declarados históricos hay una preocupación constante por su conservación, se produce una notoria “diferencia arbitraria”, es

<sup>11</sup> Vid. Inmobiliaria Maullín Ltda. inaplicabilidad acogida por la Corte Suprema, en RDJ t.101/2004, 2,5, 25-31, en la cual se declaran tácitamente derogados los arts. 11 y 12 de la ley 17.288, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980; vid. con posterioridad, protección acogida deducida en contra del Director de Obras de la Municipalidad de Santiago que pretendía imponerle la ejecución de un plan de mantención del referido Palacio Pereira, no obstante su público y notorio estado de ruina, y la inconstitucionalidad de las normas en que se asilaba (Corte de Apelaciones de Santiago, 3.8.2005 que la rechaza y Corte Suprema, 24.11.2005, que revoca dicho fallo y acoge la pretensión de la recurrente “dejando sin efecto” el oficio del Director aludido , en RDJ t.102/2005, 2,5, 1092-1098). El llamado “Palacio Pereira” se encuentra en calle Huérfanos esquina de la calle San Martín.

decir, no razonable, al omitir toda preocupación respecto de la Iglesia de San Francisco y permitir por esa desidia que dicho monumento histórico se haya transformado en una vergüenza nacional por la más que excesiva suciedad de sus muros externos, sirviendo incluso de letrina y de cuanto escrito o carteles de propaganda incluida la electoral, que se quisiera escribir o adosar a ellos.

Este fallo significa un vuelco muy importante en el tratamiento de los monumentos históricos (y monumentos nacionales, *lato sensu*), no sólo los de la capital sino de cualquiera que se encuentra en regiones, ya que en virtud de la correcta interpretación jurídica que se ha dado a la ley 17.288, toca a las autoridades municipales ocuparse de ellos en cuanto a su “conservación”, al menos en sus fachadas y muros laterales, desde que toca a las Municipalidades, en virtud de su propia ley orgánica constitucional, N° 18.695 (art. 3º letra f), en tanto “funciones privativas”, “el aseo y ornato de la comuna”. (Texto refundido DFL (I) N° 1, de 26.7.2006). Y no menos importante es también que corresponde “cooperar” en esa conservación a Carabineros de Chile, en su labor preventiva de desmanes que se produzcan y afecten a estos monumentos históricos como también a las autoridades militares, esto es las Fuerzas Armadas, como señala la propia ley 17.288. El patrimonio monumental del país no puede quedar entregado al latrocinio de hordas manifestantes que carecen de todo sentido de patria y de tradición.

2. Otro tema que resulta de interés es el que muestra *Parque Eólico Taltal S.A. c/Juez del Segundo Juzgado Civil de Letras de Antofagasta* (6.12.2013, protección acogida, Corte Suprema 27.5.2014, rol 313-2014, ministros Sres. Ballesteros, Carreñoy Pierry y Sras. Egnemy Sandoval, confirma), amparo constitucional deducido por la recurrente que impugna la sentencia de dicho tribunal de primer grado puesto que le afecta directamente no habiendo sido parte ni tuvo la calidad de tercero en un proceso sobre constitución de servidumbre minera.

Habiendo celebrado el *Parque Eólico* un contrato de concesión con el Fisco para desarrollar un proyecto de energía eólica se vio impedida de ejercer los derechos emanados de la concesión como asimismo cumplir con las obligaciones correspondientes a raíz de una resolución judicial recaída en un recurso de rectificación y enmienda de una sentencia ejecutoriada que modifica el predio sirviente, considerando un título inscrito distinto al que se refería en la resolución enmendada; debe observarse que al margen de la inscripción de dominio del predio (año 2000) del Conservador de Bienes

Raíces de Taltal se encuentra la anotación de la concesión de la sociedad recurrente.

La Corte de Antofagasta acoge la protección deducida, lo que es confirmado por la Corte Suprema al conocer la apelación de la jueza recurrida. Y es de interés el fallo supremo en cuanto afirma por una parte la *excepcionalidad* de la procedencia de la protección frente al agravio producido por resoluciones judiciales, siguiendo una jurisprudencia asentada ya hace décadas, pero su “procedencia”, por otra, ante circunstancias que dejarían en la indefensión a quien no ha sido parte en el proceso en el cual recae una resolución judicial que afecta los derechos de terceros o producen un perjuicio sólo reparable por esta vía proteccional.

En efecto, el principio de la improcedencia de la protección frente a la afectación del legítimo ejercicio de algún derecho fundamental amparado por esta acción (art. 2º CP) ha de ceder cuando son afectados los derechos de un tercero que no ha sido emplazado ni ha sido parte del proceso, y ni siquiera es admitido como tercero, y esa resolución le agravia gravemente (consid. 4º). No se crea, sin embargo, que esa procedencia por excepción haya sido escasa durante estos más de treinta y siete años de existencia de este amparo general; por el contrario, ha sido bien numerosa como veremos y que nos interesa mostrar.

Ya planteaba este criterio la Corte Suprema el 5.5.1987, rol 10.505, al confirmar un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso (15.4.1987, redacción ministra Sra. Osnovikoff P.) en *Sociedad Comercial Aku-Aku c/Juez del 8º Juzgado de Letras en lo Civil de Valparaíso* (RDJ t.84/1987, 2.5, 181.185). La Corte de Valparaíso (consid. 6º) asentaba que esta acción de amparo resultaba procedente “en el caso que sea esta la única solución conducente a resolver una denegación o dilación de justicia o algún agravio irreparable”. Ha de recordarse que en una primera etapa era de principio la “inadmisibilidad” de la protección dirigida al amparo de los derechos fundamentales frente a resoluciones judiciales: reseñábamos este punto en nota al fallo *Aku-Aku* referido (vid. nota en 182-184). Nuestra posición estaba –ahora también– por la “admisibilidad” en la medida en que no fuera posible enmendar la resolución judicial agravante en el proceso en el cual se había expedido, como v. gr. si afectaba a un tercero ajeno al proceso, o esa resolución constituía una denegación de justicia, o significaba un agravio irreparable de no acogerse la protección deducida (vid. mi *El recurso de protección, origen, doctrina y jurisprudencia*, cit. 333-363), posición que acoge precisamente *Aku-Aku* cit. y que es el criterio consagrado hasta hoy.

Ya antes, en materia penal, *Valdés Rucedo c/Juez del 16º Juzgado del crimen de Santiago* (Corte de Apelaciones de Santiago, 8.4.1986, en RDJ t.83/1986, 2.5, 65-69, sentencia no apelada) declaraba con precisión que esta acción “es admisible y procedente cuando se trata de reparar los efectos de una resolución judicial arbitraria, que requiere un procedimiento rápido para dar una solución eficaz” (consid. 4º), como era el caso de una incautación de un material científico sin que ni siquiera existieran antecedentes e informes que avalaran la querella presentada y sin que se escuchara al afectado; tal situación “constituye una medida arbitraria que afecta de modo sensible los derechos del recurrente” (reseña de doctrina, p.65 col. 2). Llama la atención la claridad y coraje de la Corte para afirmar sin remilgo alguno que se trataba de una resolución judicial “arbitraria”, carente de justificación incluso racional.

De igual modo, ante errores evidentes de embargo de bienes e incluso lanzamiento de inmuebles de sus propios dueños, llevados a cabo por errores en resoluciones judiciales al indicar domicilios en que debían practicarse esas diligencias por los receptores judiciales, se ha admitido este amparo de protección como dan cuenta, entre otros, *Osorio Alcázar* (RDJ t.80/1983, 2.5, 52-56) y *Guerrero Flores* (RDJ t.82/1985, 2.5, 205-212).

Igualmente merece mencionarse *Sociedad Manuel López Corces e Hijos c/Jueza del Tercer Juzgado de Menores de Santiago* (Corte Suprema 19.1.1989, RDJ t.86/1989, 2.5, 1-4 con nota nuestra), una protección deducida en amparo del llamado secreto bancario (art. 19 N° 5 de la CP) y acogida desde que por una resolución judicial de la recurrida “manifiestamente ilegal” (así la califica la Corte Suprema, consid. 4º) se ordenaba a varios bancos de la plaza informar sobre los saldos de cuentas corrientes bancarias de dicha sociedad en circunstancias que el demandado de alimentos era un socio de ella, olvidando la recurrida que la sociedad es una persona distinta de los socios que la conforman, entidad recurrente que no era parte del referido juicio sino un tercero enteramente ajeno a él. Al acogerse el amparo deducido, “se deja sin efecto” la resolución judicial que agraviaba.

Muchas son las protecciones deducidas en contra de resoluciones judiciales incluso de “sentencias de Cortes de Apelaciones” como *Sociedad Camanchaca c/Corte de Apelaciones de Concepción* (RDJ t.87/1990, 2.5, 218-224), pretensión que fuera admisible si bien fuera rechazada en definitiva.

También en contra de “jueces civiles” como, entre otros, *Altamirano Santana* (t.96/1999, 2.5, 162-164), o “jueces del crimen” como, entre otros,

*Rodríguez Portell* (t.87/1990, 2.5, 138-143), o “jueces del trabajo” como, entre otros, *Pitakas Marín* (t.99/2002, 2.5, 46-51), *Ahumada Axel* (ídem 39-45), y el bullido caso de los profesores de Arica, *Alcalde de Arica c/Juez del Primer Juzgado de Letras de Arica* (t.94/1997, 2.5, 215-220) que hemos comentado en *Ius Publicum* 2/1998, 231-244), o “juez de cuentas” como *Martínez Aravena* (t.87/1990, 2.5, 155-157), o “tribunales electorales regionales”, como *Caja de Compensación La Araucana* (t.88/1991, 2.5, 286-293), o “jueces árbitros” como, entre varios, *Beyer Opazo* (t.91/1994, 2.5, 237-240) o *Pesquera Iquique* (ídem 15-20 y nota nuestra en p.15 con más casos ya en aquella época).

Concluyendo, queda a firme que en este tipo de protecciones en contra de resoluciones judiciales como principio su inadmisibilidad (sea por razones de cuerpo, sea para no desordenar el formalismo procesal, como se decía) pero admitiéndose cada vez que su admisibilidad signifique, especialmente respecto de terceros ajenos al proceso en que se emite esa resolución que le agravia, o un perjuicio irreparable, o una dilación de justicia (v. gr. teniendo que deducirse una tercería de dominio) o simplemente una denegación de justicia (que incluso, en ocasiones, ha llevado al tribunal a rechazar la protección interpuesta pero proceder “de oficio” para enmendar el desaguisado judicial).

3. La materia que incide en protecciones deducidas por estudiantes, sean de la educación superior, media e incluso básica y hasta parvularia (de no creerlo), suele ser frecuente como también la referente a materias ambientales, pero ello excedería este artículo. Otros dos temas nos parecen más originales y con mayor relevancia.

3.1. *Francisco Javier Bustamante A. c/ Casino de Juegos de Valdivia S.A.* (Corte de Apelaciones de Valdivia, 9.6.2014, rol 189-2014 y Corte Suprema 17.7.2014, rol 15.261-2014, “se confirma”), presenta protección ante la negativa del recurrente de pagarle un premio obtenido en dicho casino el día 20.3.2014 de \$78.573.260. —En efecto, habiéndole extendido el recurrido un cheque nominativo al referido ganador por \$78.570.000.— (pagándole el resto el mismo día en efectivo), el banco no pudo pagarla debido a la orden de no pago que aquel le remitiera al día siguiente (21.3.2014). Ante ello, dicho ganador acudió al casino mencionado, el cual le señaló que le cambiaría el cheque, lo que no hizo sin que devolviera el cheque originario al ahora recurrente. Agraviado como se sentía el sr. Bustamante recurre de protección ante el actuar arbitrario del casino indicado al estimar agraviados sus derechos fundamentales reconocidos por el art. 19 N°s. 3 inciso 4º, 23 y 24 de la Constitución.

La Corte de Apelaciones de Valdivia acoge la pretensión ante el actuar “arbitrario” del casino referido, el cual en forma unilateral sostenía que no correspondía pagar el premio de marras porque habría habido fraude en la obtención de ese premio –cosa que no cabe alegar en protección sino ante la justicia ordinaria-, reteniendo al efecto un cheque que era ya de propiedad del actor (19 N° 24), ordenándose al recurrido devolver el mencionado documento al actor, sin perjuicio de lo que quepa discutir ante tribunales del fondo respecto del contenido del mencionado cheque. El fallo supremo expresa un escueto “se confirma”.

Es interesante este fallo porque si bien el actor sostenía la violación de sus derechos al juez natural (19 N° 3 inciso 4º) al pretender el casino recurrido hacerse justicia por sí mismo alegando que se habría obtenido el premio con fraude —al revisarse las cámaras de seguridad del recinto y con la complicidad del “croupier”—, la Corte de Valdivia afirma la violación del *derecho de propiedad* del recurrente sobre ese bien “mueble” que es el documento/cheque que el casino se negaba a devolverle y del cual el actor era dueño. Muy bien ha distinguido la Corte entre el “no pago del premio” (que unilateralmente decidió el recurrido no pagar por estimar la comisión de un fraude en su obtención, denunciando el hecho al Ministerio Público competente para la persecución penal del posible delito) y la “no devolución” del cheque no pagado por el banco, y que pretendía el casino retener; este segundo hecho es el que consideró el tribunal de la instancia objeto del amparo proteccional, en circunstancias que el no pago referido fue considerado como objeto de un juicio propio de la competencia de los tribunales del fondo (incluso penales).

Hay, además, en este caso algo que nos parece muy relevante y que no pocas veces los tribunales de protección (Cortes de Apelaciones) suelen tomar como pretexto para rechazarla, como es la situación en la cual el recurrido al informar discute el derecho del recurrente que pretende agraviado (especialmente en lo que dice relación con el derecho de propiedad), lo que lleva al tribunal a afirmar —algo que es evidentemente falso— que no puede acoger la protección porque el derecho que sostiene el actor no es “indubitable”.

Esta artimaña tribunalicia de sostener que para que pueda prosperar una acción de protección el derecho del recurrente ha de ser “indubitable”, no pasa de ser una mera “invención” (otra más) de los jueces, porque de lo que se trata de analizar por el tribunal es, por una parte, si lo agraviado del actor es un derecho que está protegido por esta acción, si este se encuentra

en su ejercicio legítimo y si se encuentra pacíficamente en su ejercicio, que viene a ser amenazado, perturbado o privado por un ofensor a través de un acto, hecho u omisión que es ilegal y/o arbitrario. Y esa ilegalidad o arbitrariedad muy frecuentemente —cuando se trata de particulares, pero también de órganos de la Administración del Estado— se origina en la pretendida autotutela del recurrido, que pretende hacerse justicia por sí mismo, porque cree tener derechos que otro ya tiene y en cuya posesión está gozando pacíficamente. De allí que no puede ser razonablemente admitida la alegación para rechazar una protección de que el recurrido controveja el derecho del recurrente; porque el recurrente en protección alega concreta y precisamente un “acto” o un “hecho” del ofensor, o sea una “actividad” que le agravia (v. gr. como autotutela) o bien una “omisión”, es decir, debiendo actuar esa “inactividad” del ofensor agravia a una víctima, agravio que le induce a interponer la acción de protección.

Si se advierte, de admitirse este planteamiento ocurre que bastaría con discutir el recurrido el derecho del actor para que la pretensión protectiva y esta acción constitucional misma, simplemente despareciera, campeando, entonces, sin obstáculo alguno, la más libre y desenfadada autotutela del recurrido, que es precisamente lo que este amparo general ha querido proscribir; valga recordar que ya en *Sociedad Agrícola y Forestal Los Chenques Ltda.* la Corte Suprema (7.7.1980) establecía de manera muy clara y pertinente, que su finalidad es restablecer el “statu quo” (vid. RDJ t. 77/1980, 1,53-56). Dice su consid. 8º “el texto constitucional que crea el recurso de protección tiene por función primordial restablecer el imperio del derecho, es decir recuperar el orden jurídico cuando este se altera a causa de actos arbitrarios”, y agrega más adelante que “este recurso no tiene otro objetivo que el de mantener el statu quo vigente en el desenvolvimiento de los derechos, impidiendo precisamente las acciones de facto que alteren el orden jurídico”.

3.2. *Municipalidad de San Francisco de Mostazal c/S. F. Budinic J.* (Corte de Apelaciones de Rancagua 12.5.2014, rol 646-2014, confirmada por la Corte Suprema el 10.6.2014, rol 11.415-2014) presenta una protección deducida por una Municipalidad en contra de un agricultor a raíz de la instalación de un portón en el acceso de un terreno cerca de tres hectáreas, que impide el tránsito en un determinado sector de la comuna. El tema consiste en que la actora entiende que ese terreno es municipal mientras que en su informe el recurrido sostiene que es suyo y, por tanto, no hay perjuicio de tránsito para los habitantes del sector.

En el proceso, la Corte de Rancagua advierte que, sin perjuicio de la propiedad del mencionado terreno que alegan las partes, existe al respecto una servidumbre de tránsito sobre ese predio —quienquiera sea el dueño de este— “que ha sido impedida en su ejercicio con ocasión de ese portón, produciéndose una perturbación que no es posible desconocer en el ejercicio de ese derecho de tránsito para los afectados”.

Lo muy digno de comentar aquí es el hecho en cuya virtud el tribunal entiende que hay una *alteración del statu quo* (recuérdese la jurisprudencia *Los Chenques* recién citado) en perjuicio de la Municipalidad y la comunidad vecinal, que vulneró su derecho de propiedad sobre la servidumbre indicada (art. 1º N° 24).

A parte del tema específico de la violación del derecho de servidumbre sobre ese predio, cabría preguntarse ¿puede la Municipalidad recurrir de protección, arbitrio procesal que la Constitución ha previsto para amparar el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales de las personas? ¿Es que una Municipalidad posee “derechos fundamentales” o “derechos humanos” como decía el DL 1.553, de 1976 en sus considerandos? ¿Son “derechos” lo que conforma la “competencia” que la ley atribuye a los órganos de la Administración del Estado?<sup>12</sup> ¿Son, acaso, “derechos fundamentales”, o “derechos humanos”, o “derechos naturales”? y aún más lejos ¿tiene “derecho de propiedad” propiamente tal un organismo de la Administración del Estado en cuanto a usar, gozar y disponer según su “autonomía de la voluntad”, de los bienes que la ley ha puesto a su cargo para desarrollar su “función” de satisfacer las necesidades públicas? ¿Es que una Municipalidad posee propiamente “autonomía de la voluntad” si está regida *in integrum* por un régimen de derecho público sobre el fundamento de los principios que consagran las “bases de la institucionalidad” (cap. I de la Constitución) como son primacía de la persona humana (dignidad, familia, autonomía de los cuerpos asociativos), servicialidad, supremacía constitucional, juridicidad (vinculación positiva al Derecho), nulidad (*ipso iure*, insanable e imprescriptible), control, probidad, transparencia, publicidad, etcétera?

Es cierto que la Corte Suprema ha admitido tempranamente que un organismo de la Administración del Estado, incluso fiscal como la

<sup>12</sup> Propiamente son “potestades”, esto es “poderes-deberes finalizados”, jamás “derechos”; vid. sobre el tema mi *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. 2 (El principio de juridicidad), 48-52, espec. 51-52.

antigua *Sindicatura de Quiebras (de Concepción)*, recurriera de protección en contra de otro organismo fiscal como era la *Inspección del Trabajo de Concepción* a raíz de una multa que esta le impusiera con ocasión de la administración de una sociedad en quiebra, protección que la Corte de Apelaciones de Concepción conoció sin inconveniente de ninguna especie acogiendo la protección interpuesta y dejando sin efecto la referida multa (vid. Corte de Apelaciones de Concepción 11.11. 1977, confirmada por la Corte Suprema el 17.11.1977, rol 12.894). Y muy variadas han sido las protecciones entabladas por Municipalidades sea para hacer posible el ejercicio de sus atribuciones cuando son impedidas por particulares, pero especialmente para amparar los derechos de los vecinos habitantes de la comuna e interpuestos en su nombre (debiéndose individualizarse siquiera a algunos para evitar que sea rechazada la pretensión). No nos es posible aquí tratar cada uno de los temas que hemos indicado sobre esta legitimación activa de organismos de la Administración del Estado, sino los hemos planteado para que otros puedan abordarlos<sup>13</sup> a fin de esclarecer debidamente y en buena técnica jurídica conceptos que usualmente son pasados de largo con soluciones meramente prácticas, aunque de justicia, pero sin mayor fundamento racional.

3.3. Un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción (9.7.2014, rol 2033-2014), *Emiliano Arratia Torres c/Mutual de la Asociación Chilena de Seguridad (ACHS)*, presenta interés en cuanto incide en el derecho de propiedad (19 N° 24) sobre la llamada “ficha clínica” que posee un paciente y ante cuya denegatoria de entrega completa e íntegra opuesta por una mutual acciona de protección el afectado para que la Corte ordene su entrega en la forma y con los detalles que le fue solicitada. Propiamente lo solicitado es una “fotocopia” de ella ya que su original debe quedar en la entidad en que ha sido atendido.

Acogida la pretensión del recurrente, el tribunal ordena la entrega solicitada en la forma en que ella ha sido requerida por el actor. La sentencia del tribunal de la instancia ha sido apelada y se encuentra pendiente de resolución en la Corte Suprema (rol 22.113-2014).

De interés aparece el hecho que el tribunal razona sobre la base de la ley 19.628 (28.8.1999), sobre protección de la vida privada (art. 2º letra g),

<sup>13</sup> Vid. al respecto S. Lewis R., *Sobre la legitimación de los órganos del Estado para interponer un recurso de protección y alzarse judicialmente en contra del órgano contralor*, en Revista de Derecho Administrativo 8/2013, 129-152.

desde que una ficha clínica reúne las características de “datos sensibles”, por tratarse de datos personales de índole médica u hospitalaria, que dice referencia a las enfermedades, diagnósticos, tratamientos, etcétera, de un determinado paciente. Dadas estas características, la propia ley aludida previene que el derecho sobre los datos personales no puede ser limitado “por medio de ningún acto o convención, sea en cuanto a la información, modificación, cancelación o bloqueo” (art. 12). Pues bien, este asunto que pudiera creerse que no es más que un asunto de afectación de los derechos aludidos (v. gr. 19 N° 24 y tal vez 19 N° 1 y 19 N° 2), en verdad nos parece que tiene una incidencia mucho mayor puesto que las indicadas “fichas” dan cuenta de la historia de un paciente durante su estadía y /o atención de un centro hospitalario o clínica (o, como en este caso, a fin de obtener una modificación de su pensión de invalidez) y, por ende, médicos y personal paramédico que lo han atendido, medicamentos suministrados, intervenciones practicadas, y todo el tratamiento aplicado a una determinada enfermedad o dolencia, o grado de discapacidad (caso *Arratia*), todo lo cual es una información preciosa, de primera magnitud, para, por ejemplo, perseguir la responsabilidad del hospital, clínica, centro médico que lo atendiera, o institución administrativa y sus órganos que han diagnosticado un grado de invalidez que le permita acceder a la correspondiente pensión. De allí, también, la resistencia o reluctancia para su entrega por parte de las entidades públicas o privadas involucradas, resistencia que el Derecho tuerce al acogerse la acción de protección, que es el medio ágil, pronto y eficaz para dar cumplido amparo al afectado. Muy bien ha hecho el legislador al regular este tema en resguardo de la salud y de la vida de las personas.

3.4. Mayor incidencia en la vida misma de las personas es *Prado Martí c/ Ministerio de Salud (Unidad del cáncer)*, protección acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago (17.7.2014, rol 3.078-2014) en la cual la recurrente solicitaba se le suministrara un determinado medicamento para el tratamiento del cáncer de mamas de que padecía. El recurrido negaba dicha petición aduciendo que la paciente estaba afiliada al sistema privado de salud y no al público (Fonasa), sistema en el cual dicho Ministerio otorgaba a sus afiliados ese medicamento.

El tribunal señala que tal negativa atenta en contra del derecho que la Constitución reconoce y asegura a la *igualdad ante la ley* (19 N° 2), que prohíbe a toda autoridad “establecer diferencias arbitrarias” (inciso 2º), que es en lo que ha incurrido el recurrido desde que siendo la afección

que padece la actora una de las patologías cubiertas por el GES (garantías explícitas de salud), pretende sostener que sólo a los pacientes del sistema público se les otorgaría el medicamento solicitado, en circunstancias que a otros enfermos de igual dolencia se les niega por estar afiliados a un sistema privado de salud. Agrega el tribunal muy certeramente que tratándose del derecho a la integridad física y síquica<sup>14</sup> “debe ser respetado por todos y especialmente por quien ha —el Estado— declarado asegurar a todas las personas el derecho a la vida” (consid. 7º), “derecho que es absoluto y que, por tanto, está al margen de cualquier requisito, condición o establecimiento de normas técnicas y o presupuestarias que pretendan fijar prioridades de acceso”, lo cual importa una discriminación arbitraria carente de justificación razonable (consid. 9).

Recuerda muy bien la Corte (consid.8º) que al incorporar esta enfermedad dentro de las patologías cubiertas por el GES, lo que el Estado ha tratado es de “preservar las vidas de las personas que las padecen”; al negar, pues, el Ministerio recurrido otorgar el medicamento solicitado, el Ministerio recurrido contraría el espíritu mismo de la existencia de este sistema pretendiendo introducir criterios y requisitos que van en contra de la preservación de las vidas de esos pacientes, que es su finalidad esencial. En tal virtud, luego de declarar que la negativa referida es arbitraria y comprobar la afectación del derecho de la actora (19 N°s. 1 y 2), ordena al Ministerio de Salud, en su Unidad del cáncer, “en el más breve plazo” “suministrar a la recurrente el medicamento Herceptin que requiere para proteger su vida” (Octava sala, Ministros sr. C. Le Cerf, sra. J. Bock y Fiscal Judicial R. Trincado).

### III. CONCLUSIONES

Al revisar la jurisprudencia en lo que va corrido del primer semestre del 2014 y elegir los fallos que aparecen con mayor interés en cuanto a sus soluciones, cabe señalar que los principios que se fueron asentando en la

<sup>14</sup> El tribunal dice que “la vida es un derecho inherente a la persona humana”, lo que en puridad excede jurídicamente el texto constitucional; la vida no es un derecho, lo que es un derecho es el que posee todo ser humano inocente de no ser víctima de un atentado en contra de la vida, sea en el vientre materno cuando se pretende ponerle fin a través de ese crimen abominable que es el aborto provocado, o por medio de un homicidio, llámese infanticidio, femicidio, parricidio u homicidio eutanásico, o cualquiera otra denominación.

primera década de la creación de esta acción constitucional de amparo de los derechos de las personas, han permanecido, excluyéndose eso sí el tema de la protección ambiental que merece un tratamiento aparte por sus aristas un tanto revulsivas y que han levantado no poca polvareda doctrinaria.

Así, vemos que una de las finalidades primordiales de este arbitrio protectivo como es mantener el llamado *statu quo* para evitar e impedir la autotutela que pretende hacerse justicia por sí mismo, ha recibido plena y muy certera aplicación en *Municipalidad de San Francisco de Moztazal* cit., como también en *Bustamante A. c/Casino de Juegos de Valdivia S.A.*

Del mismo modo aquella solución elevada a principio como es la “excepcionalidad” de la protección dirigida en contra de resoluciones judiciales, ha recibido debida aplicación en *Parque Eólico Taltal S. A.*, debiéndose recordar que, a pesar de dicha excepcionalidad, existe una importante cantidad de casos de recursos de protección que en este tema han sido aceptados y acogidos dejándose sin efecto resoluciones judiciales tachadas de ilegales e incluso arbitrarias (como hemos señalado). Es decir, aquella afirmación de ser un arbitrio procesal de “excepción” en estos casos, no impide su acogimiento, el cual no es nada infrecuente.

De relevancia también y siguiendo una jurisprudencia pro persona y de justicia material, debe mencionarse la solución dada en *Prado Martí* frente a la “diferencia arbitraria” (19 N° 2) que planteaba el Ministerio de Salud (Unidad del cáncer) en cuanto a no otorgar un determinado medicamento a una paciente porque era afiliada a una institución privada, ya que se entregaba sólo a afiliados del sistema público de salud (Fonasa). El tribunal de la instancia establece la clara vulneración de la normativa legal (GES) al hacerse dicha diferencia, carente de fundamentación legal, ordenándose su entrega a la recurrente.

Por último, merece alabanza y esperamos que se asiente, la solución dada en *Párroco de la Iglesia de San Francisco c/Municipalidad de Santiago*, en lo referente a la interpretación que debe darse a la ley 17.288, sobre monumentos nacionales, en cuanto la Corte Suprema aplica sin remilgos la ley de municipalidades (18.695 y modificaciones), que consagra entre sus atribuciones privativas el *aseo, ornato y ambiente* de la comuna, por lo cual le compete ocuparse de la conservación de estos monumentos.

Ante el persistente ataque o crítica que algunos hacen al recurso de protección, con afanes estatistas (confesados o sin advertirlo) para impedir la defensa de los derechos de las personas ante el arbitrio de los órganos de la Administración, debe defendérse como un mecanismo procesal privilegiado, de la mayor relevancia, dada su notoria rapidez de tramitación y eficacia en sus resultados, siempre que el mismo juez no trate de tronchar su ejercicio por comodidad u otro motivo igualmente deleznable o el recurrido por argucias o dilaciones improcedentes.

### **BIBLIOGRAFÍA CITADA:**

- Arancibia, Patricia. *La violencia 1967-1973*. Santiago de Chile: Centro de Investigaciones Históricas. Universidad Finis Terrae.
- Arriagada, Gerardo (1974). *De la vía chilena a la vía insurreccional*. Santiago de Chile: Editorial del Pacífico.
- Castillo, Arturo (editor) (2007). *La verdad olvidada del terrorismo en Chile 1968-1996*. Santiago de Chile: Editorial Maye Ltda.
- Filipi, Emilio y Millas, Hernán (1973). *Anatomía de un fracaso. La experiencia socialista chilena*. Santiago de Chile: Zig-Zag.
- Garay, Cristián (1987). *La vía chilena hacia el socialismo ¿innovaciones en el leninismo?* Revista de Derecho Público (U. de Chile), 41-42, pp. 133-164,
- Garay, Cristián (2014). *Entre la espada y la pared. Allende y los militares 1970-1973*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Bicentenario.
- González, Miguel y Fontaine, Arturo (1997). *Los mil días de Allende* (2 vols.). Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos.
- Heinecke, Luis (1992). *Chile, crónica de un asedio* (3 vols.). Santiago de Chile: Gráfica Santa Catalina.
- Ibáñez Santa María, Adolfo (2013). *Historia de Chile* (2 vols.). Santiago de Chile: Centro de Estudios Bicentenario.
- Lewis Ripoll, Sebastián (2013). *Sobre la legitimación de los órganos del Estado para interponer un recurso de protección y alzarse judicialmente en contra del órgano Contralor*. Revista de Derecho Administrativo 8, pp. 129-152.
- Moss, Robert (1974). *El experimento marxista chileno*. Santiago de Chile: Editora Nacional Gabriela Mistral.
- Ossa, Nena (2009). *Allende, thank you*. Santiago de Chile: Editorial Maye Ltda.

Soto Kloss, Eduardo (1976). *Amparo judicial y recurso de protección*. Revista de Derecho Público 19/20, pp. 155-189.

Soto Kloss, Eduardo (1982). *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Soto Kloss, Eduardo (2012). *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3<sup>a</sup>. ed.). Santiago de Chile: Legal Publishing - Abeledo Perrot.

Soto Kloss, Eduardo (2013) (2014). *La nulidad de derecho público en la reciente jurisprudencia*. Ius Publicum 30, pp. 107-123, 31, pp. 97-117 y 32, pp. 73-96.

Whelan, James (1993). *Desde las cenizas*. Santiago de Chile: Zig-Zag.

## EL HÁBEAS CORPUS EN LOS TRIBUNALES

## HABEAS CORPUS IN THE COURTS

MARIO VERDUGO MARINKOVÍC<sup>1</sup>

**Resumen:** en el presente artículo, se revisan las principales decisiones pronunciadas por los tribunales superiores en relación a la acción de amparo.

**Palabras clave:** amparo. Jurisprudencia. Medidas cautelares. Prisión preventiva. Delitos especiales. Arresto. Proyecto de ley.

**Summary:** this article revises the principal decisions given by superior courts related to the writ of habeas corpus.

**Key words:** protection. Jurisprudence. Cautionary measures. Preventive arrest. Special crimes. Arrest. Legal initiative.

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Político y Constitucional.

## I. ANTECEDENTES

Durante la vigencia del antiguo Código de Procedimiento Penal, publicamos un comentario acerca de fallos recaídos en recursos de amparo con incidencia principalmente en delitos de giro fraudulento de cheques, pensiones alimenticias y delitos previsionales<sup>2</sup>.

Manifestábamos en esa oportunidad que la sustitución del procedimiento inquisitivo por uno de carácter público y garantista generaría nuevos impulsos para esta acción constitucional.

Los fallos que a continuación se compulsan constituyen un ejemplo expresivo de este aserto.

Admitimos que, por su naturaleza marcadamente casuística, de estos pronunciamientos de la Corte Suprema —actuando excepcionalmente como Tribunal de segunda instancia— en rigor no representa una “doctrina jurisprudencial”, pero constituyen, sin embargo, una pauta para conocer la orientación interpretativa de dicha Magistratura.

Así se puede apreciar, por ejemplo, en un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo: “*4º) Que, los integrantes del órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir la acción de amparo, no deben restringir su labor a un ”control de mera legalidad de lo actuado en cuanto afecte la libertad personal y la seguridad individual”, como sucede en la especie (considerando 4) del fallo de primer grado, sino que además debe cerciorarse, a través de un adecuado análisis de mérito a los antecedentes del proceso, que lo actuado no sea fruto de la arbitrariedad del agente contra quien se dirige la acción constitucional.*

“*Conforme a lo anterior, la acción de amparo tiene por contenido específico el requerimiento de tutela jurisdiccional frente a privaciones de libertad ambulatoria o amenazas arbitrarias o ilegales al ejercicio de dicha libertad o privaciones, perturbaciones o amenazas a la seguridad individual, sin limitaciones y sin que importe el origen de tales atentados*”<sup>3</sup>.

“*Así las cosas, el órgano jurisdiccional al resolver la acción de amparo, debe cerciorarse que el acto impugnado, en lugar de provenir de una autoridad competente*

<sup>2</sup> Navarro Beltrán, Enrique (editor) (2001). *20 Años de la Constitución Chilena (1981-2001)*. Santiago: Ed. ConoSur Ltda., p.437 y siguientes.

<sup>3</sup> Tavolari R. (1995). *Habeas Corpus. Recurso de Amparo*. Santiago: Ed. Jurídica, p.106.

*que actúe dentro del marco de sus atribuciones y en un caso previsto por la ley, no sea fruto de la arbitrariedad, lo que trae aparejado para los jueces el deber de verificar su razonabilidad, proporcionalidad y motivación, sin que esto suponga ignorar el margen de discrecionalidad que en preciso supuestos legales —y cumplidos los estándares recién mencionados— poseen determinadas autoridades, para decidir a la luz de los antecedentes, si ejercen o no la facultad concedida por la ley —en el presente caso, la expulsión del amparado”<sup>4</sup>.*

## **II. AMPAROS RELACIONADOS CON MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES**

La Constitución de 1925, en su artículo 10 Nº15 y siguientes, consultaba disposiciones que aseguraban a todos los habitantes la libertad personal, y a su vez el Código de Procedimiento Penal en su artículo 251 y siguientes establecía un conjunto de medidas tendientes a garantizar dicho derecho fundamental.

Ahora bien, como se sabe, en la Constitución vigente el artículo 19 Nº7 junto con asegurar la libertad ambulatoria “a toda persona” consulta un verdadero estatuto de garantías para este derecho.

A su vez, el actual Código Procesal Penal cumple el rol de toda ley complementaria; en el artículo 122 del Libro I, Título V, párrafo 1º prescribe: “Finalidad y Alcance. Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueran absolutamente indispensables para la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación.

“Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución fundada”.

El carácter restrictivo que se desarrolla en los artículos siguientes del precitado Título V, ha servido de fundamento —como era de esperar— para la interposición de numerosos recursos de amparo.

Al efecto seleccionamos la siguiente muestra:

<sup>4</sup> Corte Suprema, 9 -IX-2013, Rol Nº 6649-2013.

## Amparos acogidos por órdenes de detención irregulares

1. *El artículo 127 del Código Procesal Penal contempla el ejercicio de la facultad de los Jueces para ordenar la detención de los imputados distinguiendo dos situaciones diferentes, a saber: la general, del inciso primero, cuando se trata de la obligación de este de comparecer al llamado judicial para una audiencia común y la especial del inciso segundo, cuando dicha audiencia supone la presencia del imputado como condición de la misma.*

*El inciso segundo exige, a diferencia del inciso primero, el cumplimiento de emplazamiento legal previo de la respectiva orden de citación y falta de comparecencia del citado sin causa justificada.*

*El caso de autos se encuentra regido particularmente por el referido inciso segundo, toda vez que se relaciona con la normativa del párrafo 5º, del Título I, Libro II del Código Procesal Penal sobre formalización de la investigación, particularmente en lo que se expresa en los artículos 229 y 231 del mismo cuerpo legal, ya que la audiencia la cual corresponde que sea citado el amparado, debe ser legalmente notificada, y haberse puesto después de ello en situación de rebeldía, lo que no se cumplió debidamente.*

*“En consecuencia, la orden de detención expedida por el Juez del Juzgado de Garantía lo ha sido con infracción a lo dispuesto en las normas citadas y artículo 21 de la Constitución Política de la República”<sup>5</sup>.*

2. *Orden de detención expedida por Jueza de Garantía fuera de los casos previstos.*

*En la audiencia, la Jueza Titular del Juzgado de Garantía, a solicitud de la parte querellante, ordenó la detención del amparado de conformidad a lo que dispone el artículo 127, inciso primero, del Código Procesal del ramo.*

*De acuerdo al claro tenor de la norma referida, la solicitud de detención para los fines allí previstos está reservada para el Ministerio Público quien no es ni puede ser interveniente en esta causa, atendida la naturaleza del procedimiento de que se trata.*

*En consecuencia, si bien la orden de detención cuestionada fue dictada por autoridad competente, lo ha sido fuera de los casos previstos por la ley, con infracción a lo dispuesto por el artículo 127, inciso primero, del Código Procesal Penal<sup>6</sup>.*

<sup>5</sup> Corte Suprema, 6-3-07, Rol N° 1139-07. Considerando 1º al 4º. R.G.J. N° 321-07, pág.269.

<sup>6</sup> Corte Suprema, 8-6-10, Rol N° 3981-10. R.G.J. N° 360, pág. 168.

3. *La citación practicada en autos, fundamento de la orden de detención cuestionada por vía del presente amparo, no satisface el estándar que la ley exige, desde que no aparecen cumplidos los requisitos relativos a la información y advertencias que el tribunal debe hacer a la imputada, siendo insuficiente para ese efecto la sola advertencia verbal que dice haber hecho el funcionario policial y que ha sido expresamente controvertida por la recurrente.*

*En dicho contexto, el Juez del Tribunal de Garantía no se encontraba facultado para decretar orden de detención contra la amparada, razón que conduce a acoger el recurso de amparo<sup>7</sup>.*

4. *Inasistencia del acusado a la audiencia de juicio oral aparece justificada al tenor de los antecedentes acompañados. Hay voto en contra.*

*El recurrente impugna la orden de arresto judicial decretada por estimar que se encuentra debidamente justificada la inasistencia del acusado. Con los antecedentes por él acompañados consignados en el motivo cuarto y quinto precedente, motivo por el cual sostiene que aquella fue dada ilegalmente y arbitrariamente, hecho que a su parecer constituye una perturbación y amenaza a los términos del artículo 21 inciso final de la Carta Fundamental.*

*Así las cosas, el Tribunal recurrido decretó el arresto del acusado por no haber comparecido injustificadamente a la citación judicial debido a que su presencia en la audiencia del juicio oral es condición de esta (artículo 127 inciso 2º del cuerpo legal antes mencionado), teniendo en consideración para ello que los documentos acompañados ante aquellos, signados en las letras a), b), y c), en el motivo cuarto precedente fueron insuficientes para justificar su incomparecencia, criterio que estos sentenciadores si bien comparten, con los nuevos antecedentes acompañados ante esta Corte aparece que efectivamente el imputado se encuentra internado en una Clínica de adulto mayor por haber variado su diagnóstico en cuanto que padece de un síndrome pre suicida e ideación suicida, motivo por el cual se acogerá el presente recurso de amparo, ello en atención que los jueces recurridos en el contexto antes anotado no se encontraban facultados para decretar orden de arresto contra el amparado<sup>8</sup>.*

<sup>7</sup> Corte Suprema, 23-4-07, Rol Nº 1.908-07, considerandos 4º y 5º. R.G.J. Nº 322, pág. 274.

<sup>8</sup> Corte Suprema, 7-12-09, Rol Nº 9.005-09. R.G.J. Nº 354, pág. 206.

### III. AMPAROS RELACIONADOS CON LA PRISIÓN PREVENTIVA

La garantía de la libertad provisional ha estado presente en nuestros ordenamientos constitucionales desde la Constitución Provisoria de O'Higgins de 1818: “El hombre que afianza la existencia de su persona y bienes, a satisfacción del Juez, con una seguridad suficiente, no debe ser preso ni embargado, a no ser que sea delito que merezca pena afflictiva”.

La normativa constitucional actual tiene su origen en la disposición contenida en el Acta Constitucional N° 3 de 1976, cuyo artículo 1º consideraba que la libertad provisional era un derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva que procedería siempre, salvo que el juez estimara mantener la medida cautelar por las razones taxativamente señaladas en el mismo texto constitucional.

El texto actualmente vigente con buen criterio suprimió la expresión “derecho” (en rigor es una garantía de la libertad personal) y la voz “siempre” por cuanto en el texto original de la Carta los delitos terroristas eran inexcarcelables (art.9º).

El artículo 356 del Código de Procedimiento Penal que operaba como norma complementaria de la preceptiva constitucional fue modificado en diversas oportunidades, sea para flexibilizar, sea para restringir la garantía, de acuerdo a la sensibilidad de los legisladores de turno.

En el presente, la polémica subsiste, pero no en torno a la libertad provisional sino que en cuanto a la procedencia de la prisión preventiva.

En efecto, en el nuevo cuerpo procesal, la prisión preventiva tiene un carácter excepcional: *“procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”*(art.139).

Pero hay más: en los trece artículos restantes del Párrafo 4º (140 a 153), se regulan en forma minuciosa los presupuestos para que se decrete la medida cautelar, los casos de su improcedencia, su duración, sustitución y otras modalidades de la misma.

Toda esta normativa, naturalmente, da pábulo para complejas interpretaciones —a veces de carácter subjetivas—, las que a su vez permiten a los eventuales afectados fundar recursos de amparos, según se infiere de la siguiente muestra ejemplar:

## **1. Consideraciones sobre la naturaleza de la prisión preventiva**

*1º. Que la prisión preventiva constituye la última y más drástica medida posible para asegurar la persona del imputado, y en el caso concreto, según los mismos intervenientes aceptan, la amparada se encontraba sometida a otras medidas cautelares que cumplió, compareciendo a todos los actos del procedimiento.*

*2º. Que, en este escenario, la sola existencia de una sentencia condenatoria —impugnada a través del recurso de nulidad— no resulta suficiente antecedente para considerar que las medidas cautelares vigentes fueran, ahora, insuficientes para cumplir su objetivo.*

*3º. Que, finalmente, la suspensión de los efectos de ese sentencia y a que se refiere el artículo 379 del Código Procesal Penal, no hace más que refrendar que subsiste, respecto de la amparada, la presunción de inocencia.*

*4º. Que, en consecuencia, la decisión impugnada por esta vía resulta ser innecesaria toda vez que no encuentra fundamento fáctico que la sustente<sup>9</sup>.*

## **2. Límite a la prisión preventiva**

*La procedencia de la medida cautelar de prisión preventiva tiene como limitación la norma indicada en el artículo 141 del Código Procesal del ramo, la cual señala que la prisión preventiva no procede cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias, lo cual sucede en la especie, estableciendo una contra excepción de procedencia en el evento que el imputado pudiese incumplir su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y presentarse a los actos del procedimiento como a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado de conformidad a los artículos 33 y 123 del Código Procesal Penal<sup>10</sup>.*

## **3. Prisión preventiva improcedente**

*Según se desprende de los antecedentes y de lo manifestado por los intervenientes en la audiencia, contra el fallo pronunciado por el Juez de Garantía de Nueva Imperial, se dedujo recurso de nulidad, el que fue concedido, produciéndose en consecuencia la suspensión de los efectos de la sentencia condenatoria impugnada en la forma prevista*

<sup>9</sup> Corte suprema, 2-9-2010, Rol Nº 6483-10.

<sup>10</sup> Corte Suprema, 10-12-07, Rol Nº 6663-07. R.G.J. Nº 330, pág. 243.

*en el artículo 379 del Código Procesal Penal, razón por la cual no se vislumbra motivo alguno para modificar la situación procesal del imputado que gozaba de libertad y estaba sujeto a la cautelar de firma quincenal ante el Ministerio Público<sup>11</sup>.*

#### **4. Meras sospechas contra imputado no justifican prisión preventiva**

*Al existir meras sospechas de inimputabilidad y peligrosidad, no existe tampoco la posibilidad de aplicar una medida cautelar personal general. Ni, como en el presente caso, mantener las ya decretadas a su respecto, las que se suspenden en su ejecución por ser consecuencia directa y necesaria del procedimiento penal iniciado en contra del amparado, el que se encuentra suspendido, lo que importa que deba dejarse en libertad al recurrente, hasta la remisión del informe respectivo, momento en el cual se deberá resolver si se mantiene tal medida, decretando sólo en ese momento la internación provisional; o en caso contrario, mantener su libertad, de cumplirse los requerimientos legales de procedencia.*

*Del tenor de los artículos 122, 139, 140, 141 y 155, todos del Código Procesal Penal, se desprende que las medidas cautelares personales sólo cabe imponerlas cuando son absolutamente indispensables para la realización de los fines de procedimiento y sólo duran mientras subsiste la necesidad de aplicarlas. Y que en el caso de la prisión preventiva, cuando las demás fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad, las que suponen una investigación formalizada en curso.*

*Por lo que razonado, aparece de toda evidencia que la prisión preventiva vigente en autos, lo ha sido en contradicción con las normas que la hacen procedente, razón por la cual el recurso interpuesto habrá de ser acogido<sup>12</sup>.*

#### **5. Decreto de prisión preventiva tiene como fundamento “peligro para la sociedad”**

*1. Según se desprende del mérito de los antecedentes, lo expuesto por el recurrente y por el representante del Ministerio Público, y lo informado por el Juez de Garantía, la resolución de fecha 18 de enero de 2005 que decretó la prisión preventiva contra*

<sup>11</sup> Corte Suprema, 12-12-09, Rol N° 8190-09, art. 378 del Código Procesal Penal. R.G.J. N°354, pág. 193.

<sup>12</sup> Corte Suprema, 11-11-09, Rol N° 8 131-09, considerandos 6º, 7º y 8º. R.G.J. N° 353, pág. 173.

*el amparado se fundó en el peligro para la sociedad que conllevaría la libertad del imputado, atendida la gravedad del delito y la pena asignada al mismo, de lo que debe concluirse que se ha dispuesto en orden a evitar que persista la actividad delictiva por la cual se le ha formalizado en la investigación, y no sólo para asegurar la comparecencia del imputado a la audiencia del juicio y a la eventual ejecución de la pena, como señala el artículo 146 del Código Procesal Penal, lo que hace que su petición de reemplazo de la prisión preventiva por una caución no se encuadre en dicha norma del artículo 146 del Código Procesal Penal invocada por el recurrente.*

*Sin perjuicio de lo reflexionado en la consideración anterior, en la especie debe tenerse en cuenta que no ha transcurrido el término de dos meses desde el último debate oral en que se hubiere ordenado o mantenido la prisión preventiva, pues con fecha 8 de marzo del año en curso se llevó a efecto la última audiencia ante el Juez de Garantía recurrido, en que se revisó la medida cautelar de prisión preventiva, en la que se resolvió negar lugar a la solicitud de revocación o sustitución de la medida de prisión preventiva, lo que deja al juez en la situación de negar de plano la solicitud de revocación de la prisión preventiva, conforme al artículo 144 del Código Procesal Penal, no estando impedido para ello por la regla excepcional que contempla la misma norma, ya que no han transcurrido dos meses desde el último debate oral.*

2. Sustituyendo en el considerando segundo la expresión “sin perjuicio de lo reflexionado en la consideración anterior” por “en lo que concierne a la petición principal de renovación o término de la medida cautelar”, se confirma la resolución apelada<sup>13</sup>.

## 6. Prisión preventiva como medida extrema

*El legislador ha dispuesto perentoriamente —art.139 del Código Procesal Penal— que la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el Juez como insuficiente para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad, esto es, constituye la última medida para atender los objetos del proceso penal.*

*En el presente caso a juicio de este Tribunal, tal extremo es innecesario, desde que existen otras medidas para lograr los objetivos antes señalados, las que se encuentran señaladas en el artículo 155 del Código del ramo, por lo tanto se torna arbitraria*

<sup>13</sup> Corte Suprema, 23-4-05, Rol 1765-05, R.G.J. Nº 298, pág. 207.

*su prisión preventiva. Atendida, precisamente, la existencia de medidas legales alternativas<sup>14</sup>.*

## **IV. AMPAROS VINCULADOS CON DELITOS ESPECIALES**

### **1. Amparos en relación al delito de giro fraudulento de cheques**

Durante décadas, el recurso de amparo se utilizó para impugnar autos de procedimiento decretados por giros fraudulentos de cheques.

En el presente, después de las modificaciones efectuadas a la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques y considerando que el Código Procesal Penal también consulta un procedimiento especial para los delitos de acción privada, el arbitrio que comentamos ha experimentado un debilitamiento en cuanto a su pertinencia.

A manera de ilustración algunos casos:

- 1) *Giro fraudulento de cheques. Improcedencia de aplicación de sanción pecuniaria. Amparo acogido.*

*El delito de que se trata, de acuerdo a lo previsto en el art. 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, se encuentra sancionado con las penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal; en consecuencia, la remisión que hace la norma del Decreto con Fuerza de Ley N° 707 a las sanciones de la estafa, se refiere exclusivamente a las penas privativas de libertad que estatuye los diversos numerales de la aludida disposición y no a las sanciones pecuniarias que contempla.*

*El recurso de amparo en cuanto persigue vigilar el incumplimiento de la Constitución y las Leyes en lo concerniente a la privación o amenaza de atentados contra la libertad personal y la seguridad individual, es también un instrumento eficaz para el control de las resoluciones que emitan los Tribunales de Justicia que pongan en riesgo las garantías.*

*Surge el recurso de amparo, entonces, como remedio adecuado y oportuno para poner fin a los actos y decisiones que afectan tales derechos, cuando en dichos dictámenes*

<sup>14</sup> Corte Suprema, 3, abril, 2014, Rol N°7425-14. Acordada con el voto en contra del ministro Haroldo Brito, quien estuvo por rechazar el recurso teniendo para ello únicamente presente que el recurso de amparo no es la vía idónea para la discusión de esta materia.

*aparezca de manifiesto y sea ostensible que los antecedentes que le sirven de fundamento no se corresponden con el ordenamiento jurídico vigente<sup>15</sup>.*

2) *Giro fraudulento de cheque. Suspensión de acción penal.*

*De los antecedentes se desprende que la querella se inserta en la etapa de investigación correspondiente al procedimiento ordinario establecido para la pesquisa de los delitos de acción pública y que, además de constituir una de las formas de dar inicio a dicho procedimiento, evidencia en quien la formula —asumiendo el rol de querellante—, la clara intención de cooperar en la actividad desarrollada por el Ministerio Público para la investigación del hecho delictivo y sus partícipes, todo lo cual permite concluir que la querella, como trámite inicial del procedimiento, produce el efecto de suspender el curso de la acción penal en los términos indicados por el precitado artículo 96 del Código Punitivo.*

*En concordancia con todo lo anteriormente expuesto, también se encuentra lo contemplado en la letra d) del artículo 114 del Código Procesal Penal al establecer que la querella deducida debe ser declarada inadmisible cuando aparezca de manifiesto que la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida.*

*Atento a lo anterior, se debe entender que la querella interpuesta en autos en contra del amparado suspendió el plazo de prescripción de la acción penal destinada a perseguir los delitos de giro doloso de cheques que se le imputan, se encuentra ajustada a la norma establecida sobre la materia careciendo por ello de sustentación jurídica el reproche de ilegalidad que dicha persona le dirige por medio de la presente acción<sup>16</sup>.*

3) *Giro fraudulento de cheques no queda comprendido entre los ilícitos mencionados en el artículo 15 D.L. 1.094.*

*El delito contemplado en el art. 22 de la Ley Sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques no constituye ninguno de los ilícitos que el legislador señaló en el art. 15 Nº2 del D.L. 1.094 en que enumera actividades cuya realización por su gravedad, y perniciosas consecuencias sociales, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas y tampoco puede ser catalogado en la generalización con que concluye dicha norma, en consecuencia debe acogerse el recurso y dejarse sin efecto el Decreto de Expulsión que afectaba al amparado<sup>17</sup>.*

<sup>15</sup> Corte Suprema, 7-11-07, Rol Nº5.972-07. R.G.J. Nº329 p.224. En el mismo sentido Rol Nº1.279-07, R.G.J. Nº324, pág. 258.

<sup>16</sup> Corte Suprema, 13-6-06, Rol Nº 2.693-06. R.G.J. Nº312, pág.223.

<sup>17</sup> Corte Suprema, 9 de septiembre de 2013, Rol Nº 6649-13.

## 2. El amparo en relación con delitos de tráfico ilícito de estupefacientes

*Los tribunales siempre han aplicado con extrema severidad las medidas cautelares a los involucrados en esta clase de ilícitos. Este comportamiento se mantiene en el presente:*

- 1) *Negativa a conceder libertad vigilada al condenado por tráfico ilícito de estupefacientes. Amparo rechazado.*

*De los antecedentes reunidos, no es posible tener por fecha recientemente establecido la existencia de una privación, perturbación o amenaza ilegítimas a la libertad personal del amparado, ya sea actual o eventual que amerite la adopción del presente recurso, por la cual esta Corte desestimará la presente acción constitucional<sup>18</sup>.*

- 2) *Ampliación de plazo de detención que contempla la ley N° 20.000.*

*I. El artículo 39 prescribe que tratándose de la investigación de los delitos establecidos en la ley N° 20.000, el plazo contemplado en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal, podrá ser ampliado por el Juez de Garantía hasta por el término de 5 días, cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia, norma que establece que el juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición, la que podrá ser formulada acorde con lo prevenido en el artículo 9º del Código citado.*

*Por su parte, el artículo 9º referido autoriza que esta petición sea solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior.*

*Es decir, la ampliación del plazo de detención en los casos que se investigue un delito de tráfico ilícito de drogas, tiene una normativa especial, como lo es la del anteriormente referido artículo 39 en relación con los artículos 132 y 9º del Código Procesal Penal. (Consid. 4º fallo C. de Apelaciones).*

*II. Los artículos 131 y 132 del Código Procesal Penal son complementarios en cuanto señalan distintos plazos para la duración de las detenciones en los casos que previenen; en consecuencia, rige plenamente lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 132 citado, expresamente previsto en relación con el artículo 39 de la ley N° 20.000, se confirma la sentencia apelada<sup>19</sup>.*

<sup>18</sup> Corte de Apelaciones de Santiago confirmado por Corte Suprema 22-3-10, Rol N°1.944-10. R.G.J. N°357, pág.183.

<sup>19</sup> C. Suprema, 13-5-05, Rol N° 2668-05. R.G.J. 300, pág. 199.

### **3. Amparos en relación con delitos previsionales**

Los arrestos decretados por jueces laborales contra empleadores incursos en el íntegro de cotizaciones previsionales, originaron numerosos amparos fundados en que se estaba en presencia de una verdadera prisión por deudas.

Esta tesis, aceptada en principio, incluso por la Corte Suprema, aparece en el presente definitivamente desechada:

*No puede estimarse que la retención de las cotizaciones a los trabajadores y su no pago a la entidad previsional correspondiente constituya un supuesto propio de una prisión por deudas de aquella que proscribe la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que en la especie se trata de retenciones efectuada a los sueldos de los trabajadores con esa precisa finalidad por el amparado en su condición de representante legal de la empresa empleadora, por lo que corresponde desestimar la acción constitucional intentada<sup>20</sup>.*

### **4. El amparo en relación con la Ley sobre responsabilidad penal de adolescentes**

Eventuales infracciones a la normativa contenida en este estatuto especial, también ha sido invocada como fundamento de amparos:

1. *“La Ley Nº20.084 Sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes fijó un estatuto jurídico para el tratamiento de contravenciones a la ley criminal cometidas por menores de dieciocho y mayores de catorce años de edad, superando los sistemas de inimputabilidad absoluta y relativa, fijándose un régimen penal diferenciado en aspectos sustantivos y procesales, relativamente más benignos en relación al sistema penal de los adultos, para de esa forma dar cumplimiento a compromisos asumidos al celebrar tratados internacionales sobre la materia y así asegurar un modelo garantista moderado respecto de los adolescentes infractores, principalmente enmendados de la Convención de los derechos del Niño.*

*En consecuencia, el proceder de los recurridos ha vulnerado expresas normas legales, constitucionales y tratados internacionales ratificados y vigentes amenazándose en forma concreta la libertad personal del joven infractor mediante la imposición al*

<sup>20</sup> Corte Suprema, 16-10-2006, Rol Nº 5324-2006. En el mismo sentido: C.S, 7.12.2010, Rol 9276-10; C.S. 13.10.2010, Rol 7521-2010. C.S. 15.06.2010, Rol Nº 4224-2010.

*adolescente de un castigo de régimen cerrado, en circunstancias que al más gravoso, se extiende a usted respecto hasta la internación en régimen semicerrado con programas de reinserción, situación esta que legítima el uso de esta vía constitucional de amparo<sup>21</sup>.*

*2. Adolescentes no pueden ser incluidos en el registro de ADN de condenados por cuanto la Ley N°20.084 establece un subsistema penal especial para los menores de edad. Inclusión en el Registro de Condenados perturba la futura reinserción de los adolescentes, lo que implica una vulneración a la libertad personal<sup>22</sup>.*

*3. Procede acoger amparo interpuesto en contra resolución de juez de garantía que dispone traslado de un adolescente condenado a un establecimiento que no cumple con requisitos de seguridad<sup>23</sup>.*

## **5. Amparos relacionados con Ley N°19.856 sobre reducción de condenas**

La Ley N° 19.856 publicada en el Diario Oficial del 4 de enero de 2003 como asimismo el Decreto Reglamentario N°685 de 19 de noviembre del mismo año, califican de “beneficio” la reducción del tiempo de condena que regula dicha disposición legal, es decir, se trata de una facultad o atribución que puede o no ejercer la autoridad competente según se cumplan las circunstancias, condiciones o limitaciones que dispone dicha disposición legal.

El procedimiento contemplado para el otorgamiento de ese beneficio, establece la institución denominada Comisión de Beneficio de Reducción de Condena (artículo N°10 de la ley).

Ahora bien, en la práctica se han interpuesto diversos Recursos de Amparo contra autoridades administrativas que al negar la concurrencia de este beneficio se estima que habrían vulnerado la libertad personal.

Citamos como acciones acogidas las siguientes: Corte Suprema, Roles N° 10.594-14; 10.663-14 y 10.738-14, totas de fecha 14 de mayo de 2014.

<sup>21</sup> Corte Suprema, 6-8-09, Rol N°5339-09. R.G.J.350, pág. 183. En el mismo sentido C. Suprema, 13-4-09, Rol N°2.300-09, R.G.J. 346, pág. 194.2.

<sup>22</sup> Corte Suprema, 23-10-2012, Rol N°7793-12 R.G.J. 388, pág. 150.

<sup>23</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, 1º abril 2011, Rol N°299.011. R.G.J. N°370, pág. 281.

## **6. Recurso de amparo en relación con Ley N°18.287 sobre procedimientos ante los Juzgados de Policía Local. (Arresto por vía de apremio en caso de multas impagadas).**

*Que si bien el tribunal cuenta con facultades para decretar por vía de sustitución y apremio contra el infractor que no diere cumplimiento al pago de la multa impuesta, alguna de las medidas consagradas en el artículo 23 de la Ley sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, entre las que se dispone el arresto nocturno, esta Corte considera que la mentada orden, sólo puede ser decretada en términos tales que se ajuste al cumplimiento penitenciario correspondiente entre las 22.00 horas del día de su detención y las 06:00 del día siguiente.*

*En todo caso, para el evento que el sentenciado manifieste que ejercerá alguno de los derechos contemplados en el inciso tercero del artículo 23 de la Ley N°18.287, la orden de arresto deberá ser decretada para cumplirse en los días de funcionamiento del juzgado competente<sup>24</sup>.*

## **V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO**

Considerando que el arresto es una medida que afecta la libertad personal, derecho fundamental tutelado por la acción de amparo, hemos considerado pertinente destinar una breve reseña acerca de los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha emitido sobre el tema.

En efecto, en el ámbito de las facultades administrativas sancionadoras, diversas leyes especiales establecen el arresto como medida de apremio contra personas incursas en cancelar multas u otras obligaciones patrimoniales.

Ahora bien, por la vía de requerimientos de inaplicabilidad, la Magistratura Constitucional ha debido resolver impugnaciones referidas precisamente a preceptos legales que consultan estos apremios.

En tal sentido, cabe mencionar la sentencia de fecha 24 de abril de 2007, Rol N°576-06, referida a los artículos 12 y 14 de la Ley N°17.322.

<sup>24</sup> Corte Suprema 13 de mayo 2014, Rol N°10.460-14.

El Tribunal ratifica la doctrina que la Corte Suprema había sentado sobre el punto: “El arresto en materia previsional, por incumplimiento de una obligación legal, no constituye prisión por deuda e incluso no tiene carácter alimenticio”.

Resulta de interés señalar que, en el referido fallo, en los considerandos decimoquinto y decimosexto, después de reseñar la doctrina de los autores y los antecedentes históricos del precepto contenido en el artículo 19 Nº 1 inciso final de la Constitución, concluye en que, implícitamente, el texto permite sólo los apremios autorizados por ley y dentro de ciertos límites.

En sentencia de fecha 21 de octubre de 2010, Rol Nº 1.518-09, con incidencia en un requerimiento de inaplicabilidad contra el artículo 169 del Código Sanitario, precisando que, si bien un arresto puede en principio ser legal, deviene en arbitrario, sino no se cumplen los presupuestos de orden jurisdiccional –cuyo es el caso.

Las sentencias del Tribunal: Roles Nºs. 244, 519 y 1.006 contienen importantes consideraciones doctrinarias sobre la naturaleza de los apremios ilegales.

## **VI. PROYECTO DE LEY SOBRE ACCIONES CONSTITUCIONALES Y SU REGULACIÓN**

Desde hace más de tres años que la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados dio su aprobación a un proyecto de ley sobre Acciones de Protección de Derechos Fundamentales.

El Título II, Capítulo I de dicho documento, se refiere al “Recurso de Amparo o hábeas corpus”, cuya naturaleza, objetivo, procedencia, tramitación y efectos se pormenorizan en veinticinco artículos.

Con algunas reservas sobre el contenido del proyecto en relación —partiendo por su título—, estimamos que constituye un real aporte normativo y que, por lo tanto, se debe reactivar su discusión con la mayor celeridad si se considera que, en general, las acciones constitucionales precisan de una regulación legal para su tramitación, ya que los autos acordados que la Corte Suprema dictó al efecto, en virtud de sus facultades económicas, originan permanentemente cuestionamientos de constitucionalidad.

En lo que atañe a la acción de amparo, cabe recordar que el nuevo Código Procesal Penal, a diferencia de lo que contemplaba el derogado cuerpo legal, no contiene disposiciones que regulen su tramitación, por lo que ella debe ceñirse a lo señalado en el desfasado auto acordado de 1932.

## VII. APRECIACIONES GENERALES

Como se puede inferir de la simple lectura de la recopilación jurisprudencial precedente, la normativa del nuevo Código Procesal Penal ha motivado una permanente presencia del hábeas corpus ante los tribunales superiores de justicia.

Atendida la naturaleza garantista del nuevo cuerpo legal, ello era presumible.

Cabe recordar que los jueces de garantía fueron concebidos según su tenor literal para “asegurar los derechos del imputado” y secundariamente para “los otros intervenientes en el proceso penal”.

En su oportunidad, junto a otros ministros de la Magistratura Constitucional, prevenimos en el sentido que ello representaba una verdadera distorsión al colocar como primera función del juez de garantía la de dar protección al imputado y ubicar a la víctima en un grupo residual.

La víctima es la que sufre las consecuencias del acto del delincuente y, por lo tanto, es ella la que primordial y principalmente debe ser amparada por todo el sistema de justicia penal<sup>25</sup>.

En tal sentido, la reciente ley de reforma constitucional Nº20.516 de 11 julio 2011, se hace cargo parcialmente de esta situación.

Efectivamente, la moción parlamentaria que dio origen a la enmienda hizo presente: “*ni la Constitución ni la ley aseguran de manera específica a la víctima el derecho a contar con asesoría legal y representación de un letrado en las distintas etapas del procedimiento*”.

Para tal efecto, se modificó el numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental para establecer la obligación de otorgar defensa penal y

<sup>25</sup> Prevención en sentencia del Tribunal Constitucional ,3-2-2000, Rol Nº304, pág.213.

asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas.

Retornando a las apreciaciones sobre el material judicial compulsado, estimamos que, atendida la minuciosa protección brindada por el legislador a la libertad personal y seguridad individual, no resulta extraño que el sistema de tutelas sea vulnerado, dando con ello motivo para la interposición de amparos.

En esta contingencia, las Cortes de Apelaciones conociendo del amparo en primer grado y la Corte Suprema actuando como tribunal de apelación, se comportan con singular rigor -como se ha podido observar de los ejemplos incluidos precedentemente.

Todo ello explica el porqué los jueces de garantía son en general muy reticentes en la aplicación de medidas cautelares personales, particularmente tratándose de la prisión preventiva.

Con todas las reservas que puede presentar en la práctica un sistema garantista, pensamos que la tutela de la libertad personal siempre será un valor de mayor entidad ante eventuales conductas ilegales o arbitrarias emanadas de cualquier autoridad.

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA:**

Navarro Beltrán, Enrique (editor) (2001). *20 Años de la Constitución Chilena (1981-2001)*. Santiago: Ed. ConoSur Ltda.

Tavolari R. (1995). *Hábeas Corpus. Recurso de Amparo*. Santiago: Ed. Jurídica

## **JURISPRUDENCIA CITADA:**

Prevención en sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 304, 3 de febrero del 2000.

Corte Suprema, Rol 1765-05, 23 de abril del 2005.

Corte Suprema, Rol N° 2668-05, 13 de mayo del 2005.

Corte Suprema, Rol N° 2693-06, 13 de junio del 2006.

Corte Suprema, Rol N° 5324-2006, 16 de octubre del 2006.

- Corte Suprema, Rol. Nº 1139-07, 6 de marzo del 2007.
- Corte Suprema, Rol Nº 1908-07, 23 de abril del 2007.
- Corte Suprema, Rol Nº 5972-07, 7 de noviembre del 2007.
- Corte Suprema, Rol Nº 6663-07, 10 de diciembre del 2007.
- Corte Suprema, Rol Nº 2300-09, 13 de abril del 2009.
- Corte Suprema, Rol Nº 5339-09, 6 de agosto del 2009.
- Corte Suprema, Rol Nº 8131-09, 11 de noviembre del 2009.
- Corte Suprema, Rol Nº 9005-09, 7 de diciembre del 2009.
- Corte Suprema, Rol Nº 8190-09, 12 de diciembre del 2009.
- Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por Corte Suprema, Rol Nº 1944-10, 22 de marzo del 2010.
- Corte Suprema, Rol Nº 3981-10, 8 de junio del 2010.
- Corte Suprema, Rol Nº 4224-2010, 15 de junio del 2010.
- Corte Suprema, Rol Nº 6483-10, 2 de septiembre del 2010.
- Corte Suprema, Rol Nº 7521-2010, 13 de octubre del 2010.
- Corte Suprema, Rol Nº 9276-10, 7 de diciembre del 2010.
- Corte de Apelaciones de Temuco, Rol Nº 299011, 1 de abril del 2011.
- Corte Suprema, Rol Nº 7793-12, 23 de octubre del 2012.
- Corte Suprema, Rol Nº 6649-2013, 9 de septiembre del 2013.
- Corte Suprema, Rol Nº 7425-14, 3 de abril del 2014.
- Corte Suprema, Rol Nº 10.460-14, 13 de mayo del 2014.



## **LA NUEVA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

## **THE NEW WRIT OF INAPPLICABILITY ACCORDING THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT**

**ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN<sup>1</sup>**

**Resumen:** en el presente artículo, se analiza la nueva acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente en lo referente a los criterios de admisibilidad.

**Palabras clave:** Tribunal Constitucional. Acción de inaplicabilidad. Requisitos de admisibilidad.

**Summary:** in the present article the new writ of inapplicability due to inconstitutionality of the laws is analyzed in the light of the precedents of the Constitutional Court specially referred to the admissibility criteriums.

**Key words:** Constitutional Court. Inapplicability writ. Admissibility requisites.

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Constitucional U. de Chile y U. Finis Terrae.

La reforma constitucional de 2005<sup>2</sup> le otorgó al Tribunal Constitucional la totalidad del control de la constitucionalidad de las leyes, tanto a priori —que lo tenía desde 1980— como a posteriori —que se radicaba en la Corte Suprema—. Así, se establecieron dos instituciones: la inaplicabilidad (para el caso concreto) y la inconstitucionalidad (derogación de la ley).

Como se ha expresado, la aludida reforma constitucional facultó al Tribunal Constitucional para resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución<sup>3</sup>.

En efecto, el artículo 93, inciso primero, Nº 6 de la Constitución Política de la República, señala expresamente que es atribución del Tribunal Constitucional “*Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”.

El mismo artículo 93 citado, en su inciso décimo primero, explicita aquella atribución —en cuanto a sus presupuestos procesales—, añadiendo que “*la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto*”, agregando que le corresponderá a cualquiera de las salas del tribunal declarar la admisibilidad de la cuestión “*siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley*”<sup>4</sup>. Por su parte, el artículo 84 de la Ley Orgánica del Tribunal señala las causales de inadmisibilidad<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Sobre las reformas constitucionales de 2005 vid. Navarro Beltrán, Enrique (2005). *Reformas constitucionales 2005*. Revista del Colegio de Abogados, pp. 46 y 47. Del mismo modo, vid. Nogueira Alcalá, Humberto (2005) (coordinador). *La Constitución reformada de 2005* y Zúñiga Urbina, Francisco (2005) (coordinador). *Reforma constitucional*.

<sup>3</sup> En relación a los antecedentes de la acción de inaplicabilidad, vid. Navarro Beltrán, Enrique (2006). *El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005*. Revista de Derecho Público 68, p. 11 y ss.

<sup>4</sup> Sobre la historia, vid. Senado de la República (2006). *Reformas constitucionales 2005*. Historia y tramitación. En idéntico sentido, Pfeffer Urquiaga, Emilio (2005). *Reformas constitucionales 2005*. Antecedentes-debates-informes.

<sup>5</sup> “Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 1º Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado; 2º Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; 3º Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto

Al Tribunal le ha correspondido pronunciarse durante los primeros ocho años en más de un millar y medio de presentaciones, pudiendo destacarse los siguientes presupuestos de admisibilidad<sup>6</sup> de la acción que, como se ha señalado, se encuentran establecidos en la propia Carta Fundamental<sup>7</sup>.

## I. QUE EL REQUERIMIENTO SEA FORMULADO POR UNA PERSONA U ÓRGANO LEGITIMADO. REQUERIMIENTO DE LOS JUECES<sup>8</sup>

La Comisión del Senado al discutir, en primer trámite, la reforma constitucional de 2005, tuvo especialmente presente la experiencia de derecho comparado, en particular la europea.

En tal sentido, se observó que la Ley Fundamental alemana entrega al Tribunal Constitucional diversas atribuciones, entre ellas, “*la resolución de los conflictos de interpretación de la Constitución, referidos al alcance de los derechos y obligaciones de órganos de alta jerarquía y de compatibilidad entre el derecho federal o de un Estado y la Carta Fundamental*”. Así, “*en caso de que un tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo, se suspenderá el procedimiento. Si se trata de una violación de la Constitución de un Estado, se recabarán el*

*término a ella por sentencia ejecutoriada; 4º Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; 5º Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto; y 6º Cuando carezca de fundamento plausible”.*

<sup>6</sup> Navarro Beltrán, Enrique (2010). *Presupuestos de la acción de inaplicabilidad*. Revista de Derecho Público 72. Más recientemente, *Control de constitucionalidad de las leyes en Chile 1811-2011*, Cuaderno N° 43 del TC, 2011.

<sup>7</sup> Vid. N° 10 (2006) de la Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, en que se analiza la jurisprudencia del primer año del Tribunal Constitucional.

<sup>8</sup> Artículo 79. *En el caso del número 6º del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

*Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de esta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.*

*El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso.*

*pronunciamiento del tribunal regional competente en litigios constitucionales, o el del Tribunal Constitucional Federal, tratándose de una infracción a la Ley Fundamental*<sup>9</sup>. En efecto, en Alemania, la Ley Federal señala que: “Si un Tribunal considera que una ley —de cuya validez depende el fallo— es inconstitucional, se suspenderá el procedimiento. En tal caso, se someterá la cuestión —cuando se trate de la violación de la Constitución de un Estado Federado— al tribunal competente en materia de litigios constitucionales; cuando se trate a violaciones de esta Ley Fundamental, el asunto se someterá a consideración del Tribunal Constitucional Federal. Lo anterior rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Estado Federado o la incompatibilidad de una ley de un Estado Federado con una Ley Federal”<sup>10</sup>.

También se tuvo presente que, en España, “el Tribunal Constitucional conoce los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, del recurso de amparo por violación de ciertos derechos y libertades y de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de estas entre sí. Asimismo, que en caso de que un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma legal aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser inconstitucional, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, la forma y con los efectos que establezca la ley que en ningún caso serán suspensivos”<sup>11</sup>. En efecto, en España, la Constitución Política establece que: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”<sup>12</sup>. De este modo, en el modelo español, una de sus características es la “incorporación de los órganos judiciales a la tarea de depuración del ordenamiento”, en cuanto si bien no pueden declarar la inconstitucionalidad de la norma, “colaboran en dicha tarea instando el control del Tribunal Constitucional mediante la denominada cuestión de inconstitucionalidad”<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Informe de la Comisión del Senado, en Pfeffer, ob. cit., p. 374.

<sup>10</sup> Ley Federal, artículo 100.1. Vid. Navarro Beltrán, Enrique (2009). *60 años de la Constitución Alemana*. Santiago: Ed. Jurídica, en imprenta.

<sup>11</sup> Ibid. Una excelente revisión histórica de la vía incidental judicial en España es López Ulla, Juan Manuel (1999). *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madrid.

<sup>12</sup> Constitución Política de España, artículo 163.

<sup>13</sup> Pérez Tremps, Pablo (2005). *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español*. Estudios Constitucionales N° 1, p. 128.

Entre las opiniones escuchadas en el Senado, deben destacarse las vertidas por el ex ministro Eugenio Valenzuela, quien dejó constancia que estimaba prudente establecer una dualidad de acciones, en términos que “*la acción de inaplicabilidad pueda ser iniciada por el juez que conoce de la causa o por las partes del litigio y que para el recurso de inconstitucionalidad exista acción popular, vale decir, que cualquier persona pueda pedir la inconstitucionalidad de la ley con efecto general después de que previamente hubiere sido declarada inaplicable*”<sup>14</sup>.

De este modo, el criterio adoptado por la Comisión del Senado en esta materia fue que la acción de inaplicabilidad podía “*deducirse de oficio por el tribunal que conoce de la gestión, en cualquier estado de la misma, y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia*”<sup>15</sup>.

Por último, en relación al derecho europeo, cabe tener presente que en Italia la Ley Fundamental prescribe que: “*El Tribunal Constitucional conocerá de: 1º Las controversias acerca de la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones*”<sup>16</sup>. En tal sentido, el control incidental de las leyes ha tenido especial relevancia en Italia, lo que se plantea por un juez respecto de una norma de rango legal, quien dicta al efecto “*una resolución —denominado auto de planteamiento— con la que suspende el juicio en curso ante él y somete la cuestión a la Corte*”. Dicha resolución “*no vincula a los jueces de otros procesos en cuyo ámbito sea aplicable la disposición o norma denunciada como sospechosa de inconstitucionalidad*”<sup>17</sup>. De este modo, “*el juez, tras una expresa solicitud realizada por una de las partes del proceso seguido en su instancia o de oficio, debe elevar la cuestión de legitimidad constitucional cuando dude que una determinada disposición pueda estar en contradicción con la Constitución, pudiendo negarse sólo en el supuesto que, con respecto a la instancia de parte, considere la excepción propuesta absolutamente carente de cualquier fundamento real*”, debiendo tratarse si de “*una norma cuya aplicación el juez entienda necesaria e indispensable para la decisión del proceso*”, a lo que debe agregarse “*la obligación por parte del juez de intentar, previamente a elevar la cuestión de constitucionalidad, la posibilidad de una interpretación adecuada, esto es, más conforme a la Constitución y, de esta manera, salvar la duda de constitucionalidad*”<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> En Pfeffer, ob. cit., pp. 375-376.

<sup>15</sup> Ibid., p. 386.

<sup>16</sup> Artículo 134 de la Constitución de la República de Italia.

<sup>17</sup> Pizzorusso, Alessandro (1999). *La Justicia Constitucional en Italia. Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 4, UNED, p. 167.

<sup>18</sup> Romboli, Roberto (1999). *El control de constitucionalidad de las leyes en Italia. Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 4, UNED, p. 187.

Para algunos autores, el juicio incidental de inconstitucionalidad chileno, con la modalidad de control concreto, se alejaría del sistema previsto en Alemania, Italia o España, “*donde la modalidad de juicio incidental tiene el carácter de control abstracto con efecto erga omnes, teniendo más cercanía con el modelo portugués, considerado en el artículo 28º de la Constitución portuguesa, el cual prevé un juicio incidental con modalidad de control concreto ante el Tribunal Constitucional y cuya sentencia produce efectos inter pares*”<sup>19</sup>.

Durante este período se han presentado peticiones de inaplicabilidad a instancia de jueces, de competencias disímiles<sup>20</sup>. Incluso, la propia Corte Suprema<sup>21</sup>.

Excluyendo los innumerables requerimientos referidos al artículo 116 del Código Tributario, se han acogido diversas peticiones de jueces<sup>22</sup>. Así, por ejemplo, en relación a la solicitud de la Corte de Valparaíso respecto del artículo 13 de la Ley N° 18.575, que establecía como causal de reserva o secreto el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada, efectuada por el jefe superior del órgano requerido<sup>23</sup>. Por su parte, la Primera Sala Civil de la Corte Suprema consultó la aplicación de los artículos 15 y 16 del DL 2695 referidos a la regularización de la pequeña propiedad raíz, por cuanto se podría afectar el derecho de propiedad<sup>24</sup>. El Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel solicitó la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, que preceptúa que si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la

<sup>19</sup> Nogueira Alcalá, Humberto (2005). *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias*. Estudios Constitucionales 1, p. 12.

<sup>20</sup> Roles N° 537/2006 (Tribunal Penal Oral de Concepción, respecto del artículo 434 del Código Penal), N° 541/2006 (3ª. Sala de la ICA de Santiago, en relación al inciso 1º del artículo 42 de la Ley de Concesiones), N° 575/2006 (Juez de Policía Local de Renca, impugnando el artículo 541 del COT), y N° 659/2006 (1ª. Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, en relación al artículo 116 del Código Tributario).

<sup>21</sup> Así lo hizo, por ejemplo, la Primera Sala del máximo tribunal, respecto de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2695 (Rol N° 707/2007) y la Sala Constitucional, en relación al derogado artículo 116 del Código Tributario.

<sup>22</sup> Sobre la materia vid. Navarro Beltrán, Enrique (2009). *Requerimiento de inaplicabilidad de jueces*. Ponencia enviada a XXXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público. Por publicarse en Revista de Derecho de la U. Católica de Chile.

<sup>23</sup> TC, Rol N° 634/2007.

<sup>24</sup> TC, Rol N° 707/2007.

madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que este haya alcanzado la plena capacidad, lo que se estimó vulneraba el derecho a la propia identidad<sup>25</sup>. En otro caso, la Corte de Apelaciones de Valparaíso requirió de inaplicabilidad en relación a las *asignaciones universitarias* a que tendrían derecho ciertos funcionarios judiciales, por aplicación del *artículo 35 de la Ley Orgánica de Enseñanza*, que establece que título profesional es el que se otorga a un egresado de un instituto profesional o de una universidad que ha aprobado un programa de estudios cuyo nivel y contenido le confieren una formación general y científica; estimando la Magistratura Constitucional que la aplicación de la referida disposición infringe la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad del funcionario que ha recurrido de protección, al habersele privado de derechos que se habrían incorporado a su patrimonio<sup>26</sup>. También se acogió otra presentación formulada por la misma Corte, respecto de una disposición legal de la *Ley N° 19.531*, que excluye de ciertos beneficios de incremento de remuneraciones a los funcionarios que no hayan prestado servicios efectivos en el Poder Judicial, salvo que exista licencia médica por accidentes del trabajo, incluido el descanso de maternidad, estimando el Tribunal Constitucional que vulneraba la igualdad ante la ley la circunstancia de que no se considere a aquellos que han padecido de cáncer, a lo que debe agregarse la infracción al derecho de propiedad<sup>27</sup>. Igualmente, debe destacarse un pronunciamiento dirigido contra el *artículo 26 bis del Código del Trabajo*, en cuanto regula las esperas entre turnos laborales que les corresponde cumplir a los choferes y auxiliares del transporte rural colectivo de pasajeros, el que se considera no imputable a la jornada de trabajo y cuya retribución o compensación se ajusta libremente al acuerdo entre las partes, lo que se estimó que afectaba la protección del trabajo<sup>28</sup>. También, se requirió por la Corte de Apelaciones de Talca, en relación al *artículo 237 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997*, del Ministerio de Defensa Nacional, conforme al cual la existencia de enfermedades invalidantes y su carácter permanente debe ser calificada exclusivamente por Comisión de Sanidad de la institución, sin necesidad de investigación sumaria administrativa; disposición que se estimó que afectaba el derecho a la defensa jurídica de un oficial de Ejército, el derecho a aportar pruebas y el derecho de impugnar

<sup>25</sup> TC, Rol N° 1.340/2009. También Roles N° 1537/2009, N° 1563/2009 y N° 1656/2010.

<sup>26</sup> TC, Rol N° 1615/2010.

<sup>27</sup> TC, Rol N° 1801/2010.

<sup>28</sup> TC, Rol N° 1852/2010. También, Rol N° 2470/2013. En relación al artículo 25 del Código del Trabajo, vid. Roles N° 2086/2011 y N° 2197/2012.

los actos que lo afecten<sup>29</sup>. A su vez, el Juez Titular del Segundo Juzgado de Letras de Calama solicitó la inaplicabilidad de los *artículos 93 y 96 del Código Tributario*, en relación a apremios tributarios, estimándose por el TC que la aplicación conjunta de las normas impugnadas implicaba ciertamente una transgresión de la garantía sobre igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, en cuanto se restringe la libertad personal a través de una sanción que no ha sido precedida de un proceso previo seguido conforme a un procedimiento racional y justo<sup>30</sup>. Finalmente, se estimó anticonstitucional la norma contenida en el *artículo 75 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades*, reclamada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, cuya aplicación da por resultado que un concejal deba ser relevado de su cargo, por el hecho de venir ejerciendo un empleo adquirido con antelación en la misma entidad municipal, en consideración a que ambas funciones pueden cumplirse a cabalidad, sin afectar sus respectivos deberes ni el principio de probidad<sup>31</sup>.

Por su lado, tratándose de *requerimientos de particulares*, es menester — tal como lo exige la Carta Fundamental y lo reitera la Ley Orgánica Constitucional — que la calidad de parte en la gestión sea debidamente acreditada.

Así, se ha declarado inadmisible una inaplicabilidad como consecuencia de que los requirentes no eran efectivamente partes en la gestión en que se invocaba el precepto legal<sup>32</sup>. Además, se ha precisado del mismo modo que no se tiene la calidad de parte sin haber “*reclamado o iniciado ninguna acción en sede judicial*”<sup>33</sup>. Obviamente al Tribunal Constitucional no le compete cuestionar la legitimidad del interés comprometido por las partes en la gestión pendiente<sup>34</sup>. Como consecuencia de lo anterior, se ha declarado inadmisible una acción presentada si resulta que el requirente de inaplicabilidad no es “parte” de ninguna “gestión judicial actualmente pendiente”, pues la resolución de la Excma. Corte Suprema de Justicia justamente lo privó de esa calidad jurídica, en la fase propiamente administrativa del procedimiento, sin que el afectado haya reclamado o

<sup>29</sup> TC, Rol N° 2029/2011.

<sup>30</sup> TC, Rol N° 2216/2012.

<sup>31</sup> TC, Rol N° 2377/2012.

<sup>32</sup> TC, Rol N° 508/2006.

<sup>33</sup> TC, Rol N° 1963/2011.

<sup>34</sup> TC, Rol N° 1215/2009.

iniciado ninguna acción en sede judicial en que pudiera surtir efectos una posible declaratoria de inaplicabilidad<sup>35</sup>.

## **II. CUANDO LA CUESTIÓN SE PROMUEVA RESPECTO DE UN PRECEPTO LEGAL QUE NO HAYA SIDO DECLARADO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POR EL TRIBUNAL (SEA EJERCIENDO EL CONTROL PREVENTIVO O CONOCIENDO DE UN REQUERIMIENTO), Y SE INVOQUE EL MISMO VICIO QUE FUE MATERIA DE LA SENTENCIA RESPECTIVA**

Tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la discusión de la ley orgánica, el precepto en cuestión recoge la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional desde 1980<sup>36</sup>.

En tal sentido, cabe recordar que el antiguo artículo 83, inciso final de la Constitución Política señalaba que: “*Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia la sentencia*”. Obviamente debía tratarse del mismo vicio<sup>37</sup>.

El primer caso en que al Tribunal Constitucional le correspondió pronunciarse por supuesta cosa juzgada constitucional, dijo relación con un requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 161 N° 10 del Código Tributario, habida consideración que ya se había sentenciado —en sede de control preventivo— que la recopilación de antecedentes por parte del

<sup>35</sup> TC, Rol N° 1963/2011.

<sup>36</sup> Al discutirse la norma, “el Honorable Senador señor Espina manifestó dudas, en el sentido de que algunas veces lo que determina la inconstitucionalidad de una norma no es ella en sí misma, sino su aplicación a unos hechos específicos y determinados. De allí, entonces, que si ella ha sido tenida por conforme a la Carta Fundamental en un determinado contexto de hecho, en un contexto diferente pueda resultar inconstitucional”. Por su parte, “el Honorable Senador señor Larraín apuntó que lo que es determinante para estos efectos es que se reclame, por el mismo vicio de inconstitucionalidad que fue materia de un caso ya juzgado y sentenciado, contra una norma que fue declarada conforme a la Constitución”. Sobre el punto, “La abogada señora Rioseco —de la Secretaría General de Presidencia— agregó que este precepto recoge lo que ha sido la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional desde 1980”. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En Arellano Gómez, Pilar (2012). *Historia fidedigna de la LOC de TC*. Cuadernos del TC N° 50.

<sup>37</sup> Corte Suprema, 16 de abril de 1987, RDJ 84, sec. 5<sup>a</sup>., p. 69.

Servicio de Impuestos Internos no importaba investigación<sup>38</sup>. Debe tenerse presente que, en diversos pronunciamientos de inaplicabilidad, se había insistido en el carácter administrativo de las facultades contempladas en el aludido precepto legal<sup>39</sup>. En atención a lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que “*de conformidad con lo señalado, este Tribunal está impedido de entrar a examinar la posible inaplicabilidad del artículo 161, N° 10, del Código Tributario, por su posible contradicción con el artículo 83 de la Carta Fundamental, pues tal contradicción fue, precisamente, el vicio considerado y desecharlo por la sentencia de 30 de abril de 2002, a través del entendido que se ha recordado*”<sup>40</sup>.

En otro caso, también se solicitó la inaplicabilidad de un precepto que había sido revisado preventivamente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional hizo presente que “*la sentencia citada se pronunció exclusivamente sobre el carácter orgánico constitucional del recién citado, esto es, aquel que entrega competencia para conocer de la controversia jurídica entre partes al Juzgado de Policía Local, dentro de un procedimiento de control obligatorio y abstracto de constitucionalidad. Por lo tanto, el objeto de dicho pronunciamiento es, por su naturaleza, distinto al control que esta Magistratura realiza en sede de inaplicabilidad y recae sobre otra parte de la misma disposición legal*”<sup>41</sup>.

Debe tenerse presente que el artículo 90 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOCTC) señala que “*resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido*”<sup>42</sup>.

En relación a esta materia, se ha rechazado una acción si la misma parte recurrente en la gestión en que incide el requerimiento de inaplicabilidad, estando en desacuerdo con la declaración de inadmisibilidad decretada con anterioridad, la ha intentado nuevamente<sup>43</sup>. Por lo mismo, también se ha desecharo una presentación si es evidente que se intenta dejar sin

<sup>38</sup> TC, Rol N° 349, de 30 de abril de 2002.

<sup>39</sup> Entre otros, TC, Roles N°s. 1183, 1184, 1203, 1205, 1221, 1223, 1229, 1233 y 1245.

<sup>40</sup> TC, Rol N° 1406/2009.

<sup>41</sup> TC, Rol N° 1564/2009.

<sup>42</sup> Fue el diputado Cardemil quien agregó la precisión de que se tratara de “*el mismo vicio*”, según consta en la historia fidedigna del precepto, según consta en Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en ob. cit., p. 368.

<sup>43</sup> TC, Rol N° 2395/2012.

efecto lo ya resuelto respecto del mismo precepto legal, en la misma gestión y por los mismos vicios, cuestión que constituye un recurso encubierto<sup>44</sup>.

En otro caso, se declaró su inadmisibilidad, puesto que la cuestión de inaplicabilidad se ha promovido respecto de una institución (turno de los abogados) y de una parte de un precepto legal ya declarada conforme a la Constitución por dicho órgano jurisdiccional<sup>45</sup>. El TC también desechó un requerimiento al dirigirse respecto de una materia, donde ya existían pronunciamientos acerca de un determinado precepto legal, en todos los cuales se declaró que la aplicación del mismo se ajustaba a la Carta Fundamental, de modo que el requerimiento no contenía ningún argumento nuevo del cual dicha Magistratura no se hubiera hecho cargo, ni elementos propios del caso concreto que permitan diferenciarlo sustancialmente de los casos anteriores, por lo que se concluye que el actor no ha aportado antecedente alguno que permita alterar el mérito de lo resuelto, más aún si ni siquiera se hace cargo de lo razonado en las aludidas sentencias definitivas de inaplicabilidad<sup>46</sup>.

### **III. QUE EXISTA UNA GESTIÓN PENDIENTE ANTE OTRO TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL**

El artículo 81 de la LOCTC señala que se podrá interponer respecto de “cualquier gestión judicial en tramitación” o “en cualquier oportunidad procesal”.

#### **1. No debe tratarse de actuaciones administrativas**

Sobre este aspecto, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse con ocasión de un recurso de inaplicabilidad desestimado, al dirigirse en contra de una resolución administrativa emanada de la Superintendencia de Valores, dictada en un procedimiento de igual naturaleza antes de que se incoara la acción impugnatoria ante los tribunales de justicia<sup>47</sup>. Tampoco

<sup>44</sup> TC, Rol N° 2429/2013. En el mismo sentido, Rol N° 2277/2012.

<sup>45</sup> TC, Rol N° 2.409/2013.

<sup>46</sup> TC, Rol N° 2033/2011.

<sup>47</sup> TC, Rol N° 514/2006.

se estimó procedente respecto de actuaciones de la Tesorería no actuando como órgano jurisdiccional<sup>48</sup>.

Así, la noción de gestión judicial excluye de su ámbito las gestiones o trámites simplemente administrativos a que da lugar el ejercicio de atribuciones de esa índole por parte de los tribunales superiores de justicia y particularmente las establecidas en el artículo 82 de la Constitución Política de la República<sup>49</sup>.

En otro asunto, se declara inadmisible la petición, atendido que el asunto se encontraba radicado ante una autoridad administrativa que había actuado en ejercicio de su potestad sancionadora<sup>50</sup>. Igualmente, se desecha un recurso por concluirse que el asunto en el que podría incidir el mismo, se encontraba concluido mediante sentencia firme, no existiendo, en consecuencia, gestión judicial pendiente alguna<sup>51</sup>.

## **2. Alcance del concepto gestión pendiente**

El TC ha entendido que “gestión pendiente”, en sentido natural y obvio, supone que la gestión judicial invocada no haya concluido<sup>52</sup>, lo que implica que la acción de inaplicabilidad debe promoverse *in limine litis*, esto es, dentro de los límites de la litis o gestión. Dicha exigencia responde a la naturaleza del control concreto de la acción, lo que permite dimensionar los reales efectos que la aplicación del precepto impugnado pueda producir<sup>53</sup>.

## **3. Debe tratarse de una gestión pendiente**

El TC rechaza una presentación que incide en dos gestiones judiciales pendientes de resolver, diversas e independientes, cada una de ellas con caracteres y finalidades propias; en un caso es un proceso de protección de garantías constitucionales y, en el otro, un proceso penal por delito de

<sup>48</sup> TC, Rol N° 1381/2009.

<sup>49</sup> TC, Rol N° 1963/2011.

<sup>50</sup> TC, Rol N° 1477/2009.

<sup>51</sup> TC, Roles N° 495/2006; N° 516/2006; N° 532/2006; N° 507/2006; N° 575/2006; y N° 688/2007. En el caso del Rol N° 476/2006, se declara inadmisible en atención a que se encontraba ya resuelto el recurso de casación que se invocaba como gestión pendiente.

<sup>52</sup> TC, Rol N° 981/2007.

<sup>53</sup> TC, Rol N° 2629/2014.

contrabando. Se estima que la forma en que se ha presentado la acción no permite tener por cumplido el requisito de admisibilidad establecido por la Constitución Política, según el cual cada requerimiento debe estar referido, en concreto o en forma singular, a la “*existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial*”, en la cual la preceptiva impugnada pueda resultar derecho aplicable. Lo anterior se confirma por el hecho de que la decisión jurisdiccional que emita esta Magistratura en la materia de que se trata, ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso *sub lite*, ponderando la incidencia del requerimiento de inaplicabilidad en función de los antecedentes y circunstancias particulares de la gestión, lo que hace improcedente la formulación de cuestiones de inaplicabilidad respecto de dos gestiones judiciales, que además son de naturaleza diversa entre sí<sup>54</sup>. De esta manera, se ha dictaminado que el requerimiento no puede extenderse a otros procesos judiciales<sup>55</sup>.

#### 4. Acreditar la existencia de la gestión

Debe tenerse presente que el Tribunal ha señalado que la existencia de gestión pendiente debe acreditarse debidamente por el requirente y de no ser así debe declararse inadmisible<sup>56</sup>.

#### 5. Inexistencia de gestión pendiente

En relación a este requisito, se ha sentenciado que no existe gestión pendiente respecto de un asunto en que el procedimiento de protección se encuentra rechazado por sentencia confirmada por la Corte Suprema<sup>57</sup>. Tampoco si la Corte Suprema ha desecharido un recurso de aclaración<sup>58</sup>, un recurso de

<sup>54</sup> TC, Rol N° 1899/2011.

<sup>55</sup> TC, Rol N° 727/2007. Precisando la exigencia, en Rol N° 984/2007, el Tribunal Constitucional ha declarado que “*Lo anterior se confirma por el hecho de que la decisión jurisdiccional que emita esta Magistratura en la materia de que se trata, ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso sub lite*”. Debe existir una sola gestión pendiente (Rol N° 2260/2012).

<sup>56</sup> TC, Rol N° 1213/2008. En igual sentido, Rol N° 1189/2008.

<sup>57</sup> TC, Rol N° 1494/2009.

<sup>58</sup> TC, Rol N° 1020/2008.

apelación<sup>59</sup>, un recurso de hecho<sup>60</sup>, una nulidad de derecho público<sup>61</sup>, un recurso de queja<sup>62</sup> o un recurso de casación<sup>63</sup> o ha declarado inadmisible una casación desechando la reposición<sup>64</sup>. En definitiva, si se ha dictado sentencia ejecutoriada<sup>65</sup>. Igualmente, respecto de una sanción impuesta a abogado y confirmada por la Corte Suprema<sup>66</sup> o ha finalizado proceso disciplinario<sup>67</sup>. O si se ha producido deserción de recurso de unificación de jurisprudencia<sup>68</sup>. En suma, si existe sentencia a firme de la Corte Suprema<sup>69</sup>. Tampoco se ha aceptado si está en estado de acuerdo y con redactor designado<sup>70</sup>. También resulta improcedente si ya se ha resuelto apelación en el Tricel<sup>71</sup>.

Del mismo modo, en segunda instancia se ha sentenciado que “*encontrándose concluida la tramitación del recurso de apelación que se invoca como gestión pendiente en el requerimiento, cabe concluir que no concurren los presupuestos de admisibilidad establecidos por la Carta Fundamental*”<sup>72</sup>. En el mismo sentido, si se ha rechazado un recurso de nulidad laboral por la Corte de Apelaciones<sup>73</sup> o apelación en materia laboral<sup>74</sup> o amparo ya fallado por ICA<sup>75</sup> o apelación

<sup>59</sup> Respecto de una sentencia de amparo económico (Rol N° 1259/2008). Respecto de una protección (Rol N° 2616/2014). También en relación a esto último, Rol N° 2251/2012. Igualmente, Roles N° 2056/2011, N° 1861/2010, N° 1950/2011 y N° 1917/2011. También si es inadmisible apelación de protección (Rol N° 1987/2011). O si se trata de una sentencia de protección ejecutoriada (Roles N° 1.674/2010 y N° 1687/2010).

<sup>60</sup> TC, Rol N° 2276/2012.

<sup>61</sup> TC, Rol N° 1499/2009.

<sup>62</sup> TC, Rol N° 1349/2009. En el mismo sentido, Rol N° 1334/2009 y Rol N° 1226/2008. Respecto de queja en la Corte Suprema (Rol N° 2620/2014). Igualmente, en relación a queja disciplinaria (Rol N° 1757/2010).

<sup>63</sup> TC, Rol N° 1447/2009. En el mismo sentido, Rol N° 982-2007/2007 y Rol N° 1271/2008. Inadmisible casación (Rol N° 2467/2013).

<sup>64</sup> TC, Rol N° 1371/2009.

<sup>65</sup> TC, Rol N° 1139/2008. Igualmente, respecto de decisiones de Cortes de Apelaciones, cuando la decisión se encuentra firme (Rol N° 1211/2008).

<sup>66</sup> TC, Rol N° 2632/2014.

<sup>67</sup> TC, Rol N° 2328/2012.

<sup>68</sup> TC, Rol N° 2556/2013.

<sup>69</sup> TC, Rol N° 2464/2013. También Rol N° 2286/2012. Rol N° 2268/2012 (casación inadmisible). Casación rechazada (Rol N° 2240/2012).

<sup>70</sup> TC, Rol N° 2343/2012.

<sup>71</sup> TC, Rol N° 2361/2012 y Rol N° 2305/201.

<sup>72</sup> TC, Rol N° 2686/2014.

<sup>73</sup> TC, Rol N° 2378/2012.

<sup>74</sup> TC, Rol N° 2125/2011.

<sup>75</sup> TC, Rol N° 1949/2011.

por Corte de Apelaciones<sup>76</sup> o recurso de hecho<sup>77</sup> o recurso de nulidad<sup>78</sup>. También si ya se estimó suficiente la fianza ofrecida en casación<sup>79</sup>. En el mismo sentido, apelación ya conocida por Corte Marcial<sup>80</sup>.

En otros casos, la inadmisibilidad se ha fundado en que el asunto fue resuelto por sentencia ejecutoriada expedida por el Juez de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago<sup>81</sup> o ya fallado por Juez de Policía Local<sup>82</sup>. Igualmente, si se ha rechazado recurso de hecho respecto de decisión de juez de garantía<sup>83</sup> o si la gestión invocada corresponde al auto de apertura del juicio oral se encuentra firme, tras haberse discutido la exclusión de prueba<sup>84</sup> o se rechazó forzamiento de la acusación<sup>85</sup> o si existe una gestión fenecida<sup>86</sup>. También si se trata de la ejecución de fallo concluido<sup>87</sup> o juicio ejecutivo terminado<sup>88</sup> o juicio ejecutivo archivado<sup>89</sup>. Se ha razonado que, aplicando el aforismo que “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”, forzoso resulta concluir que, encontrándose afinada la cuestión principal con el otorgamiento de la escritura pública de adjudicación, se ha producido el desasimiento del Tribunal, encontrándose agotada la jurisdicción respecto de la parte requirente y no existiendo, por consiguiente, propiamente una gestión judicial en estado de pendencia en que el precepto impugnado pueda tener aplicación decisiva<sup>90</sup>. En definitiva, si existen sentencias definitivas que quedaron firmes, encontrándose actualmente en etapa de cumplimiento y con embargos en ejecución<sup>91</sup>.

<sup>76</sup> TC, Rol N° 2472/2013. También Roles N° 2554/2013, N° 2266/2012 y N° 2241/2012.

<sup>77</sup> TC, Rol N° 2517/2013.

<sup>78</sup> TC, Rol N° 2222/2012 y Rol N° 2008/2011.

<sup>79</sup> TC, Rol N° 2228/2012.

<sup>80</sup> TC, Rol N° 2155/2011.

<sup>81</sup> TC, Rol N° 2660/2014.

<sup>82</sup> TC, Rol N° 2412/2013.

<sup>83</sup> TC, Rol N° 2484/2013.

<sup>84</sup> TC, Rol N° 2331/2012.

<sup>85</sup> TC, Rol N° 2280/2012. Igualmente, si sólo falta comunicación de no perseverar por Ministerio Público (Rol N° 1780/2010). Apelación ya fallada de la resolución del Juez de Garantía que rechazó la solicitud de sobreseimiento definitivo de la causa (Rol N° 1727/2010).

<sup>86</sup> TC, Rol N° 2545/2013.

<sup>87</sup> TC, Rol N° 2131/2011.

<sup>88</sup> TC, Rol N° 2123/2011.

<sup>89</sup> TC, Rol N° 2334/2012.

<sup>90</sup> TC, Rol N° 2419/2013.

<sup>91</sup> TC, Rol N° 2458/2013. Igualmente, en materia laboral (Rol N° 1883/2010).

## IV. DEBE TRATARSE DE UN PRECEPTO DE RANGO LEGAL

### 1. No es la vía para impugnar resoluciones judiciales

En primer lugar, debe recordarse que la acción de inaplicabilidad no es una acción de amparo en donde se pretenda impugnar el razonamiento contenido en una decisión judicial. Por ello, se ha sentenciado que “*la acción de inaplicabilidad es una vía procesal inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar, o anular estas; ya que la guarda del imperio de la ley en el conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado en general y de la sustanciación en particular, de las causas civiles y criminales, corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley a través de las vías procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento*”<sup>92</sup>. En el mismo sentido, se ha señalado que “*no le corresponde a esta Magistratura revisar sentencias judiciales, sino declarar inaplicables preceptos legales cuya aplicación puedan resultar contrarios a la Constitución en una gestión judicial*”<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> TC, Roles N° 493 y 494, ambos de 27 de abril de 2006. En similar sentido, Rol N° 777, de 16 de mayo de 2007. El mismo criterio jurídico se encuentra también en el Rol N° 794, de 12 de junio de 2007 y Rol N° 817, de 26 de julio de 2007. También Rol 1788/2010. En otro caso se desecha la acción por estimarse que “*básicamente el requirente formula un cuestionamiento acerca de la resolución dictada por el tribunal de la causa*”, concluyéndose que “*resulta evidente que esa clase de asuntos genera un conflicto jurídico que no compete resolver a esta Magistratura Constitucional, sino que es propio de los jueces de fondo*” (Rol N° 842/2007). No puede transformarse en mecanismo para dejar sin efecto resolución de juez de garantía (Rol N° 2453/2013) o de un juez que negó abandono de procedimiento (Rol N° 2073/2011).

<sup>93</sup> TC, Rol N° 551, de 8 de agosto de 2006. En el mismo sentido, Rol N° 531/2006, y Rol N° 680/ 2006. En el mismo sentido, Roles N°s. 531, 680, 785, 794, 841, 1214, 1349 y 2508. De igual modo, se declara inadmisible una acción en atención a que se dirigía “*en contra de un pronunciamiento jurisdiccional y no de un precepto legal como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6 e inciso undécimo de la Constitución*” (Rol N° 656/2006). También se declara inadmisible una acción al estimarse que no se plantea concretamente “*una pretensión de inaplicabilidad de normas supuestamente inconstitucionales, sino que se limita (...) a formular quejas que trasuntan su disconformidad con lo actuado y lo decidido por un juez del crimen en el marco de un proceso penal, planteando asuntos de simple o mera legalidad que no se encuentran entregados al conocimiento y fallo de esta jurisdicción constitucional*” (Rol N° 471/ 2006). Similar criterio también se encuentra en los Roles 779/2007, y N° 785/2007. A mayor abundamiento, se ha precisado por el Tribunal Constitucional que el recurso de inaplicabilidad “*no es la vía idónea para declarar que un Tribunal ha actuado ilegalmente, aunque se alegue que, con ese actuar ilegal, se haya excedido la competencia y con ello afectado la Carta Fundamental*” (Roles N° 1008/2007 y N° 1018/2007). Tampoco respecto de una sentencia que desecha una queja (Rol N° 1321/2009). En similar sentido, se declara inadmisible una presentación que en el fondo persigue “*la declaración de nulidad de una sentencia (...) cuestión que no le corresponde a esta Magistratura resolver*” (Rol N° 841/2007). No es idóneo el medio si se impugna vicios de constitucionalidad de un fallo (Rol N° 1049/2008).

Por lo mismo, se ha sentenciado que no cabe pretender transformar la inaplicabilidad “en una suerte de amparo, como está autorizado en otras legislaciones, más no en el ordenamiento nacional en el cual respecto del punto sólo cabría impugnar lo resuelto a través de las acciones judiciales pertinentes que prevé el ordenamiento jurídico procesal penal”. Enfatizándose que “la acción de inaplicabilidad es un medio inidóneo para impugnar resoluciones de órganos jurisdiccionales, ya que la salvaguarda del imperio de la ley en el conocimiento, resolución y ejecución de lo juzgado en causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, a través de los medios procesales que el legislador establezca mediante los respectivos Códigos de Enjuiciamiento”. Concluyéndose que “así las cosas, el requerimiento no cumple con los presupuestos procesales establecidos para su admisión a trámite por la Carta Fundamental, toda vez que no se deduce en contra de un precepto legal cuya aplicación pudiere resultar contraria a la Constitución, sino en contra de resoluciones dictadas por el Tribunal de la instancia, lo que en definitiva constituye una cuestión de recta interpretación de la ley que no se encuentra dentro del marco de atribuciones de este órgano de jurisdicción constitucional”<sup>94</sup>. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no siendo la vía procesal idónea para dejar sin efecto resoluciones judiciales, cuestión que, como ya ha señalado este sentenciador, es de competencia de los jueces del fondo<sup>95</sup>. En definitiva, se ha sentenciado que no es la vía para “impugnar una resolución judicial a firme y en la cual ya recibió aplicación la norma legal impugnada”<sup>96</sup>.

Por ello, “el requerimiento de inaplicabilidad no constituye una vía para recurrir ni en contra de resoluciones judiciales ni en contra de vicios de procedimiento, pues para ello existen las vías legales respectivas”<sup>97</sup>. Y es que no puede transformarse entonces en el medio para cuestionar la actuación del juez que conoce del asunto sub lite<sup>98</sup>. Tampoco puede ser una acción que pretenda ser el mecanismo para cuestionar la constitucionalidad de una sentencia<sup>99</sup>. Por lo mismo, corresponde a los tribunales revisar la sujeción a derecho de lo obrado, precisamente a través de los mecanismos impugnatorios<sup>100</sup>. No puede transformarse la acción en una instancia paralela a los tribunales

<sup>94</sup> TC, Rol N°1214/2008.

<sup>95</sup> TC, Rol N° 2383/2012.

<sup>96</sup> TC, Rol N° 2705/2014. No puede así pretenderse impugnación de resoluciones judiciales (Rol N° 2075/2011), laborales (Roles N°s. 1957/2011, 1905/2011 y 1864/2010) o arbitrales (Rol N° 1975/2011).

<sup>97</sup> TC, Rol N° 1624/2010.

<sup>98</sup> TC, Rol N° 1480/2009.

<sup>99</sup> TC, Rol N° 1416/2009.

<sup>100</sup> TC, Rol N° 2444/2013.

ordinarios, pretensión que no se aviene con el objeto y naturaleza de la acción de inaplicabilidad<sup>101</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, la determinación de la competencia de los tribunales en un caso concreto es un asunto propio de las atribuciones de la judicatura ordinaria, y la aplicación de las normas que la regulen corresponde a la órbita de atribuciones de los jueces del fondo, escapando al conjunto de potestades de dicha Magistratura Constitucional<sup>102</sup>. No puede plantearse entonces cuestiones de mera legalidad, en torno al mérito y validez de lo obrado por el tribunal del fondo<sup>103</sup>. La aplicación incorrecta o abusiva de un determinado precepto legal puede por tanto corregirse a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, ante la Corte Suprema como tribunal superior jerárquico<sup>104</sup>. Y es que la interpretación de los preceptos legales, al tratarse de un conflicto de legalidad, es ajena a la naturaleza propia de la acción de inaplicabilidad<sup>105</sup>. En concordancia con lo anterior, la adecuada fundación de una sentencia es ajena a la esfera de la acción, pues constituye claramente una solicitud de revisión de resoluciones judiciales<sup>106</sup> o una forma de revocación de una decisión<sup>107</sup> o de crítica de una decisión judicial<sup>108</sup>.

De esta manera, una discusión sobre falta de emplazamiento sólo corresponde discutirla en la respectiva sede judicial<sup>109</sup>. Igualmente, respecto de si ha sido válida o no petición de desistimiento<sup>110</sup>. En tal sentido, la aplicación de una norma por parte de una autoridad administrativa corresponde a una materia cuya resolución corresponde al juez de fondo que conoce de la causa en que incide el requerimiento<sup>111</sup>.

<sup>101</sup> TC, Rol N° 2453/2013. Para eso existen mecanismos impugnatorios (Rol N° 2502/2013).

<sup>102</sup> TC, Rol N° 2490/2013.

<sup>103</sup> TC, Rol N° 2518/2013. En materia de tribunales arbitrales (Rol N° 2147/2011). Tampoco resulta vía idónea para cuestionar decisión en materia de protección (Rol N° 2017/2011).

<sup>104</sup> TC, Rol N° 2349/2012.

<sup>105</sup> TC, Rol N° 2326/2012.

<sup>106</sup> TC, Rol N° 2261/2012.

<sup>107</sup> TC, Rol N° 2208/2012.

<sup>108</sup> TC, Roles N°s. 1981/2011, 1965/2011 y 1955/2011.

<sup>109</sup> TC, Rol N° 2130/2011.

<sup>110</sup> TC, Rol N° 1740/2010.

<sup>111</sup> TC, Rol N° 2065/2011.

## 2. No es la vía para impugnar actuaciones administrativas

Tampoco esta acción es la vía para impugnar actuaciones administrativas judiciales dictadas en uso de facultades de carácter económicas. En concordancia con lo anterior, el Tribunal declaró inadmisible un requerimiento mediante el cual se solicitaba la inaplicabilidad de las normas de un Auto Acordado, precisando que “*respecto de los auto acordados, el numeral 2º de ese mismo artículo 93 sólo autoriza a esta Magistratura a resolver ‘las cuestiones de constitucionalidad’ que se le planteen de acuerdo a la Constitución y a la ley*”<sup>112</sup>. Se ha desechado al pretender impugnarse decisiones de la Corte Suprema, como es la remoción de un auxiliar de justicia<sup>113</sup>. Tampoco es la vía para impugnar lo actuado por el Ministerio Público<sup>114</sup>.

Adicionalmente, no resulta procedente esta acción respecto de actuaciones administrativas del Ejecutivo. Por ello, el TC desechó un recurso dirigido en contra de un Decreto Supremo, por no concurrir en la especie el requisito de que el mismo tuviera por objeto la impugnación de un ‘precepto legal’: “*Lo que se solicita—se afirma—es la declaración de inaplicabilidad del artículo 11 bis del Decreto Supremo Nº 211, de 1991, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le concede el artículo 32, Nº 6, de la Carta Fundamental, esto es, de una norma reglamentaria y no de un precepto legal*”<sup>115</sup>. Por lo mismo se ha indicado que “*carece de asidero la incorporación de un Decreto Supremo de carácter reglamentario en el concepto de ‘precepto legal’ a que alude la Constitución como requisito esencial para estimar la procedencia de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Es la propia Ley Fundamental la que distingue claramente entre el dominio legal y ley, por una parte, y ejercicio de la potestad reglamentaria —autónoma o de ejecución—, por la otra. El Presidente de la República sólo dicta preceptos legales cuando, previa delegación de facultades del Congreso, emite Decretos con Fuerza de Ley sobre las cuestiones que señala la Constitución*”<sup>116</sup>. Ciertamente tampoco resulta procedente si se

<sup>112</sup> TC, Rol N° 817/2007. Sobre el control de constitucional de autos acordados vid. nuestra exposición en el Colegio de Abogados (marzo de 2006).

<sup>113</sup> TC, Rol N° 795/2007. En el mismo se indica que “las facultades disciplinarias de los tribunales superiores de justicia, y en especial, de la Corte Suprema, tienen fundamento constitucional.

<sup>114</sup> TC, Rol N° 1264/2008 y N° 1286/2009.

<sup>115</sup> TC, Rol N° 497/2006. Consultese el mismo criterio jurídico en Rol N° 743/2007.

<sup>116</sup> TC, Rol N° 607/2006.

ha dirigido en contra de un reglamento de una ley<sup>117</sup> o de un reglamento ambiental<sup>118</sup> o sanitario<sup>119</sup>.

En suma, “no es posible que a través de ella se discuta, como se trata de hacer en la especie, sobre actuaciones administrativas como son los giros y liquidaciones de impuestos que han dado origen al reclamo tributario de que se trata”<sup>120</sup>. Igualmente, es inviable si lo que se impugna es más bien una actuación administrativa respecto de la calificación ambiental de un proyecto<sup>121</sup>, de una circular<sup>122</sup>, de una resolución de la Dirección de Vialidad<sup>123</sup> o del Servicio Agrícola y Ganadero<sup>124</sup> o de un decreto alcaldicio<sup>125</sup>. Como tampoco, si se cuestionan los efectos jurídicos de una ordenanza<sup>126</sup>.

Se ha sentenciado que no corresponde al TC la determinación de si el Director del Trabajo al dictar el instrumento aludido se ha ajustado a la legalidad vigente y a la Carta Fundamental, pues ello es de resorte del juez del fondo<sup>127</sup>. Así, debe desecharse una acción que tiene por objeto invalidar una resolución exenta, esto es, un acto administrativo, puesto que la acción de inaplicabilidad tiene por objeto el cuestionamiento de una norma de rango legal<sup>128</sup>.

Tampoco resulta procedente respecto de actuaciones administrativas de un Conservador de Bienes Raíces<sup>129</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, desde un punto de vista excepcional, como ya lo habían sostenido los tribunales ordinarios, se ha sentenciado que el Reglamento del Registro del Conservador de Bienes

<sup>117</sup> TC, Rol N° 1067/2008 y Rol N° 1147/2008. Lo mismo se indica respecto a un Reglamento de Evaluación Docente (Rol N° 1194/2008). En el mismo sentido, respecto de pretensión de declarar la inconstitucionalidad de un acto administrativo (Rol N° 1227/2008).

<sup>118</sup> TC, Rol N° 1753/2010.

<sup>119</sup> TC, Rol N° 2206/2012.

<sup>120</sup> TC, Rol N° 777/2007. En similar sentido, Roles N° 816/2007; N° 820/2007, y Rol N° 1010/2008.

Lo mismo se señala respecto de actuaciones que se imputan al Servicio de Impuestos Internos o a la Tesorería General de la República (Rol N° 1267/2008).

<sup>121</sup> TC, Rol N° 1433/2009.

<sup>122</sup> TC, Rol N° 1420/2009. También se rechaza respecto de una circular de la Subsecretaría de Salud (Rol N° 1240/2008).

<sup>123</sup> TC, Rol N° 1010/2007.

<sup>124</sup> TC, Rol N° 1283/2008.

<sup>125</sup> TC, Rol N° 1322/2009. Igualmente, respecto de una ordenanza (Rol N° 1268/2008).

<sup>126</sup> TC, Rol N° 1717/2010.

<sup>127</sup> TC, Rol N° 2665/2014.

<sup>128</sup> TC, Rol N° 2549/2013.

<sup>129</sup> TC, Rol N° 1510/2009.

Raíces de 1857 es un decreto que tiene “fuerza de ley”<sup>130</sup>. Obviamente, sin embargo, la inaplicabilidad no es la vía para declarar la cancelación de una inscripción y la consecuente restitución de un inmueble<sup>131</sup>.

La acción de inaplicabilidad es inidónea para determinar la aplicación o no de una norma reglamentaria que exige el límite mínimo o máximo de vitaminas en alimentos para humanos, cuestión que involucra un asunto de competencia del juez del fondo y no envuelve un conflicto de constitucionalidad concreto que deba ser resuelto en sede constitucional<sup>132</sup>.

### **3. No es la vía para aclarar el sentido de preceptos legales**

En vinculación con lo recién indicado, el TC ha precisado que no se encuentra dentro de sus facultades “aclarar el sentido que tienen determinados preceptos legales”, dado que ello “constituye una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces del fondo”<sup>133</sup>. Por lo mismo, se ha rechazado una acción en la que se persigue que se “aclare el sentido del tipo penal que se contiene en la norma legal que se impugna”<sup>134</sup> o la interpretación de un precepto municipal<sup>135</sup>.

Debe recordarse que según lo asentado por este órgano jurisdiccional, “el conflicto de que conoce esta Magistratura debe producirse entre la Constitución y un precepto de rango o fuerza de ley; pero no entre una decisión de una autoridad y la ley. De este último conflicto conocen otras instancias jurisdiccionales”<sup>136</sup>.

En diversos pronunciamientos, se ha resuelto que “la inaplicabilidad no es vía idónea para declarar que un Tribunal ha actuado ilegalmente, aunque se alegue que,

<sup>130</sup> TC, Rol N° 511/2006.

<sup>131</sup> TC, Rol N° 1036/2008.

<sup>132</sup> TC, Rol N° 2031/2011.

<sup>133</sup> TC, Rol N° 522/2006. En el mismo sentido, se declara inadmisible una acción al considerarse que “el conflicto que se ha sometido a la decisión de la Magistratura dice relación con la aplicación que los tribunales de primera y de segunda instancia han hecho del precepto que se impugna en la gestión en que incide el requerimiento (...) por su naturaleza se trata, entonces, de un asunto que compete a los jueces de fondo resolver” (Rol N° 684/2007). Véase además, Rol N° 824/2007. Siguiendo el criterio anterior, el Tribunal Constitucional ha precisado la interpretación que haga la administración del ordenamiento jurídico y la forma de aplicar las normas por parte de los tribunales ordinarios de justicia constituyen asuntos de competencia de los jueces de fondo (Rol N° 706/2007). De este modo, las cuestiones de legalidad son de competencia de los jueces de fondo (Rol N° 1214/2008 y N° 1220/2008).

<sup>134</sup> TC, Rol N° 1172/2008.

<sup>135</sup> TC, Rol N° 2184/2012.

<sup>136</sup> TC, Rol N° 1385/2009.

*con ese actuar ilegal, se haya excedido la competencia y con ello afectado la Carta Fundamental; pues la acción constitucional referida sólo está llamada a pronunciarse en caso que la afectación de la Constitución Política se produzca en razón de la aplicación de lo dispuesto en un precepto legal*<sup>137</sup>.

Por lo mismo, “*no es competencia de esta Magistratura resolver acerca de la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un determinado precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, en este caso, ante la Corte Suprema como tribunal superior jerárquico*”<sup>138</sup>. Como ya se ha señalado, “*la acción de inaplicabilidad es un medio inidóneo para impugnar resoluciones de órganos jurisdiccionales, ya que la salvaguarda del imperio de la ley en el conocimiento, resolución y ejecución de lo juzgado en causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, a través de los medios procesales que el legislador establezca mediante los Códigos de Enjuiciamiento*”<sup>139</sup>. Por lo mismo, se ha desechado si se desprende que el requerimiento, además de pretender una determinada interpretación de la norma impugnada, busca en definitiva dejar sin efecto una resolución judicial, cuestión que excede la competencia de dicha Magistratura Constitucional<sup>140</sup>.

Ahora bien, como lo ha señalado en diversos pronunciamientos el TC no es su función aclarar el sentido que tienen determinados preceptos legales, dado que ello importa “*una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces de fondo*”<sup>141</sup>. Por lo mismo, es inadmisible un requerimiento que no se deduce en contra de un precepto legal cuya aplicación pudiere resultar contraria a la Constitución, sino que en definitiva “*constituye una cuestión de recta interpretación de la ley que no se encuentra dentro del marco de atribuciones de este órgano de jurisdicción constitucional, en la medida que el reproche que formula el actor se dirige en contra de la actuación del juez, mas no respecto de un precepto legal que pueda resultar derecho aplicable en la gestión judicial pendiente de que se trata*”<sup>142</sup>. Así, las cosas, la debida interpretación y aplicación de las

<sup>137</sup> Entre otros, TC, Roles N°s. 1008, 1018, 1049, 1416 y 1516.

<sup>138</sup> TC, Rol N° 1324/2009. De esta forma, la aplicación que ha dado una autoridad administrativa a un determinado precepto legal es de competencia de los jueces de fondo (TC, Rol N° 1195/2008).

<sup>139</sup> TC, Rol N° 794/2007.

<sup>140</sup> TC, Rol N° 2661/2014.

<sup>141</sup> Entre otros, TC, Roles N° 522 y N° 1214.

<sup>142</sup> TC, Rol N° 1601/2010.

normas corresponden a los jueces del fondo<sup>143</sup>. Puesto que a estos últimos les corresponde resolver los conflictos de mera legalidad<sup>144</sup>. Así, al TC no le corresponde conocer de la errada interpretación que de los preceptos legales efectúen los jueces del fondo<sup>145</sup>. En el mismo sentido, se ha razonado respecto del pronunciamiento acerca del sentido y alcance de un determinado precepto<sup>146</sup> o la aplicación equivocada de un precepto legal<sup>147</sup>.

#### 4. No es la vía para declarar cuál es el derecho aplicable

También resulta interesante consignar un fallo en que se resolvió acerca de un recurso de inaplicabilidad, mediante el cual se solicitaba se declararan inaplicables determinados tratados y principios de derecho internacional, por no encontrarse vigentes en Chile. Al respecto, el Tribunal reiteró que la función que le encomienda la Carta Política no era declarar la vigencia o no de un precepto legal, su validez o invalidez, existencia o inexistencia, sino su contravención a la Constitución en su aplicación al caso concreto. Así las cosas: “Declarar la existencia o más precisamente la validez de normas legales de derecho internacional en Chile no es una materia en la que la Constitución haya entregado competencia a este Tribunal”<sup>148</sup>.

No le incumbe a la Magistratura Constitucional determinar si debe o no aplicarse un determinado precepto legal, “ya que no se plantea propiamente un conflicto de constitucionalidad sino uno de mera legalidad”<sup>149</sup>.

Consecuencialmente, se ha desechado una inaplicabilidad si se trata de “una disputa sobre la interpretación y alcance de un tipo penal, discrepancia de legalidad que, tal como ya lo ha señalado este sentenciador en reiteradas ocasiones, configura un conflicto que debe ser resuelto por los jueces del fondo y no en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”<sup>150</sup>.

<sup>143</sup> TC, Rol N° 2617/2014.

<sup>144</sup> TC, Rol N° 2400/2013.

<sup>145</sup> TC, Rol N° 2.459/2013-INA y N° 2450/2013. Antes, Roles N°s. 1.314 y 1.351, entre otros. Igualmente, en relación a interpretación de preceptos legales (TC, Rol N° 2524/2013).

<sup>146</sup> TC, Rol N° 2471/2013. En el mismo sentido, Rol N° 2107/2011.

<sup>147</sup> TC, Rol N° 2210/2012.

<sup>148</sup> TC, Rol N° 626/2007. La determinación de la ley decisoria de la litis y de su vigencia no es propios de la acción de inaplicabilidad (Rol N° 522/2006 y N° 1214/2008).

<sup>149</sup> TC, Rol N° 1513/2009.

<sup>150</sup> TC, Rol N° 2675/2014.

Por lo mismo, se ha rechazado un recurso si más bien se dirige a criticar la interpretación y aplicación de los preceptos legales, efectuada por el juez de la causa, lo que importa un problema de mera legalidad más que un conflicto<sup>151</sup>.

También se ha declarado inadmisible requerimiento en que se formula un cuestionamiento a la interpretación que la requerida ha realizado del precepto legal impugnado, en cuanto a establecer si en su sentido y alcance se encuentra o no incluido el permiso posnatal parental regulado por la Ley N° 20.545 y por el artículo 197 bis del Código del Trabajo, para dejar a salvo el pago de remuneraciones variables, todo lo cual constituye un conjunto de materias cuyo conocimiento y resolución corresponden a la competencia de los jueces del fondo y escapan a la órbita de atribuciones de esta Magistratura<sup>152</sup>.

Como ya se explicitó, la determinación del sentido y alcance del precepto impugnado en función del valor probatorio de los medios que obren en los procesos seguidos ante los jueces del fondo, no es una materia propia de esta jurisdicción constitucional, dado que esto último importa igualmente una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces de fondo<sup>153</sup>.

Como se ha declarado en reiteradas oportunidades, a dicha Magistratura Constitucional no le corresponde determinar, frente a un conflicto de leyes, cuál de ellas corresponde aplicar en la resolución de la gestión pendiente, pues esta es una atribución exclusiva del juez de fondo<sup>154</sup>. Y es que la determinación de ley decisoria de la litis es competencia del juez de la instancia<sup>155</sup>. También así lo ha señalado, en materia de estado civil<sup>156</sup>, de concesiones de obras públicas<sup>157</sup>, de potestades alcaldicias<sup>158</sup>, jurisdicción

<sup>151</sup> TC, Rol N° 2553/2013. Antes, Roles N°s. 1.314, 1.351 y 1.772, entre otros. En material criminal, vid. Rol N° 2376/2012. También Rol N° 2080/2011, respecto de requerimiento de Corte de Apelaciones de Valparaíso.

<sup>152</sup> TC, Rol N° 2473/2013.

<sup>153</sup> TC, Rol N° 2465/2013.

<sup>154</sup> TC, Rol N° 2451/2013-INA. Antes, Roles N°s. 513/2006; 810/2008; 980/2007; 1141/2009; 1295/2009, y 1925/2011.

<sup>155</sup> TC, Rol N° 2209/2012.

<sup>156</sup> TC, Rol N° 2318/2012.

<sup>157</sup> TC, Rol N° 2248/2012.

<sup>158</sup> TC, Rol N° 2220/2012.

militar<sup>159</sup>, competencia del juez de garantía<sup>160</sup>, normativa de cobranza<sup>161</sup>, adecuado emplazamiento<sup>162</sup>, aplicación de sanción civil por juez de garantía<sup>163</sup>, calificación jurídica de una empresa<sup>164</sup>, vigencia de un contrato de salud previsional<sup>165</sup>, en el ámbito de la impugnación de paternidad<sup>166</sup>, de legislación de patente municipal de sociedades<sup>167</sup> o de aplicación de la ley en el tiempo<sup>168</sup>.

## 5. Debe dirigirse respecto de preceptos legales determinados

Se han desechado también presentaciones efectuadas de manera genérica respecto de diversas normas, habida consideración que la acción de deducida “no tiene por objeto la impugnación de un precepto legal preciso, sino que se dirige a cuestionar el sistema procesal penal vigente, pretendiendo que mediante la sentencia de este Tribunal se modifique su fisonomía, lo que extralimita el objeto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, regulada en las normas constitucionales antes transcritas, cuyo objeto es resolver acerca del efecto eventualmente inconstitucional que la aplicación de normas precisas de jerarquía legal pueda generar en la gestión judicial pendiente que se invoque en la respectiva presentación”<sup>169</sup>.

Por lo mismo, “el requerimiento de inaplicabilidad tiene por objeto examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial se impugne por estimarse contraria a la Constitución. En consecuencia, se trata de una acción dirigida en contra de normas legales determinadas concernidas en una gestión jurisdiccional y que puedan resultar derecho aplicable en ella”<sup>170</sup>.

<sup>159</sup> TC, Rol N° 2176/2012.

<sup>160</sup> TC, Rol N° 2353/2012.

<sup>161</sup> TC, Rol N° 2193/2012.

<sup>162</sup> TC, Rol N° 2415/2013.

<sup>163</sup> TC, Rol N° 2151/2011.

<sup>164</sup> TC, Rol N° 2084/2011.

<sup>165</sup> TC, Rol N° 1739/2010. También Roles N° 1659/2010 y N° 1646/2010.

<sup>166</sup> TC, Rol N° 1678/2010.

<sup>167</sup> TC, Rol N° 1724/2010.

<sup>168</sup> TC, Rol N° 1853/2010.

<sup>169</sup> TC, Rol N° 1512/2009.

<sup>170</sup> TC, Roles N°s. 497/2006, 743/2007, 816/2007, 820/2007, 1010/2007, 1067/2008 y 1147/2008.

Como puede observarse, no resulta una vía idónea para efectuar impugnaciones de carácter genérico o abstracto<sup>171</sup>. Por lo mismo, se ha indicado que la inaplicabilidad tampoco es la vía para impugnar contradicciones genéricas de las normas con la Constitución Política, “*lo que es propio de la declaración de inconstitucionalidad*”<sup>172</sup>. Igualmente, en relación a requerimientos generales respecto de la normativa de regularización de la pequeña propiedad raíz contenido en el Decreto Ley N° 2695 y su análisis comparativo con el Código Civil<sup>173</sup>. O el sistema de ejecución completo en materia de bienes embargados y procedimiento de apremio<sup>174</sup>. Del mismo modo, si se evidencia una impugnación de tipo abstracto y genérico respecto de atribuciones del Ministerio Público y su ejercicio, además del estatuto de la prueba y de los recursos en el proceso penal<sup>175</sup>. O del procedimiento penal abreviado<sup>176</sup>. Más recientemente, también así se ha señalado frente a una impugnación de tipo abstracto y genérico respecto de la autorización de uso de gases por parte de la fuerza pública<sup>177</sup>.

## 6. Concepto jurisdiccional de “precepto legal”: unidad de lenguaje que se basta a sí mismo

Ahora bien, en lo que respecta al requisito del ‘precepto legal’, el Tribunal dictó un interesante fallo abordando esta materia, señalando que “*debemos aceptar que los vocablos ‘preceptos legales’ son equivalentes al de regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía (legal) (...) una unidad de lenguaje debe ser considerado ‘un precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución y más precisamente cuando tenga la aptitud, en el evento de ser*

<sup>171</sup> Entre otras, en sentencias Roles N°s. 495/2006, 523/2007, 1036 2008 y 1360/2009. Igualmente, respecto de toda una normativa completa que regula un instituto jurídico (Rol N° 2218/2012).

<sup>172</sup> TC, Rol N° 967/2007. En el mismo sentido, se desecha una presentación en la cual se realiza “*un cuestionamiento genérico de la aplicación de diversa normativa*”. En concordancia con lo anterior, también se rechaza un requerimiento en el que se formula “*un cuestionamiento genérico y abstracto de constitucionalidad del procedimiento concentrado y abreviado que contempla la ley N° 18.101, para juicios relativos a los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos*” (Rol N° 1003/2007). La inaplicabilidad no es la vía para declarar inconstitucionalidades (Rol N° 1227/2008). En el mismo sentido, Rol N° 2178/2012.

<sup>173</sup> TC, Rol N° 2298/2012.

<sup>174</sup> TC, Rol N° 2294/2012.

<sup>175</sup> TC, Rol N° 2247/2012.

<sup>176</sup> TC, Rol N° 2162/2012.

<sup>177</sup> TC, Rol N° 2140/2011.

*declarada inadmisible, de dejar de producir tal efecto (...) para que una unidad lingüística (...) pueda ser considerada una norma o precepto legal de aquellos que trata el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa; esto es que constituya una unidad autárquica capaz de producir efectos jurídicos al margen de otras normas*<sup>178</sup>. En el mismo sentido se ha reiterado que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución”<sup>179</sup>. De este modo, “para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma”<sup>180</sup>.

Ejemplos de lo anterior son la declaración de inaplicabilidad del precepto “procediendo de plano”, contenida en el artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales y “en cuenta, salvo que estime conveniente”<sup>181</sup>. Del mismo modo, se ha declarado la inaplicabilidad de las expresiones “y establecidos en virtud del Reglamento que para estos efectos fije el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Deporte”, a que alude el artículo 2º de la Ley Nº 20.033, modificatoria del cuadro anexo Nº 1 de la Ley de Impuesto Territorial, Nº 17.235<sup>182</sup>.

En igual sentido, se estimó como contraria a la Constitución Política de la República las expresiones “para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, contenida en el artículo 171 del Código Sanitario<sup>183</sup>, lo que recientemente incluso ha motivado una sentencia de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura<sup>184</sup>. De igual forma, y luego de tres declaraciones de inaplicabilidad<sup>185</sup>, se estimó como inconstitucional y se derogó la expresión “gratuidad”, incluida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que regula la institución del turno de los abogados<sup>186</sup>.

<sup>178</sup> TC, Rol Nº 626/2007.

<sup>179</sup> TC, Roles Nºs. 626/2007 y 944/2008.

<sup>180</sup> TC, Rol Nº 1254/2009.

<sup>181</sup> TC, Rol Nº 747/2007.

<sup>182</sup> TC, Roles Nºs. 718, 773 y 759, todos de 2007.

<sup>183</sup> TC, Rol Nº 1061/2008.

<sup>184</sup> TC, Rol Nº 1345/2009.

<sup>185</sup> TC, Roles Nºs. 755, 1138, 1140.

<sup>186</sup> TC, Rol Nº 1254/2008.

Obviamente debe tratarse de una unidad de lenguaje que se baste a sí misma y en la que no pretenda escindir una parte sustancial de la misma. Ilustrativo resulta un asunto en el que “*resulta evidente que en el caso de autos la segunda frase impugnada no se puede considerar en los términos aislados en que se objeta como precepto legal, desde que se ha omitido parte fundamental de la misma como es la circunstancia de que la conciliación aprobada por el tribunal “no atente contra la libre competencia”, resultando ilógico que se elimine esta última oración, la que en su conjunto conforma un todo orgánico e indivisible o una unidad de lenguaje con el resto del precepto que puede producir efectos jurídicos, razón por la cual este Tribunal no puede declarar admisible una presentación efectuada en dichos términos*”<sup>187</sup>.

Por último, en otro caso se declara inadmisible una presentación en atención que “*no es la parte de la norma legal impugnada en este requerimiento la que, porsi sola y de manera aislada e independiente de otras disposiciones del ordenamiento jurídico, regula el sistema de revisión del precio del referido contrato de salud vigente entre el actory la Isapre Banmédica S.A. Y, por ende, al haberse cuestionado sólo aquella regla legal, la impugnación que se formula en el requerimiento resulta insuficiente para entender cumplida la exigencia en comento, a los efectos de que esta Magistratura emita un pronunciamiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*”<sup>188</sup>.

Obviamente, resulta a todas luces improcedente la acción de inaplicabilidad si se pretende impugnar más bien una norma contenida en la propia Constitución<sup>189</sup>.

## 7. Precepto legal debe encontrarse vigente

Finalmente, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha emitido diversos pronunciamientos en relación con el requisito que versa sobre la necesaria vigencia del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita<sup>190</sup>, particularmente como consecuencia de los incidentes promovidos con posterioridad a la derogación del artículo 116 del Código Tributario, norma que permitía la delegación de facultades jurisdiccionales a través de un acto administrativo<sup>191</sup>. En el mismo sentido, se ha señalado que encontrándose

<sup>187</sup> TC, Rol N° 1416/2009.

<sup>188</sup> TC, Rol N° 1590/2010.

<sup>189</sup> TC, Rol N° 2124/2011.

<sup>190</sup> TC, Rol N° 1021/2008.

<sup>191</sup> Resulta interesante destacar el Rol N° 760/2007 del TC, en el que se declara inadmisible el requerimiento de inaplicabilidad solicitado en relación al artículo 116 del Código Tributario,

derogado el precepto legal impugnado, “*no puede recibir aplicación en la causa sub lite, por lo cual resulta improcedente que este Tribunal se pronuncie acerca de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo*”<sup>192</sup>.

## V. EL PRECEPTO LEGAL DEBE SER APLICABLE EN LA GESTIÓN

La Carta Fundamental señala que la aplicación del precepto legal sea contraria a la Constitución Política de la República. Se trata de un nuevo presupuesto esencial de la acción de inaplicabilidad. Por lo mismo, se ha expresado que “*la forma en que la disposición legal objetada contraría la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto debe ser expuesta circunstancialmente*”, ello en atención a que “*la explicación de la manera en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción de inaplicabilidad*”<sup>193</sup>.

Como puede apreciarse, la situación no es idéntica a la facultad que se le otorgaba hasta el 2005 a la Corte Suprema, desde que se exige ahora que la aplicación del precepto legal resulte contraria a la Constitución. En efecto, precisando el alcance de la facultad, el Tribunal ha consignado que “*De la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 8o de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior*”<sup>194</sup>. Agregándose luego

por cuanto, a la fecha de interposición de dicha acción constitucional, el precepto se encontraba derogado en virtud de la declaración de inconstitucionalidad emitida por la aludida Magistratura Constitucional en sentencia Rol N° 681/2006. También en relación a la necesaria vigencia del precepto legal, el Tribunal ha señalado en Rol N° 779/2007, que para la procedencia de la acción de inaplicabilidad “*es preciso que el precepto legal impugnado se encuentre vigente, por lo que resulta contradictorio pedirla respecto de una norma que se sostiene está derogada tácitamente*”. Véase también TC, Rol N° 1021/2008.

<sup>192</sup> Ello se ha señalado por dicha Magistratura en diversos pronunciamientos, entre otros, TC, Rol N° 685/2007, N° 1386/2009, N° 1395/2009 y N° 1396/2009. También, TC, Rol N° 2256/2012.

<sup>193</sup> TC, Rol N° 632/2006. Anteriormente, en similar sentido, Rol N° 498/2006. También Rol N° 482/2006.

<sup>194</sup> TC, Roles N° 546/2006 y N° 536/2006.

que “*Lo dicho deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuirseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional*”. Concluyéndose en definitiva que “*De esta manera, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración*”<sup>195</sup>.

De este modo, se sostiene en relación al examen de constitucionalidad, que el “*Tribunal Constitucional lo hará después de confrontarlo con el caso concreto, cuando se manifiesten los resultados de su aplicación*”. Así, “*la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Además, cuando (...) se declare inaplicable determinado precepto legal, ello no significa que siempre este sea per se inconstitucional, sino que, únicamente, en el caso concreto dentro del cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciere, contrario a la Constitución*”<sup>196</sup>.

En otras palabras, “*en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución*”<sup>197</sup>.

Por lo mismo, se ha desecharido una acción si una norma contenida en el Código Procesal Penal, referente a la exclusión de prueba, ya no puede ser aplicada en la gestión<sup>198</sup>. Igualmente, si se impugna la forma de pago de una multa, conforme a ciertos preceptos que no ha impugnado<sup>199</sup>.

En otro orden de materias, se ha razonado que restando sólo la dictación del “cúmplase” de la sentencia, la preceptiva impugnada no puede recibir

<sup>195</sup> TC, Rol N° 536/2007.

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> TC, Rol N° 480/2006.

<sup>198</sup> TC, Rol N° 2676/2014.

<sup>199</sup> TC, Rol N° 2668/2014.

aplicación en dicho trámite, toda vez que el Tribunal que conoce del asunto ya ha adoptado una decisión sobre el fondo del mismo y posteriormente se ha declarado el abandono del recurso<sup>200</sup>.

Del mismo modo, se ha desechado un requerimiento en que se impugnan normas de carácter procedural referidas a la libertad de prueba, a su valoración y a la convicción del tribunal, que no tendrán aplicación ni resultarán decisivos en la resolución del asunto pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>201</sup>. También si el fundamento basal de la reclamación administrativa y judicial ha sido el encontrarse pendiente un recurso administrativo —no judicial—, con lo que el presupuesto fáctico para la aplicación del precepto impugnado es distinto y, en consecuencia, no puede tener aplicación para resolver el recurso de apelación que constituye la gestión pendiente<sup>202</sup>.

En otros casos, el rechazo se ha basado en la circunstancia que el precepto legal impugnado de inaplicabilidad ya ha sido aplicado en una gestión judicial concluida y anterior a la que actualmente se ventila<sup>203</sup>. En el mismo sentido, si no será aplicable en relación a un recurso de hecho con el que se pretende mantener la pendencia de la referida gestión<sup>204</sup>. O si se trata de una etapa procesal (término probatorio tributario) ya superada<sup>205</sup>, proceso penal<sup>206</sup> o respecto de potestades administrativas ejercidas fuera del proceso en que incide requerimiento<sup>207</sup>. Igualmente, si ya se fijó un monto de fianza<sup>208</sup> o se resolvió el conflicto laboral<sup>209</sup>. Del mismo modo, si por aplicación de la ley matrimonial en el tiempo no resulta aplicable el precepto<sup>210</sup>.

También se ha desechado respecto de un recurso de protección, en que se restituyó el servicio de agua potable —materia de que motiva recurso—, concluyéndose que los preceptos legales impugnados no serán decisivos

<sup>200</sup> TC, Rol N° 2384/2012.

<sup>201</sup> TC, Rol N° 2416/2013.

<sup>202</sup> TC, Rol N° 2434/2013.

<sup>203</sup> TC, Rol N° 2461/2013.

<sup>204</sup> TC, Rol N° 2547/2013.

<sup>205</sup> TC, Rol N° 2339/2012. También en materia laboral (TC, Rol N° 2202/2012).

<sup>206</sup> TC, Rol N° 2039/2011.

<sup>207</sup> TC, Rol N° 2142/2011.

<sup>208</sup> TC, Rol N° 2281/2012.

<sup>209</sup> TC, Rol N° 2037/2011.

<sup>210</sup> TC, Rol N° 2189/2012.

para la resolución de la gestión en que incide el presente requerimiento, ya que han perdido oportunidad en su aplicación<sup>211</sup>.

También se ha declarado inadmisible acción de inaplicabilidad si la norma que efectivamente produce el efecto que se cuestiona no ha sido efectivamente impugnada, como se razonó en materia de pensiones alimenticias<sup>212</sup>.

En todo caso, la Magistratura Constitucional no tiene competencia para determinar la norma aplicable al caso particular, pues ello es de resorte exclusivo de los jueces del fondo<sup>213</sup>.

Finalmente, también se ha razonado respecto de que no resulta aplicable precepto en relación a contratos de salud que se rigen por normativa pretérita<sup>214</sup>. O si, en este mismo tipo de materias, no se impugna la disposición que resulta efectivamente aplicable<sup>215</sup>.

## **VI. LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO DEBE RESULTAR DECISIVA EN LA RESOLUCIÓN DE UN ASUNTO**

El precepto legal en cuestión debe ser decisivo en la resolución de un asunto, sea contencioso o no, e independiente de la naturaleza jurídica de la norma, esto es, procedural o de fondo. Lo relevante es que el juez de la instancia pueda aplicar el precepto para resolver alguno de los asuntos o materias que le han sido sometidos a su conocimiento. Precisando el alcance de este supuesto, se ha indicado que “*supone que el tribunal efectúe un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la aplicación de la norma legal que se impugna, para decidir la gestión*”<sup>216</sup>.

<sup>211</sup> TC, Rol N° 2039/2011.

<sup>212</sup> TC, Rol N° 1909/2011.

<sup>213</sup> TC, Rol N° 1913/2011.

<sup>214</sup> TC, Rol N° 1639/2010.

<sup>215</sup> TC, Roles N°s. 1771/2010, 1.706/2010, 1668/2010, 1676/2010, 1660/2010 y 1544/2009.

<sup>216</sup> TC, Roles N° 668/ 2007 y N° 809/2007. La aplicación del precepto debe tener el efecto de influir en la decisión sustantiva del asunto judicial (TC, Rol N° 1225/2008).

En efecto, como ha señalado este mismo Tribunal<sup>217</sup>, independiente de la naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, se exige que el precepto legal pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto o gestión pendiente, “*lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de esta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución*”. Así, la referida exigencia no puede, entonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Lo mismo señaló en su momento la Corte Suprema, al precisar que la Carta Fundamental no distingüía entre normas sustantivas y adjetivas<sup>218</sup>.

Así, se desecha una presentación al estimarse que no forman parte de la discusión de una casación penal<sup>219</sup>. En otro, se estima inadmisible dado que el precepto no resulta aplicable a los procedimientos de familia<sup>220</sup>. Igual razonamiento se efectúa en relación a una acción de protección<sup>221</sup>. Finalmente, en otra decisión se desecha la acción que se dirigía contra el artículo 116 del Código Tributario al comprobarse que el asunto había sido resuelto por el Director Regional y no por el juez delegado<sup>222</sup>.

En otros casos, se ha señalado que la aplicación de un precepto legal haya de resultar decisiva en la resolución de un asunto supone que el Tribunal Constitucional debe efectuar “*un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la norma legal que se impugna, para decidir la gestión*”<sup>223</sup>.

En tal sentido, el TC ha razonado que resulta manifiesto que en un proceso penal por apremios ilegítimos se ha establecido con autoridad de cosa juzgada la competencia del Juzgado de Garantía de Puente Alto para conocer de él; por lo que la aplicación del precepto objetado ya no podrá producir efectos eventualmente inconstitucionales y ser decisivo, puesto que se encuentra zanjado el asunto en el que pudo aplicarse para su resolución<sup>224</sup>.

<sup>217</sup> TC, Rol N° 472/2006. En similar sentido, TC, Rol N° 809/2007 y Rol N° 831/2007.

<sup>218</sup> Corte Suprema, sentencia de 18 de marzo de 2005, Rol N° 1589-2003, considerando 5º.

<sup>219</sup> TC, Rol N° 1493/2009.

<sup>220</sup> TC, Rol N° 1451/2009.

<sup>221</sup> TC, Rol N° 1476/2009.

<sup>222</sup> TC, Rol N° 844/2007. En igual sentido, TC, Rol N° 838/2007.

<sup>223</sup> TC, Roles N°s 668, 809, 1225, 1493, 1780 y 2193.

<sup>224</sup> TC, Rol N° 2.375/2012.

También se ha rechazado si la aplicación de la disposición impugnada no resulta decisiva en la resolución de la gestión pendiente, desde el momento en que la sentencia de primera instancia funda el rechazo de la demanda en la no acreditación del vínculo de subordinación y dependencia y el recurso de nulidad que la impugna, en la fundamentación de las distintas causales que invoca, no se refiere en parte alguna al precepto impugnado en el presente requerimiento<sup>225</sup>.

En otro caso, se resalta que la acción no puede prosperar, puesto que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación decisiva en la resolución del recurso de apelación, que constituye la gestión pendiente, toda vez que la competencia del tribunal de alzada ha quedado determinada por las cuestiones controvertidas en primera instancia y resueltas en la sentencia recurrida, entre las que no se cuentan los intereses penales que motivan el requerimiento<sup>226</sup>. Tampoco será decisivo un precepto si no existe actualmente cuestión alguna por resolver, en la gestión pendiente invocada, en que dicha norma pueda tener aplicación<sup>227</sup>.

En otra materia, examinados los recursos de reposición y apelación que se invocan, se señala que no fueron discutidas en dicha sede las cuestiones referidas a la esencialidad de los trámites solicitados y el eventual carácter vicioso de su denegatoria, ya que más allá de lo expresado en el cuerpo del escrito, en los dos petitorios se solicita enmendar el fallo y dejar sin efecto las liquidaciones, sin que conste pretensión alguna recaída en vicios procedimentales, circunstancia que determina que la preceptiva impugnada no puede resultar de aplicación decisiva en la gestión invocada<sup>228</sup>.

En un asunto arbitral, se expresa que aparece de manifiesto que los cuatro preceptos legales impugnados ya recibieron aplicación en la gestión judicial, la cual se encuentra extinguida, al tiempo que no son aplicables ni decisivos en la resolución del asunto actualmente pendiente ante el juez árbitro<sup>229</sup>.

También cabe destacar un requerimiento en que lo debatido en la gestión judicial pendiente es la nulidad de una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones y que, para ello, se han tenido en consideración hechos,

<sup>225</sup> TC, Rol N° 2418/2013.

<sup>226</sup> TC, Rol N° 2436/2013.

<sup>227</sup> TC, Rol N° 2462/2013.

<sup>228</sup> TC, Rol N° 2521/2013.

<sup>229</sup> TC, Rol N° 2532/2013. Igualmente, en el ámbito laboral (TC, Rol N° 2165/2011).

argumentos jurídicos y disposiciones que no dicen relación con el contenido normativo de las normas objetadas; por lo que es posible colegir que la aplicación de los preceptos legales impugnados no ha de tener injerencia alguna en la resolución de la litis que se ventila en la gestión invocada, motivo por el cual la aplicación de los preceptos reprochados no ha de resultar decisiva en su resolución<sup>230</sup>.

Tampoco puede ser decisiva una norma si la tramitación de la denuncia por prácticas antisindicales no es una materia que se encuentre pendiente de resolver en el proceso que constituye la gestión invocada<sup>231</sup>. De igual forma si, en sede de apelación, se discute acerca del monto de los intereses referidos a la indemnización de perjuicios a la que fue condenado el requirente, en circunstancias que el precepto reprochado dice relación con la vigencia de la Ley N° 20.603, que estableció diversas modificaciones a los requisitos para acceder al beneficio de la libertad vigilada<sup>232</sup>.

También se desecha presentación dado que fundamentos de hecho se encuentran fuera de los casos y formas a que se refiere la preceptiva cuya aplicación se impugna, cuyo texto alude sólo a la exclusión de prueba, mas no a la agregación, y por motivos de infracción a derechos fundamentales, mas no por razones de pertinencia<sup>233</sup>.

La norma además debe guardar relación con la gestión pendiente, tal como se ha señalado en relación a un procedimiento por no pago de crédito universitario<sup>234</sup>.

En un caso de libre competencia, se hace presente que el precepto cuestionado (artículo 39, letra ñ, inciso primero, del DLN° 211), que establece la atribución del Fiscal Nacional Económico de suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, y cuya inaplicabilidad el requirente solicita en los autos sobre consulta ya individualizados, aun en el evento hipotético de que fuera aplicable a esta gestión pendiente sobre consulta, dicha aplicación no resultaría decisiva

<sup>230</sup> TC, Rol N° 2262/2012.

<sup>231</sup> TC, Rol N° 2269/2012.

<sup>232</sup> TC, Rol N° 2396/2013.

<sup>233</sup> TC, Rol N° 2239/2012.

<sup>234</sup> TC, Rol N° 2063/2011.

para su resolución, dada la diferente naturaleza de las gestiones de consulta y de acuerdo extrajudicial, a que se ha hecho referencia<sup>235</sup>.

También se desechó una presentación dirigida en contra de la disposición del Código Procesal Penal que establece que la resolución que se pronuncia sobre la petición de desafuero será apelable ante la Corte Suprema, desde que consta que el proceso invocado como gestión pendiente se encuentra en segunda instancia, que se verificó la vista de la causa y se adoptó acuerdo, restando sólo la audiencia de lectura de la sentencia de término; de forma tal que la declaración de inaplicabilidad solicitada por la requirente ya no podría tener efecto alguno en el estado procesal en que actualmente se encuentra el juicio de desafuero, puesto que la preceptiva impugnada ya recibió aplicación, en la medida que se dictó la sentencia de primera instancia y se interpuso, concedió y trámite el recurso de apelación, habiéndose agotado íntegramente la aplicación de la norma reprochada<sup>236</sup>.

En otro caso se expresa que aparece en forma indubitable que el precepto impugnado —artículo 1683 del Código Civil, en la parte en que dispone la facultad del juez para declarar de oficio la nulidad absoluta cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato—, no ha de tener aplicación decisiva en la resolución del asunto involucrado en la gestión *sub lite*, lo cual se confirma con los párrafos transcritos del recurso de casación en la forma, en que el mismo requirente argumenta en orden a que el precepto legal cuestionado no es aplicable a la decisión de la litis<sup>237</sup>.

También se declara inadmisible presentación dado que es indubitado que los hechos que motivan la gestión pendiente no dicen relación con los cobros que puede realizar el establecimiento educacional en comento, sino con la existencia o no de un acuerdo entre algunos apoderados y dicho establecimiento para postergar el proceso de matrícula de sus hijos; de este modo, el precepto impugnado de inaplicabilidad, que regula los cobros que pueden efectuar los establecimientos educacionales de financiamiento compartido y, en su caso, las exenciones del pago del mismo, no puede resultar decisivo en su aplicación a la gestión en que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad, toda vez que no resuelve el conflicto envuelto en ella<sup>238</sup>.

<sup>235</sup> TC, Rol N° 2046/2011.

<sup>236</sup> TC, Rol N° 2040/2011.

<sup>237</sup> TC, Rol N° 2011/2011.

<sup>238</sup> TC, Rol N° 2013/2011.

En otro asunto, se hace presente que la gestión judicial pendiente en que incidiría la inaplicabilidad es un juicio “de naturaleza ejecutiva”, en que la ejecutada opuso la excepción de faltar al título alguno de los requisitos o condiciones establecidos por las leyes para que tenga fuerza ejecutiva; de forma tal que la gestión pendiente no se relaciona con la restitución de los aportes para reparar o ampliar inmuebles de las instituciones reconocidas como colaboradoras del Servicio Nacional de Menores, y con su restitución, que es la materia a la que alude la norma legal impugnada<sup>239</sup>.

Del mismo modo, dado el estado de tramitación de un juicio en el ámbito laboral, aparece que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o bien que ella no resultará decisiva en la resolución del asunto<sup>240</sup>. Cabe también citar que se desecha una declaración de inaplicabilidad, la que se estima irrelevante, al no producir efecto alguno<sup>241</sup>. También si se refiere a otra situación jurídica<sup>242</sup>.

## **VII. LA IMPUGNACIÓN DEBE ESTAR FUNDADA RAZONABLEMENTE**

Sobre este requisito, se ha señalado que ello “supone una explicación de la forma cómo se infringen las normas constitucionales”. Y al respecto ha agregado: “el término ‘razonablemente’, de acuerdo a su sentido natural y obvio supone la idea de ‘conforme a la razón’ y, adicionalmente, ‘más que meridianamente’. Por su lado, ‘fundadamente’ importa una actuación realizada con fundamento y este término significa ‘razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa’; a la vez que fundarse es ‘apoyar con motivos y razones eficaces o con discursos una cosa’”. En otras palabras, “la exigencia constitucional de fundamentar razonablemente el requerimiento de inaplicabilidad supone una suficiente y meridiana motivación, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión que se solicita al tribunal”<sup>243</sup>.

<sup>239</sup> TC, Rol N° 1972/2011.

<sup>240</sup> TC, Rol N° 1948/2011.

<sup>241</sup> TC, Rol N° 1.706/2010.

<sup>242</sup> TC, Rol N° 2057/2011.

<sup>243</sup> TC, Rol N° 495/2006. En el mismo sentido, Roles N°s. 617/2006; 643/2006; 693/2006; y 651/2007. En autos Rol N° 1199/2008 se considera ininteligible tanto la explicación de los hechos como la del conflicto de constitucionalidad.

En otro fallo de admisibilidad, el TC declaró que la fundamentación razonable implica como exigencia básica “*la aptitud del o de los preceptos legales para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstancialmente (...) la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada*”<sup>244</sup>. De este modo, el fundamento razonable “*consiste en plantear un conflicto de constitucionalidad específico, derivado de la aplicación de preceptos legales, en contraste con preceptos constitucionales determinados*”<sup>245</sup>. Se trata de contener “*una exposición, sustentada de manera adecuada y lógica, acerca de la forma en que se produciría la contradicción entre la norma impugnada y los preceptos fundamentales invocados*”<sup>246</sup>. Debe verificarse que los fundamentos de la acción sean suficientemente sólidos o convincentes para dar plausibilidad al asunto<sup>247</sup>, evitando así que el Tribunal “*se avoque a resolver cuestiones que, en su presentación inicial, no demuestran siquiera fundamento plausible*”<sup>248</sup>.

La exigencia de fundamento plausible, para los efectos de declarar la admisibilidad, supone una condición que implica —como exigencia básica— la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstancialmente, motivo por el cual la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada<sup>249</sup>.

Así, se incumple el presupuesto si “*no se contiene descripción alguna del modo en que dichas disposiciones violan las normas constitucionales que se estiman transgredidas, dejándose de configurar así los vicios de inconstitucionalidad que deben servir de fundamento al requerimiento deducido*”. Así, el vicio de inconstitucionalidad “*debe ser expuesto de manera circunstanciada, puesto que la explicación de la forma en*

<sup>244</sup> TC, Rol N° 482/2006. En términos similares, Rol N°s. 652/ 2006; 693/2006; 746/2007; 777/2007; 779/2007; 782/2007; 802/2007; 803/2007; y 832/ 2007. Es inadmisible una presentación en la que “no se explica la forma en que las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales que impugna contradice las normas constitucionales” (TC, Rol N° 1198/2008).

<sup>245</sup> TC, Rol N° 1241/2008.

<sup>246</sup> TC, Rol N° 1263/2008. También se inadmite si el requerimiento no plantea con precisión e inteligibilidad suficientes cómo el cuerpo legal que se objeta viola la Carta Fundamental, omitiéndose fundar razonablemente cada uno de los capítulos que sustentan el libelo (Rol N° 1761/2010).

<sup>247</sup> TC, Rol N° 1046/2008.

<sup>248</sup> TC, Rol N° 1249/2008. Con anterioridad, en igual sentido, Rol N° 1138/2008.

<sup>249</sup> TC, Rol N° 1780/2010.

*que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada”<sup>250</sup>.*

También se desecha una presentación en la que no se contiene “una exposición precisa y clara acerca del conflicto constitucional que podría producir la aplicación de la norma legal que se impugna en el caso concreto de que se trata, lo cual constituye una exigencia básica para considerar cumplido el requisito de admisibilidad según el cual el requerimiento debe contener una impugnación razonablemente fundada”<sup>251</sup>. La sola invocación de un precepto constitucional sin precisar cómo se infringe el mismo importa falta de fundamento ha señalado el Tribunal Constitucional<sup>252</sup>.

Debe señalarse de manera clara, delimitada y específica la forma en que se podría producir la contradicción constitucional en el asunto concreto que se discute en el mismo proceso judicial<sup>253</sup>. En otras palabras, debe explicarse cómo la aplicación de dichas normas generaría, en el caso particular, una infracción a la Carta Fundamental<sup>254</sup>.

En tal sentido, carece de fundamento una presentación si es posible advertir que lo planteado entra en contradicción con pronunciamientos recientes de esta Magistratura, que han declarado la conformidad con la Constitución de la misma norma legal objetada, sin que se advierta un cambio efectivo de las circunstancias que llevaron a fallar en dicho sentido<sup>255</sup>.

Del mismo modo, se ha señalado que un requerimiento carece de fundamento plausible, toda vez que no explica la forma cómo la aplicación en la gestión pendiente de los preceptos legales objetados produce la infracción constitucional que se denuncia, no existiendo una relación lógica entre la fundamentación del presente requerimiento y la gestión pendiente en que eventualmente incidiría la aplicación de los preceptos reprochados, apareciendo más bien como una impugnación genérica y abstracta de los mismos<sup>256</sup>.

<sup>250</sup> TC, Roles N° 518/2006 y 543, 544 y 545, todos de 9 de agosto de 2006.

<sup>251</sup> TC, Rol N° 1285/2008.

<sup>252</sup> TC, Rol N° 1004/2008.

<sup>253</sup> TC, Rol N° 2622/2014.

<sup>254</sup> TC, Rol N°s. 2566/2013 (2567/2013 a 2613/2013, acumuladas). También Rol N° 2406/2013 y Rol N° 2144/2011. Más recientemente, Roles N°s. 2127/2011 y 2129/2011.

<sup>255</sup> TC, Rol N° 2560/2013.

<sup>256</sup> TC, Rol N° 2421/2013.

También si fundamentos de hecho se encuentran fuera de los casos y formas a que se refiere la preceptiva cuya aplicación se impugna, cuyo texto alude sólo a la exclusión de prueba por motivos de infracción a derechos fundamentales, mas no por razones de pertinencia, necesidad o sobreabundancia, como ya ha sido resuelto<sup>257</sup>.

La exigencia constitucional de encontrarse razonablemente fundada la acción supone que el requerimiento que se intente no sólo debe señalarse con precisión y suficiente detalle los hechos de la causa sub lite y también indicar cuáles son los preceptos constitucionales que podrían verse violentados de ser aplicada la o las determinadas normas legales impugnadas en el proceso judicial pendiente ante un tribunal ordinario o especial en el que sea parte el actor, sino que, además, debe señalarse de manera clara, delimitada y específica, la forma en que se podría producir la contradicción constitucional en el asunto concreto que se discute en el mismo proceso judicial<sup>258</sup>.

Por lo mismo, se debe argumentar cómo la aplicación del precepto impugnado produciría, en el caso concreto que se invoca, el resultado de infracción constitucional que se denuncia<sup>259</sup>. No puede considerarse que tenga fundamento plausible un requerimiento en que se sostiene algo que no tiene correlación con los antecedentes de la gestión pendiente<sup>260</sup>.

Un requerimiento no se encuentra razonablemente fundado si no se mencionan con meridiana claridad los hechos relacionados con la gestión judicial pendiente, cuestión que hace ininteligible para esta Magistratura el conflicto de constitucionalidad que se plantea<sup>261</sup>. En igual sentido, se

<sup>257</sup> TC, Rol N° 2476/2013. También TC, Roles N°s. 2239/2012 y 2331/2012.

<sup>258</sup> TC, Rol N° 2480/2013.

<sup>259</sup> TC, Rol N° 2494/2013. En igual sentido, se ha sentenciado por el TC que no cumpliendo el actor con indicar clara y suficientemente cómo se producirían, en el caso concreto, las infracciones constitucionales que invoca, concurre la causal de inadmisibilidad (TC, Rol N° 2555/2013. También, TC, Rol N° 2366/2012).

<sup>260</sup> TC, Rol N° 2315/2012.

<sup>261</sup> TC, Rol N° 2.514/2013. En igual sentido, si el requirente indica que el precepto legal impugnado infringiría el artículo 19 N°s 1º y 2º de la Carta Fundamental, pero no señala en forma clara los hechos de la causa ni expone clara y fundadamente el modo en que se produciría la infracción de dicha norma constitucional por la aplicación del precepto legal impugnado al caso particular (Rol N° 2072/2011). En el mismo sentido, si el requirente indica que los preceptos legales impugnados infringirían el artículo 5º de la Carta Fundamental, en relación con las disposiciones 3º, 5º y 18 N° 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero no señala en forma clara los hechos de la causa ni expone clara y fundadamente el modo en que se produciría la infracción de dicha norma constitucional por la aplicación de los preceptos legales impugnados (Rol N° 2050/2011). También si de la sola lectura del libelo se

hace presente que un requerimiento expone latamente respecto del sentido y alcance, en abstracto, de los derechos constitucionales que se habrían infringido; sin embargo, es posible constatar que la acción deducida carece de suficiente desarrollo en cuanto a cómo los hechos concretos habrían producido como resultado los vicios de constitucionalidad alegados<sup>262</sup>.

Igualmente, se ha sentenciado que de la lectura del requerimiento es posible advertir que este no contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya, lo que se evidencia en que no explicita cuál sería la gestión pendiente en que incidirían de manera decisoria los preceptos legales impugnados, no explicando tampoco el o los vicios de inconstitucionalidad que aduce ni de qué forma se produciría la infracción constitucional, careciendo, por consiguiente, de fundamento plausible<sup>263</sup>.

En otro caso, se expresa que la real pretensión que contiene la acción interpuesta se encuentra dirigida, por una parte, a impugnar el sistema recursivo que establece el referido código de enjuiciamiento y no a reprochar la aplicación de un determinado precepto legal. Por otra, que el efecto de una sentencia estimatoria de inaplicabilidad sería dejar sin efecto una resolución judicial que se encuentra ejecutoriada. Ambas cuestiones —se concluye— no se avienen con el objeto y finalidad de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de manera que, a modo de corolario, mal podría entonces entenderse que se encuentra razonablemente fundado el requerimiento sobre el cual recae el presente pronunciamiento y así se declarara<sup>264</sup>.

Para que se entienda satisfecha la exigencia constitucional de encontrarse razonablemente fundada la acción, el requerimiento que se intente ante dicha Magistratura no sólo debe señalarse con precisión y suficiente detalle los hechos de la causa sub lite y también indicar cuáles son los preceptos

desprende que no se expone cuál es el conflicto de constitucionalidad planteado, ya que no se contiene una exposición clara, detallada ni específica de los hechos y fundamentos en que se apoya (Roles N°s. 2088/2011, 2089/2011 y 2090/2011).

<sup>262</sup> TC, Rol N° 2527/2013.

<sup>263</sup> TC, Rol N° 2227/2012. En el mismo sentido, si el requirente indica que los preceptos legales impugnados infringirían el artículo 19, N° 3º, de la Carta Fundamental, pero no expone clara y fundadamente el modo en que se produciría la infracción de dicha norma constitucional por la aplicación de los preceptos legales impugnados al caso particular, más allá de la indicación de aspectos de procedimiento propios del pronunciamiento del juez de fondo (Rol N° 2059/2011).

<sup>264</sup> TC, Rol N° 2158/2012.

constitucionales que podrían verse violentados de ser aplicada la o las determinadas normas legales impugnadas en el proceso judicial pendiente ante un tribunal ordinario o especial en el que sea parte el actor, sino que, además, debe señalarse de manera clara, delimitada y específica, la forma en que se podría producir la contradicción constitucional en el asunto concreto que se discute en el mismo proceso judicial<sup>265</sup>.

Cabe también citar un caso en que, respecto de una supuesta vulneración, no se contienen razonamientos que permitan identificar cómo, en el caso particular, se produciría dicha infracción constitucional; mientras que en el segundo caso el actor se limita a enunciarlo sin exponer nada más, lo que produce su inadmisibilidad<sup>266</sup>.

Por lo mismo, razona el TC, debe desarrollarse, de la manera exigible constitucional y legalmente, la forma en que la norma legal impugnada vulneraría los derechos y garantías constitucionales invocados, de ser aplicada por la Corte de Apelaciones que conoce del recurso de apelación que se ha deducido en contra de la resolución dictada por el Juzgado de Garantía que dispuso el sobreseimiento definitivo del proceso criminal de que se trata<sup>267</sup>.

En otro caso, la inadmisibilidad se funda en la circunstancia de que no ha explicado el actor de qué manera, en su caso particular y ya siendo parte en los juicios que invoca, la aplicación de la notificación por aviso contemplada en la norma legal que impugna ha generado o, bien, puede generar un conflicto constitucional relacionado con la garantía reconocida en el artículo 19, N° 3º, de la Ley Fundamental, es decir, con la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, en relación con la garantía que se asegura en el numeral 26º de la misma disposición constitucional. Lo anterior, desde que no ha explicado, a título de ejemplo, qué mecanismos de defensa de sus derechos como demandado en las cinco causas judiciales que invoca, se han afectado o se afectan o se afectarán en su ejercicio o, bien, de cuáles de

<sup>265</sup> TC, Rol 2121/2011. Igualmente, si del estudio del requerimiento interpuesto, se llega a la convicción de que él no cumple con la exigencia constitucional de contener una impugnación que esté fundada razonablemente, ya que no indica claramente la forma en que la norma impugnada podría contrariar la Constitución en su aplicación al caso concreto (Rol N° 1956/2011). También Roles N°s. 1754/2010, 1749/2010 y 1708/2010.

<sup>266</sup> TC, Rol N° 2094/2011.

<sup>267</sup> TC, Rol N° 1947/2011.

ellos se verá privado por efecto de practicarse la notificación contemplada en el artículo 439 del Código del Trabajo en los casos concretos invocados<sup>268</sup>.

También debe citarse un caso en que la sola aplicación del inciso tercero del artículo 5º transitorio de la Ley Nº 19.585 al caso concreto de que se trata (impugnación y reclamación de paternidad deducidas diecinueve años después del fallecimiento del presunto padre) sin considerar la posible aplicación de otras disposiciones legales que también regulan la materia que debe ser resuelta por el tribunal de la gestión *sub lite*, como lo son los artículos 206 y 207 del Código Civil —a los que alude la misma norma legal citada, pero en la parte no impugnada por los actores en este requerimiento—, no constituye una impugnación que satisfaga la exigencia de contener un fundamento razonable<sup>269</sup>.

Del mismo modo, no puede encontrarse razonablemente fundada una acción si se pretende obtener la inaplicabilidad de un precepto legal que, precisamente, es el que le sirve de fundamento a la parte requirente para perseguir el reconocimiento de la competencia del Tercer Juzgado Civil de San Miguel, estimando que es en este en el que ha tenido lugar “*la primera gestión judicial de la entidad expropiante o del expropiado y, en su caso, el pago de la indemnización provisional o de la parte de ella que corresponda enterar de contado*”. Así, si dicha Magistratura declarara la inaplicabilidad del precepto legal referido, la parte requirente carecería de fundamento para sostener la competencia que pretende sobre la base de una norma que, indudablemente, tiene carácter especial frente a las normas generales de competencia que se consignan en el Código Orgánico de Tribunales<sup>270</sup>.

En definitiva, se estima que falta tal requisito si la argumentación contenida en la presentación es insuficiente<sup>271</sup>. En segundo lugar, se estima que la acción carece de fundamento plausible cuando la argumentación es contradictoria, ya sea porque se verifican incongruencias entre el cuerpo del

<sup>268</sup> TC, Rol N° 1928/2011.

<sup>269</sup> TC, Rol N° 1926/2011.

<sup>270</sup> TC, Rol N° 1702/2010.

<sup>271</sup> Así, por ejemplo, se ha señalado que no basta indicar de forma genérica preceptos o principios que se estiman vulnerados (Roles N°s. 1048/2008; 1189/2008; 495/21006, 523/2007 y 1360/2009); o simplemente se haga referencia a una inconstitucionalidad en abstracto (Roles N°s. 1055/2008; 1263/2008; 1241/2008; 1275/2008; y 1285/2008), sino que se requiere que la presentación sea completa y se refiera al caso concreto en el que pueda tener aplicación la norma impugnada.

escrito y la parte petitoria del mismo<sup>272</sup> o bien porque existen afirmaciones que se contraponen lógicamente entre sí en la fundamentación del mismo<sup>273</sup>. En tercer lugar, se ha señalado que la presentación no tiene fundamento plausible si contiene errores graves<sup>274</sup> o bien conduce a un absurdo<sup>275</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Arellano Gómez, Pilar (2012). *Historia fidedigna de la LOC de TC*. Cuadernos del TC N°50.
- López Ulla, Juan Manuel (1999). *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madrid.
- Navarro Beltrán, Enrique (2005). *Reformas constitucionales 2005*. Revista del Colegio de Abogados.
- Navarro Beltrán, Enrique (2006). *El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005*. Revista de Derecho Público 68.
- Navarro Beltrán, Enrique (2009). *60 años de la Constitución Alemana*. Santiago: Ed. Jurídica, en imprenta.
- Navarro Beltrán, Enrique (2009). *Requerimiento de inaplicabilidad de jueces*. Ponencia enviada a XXXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público. Por publicarse en Revista de Derecho de la U. Católica de Chile.
- Navarro Beltrán, Enrique (2010). *Presupuestos de la acción de inaplicabilidad*. Revista de Derecho Público 72.
- Navarro Beltrán, Enrique (2011). *Control de constitucionalidad de las leyes en Chile 1811-2011*. Cuaderno N° 43 del TC.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2005) (coordinador). *La Constitución reformada de 2005*.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2005). *El control represivo concreto y abstracto de la inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias*. Estudios Constitucionales 1.
- Pérez Tremps, Pablo (2005). *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español*.

<sup>272</sup> TC, Roles N°s. 486, 485, 484, 483, 489, 482, 492, 491, 490, 488, 487, todos de 2006 y 768/2007.

<sup>273</sup> TC, Roles N°s. 1256/2008; 1249/2008; y 990/2007.

<sup>274</sup> TC, Roles N°s. 1003/2007; 776/2007; y 1021/2008.

<sup>275</sup> TC, Roles N°s. 1717/2010 y 1653/2010.

Estudios Constitucionales Nº 1.

Pfeffer Urquiaga, Emilio (2005). Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-debates informes.

Pizzorusso, Alessandro (1999). *La Justicia Constitucional en Italia. Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 4, UNED.

Romboli, Roberto (1999). *El control de constitucionalidad de las leyes en Italia. Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 4, UNED.

Senado de la República (2006). *Reformas constitucionales 2005. Historia y tramitación*.

Zúñiga Urbina, Francisco (2005) (coordinador). *Reforma constitucional*.

### **JURISPRUDENCIA CITADA:**

Corte Suprema, Rol Nº 1589, 2003.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 349, 2002.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 471, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 472, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 476, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 480, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 482, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 483, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 484, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 485, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 486, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 487, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 488, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 489, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 490, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 491, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 492, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 493, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 494, 2006.

Tribunal Constitucional, Rol N° 495, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 497, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 498, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 507, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 508, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 511, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 513, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 514, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 516, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 518, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 522, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 523, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 531, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 532, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 536, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 543, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 544, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 545, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 546, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 551, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 575, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 607, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 617, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 626, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 632, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 634, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 643, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 651, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 652, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 656, 2006.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 668, 2006.

- Tribunal Constitucional, Rol Nº 680, 2006.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 681, 2006.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 684, 2006.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 685, 2006.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 688, 2006.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 693, 2006.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 706, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 707, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 718, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 727, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 743, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 746, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 747, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 759, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 760, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 768, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 773, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 776, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 777, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 779, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 782, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 785, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 794, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 795, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 802, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 803, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 809, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 816, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 817, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 820, 2007.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 824, 2007.

Tribunal Constitucional, Rol N° 831, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 832, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 838, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 841, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 842, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 844, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 944, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 967, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 980, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 981, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 982, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 984, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 990, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1003, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1008, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1010, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1018, 2007.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 818, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1004, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1020, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1021, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1036, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1046, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1048, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1049, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1055, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1061, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1067, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1138, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1139, 2008.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 1147, 2008.

- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1172, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1189, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1194, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1195, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1198, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1199, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1211, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1213, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1214, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1215, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1220, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1225, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1226, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1227, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1240, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1241, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1249, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1256, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1259, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1263, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1264, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1267, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1268, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1271, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1275, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1283, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1285, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1141, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1254, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1286, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 1295, 2009.

- Tribunal Constitucional, Rol N° 1321, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1322, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1324, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1334, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1340, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1349, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1360, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1371, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1381, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1385, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1386, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1395, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1396, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1406, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1416, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1420, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1433, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1447, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1451, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1476, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1477, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1480, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1493, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1494, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1499, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1510, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1512, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1513, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1537, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1544, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1563, 2009.

- Tribunal Constitucional, Rol N° 1564, 2009.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1590, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1601, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1615, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1624, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1639, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1646, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1653, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1656, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1659, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1660, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1668, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1674, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1676, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1678, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1687, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1702, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1706, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1708, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1717, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1724, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1727, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1739, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1740, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1749, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1753, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1754, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1757, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1761, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1771, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1780, 2010.

- Tribunal Constitucional, Rol N° 1788, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1801, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1852, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1853, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1861, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1864, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1883, 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1899, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1905, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1909, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1913, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1917, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1925, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1926, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1928, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1947, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1948, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1949, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1950, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1955, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1956, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1957, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1963, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1965, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1972, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1975, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1981, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1987, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2008, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2011, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2013, 2011.

- Tribunal Constitucional, Rol N° 2017, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2031, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2033, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2037, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2039, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2040, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2046, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2050, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2056, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2057, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2059, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2063, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2065, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2072, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2073, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2075, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2080, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2084, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2086, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2088, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2089, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2090, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2094, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2107, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2121, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2123, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2124, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2125, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2127, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2129, 2011.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2130, 2011.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2131, 2011.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2140, 2011.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2142, 2011.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2144, 2011.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2147, 2011.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2151, 2011.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2155, 2011.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2165, 2011.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2158, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2162, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2176, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2178, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2184, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2189, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2193, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2197, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2202, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2206, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2208, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2209, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2210, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2216, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2218, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2220, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2222, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2227, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2228, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2239, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2240, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2241, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2247, 2012.

- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2248, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2251, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2256, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2260, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2261, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2262, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2266, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2268, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2269, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2276, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2277, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2280, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2286, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2294, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2298, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2305, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2315, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2318, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2326, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2328, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2331, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2334, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2339, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2343, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2349, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2353, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2361, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2366, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2375, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2376, 2012.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2377, 2012.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2378, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2383, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2384, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2395, 2012.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2396, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2400, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2406, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2409, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2412, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2415, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2416, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2418, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2419, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2421, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2429, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2434, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2436, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2444, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2450, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2451, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2453, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2458, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2459, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2461, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2462, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2464, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2465, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2467, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2470, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2471, 2013.  
Tribunal Constitucional, Rol N° 2472, 2013.

- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2473, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2476, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2480, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2484, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2490, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2494, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2502, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2514, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2517, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2518, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2521, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2524, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2527, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2532, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2545, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2547, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2549, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2553, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2554, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2555, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2556, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2560, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2566, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2567, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2613, 2013.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2616, 2014.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2617, 2014.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2620, 2014.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2629, 2014.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2632, 2014.
- Tribunal Constitucional, Rol Nº 2661, 2014.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2665, 2014.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2668, 2014.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2675, 2014.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2676, 2014.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2686, 2014.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2705, 2014.

## LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SUS NUEVAS PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIALES

## THE WRIT OF INCONSTITUTIONALITY AND THE NEW JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVES

MARISOL PEÑA TORRES<sup>1</sup>

*“No hay justicia constitucional si no se confrontan los actos del legislador nacional con la Constitución. Los otros ámbitos del contencioso constitucional pueden añadirse al ámbito esencial (...).”*  
(Louis Favoreu. Los Tribunales Constitucionales, 1994).

**Resumen:** en el presente artículo, se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a la acción de inconstitucionalidad de las leyes.

**Palabras clave:** acción de inconstitucionalidad. Tribunal Constitucional. Requisitos de procedencia.

**Summary:** this article studies the precedents of the Constitutional Court related to the writ of constitutionality of the laws.

**Keywords:** writ of constitutionality. Constitutional Court. Admissibility prerequisites.

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Directora del Departamento de Derecho Público de la misma Facultad y Ministra del Tribunal Constitucional.

## I. UNA MIRADA RETROSPECTIVA

Pensar en la jurisdicción constitucional es pensar, necesariamente, en el control de la constitucionalidad de las leyes como lo recuerda el profesor Louis Favoreu evocando a Kelsen y a Eisenmann. El primero de ellos sostenía, en este sentido, que “*garantías de la Constitución significa garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente, garantías de la constitucionalidad de las leyes*” y “*si las disposiciones constitucionales relativas al procedimiento y al contenido de las leyes, no pueden ser precisadas más que por las leyes, entonces las garantías de la Constitución no constituyen sino los procedimientos contra las leyes inconstitucionales*”<sup>2</sup>.

Así puede sostenerse que el control de la constitucionalidad de la ley, desde sus orígenes, como atribución de la jurisdicción constitucional, apunta a verificar tanto su conformidad con el procedimiento de formación de la ley (constitucionalidad de forma) cuanto con la sustancia de la Carta Fundamental desde el punto de vista de sus valores, principios y reglas (constitucionalidad de fondo).

Para Kelsen, la Constitución —a la cual la ley debe subordinarse— constituye, en lo esencial, “*el asiento fundamental del ordenamiento estatal*”<sup>3</sup>. De allí que, en su concepción, “*la justicia constitucional es una garantía de la Constitución que se desprende de la pirámide jurídica del ordenamiento legal donde se encuentran determinadas, tanto la unidad como la jerarquía de diferentes normas*”<sup>4</sup>.

La tesis kelseniana que ve en la Constitución la cúspide de la pirámide del sistema normativo y el fundamento de validez de las normas inferiores ha sido indudablemente enriquecida.

La Constitución es entendida hoy como un orden fundamental de valores sobre los que se asienta el compromiso que le ha dado origen. Ello exige

<sup>2</sup> Kelsen, Hans (2008). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. (Traducción de Rolando Tamayo Salmorán revisada por Domingo García Belaúnde). Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10, julio-diciembre, pp. 8, 12.

<sup>3</sup> Ibídem, p. 11.

<sup>4</sup> Cruz Quiroz, Osmar Armando (2008). “Los efectos generales en las sentencias constitucionales”. En *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo V. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Editorial Marcial Pons, p. 264.

interpretarla de forma diferente a aquella en que se interpreta la ley<sup>56</sup>. Debe tenerse presente además que, en la actualidad, se reconoce a la Constitución una fuerza normativa directa que no supedita su operatividad a las normas inferiores, en tanto que los derechos fundamentales que ella reconoce y asegura son entendidos como la columna vertebral de todo el ordenamiento jurídico positivo a partir del reconocimiento de la dignidad humana.

Sin perjuicio de lo señalado, la Constitución se presenta como un “proyecto vivo” que debe ser capaz de enfrentar, en forma equilibrada, la estabilidad y el cambio que la sociedad va experimentando, al punto que si esta ecuación no se logra, resultará inevitablemente afectada la conciencia constitucional. Para José Joaquim Gómez Canotilho, “una de las concepciones más aplaudidas por la moderna iuspublicística —la teoría material de la constitución— pretende conciliar la idea de constitución con dos exigencias fundamentales del estado constitucional democrático: (1) la legitimidad material, lo que apunta a la necesidad de que la ley fundamental incluya los principios materiales informadores del estado y la sociedad, (2) la apertura constitucional, pues la constitución debe posibilitar la concurrencia y la lucha política de los partidos y de las fuerzas políticas portadoras de proyectos alternativos para la concreción de los fines constitucionales”<sup>7</sup>.

Puede sostenerse, entonces, que el control de la constitucionalidad de la ley que ejerce la jurisdicción constitucional en nuestros días debe considerar un sentido distinto de Constitución que el que tuviera presente Kelsen al momento de impulsar la creación de los Tribunales Constitucionales.

Antes de concluir esta introducción conviene recordar las características fundamentales que Kelsen asignaba a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes:

<sup>5</sup> Como sostiene Francisco Fernández Segado: “La sustancia material de la Constitución, ese orden de valores subyacente a ella, propiciará que el texto constitucional se convierta en la clave normativa del sistema, circunstancia que afectará el funcionamiento de todo el sistema jurídico, tanto por la necesaria reordenación del mismo a través del postulado esencial de la ‘interpretación conforme a la Constitución’ como porque, como bien señala entre nosotros García de Enterría, ese postulado impondrá, en su más alto grado, el criterio interpretativo por principios generales, por cuanto la identificación de los principios constitucionales va a remitir constantemente a un cuadro de valores que no por genéricos o imprecisos habrán de ser menos operativos”. En Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13, Nº 39, septiembre-diciembre 1993, p. 197.

<sup>6</sup> Véase Nogueira Alcalá, Humberto (2006). *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Santiago: Editorial Librotecnia, págs. 45 y ss.

<sup>7</sup> Gómez Canotilho, José Joaquim (2003). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Dickinson, pp. 22-23.

1. La inconstitucionalidad de la ley supone una anulabilidad más que una nulidad de la misma.

En sus propias palabras, “*la nulidad significa que un acto que pretende ser acto jurídico y, en especial, un acto estatal, no es tal objetivamente porque es irregular, es decir, no responde a las condiciones que prescribe una norma jurídica de rango superior. Al acto nulo le falta de antemano el carácter de jurídico, de manera que no es necesario para retirarle su cualidad usurpada de acto jurídico, otro acto jurídico. Por el contrario, si un nuevo acto fuera necesario (una sentencia) se estará en presencia no de una nulidad, sino de una anulabilidad. (...). La anulabilidad del acto irregular significa la posibilidad de hacerlo desaparecer con sus consecuencias jurídicas*”<sup>8</sup>. (El énfasis es nuestro).

Esta primera característica se aviene perfectamente con la tesis de la “presunción de constitucionalidad de la ley” que apunta a sostener que las leyes no son *per se* contrarias a la Carta Fundamental, pues no puede concebirse que el legislador haya actuado con el ánimo preconcebido de vulnerar la Constitución.

2. La declaración de inconstitucionalidad de la ley importa una acción legislativa<sup>9</sup>.

Kelsen sostuvo que cuando el Tribunal Constitucional declaraba la inconstitucionalidad de una ley, por tener efectos erga omnes, es decir, para todos, realizaba una acción legislativa y su decisión tenía, por ende, fuerza de ley. Ello justificaba, asimismo, que la ley debiera ser considerada válida hasta la adopción de la decisión de anularla, por lo cual los jueces estaban obligados a aplicarla<sup>10</sup>. Afirmar, no obstante, que la declaración de inconstitucionalidad de la ley, por los Tribunales Constitucionales, los hace partícipes de la actividad legislativa de creación del derecho (“legislador negativo”) no impedía, a su juicio, atribuirles la calidad de tribunales, pues “*su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general y constituye principalmente aplicación del Derecho y, solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional*”<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Kelsen. Ob. Cit., pp. 17-19.

<sup>9</sup> El Tribunal Constitucional chileno ha descartado explícitamente que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal importe una labor legislativa. Así, ha afirmado que “*la labor de esta Magistratura en modo alguno es la de legislar, sino constatar la irremediable contradicción entre un precepto legal y la Carta Fundamental*”. (Considerando 22º de la sentencia Rol N° 1.254-08).

<sup>10</sup> Cruz Quiroz. Ob. Cit., p. 265.

<sup>11</sup> Kelsen. Ob. Cit., p. 25.

Cabe agregar que, para Kelsen, la declaración de inconstitucionalidad de una ley no importaba una infracción al principio de separación de funciones del Estado, sino que, más bien, constituía una expresión del reparto del poder entre distintos órganos, “*no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir un control recíproco de los unos sobre los otros*”<sup>12</sup>.

3. La declaración de inconstitucionalidad de la ley supone un control abstracto en virtud del cual el juez no toma la decisión en base a un caso concreto sino que teniendo en perspectiva la vulneración de la Constitución en forma genérica.

En palabras de Kelsen, “*si se resuelve confiar este control (de la constitucionalidad de la ley) a una autoridad única, entonces es posible abandonar la limitación de la anulación para el caso concreto a favor del sistema de anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma hubiera tenido que ser aplicada. Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a una instancia central suprema*”<sup>13</sup>.

4. La inconstitucionalidad de la ley declarada por el Tribunal Constitucional produce efectos hacia el futuro como regla general.

Al respecto, sostiene Kelsen que “*sería conveniente en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión. Pero ese interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto —al momento en que la anulación se produce— de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados —en virtud de que la norma general es anulada pro futuro, esto es, para los hechos posteriores a su anulación— de acuerdo con la norma anulada (...) si la confección de una ley que regula el mismo objeto requiere de un tiempo bastante considerable (...) es bueno prever la posibilidad de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un cierto término contado a partir de su publicación*”.

Como puede observarse, el mismo Kelsen se hacía cargo de las consecuencias que puede producir la anulación de una ley que hasta el momento de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional se encontraba vigente admitiendo cierta flexibilidad en cuanto a los efectos *ex nunc* de la decisión.

<sup>12</sup> Ibídem.

<sup>13</sup> Kelsen. Ob. Cit., p. 20.

## II. PERSPECTIVA HISTÓRICA EN CHILE

Tres fallos del Tribunal Constitucional<sup>14</sup>, hasta la fecha, han declarado la inconstitucionalidad de diferentes preceptos legales con los efectos derogatorios previstos en el artículo 94 de la Carta Fundamental. Otros dos fallos han rechazado acciones dirigidas a obtener similar declaración<sup>15</sup>. Todos estos pronunciamientos entregan interesantes criterios para ir perfilando la naturaleza y alcances de esta acción instituida, por primera vez, en la historia constitucional chilena por la reforma de agosto del año 2005.

Cabe recordar que ya en la discusión que diera origen a la Constitución Política de 1925, existe constancia de que no se estimó procedente avanzar en la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, sosteniendo que “*ello equivaldría a poner en abierta contradicción al Poder Judicial con el Poder Legislativo y podría estimular una frecuente intervención de la Corte Suprema en asuntos legislativos, que a la larga pudiera degenerar en abuso*”<sup>16</sup>. Así sólo quedó consagrada la acción de inaplicabilidad de la ley, como modalidad de control concreto y posterior de constitucionalidad, radicada en la Corte Suprema.

Al crearse el Tribunal Constitucional en Chile, mediante la reforma constitucional de la Ley N° 17.284, de 4 de noviembre de 1970, no se innovó sustancialmente en el sistema existente en cuanto a la defensa de la supremacía de la Constitución y que consultaba, por un lado, la intervención de la Contraloría General de la República con carácter preventivo, en el orden administrativo y, por otro, la competencia asignada a la Corte Suprema para declarar inaplicable, para un caso particular, un precepto legal que pugnara con la Ley Fundamental.

Sin embargo, es claro que se reforzó la defensa de dicha supremacía al asignarle al Tribunal Constitucional diversas facultades que se vinculaban al conocimiento de cuestiones de constitucionalidad promovidas durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados; o de aquellas

<sup>14</sup> Se trata de las sentencias de 26 de marzo de 2007 (Rol N° 681-2006); de 25 de mayo de 2009 (Rol N° 1.345-09) y de 29 de julio de 2009 (Rol N° 1.254-08).

<sup>15</sup> Sentencia de 5 de junio de 2009 (Roles 558 y 590 acumulados) y sentencia de 16 de abril de 2009 (Rol 1.173).

<sup>16</sup> Guerra, José Guillermo (1929). *La Constitución de 1925*. Santiago: Establecimientos Gráficos Balcells, p. 459.

que incidieran en la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley como de los decretos que convocaran a un plebiscito. Igualmente, podía pronunciarse sobre las inhabilidades para ser designado, permanecer o desempeñar el cargo de Ministro de Estado, así como resolver los reclamos en caso de que el Presidente no promulgara una ley cuando debía hacerlo o si promulgaba un texto diverso del que correspondía, sin perjuicio de resolver las contiendas de competencia entre órganos del Estado que determinaran las leyes.

Como puede observarse, entre las facultades asignadas al nuevo órgano constitucional, no se contemplaba la de declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales, con carácter general o *erga omnes*, y derogatorios o equivalentes a la expulsión del referido precepto del ordenamiento jurídico vigente.

Sin embargo, en el debate que dio origen a la Carta Fundamental que hoy nos rige, puede apreciarse que la idea de consagrar la declaración de inconstitucionalidad de preceptos legales sí fue considerada. En efecto, en el Informe “Orientaciones e Ideas Precisas” con que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política acompañara al Presidente de la República el Anteproyecto de Constitución que había elaborado puede observarse que, entre las atribuciones que se confiaban al Tribunal Constitucional, estaba la de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal a requerimiento de la Corte Suprema, cuando esta haya declarado la inaplicabilidad del mismo en tres fallos uniformes y consecutivos<sup>17</sup>.

El Consejo de Estado, entretanto, fue partidario de conferir la atribución de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal a la propia Corte Suprema, luego de que lo hubiese declarado inaplicable en tres fallos uniformes y sucesivos, debiendo ordenar de inmediato la publicación de dicho acuerdo en el Diario Oficial. Se agregaba que “*a partir de la fecha de dicha publicación, el precepto constitucional dejará de producir efectos, lo que no empiecerá a las sentencias ejecutoriadas con anterioridad*”<sup>18</sup>.

En el texto aprobado por la Junta de Gobierno y sometido posteriormente a plebiscito desaparece, no obstante, toda referencia a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, sin que existan

<sup>17</sup> Informe “Proposiciones e ideas precisas”, de 16 de agosto de 1978, publicado en Revista Chilena de Derecho, Vol. 8 Nºs. 1-6, enero-diciembre 1981, p. 281.

<sup>18</sup> Ibídem, p. 462.

antecedentes que permitan constatar las razones que fundamentaron tal cambio.

La reforma constitucional del año 2005, materializada mediante la Ley N° 20.050, renueva la idea de consagrar, esta vez, como atribución del Tribunal Constitucional, la de declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales.

Durante el trámite parlamentario de la aludida reforma, destaca la intervención del ex ministro del Tribunal Constitucional, Eugenio Valenzuela, quien defendió la idea de concentrar el principio de supremacía constitucional en un solo órgano. Para esos efectos, propuso sustraer del conocimiento de la Corte Suprema el recurso de inaplicabilidad a que se refería el artículo 8o de la Constitución y entregarlo al Tribunal Constitucional. Explicando el sentido de su propuesta afirmaba:

*El recurso de inaplicabilidad (...) debería pasar al Tribunal Constitucional dividido en dos tipos de acciones, una de inaplicabilidad y otra de inconstitucionalidad. La acción de inaplicabilidad pasaría en los mismos términos en que está concebida actualmente en el artículo 8o. Vale decir, el Tribunal, en los casos que conozca o que le fueran sometidos en recurso interpuesto en cualquier gestión, puede declarar inaplicable un precepto legal que sea contrario a la Constitución. Ello lo conocería el Tribunal en sala, pero después de tres fallos uniformes en recursos de inaplicabilidad distintos, nacería la segunda acción, que es la de inconstitucionalidad. Es decir, después de tres fallos uniformes se podría pedir la inconstitucionalidad de la ley, lo cual traería como consecuencia que esta quede sin efecto con carácter general.*

*En esto, expresó estar consciente de discrepar completamente de la doctrina constitucional, porque todos los Tribunales Constitucionales establecen directamente la acción de inconstitucionalidad, pero prefirió ser más conservador en su proposición de reforma por dos motivos. Primero, porque cree que las instituciones no deben tener cambios muy bruscos aun cuando el recurso de inaplicabilidad efectivamente presenta varios problemas y no responde a ningún parámetro jurídico válido al llevar en su esencia la desigualdad ante la ley. Segundo, porque quienes integran este Tribunal son humanos y lo más grave que puede hacer un Ministro en un Tribunal de esta índole es dejar sin efecto una ley vigente que fue aprobada por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, lo cual puede convertirse en algo irreversible<sup>19</sup>.*

Para el ex ministro Valenzuela, mientras la acción de inaplicabilidad podía ser iniciada por el juez que conoce de la causa o por las partes que forman el

<sup>19</sup> Senado de la República. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 6 de noviembre de 2001 (Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07), pp. 374-375.

litigio, el recurso de inconstitucionalidad debería generarse en una acción popular<sup>20</sup>.

El ex Presidente del Tribunal Constitucional, Juan Colombo Campbell, también tuvo la oportunidad de referirse a la posible declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, con efectos generales, aunque en un sentido distinto al sostenido por el ex ministro Valenzuela. Fue así como expresó su concordancia, “*en que las causales invocadas para la inconstitucionalidad puedan ser de forma y de fondo, pero discrepó del Ministro señor Valenzuela en lo concerniente a los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional. Estimó que el fallo de este organismo debe expulsar la norma del ordenamiento jurídico porque, de lo contrario, se produce una desigualdad absoluta entre dos personas que en un país se rigen por una misma Constitución. Para un sujeto que logró una sentencia favorable en un recurso de inaplicabilidad, esa ley no existe y no se le aplica, y para todo el resto de los chilenos esa ley es perfectamente constitucional, tiene que aceptarse y los tribunales tienen que aplicarla. De tal modo que en virtud de los principios de supremacía constitucional, de la concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley, esta debe ser constitucional o inconstitucional y si es inconstitucional, tiene que serlo para todos y eliminarse del sistema*”<sup>21</sup>.

Esta tesis del ministro Colombo fue compartida por el ministro Servando Jordán, del mismo Tribunal Constitucional, al evacuar el informe que el Senado requiriera a este órgano con ocasión del primer trámite constitucional de la reforma que comentamos. En esa oportunidad, sostuvieron que “*el efecto de la sentencia que acoja dicha acción (la de inconstitucionalidad) debe ser el de expulsar del ordenamiento jurídico la norma declarada inconstitucional. Asimismo, fueron partidarios de incorporar a la Carta Fundamental ciertos requisitos de admisibilidad de esta acción a fin de resguardar el debido proceso ante esa Alta Magistratura con el objeto de prever que esta acción se desnaturalice y altere nuestro ordenamiento judicial*”<sup>22</sup>.

En el Primer Informe aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, durante el primer trámite constitucional, consta que se aprobó una norma que, luego de referirse a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, consideraba dos

<sup>20</sup> Ibídem, p. 375.

<sup>21</sup> Ibídem, p. 381.

<sup>22</sup> Ibídem, p. 387.

incisos del siguiente tenor, a continuación del primero del número 6º del artículo 82 (hoy 93):

*Después de tres fallos uniformes y unánimes, el Tribunal, en pleno, de oficio o a petición de parte, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales.*

*Después de tres fallos uniformes, aunque cuando no unánimes, el Tribunal, en pleno, de oficio o a petición de parte, podrá declarar, por los dos tercios de sus miembros, la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales.*

El Segundo Informe de dicha Comisión, unido al Informe Complementario sobre la misma materia, eliminó el inciso final de la norma comentada y dejó un inciso segundo que se refería a la posibilidad del Tribunal Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal en los siguientes términos:

*Después de tres fallos uniformes, el Tribunal, en pleno, de oficio o a petición de parte, por los tercios de sus miembros, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo con efectos generales.*

Fue en la Cámara de Diputados, durante el segundo trámite constitucional de la reforma de 2005, que se aprobó separar, en dos numerales diferentes, las atribuciones del Tribunal de declarar la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad de un precepto legal, respectivamente. Así, el numeral 7º del artículo 82 (hoy 93) quedó redactado de la siguiente forma:

*Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y para declarar la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio.*

Por su parte, el Veto N° 18 de la Presidenta de la República, al finalizar la discusión de la reforma constitucional que se viene comentando, declaró que debía distinguirse netamente el juicio de inaplicabilidad del juicio de inconstitucionalidad, para cuyo efecto debía establecerse un procedimiento que articulara este último remitiendo parte de sus aspectos a la regulación de la ley orgánica constitucional respectiva. Asimismo, abrió la posibilidad de que se dedujera una acción pública para pedir la declaración de

inconstitucionalidad sólo una vez declarada la inaplicabilidad por parte del Tribunal manteniendo este la facultad de proceder de oficio<sup>23</sup>.

### **III. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL COMO NUEVA ATRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

La nueva atribución conferida por la reforma constitucional de 2005 al Tribunal Constitucional quedó redactada en los siguientes términos:

*Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:*

*7º Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.*

El inciso decimosegundo de la misma norma constitucional dispone:

*En el caso del número 7º, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de este para declararla de oficio. Correspondrá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio.*

En cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución, señala:

*En el caso del número 16º del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.*

<sup>23</sup> Pfeffer Urquiaga, Emilio (2005). *Reformas constitucionales 2005*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 409.

#### **IV. ALCANCES DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL**

Los fallos dictados por el Tribunal Constitucional, hasta la fecha, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 93, inciso primero, numeral 7º de la Constitución, permiten extraer varios criterios que iremos agrupando por materias.

1. Desde el punto de vista de los principios involucrados en la declaración de inconstitucionalidad:

Para el Tribunal Constitucional, la acción de inconstitucionalidad de un precepto legal tiene directa relación con los principios de *supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley*; todo ello a partir de los antecedentes de la tramitación de la reforma constitucional de agosto de 2005<sup>24</sup>. Además, ha tenido presente el principio de *certeza jurídica* que, apelando a su propia jurisprudencia, constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho cuya custodia se confía, por la Ley Suprema, al referido tribunal<sup>25 26 27</sup>.

En relación con este último punto, nuestra Magistratura Constitucional ha precisado que “*la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6º y 7º de la Constitución*”<sup>28</sup>.

2. Desde la perspectiva del respeto hacia los demás órganos del Estado:

Haciéndose cargo de que una de las principales críticas al funcionamiento de la jurisdicción constitucional consiste en la posibilidad que se entrega a esta de dejar sin efecto o anular las decisiones de los órganos cuya

<sup>24</sup> Considerando 6º de la sentencia Rol N° 681-2006.

<sup>25</sup> Ibídem.

<sup>26</sup> Estos principios ya habían sido expresamente afirmados en la intervención que realizara el senador Sergio Fernández durante el debate de la reforma de 2005, en su primer trámite constitucional. En: Pfeffer. Ob. Cit., p. 394.

<sup>27</sup> Véanse, en el mismo sentido, el considerando 6º de la sentencia Roles N°s. 558 y 590 acumulados y el considerando 18º de la sentencia Rol N° 1.254-08.

<sup>28</sup> Considerando 7º de la sentencia Rol N° 681-2006.

legitimidad se origina en la votación popular<sup>29</sup>, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “*la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en casos particulares, en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático*”. Tal razonamiento constituye una expresión concreta de la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, conforme a lo previsto en el artículo 7º, inciso segundo, de la Carta Fundamental<sup>30</sup>.

3. Desde el punto de vista de la condición o condiciones que posibilita (n) la declaración de inconstitucionalidad:

Basado en el respeto que el propio Tribunal Constitucional ha proclamado respecto a la labor que desarrollan los órganos colegisladores, la condición que, a su juicio, debe concurrir para que proceda la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal es que no exista ninguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental<sup>31</sup>.

Precisamente la falta de concurrencia de la condición anotada es la que llevó a nuestra Magistratura a rechazar la acción pública de inconstitucionalidad deducida respecto del artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal, referido al desafuero por delitos de acción privada. En esa oportunidad, el Tribunal razonó de la siguiente forma:

*Que, desde la perspectiva de un cotejo abstracto con la Constitución, el precepto legal contenido en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal no aparece,*

<sup>29</sup> Este punto de vista fue manifestado precisamente por el senador José Antonio Viera-Gallo, durante el primer trámite constitucional de la reforma del año 2005 cuando señaló “*no estar convencido acerca de si nuestro país está preparado para atribuir efectos generales a todo fallo. Tal mecanismo, si bien puede ser admisible tratándose de un caso particular, implica dotar al Tribunal de atribuciones para ir en contra de los dos Poderes del Estado encargados de legislar (...)*”. Similares expresiones tuvieron los senadores Silva y Moreno. En: Pfeffer, Ob. Cit., p. 396. Por su parte, la Presidenta de la República, al fundamentar las modificaciones propuestas en su Veto Nº 18, indicó: “*(...) el acto que caracteriza la expresión suprema del poder de los modernos Tribunales Constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, como reseña un autor, es perfectamente conciliable con la democracia, ya que a diferencia de los demás órganos del Estado que existen para algo, la tarea del Tribunal no es hacer el bien, sino evitar que se haga el mal, entendido este como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de ultima ratio que dicha fórmula exige*”. Ibídem, p.409.

<sup>30</sup> Considerando 7º de la sentencia Rol Nº 681-2006.

<sup>31</sup> Considerando 8º de la sentencia Rol Nº 681-2006.

en principio, vulnerando —en todo evento y modalidad de aplicación— el mandato del artículo 61, inciso segundo, de la Constitución. En efecto, este garantiza que ningún parlamentario puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a la formación de causa. La norma legal, a su vez, regula simplemente el momento procesal en que debe requerirse tal declaración.

*De la mera comparación de ambos enunciados no resulta una contradicción evidente ni, tampoco, una incompatibilidad radical. Depende, pues, de la inteligencia o interpretación que se le dé al precepto legal, su armonía con el texto fundamental. Y ya se ha dicho que el juez constitucional debe, para la plena vigencia normativa de la Constitución, buscar una interpretación de la ley que se acomode a sus valores, principios y finalidades, en un parámetro de razonabilidad”<sup>32</sup>.*

La circunstancia de que, a juicio del Tribunal Constitucional, no resulte posible declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal cuando alguna interpretación de la norma permita ajustarla a la Carta Fundamental aplica, a nuestro juicio, un postulado de interpretación constitucional que se conoce como la regla de la “interpretación conforme a la Constitución”. Con arreglo a ella, “se elimina toda interpretación del precepto que conduzca a un resultado contrastante o contrario con la Carta Fundamental”<sup>33</sup>. Naturalmente que ello exige del intérprete una mirada amplia que se coloque en las diferentes hipótesis de aplicación de la norma para concluir que, al menos, una de ellas se aviene con la Ley Suprema.

En fallos recientes, la condición de que no exista ninguna interpretación posible que permita evitar la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable ha sido complementada con dos exigencias adicionales:

3.1. El juicio referido a la posible inconstitucionalidad de una norma debe realizarse sin consideración a situaciones específicas, tal y como es propio de un control abstracto de esta naturaleza<sup>34</sup>; y

<sup>32</sup> Considerando 1º de la sentencia Roles N°s. 558 y 590 (acumulados).

<sup>33</sup> Nogueira. Ob. Cit., p. 128.

<sup>34</sup> En este sentido, el Tribunal ha indicado: “el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular”. (Sentencia Roles 558 y 590 (acumulados), considerando 5º).

- 3.2. La decisión de declarar la inconstitucionalidad del precepto de que se trata no debe acarrear efectos aún más nocivos que los que produce la supervivencia del precepto cuestionado<sup>35</sup>. Podemos ver aquí una aplicación del postulado de interpretación constitucional conocido como “de prudencia o interpretación previsora” que obliga al juez a no perder nunca de vista las consecuencias de sus interpretaciones y decisiones en el entendido, afirmado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, de que la Constitución es “*un pacto que hace posible y perfectible la convivencia dentro de la sociedad política, debiendo la interpretación favorecer la supervivencia y prosperidad de la sociedad política que ella regula*”<sup>36</sup>.
4. Desde la perspectiva de la naturaleza de la competencia asignada al Tribunal Constitucional en el artículo 93, inciso primero, N° 7 de la Ley Suprema:

Si bien del texto del numeral 7º del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental se desprende que, para proceder a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, resulta indispensable que dicho precepto haya sido declarado previamente inaplicable, el Tribunal Constitucional ha entendido que la competencia que dicho numeral le confiere constituye una facultad y no un deber insoslayable<sup>37</sup>. Así se argumentó en la sentencia de 5 de junio de 2007 (Roles 558 y 590 acumulados): “*No existe una relación causal entre ambos juicios —de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad—, en términos que la inaplicación de un precepto provoque necesariamente su inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos*”. (considerando 5º)<sup>38</sup>.

## V. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES NECESARIOS PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL

De los fallos de inconstitucionalidad pronunciados, hasta el momento, por el Tribunal Constitucional, puede inferirse que los presupuestos

<sup>35</sup> Considerando 4º de la sentencia Rol N° 1173-08.

<sup>36</sup> Nogueira. Ob. Cit., p. 153.

<sup>37</sup> Considerando 4º de la sentencia Rol N° 1.173-08 y considerando 19º de la sentencia Rol N° 1.254-08.

<sup>38</sup> Ver también considerando 8º de la sentencia Rol N° 1.284-08.

constitucionales que deben concurrir para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, en virtud de la atribución contemplada en el artículo 93, inciso primero, N° 7 de la Constitución, son los siguientes:

### **1. Debe referirse a un precepto legal**

Para el Tribunal Constitucional, la expresión “precepto legal” se ha entendido equivalente a la de “norma jurídica de rango legal”, que es la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así se ha razonado que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución (roles N°s 626/2007 y 944/2008)”. Así, para el Tribunal, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma<sup>39 40</sup>.

Por su parte, la ley orgánica del Tribunal Constitucional excluye expresamente la posibilidad de que se pueda declarar la inconstitucionalidad de las normas de un tratado internacional<sup>41</sup>.

### **2. El referido precepto legal debe haber sido declarado previamente inaplicable por sentencia pronunciada por el propio Tribunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6 de la Carta Fundamental**

En todas las situaciones que han motivado declaraciones de inconstitucionalidad, hasta la fecha, se han invocado, al menos, dos sentencias previas de inaplicabilidad en que el precepto legal que se impugna en abstracto ya había sido declarado inaplicable en ejercicio del

<sup>39</sup> Considerando 11º de la sentencia Rol N° 1.254-08.

<sup>40</sup> Este razonamiento permite entender por qué el Tribunal Constitucional acogió la acción pública de inconstitucionalidad deducida respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales —referido a la institución del abogado de turno— sólo en lo que respecta a la expresión “gratuitamente” contenida en el inciso primero de dicha norma (sentencia de 29 de julio de 2009, Rol N° 1.254-08).

<sup>41</sup> El inciso segundo del artículo 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone: “Esta cuestión (la de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable) no podrá promoverse respecto de un tratado ni de una o más de sus disposiciones”.

control concreto de constitucionalidad previsto en el artículo 93, inciso primero, N° 6 de la Constitución.

Con todo, del propio tenor de la disposición que contempla la acción de inconstitucionalidad puede deducirse que basta que exista al menos una sentencia previa de inaplicabilidad referida al mismo precepto legal para que pueda procederse a la declaración de inconstitucionalidad del mismo con efectos *erga omnes*. Distinto es el tema de si conviene hacerlo con el respaldo de un solo pronunciamiento, considerando que:

- a) La inaplicabilidad de un precepto legal, en una determinada gestión pendiente en que se ha invocado, no supone necesariamente que la misma declaración referida a idéntico precepto habrá de pronunciarse en otra gestión diferente<sup>42</sup>.
- b) El propio Tribunal Constitucional ha justificado la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal en “*la conveniencia de efectuar tal declaración en función de la adecuada coherencia que debe guardar el ordenamiento jurídico con lo prescrito en la Constitución Política y, consecuentemente, atendiendo al interés general que ella envuelve*”<sup>43</sup>.

### **3. El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por el Tribunal Constitucional o por una resolución del mismo actuando de oficio**

De las cuatro decisiones de inconstitucionalidad pronunciadas hasta el momento, tres de ellas —las referidas al artículo 116 del Código Tributario, determinadas expresiones incluidas en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario y los numerales 1,2, 3 y 4 del inc. 3º del artículo 38 ter. de la Ley N° 18.993 referidos a las facultades de la Superintendencia de Salud respecto de tabla de factores<sup>44</sup>—, han tenido su origen en procesos de oficio abiertos por el propio Tribunal. En consecuencia, sólo un pronunciamiento de los conocidos hasta la fecha se ha originado en el ejercicio de una acción

<sup>42</sup> Cabe recordar aquí los pronunciamientos diversos que ha motivado la interposición de diversas acciones de inaplicabilidad referidas al artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar y al artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal.

<sup>43</sup> Considerando 4º de la sentencia Rol N° 681.

<sup>44</sup> En estos autos (Rol 1710/2010), hubo disidencias por parte de la autora de este artículo y del ministro Enrique Navarro B. Habiéndose dictado la sentencia con posterioridad a la entrega del presente artículo, no se incluye su análisis.

pública (el caso de la expresión “gratuitamente” contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales).

#### **4. Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia en que se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal en cuestión y las disposiciones de la Constitución Política de la República**

El mayor problema que se ha evidenciado, ante la falta de ley orgánica constitucional que regule las nuevas competencias confiadas al Tribunal Constitucional por la reforma del año 2005, ha estado referido al procedimiento con arreglo al cual deben tramitarse las acciones deducidas en conformidad al numeral 7º del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental. En efecto, el inciso decimosegundo de esa norma señala, en lo pertinente, que: *“Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio”*.

El Tribunal, sin embargo, ha dictado una resolución tipo que regula las distintas etapas del procedimiento de inconstitucionalidad, en una perspectiva que dé cumplimiento a los estándares del debido proceso, la cual es muy similar a la que se ha dictado en los procesos de inaplicabilidad sustanciados hasta el momento.

Corresponde recordar aquí el principio de inexcusabilidad que pesa sobre los jueces que integran el Tribunal Constitucional y que, sobre todo, en los casos de ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, habría impedido dejar la acción en suspenso por falta de una norma legal que regulara el procedimiento para tramitarla. A este argumento cabría añadir la fuerza normativa directa de la propia Constitución que imposibilita que una norma contenida en ella pueda dejar de aplicarse por falta de ley que la regule.

## 5. El Tribunal no puede extender la declaración de inconstitucionalidad más allá de los vicios considerados previamente en las sentencias de inaplicabilidad que le sirven de fundamento

Este último presupuesto ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional con ocasión de la sentencia referida a la expresión “gratuitamente” contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.

Así, en la sentencia Rol N° 1.254-08, el Tribunal indicó concretamente que, considerando su competencia específica en esta materia, la sentencia que declara la inconstitucionalidad “sólo puede considerar las causales en que se sustentó la referida declaración de inaplicabilidad. Ello se desprende de las expresiones ‘declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior’, las cuales ponen de relevancia que, en un proceso como el de la especie, han de considerarse los vicios de inconstitucionalidad que motivaron específicamente la declaración de inaplicabilidad” (considerando 14º).

La estrecha ligazón entre la sentencia previa de inaplicabilidad y la declaración posterior de inconstitucionalidad del precepto legal de que se trata, se ven corroboradas por lo dispuesto en la ley orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 97 N° 2 contempla, entre las causales de inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad promovida mediante acción pública, aquella consistente en que “la cuestión se funde en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado” (N° 2)<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Cabe dejar constancia que el Ministro Hernán Vodanovic Schnake, en su voto disidente, en la sentencia de 25 de agosto de 2009, Rol N° 1.288, consideró inconstitucional el aludido requisito de inadmisibilidad agregado por el N° 2 del artículo 47 S del proyecto de ley orgánica del Tribunal Constitucional, “en circunstancias que la Constitución sólo exige la existencia de una declaración previa de admisibilidad”. Agregó que si bien la ley orgánica referida puede establecer los requisitos de admisibilidad en el caso de que se ejerza la acción pública destinada a obtener la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, tales requisitos “son más bien de forma o procedimentales y que, en todo caso, no pueden importar una desnaturalización de la acción ni tornarla más gravosa, afectando en definitiva la supremacía constitucional”.

## VI. EVALUACIÓN

Cuatro declaraciones de inconstitucionalidad de preceptos legales en los ocho años de funcionamiento de este nuevo instituto, tan resistido a lo largo del desarrollo constitucional chileno, parecen indicar —al menos estadísticamente— que el Tribunal Constitucional ha ejercido su nueva competencia con prudencia y consciente de las repercusiones que acarrea la derogación de la norma respectiva<sup>46</sup>. El rechazo de otras tres peticiones en tal sentido confirma que la declaración previa de inaplicabilidad no constituye una puerta que automáticamente conduzca hacia la inconstitucionalidad.

En otra oportunidad, nos hemos referido a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia el Tribunal Constitucional. Es probable que muchas de las dudas e incógnitas que ha abierto este tópico se verían solucionadas otorgándole al propio Tribunal la facultad de modelar los efectos de tales sentencias como ocurre en España y en Alemania. La facultad de perfeccionar la institución, por lo tanto, está abierta.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA:

Cruz Quiroz, Osmar Armando (2008). “Los efectos generales en las sentencias constitucionales”. En *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo V. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Editorial Marcial Pons.

Fernández Segado, Francisco (1993). En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, N° 39, septiembre-diciembre

Gómez Canotilho, José Joaquim (2003). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Dickinson.

Guerra, José Guillermo (1929). *La Constitución de 1925*. Santiago: Establecimientos Gráficos Balcells.

<sup>46</sup> Respecto de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por el Tribunal Constitucional, véase el artículo de Ríos Álvarez, Lautaro (2009). *Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno*. Gaceta Jurídica N° 342. Sobre el mismo tema, también puede consultarse Peña Torres, Marisol (2009). “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal: El caso del artículo 116 del Código Tributario”. En *Temas Constitucionales de Actualidad en Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Informe “Proposiciones e ideas precisas”, de 16 de agosto de 1978, publicado en Revista Chilena de Derecho, Vol. 8 N°s. 1-6, enero-diciembre 1981.

Kelsen, Hans (2008). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. (Traducción de Rolando Tamayo Salmorán revisada por Domingo García Belaúnde). Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10, julio-diciembre, pp. 8, 12.

Nogueira Alcalá, Humberto (2006). *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Santiago: Editorial Librotecnia.

Peña Torres, Marisol (2009). “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal: El caso del artículo 116 del Código Tributario”. En *Temas Constitucionales de Actualidad en Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Pfeffer Urquiaga, Emilio (2005). *Reformas constitucionales 2005*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Ríos Álvarez, Lautaro (2009). *Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno*. Gaceta Jurídica N° 342.

Senado de la República. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 6 de noviembre de 2001 (Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07).

## **JURISPRUDENCIA CITADA:**

Sentencia Rol N° 681-2006.

Sentencia Rol N° 681-2006, 26 de marzo del 2007.

Sentencia Rol N° 1.254-08.

Sentencia Rol N° 1.284-08.

Sentencia Rol N° 1.173-08, 16 de abril del 2009.

Sentencia Rol N° 1.345-09, 25 de mayo del 2009.

Sentencia Rol N° 558 y 590 acumulados, 5 de junio del 2009.

Sentencia Rol N° 1.254-08, 29 de julio del 2009.

Sentencia Rol N° 1.288, 25 de agosto del 2009.



## **PROCEDIMIENTO DE RECLAMO POR VULNERACIÓN DE DERECHOS DEL CÓDIGO TRIBUTARIO**

### **THE CLAIM PROCEDURE DUE TO INFRINGEMENT OF WRIGHTS GRANTED BY THE TAX CODE**

**RODRIGO UGALDE PRIETO<sup>1</sup>**

**Resumen:** en el presente artículo, se sistematiza el procedimiento de reclamo por vulneración de derechos que conoce los nuevos tribunales tributarios y aduaneros.

**Palabras clave:** procedimiento de reclamo por vulneración de derechos. Tribunal Tributario Aduanero. Procedimiento.

**Summary:** this article systematizes the claim procedure due to infringement of rights which are decided by the new tax and customs courts.

**Key words:** claim procedure due to infringement of rights. Tax and Customs Court. Procedure.

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Tributario Universidad Diego Portales.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley 20.322, publicada en el Diario Oficial el 27 de enero de 2009, que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera, estableció entre sus normas un novedoso procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos, que se contiene en los nuevos artículos 155 a 157 del Código Tributario. Dichos preceptos se incorporan a dicho Código en virtud de lo dispuesto por los números 44), 45) y 46) del artículo segundo de la mencionada ley N° 20.322.

Antes de revisar dicha normativa, hay que recordar que, una vez aprobado el proyecto de ley respectivo por el H. Congreso Nacional, fue remitido al Tribunal Constitucional, a fin de que ejerciera el control de constitucionalidad de los preceptos indicados en el Oficio de la Cámara de Diputados, entre los cuales se encuentra el inciso 1º del artículo 155. En su sentencia, de 30 de diciembre de 2008, el Tribunal Constitucional estimó que recaían en materias propias de Ley Orgánica Constitucional no sólo el inciso primero del referido precepto sino que también su inciso tercero y ambas disposiciones declaradas constitucionales. Respecto del último inciso recién citado, el fallo asimismo realiza una importante prevención que analizaremos al revisar el nuevo procedimiento.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º transitorio de la ley N° 20.322, sus preceptos comenzarán a regir:

En un año, contado desde el día primero del mes siguiente al de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, en las siguientes Regiones: XV Región de Arica y Parinacota, I Región de Tarapacá, II Región de Antofagasta, III Región de Atacama.

En dos años, contados desde el día primero del mes siguiente al de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, en las siguientes Regiones: IV Región de Coquimbo, VII Región del Maule, IX Región de la Araucanía, XII Región de Magallanes y Antártica Chilena.

En tres años, contados desde el día primero del mes siguiente al de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, en las siguientes Regiones: VIII Región del Biobío, XIV Región de Los Ríos, X Región de Los Lagos, XI Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo.

En cuatro años, contados desde el día primero del mes siguiente al de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, en las siguientes Regiones: V

Región de Valparaíso, VI Región del Libertador General Bernardo O’Higgins y Región Metropolitana.

## **II. ANTECEDENTES Y CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO PROCEDIMIENTO**

Al crear el procedimiento que motiva este trabajo, el número 43 del artículo 2º de la ley 20.322 reemplaza la enunciación del Párrafo 2º del Título III del Libro Tercero, por la siguiente: “Del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos”. La anterior denominación del párrafo recaía sobre el procedimiento de reclamo del impuesto a las asignaciones por causa de muerte y las donaciones, comprendiendo los artículos 155, 156 y 157, que fueron luego derogados por el artículo 19 de la Ley 19.903, publicada en el Diario Oficial con fecha 10 de octubre de 2003.

Pues bien, llenando el vacío normativo ocasionado por la derogación precitada, la ley Nº 20.322 dio una nueva redacción y contenido a los artículos 155, 156 y 157 con el objeto de establecer el nuevo procedimiento que nos ocupa. Dichos preceptos consagran una nueva acción —que se estructura en forma similar a la del recurso de protección—, cuya finalidad es amparar a los contribuyentes frente a acciones u omisiones del Servicio de Impuestos Internos que les vulneren las garantías constitucionales contempladas en los números 21, 22 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Con su establecimiento, el legislador se ajusta —en relación con el atropello de dicho derecho proveniente del Servicio de Impuestos Internos— a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que dispone:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Sin embargo, se omitió incorporar como sujeto pasivo de esta acción al Servicio de Tesorerías, de modo que, frente a las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias imputables a dicho organismo que vulneren las

garantías constitucionales de los contribuyentes, el afectado deberá recurrir de protección o de amparo económico, según sea el caso.

### **III. ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE VULNERACIÓN DE DERECHOS**

A continuación, analizaremos la estructura de este nuevo procedimiento y de la acción que en el mismo se establece.

#### **1. Sujeto activo**

De acuerdo al inciso primero del artículo 155, el titular de la acción es el particular —ya sea persona natural o jurídica— que, como consecuencia de un acto u omisión del Servicio de Impuestos Internos, considere vulnerados sus derechos contemplados en los números 21º, 22º y 24º del artículo 19 de la Constitución Política.

#### **2. Sujeto pasivo**

Conforme se deduce del mismo inciso primero del artículo 155, el recurrido o sujeto pasivo de la acción es el Servicio de Impuestos Internos. Ahora bien, como el referido organismo de la administración ejerce sus potestades mediante actuaciones u omisiones de sus funcionarios, será en razón de la actividad de alguno de ellos que se podría producir la infracción de los derechos constitucionales del particular. Sin embargo, la acción se deduce en contra del mencionado Servicio, siendo este el órgano responsable y quien debe soportar las cargas como sujeto pasivo de la acción. Ello ocurre sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al respectivo funcionario y, por lo tanto, se podrán luego seguir las acciones que correspondan en contra del funcionario del Servicio que hubiera causado el daño, según lo que dispone el inciso 2º del artículo 38 de la Carta Fundamental.

Hay que hacer notar que tanto las acciones como las omisiones del Servicio de Impuestos Internos que vulneren las garantías constitucionales protegidas por esta acción autorizan para deducirla, o sea, tanto los hechos o acciones en que incurra del referido organismo, como sus abstenciones,

pueden dar lugar a que se inicie al procedimiento cautelar de derechos constitucionales.

### **3. Objeto de la acción**

Conforme a lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 156, la acción pretende que el Tribunal Tributario y Aduanero ordene en su sentencia las providencias que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante que ha visto vulneradas sus garantías constitucionales amparadas por esta acción debido a la acción u omisión del Servicio de Impuestos Internos.

### **4. Causal**

Conforme lo dispone el inciso primero del artículo 155, la causal que autoriza el ejercicio de esta acción consiste en la vulneración de los derechos constitucionales establecidos en los Nºs. 21, 22 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política, infracción cuyo origen se encuentra en un acto u omisión del Servicio de Impuestos Internos.

Recordemos que, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vulneración es la: “Acción y efecto de vulnerar” y vulnerar es: “Transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto. 2. Dañar, perjudicar”.

De acuerdo al ya mencionado inciso 1º del artículo 155 del Código Tributario, los derechos constitucionales cuya vulneración, esto es, su transgresión, quebrantamiento o violación podrá ser reclamada por esta vía son los que siguen:

#### **a) El Nº 21 del artículo 19, que consagra:**

“El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sujetas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Al efecto, conviene transcribir asimismo lo señalado por el profesor Evans de la Cuadra<sup>2</sup>:

“Ahora bien, si la Constitución asegura a todas las personas el derecho de desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad, y con las limitaciones que luego veremos, la obligación de no atentar en contra de esta garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúen en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleve al cierre o a la quiebra. Pero es contrario a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país”.

La disposición constitucional que revisamos establece, por otra parte, los siguientes límites al derecho que asegura: la moral, el orden público y la seguridad nacional. Agrega la norma constitucional que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica debe ejercerse: “respetando las normas legales que la regulen”. Entre esas normas legales, se encuentran las de orden tributario como, por ejemplo, el Código Tributario, la Ley sobre Impuesto a la Renta, la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, etcétera. Por lo dicho, si un particular desarrolla sus actividades económicas respetando las normas tributarias que las regulan y, pese a ello, el Servicio de Impuestos Internos —que está encargado de aplicar y fiscalizar los impuestos internos— ejecuta una acción o incurre en una omisión que quebranta ese derecho, el afectado podrá accionar por la vía que contemplan los nuevos artículos 155 a 157 del Código Tributario a fin que sea protegido en el ejercicio de su derecho constitucional. Así podría ocurrir, por ejemplo, si el organismo fiscalizador ordena la clausura de un local comercial donde desarrolla su actividad un contribuyente diverso de aquel que cometió la infracción por la cual se aplica la clausura.

<sup>2</sup> Evans de la Cuadra, Enrique (2004). *Los Derechos Constitucionales*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pág. 142.

**b) Por su parte, la nueva acción procesal procede asimismo en contra de la vulneración del N° 22 del artículo 19, que asegura a todas las personas:**

“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de estos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”.

En este caso, la discriminación arbitraria ha de provenir de un organismo específico del Estado, a saber: el Servicio de Impuestos Internos. Así, por ejemplo, si se presentan sendas solicitudes de condonación de intereses y multas por dos contribuyentes morosos de un mismo impuesto, por un mismo período y monto, los cuales, a mayor abundamiento, se hallan en idénticas circunstancias y prueban haber procedido con antecedentes que hagan excusable la omisión en que hubieren incurrido, y a uno de ellos el Servicio de Impuestos Internos le concede una condonación del 99% de los intereses y multas y al otro le otorga una condonación del 1% de dichos intereses y multas, indudablemente este último podría hacer uso de esta nueva acción reclamando de la arbitraría discriminación que sufrió.

**c) Por último, el N° 24 del artículo 19, en sus cuatro primeros incisos —que son los pertinentes para el caso que analizamos— consagra:**

“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporables.

“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”.

Pues bien, como señala Figueroa Valdés, Juan Eduardo<sup>3</sup> (extractado por Evans de la Cuadra):

“El derecho de propiedad constituye un pilar básico para la existencia de una verdadera democracia, pues, en el hecho permite el disfrute de las libertades públicas y especialmente de la libertad política.

“Si la satisfacción de las necesidades más primordiales de la persona y de su familia depende de la voluntad omnímoda del Estado, no hay ni puede haber libertad política. Un régimen que desconozca o debilite el derecho de propiedad, desconoce o debilita la democracia y asfixia la capacidad creadora del hombre, que es el gran motor que impulsa el desarrollo de los pueblos”.

Probablemente las vulneraciones de este derecho serán las que den lugar a un mayor número de acciones amparadas en el nuevo procedimiento, ya que, es en relación a dicha garantía, donde se presentan usualmente las mayores controversias entre la administración tributaria y los contribuyentes. Así ocurre, por ejemplo, con las solicitudes de devolución de impuestos o de créditos fiscales. Este fue, por lo demás, el fundamento invocado en numerosos recursos de protección que perseguían la cautela efectiva del derecho de dominio, por lo que, lo más probable, es que tal recurso deje de ser la herramienta más eficaz para lograr ese propósito y, en esos casos, resulte más apropiado y conveniente interponer la nueva acción contemplada en el Código Tributario.

Un tema directamente relacionado con el derecho de propiedad es el de la no confiscatoriedad en materia impositiva, que se encuentra consagrado en el Nº 20 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Tal garantía no se encuentra protegida por este nuevo procedimiento especial. Por lo recién afirmado, la discusión acerca de la garantía de la no confiscatoriedad en materia tributaria se presentará con ocasión de la interposición de un

<sup>3</sup> Figueroa Valdés, Juan (1985). *Las Garantías Constitucionales del Contribuyente en la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pág. 199. Extractado por Evans de la Cuadra, Enrique, Ob. Cit., pág. 231.

recurso o acción de inaplicabilidad ante el Excmo. Tribunal Constitucional. Aquella discusión es muy relevante porque, si un tributo resulta ser manifiestamente desproporcionado o injusto, el derecho de propiedad puede verse afectado en su esencia, al punto de constituir su aplicación en un acto confiscatorio sin que previamente se dé lugar a una indemnización por el daño patrimonial causado. En efecto, como bien señala Rodolfo Spisso<sup>4</sup>: "... Tampoco, el derecho del Estado de apropiarse de la riqueza privada, mediante el establecimiento de tributos, es ilimitado, ya que ello implicaría desconocer el derecho de propiedad".

Hay que destacar que, con posterioridad a la creación de esta acción, se incorporó al Código Tributario el artículo 8 bis (Ley 20.420, de 19 de febrero de 2010) sobre derechos de los contribuyentes. Su vulneración también puede reclamarse por esta vía, tal cual lo dispone el inciso segundo de esta norma.

## 5. Tribunal competente para conocer de la acción

Será competente el Tribunal Tributario y Aduanero en cuya jurisdicción se haya producido el acto u omisión del Servicio de Impuestos Internos que se estima vulnera las garantías amparadas por la acción. Así lo establece el inciso primero del artículo 155.

Debemos recordar al respecto que la ley 20.322 crea un Tribunal Tributario y Aduanero en cada una de las regiones del país y cuatro en la Región Metropolitana, totalizando dieciséis en todo el territorio. Serán dichos órganos jurisdiccionales los que conocerán del nuevo procedimiento, atendida su especialización en materias tributarias y aduaneras. No puede olvidarse que la ley 20.322, junto con incorporar este nuevo procedimiento en el Código Tributario, hizo lo propio en materia aduanera, agregando, a la Ordenanza de Aduanas, los artículos 129 K, 129 L y 129 M, en los que se establece un procedimiento sustancialmente idéntico al que analizamos, por el medio del cual los particulares podrán dirigirse en contra del Servicio Nacional de Aduanas cuando consideren que ese organismo ha vulnerado sus derechos contemplados en los números 21º, 22º y 24º del artículo 19 de la Carta Fundamental.

<sup>4</sup> Spisso, Rodolfo R. (1991). *Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, pág. 34.

## 6. Plazo de interposición de la acción

En el inciso segundo del artículo 155, se establece un plazo fatal de quince días hábiles contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, o desde que haya tenido conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará contar en autos. El cómputo correcto del plazo es extremadamente trascendente debido a que una presentación deducida fuera de él deberá ser declarada inadmisible por el juez tributario y aduanero, en ejercicio de la potestad que le otorga el inciso primero del artículo 156, que se analizará a continuación.

## 7. Formalidades de la acción

De acuerdo al mismo inciso segundo del artículo 155, la acción deberá presentarse por escrito, dentro del plazo fatal de quince días ya señalado y habrá de ser fundada. Como la ley no distingue, como toda presentación de esta índole, debe fundarse tanto en los hechos como en el Derecho.

Debe tenerse presente además que, de conformidad con lo dispuesto en la parte final del artículo 157, “el solicitante podrá comparecer sin patrocinio de abogado”.

Pese a que, por lo dicho, el patrocinio de un letrado no es obligatorio, a nuestro juicio, este resulta aconsejable debido a que con ello se asegura:

- a) Que el escrito cumpla con las exigencias precitadas;
- b) Que lo mismo ocurra con el eventual recurso de apelación que deba deducirse en contra de la sentencia de primera instancia, recurso que debe ser fundado y contener peticiones concretas, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil;
- c) Que el patrocinante tenga los conocimientos adecuados para defender debidamente los intereses de su cliente durante todo el desarrollo del proceso en un asunto de índole tributaria con componentes constitucionales, lo cual cobra mayor relevancia si se tiene presente que su contraparte será el Servicio de Impuestos Internos, quien comparecerá a través de abogado especialista ante el Tribunal Tributario y Aduanero; y
- d) Que pueda alegarse la causa en sede de apelación, por cuanto el artículo 527 del Código Orgánico de Tribunales establece que: “Las defensas orales

ante cualquier tribunal de la República sólo podrán hacerse por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión”.

## 8. Limitaciones

La normativa en comento establece los siguientes dos grupos de limitaciones:

a) De acuerdo a la parte final del inciso primero del artículo 155, se podrá interponer la acción: “siempre que no se trate de aquellas materias que deban ser conocidas en conformidad a alguno de los procedimientos establecidos en el Título II o en los Párrafos 1º y 3º de este Título o en el Título IV, todos del Libro Tercero de este Código”.

Conforme a la antedicha disposición, las actuaciones del Servicio de Impuestos Internos que eventualmente pudieran vulnerar las garantías constitucionales precitadas pero que, de acuerdo a la materia sobre que recaen, sean reclamables de acuerdo a los procedimientos contemplados en el Título II o en los Párrafos 1º y 3º de este Título o en el Título IV, del Libro Tercero, todos del Código Tributario, no podrán ser impugnadas por medio de la nueva acción. Consecuentemente, la vía especial que se crea en los artículos 155 a 157 se encuentra reservada únicamente para aquellas actuaciones u omisiones del Servicio de Impuestos Internos que —hasta la fecha— no eran reclamables a través de los procedimientos ordinarios consagrados en el Código Tributario.

Así, por ejemplo, no se podría reclamar por esta vía de una liquidación de impuestos, ya que para ello existe el procedimiento establecido en los artículos 123 a 148 del Código Tributario.

Por el contrario, sí se podría reclamar conforme a la nueva normativa, del bloqueo de timbraje que afecte a un particular y que haya sido decretado por el Servicio de Impuestos Internos. En efecto, el reclamo en contra del referido bloqueo no se puede encuadrar en ninguno de los procedimientos Título II o en los Párrafos 1º y 3º de este Título o en el Título IV, del Libro Tercero, todos del Código Tributario. Debe recordarse en este punto que era usual que los contribuyentes dedujeran recursos de protección en contra del Servicio de Impuestos Internos cuando el referido organismo los bloqueaba, con resultados no siempre favorables a la tesis de los contribuyentes.

b) Por otra parte, el inciso final de la norma en comento dispone:

“Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos en que ella proceda, no se podrá recurrir de conformidad a las normas de este Párrafo, por los mismos hechos”.

El real alcance de esta segunda limitación lo encontramos explicado en los siguientes considerandos de la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, de 30 de diciembre de 2008:

“Cuadragésimoséptimo: que, como se advierte, el inciso tercero de ambas normas señala que “interpuesta” una acción de protección “no se podrá” deducir la acción de amparo de derechos constitucionales que en ellas se consagra.

Cuadragésimoctavo: que dichos preceptos están de acuerdo con la constitución en cuanto la palabra “interpuesta” se entiende como “declarada admisible” la acción de protección presentada por parte de la Corte de Apelaciones respectiva, porque en caso contrario el o los afectados quedarían privados tanto de la acción de protección contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política como de aquellas que se consagran en los nuevos artículos 155 del Código Tributario y 129 K de la Ordenanza de Aduanas, lo que contravendría lo dispuesto en los artículos 19, Nº 3º, y 76 de la Carta Fundamental, que consagran el derecho a la acción como forma de iniciar el proceso”.

Como se observa, de acuerdo a la interpretación que el Excmo. Tribunal Constitucional ha dado a la palabra “interpuesta”—incluida en este procedimiento como también en el especial de reclamo por vulneración de derechos que se establece en la Ordenanza de Aduanas—, el alcance de la limitación es distinto al que resulta del significado gramatical de la palabra, puesto que, de acuerdo a este último, bastaría la acción y efecto de poner en conocimiento de la Corte de Apelaciones respectiva el recurso de protección—cualquiera que sea su destino— para que operare la limitación. En cambio, con el alcance que le otorga el Excmo. Tribunal Constitucional, para que opere la limitación será necesario que el recurso de protección sea declarado admisible. De este modo, si el recién mencionado recurso es declarado inadmisible, podrá accionarse por esta vía especial, no obstante haberse presentado anteriormente la acción de protección contemplada en el artículo 20 de la Carta.

Nada señala la normativa en comento sobre el efecto que produciría la interposición de la denominada acción de “amparo económico”, establecida

por la ley 18.971 para denunciar las infracciones al número 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Sin embargo, como aquella acción tiene un plazo de seis meses para ser interpuesta, contados desde que se hubiere producido la infracción, lo más probable es que, si primero se deduce la acción regulada por el Código Tributario, su tramitación ya se encontrará concluida antes de vencido el plazo para recurrir de amparo económico. Por el contrario, si primero se recurre de conformidad a la ley 18.971, lo más probable será que ya esté sobradamente cumplido el plazo para accionar conforme a la normativa del Código Tributario. Ahora bien, si ocurre lo primero, es decir, si el particular acciona conforme a la nueva normativa del Código Tributario y la sentencia le es desfavorable, no siempre se verá impedido de recurrir de amparo económico. Ello ocurrirá así por cuanto la ley 18.971 estableció una acción popular que puede ser deducida por cualquier persona -no sólo por quién tenga un interés personal y directo- ante la Corte de Apelaciones respectiva para denunciar las infracciones al derecho a desarrollar actividades económicas, en los términos establecidos en la señalada norma constitucional, y a fin de que la Corte investigue la infracción y resguarde el derecho reconocido en el antedicho numeral. De este modo, encontrándose vigente el plazo para accionar de amparo económico, lo resuelto por la sentencia que rechace la acción deducida en el procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos no sería obstáculo para la interposición de la acción de “amparo económico”, en tanto en cuanto no se dé la triple identidad de objeto pedido, causa de pedir y de identidad legal de partes en ambas acciones.

## 9. Tramitación de la acción

En virtud del inciso primero del artículo 156 del Código del ramo, presentada la acción, el Tribunal Tributario y Aduanero debe examinar si se interpuso en tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerla a tramitación.

De acuerdo a dicha norma podrán presentarse las siguientes alternativas:

**a) Que el Tribunal estime que su presentación ha sido extemporánea o que adolece de manifiesta falta de fundamento:**

En ese caso, el mismo inciso primero del artículo 156 establece que se declarará inadmisible a través de una resolución fundada.

No existe en la normativa en comento un recurso expreso que permita alzarse en contra de dicha resolución. Sin embargo, como de acuerdo al artículo 157: “En lo no establecido por este Párrafo, y en cuanto la naturaleza de la tramitación lo permita, se aplicarán las demás normas contenidas en el Título II de este Libro”, esto es, las normas del procedimiento general de reclamaciones, dicha resolución debería ser susceptible de los recursos previstos en el inciso 2º del artículo 139 del Código Tributario, esto es, reposición y apelación, en el plazo de quince días contados desde la respectiva notificación. De interponerse apelación, deberá hacerse siempre en subsidio de la reposición y procederá en el solo efecto devolutivo.

Hay que tener presente que conforme a lo dispuesto en el antedicho precepto legal este recurso de apelación se tramita en cuenta y en forma preferente.

Creemos que, en este caso, la remisión a las normas del procedimiento general de reclamaciones resulta procedente, por las siguientes razones: a. Por cuanto de no ser así estaríamos frente a una resolución respecto de la cual no procedería recurso alguno, o sea, se dictaría en única instancia y, consecuencialmente, podría estimarse que lesiona la garantía del debido proceso contenida en el inciso 5º del Nº 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental; b. Por cuanto se trata de una resolución que declara inadmisible el reclamo, que es precisamente una de las que pueden ser objeto de los recursos de reposición y de apelación subsidiaria previstos en el inciso 2º del artículo 139 del Código Tributario; c. Por cuanto se entiende que la naturaleza de la tramitación lo permite, ya que no se observa una contradicción entre la naturaleza, objetivos y estructura de este procedimiento y la procedencia de tales recursos.

**b) Que el Tribunal estime que su presentación ha sido en tiempo y con fundamentos suficientes:**

En esa situación la acción será acogida a tramitación y se otorgará traslado al servicio por diez días, según lo que dispone el inciso 2º del artículo 156. Sin embargo, no se establece sanción específica para el funcionario del servicio de impuestos internos que no informe dentro de plazo, más allá de que precluye la facultad de evacuar el traslado, ya que: “vencido este plazo, haya o no contestado el servicio, y existiendo hechos sustanciales y pertinentes controvertidos, se abrirá un término probatorio de diez días en

el cual las partes deberán rendir todas sus pruebas”. (Artículo 156, inciso segundo).

**c) En cuanto al traslado al Servicio de Impuestos Internos:**

La norma contenida en el inciso segundo del artículo 156 nada señala en relación al contenido del traslado, puesto que solamente se refiere al plazo con que cuenta el organismo para evacuarlo.

Sin embargo, como el artículo 157 señala que: “en lo no establecido por este párrafo, y en cuanto la naturaleza de la tramitación lo permita, se aplicarán las demás normas contenidas en el Título II de este Libro”, debemos aplicar a este traslado lo dispuesto en el artículo 132 del Código Tributario, cuyo inciso primero expresa: “La contestación del Servicio deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya, y las peticiones concretas que se someten a la decisión del Tribunal Tributario y Aduanero”.

En consecuencia, en nuestra opinión, el escrito del Servicio de Impuestos Internos mediante el cual se procede a evacuar el traslado, debería contener:

- Una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya;
- Las peticiones concretas que se someten a la decisión del Tribunal Tributario y Aduanero.

La notificación del traslado se efectuará por correo electrónico, a la dirección que el respectivo Director Regional registre ante el Tribunal Tributario y Aduanero de su jurisdicción, como consecuencia de la remisión que el artículo 157 realiza a las normas del procedimiento general de reclamaciones.

**d) Orden de no innovar. El inciso final del citado artículo 156 expresa que: “el tribunal podrá decretar orden de no innovar, en cualquier estado de la tramitación”.**

Por lo tanto, dicha orden de no innovar podría decretarse en la resolución que acoge a tramitación la acción o en la que sea dictada en forma posterior por el juez tributario y aduanero. (Las resoluciones que se dicten al respecto solamente serían susceptibles del recurso de reposición previsto en el

artículo 133 del Código del ramo, atendida la remisión que el artículo 157 realiza al Título II del Libro Tercero del mismo cuerpo de leyes).

**e) Recepción de la causa a prueba:**

El inciso segundo del artículo 156 establece que vencido el plazo de diez días del traslado conferido al servicio de impuestos internos, haya o no evacuado su informe, y existiendo hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, se abrirá un término probatorio de diez días.

El establecimiento de un período prueba es muy relevante, ya que generalmente no existe en este tipo de acciones cautelares.

Respecto de la forma y plazo para rendir la prueba testimonial y sus limitaciones, atendida la remisión que el nuevo texto hace a las normas pertinentes del mismo Código, se aplicará su artículo 132, en todo cuanto no sea incompatible con la normativa del nuevo artículo 156.

Así, por ejemplo, entendemos aplicable el nuevo inciso décimo del indicado artículo 132, según el cual: “Se admitirá, además, cualquier otro medio probatorio apto para producir fe”. En cambio, no sería aplicable la norma de su inciso 3º, que establece que el término probatorio es de veinte días, ya que en el procedimiento especial que analizamos la ley lo fijó en diez días.

**f) Régimen de apreciación de la prueba:**

La parte final del inciso segundo del artículo 156 dispone que el tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, se aplica el mismo régimen que el establecido para el procedimiento general de reclamaciones, en el que se introduce el sistema de apreciación de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Además, en lo que dice relación con la prueba, atendido lo dispuesto por el artículo 157, en lo no establecido por este Párrafo y en cuanto la naturaleza de la tramitación lo permita, se aplicarán las normas del Título II del Libro Tercero del Código Tributario relativas al procedimiento general de reclamaciones. Estimamos asimismo que, además de los medios de prueba previstos en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, se deberá admitir aquí: “cualquier otro medio probatorio apto para producir fe”, tal como establece el inciso décimo artículo 132 del Código del ramo, ubicado en el referido Título II.

**g) Notificación de las resoluciones del Tribunal Tributario y Aduanero:**

Teniendo presente la remisión que el artículo 157 hace a las normas del Título II del Libro Tercero, y no existiendo en el procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos normas relativas a las notificaciones, a nuestro juicio, deben aplicarse las disposiciones contenidas en el artículo 131 bis, ubicado dentro del referido Título II, tanto respecto de la regla general de notificaciones como de las excepcionales allí establecidas.

En consecuencia, las resoluciones que se dicten por el tribunal tributario y aduanero se notificarán de la siguiente manera:

- Regla General: se notificarán a las partes mediante la publicación de su texto íntegro en el sitio en Internet del Tribunal.
- Primera excepción: se notificarán por carta certificada al reclamante la sentencia definitiva, la resolución que recibe la causa a prueba, la resolución que declare inadmisible el reclamo o que haga imposible su continuación y aquellas que se dirijan a terceros ajenos al juicio.
- Segunda excepción: se notificará por correo electrónico, a Dirección, que el respectivo Director Regional deberá registrar ante el Tribunal Tributario y Aduanero, la resolución que le confiere traslado al Servicio de Impuestos Internos del reclamo deducido por el particular.

**h) Recursos en contra de las resoluciones del Tribunal Tributario y Aduanero:**

Atendida la remisión que el artículo 157 realiza a las normas del Título II del Libro III, la regla general será que las resoluciones que se dicten en este procedimiento serán susceptibles del recurso de reposición, mismo que se deberá interponer dentro del plazo de cinco días, contados desde la notificación correspondiente. Hacen excepción a dicha regla general las siguientes resoluciones:

a) La resolución que recibe la causa a prueba, respecto de la cual se podrán interponer los recursos de reposición y de apelación, dentro del plazo de cinco días, contados desde la correspondiente notificación. De interponerse apelación, deberá hacerse siempre en subsidio de la reposición y procederá en el solo efecto devolutivo. Dicho recurso de apelación se tramitará en cuenta y en forma preferente. Así lo establece el inciso 2º del artículo 132º del Código Tributario;

b) La resolución que declara inadmisible el reclamo. Como vimos respecto de dicha resolución, proceden los recursos de reposición y de apelación subsidiaria, dentro del plazo de quince días, contados desde la notificación correspondiente. Tal apelación se tramitará en cuenta y en forma preferente. Lo dicho resulta de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 139º del Código del ramo;

c) Las resoluciones que dispongan aclaraciones, agregaciones o rectificaciones al fallo dictado por el Juez Tributario y Aduanero. En este caso, el plazo para interponer el recurso será de quince días, contados desde la notificación correspondiente. Dicha apelación se tramitará en cuenta y en forma preferente. Lo dicho resulta de lo dispuesto en el inciso final del artículo 139º del Código Tributario.

**i) Sentencia:**

El inciso tercero del artículo 156 dispone que, vencido el probatorio, el juez tributario y aduanero dictará sentencia en un plazo de diez días.

La norma es bastante escueta y no precisa completamente cuál es el contenido que debe comprender la sentencia, pues sólo establece que: “El fallo contendrá todas las providencias que el Tribunal juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante, sin perjuicio de los derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Sin embargo, atendido que conforme al artículo 157 del Código del ramo, en lo no establecido por este Párrafo y en cuanto la naturaleza de la tramitación lo permita, “se aplicarán las demás normas contenidas en el Título II de este Libro”, debemos entender que la sentencia deberá cumplir con los siguientes requisitos:

a) Como de acuerdo al inciso 14º del artículo 132 el juez debe apreciar las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la sentencia debería expresar “las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en virtud de las cuales les asigna valor o las desestima”, tal cual lo ordena dicha norma. La sanción para la omisión de este requisito la veremos a continuación.

b) Por otra parte y en virtud del nuevo texto del artículo 144 del Código Tributario: “los fallos pronunciados por el tribunal tributario deberán ser

fundados”. De este modo, la sentencia que se dicte en este procedimiento deberá ser fundada. La sanción para la omisión de este requisito se establece en el mismo artículo 144, que nos dice:

“La omisión de este requisito, así como de los establecidos en el inciso decimocuarto del artículo 132, será corregida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140”.

A este efecto, el artículo 140 del mismo cuerpo de leyes expresa: “En contra de la sentencia de primera instancia no procederá el recurso de casación en la forma ni su anulación de oficio. **Los vicios en que se hubiere incurrido deberán ser corregidos por el Tribunal de Apelaciones que corresponda**”. (El destacado con negrilla es nuestro ).

c) Junto con los anteriores requisitos, el fallo deberá cumplir con los establecidos en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y con aquellos contemplados en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema, sobre la forma de las sentencias. De este modo, el fallo deberá contar con una parte expositiva, una considerativa y una resolutiva, teniendo en consideración las adecuaciones que corresponda efectuar teniendo en cuenta la naturaleza del procedimiento.

La condena en costas se regirá por lo dispuesto en los artículos 138 a 147 del Código de Procedimiento Civil.

Si el fallo acogiere la acción, las providencias que decrete para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante dependerán del caso de que se trate.

Así, por ejemplo, si la acción se interpone respecto de un acto del Servicio de Impuestos que ya produjo sus efectos o que aún los está produciendo, el juez tributario y aduanero debería ordenar que las cosas vuelvan al estado anterior al acto recurrido. Por el contrario, si fue interpuesto para evitar que se vulnere alguna de las garantías amparadas por el recurso, se debería ordenar al referido organismo que suspenda o que no ejecute el acto en contra del cual se accionó. Si se recurrió respecto de una omisión, se debería exigir al referido organismo que se pronuncie, resuelva o ejecute una acción, esto es, que proceda a actuar del modo que el ordenamiento jurídico ordena. (Por ejemplo: si recurrió en contra de la negativa de timbraje de documentos tributarios, se debería ordenar al organismo recurrido que timbre los documentos respectivos).

**j) Recursos en contra de la sentencia:**

El inciso cuarto del artículo 156 dispone que contra la sentencia sólo procederá el recurso de apelación para ante la Corte de Apelaciones que corresponda, vale decir, aquella en cuyo territorio tenga asiento el Tribunal Tributario y Aduanero que dictó la resolución apelada.

El plazo para recurrir de apelación, según dicha norma, es de quince días, término que, de acuerdo a la remisión que hace el artículo 157 a otras disposiciones del mismo Código, se contará desde la notificación de la sentencia. Se trata de un plazo de días hábiles, legal —por lo tanto fatal— e improrrogable.

**k) Tramitación del recurso de apelación:**

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 156, la Corte de Apelaciones conocerá del recurso en cuenta y en forma preferente, a menos que cualquiera de las partes, dentro del plazo de cinco días contados desde el ingreso de los autos en la secretaría de la Corte de Apelaciones, solicite alegatos.

Como puede observarse, el precepto en análisis establece una tramitación similar a la dispuesta para el recurso de apelación que se deduzca en contra de la sentencia dictada por el tribunal tributario y aduanero en el procedimiento general de reclamaciones, bastando la sola petición de alguna de las partes —dentro del referido plazo de cinco días— para que el recurso de apelación se deba conocer previa vista de la causa.

De no existir dicha petición dentro del señalado plazo, el Presidente de la Corte de Apelaciones debe ordenar dar cuenta del recurso de apelación, tal cual lo ordena el inciso 2º del artículo 143 del Código Tributario, aplicable en la especie en virtud de lo previsto en el artículo 157 del mismo cuerpo de leyes.

Conforme a la remisión dispuesta por el último precepto citado, resulta aplicable lo dispuesto en inciso final del artículo 143, según el cual: “En las apelaciones a que se refiere este Libro no será necesaria la comparecencia de las partes en segunda instancia”.

### I) Recursos en contra de la sentencia de la I. Corte de Apelaciones:

La normativa que comentamos no los establece en forma expresa. Se presenta, en consecuencia, la duda de si procede —o no— la interposición de los recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia pronunciada por la I. Corte de Apelaciones.

A este efecto pudiera pensarse que conforme a lo dispuesto en el nuevo artículo 157, que señala: “en lo no establecido por este párrafo, y en cuanto la naturaleza de la tramitación lo permita se aplicarán las demás normas contenidas en el Título II de este Libro”. Entre esas normas se encuentra el artículo 145, que permite interponer los recursos de casación en contra del fallo de segunda instancia que se pronuncie en el procedimiento regido por dicho Título, a saber, el Procedimiento General de Reclamaciones. Tal problemática de si proceden —o no— los recursos de casación presenta real importancia en lo que dice relación con la casación en el fondo, no así respecto de la casación en la forma, atendida la severa limitación de las causales de dicho recurso cuando aquél se interpone en juicios o reclamaciones regidas por leyes especiales, como lo es el Código Tributario.

En mi opinión, atendido que la remisión a la normativa del procedimiento general de reclamaciones resulta procedente sólo si la naturaleza de la tramitación lo permite, la procedencia o improcedencia de los recursos debe resolverse atendiendo a la naturaleza, finalidades y estructura del procedimiento de que se trata. En efecto aquí nos encontramos frente a un procedimiento cautelar de garantías constitucionales, totalmente diverso en cuanto a su naturaleza y finalidades al procedimiento general de reclamaciones. Lo que aquí se denuncia es una infracción al orden constitucional y lo que se busca es que las cosas vuelvan a su cauce normal, esto es, que se respeten las garantías constitucionales vulneradas, que se restablezca el derecho. Ello nada tiene que ver con la esfera propia de los juicios en que proceden los recursos de casación, esto es: a. Reclamaciones en las que se discuten situaciones tributarias de fondo, como la procedencia de gastos, costos, créditos fiscales o la justificación de desembolsos o inversiones, como es el procedimiento general de reclamaciones; b. Reclamaciones tributarias en las que se discute sobre delitos tributarios, como es el procedimiento general de aplicación de sanciones. Estos son los campos propios de la “infracción de ley”. De acuerdo a ello creemos que no cabría la interposición de los recursos de casación en este procedimiento especial, porque la finalidad que persigue la acción que analizamos es sustancialmente diferente a la de tales procedimientos de reclamaciones.

En estos últimos se declara por el sentenciador si una liquidación de impuestos se ajusta al derecho tributario de fondo o si está configurado un delito tributario. En cambio, en el procedimiento analizado se busca que el tribunal tributario y aduanero ordene “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante”, en caso de comprobarse la vulneración (infracción) de los derechos constitucionales que ampara esta acción. O sea, aquí nos encontramos con un procedimiento de tutela de garantías constitucionales que tiene una naturaleza similar a la del recurso de amparo o de protección, respecto de cuyas sentencias no proceden los recursos de casación.

La acción que se comenta constituye una forma especial de ejercer el control de la constitucionalidad sobre la actuación de un SII que vulneró o infringió ciertas garantías constitucionales del contribuyente. Por lo tanto, el tribunal habrá de analizar sustancialmente si el acto u omisión se ajustó o no a la Constitución y no si existe infracción de ley, como sería necesario para la procedencia del recurso de casación.

Recordemos que la casación en el fondo, en cambio, busca anular una sentencia dictada con infracción de ley y siempre que dicha infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, lo cual, como acabamos de explicar, no se condice con la situación que podría darse en los fallos recaídos en el procedimiento de tutela de derechos constitucionales, desde que el tribunal, para resolver la acción a la luz de los hechos constatados, debió aplicar directamente una norma de superior jerarquía, como es la propia Carta Fundamental. Reafirmalo expresado el criterio jurisprudencial de la Excm. Corte Suprema que —en general— no admite que los recursos de casación se funden en vulneración de normas constitucionales. Este criterio tiene sólidos fundamentos por cuanto la Constitución de 1980 —a diferencia de la Carta de 1925— permanentemente realiza la distinción entre estas dos fuentes del Derecho. Basta citar las dos normas básicas del Derecho Público Chileno, como son los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental para comprobarlo, pues allí se dice que:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella....” . (Artículo 6, inciso 1º).

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

Por otra parte, y para lograr su propósito de restablecimiento del derecho, los procedimientos cautelares —como el analizado— se caracterizan por ser breves y de urgente resolución, de modo que aceptar la procedencia de un recurso propio de juicios de lato conocimiento, como el recurso de casación, desvirtuaría totalmente dicha finalidad.

La circunstancia de que el procedimiento permita la rendición de prueba ante el Tribunal Tributario y Aduanero, no cambia la naturaleza y las características de esta acción cautelar, puesto que se trata de un término probatorio breve que no alterna la naturaleza del procedimiento.

No obsta a lo señalado lo dispuesto en el artículo 122 del Código Tributario, según el cual corresponde a la Corte Suprema el conocimiento de los recursos de casación en la forma y en el fondo que se deduzcan en contra de las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones, puesto que dicha competencia es: “en los casos en que ellas sean procedentes de conformidad al Código de Procedimiento Civil y a las disposiciones del presente Código”.

Por otra parte, el que no procedan recursos de casación en contra de la sentencia de segunda instancia: a. No afecta la garantía del debido proceso, ya que en este procedimiento cumple con los elementos que la jurisprudencia y la doctrina han señalado como componentes de aquel, incluso la posibilidad de revisar lo fallado en primera instancia por una instancia superior imparcial y objetiva; y b. No obsta a que el afectado pueda deducir el recurso de queja en contra del fallo de la Corte de Apelaciones, de darse los presupuestos del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales. Esa posibilidad siempre existe, ya que el conocimiento de dicho recurso se efectúa por la Corte Suprema en ejercicio de la superintendencia disciplinaria que ella ejerce sobre todos los tribunales de la Nación, según dispone el artículo 82 de la Constitución.

Por último, la revisión de los otros procedimientos del Código Tributario en que existen normas de remisión al procedimiento general de reclamaciones similares a la contenida en el artículo 157, nos lleva a confirmar la tesis de que no basta una norma de remisión a un procedimiento en que existen tales recursos, para concluir la procedencia de aquellos en un procedimiento en que no se han establecido expresamente. Así en el procedimiento general de aplicación de sanciones, su Nº 9 expresa que: “En lo no establecido por este artículo y en cuanto la naturaleza de la tramitación lo permita, se aplicarán las demás normas contenidas en el Título II de este Libro”. Dicha norma se establece cuando ya estaba decidida la procedencia de tales recursos. Así el

inciso segundo del Nº 5 del artículo 161 dispone: “En contra de la sentencia de segunda instancia, procederán los recursos de casación en conformidad al artículo 145”.

O sea: el legislador primero se refiere a lo relativo a los recursos de casación, soluciona el tema señalando la procedencia de aquellos. Posteriormente, ya resuelto el tema en comento, se refiere a las normas supletorias. Creemos que lo hace así por cuanto entiende que lo referente a tales recursos extraordinarios en contra de una sentencia de segunda instancia no puede quedar sujeto solamente a las solas normas de remisión. En los procedimientos especiales para la aplicación de ciertas multas, previstos en el artículo 165 del Código del ramo, ocurre alego similar. Así en su Nº 6 se contiene una disposición similar de remisión a las normas del procedimiento general de reclamaciones. Ello se hace por el legislador cuando ya estaba decidido el tema de la improcedencia de los recursos de casación en dichos procedimientos especiales. En efecto, el inciso 3º del número 5 expresa: “En contra de la sentencia de segunda instancia no procederán los recursos de casación en la forma y en el fondo”. O sea: primero trata el tema de la improcedencia de los recursos de casación y definido aquello se contiene la norma de remisión. No es de extrañar, además, que en este último procedimiento el legislador haya establecido que no son procedentes los recursos de casación, por cuanto también se trata de un procedimiento breve y concentrado.

En cambio, en el procedimiento que estudiamos, sólo existe la norma de remisión y ninguna norma relativa a la procedencia o improcedencia de los recursos de casación, por lo que —sumado a lo antes dicho— nos inclinamos por la improcedencia de aquellos.

Siendo esta nuestra opinión será, en definitiva, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema la que determinará si proceden o no los recursos de casación en este procedimiento de vulneración de derechos y en el idéntico establecido en la Ordenanza de Aduanas.

Con posterioridad al cierre de este trabajo, hemos podido conocer la existencia de una sentencia de la Excma. Corte Suprema que confirma nuestra tesis. Esta es de fecha 9 de enero de 2014 (Rol 13.181-2013). En esta, la Excma. Corte estima que adolece de manifiesta falta de fundamento por qué el procedimiento al cual se ha recurrido resulta improcedente, desde que su naturaleza es meramente cautelar.

### **m) Normas supletorias:**

Las normas supletorias se contienen en nuevo texto del artículo 157 del Código Tributario, el que dispone:

“En lo no establecido por este Párrafo, y en cuanto la naturaleza de la tramitación lo permita, se aplicarán las demás normas contenidas en el Título II de este Libro. En todo caso, el solicitante podrá comparecer sin patrocinio de abogado”.

A este respecto hay que tener presente que las normas supletorias son las correspondientes al procedimiento general de reclamaciones comprendido en los artículos 123 a 148 del Código del ramo y ellas se aplicarán sólo en cuanto la naturaleza de la tramitación del procedimiento de reclamo por vulneración de derechos lo permita.

## **IV. CONCLUSIONES**

El establecimiento de esta nueva acción aparece como muy positiva, a lo menos desde el punto de vista teórico, ya que se crea una garantía a favor de los particulares (contribuyentes) frente a infracciones a algunos de sus derechos fundamentales y de la cual conocerá un órgano jurisdiccional especializado. Una opinión definitiva sobre la bondad de esta acción sólo podrá darse teniendo en cuenta la jurisprudencia que resulte de la práctica de su ejercicio. Será ella la que, en los próximos años, nos demostrará si este mecanismo se transforma en una herramienta efectiva para la protección de las garantías constitucionales de los particulares frente al Servicio de Impuestos Internos. Esperamos que ello ocurra atendida la especialización técnica del órgano que conocerá de este procedimiento cautelar especial, por cuanto dejará de ser un obstáculo la particularidad y complejidad que presentaba para los tribunales ordinarios de justicia el conocimiento de una acción relacionada con materias tributarias, circunstancia que muchas veces llevó al rechazo de recursos de protección fundados en asuntos de esa naturaleza. Cerrado este trabajo, se ha podido determinar la existencia de dos fenómenos: 1. Que un gran número de acciones han terminado con el desistimiento, lo que —entendemos— se ha producido porque se ha cumplido con los objetivos de la misma, al ser conocida ella por parte del Servicio de Impuestos Internos; 2. Que pocas acciones han sido acogidas. El primer fallo acoge la acción por infracción al número 21 del

artículo 19 de la Carta Fundamental, calificando como arbitraria y carente de fundamentación racional el bloqueo del timbreo de boletas a la persona afectada por dicha medida, fallo de 18 de noviembre de 2013 del Tribunal Tributario y Aduanero del Biobío, RIT VD-10-00155-2013. Se trataba de una persona natural bloqueada por deudas de la sociedad que representaba. El segundo fallo, del mismo Tribunal, se dictó el 24 de diciembre de 2013, RIT VD-10-00160-2013, también por infracción al número 21 del artículo 19, por cuanto se mantenía a un contribuyente en el listado de “no condonables” por situaciones no descritas por la ley, obligándole a realizar término de giro. El último fallo que conocemos se dictó por el desconocimiento del régimen especial del artículo 14 quáter de la Ley de la Renta, infracción al número 22 del artículo 19 de la Constitución Política, sentencia de 31 de enero de 2014 del Primer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana. RIT VD-15-00430-2013.

Para terminar, cabe consignar una diferencia formal entre esta nueva acción y el recurso de protección de derechos constitucionales establecido en el artículo 20 de la Carta Fundamental. Nos referimos a la circunstancia de que el nuevo procedimiento establecido por los artículos 155, 156 y 157 del Código Tributario no exige que la acción u omisión del servicio sea “arbitrario o ilegal”, como lo establece el referido artículo 20 de la Constitución Política. Por lo dicho, cabe preguntarse: ¿para la procedencia de esta nueva acción bastaría la mera constatación de la vulneración de las garantías constitucionales de que se trata? Estimamos que la ley 20.322, al requerir que los derechos constitucionales que garantiza deben encontrarse vulnerados por la acción u omisión del servicio de impuestos internos, implícitamente está exigiendo que dicha acción u omisión transgreda, quebrante o viole el ordenamiento jurídico, ya sea por la vía de infringir la legalidad, ya por haber actuado en forma irracional o por mero capricho, de modo que la exigencia de la ilegalidad o arbitrariedad de la acción u omisión de que se trate estaría implícitamente incorporada en las normas analizadas.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA:

Evans de la Cuadra, Enrique (2004). *Los Derechos Constitucionales*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Figueroa Valdés, Juan (1985). *Las Garantías Constitucionales del Contribuyente en la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Spisso, Rodolfo R. (1991). *Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.



## **EL RECLAMO EXPROPIATORIO Y SUS NUEVAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES**

## **THE CLAIM AGAINST EXPROPRIATION AND ITS NEW DOGMATIC AND JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVES**

**JOSÉ FERNÁNDEZ RICHARD<sup>1</sup>**

**Resumen:** en el presente artículo, se revisan las principales acciones vinculadas con la expropiación, a la luz de la jurisprudencia de los tribunales de justicia.

**Palabras clave:** expropiación. Indemnización. Reclamo expropiatorio. Jurisprudencia.

**Summary:** the present article reviews the principal actions related to expropriation in the light of the precedents of the Courts of Justice.

**Key words:** expropriation. Compensation. Expropriatory claim. Jurisprudence.

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Municipal y Urbanístico, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo Universidad Pedro de Valdivia. Ex abogado Jefe Municipalidad de Santiago. Ex abogado Integrante Corte Suprema.

## I. GENERALIDADES

Antes de adentrarnos en la protección jurídica que dispensa el reclamo expropiatorio, es menester decir algunas palabras sobre la expropiación misma.

Después de lo anterior, tenemos que empezar por definirla como “el acto administrativo en virtud del cual se priva a una persona del bien de su dominio, siempre que medie una calificación por la Ley General o especial en la cual se declare la utilidad pública o el interés nacional, reconociéndose en todo caso el derecho a indemnización del propietario”<sup>2</sup>.

Según el Diccionario de la Lengua Española, la acepción expropiar consiste en “privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización. Se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previsto en las leyes”<sup>3</sup>.

De lo anterior, derivamos que el acto expropiatorio constituye un acto administrativo, que tiene por fundamento la función social de la propiedad, reconociéndose en nuestro máximo texto positivo —art. 19 Nº 24 de la Constitución Política— que el derecho de propiedad esté limitado por la función social, lo que constituye un elemento del concepto contemporáneo del derecho de propiedad, que supera la idea liberal decimonónica, contenida especialmente en el Código Civil francés de 1804<sup>4</sup>.

La función social permite el encauzamiento del derecho de propiedad, no se opone al derecho individual y constituye un concepto dinámico, cuyos pilares son la utilidad pública y los intereses generales de la Nación<sup>5</sup>.

Ahora bien, el acto expropiatorio, como acto administrativo que lo es, se encuentra afecto a la impugnabilidad o recurribilidad, a fin de garantizar los derechos de los afectados<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica.

<sup>3</sup> Diccionario de la Lengua Española. 22<sup>a</sup> edición, pág. 693.

<sup>4</sup> Doctrina Constitucional de la Presidencia de don Eduardo Frei Ruiz-Tagle. Segundo Tomo. División Jurídica. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Año 2000, pág. 20 y siguientes.

<sup>5</sup> Ob. citada. Tomo II, págs. 21, 22, 23, 24 y 25.

<sup>6</sup> Caldera Delgado, Hugo (1981). *El acto administrativo, legalidad, efectos e impugnación*. Santiago: Edit. Jurídica, pág. 90 y siguientes.

Concretamente, en nuestra Carta Fundamental, tal reclamación se encuentra reconocida en el artículo 19 Nº 24 inciso 3º de la Constitución Política, al expresar: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de la Ley General o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los Tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, lo que se fijará de común acuerdo o su sentencia dictada conforme a derechos por dichos tribunales”<sup>7,8</sup>.

Igualmente y en concordancia con la Carta Fundamental, la procedencia del reclamo del expropiado se encuentra contemplada en la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, contenida en el Decreto Ley Nº 2.186 del 9 de junio de 1978, que en su artículo 38 señala que por indemnización “debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma”.

## **II. EL RECLAMO EXPROPIATORIO. CONCEPTO. LAS DIVERSAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN**

### **1. Concepto**

Sentados precedentemente los principios básicos en materia de expropiación y su impugnabilidad, corresponde analizar en particular el “reclamo expropiatorio”.

Lo podríamos definir como la acción que le corresponde deducir al expropiado ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, a fin de obtener la revisión judicial del acto expropiatorio, ya sea en cuanto a la legalidad del mismo o en relación a la determinación del daño patrimonial efectivamente

<sup>7</sup> Véase Gaceta Jurídica, año 2005. Enero. Nº 295, págs. 7 y siguientes. “La completa reparación patrimonial por expropiación en la Constitución Política” por Juan Manuel Reveco del Villar.

<sup>8</sup> Véase Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado. Agosto 2001. “Algunas consideraciones acerca de las acciones de reclamación y expropiación”, pág. 31 y siguientes.

causado por la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma.

En esta definición que intentamos, nos ceñimos a los términos del art. 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, que al referirse al reclamo alude al “expropiado”. Hacemos esta salvedad, ya que algunos autores señalan que también excepcionalmente podrían accionar el ente expropiante, esto es el Fisco de Chile, “en el evento de que considerara que el monto provisoriamente fijado a los efectos de la expropiación fuere exagerado o comprendiere un concepto que en verdad no se viera afectado por la expropiación”<sup>9</sup>.

El fundamento del reclamo expropiatorio que consagra el constituyente en el art. 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, tiene por objeto final dejar totalmente indemne al propietario expropiado, y ello se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones — Decreto— Ley 2186 de 9 de junio de 1978 y en la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, como veremos más adelante.

¿Cuál es el ámbito de la indemnización a que se refiere el reclamo expropiatorio? Estimamos que por regla general los elementos constitutivos de la indemnización de perjuicios son el daño emergente y el lucro cesante<sup>10</sup>. Parecería un tanto discutible que la indemnización pudiere abarcar al lucro cesante, pero estimamos al respecto que si se logra acreditar fehacientemente que el expropiado dejará de ganar en forma cierta una suma de dinero, al verse privado del bien de su dominio con motivo de la expropiación, se establecería que ello constituye un daño efectivamente causado, en los términos a que se refiere el art. 19 Nº 24 de la Constitución Política<sup>11 12</sup>.

Siguiendo en esta línea de pensamiento, diremos que sólo son indemnizables los perjuicios directos. Así lo expresa el art. 38 del D.L. 2186, el que señala, aparte de lo dicho por el constituyente, que el monto de la indemnización

<sup>9</sup> Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado. Cristóbal Peña Mardones, págs. 31º y siguientes. Agosto 2001.

<sup>10</sup> Ver art. 1556 Código Civil.

<sup>11</sup> Ver Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho Civil Segundo Año*, Primera Parte, Teoría de las obligaciones. Santiago 1934 pág. 94.

<sup>12</sup> Ver intervenciones de Evans, Ovalle y Silva Bascuñán y Ortúzar, durante 167 sesión Comisión Constituyente.

debe responder a todo aquello “que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma (de la expropiación)”<sup>13</sup>.

Tampoco pueden ser objeto del reclamo expropiatorio los daños morales que pudiere sufrir el expropiado, ya que no emanan directamente de la pérdida del dominio del bien. Ello quedó suficientemente claro en las actas de las sesiones de la Comisión Constituyente<sup>14</sup>, al decirse que “al hablarse del daño patrimonial lo que se busca es excluir el daño moral”, según lo expresó el comisionado Jaime Guzmán Errázuriz.

En suma, el objetivo del reclamo expropiatorio en cuanto a la indemnización, debe ser el daño patrimonial efectivamente causado; como acertadamente dijera don Alejandro Silva Bascuñán, debe existir “la vinculación causal entre la expropiación y el daño sufrido”<sup>15</sup>.

Nos referiremos a continuación a las acciones de reclamación, ya que para cada uno de los derechos del expropiado la ley ha señalado una forma especial de reclamar judicialmente.

## 2. Las diversas acciones de reclamación

La ley establece diversas acciones específicas para que el expropiado haga valer sus derechos.

Es útil destacar que cualquiera que sea la materia debatida entre el ente expropiante y el expropiado, serán los Tribunales Ordinarios de Justicia, la única autoridad llamada a conocer y resolver la controversia, atendido lo prescrito en el art. 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República.

Nos referiremos a continuación a diversos reclamos en materia de expropiaciones.

- a) **Reclamo expropiatorio por ilegalidad del acto.** A él se refiere el art. 9º del Decreto Ley 2.186. Esta acción pretende dejar sin efecto el acto expropiatorio como acto administrativo, ya sea porque existe alguna norma que impida

<sup>13</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo. *Derecho Civil. Segundo Año. Teoría de las obligaciones*, págs. 94 y 95. Santiago. Año 1934. “La regla general es que se deban los perjuicios directos. Los indirectos no se abonan nunca”.

<sup>14</sup> Sesión 167<sup>a</sup> 18-11-1975 pág. 25.

<sup>15</sup> Sesión 167<sup>a</sup> 18-11-1975 pág. 20.

la expropiación del bien, o porque no concurre la causal legal invocada en el acto expropiatorio en el caso específico de que se trata.

- b) **Reclamo en que se solicita expropiación total.** Este reclamo contemplado en el art. 9 “b” del DL. 2186, permite al propietario que fue expropiado parcialmente, impetrar la expropiación total del bien, cuando el resto del predio no afecto a expropiación, carece por sí solo de significación económica o se hace imposible su aprovechamiento o explotación.
- c) **Reclamo expropiatorio en cuanto a la forma y condiciones de pago de la indemnización.** Lo contempla el art. 9º del D.L. 2186. Este reclamo ha perdido vigencia, pues las indemnizaciones deben pagarse siempre al contado y en dinero efectivo, según lo prescribe el art. 19 Nº 24 de la Carta Fundamental.
- d) **Reclamo expropiatorio en contra del monto provisoriamente consignado para expropiar.** Este es el caso de más ordinaria ocurrencia. La acción correspondiente se encuentra contemplada en los arts. 12, 13 y 14 del D.L. 2186. En este caso se discute a cuánto asciende la reparación del daño patrimonial efectivamente ocasionado al expropiado y que sea una concurrencia directa de la expropiación, según lo prescrito en el art. 38 del D.L. 2186. Se ha discutido acerca de si esta regla del art. 38 mencionado se encuentra vigente. Creemos que sí, ya que el Acta Constitucional Nº 3 de 1976, antecesora de la actual norma constitucional, del art. 19 Nº 24, contenía el mismo concepto que se consagró en el precepto constitucional, y que la norma del art. 38 del DL 2186 se dictó teniendo a la vista una definición que era idéntica a la que hoy se encuentra vigente.

Tratándose de esta reclamación, es donde se han ido produciendo las mayores controversias jurídicas, que han sido resueltas por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, como veremos más adelante.

Cabe señalar que la acción de que se trata se encuentra reglada en los arts. 12, 13 y 14 del D.L. 2186. Sobre esta materia han existido dos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema, que indican el carácter contencioso del procedimiento, y a los cuales nos referiremos más adelante.

De lo anterior se infiere que la acción de reclamación constituye en este caso una verdadera demanda, que debe cumplir con los requisitos del art. 254 del Código de Procedimiento Civil y los propios del art. 14 del D.L. 2186. En estos casos existe un término probatorio similar al de los incidentes; se pueden emplear los medios probatorios que señala el Título XI del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Existe jurisprudencia que señala las limitaciones que tiene la deposición de testigos, en cuanto no pueden referirse a apreciaciones y opiniones que corresponda formalizarla a los peritos, en atención a sus conocimientos técnicos o científicos. La sentencia definitiva es apelable y en contra de la que dicte el Tribunal de Alzada, proceden los recursos de casación de forma y de fondo.

- e) **Reclamo por desistimiento del acto expropiatorio.** Estas acciones se tramitan en juicio sumario conforme a lo previsto en el art. 36 del D.L. 2186.
- f) **Acción incidental de reclamación de terceros cuyos derechos son afectados por la expropiación.** Este reclamo no busca obtener la indemnización por la expropiación de un bien determinado, pero sí pretende obtener una indemnización adicional por los perjuicios que la expropiación ocasiona a los Titulares de derechos personales constituidos sobre el predio, y que se extinguen por la expropiación.
- g) **Reclamación de terceros preferentes o excluyentes sobre la indemnización.** El procedimiento se establece en el art. 27 del D.L. 2186 que regula las acciones que ese mismo cuerpo legal concede en los arts. 23, 24 y 25.
- h) **Acciones de reclamación de terceros sobre la indemnización.** Aquí se trata de acciones cuyos titulares son terceros que cuentan con derechos sobre el bien expropiado o que revisten la calidad de acreedores del sujeto afectado por la expropiación y que, por consiguiente, hacen efectivos sus derechos sobre el monto de la misma indemnización.

Finalmente diremos que todos los reclamos a que se refiere el art. 9º del Decreto Ley 2186, entre los cuales se encuentra la reclamación en contra del monto provisional consignado para la expropiación, se tramitan conforme a las reglas del juicio sumario, procediendo rendir toda clase de pruebas, entre las cuales se destaca la pericial<sup>16 17</sup>.

<sup>16</sup> Sobre la materia ver “Procedimientos Judiciales vinculados con las expropiaciones decretadas por el MOP”. Sylvia Morales Gana. Revista Derecho. Julio 2000. Nº 1 pág. 82 y siguientes Consejo Defensa del Estado.

<sup>17</sup> Ver, además, Cristóbal Pena, “Las acciones de reclamación por expropiación”. Revista Derecho. Agosto 2001. C. Defensa Estado Nos. 31 y siguientes.

### **III. PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS EN MATERIA DE EXPROPIACIÓN Y SU RECLAMACIÓN**

La tendencia moderna del Derecho en materia de propiedad, es asignarle una función social, que se fundamenta en las necesidades de la comunidad. Nos estamos refiriendo a las demandas materiales y espirituales de los grupos humanos que la componen y que se traducen en las decisiones de ordenación territorial, contempladas en los Planes Reguladores, comprendiendo la localización de los elementos urbanos, vías públicas, áreas verdes, ancho de las calzadas, altura de las construcciones y las limitaciones que todas esas normas conllevan, especialmente en lo relativo al uso del suelo, destino de sus construcciones y líneas de edificación. Toda esta regulación, que importa una limitación al ejercicio del dominio sobre un inmueble, se supone que se basa en una política nacional, regional y comunal de desarrollo socio-económico. Así al menos lo expresa el legislador<sup>18</sup>.

En nuestro país, la propia Contraloría General de la República se ha encargado de destacar que la “finalidad de las obras de urbanización es pues, de orden público, persigue el bien común y habilita un uso general de la población”<sup>19</sup>.

Es así que la noción clásica del Derecho de propiedad, en los términos definidos por el art. 582 de nuestro Código Civil, inspirado a su vez en el Código Civil francés, con el tiempo ha ido cediendo paso a la moderna teoría sobre la función social de la propiedad.

De tal forma el constituyente, por una parte, en el numeral 24 del art. 19 de la Carta Fundamental, eleva el derecho de propiedad a la categoría de garantía constitucional y, por otra parte, hace hincapié en la función social que ella reviste y en las limitaciones que en virtud de ello le afectan.

En tal sentido se ha dicho que la propiedad ya no constituye de por sí un título que permita actuar absoluta, limitada y arbitrariamente sobre un conjunto de bienes, sino una situación jurídica que se perfecciona a través

<sup>18</sup> Ver art. 27 inciso 1º de la Ley General de Urbanismo y Construcciones DFL 458.

<sup>19</sup> Dictámenes 44.451 año 1980 y 28.870 año 1985.

de un procedimiento sucesivo de actuaciones públicas y privadas que tienen su origen en el plan de urbanismo<sup>20</sup>.

En ese contexto y con la finalidad de cumplir y hacer cumplir los instrumentos de planificación territorial, es que se justifica la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, en los términos que establece el art. 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, concepto que a su vez se encuentra plasmado en los arts. 3 letra b) y 33 de la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades y art. 59 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones DFL 458.

Al respecto, debe señalarse que si bien se justifican por las razones antedichas las expropiaciones<sup>21</sup>, el constituyente de 1980, siguiendo la tendencia moderna vigente en los países democráticos que viven bajo el imperio del derecho, ha robustecido el concepto del reclamo expropiatorio, ampliándolo en términos que no se conocía en la Constitución de 1925 y menos después de la reforma del año 1971.

Es así que los conceptos contenidos en el art. 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, reflejados también en la Ley Orgánica Constitucional de expropiaciones —Decreto Ley 2.186—, aseguran mediante el ejercicio del reclamo expropiatorio, que la indemnización expropiatoria comprenderá la reparación pecuniaria total del daño patrimonial efectivamente causado, comprendiendo el daño emergente, el lucro cesante, los perjuicios directos y previstos de modo de dejar patrimonialmente indemne al afectado, con la reserva que señala Enrique Evans<sup>22</sup>, de “jamás beneficiarlo con una utilidad adicional que constituiría un enriquecimiento sin causa”.

De tal forma podemos concluir que la existencia constitucional y legal del reclamo expropiatorio, constituye en las legislaciones modernas, el justo contrapeso y equilibrio a la labor ordenadora del suelo, que realizan los instrumentos de planificación territorial para llevar a cabo en la práctica, la función social de la propiedad.

<sup>20</sup> Doctrina Constitucional Presidente E. Frei Ruiz Tagle. Div. Jurídica Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Segundo Tomo pág. 37. Santiago, febrero 2000.

<sup>21</sup> Fernández Richard, José y Holmes S., Felipe (2008). *Derecho Urbanístico Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, pág. 189 y siguientes.

<sup>22</sup> Evans de la Cuadra, Enrique (1986). *Los Derechos Constitucionales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, pág. 384 y siguientes.

Sin este contrapeso, ejercido en un procedimiento por lo general sumario, por consiguiente expedito, el afectado se encontraría desprotegido en sus derechos<sup>23</sup>.

#### **IV. JURISPRUDENCIA DE INTERÉS EN MATERIA DE EXPROPIACIÓN Y EJERCICIO DEL RECLAMO EXPROPIATORIO**

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los altos Tribunales de Justicia, en especial la Excmo. Corte Suprema, en materia del ejercicio de los derechos fundamentales y del reclamo expropiatorio, se ha uniformado en los siguientes puntos, que expresaremos a continuación:

##### **1. Tribunal Constitucional**

- a) Sobre la función social de la propiedad<sup>24</sup>

“46. Que, tampoco este precepto vulnera el artículo 19 Nº 24 inciso 2º de la Constitución, en cuanto si bien este inciso dispone la posibilidad de limitaciones al derecho de propiedad, lo permite solamente en la medida que deriven de su función social...”.

- b) Sobre que sólo por ley pueden establecerse limitaciones y obligaciones de la propiedad, que deriven de su función social<sup>25</sup>

“17. Que del texto expresa de la disposición del artículo 19 Nº 24, de la Carta Fundamental, se desprende con toda claridad que solamente el legislador puede determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”<sup>26</sup>.

- c) Sobre “privación del dominio”

“19. ...no sólo se produce privación del dominio cuando se le despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades, sino, también,

<sup>23</sup> Es interesante señalar que la ordenación del territorio es definido por la Carta Europea de Ordenamiento Territorial, de 20 de mayo de 2983, como “la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad”.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional Rol 226 año 1995.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional. Rol 146 año 1992.

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional Rol 334 año 2003.

cuento ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho...”.

- d) Creación de facultades públicas es materia de reserva legal

Esta jurisprudencia excluye la posibilidad de que ellas sean creadas por normas de nivel reglamentario<sup>27</sup>.

- e) Sobre contenido esencial de un Derecho<sup>28</sup>

Se explicita cuando un derecho es afectado en su esencia.

- f) Disposiciones legales indeterminadas o ambiguas son inconstitucionales<sup>29 30</sup>

“SE DECLARA: 1º Que las siguientes expresiones comprendidas en el artículo 1º del proyecto que modifica la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades son inconstitucionales y deben eliminarse de su texto:  
a) “entre otras” contenida en el encabezamiento del artículo 17, que se modifica por el N° 8” b) “entre otras” contenidas en el encabezamiento del inciso segundo, que se reemplaza, y en el inciso tercero, que se agrega, es el artículo 18, por el 8º”.

- g) Art. 4º transitorio Ley 18.775 no produce efectos contrarios a la Constitución de 1980

El artículo 4º transitorio de la Ley 18.775 Ley Orgánica del SAG que faculta al Servicio de Tesorería para emitir bonos a fin de pagar las indemnizaciones pendientes por expropiaciones de las Leyes 15.020 y 16.648, no produce efectos contrarios a la Constitución de 1980 (existe disidencia del ministro Raúl Bertelsen). Sentencia 11 marzo 2008. Rol 552.2006.

## 2. Excma. Corte Suprema

- a) Sobre la prescripción extintiva en relación al reclamo expropiatorio

**Doctrina:** Habiendo quedado perfeccionado el acto expropiatorio, en los términos que reconocía el ordenamiento constitucional y legal vigente al tiempo de producirse, la expropiada quedó en situación de demandar su

<sup>27</sup> Tribunal Constitución. Rol 276 año 1998; Rol 379 año 2003; Rol 245 año 1996; Rol 370 año 2103; Rol 379 año 2003.

<sup>28</sup> Tribunal Constitucional. Rol 43 de 24 de febrero de 1987.

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional. Rol 284 año 1999-Tribunal Constitucional. Rol 370 año 2003.

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional. Rol 552-2006 fallo 11 marzo 2008.

pago; de manera que al no hacerlo y habiendo transcurrido más de quince años, sin haberse ejercitado la correspondiente acción, han operado las normas de prescripción del Código Civil<sup>31 32 33</sup>.

b) **Sobre alcance de voz indemnización**

**Doctrina:** No hay normas de orden constitucional o legal infringidas por los jueces del fondo, ya que han dado el correcto sentido y alcance a la norma del art. 38 del DL N° 2.186 que entiende la voz “indemnización” como el daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma<sup>34 35 36</sup>.

c) **La indemnización alcance del art. 38 del D.L. 2186 al referirse a ella**

“Esta Corte en reiteradas oportunidades ha señalado que la indemnización, tratándose de una expropiación, se encuentra legalmente definida en el art. 38 del D.L. 2186, la que se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma. De ahí resulta que la referida indemnización no puede incluir el lucro cesante ni el daño futuro, como pretende el recurrente, por lo que se rechaza la casación de fondo”<sup>37</sup>.

d) **Procedimiento del acto reclamatorio de expropiación del D.L. 2186 es contencioso**

“Este procedimiento es contencioso, como puede observarse de lo establecido en el artículo 14 del cuerpo legal citado, pues después de disponer que el reclamante indicara el monto en que estima la indemnización y designe un perito para que la avalúe, agrega que la “contraparte” dispondrá del plazo para exponer lo que estime conveniente a sus derechos y para designar a su vez un perito”<sup>38 39</sup>.

<sup>31</sup> Corte Suprema.Causa Rol 16.004.Sentencia 6 de julio 1993. Considerando 8º.

<sup>32</sup> Ver además Peñailillo, Daniel (1995). *La expropiación ante el Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. N° 21, pág. 100.

<sup>33</sup> Ver, además, Gaceta Jurídica N° 157 año 1993 pág. 47 y siguientes, que reproduce fallo Corte Suprema sobre la materia.

<sup>34</sup> Corte Suprema. Cas. Fondo. Sentencia 7 diciembre 1999 Rol 989-99.

<sup>35</sup> Ver, además, Gaceta Jurídica año 1999 N° 234, pág. 45 y siguientes.

<sup>36</sup> Véase RDJ T. 60 Secc. 1ª pág. 333; R.O.J.T. 60 Secc. 1ª, pág. 392; RDJ T. 71 Secc. 1ª pág. 137.

<sup>37</sup> Corte Suprema. Sentencia de 30 de diciembre de 1998, reproducida por Cristóbal Peña M. en Revista de Derecho C. de Defensa del Estado en *Algunas consideraciones acerca de las acciones de reclamación por expropiación*. Agosto 2001, pág. 31 y siguientes.

<sup>38</sup> Corte Suprema fallo 19 de agosto 1999 Revista C. Defensa, pág. 50 año 2001.

<sup>39</sup> Ver, además, Corte Suprema 30 agosto 2000 Revista C. Defensa, pág. 50 año 2001.

- e) **Recurso de inaplicabilidad de una frase del artículo 38 del D.L. 2186 en que se refiere a que el perjuicio “sea una consecuencia directa e inmediata de la misma”**

La Corte Suprema declaró inadmisible dicho recurso, ya que el término “precepto” que emplea el art. 8º de la Constitución Política es indicativo de una norma o artículo de un cuerpo legal y no de una parte de la misma<sup>40 41</sup>.

- f) **Corte de Apelaciones no puede aumentar el monto de la indemnización, a menos que desarrolle razonablemente los motivos para hacerlo**

**Doctrina:** Para que la Corte de Apelaciones decidiera en la forma en que lo hizo, confirmando y elevando el monto de la indemnización, era preciso que desarrollara razonadamente los motivos por los cuales se efectuaba tal aumento, ya que su ausencia hace que la decisión parezca provenir del mero arbitrio<sup>42 43</sup>.

- g) **No procede indemnizar respecto del supuesto perjuicio por supuesta depreciación del terreno que permanece en el patrimonio del afectado a raíz de una expropiación**

**Doctrina:** Debe indemnizarse por aquello de que es privado el expropiado, y bajo ninguna circunstancia por aquello de que no se le priva y que permanece en su patrimonio. La supuesta depreciación del terreno que permanece, en poder del afectado no configura la situación prevista en el art. 38 del D. L. 2186<sup>44</sup>.

- h) **Prohibición de edificar en una franja de terreno, luego de un proceso de expropiación, no es indemnizable**

**Doctrina:** Estas limitaciones provenientes de disposiciones legales anteriores al acto expropiatorio, se reducen a limitaciones del uso del terreno y se relacionan con la posibilidad de edificar y no con otros usos posibles, por lo cual no constituyen efectivamente un daño, que sea consecuencia directa o inmediata del acto expropiatorio, sino sólo con efecto mediato, indirecto y colateral, que no es indemnizable<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Corte Suprema. Sociedad Agrícola El Castillo S.A. Recurso de inaplicabilidad fallo de 15 de septiembre del 2000.

<sup>41</sup> Ver, además, Revista de Derecho Consejo Defensa del Estado. Año 2001, pág. 235 y siguientes.

<sup>42</sup> Corte Suprema Rol 2655-01. Sentencia 4 junio 2002.

<sup>43</sup> Ver, además, Revista Consejo Defensa del Estado, año 2002, pág. 192.

<sup>44</sup> Corte Suprema. Fallo 26 mayo 2005. Considerandos 26, 27 y 28. Gaceta Jurídica, año 2005, págs. 87 y siguientes.

<sup>45</sup> Corte Suprema. Causa Rol 3828-04. Considerando 33.

i) **Determinación de intereses, debe entenderse desde la toma de posesión material. Sentencia que establece cálculo de intereses a partir de fecha que sentencia quede ejecutoriada, incurre en error de Derecho**

**Doctrina:** En cuanto a los intereses que se han pedido y otorgado en primer grado, procede concederlos desde la fecha de toma de posesión material del bien expropiado y hasta la de pago efectivo, pero en relación con la diferencia que resulte entre lo otorgado y lo consignado como indemnización provisional<sup>46</sup>.

Con todo lo anteriormente expuesto, el autor de este trabajo espera haber contribuido en algo el análisis del reclamo expropiatorio contenido en el Decreto Ley 2186 y a estudio de sus perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales.

### **BIBLIOGRAFÍA CITADA:**

Alessandri Rodríguez, Arturo (1934). *Derecho Civil Segundo Año*, Primera Parte, Teoría de las obligaciones. Santiago.

Caldera Delgado, Hugo (1981). *El acto administrativo, legalidad, efectos e impugnación*. Santiago: Edit. Jurídica.

Doctrina Constitucional de la Presidencia de don Eduardo Frei Ruiz-Tagle (2000). Segundo Tomo. División Jurídica. Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Evans de la Cuadra, Enrique (1986). *Los Derechos Constitucionales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

Fernández Richard, José y Holmes S., Felipe (2008). *Derecho Urbanístico Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

Morales Gana, Sylvia (2000). *Procedimientos judiciales vinculados con las expropiaciones decretadas por el MOP*. Revista de Derecho Consejo Defensa del Estado. Julio. N° 1.

Peña Mardones, Cristóbal (2001). *Algunas consideraciones acerca de las acciones de reclamación y expropiación*. Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado. Agosto.

<sup>46</sup> Corte Suprema. Sentencia de casación reproducida en Gaceta Jurídica de mayo del 2005, Rol 3.828-04, considerando 45 y 46 fallo de casación y 1º del fallo de casación y 1º del fallo de reemplazo.

Peñailillo, Daniel (1995). *La expropiación ante el Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Nº 21.

Real Academia Española de la Lengua (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe, 22<sup>a</sup> edición.

Reveco del Villar (2005). *La completa reparación patrimonial por expropiación en la Constitución Política*, Gaceta Jurídica. Enero, Nº 295.

Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica.

### **JURISPRUDENCIA CITADA:**

Tribunal Constitucional, Rol Nº 43, del 24 de febrero de 1987.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 146 año 1992.

Corte Suprema. Causa Rol Nº 16.004. Sentencia 6 de julio 1993.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 226 año 1995.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 245 año 1996.

Tribunal Constitución, Rol Nº 276 año 1998.

Corte Suprema, fallo 19 de agosto 1999, Revista C. Defensa, pág. 50, año 2001.

Corte Suprema. Cas. Fondo. Sentencia 7 diciembre 1999, Rol Nº 989-99.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 284 año 1999.

*Sociedad Agrícola El Castillo S.A. Recurso de inaplicabilidad* (2000): Corte Suprema, 15 de septiembre del 2000.

Corte Suprema, 30 agosto 2000, Revista C. Defensa, pág., 50 año 2001.

Corte Suprema Rol Nº 2655-01. Sentencia 4 junio 2002.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 334 año 2003.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 370 año 2003.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 379 año 2003.

Corte Suprema. Causa Rol Nº 3828-04.

Corte Suprema. Sentencia de casación reproducida en Gaceta Jurídica de mayo del 2005, Rol Nº 3.828-04.

Corte Suprema. Fallo 26 mayo 2005. Gaceta Jurídica, año 2005, págs. 87 y siguientes.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 552-2006, fallo 11 marzo 2008.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 370 año 2013.



## **REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE**

### **NORMAS DE PUBLICACIÓN**

#### **1. En referencia a arbitraje y evaluación de artículos:**

**1.1.** La evaluación de artículos recibidos en Revista de Derecho Universidad Finis Terrae consiste en el envío en forma anónima a un árbitro, quien puede aprobar su publicación, desestimarla o solicitar modificaciones. Si el resultado de su evaluación es negativo, el artículo será sometido a la evaluación de otro árbitro. Si ambos coinciden en rechazar el artículo, este no será publicado. No obstante, si el segundo árbitro considera que el artículo puede ser aceptado, se pedirá la colaboración de un tercer árbitro, que dirimirá la publicación final del artículo.

**1.2.** El Comité Editorial puede solicitar artículos a investigadores de reconocido prestigio, los cuales estarán exentos de arbitraje.

**1.3.** El tiempo de evaluación de los artículos recibidos no sobrepasará los cuatro meses.

**1.4.** La decisión final sobre la publicación del artículo será informada al autor vía correo electrónico, especificando las razones en caso de que sea rechazado.

**1.5.** Los artículos aprobados serán publicados en el número inmediatamente siguiente después de su aprobación.

**1.6.** Los autores al enviar sus artículos dan cuenta de la aceptación de entrega de los derechos para la publicación de los trabajos.

**1.7.** Las opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente el pensamiento de la Universidad Finis Terrae.

**2. En referencia a la presentación de los artículos y reseñas:**

**2.1.** Los artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas deben ser inéditos.

**2.2.** Los artículos deben incluir título, resumen y tres a cinco palabras clave, en español e inglés, y biografía mínima del autor que contenga sus grados académicos, su actual filiación académica o institucional, sus últimas publicaciones y su correo electrónico.

**2.3.** La extensión de los artículos no debe sobrepasar las veinticinco páginas formato Word, incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a  $1\frac{1}{2}$ , fuente Arial o Times New Roman 12. Las reseñas no deben sobrepasar las cuatro páginas formato Word incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a  $1\frac{1}{2}$  espacio, fuente Arial o Times New Roman 12.

**3. En referencia al envío y recepción de los artículos y reseñas:**

**3.1.** Los artículos deben enviarse vía correo electrónico, en formato Word, a la dirección de la revista (calcalde@uft.cl) y el asunto debe ser “Presenta artículo Revista de Derecho UFT”.

**3.2.** El envío de artículos implica la aceptación de nuestras normas editoriales.

**4. En referencia al sistema de citas:**

**4.1. Sobre la bibliografía citada.** Todas las referencias a libros, artículos de revistas, capítulos y formatos electrónicos deberán efectuarse en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Bibliografía citada” se incluirá un listado de todas las obras citadas, ordenadas alfabéticamente por el primer apellido de su autor. En este listado, la referencia a los artículos de revista o capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

En todas las referencias, se indicarán el apellido y nombre del autor, seguido de un paréntesis que contenga el año de publicación. Posteriormente se escribirá el título de la obra en cursiva.

Finalmente, debe incluirse la ciudad de publicación, la sede editorial y el número de edición, en caso de que haya más de una.

Ejemplos de referencia:

- de libro: Cruz-Coke, Carlos (2009). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, primera edición.
- de traducciones: Le Tourneau, Philippe (2004). *La responsabilidad civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Editorial Legis, tercera edición.
- de capítulo de libro: Colombo, Juan (2001). “La Judicatura: Bases Constitucionales del Derecho Procesal”. En Navarro, Enrique (edit.), *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*. Santiago: Ed. Jurídica Conosur Ltda., pp. 535-566.
- de artículo de revista: Silva Cimma, Enrique (2007). *Notas sobre autonomía financiera de la Contraloría General de la República*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año XI, N° 11, pp. 49-50.
- de periódico: Uzal, Manuel (2012). “Mi posición sobre el aborto”. Diario *El Mercurio*, 19 de marzo.
- de fuente manuscrita: Archivo Nacional – Fondo Varios (1889). Carta de Domingo Santa María a Pedro Pablo Figueroa, 31 de enero.
- de documentos en formato electrónico: Bermúdez, Jorge (2005). “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script\\_arttext&pid=2](http://www.scielo.cl/scielo.php?script_arttext&pid=2)>

**4.2. Sobre las normas citadas.** Se deberán efectuar en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Normas citadas”, se incluirá un listado de todas las referencias legales o normativas efectivamente citadas en el trabajo. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de esta, la fecha de su publicación (día, mes y año) y su denominación legal, si la tiene.

Ejemplo: Ley N° 19.880, del 29 de mayo de 2003, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado.

**4.3. Sobre la jurisprudencia citada.** Las referencias a las sentencias se harán al pie de página, y harán indicación de las partes en cursiva, al año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, del tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación.

Se sugiere indicar el tipo de acción y procedimiento correspondiente y, si es el caso, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo y las indicaciones de volumen, número o sección, año y página. Las sentencias se deberán ordenar cronológicamente y alfabéticamente por el nombre de las partes. En su defecto, se deberá señalar a lo menos el tribunal que la haya dictado o su sigla, el rol y la fecha.

Asimismo, se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales bajo el título de “Jurisprudencia citada”.

Ejemplo:

- Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp.65-73.
- ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010.

##### **5. En referencia a resúmenes y palabras clave:**

**5.1.** El resumen debe contener la información básica del documento original y, dentro de lo posible, conservar la estructura del mismo. No debe sobrepasar las quince líneas. El contenido del resumen es más significativo que su extensión.

**5.2.** El resumen debe empezar con una frase que represente la idea o tema principal del artículo, a no ser que ya quede expresada en el título. Debe indicar la forma en que el autor trata el tema o la naturaleza del trabajo descrito con términos tales como estudio teórico, análisis de un caso, informe sobre el estado de la cuestión, etcétera.

**5.3.** Debe redactarse en frases completas, utilizando las palabras de transición que sean necesarias para que el texto resultante sea coherente. Siempre que sea posible deben emplearse verbos en voz activa, ya que esto contribuye a una redacción clara, breve y precisa.

**5.4.** Las palabras clave deben ser conceptos significativos tomados del texto que ayuden en la indexación del artículo y a la recuperación automatizada. Debe evitarse el uso de términos poco frecuentes, acrónimos y siglas.



