



LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES

EN 25 AÑOS
DE JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

1980 - 2005

Miguel Ángel Rodríguez González

Cuadernos del Tribunal Constitucional Número 33 (año 2006)

Miguel Ángel Fernández González

El autor es abogado; Magister en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesor de Derecho Político y Constitucional en la Universidad Católica, Universidad de Chile y Universidad de los Andes. Es secretario de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y miembro del Consejo Consultivo Nacional del Centro de Estudios Constitucionales.

Email: mafernande@cb.cl

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Teléfono (56-2) 640 1820 - 640 18 00
Fax (56-2) 633 8354

e-mail: tribunalconstitucional@entelchile.net

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN 25 AÑOS DE JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
1980 - 2005

Miguel Ángel Fernández González
Inscripción 157.610
Derechos Reservados
Octubre 2006
I.S.B.N. 956-8186-06-9

Primera Edición
300 ejemplares
Diseño

José Miguel Cariaga
Producción Gráfica
Gráfica Computacional
Impresor LOM Ediciones

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN 25 AÑOS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 1980 - 2005

Miguel Ángel Fernández González



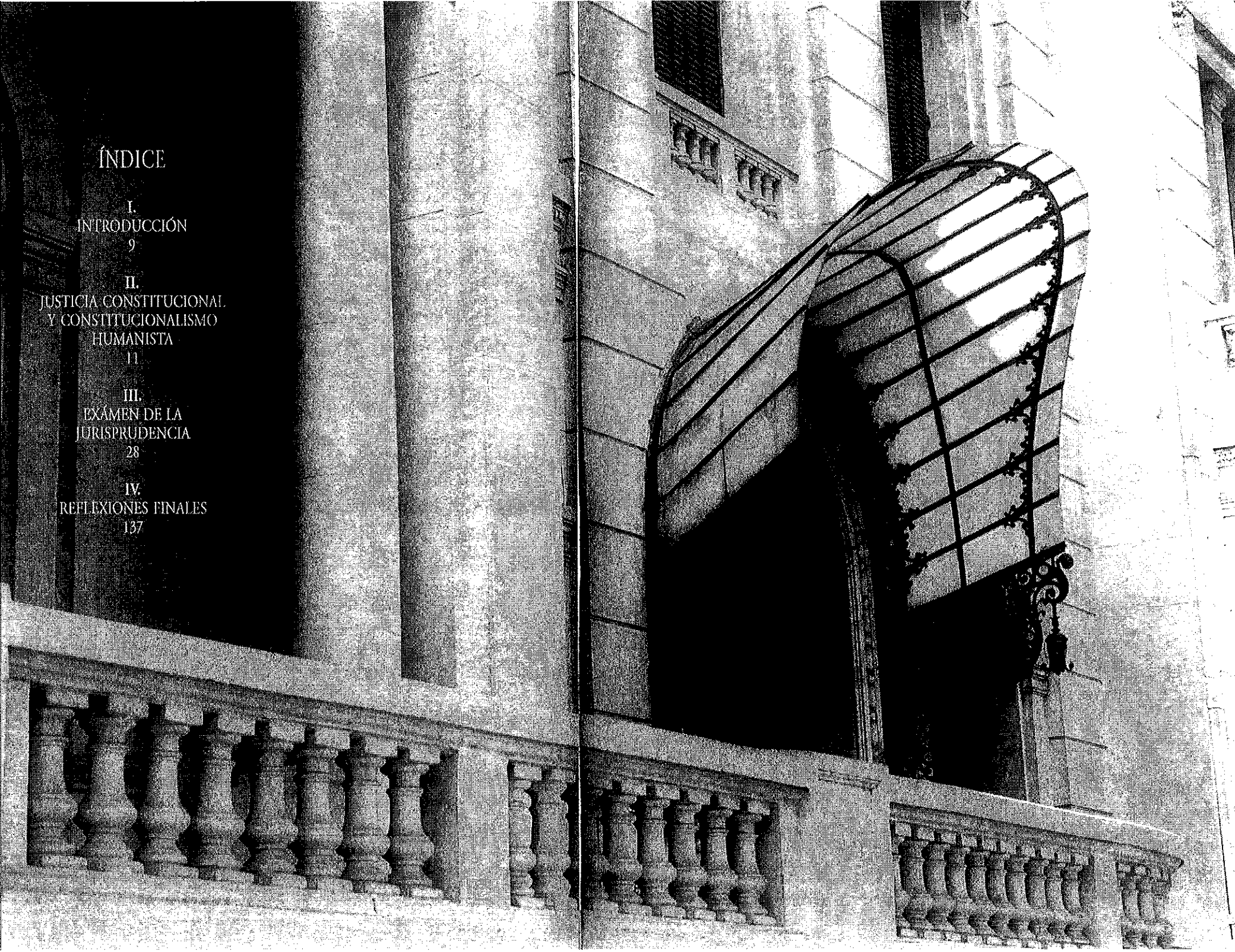
ÍNDICE

I.
INTRODUCCIÓN
9

II.
JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y CONSTITUCIONALISMO
HUMANISTA
11

III.
EXÁMEN DE LA
JURISPRUDENCIA
28

IV.
REFLEXIONES FINALES
137



I. INTRODUCCIÓN

Cuando a fines de 2005, el Presidente del Tribunal Constitucional¹, profesor José Luis Cea Egaña, me invitó a escribir en los *Cuadernos* que edita esa Magistratura, no dudé que se trataba de una oportunidad para, en el contexto del Constitucionalismo Humanista, revisar la jurisprudencia emanada de aquel Tribunal.

Ello, especialmente, considerando que el Tribunal se encuentra, a raíz de las reformas constitucionales de 26 de agosto de 2005, inmerso en un profundo proceso de cambio para erigirlo en garante máximo de la Constitución, o sea, en el intérprete final, aunque no único, de la Carta Fundamental. Máxime cuando el proyecto de ley orgánica constitucional, actualmente pendiente del Senado, en segundo trámite constitucional, que adecua el estatuto del Tribunal a la reforma aludida, recoge lo que ya es práctica reiterada en el Tribunal en orden a respetar *sus precedentes*.

Visualizando el impacto de aquella regla, sustentada en la conducta seguida por el Tribunal desde hace años, sobre manera en el último trienio, es que me parece oportuno revisar, aunque sea con carácter aproximativo, el contenido, o sea, el sentido y alcance o significado, que el Tribunal ha atribuido a los derechos fundamentales, asegurados a todas las personas, en el artículo 19 de la Constitución, respecto de los cuales le ha correspondido pronunciarse.

En esta perspectiva y luego de formular algunas reflexiones en torno de la Justicia Constitucional, avanzo destacando los fallos que, en una selección que puede ser siempre discutida, permitan determinar o, al menos, esbozar el sentido y alcance que el Tribunal ha dado a los derechos fundamentales, comentándolos, evaluándolos y extrayendo las conclusiones que de ellos se derivan. Por lo mismo y atendida la nueva etapa que vive el Tribunal, con una integración profundamente remozada y de apertura a los litigantes, he privilegiado la transcripción de los considerandos relevantes antes que abundar en apreciaciones personales, muchas de las cuales, en todo caso, constan de la bibliografía que se cita.

¹ En adelante e indistintamente, me referiré al Tribunal Constitucional también como "el Tribunal".

Finalmente, debo aclarar que *-ex profeso-* he dejado fuera en este análisis, salvo que haya resultado indispensable considerarlo, el tema de la reserva de ley, en relación con la competencia de la potestad reglamentaria, en cuanto a la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. Por una parte, porque ese asunto no se vincula sólo con los derechos, sino también con lo preceptuado en la Parte Orgánica de la Carta Fundamental; a la par que constituye el núcleo de la tesis doctoral que he comenzado a realizar, pues merece un tratamiento autónomo y completo, particularmente en la jurisprudencia del Tribunal, en el amplio marco del Principio de Reservas Normativas que contempla la Constitución, como regla básica para garantizar el respeto y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, al tenor de su artículo 5 inciso 2°, en nexa con sus artículos 1, 6 y 7.

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONALISMO HUMANISTA

En diversos encuentros académicos², he señalado lo que ya no es novedad, en cuanto a que *el Derecho Constitucional se encuentra viviendo* en nuestro país *sustanciales modificaciones*, pues está abandonando una fase del constitucionalismo originado y centrado en el Estado para situarse *en torno de las personas* a las que protege y cuyos derechos promueve:

“En Chile y el mundo, el Derecho Constitucional es la disciplina jurídica que más se ha desarrollado en las últimas décadas. Este proceso, que ha dejado una impronta indeleble, se presenta con un vigor tal que puede asegurarse que tiene ya caracteres irreversibles.

Cabe alegrarse, ciertamente, del auge de nuestra disciplina, pues el humanismo que la singulariza se manifiesta así, con mayor realidad y vigor, en la democracia, que es su vertiente política, y en el Derecho, que es su proyección normativa. Continuar en esa senda es, por ende, avanzar en la entronización de la paz con libertad e igualdad, mediante la justicia y en búsqueda de la seguridad, desterrando la violencia y la corrupción, la arbitrariedad y la discriminación, el odio, la envidia y el temor”³.

² Sobre esa visión, léase Fernández González, Miguel Ángel, “Bases de los Tribunales Constitucionales en el constitucionalismo humanista”, Humberto Nogueira Alcalá (coordinador), *Jurisprudencia constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*, Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2005, pp. 7–38; y “Constitución y casación: ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, *Estudios Constitucionales*, Año 3 N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 2005, pp. 97–126. Así también, en el Seminario sobre la Nueva Justicia Constitucional en Chile, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, los días 5 y 6 de enero de 2006, donde expuse acerca de “La nueva declaración de inconstitucionalidad”, la cual tuvo oportunidad de complementar y actualizar en un encuentro organizado en el Colegio de Abogados, el 23 de marzo de 2006.

³ Cea Egaña, José Luis, “Aproximación a la teoría constitucional contemporánea”, publicado en *Estudios Constitucionales*, Santiago, Editorial Universidad de Talca, 2003, p. 37; y, del mismo autor, “El nuevo derecho Público en la doctrina chilena”, contenido en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* N° 30 (2006), muy especialmente, pp. 9–25.

1. EXPLICACIÓN

Las Constituciones concebidas, inicialmente, para la organización y limitación de los poderes públicos, han devenido en *textos jurídicos al alcance de las personas* y de los grupos que ellas forman e integran voluntariamente, *susceptibles de ser esgrimidas* en la defensa de sus derechos, especialmente, *ante los Tribunales* y ello no sólo en causas de relevancia constitucional, sino que en cualquier materia de litigación, sea civil o criminal, de menores o laboral, tributaria o contenciosa administrativa, y aún en las jurisdicciones especiales y hasta frente a los procedimientos de fiscalización y control quien quiera los lleve a cabo, como las autoridades administrativas, los empleadores o directivos en colegios, universidades, cuerpos intermedios o la Cámara de Diputados y el Senado en la acusación constitucional.

He destacado, en consecuencia, el paso *desde un constitucionalismo del Estado*, preferentemente orientado a definir las competencias de los órganos públicos y a configurar sus lineamientos básicos, sobre la base del *principio de separación de funciones*, a un *Derecho Constitucional centrado en la persona y en sus derechos inherentes e inalienables*:

“Al empezar a participar en los seminarios *en el curso 1959 / 1960* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich..., la impresión que se obtenía era muy clara: *El gran tema eran los derechos fundamentales...*

Uno de los protagonistas fue un discípulo de Theodor Maunz, el profesor Leisner... Precisamente, *en 1960* publica su gran trabajo de habilitación universitaria con el título *Grundrechte und Privatrecht*, con la decidida tesis *de extender los derechos fundamentales al orden jurídico privado, de una forma directa*⁴.

He graficado y explicado algunas de las diferencias entre el Constitucionalismo Humanista y su predecesor centrado en el Estado, en el siguiente esquema que me parece útil siempre volver a repetir:

	CONSTITUCIONALISMO DEL ESTADO	CONSTITUCIONALISMO HUMANISTA
Núcleo	: Órganos estatales	Persona humana
Objetivo	: Limitación del Poder	Defensa y promoción derechos humanos
Contenido Básico	: Organización y funcionamiento del Poder	Constitución plena
Régimen Político	: Democracia de reglas mínimas	Democracia sustantiva y participativa
Teoría Jurídica	: Positivismo	Axiologismo
Extensión	: A las relaciones estatales	A todas las relaciones sean o no estatales
Valor derechos	: Sólo oponibles al Estado	Eficacia horizontal y efecto reflejo
Resguardo	: Por el legislador	Por todos los órganos; y jueces palabra final
Fuerza	: Indirecta o mediata	Directa o fuerza normativa
Efectos	: Sólo en las relaciones interestatales	Constitucionalización
Supremacía	: Formal sobre las normas estatales	Formal y material sobre todas las conductas
Concepción	: Derecho Público y Derecho Privado	Sistema de normas en tridimensionalidad
Rol del Estado	: Respeto a los derechos	Respeto y promoción
Cometidos	: Estado Abstencionista o colectivista	Estado Subsidiario
RR.EE.	: Autárquicas o estatalizadas	Globalización y paradiplomacia
Fuentes	: Jerarquía kelseniana	Bloque de constitucionalidad

Pues bien, este nuevo Derecho Constitucional, caracterizado por la supremacía y fuerza normativa del Código que lo contiene, provoca cambios medulares y aún no totalmente visualizados ni cabalmente comprendidos.

Menciono, entre esas secuelas inevitables, sólo por vía ejemplar, que el Estado Postmoderno exige reconocer que la *democracia no constituye solamente una forma de organizar* los gobiernos, en el sentido lato de la expresión, sino que ella adquiere la virtualidad de configurar un *estilo completo de convivencia* al interior de la Sociedad Civil y de ésta con otras agrupaciones humanas; que los cometidos del *Estado no se restringen al respeto*, por omisión, pasividad o abstención, de los derechos fundamentales, *como tampoco a absorberlos y aniquilarlos*, asfixiándolos en el *colectivismo*,

⁴ Gallego Anabitarte, Alfredo, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Ed. Civitas, 1994, pp. 23 - 24.

sino que los defiende y *promueve*, sobre la base de los *principios de subsidiariedad y solidaridad*, en el contexto *inevitable* de los procesos de *globalización e integración*; y que *no resulta respetuoso de la Constitución* que se dicten normas inferiores a ella en los *asuntos donde la Carta Fundamental tiene exclusividad normativa*, suponiendo un *cambio radical en la Teoría del Derecho*, la cual ya no se construye, sólo y primordialmente, a partir del principio jerárquico de unas fuentes del Derecho formalizadas y formales, en sí mismas, sino que sobre la base de un *orden de valores* que se ha constitucionalizado.

2. APLICACIÓN A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Indudablemente que, en el contexto descrito, uno de los impactos más profundos del Constitucionalismo Humanista ocurre en relación con los órganos encargados de asegurar el respeto, vigencia y eficacia de la Carta Fundamental, de lo cual se sigue la sujeción de todos a ella, comenzando por la ley, otrora –en el Constitucionalismo del Estado– soberana y hoy sujeta también a los principios y normas, superlativamente al plexo de valores, que se aseguran en la Constitución.

“¡la relación del hombre con la ley ha cambiado totalmente!...”

Para esto (la noción de Montesquieu respecto de la función judicial) había que partir de un supuesto doble: por un lado, la ley era... la *ratio* convertida en norma... En segundo lugar, se consideraba que las mejores garantías para que la justicia de las leyes quedara protegida radicaban en la entrega de la función legislativa al Parlamento, a los elegidos...

Ambos supuestos han desaparecido hoy en gran parte...”⁵.

Pues bien y junto con la periclitación de los Parlamentos⁶ y la sujeción, formal y sustantiva, de la ley a la Constitución surge nítido, en el Constitucionalismo Humanista, que el juez es el supremo garante de la Constitución y, su sentencia, la última palabra en la defensa de los derechos fundamentales:

“Ahora bien, esta función de velar por la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales que tiene el Tribunal Constitucional lo hace normalmente merecedor del título de garante de la Constitución por excelencia; pero es del caso dejar en claro que no es el único órgano obligado a defender la Constitución, pues tal defensa es un deber general de todos los órganos del Estado, de sus integrantes y de toda

persona, institución o grupo, según se desprende, entre otros preceptos, de los artículos 6º y 7º de la Constitución al prescribirles su acatamiento y actuación conforme a ella (...).

Pero la gran diferencia existente entre los órganos e instituciones encargados también de la defensa de la Constitución es que esta obligación es en general un deber genérico y la consecuencia necesaria del cumplimiento de otras funciones o de una más entre ellas. En cambio, para el Tribunal Constitucional, su única razón de ser y existir, es la defensa de la totalidad de la Constitución y no sólo de una de sus partes”⁷.

Efectivamente, si en el Constitucionalismo del Estado el juez quedaba constreñido a ser la boca que pronunciaba las palabras de la ley, como expresaba *Montesquieu*, hoy le corresponde, sobre la base de la interpretación y aplicación directa de la Carta Fundamental, la defensa y promoción de los derechos humanos, evaluando, permanentemente, el apego de las decisiones estatales y de los particulares a esa finalidad esencial, aunque, sin confundir esto, con poder omnímodo e ilimitado:

“Los americanos han conferido, pues, a sus tribunales un inmenso poder político, pero *al obligarles a no atacar las leyes sino por medios judiciales han reducido grandemente los peligros de ese poder*”⁸.

Sin embargo, cuando existe un Tribunal o Corte Constitucional, la tendencia en el Constitucionalismo Humanista es concederle a ese órgano la *primacía final* en la interpretación de la Carta Fundamental, pues así se produce uniformidad hermenéutica, quedando sometido a su escrutinio incluso el juez ordinario, como sucede, entre nosotros, desde la reforma de 26 de agosto de 2005:

“(...) Si el Tribunal Federal Constitucional declara la nulidad o la validez de una disposición legal, su decisión tiene fuerza de ley de conformidad con el § 31 inciso 2 BverfGG. Pero, también en otros casos, *las sentencias del Tribunal Constitucional Federal desarrollan*, de conformidad con el § 31 inciso 1, *un efecto vinculante que trasciende el caso individual*, por cuanto que *los principios que se originan del tenor y los fundamentos que se exponen en la decisión a través de la interpretación de la Constitución, deben ser tenidos en cuenta por los tribunales en todos los casos futuros*.

El § 31 BverfGG le atribuye a las decisiones del Tribunal Constitucional efectos vinculantes en la medida que la función del Tribunal Constitucional

⁵ Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 1985, p. 50.

⁶ Cea-Egaña, José Luis, “El Parlamento en el futuro del Derecho y de la democracia” en *XVII Revista Chilena de Derecho* N° 1, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, 1990, p. 28.

⁷ Discurso pronunciado por el Excelentísimo Señor Presidente del Tribunal Constitucional, don Manuel Jiménez Bulnes, el 29 de enero de 1996, reproducido en *Fallos del Tribunal Constitucional Pronunciados entre el 16 de Julio de 1992 y el 22 de Enero de 1996*, Santiago, editado por el Tribunal Constitucional, 1996, p. 472. Y lo reitera en su discurso pronunciado en enero de 1997, p. 4.

⁸ Alexis de Tocqueville, *I La Democracia en América*, Madrid, Ed. Sarpe, 1984, p. 112.

Federal, como intérprete supremo y guardián de la Constitución, así lo requiera. *El efecto vinculante se limita por consiguiente a la parte de los fundamentos de la sentencia.* Estos no se extienden a las explicaciones que tienen por objeto la interpretación de leyes ordinarias (...). El Tribunal Constitucional Federal, podrá determinar con efectos vinculantes los criterios y límites que se encuentran en el derecho constitucional para la interpretación de un ley ordinarias. *Estos no se extienden a las explicaciones que tienen por objeto la interpretación de leyes ordinarias.* El Tribunal Constitucional Federal, podrá determinar con efectos vinculantes los criterios y límites que se encuentran en el derecho constitucional para la interpretación de una ley ordinaria.

Antes bien, de conformidad con el § 31 inciso 1 BverfGG, *todos los tribunales se encuentran vinculados a los veredictos de inconstitucionalidad pronunciados por el Tribunal Constitucional Federal como instancia vinculante en asuntos constitucionales (...)*⁹.

Este es el sentido, como ya anticipé, que cabe dar, en una visión de conjunto, a la *reforma constitucional* aludida, tendiente a superar la inexistencia, hasta ese entonces, de un intérprete y garante máximo de la Constitución, al conferirle al Tribunal Constitucional no sólo el control preventivo de los proyectos de ley, tratados internacionales y enmiendas a la Constitución, sino que también el recurso de inaplicabilidad y, más aún, la declaración de inconstitucionalidad:

“Después de casi 25 años de funcionamiento del Tribunal y de la reciente reforma constitucional, el país está en condiciones de asumir que *todos los órganos del Estado queden obligados por lo que el Tribunal resuelva.* Con ello se confiere a sus sentencias una fuerza mayor a la que tienen las emanadas de un tribunal normal”¹⁰.

De esta manera y como corolario del Constitucionalismo Humanista, la configuración original del Tribunal Constitucional, concebido sólo como Legislador Negativo, resulta también revisada, aproximándose al modelo de control de constitucionalidad alemán o norteamericano:

“*El sistema norteamericano de control judicial de la ley se apoyaba... en dos grandes premisas: La supremacía constitucional (...) y (...) una cierta filosofía de la separación de poderes que atribuye al juez una posición neutral, pasiva y*

garantista (...). Y, sin embargo, *el diseño principal de la justicia constitucional europea no supuso propiamente una abdicación absoluta de su propia tradición* o, si se prefiere, una acogida pura y simple de la herencia americana; más concretamente el que pudiéramos calificar como gran invento del *Tribunal Constitucional europeo es obra de un positivista convencido y, sobre todo, de un defensor a ultranza del legislador democrático frente al activismo judicial* y frente a la autonomía del Gobierno, H. Kelsen. Su modelo de justicia constitucional expresa tal vez la culminación del Estado de Derecho europeo, lo más lejos que éste podía llegar desde su concepción de la soberanía estatal y de la Constitución como orden jurídico del Estado, no sobre el Estado.

(...)

(...) *la Constitución ya no es sólo la norma suprema dirigida a condicionar de forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley, sino que es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social.* Como escribe Guastini, la función política de las Constituciones puede entenderse de dos formas: Bien como *límite al poder*, bien como instrumento de *modelación del orden social (...)*¹¹.

3. IMPROCEDENCIA DE MONOPOLIO EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Cuanto viene siendo señalado, en relación con la posición y rol del Tribunal en el Constitucionalismo Humanista, no significa, sin embargo, que esa Magistratura posea el monopolio de la interpretación y aplicación de lo preceptuado en la Carta Fundamental:

“*A la Constitución la puede interpretar todo el mundo:* Legisladores, ministros, partidos políticos, simples particulares, grandes corporaciones, litigantes, sindicatos, el Defensor del Pueblo, los integrantes del Ministerio Público, las comunidades regionales, etc. *También los jueces,* comprendiendo entre ellos tanto a los integrantes del Poder Judicial propiamente dicho como a los vocales de la Corte Constitucional, cuando opera como órgano extra poder”¹².

⁹ Schwabe, Jürgen, (compilador), Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 5.

¹⁰ Mensaje N° 432 / 353, de S.E. el Presidente de la República con el que inició un proyecto de ley que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, contenido en el Boletín N° 4.059 – 07 de la Cámara de Diputados, p. 10.

¹¹ Prieto Sanchís, Luis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Madrid, Ed. Trotta, 2003, pp. 80 y 121.

¹² Sagües, Néstor Pedro, La interpretación judicial de la Constitución, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998, p. 3.

En verdad, es inadmisibles sostener que la Constitución despliega el enorme arsenal de principios y normas que ella contiene, aplicables a todos los actos, estatales o privados, para luego constreñir la potestad para interpretarla y aplicarla, desde el ángulo orgánico, nada más que a uno o a algunos de los agentes estatales, lesionándose así el Estado Constitucional y Democrático de Derecho¹³:

“(…) además, también resulta acorde a los fines de la Constitución que nadie pueda atribuirse el monopolio exclusivo de la interpretación constitucional. Recuérdese que el propio constitucionalismo surge como una respuesta al absolutismo, y a la pretensión de éste de monopolizar toda la producción jurídica, idea heredada después por el estado.

De ahí entonces que parece ajustarse más a los objetivos del constitucionalismo un pluralismo interpretativo que un monopolio en estas materias. A su vez la interpretación constitucional debería tener efectos sólo para el caso concreto, sin perjuicio de que el *estare deciris* o doctrina que funda la decisión sí deba tener aplicación general. Ello porque el efecto relativo de las sentencias sólo impide darle aplicación *erga omnes* a la decisión o parte resolutoria de un fallo, pero no es una prohibición de aplicar un razonamiento judicial anterior a un caso posterior semejante. De hecho si no fuese así, y por ejemplo el juez resolviese un caso semejante de manera absolutamente diversa a un caso anterior, infringiría no sólo el principio de razonabilidad, sino que probablemente también el de igualdad, en su vertiente de aplicación de la ley¹⁴.

El constitucionalismo, en cuanto proceso histórico tendiente a la mayor protección y promoción de los derechos fundamentales, sobre la base del principio de separación de órganos y funciones, hace inconcebible la concentración de la definición constitucional, en cuanto interpretación de sus principios y normas, sea en abstracto o frente a casos concretos, en un solo órgano, aun cuando se trate del Tribunal Constitucional, prestigiado y legítimo en su origen y desenvolvimiento y ello aunque se lo dote del rol de garante máximo de la Constitución o se obligue, a todos los órganos, incluyendo a los Tribunales Ordinarios, a acatar y seguir sus decisiones:

“Combinando estos dos principios: La vinculación de los jueces respecto a los preceptos constitucionales y legales y el diverso valor de éstos, nos encontramos con que los tribunales pueden hallarse en un caso dado ante el siguiente problema: Una situación debe ser regulada de acuerdo a los preceptos constitucionales de una manera y según las disposiciones legales de otra forma;

el juez, como sabemos está vinculado a ambos tipos de preceptos y éstos tienen diverso valor, como es misión de los jueces resolver conflictos (...) deben preferir el criterio que establece el precepto superior (...)”¹⁵.

En consecuencia, la interpretación y aplicación de la Constitución no puede ser concebida como una potestad reservada, exclusiva y excluyentemente, a un solo órgano estatal, configurando un monopolio de lo constitucional, ya que sostenerlo así es plantear una fórmula inconsistente con el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, pues no se trata de reemplazar la soberanía de la ley por la de un solo juez o Tribunal, sino que, antes bien, de situar los derechos de las personas por sobre las potestades públicas, cualesquiera sea el órgano que las ejerza y esto sólo se logra abriendo al máximo y sin restricciones, especialmente fundadas en formalismos, las acciones y recursos que hagan expedita, en todo momento y en todo lugar, como lo exige el Pacto de San José de Costa Rica, la defensa y promoción de los derechos de que son titulares las personas, individualmente o asociadas, gocen o no de personalidad jurídica:

“(…) una Carta Fundamental autoritaria y a la que, por modificaciones y mutaciones, se le inyectó espíritu democrático, debe ser interpretada en pro de este telos y no del que lo anule, erosione o detenga. Semejante argumento expongo respecto de una Constitución en su origen mezquino con ciertos derechos subjetivos y sociales, la cual es posteriormente reformada para hacerla más generosa en tales materias”¹⁶.

La conclusión recién explicada no se altera, tampoco, después de la reforma de 26 de agosto de 2005, ya que no es consistente con ella focalizar en el Tribunal Constitucional, el control y la interpretación de la Carta Fundamental, como se hizo con la Corte Suprema en los asuntos civiles y criminales, especialmente, teniendo en consideración el proclive desprendimiento y las autolimitaciones que, con el paso de los años, fueron siendo formuladas por aquella Corte, en variados ámbitos de sus competencias constitucionales¹⁷. Sin embargo, hay que estar siempre atentos, pues nada impide aventurar que, con el correr del tiempo y demandada insistentemente su protección, el Tribunal no vaya a actuar de manera semejante ni aún dotando de amplia legitimidad democrática a sus integrantes o facilitando el acceso a esa Magistratura de cualquier persona que lo requiera:

“La privación de justicia no sólo se configura cuando las personas se encuentran ante la imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o

¹³ Bertelsen Repetto, Raúl, Control de constitucionalidad de la ley, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1969, pp. 92 - 93.

¹⁶ Cea Egaña, José Luis, “La interpretación axiológica de la Constitución” en la obra colectiva Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 97.

¹⁷ Larráin Fernández, Hernán, “Recurso de inaplicabilidad, amparo y protección: Un análisis de la labor judicial”, publicado en XVII Revista Chilena de Derecho, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, N° 1, 1990, p. 102.

¹³ Rubio Llorente, Francisco, La forma del poder, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 43 - 90.

¹⁴ Martínez Estay, José Ignacio, “El sistema europeo-continental de Justicia Constitucional”, publicado en Estudios Constitucionales, Año 3 N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, 2005, pp. 149 - 171.

cuando al decisión judicial se aplaza en forma irrazonable o indefinida, sino también *cuando no se dan las condiciones necesarias para que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con la eficacia real y concreta* que, por naturaleza, exige el orden jurídico, *de manera que éste alcance su efectiva vigencia* en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial. Ello con tanta mayor razón *cuando están en juego derechos fundamentales* de las personas que merecen garantías inviolables por ser tales e integrar, además, el valioso acervo del bien común¹⁸.

En resumen, *todos los Tribunales pueden y deben interpretar y aplicar las normas constitucionales*, ciertamente, que con rasgo preferente y excluyente de cualquier otro precepto, infraconstitucional, que los contradiga, aún cuando la palabra final quedará radicada en el Tribunal Constitucional o, cuando así surja del procedimiento, en la Corte Suprema, v. gr., en un recurso de protección, en una demanda de nulidad de Derecho Público o en cualquier asunto que, siendo de su competencia, no haya quedado sometido, en alguna fase de proceso, al Tribunal Constitucional, de acuerdo al artículo 93 N° 6 o N° 7 de la Carta Fundamental.

4. FUTURO DEL TRIBUNAL

La Constitución de 1980 fue prolífica, aunque no suficientemente exhaustiva, en incorporar nuevos mecanismos de control de constitucionalidad o perfeccionar los que ya existían en nuestra tradición jurídica, sin perjuicio que, después, la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores no desplegara, en plenitud, aquella finalidad sustancial¹⁹.

Aquellas garantías se orientaron, principalmente, a cautelar el apego a la Carta Fundamental, sobre todo, por parte de las autoridades administrativas, pero también mejoraron el control de la ley. Por una parte, manteniendo el recurso y la declaración de inaplicabilidad, en el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental; y, de otra, recreando el Tribunal Constitucional para conferirle, entre otras atribuciones, el control preventivo y obligatorio de los proyectos de leyes orgánicas constitucionales e interpretativas de la Constitución, así como el control eventual de los demás proyectos de ley, cuando fuera debidamente requerido.

Sin embargo, el Poder Constituyente Derivado, el 26 de agosto de 2005, ha ido mucho más allá, pues no sólo trasladó el recurso de inaplicabilidad, desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional –aunque no lo hizo en términos idénticos–, sino que le confirió a ésta última Magistratura, además, la potestad de declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales, excluyéndolos –para siempre, o sea, en tanto no se reforme la Constitución– del ordenamiento jurídico.

Por su parte, el proyecto que ajuste la ley orgánica constitucional del Tribunal aclara, si aún alguien puede tener dudas, la *posición máxima* que le corresponde a esa Magistratura en nuestro régimen institucional, declarando que todos los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que ella resuelva y que él mismo queda vinculado por sus precedentes, en los nuevos incisos que se agregan al artículo 31 de aquella ley. Ciertamente, son precedentes las más de cuatrocientas sentencias ya dictadas y no sólo las que pronuncie a partir del 27 de febrero de 2006, cuando entraron en vigencia las nuevas disposiciones provenientes de la reforma de 26 de agosto.

Tanto el Tribunal como el resto de los órganos del Estado y, sobre manera, las personas, deben comprender, pues, la nueva situación de aquella Magistratura, cada vez más cerca al servicio de la persona humana, como lo exige el artículo 1 inciso 4° de la Constitución. Deberán todos ser cuidadosos, por ende, de no abusar del acceso al Tribunal, pero éste también tendrá que considerar, equilibradamente, la justicia de las peticiones antes que el rigor de las formalidades.

A. Legitimidad

La posición máxima del Tribunal que se ha descrito, caracterizada por el cúmulo de nuevas competencias que se le confieren, especialmente, aquellas que lo acercan a las personas y, por ello, a la defensa y promoción de sus derechos, encuentra obvia justificación en la legitimidad ganada por el Tribunal Constitucional, desde su creación, en 1980:

“Pues bien, en este derrotero, desde el cuestionamiento inicial (a la Constitución de 1980), en lo formal y en lo material, hasta la legitimidad sustantiva, política y democráticamente pactada, cupo al *Tribunal Constitucional un rol decisivo, particularmente en torno de la configuración de un sistema que, primero, facilitara el tránsito pacífico*, es decir, acorde a normas jurídicas razonables, aunque perfectibles, *hacia la democracia*; y, luego, *que dotara de legitimidad a la voluntad popular y a los actores políticos*, particularmente en el plebiscito celebrado el 5 de octubre de 1988 y en las elecciones, libres y competitivas, que se realizaron el 11 de diciembre de 1989.

¹⁸ Amadeo, José Luis, *Privación de justicia*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1998, p. 13.

¹⁹ Fernández González, Miguel Ángel, “Recurso de Protección: Presente y futuro”, *Derecho Mayor*, N° 2, Temuco, Facultad de Derecho de la Universidad Mayor, 2003, pp. 25 – 58; y también, “Recurso de Amparo Económico: Una década de aplicación en los 20 años de vigencia de la Constitución”, *Anuario*, Año 1 N° 1, Atacama, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama, 2003, pp. 69 – 80.

La fundamentación de lo expuesto se encuentra, por cierto, en la manera como la Magistratura Constitucional se ha conducido por más de dos décadas, incluyendo que no haya estado ajena a cuestionamientos de variada índole, pero siempre cuidadosos en reconocer su contribución en los términos explicados; asimismo, en el prestigio de sus integrantes²⁰; y, en fin, en el acatamiento, a pesar de cualquier crítica, a cada uno de sus pronunciamientos.

La prueba irredargüible de la contribución del Tribunal a la legitimidad de la Constitución, como es bien sabido, se encuentra en su sentencia señera de 1985, sobre el momento en que debería hallarse en funcionamiento el Tribunal Calificador de Elecciones²¹.

No está demás recordar aquí que son serias las objeciones que suelen formularse a la Justicia Constitucional, especialmente cuando ella termina excluyendo del ordenamiento jurídico una ley, es decir, *la declaración de la voluntad soberana*:

“La literatura, que nuevamente habla de la ‘usurpación’ de poderes del Tribunal, la que da nuevo énfasis al argumento *countermajoritarian* (esto es, que el criterio de nueve hombres nombrados a dedo haya de prevalecer sobre el criterio de la mayoría del pueblo, expresado a través de representantes elegidos), es abrumadora²².”

No es del caso, sin embargo, traer a la memoria, con precisión, las objeciones aludidas ni tampoco los sólidos argumentos que las controvierten. Sin perjuicio de lo cual, aquella que cuestiona la legitimidad del Juez Constitucional, por no emanar, directamente, de la voluntad popular, tiene que ser rápidamente desechada, sobre todo, en nuestro caso.

En efecto, aquella legitimidad –y no hablo de mera legalidad– ha sido ganada –y empleo el término concientemente– en este cuarto de siglo de funcionamiento del Tribunal Constitucional de Chile, al punto que el Poder Constituyente Derivado no tuvo duda, en cinco años de tramitación de las últimas reformas, para, sobre la base de un juicio de reproche subyacente respecto de la conducta seguida por la Corte Suprema en el recurso de inaplicabilidad, trasladarlo al Tribunal con cualidad *hiperconcreta* y situándolo, en lo sustantivo y más allá de lo estructural, sobre el juez ordinario que aplica el precepto legal en cuestión.

Más aún, ha llegado a dotar al Tribunal de la potestad para expulsar, con efecto *erga omnes*, del ordenamiento jurídico, un precepto legal declarado inconstitucional.

Pues bien, no se pierda de vista que, aunque constitucional y formalmente, el legislador y el Poder Constituyente son órganos y funciones diversas en nuestro Estado de Derecho, uno y otro se realizan en Chile por la concurrencia de voluntades de los mismos órganos, el Presidente de la República, el Senado y la Cámara de Diputados. Luego y más allá de las formas, descorriendo el velo, el legislador ha consentido también o, cuando menos, ha tenido cabal conciencia de su total sujeción a la Carta Fundamental, en manos del Tribunal Constitucional, cuando lo ha dotado de la potestad para declarar la inaplicabilidad y hasta la inconstitucionalidad de un precepto legal.

B. Historia fidedigna

La explicación más clara, para comprender las razones que llevaron a dotar al Tribunal Constitucional del rol de garante máximo, aunque no único, de los principios, valores y normas de la Carta Fundamental, constan de la historia fidedigna del precepto. Más concretamente, durante el primer trámite constitucional, el entonces Ministro del Tribunal, don Eugenio Valenzuela Somarriva, expuso, a título personal:

“(…) que el Tribunal Constitucional es una de las instituciones de la Constitución de 1980 que ha funcionado bien. Para demostrarlo, informé que acompañaría una recopilación de opiniones de la doctrina y de algunos actores políticos, porque, sin duda, el Tribunal ha prestado tres grandes apoyos al sistema jurídico chileno. En primer lugar, dijo, constituyó un aporte decisivo en la transición política a la democracia por las sentencias que dictó en materia del Tribunal Calificador de Elecciones, de las votaciones populares y escrutinios, de los partidos políticos, de determinadas instituciones electorales y de las municipalidades. Eso constituyó un aporte muy valioso y permitió que hoy sean muchos más los que apoyan la Constitución de 1980, que los que la respaldaban antes de que el Tribunal Constitucional estableciera su doctrina.

El segundo aporte fundamental de este organismo, continuó diciendo, es incorporar nuevos sistemas interpretativos de la Carta Fundamental. Ocurre, explicó, que, en la justicia ordinaria, los tribunales tienen o han tenido la tendencia, a través del tiempo, en materia de Derecho Público, a aplicar la interpretación literal y la actual Constitución no habría funcionado jamás si se hubiera seguido a su respecto dicho principio. El Tribunal sustituyó el literalismo por los principios finalista y de interpretación como un todo armónico, orgánico, en que no hay desvinculación entre sus normas.

²⁰ Léase la entrevista al entonces Presidente del Tribunal Constitucional, don Juan Colombo Campbell, publicada en *La Segunda* el viernes 29 de agosto de 2003, p. 60.

²¹ Ferrández González, Miguel Ángel, “El Tribunal Constitucional y su aporte a la constitucionalización del Derecho”, *Derecho Mayor*, Año III, N° 3, Temuco, Facultad de Derecho de la Universidad Mayor, 2004, pp. 76 – 77.

²² García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1985, p. 172.

El último factor, añadió, es que el Tribunal Constitucional ha respetado un principio fundamental de la doctrina constitucional, el de la conformidad de los proyectos de ley con la Carta Fundamental. Vale decir, el Tribunal siempre ha partido de la base de que los órganos colegisladores son los que dictan las leyes y las dictan bien. O sea, indicó, existe una presunción de validez y el Tribunal ha sido muy respetuoso de los órganos colegisladores, Presidente de la República y Parlamento, y no se ha convertido en un suprapoder legal. Informó que eso ocurrió en Italia y está sucediendo en otros países, como Alemania²³.

5. NUEVA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

La reforma constitucional de 26 de agosto ha modificado sustancialmente al Tribunal, tanto en su composición y estatuto cuanto en sus atribuciones, así como en los efectos de sus decisiones. Aquello tiene que ser complementado por los cambios pertinentes a la ley orgánica constitucional que lo rige.

En cuanto a la integración del Tribunal, más específicamente, aquella reforma condujo, directa o indirectamente, a más cambios que los previstos por el Poder Constituyente Derivado.

En efecto, de acuerdo a la reforma introducida al antiguo artículo 81 del Tribunal (hoy artículo 92), éste pasó de contar con siete ministros –tres designados por la Corte Suprema de entre sus miembros, dos por el Consejo de Seguridad Nacional, uno por el Presidente de la República y el último por el Senado– a integrarse con diez magistrados, de los cuales tres siguen siendo nominados por la Corte, pero ya no de entre quienes la componen, otros tres por el Jefe del Estado, quien ve significativamente aumentada su participación; y cuatro por el Congreso Nacional. De estos últimos, dos son nombrados por el Senado y los restantes –en expresión de la transacción político-institucional que implica toda reforma a la Constitución– son propuestos por la Cámara de Diputados y ratificados por aquella Corporación.

En consecuencia, una vez publicada la reforma de 26 de agosto, debió procederse a proveer los tres nuevos cargos creados en el Tribunal. Así, el Senado nominó, directamente, a Raúl Bertelsen Repetto y a Hernán Vodanovic Schnake; y ratificó a Mario Fernández Baeza que había sido propuesto por la Cámara de Diputados.

Sin embargo, de los siete ministros antiguos, cuatro renunciaron, por distintas razones atendibles, a sus cargos. Abandonaron el Tribunal, en efecto, Juan Agustín Figueroa Yávar, Eugenio Valenzuela Somarriva, Urbano Marín Vallejos y Eleodoro Ortiz Sepúlveda, siendo reemplazados, respectivamente, por Jorge Correa Sutil, designado por el Presidente de la República; Mauricio Venegas Palacios, propuesto por la Cámara de Diputados y ratificado por el Senado; y, recientemente, la Corte Suprema ha designado a los profesores Marisol Peña Torres y Enrique Navarro Beltrán por concurso público²⁴.

De esta manera, sólo permanecieron en sus cargos, el Presidente del Tribunal, José Luis Cea Egaña y los ministros Juan Colombo Campbell y Marcos Libedinski Tschorne.

Hago este breve recuento para demostrar el enorme impacto que ya tuvo la reforma de 26 de agosto en la integración del Tribunal, incorporando un 70% de nuevos ministros, volviéndose decisivo el respeto de los precedentes, para la seguridad jurídica de las personas e instituciones que acudan a él, en tanto no se vayan conociendo las nuevas líneas jurisprudenciales que puedan emanar de aquella novísima judicatura.

No está demás, en fin, aludir, por no ser este el lugar para extenderse en ello, a las diferencias más de fondo que puede implicar la composición actual respecto de la precedente, v.gr., en las visiones jurídico y política o en los valores que modelan a cada uno de los ministros.

6. EXIGENCIA DEL PRECEDENTE

Lo que acaba de señalarse, en cuanto a los importantes cambios introducidos en la integración del Tribunal, es sólo una de las razones, ciertamente coyuntural, para justificar la *regla del precedente en la forma como él debe conducirse*.

Es cierto que aquella Magistratura siempre o, al menos, regularmente, ya ha acudido a su propia jurisprudencia para fundar las decisiones que va adoptando y, más aún, que, en el último tiempo, ha resultado evidente la intención de reforzar este recurso al precedente:

“Que, por último, debe también tenerse en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para

²³ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en mociones de los HH. Senadores señores Chadwick, Díez, Larraín y Romero, y de los HH. Senadores señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, con las que inician sendos proyectos que introducen diversas reformas a la Carta Fundamental, evacuado el 6 de noviembre de 2001, pp. 505 – 506.

²⁴ Véase el Auto Acordado que regula el nombramiento de los Ministros Titulares del Tribunal Constitucional por la Corte Suprema de Justicia, que fue publicado en el Diario Oficial el 24 de marzo de 2006.

todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina Jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen”²⁵.

Finalmente, recuérdese el considerando 13° del Rol N° 370:

“Que, para resolver acertadamente el problema que le ha sido planteado, este Tribunal debe analizar, con la extensión y profundidad indispensables, las características del sistema articulado en las disposiciones constitucionales señaladas, dejando desde ya establecido que se trata de un régimen que armoniza el ejercicio de la potestad legislativa con su homónima reglamentaria, esta última en la especie o modalidad de potestad destinada a ejecutar los preceptos legales, dentro del marco trazado en la Carta Fundamental y ceñido a las ideas matrices contenidas en la ley cuyas normas se trata de llevar a la práctica. Al proceder en los términos enunciados, esta Magistratura es coherente con la doctrina, reiterada y uniforme, que fluye de sus sentencias y que será transcrita o citada, a la vez que vela por el respeto de los valores esenciales, todos reconocidos en nuestra Constitución, como son lo concernientes al Estado de Derecho, la separación de órganos y funciones estatales, la certeza o seguridad jurídica y la supremacía de la Carta Fundamental con el control previsto en ella para infundirle eficacia”.

Se ha venido dando así una sana y correcta práctica, pues contribuye, obviamente, a la seguridad jurídica y a la confianza en esa Alta Magistratura; a la vez que ayuda a la conciencia constitucional²⁶ y a la constitucionalización del Derecho²⁷.

Ello, a mayor abundamiento, permite ir formando una doctrina más sólida, en torno del sentido y alcance de la Carta Fundamental, lo cual habilita para acudir a la jurisprudencia como antecedente, no sólo ante el Tribunal Constitucional, sino ante otros órganos estatales, especialmente para invocarla en causas concretas ante los Tribunales Ordinarios. Se visualiza allí, en fin, la asunción por el Tribunal del rol de garante máximo de la Constitución:

“Esta fuerza atribuida a las sentencias del Tribunal permite, además, que el proyecto recoja una doctrina desarrollada por el propio Tribunal, en el sentido de quedar vinculado por sus precedentes, sin perjuicio de cambiar lo resuelto con anterioridad, por razones fundadas. Con ello se logra la

necesaria estabilidad y certeza jurídica para las decisiones de los órganos del Estado, considerando que todos ellos quedan obligados por las sentencias del Tribunal”²⁸.

Adviértase, sin embargo, el *doble significado* que tiene la noción de precedente: Por una parte, en cuanto a que un asunto nuevo, pero sustancialmente semejante a otro ya resuelto por el Tribunal, debe ser decidido de la misma manera; pero también que la interpretación dada por la Magistratura a un precepto constitucional tiene que ser mantenida cuando la norma en cuestión se aplique en otra causa. Es en este segundo aspecto que, como se ha dicho, el Tribunal ha venido aplicando sus propios precedentes:

Hállase allí, a no dudarlo, envuelto el valor de la seguridad jurídica y el respeto del principio de igualdad con proscripción de discriminaciones, los cuales pueden, sin embargo, petrificar la labor del Tribunal quién no debe temer en aplicar su jurisprudencia como tampoco en modificarla cuando las circunstancias lo ameriten:

“En general los órganos judiciales no pueden abandonar los criterios (de interpretación) establecidos en decisiones precedentes (del mismo órgano o de otro superior). Esta prohibición, basada claramente en la unidad de la jurisprudencia y en la seguridad jurídica, no significa tanto el inmovilismo en la interpretación cuanto la creación de una obligación para el órgano que la incumpla: declarar el abandono del criterio precedente”²⁹.

Precisamente, habiendo comenzado recién el 27 de febrero de 2006 a regir las nuevas disposiciones relativas al Tribunal, contenidas en los artículos 92, 93 y 94 de la Constitución, una de cuyas secuelas será el mayor acceso de las personas a dicha Magistratura, se vuelve útil repasar, someramente, cuál ha sido el significado que el Tribunal ha dado a los derechos fundamentales, pues allí se encuentran *precedentes interpretativos* que deberá seguir en el futuro.

²⁵ Considerando 15° de la sentencia pronunciada el 22 de julio de 1993, Rol N° 171.

²⁶ Fernández González, Miguel Ángel, “La conciencia constitucional y su aplicación al caso chileno”, publicado en XIX Revista Chilena de Derecho, N° 3, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, mayo-diciembre 1992, pp. 461 - 479.

²⁷ Ollero Tassara, Andrés, Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1989, pp. 78 - 79.

²⁸ Mensaje N° 432/353, citado en supra nota 10, pp. 10-11.

²⁹ Moral Soriano, Leonor, El precedente judicial, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2002, p. 198. Entre nosotros, léase Quijano Fernández, Álvaro, La jurisprudencia ante la Constitución. El precedente judicial. Tesis para optar al grado de Magister, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, 1995.

III. EXÁMEN DE LA JURISPRUDENCIA

Antes de avanzar en el tema central de esta monografía resulta menester formular tres consideraciones previas:

En primer lugar, así como en su origen, en 1971, el Tribunal fue concebido en su formulación clásica, propia del Constitucionalismo del Estado, orientada a resolver básicamente conflictos entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional, el Tribunal reinstaurado en 1980 fue avanzando, en el contexto del Constitucionalismo Humanista, hacia una Magistratura que, sobre la base de velar porque ciertas normas jurídicas fundamentalmente respetaran la supremacía de la Constitución, comenzó a considerar prioritaria la defensa de los derechos de las personas. En este proceso, el Tribunal que se renueva a partir del 27 de febrero de 2006, tendrá más atribuciones y deberá priorizar todavía más aquella defensa, junto a la promoción de esos derechos.

En segundo lugar y como quedará en evidencia de la revisión que se hará en seguida, tal vez el Tribunal de 1980 / 2005 no pudo penetrar en demasía, aunque lo hizo más en el último trienio, en la definición del contenido de los derechos, como seguramente lo hará el que actúe a partir de 2006. Ello, sobre todo, porque el control precedente fue siempre abstracto y las partes sólo eran los legisladores. En cambio, ahora se ha abierto –aunque un tanto como habría sido deseable– más legitimación activa a las personas, incluso estableciendo verdaderas acciones públicas o populares, v. gr. en los numerales 2°, 6° y 7° del artículo 93. Aquella legitimación y la distinta perspectiva de las personas, de frente a los legisladores, indudablemente, forzarán al Tribunal a entrar más frontal y profundamente en el significado de los derechos fundamentales.

Finalmente, señalo que, antes de revisar la jurisprudencia vinculada a los distintos derechos, siguiendo, sólo por razón de orden, la numeración con que se sitúan en el artículo 19 de la Constitución, deben examinarse dos cuestiones generales en cuyo contexto tiene que ubicarse el significado atribuido a cada derecho. Me refiero a la dignidad humana y al principio del mayor valor de los derechos fundamentales.

7. LA DIGNIDAD HUMANA

Examiné detenidamente³⁰, el sentido y alcance que el Tribunal atribuyó al valor constitucional de la dignidad humana, al comentar el *Rol N° 389*, en cuyo considerando 17° se lee que:

“(…) por ser base del sistema institucional imperante en Chile, el artículo 1° inciso primero de la Constitución, el cual dispone que ‘las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos’. 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”.

Aparece así, muy probablemente, por primera vez en nuestra Justicia Constitucional, definido el concepto de *dignidad* que emplea la Carta Fundamental, asignándosele un papel preponderante y, por lo mismo, de vastas consecuencias, resultando evidente que la definición adoptada por el Tribunal se sustenta en el sentido natural y obvio de la palabra dignidad³¹, pues ella no se encuentra definida en nuestro ordenamiento jurídico, así como en la escasa doctrina que la ha analizado:

“Antes y sobre los derechos públicos subjetivos mencionados y otros más, en la Constitución consta hoy proclamado el valor de la dignidad de la persona humana, nada menos que en el umbral, esto es, al comienzo del primero de sus artículos.

La dignidad humana se erige así en el valor sustentable de aquellos derechos inalienables, en la fuente o base de arranque de ellos y que debe ser tan respetada y promovido como estos (…).

Trátase de otro concepto *iusnaturalista*. Significa que toda persona humana, por ser tal y sin más exigencias, nace y ha de convivir con la cualidad de digno, o sea, de trascendente a la historia, sujeto libre e igual al prójimo, cuyo destino es realizar un proyecto de vida, con sello singular o propio.

El hombre resulta ser así un depósito o cúmulo de valores supremos, con los cuales nace y los concreta durante la vida. Entre éstos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia (…). Pues bien, la dignidad es la fuente de esos atributos naturales³².

³⁰ Fernández González, Miguel Ángel, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero”, publicado en la Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Vol. LXVI, 2004, pp. 443 – 463.

³¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, Ed. Espasa, 2001, p. 556.

³² Cea Egoña, José Luis, I Derecho Constitucional Chileno, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2001, pp. 102 y 178.

Útil es advertir que, junto a la conceptualización de la dignidad como la cualidad del ser humano que lo hace acreedor, o sea, merecedor, siempre —sin excepción de especie alguna— a un trato de respeto, es decir, considerado y deferente³³, la sentencia agrega la justificación de aquella cualidad, consistente, por una parte, en que la dignidad es la fuente de los derechos esenciales y, de otra, en que ella también es el origen de las garantías tendientes a resguardar aquellos derechos fundamentales.

Se comprenden, entonces, las dimensiones cautelares, protectivas y promotoras de los derechos humanos a que puede llegarse por vía del respeto a la dignidad de la persona, en la interpretación y aplicación de la Constitución:

“El artículo 1° inciso 1° de la Constitución señala que las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, es decir, cada individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición, nace con dichos atributos o propiedades inherentes y no es el Estado, la sociedad organizada ni la Constitución quienes se los reconocen, pues es titular de ellos por el sólo hecho de ser persona”³⁴.

No puede olvidarse que el origen del precepto constitucional, contenido en el artículo 1° inciso 1° de la Carta Fundamental, se encuentra en su homónimo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, al tenor del cual “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”:

“La idea de persona concita hasta hoy un grado de respeto y ejerce un poderío de sentido, no necesariamente ligados a la profundidad y claridad con que se la comprende, sino, más bien, a algo que desde antiguo la rodea. Diríase de ella que es una palabra con carisma (...).

Es que la idea de persona es eminentemente cristiana y no parece posible desgajarla de ese tronco a la hora de comprender su dignidad. Es cierto que tomará un relieve propio a su paso por la filosofía práctica de Kant y contemporáneamente por la ética de Scheler —donde la persona es la sede de los valores— o en otras corrientes como el personalismo americano o la ideología de la revista *Esprit*, pero su fuerza originaria está esencialmente ligada a la primera formulación del pensamiento cristiano (...)

En efecto y yendo a aquella fuente originaria, tiene que decirse que:

“Los hombres de nuestro tiempo se hacen cada vez más conscientes de la

dignidad de la persona humana, y aumenta el número de aquellos que exigen que los hombres en su actuación gocen y usen del propio criterio y libertad responsables, guiados por la conciencia del deber y no movidos por la coacción.

Piden igualmente la delimitación jurídica del poder público, para que la amplitud de la justa libertad tanto de la persona como de las asociaciones no se restrinja demasiado. Esta exigencia de libertad en la sociedad humana se refiere sobre todo a los bienes del espíritu humano (...)

Finalmente y confirmando el precedente contenido en la sentencia sobre la Unidad de Análisis Financiero, en el *Rol N° 433* el tribunal expuso³⁵:

“Que, el artículo 1° de la Carta Fundamental, norma con que se inicia el Capítulo denominado ‘Bases de la Institucionalidad’, contempla la concepción acerca de la persona, la familia, la sociedad y el Estado que la Constitución consagra. De este modo, su contenido y ubicación demuestran la importancia que tiene;

Que, en su inciso primero, dicho precepto dispone: ‘Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos’ realizando así, como principio fundamental de nuestro orden constitucional, la dignidad del ser humano, la cual implica que éste ha de ser respetado en sí mismo por el sólo hecho de serlo, con total independencia de sus atributos o capacidades personales; Que, esta cualidad, propia de toda persona, constituye así *el fundamento de todos los derechos* que le son inherentes *y de las garantías* necesarias para resguardarlos”.

De las dos sentencias referidas, en consecuencia, es posible extraer, como reglas emanadas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que:

Primero, la dignidad exige siempre, o sea, sin excepciones, que el ser humano sea tratado con respeto, lo cual no depende de sus atributos, capacidades, cualidades o defectos;

Segundo, que aquella dignidad es el fundamento y la fuente de la cual emanan tanto los derechos esenciales de las personas cuanto las garantías que los protegen; y

Tercero, como corolario ineludible, que vulnerar los derechos o las garantías es lesionar la dignidad y afectar ésta es quebrantar aquellos.

³³ Diccionario citado en supra nota 31, p. 1.329.

³⁴ Fernández González, Miguel Ángel, “Derecho a la vida y derechos fundamentales de la persona que está por nacer” en *Los Derechos de la Persona que está por nacer*. Conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, Academia de Derecho Universidad Santo Tomás, 2001, pp. 82 - 83.

³⁵ Vial Larraín, Juan de Dios, *Filosofía moral*, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 1998, pp. 114 - 115.

³⁶ *Dignitatis Humanae*, declaración del Concilio Vaticano II sobre la libertad religiosa, reproducida en <http://www.vatican.va>

³⁷ Considerandos 23° a 25°.

8. PRINCIPIO DEL MAYOR VALOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es cierto que el principio aludido no ha sido expresado por el Tribunal ni lo ha desarrollado dogmáticamente, aunque muchas veces ha tenido oportunidad de aplicarlo. En virtud de aquel principio:

“(…) resulta no sólo la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder, cualesquiera sea su naturaleza y rango, que los lesionen (a los derechos), sino también la necesidad de interpretar la ley en la forma más favorable a la maximización de su contenido.

(…)

Puede, pues, afirmarse que una de las constantes de nuestra doctrina constitucional y, por efecto de ella, de la propia jurisprudencia *tout court*, es la reafirmación del principio hermenéutico *favor libertatis*, esto es, del ya aludido principio de que los derechos deben interpretarse del modo más amplio posible (...)”³⁸.

Pues bien, puede hallarse una expresión del principio, consistente en el mayor valor de los derechos fundamentales, en el considerando 11° del *Rol N° 247*:

“Que, en relación con la primera de las referidas argumentaciones, relativa a la generalidad y obligatoriedad del tributo generado por el proyecto de ley, Su Excelencia el Presidente de la República, ahondando en su razonamiento, expresa en sus observaciones que ‘como sucede en el caso planteado en el presente requerimiento’, ‘el sujeto obligado siempre tiene la posibilidad de efectuar o solicitar el servicio o bienes que el Estado proporciona o bien decidir no hacerlo’, por lo cual el tributo establecido no estaría acompañado de un grado de coacción suficiente como para calificarlo de impuesto. No obstante que dicha afirmación tiene por objeto determinar el carácter que, a juicio de Su Excelencia, reviste el tributo, este Tribunal no puede dejar de hacer presente que, si bien es cierto que el contribuyente podría en este caso exonerarse del pago del tributo no llevando a cabo la actividad que lo genera, no es menos cierto que tal exoneración sólo podría obtenerla privándose del ejercicio de derechos fundamentales de la persona, explícitamente asegurados por la Constitución Política, como son, por ejemplo, el derecho a desarrollar una actividad económica o a entrar y salir del territorio de la República. Dar base a una disyuntiva de esa naturaleza, aparece contraria a la concepción y al

ordenamiento constitucional, claramente reflejado, entre muchas otras disposiciones de la Carta Fundamental, en su artículo 5° que reconoce como límite del ejercicio de la soberanía, ‘el respeto a los derechos esenciales de la persona humana’”.

A pesar, como he dicho, que el principio del mayor valor de los derechos no ha sido abordado directamente por el Tribunal, lo menciono, pues se volverá cada vez más relevante según avance el acceso de los particulares a aquella Magistratura. Máxime cuando el proyecto de ley, que modifica la ley orgánica constitucional del Tribunal, contempla que frente a cada recurso de inaplicabilidad o acción de inconstitucionalidad, incluso la que es promovida de oficio por el mismo Tribunal, debe darse traslado al Presidente de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados. Aquel traslado –inexplicable en la inaplicabilidad y poco entendible en la inconstitucionalidad– puede ser espacio propicio para que se despliegue, en toda su magnitud, el principio en análisis, debiendo siempre prevalecer los derechos por sobre las potestades públicas y el interés de las personas por sobre las consideraciones de los agentes u órganos estatales.

9. DERECHO A LA VIDA

El Tribunal sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse, directamente en torno de este derecho en el *Rol N° 220*, a propósito del proyecto de ley sobre transplantes, hoy Ley N° 19.451; publicada en el Diario Oficial el 10 de abril de 1996, especialmente en torno del término de la vida.

El asunto al que aquí cabe referirse, pues otros dicen relación con el tema de la reserva de ley en nexa con la potestad reglamentaria, se refiere a la competencia del legislador para regular situaciones vinculadas a la vida y a la muerte de las personas, como tradicionalmente lo ha hecho, según se señala en el considerando 9°, el cual explica:

“En lo que se refiere a la muerte, ha regulado su régimen jurídico; sus efectos familiares y patrimoniales; la existencia de la pena de muerte para ciertos delitos tipificados en los Códigos Penal y de Justicia Militar, lo que la propia Constitución legitima en su artículo 19, N° 1°, inciso tercero que expresa: ‘La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado’. O sea, el legislador puede autorizar a los tribunales para imponer la pena de muerte privando legítimamente de la vida a determinadas personas; igualmente establece la legítima defensa como circunstancia eximente de responsabilidad penal. Haciendo uso de ella, una persona, cumpliendo con los requisitos

³⁸ Fernández Segado, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, publicado en Revista Española de Derecho Constitucional Año 13, N° 39, septiembre – diciembre de 1993, pp. 223 – 224.

establecidos por el artículo 10, N° 4 del Código Penal, que la consagra, puede dar muerte lícitamente a otro”.

Precisamente, para justificar la competencia legislativa en la materia, sin vulnerar el artículo 7 de la Constitución, el Tribunal añade, en el mismo considerando 9°, que:

“Igualmente, la ley también legitima la actividad de los médicos al practicar intervenciones quirúrgicas tendientes a preservar la vida. Si como consecuencia de ellas, la persona muere, el médico ‘no mata a otro’ en la definición de homicidio del Código Penal, sino, por el contrario, su conducta está justificada ya que lo hizo para salvarle la vida. Su acción es legítima y por lo tanto, no está revestida del requisito de antijuricidad que constituye presupuesto de todo delito.

El Estado debe velar, como se lo exige la Constitución, por la vida de las personas. Lo hace directamente a través de su poder público para cautelarlas de acciones de terceros y reconoce el derecho a la protección de la salud conforme al artículo 19, N° 9°, con el objeto de que, en caso de enfermedades, se preserven sus vidas.

Se desprende así, que la protección de la vida desde el punto de vista de la salud, está en manos de la medicina, cuyos avances han permitido prolongar la vida de personas beneficiadas por trasplantes que, de no haberseles efectuado, habrían muerto”.

Sin embargo, debe aclararse que, siendo la actividad médica una materia de regulación legal, no son los facultativos que la desarrollan los que resuelven el momento en que ocurre la muerte, como lo aclara el Tribunal, sino que ellos sólo acreditan ese hecho sobre la base de constatar la concurrencia de los requisitos que, para ese efecto, señala la ley:

“(…) Por otra parte, al exigir el proyecto de ley, en su artículo 11, la certificación de la muerte, no hace otra cosa que disponer la forma de acreditar este hecho, cuya ocurrencia es indeterminada, puesto que no se puede saber *a priori* el momento en que ocurrirá; a lo cual se agrega la circunstancia de que dicha certificación debe ser otorgada por personas expertas en la materia de que se trata, dado que se exige la especialidad acorde con la naturaleza del mal que constatan. Tal consideración está en plena armonía con lo expuesto en los motivos 4° a 10° de este fallo”³⁹.

Finalmente, cabe recordar que, a juicio del Tribunal, es decisivo, en el entramado diseñado por el legislador, para determinar el momento en que ocurre la muerte de una persona, que ella o quienes la representen, si no está en condiciones de actuar por

sí misma, haya obrado libre y espontáneamente para decidir la donación de todos o de parte de sus órganos con fines médicos, como se explica en el considerando 10°.

En consecuencia, pueden colegirse como reglas que emanan de la jurisprudencia comentada:

Primero, que el legislador puede normar en torno del régimen jurídico de la muerte;

Segundo, que la ley también tiene competencia para regular acerca del ejercicio de la actividad médica;

Tercero, que los médicos verifican el momento en que ocurre la muerte, pero no tienen facultad para decidirla, sino que sólo se ocupan de constatar el acaecimiento de los requisitos que, al efecto, ha determinado la ley; y

Cuarto, cabe inferir que es *condición crucial* para la validez de la donación de órganos la manifestación libre de voluntad del donante o de quien lo represente.

10. IGUALDAD ANTE LA LEY

Hállase aquí un derecho que, hasta ahora, no ha sido profundamente desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal, pero ello seguramente variará, en parte, por la obligación que se impone a todos los órganos estatales en orden a cumplir lo resuelto por aquella Judicatura, ya que el Tribunal deberá velar por el respeto de este derecho, superlativamente, cuando los jueces resuelvan situaciones semejantes de manera diversa, sin que ello tenga justificación, de frente a una decisión ya adoptada por el Tribunal en la materia.

Buscando las líneas jurisprudenciales en nexo con la igualdad ante la ley, recuérdese el *Rol N° 435*, en el cual el Tribunal señaló:

“Que, como puede apreciarse, de acuerdo a la modificación propuesta, el artículo 107, inciso tercero, de la Ley N° 18.695, señala que el alcalde que postule a su reelección o a su elección como concejal en la misma comuna será subrogado desde los 30 días anteriores a la fecha de la elección y hasta el día siguiente a aquel en que ésta se verifique, conservando el derecho a percibir su remuneración durante dicho período, lo que vulnera lo dispuesto en el artículo 19, N° 2°, de la Carta Fundamental, que expresa: ‘La Constitución asegura a todas las personas: ‘2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias’; Que, así tuvo ocasión de señalarlo este Tribunal en relación con una norma semejante, con motivo del proyecto que dio lugar a la Ley N° 19.130, que tuvo por objeto modificar la Ley Orgánica Constitucional de

³⁹ Considerando 12°.

Municipalidades. El inciso tercero del artículo 86 –actual artículo 107– de ese cuerpo normativo, comprendido en el artículo único, N° 24, de dicha iniciativa, decía: ‘Si un alcalde postulare a su elección como concejal en su propia comuna, al momento de declarar su candidatura quedará suspendido del ejercicio de su cargo por el solo ministerio de la ley hasta el día siguiente a la fecha de la elección, conservando empero la titularidad de su cargo y el derecho a percibir la remuneración correspondiente. En tal caso, lo reemplazará durante ese lapso, en calidad de subrogante, el funcionario en ejercicio que le siga en orden de jerarquía dentro de la municipalidad, excluidos los jueces de policía local’;

Que, por sentencia de 16 de marzo de 1992, Rol N° 145, esta Magistratura señaló al respecto: ‘El derecho a percibir una remuneración o sueldo está siempre ligado al ejercicio de un cargo; esto es lo normal y por consiguiente es lo que corresponde aplicar en la generalidad de las funciones públicas. Si todos están sometidos a esta norma básica, se quiebra esta igualdad cuando se dispone por una ley y en forma infundada que un funcionario, que no obstante no ejercer su cargo, por el solo hecho de estar postulando a la posible renovación del mismo, tenga derecho a continuar percibiendo la remuneración correspondiente al cargo que no se encuentra ejerciendo. En el caso específico que propone el proyecto se infringe la garantía constitucional en comento, como quiera que sin que medie una causal razonablemente justa o idónea para obtener el referido privilegio, se da el caso de que unos mismos funcionarios que, estando en la misma situación, aparecen, sin embargo, en desigualdad de condiciones respecto de la exigencia de desempeñar el cargo para tener derecho a percibir sus remuneraciones’⁴⁰.

Por su parte, en el *Rol N° 376* había resuelto, en los considerandos 19° a 25°:

“Que, el artículo 15, inciso cuarto, del proyecto, dispone: ‘Sólo será procedente imputar a las sumas de aporte público a que los partidos políticos tengan derecho los gastos en que éstos incurran, para sí o para sus candidatos, por los conceptos a que se refieren las letras a) y b) del artículo 2°.’;

Que, como puede apreciarse, se contempla en dicha disposición una limitación respecto de los gastos electorales que pueden imputarse al aporte público, restringiéndose éstos sólo a los comprendidos en las letras a) y b) del artículo 2°, esto es, aquellos correspondientes a propaganda y publicidad

y a las encuestas sobre materias electorales o sociales que se encarguen durante la campaña electoral;

Que, del tenor literal del artículo 15, inciso cuarto, del proyecto, podría deducirse que dicha limitación, en cuanto a los gastos electorales que pueden imputarse al financiamiento público, afecta sólo a los partidos políticos y no a los candidatos independientes. Esta situación llevaría a concluir que el precepto es contrario a lo dispuesto en el artículo 18, inciso primero, y 19, N°2, inciso segundo, de la Constitución, por establecer una desigualdad de trato que vendría a favorecer a dichos candidatos;

Que, sin embargo, una interpretación orgánica y sistemática de las normas que regulan el financiamiento público de los gastos electorales que contempla el proyecto, de modo que guarden entre ellas la debida correspondencia y armonía, lleva a una conclusión diferente;

Que, en efecto, con el objeto de velar por la legitimidad y transparencia del sistema de financiamiento público de los gastos de esa naturaleza, la disposición quiso limitar aquellos que se pueden imputar a éste, a los que se encuentren comprendidos en el artículo 2°, letras a) y b) del proyecto, respecto de todos quienes participen en la respectiva elección sin exclusiones; Que, el análisis del conjunto de los preceptos comprendidos en el artículo 15 de la iniciativa en examen demuestra que el sentido de la norma es el que ha sido determinado por esta Magistratura en el considerando anterior. Corrobora lo antes expuesto, lo preceptuado en el inciso tercero del mismo artículo, el cual expresa que las sumas que el Estado ha de financiar ‘serán pagadas directamente por el Fisco, hasta el monto máximo que le corresponda a cada partido o candidato independiente (...) siempre y cuando se dé cumplimiento a lo dispuesto en los incisos siguientes’. Y precisamente, el inciso siguiente es el cuarto, cuyo alcance es el que ha sido establecido por este Tribunal;

Que, en consecuencia, el artículo 15, inciso cuarto, del proyecto, es constitucional, en cuanto debe interpretarse que la limitación respecto de los gastos imputables al financiamiento público que contiene resulta aplicable tanto a los partidos políticos como, igualmente, a los candidatos independientes, con plena sujeción a lo que disponen los artículos 18, inciso primero, y 19, N° 2, inciso segundo, de la Constitución”.

Volviendo a confirmar, finalmente, que no hay infracción del principio de igualdad cuando todos los sujetos que se encuentran en la misma situación son tratados de manera idéntica por el ordenamiento jurídico, esto, es, haciendo simétricos los principios de igualdad y generalidad, aunque no siempre esta última supone respeto

⁴⁰ Considerandos 20° a 22°.

por la primera cuando el tratamiento general no goza de razonabilidad, en el considerando 51° del Rol N° 410, el Tribunal explicó que:

“(…) el pago de la subvención lo hace el Estado con sujeción al principio de igualdad, beneficiando así a los establecimientos de enseñanza, tanto públicos como privados, de la misma manera y con el correspondiente monto. A mayor abundamiento, relevante es destacar que la norma objetada tiene aplicación común o general para todos los establecimientos de enseñanza subvencionados involucrados en ella, cualquiera sea el proyecto educativo de sus sostenedores y los niveles de enseñanza básica y media a los cuales alcanza”.

De lo expresado, en las tres sentencias resumidas, en consecuencia, se concluye que:

Primero, sólo resulta admisible un trato diferente cuando existen causas razonablemente justas o idóneas para ello;

Segundo, que lo anterior avala incluso la concesión de privilegios que, en su entendido, ya no son tales, sino que pasan a constituir diferencias razonables; y

Tercero, por ende, que tratándose de la misma manera a todos los que se encuentran en semejante o idéntica situación, esto es, dotando de generalidad al precepto, se estaría respetando la isonomía constitucionalmente asegurada.

11. IGUAL PROTECCIÓN DE LA LEY

A diferencia de lo señalado en relación con la jurisprudencia recaída en los numerales 1° y 2° del artículo 19, la que se ha pronunciado respecto del derecho asegurado en su N° 3°, es más abundante y caracterizada por un tratamiento más denso y completo.

Desde luego y antes del cualquier evaluación, tiene que destacarse lo anterior cuando el Tribunal, tras la reforma de 26 de agosto de 2005, comenzará a conocer de causas concretas, entre partes, pues los derechos vinculados con la defensa jurídica, el debido proceso y el acceso a la justicia se vuelven capitales en ese escenario.

Por ello, revisar la jurisprudencia siguiente exige una mayor sistematización. Así, en primer lugar, se examinará el sentido y alcance del núcleo del derecho, asegurado en el inciso 1° del artículo 19 N° 3; luego el derecho a defensa; en seguida, los considerandos relativos al debido proceso, especialmente para verificar cuándo se da cumplimiento por la ley a las exigencias de racionalidad y justicia de que deben gozar los procedimientos; finalmente, se examinarán las sentencias que se han pronunciado respecto de las bases constitucionales del Derecho Penal, contenidas en los incisos 7° y 8° del numeral 3°.

C. Esencia del derecho

Explicando el sentido y alcance del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de que son titulares las personas, merece acudirse al Rol N° 437, pues él da cuenta –in extenso– de los precedentes:

“Que, el artículo 19 N° 3 inciso primero de la Constitución, asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, principio esencial que se concreta en los incisos siguientes, abarcando *garantías tanto de fondo como de procedimiento*, el conjunto armónico de las cuales, centrado en el principio de reserva legal, permite realizar cuanto implica ese postulado cardinal del Estado de Derecho y su incidencia en la seguridad jurídica;

Que, coherente con el significado del principio constitucional previsto en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, ya realzado, la interpretación de todas las disposiciones reunidas en el artículo 19 N° 3 tiene que ser hecha con el propósito de infundir la mayor eficacia, que sea razonable o legítima, a lo asegurado por el Poder Constituyente a las personas naturales y jurídicas, sin discriminación, porque eso es cumplir lo mandado en tal principio, así como en otros de semejante trascendencia, por ejemplo, los proclamados en los artículos 1°, 6° y 7° del Código Supremo en relación con el deber de los órganos públicos de servir a la persona; la sumisión de sus acciones a la Constitución y a las normas dictadas con sujeción a ella; y el ejercicio de sus atribuciones, aún en situaciones extraordinarias, sólo dentro de la competencia que le hayan conferido la Carta Fundamental y las leyes; Que la regla de hermenéutica constitucional descrita en el razonamiento antecedente lleva a este Tribunal a sostener que, sustantiva y procesalmente, el artículo 19 N° 3 de la Constitución tiene que ser entendido y aplicado con significado amplio y no estricto ni restrictivo, porque sólo así es posible cumplir, cabalmente, cuanto exige la serie de principios fundamentales analizados en los considerandos precedentes. Consecuentemente, cabe concluir que dentro de los parámetros de razonabilidad y legitimidad a que se hizo referencia, lo cierto e indudable es que la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales, como asimismo, las concreciones de ese principio que aparecen en los incisos siguientes del mismo numeral, deben ser entendidas en su acepción amplia, sin reducirlas por efecto de interpretaciones exegéticas, o sobre la base de distinciones ajenas al espíritu garantista de los derechos esenciales que se halla, nítida y reiteradamente, proclamado en la Carta Fundamental vigente;

Que, de lo razonado en los considerandos precedentes, fluye que los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y

generalidad ya realizada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátese de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido;

Que la tesis desarrollada en los considerandos precedentes, en lo concerniente a la amplitud sustantiva del artículo 19 N° 3 de la Constitución, ha sido invariablemente sostenida por esta Magistratura en numerosas sentencias, por ejemplo, las enroladas con los números 244 de 1996, considerandos 9° a 15°; 376 de 2003, considerandos 30° a 37°; 388 de 2003, considerando 26°; y 389, considerandos 29° a 34°. De esa jurisprudencia uniforme, útil es transcribir, con ánimo ilustrativo, lo razonado en la sentencia *Rol N° 244* de 1996, atendido el análisis minucioso y preciso que se hace en ella de un asunto semejante al que motiva este pronunciamiento:

9°. Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado;

10°. Que, entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta;

11°. Que, en este sentido, ambos principios se encuentran consagrados en los incisos séptimo y octavo del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, de acuerdo con los cuales, "Ningún delito se castigará con

otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado", y "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.";

12°. Que, de esta forma, la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y sólo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61 inciso segundo de la Constitución'.

Que esta Magistratura ha sostenido constantemente la misma tesis, también en lo concerniente a la racionalidad y justicia con que el legislador debe siempre regular la tramitación de los asuntos jurisdiccionales, en la acepción amplia o general ya explicada. Con el propósito de ilustrar lo aseverado, insertamos en seguida los considerandos atinentes de la sentencia *Rol N° 376* de 2003:

Vigesimonoveno. Que, el artículo 19, N° 3, inciso primero, de la Constitución asegura a todas las personas: "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.";

Trigésimo. Que, dicho precepto consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser, afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa. Fluye de lo anterior, lógicamente, que la voluntad del Poder Constituyente es que la ley contemple los preceptos que resguarden el goce efectivo y seguro de esos derechos;

Trigesimoprimer. Que, a su vez, el mismo numeral tercero del artículo 19, de la Carta Fundamental, en su inciso segundo, expresa que "Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale (...)";

Trigesimosegundo. Que, el derecho que esta última norma reconoce, se encuentra en relación directa y sustancial con aquel contemplado en el inciso primero del mismo precepto, en términos tales, que viene a precisar el sentido y alcance de la protección que el legislador debe otorgar al ejercicio de los derechos de la persona, refiriéndola específicamente a la defensa jurídica de ellos ante la autoridad que corresponda; (...)

Trigesimocuarto. Que, del examen de las disposiciones transcritas en el considerando anterior, se desprende que, en ninguna de ellas, se contempla un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de las sanciones que en cada caso se establecen;

Trigesimoquinto. Que, resulta evidente, en consecuencia, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con las disposiciones indicadas, determinan la imposición de una sanción. A mayor abundamiento, lo recién advertido por este Tribunal puede lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que, en los incisos primero y segundo del numeral tercero, del artículo 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos.”;

Que la doctrina chilena ha reconocido las características esenciales de amplitud y generalidad que tiene el artículo 19 N° 3 de la Constitución, en los dos aspectos explicados, habiéndose recogido la opinión del profesor Enrique Evans de la Cuadra (*Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1999, pág. 144), porque fue escrita por quien participó en la redacción de la disposición fundamental referida⁴¹.

De los considerandos latamente transcritos surgen, desde luego, al menos tres reglas que es menester considerar en relación con el derecho asegurado, a todas las personas, en el artículo 19 N° 3° de la Constitución:

Primero, que lo protegido en dicho precepto no sólo abarca garantías formales, procesales o adjetivas, sino que también cuestiones de índole sustantiva o material y que el legislador, para ejercer en plenitud su función, debe ocuparse tanto de unas como de las otras;

Segundo, que aquel precepto debe ser siempre entendido y aplicado con significado amplio, sin reducirlo a consecuencia de interpretaciones exegéticas o ajenas al espíritu garantista ya referido; y

Tercero, que los principios consagrados en el numeral 3° se aplican a toda diligencia o trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal que lo lleve a cabo, sea jurisdiccional, judicial o administrativo, superlativamente cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o infraccionales.

D. Derecho a defensa

Indudablemente, el derecho a defensa es la primera de las garantías necesarias para el amparo de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, como consta de los considerandos 29° a 31° del *Rol N° 389*:

“Que, en dicho precepto se consagra el principio general que impone al legislador la obligación de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, tener la oportunidad de defenderse de los cargos que la autoridad le formule. Se desprende de lo anterior, que la voluntad del Poder Constituyente es que la ley ha de contemplar las disposiciones que resguarden el goce efectivo y seguro de tales derechos;

Que, a su vez, el artículo 19° numero tercero inciso segundo de la Carta Fundamental, declara que “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida (...)”;

Que el derecho que esta última norma consagra se encuentra en relación, sustancial y directa, con aquel que contempla el inciso primero del mismo precepto, precisando el sentido y alcance de la protección que el legislador debe prestar al ejercicio de los derechos de toda persona, refiriéndola específicamente a la defensa jurídica de ellos ante la autoridad que corresponda”.

Pues bien y no obstante que el artículo 8° del proyecto sobre la Unidad de Análisis Financiero contemplaba el derecho a recurrir de reposición ante el Director de dicha Unidad y, luego, de reclamación ante la Corte de Apelaciones, el considerando 33° de la sentencia *Rol N° 389* aclara:

“Que del análisis de las disposiciones transcritas en el considerando anterior, se desprende que no se contempla en ellas procedimiento alguno que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de alguna de las sanciones que el artículo 8° establece”.

Justificando aquella afirmación, en el considerando 34°, se señala:

“Que, resulta evidente, por lo tanto, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8°, determinan la imposición de una sanción. Más aún, ello puede traer como consecuencia el lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con

⁴¹ Considerandos 14° a 20°.

las garantías que, en los incisos primero y segundo del numeral tercero del artículo 19° la Carta Fundamental consagra para resguardarlos”.

Y ello, aun cuando, como se lee en el considerando 36°:

“...que el propio artículo 8°, en su inciso tercero, señale que el afectado puede deducir recurso de reposición ante el Director de la Unidad y que, en caso que dicho recurso sea denegado, tiene la facultad de reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Ello no altera la inconstitucionalidad de las normas en estudio, en atención a que no subsana el hecho de que antes de la aplicación de la sanción por la autoridad administrativa, el afectado carece del derecho a defensa jurídica que el artículo 19° N° 3°, inciso segundo, en armonía con el inciso primero del mismo precepto de la Carta Fundamental, le reconocen. Este derecho a defenderse debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, a través de los cuales se pueden ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles. A lo que es necesario agregar, que resulta evidente que el poder recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva no es suficiente para entender que, por esa circunstancia, se ha convalidado una situación administrativa constitucionalmente objetable”.

De lo expuesto surge nítido, en primer lugar, que el derecho a defensa no rige sólo cuando los derechos son afectados, sino que también, en sede cautelar o preventiva, cuando esos derechos son nada más que amenazados. En segundo lugar, los sujetos obligados a respetar ese derecho y ante los cuales puede ejercerse no son sólo los tribunales, sino que puede reclamarse y llevarse a cabo en plenitud ante toda autoridad e incluso ante los particulares que estén desarrollando un procedimiento que tenga por finalidad declarar el derecho aplicable. Por ello, el derecho a defensa consiste en obtener de cualquier autoridad competente, si bien particularmente de los tribunales, la tutela efectiva de los derechos subjetivos.

La plenitud del derecho a defensa, desde el ángulo del órgano ante el cual se desenvuelve el procedimiento, ha quedado también sentenciada en el *Rol N° 376*, cuyos considerandos 34° y 35° señalan:

“Que, del examen de las disposiciones transcritas en el considerando anterior, se desprende que, en ninguna de ellas, se contempla un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de las sanciones que en cada caso se establecen;

Que, resulta evidente, en consecuencia, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los

derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con las disposiciones indicadas, determinan la imposición de una sanción. A mayor abundamiento, lo recién advertido por este Tribunal puede lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que, en los incisos primero y segundo del numeral tercero, del artículo 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos”⁴².

Finalmente, la plenitud del derecho a defensa se debe concretar también en el sentido que pueda ejercerse a lo largo de todo el procedimiento, desde su comienzo y aún en las gestiones previas, preparatorias o indagatorias, sin que sea suficiente -para entender que el legislador lo ha satisfecho- cuando se reduce a establecer recursos, pues a lo largo de toda la secuela procesal pueden irse consolidando situaciones jurídicas irreversibles.

Esta regla condujo, por vía de una sentencia interpretativa en todo caso, a que el Tribunal sostuviera, en el *Rol N° 434*:

“Que, el inciso segundo del nuevo N° 5 del artículo 8° de la Ley N° 18.175, sustituido por el artículo único, N° 1, letra d), del proyecto sometido a control, dispone: “Las sanciones que corresponda aplicar serán impuestas administrativamente al infractor, previa audiencia, por resolución fundada;

Que, la Constitución Política asegura a todas las personas en su artículo 19, N° 3, inciso primero: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”;

(...)

Que, en consecuencia, el inciso segundo del nuevo N° 5 que el artículo único, N° 1°, letra d), del proyecto, incorpora al artículo 8° de la Ley N° 18.175, es constitucional en el entendido que la audiencia previa a que se refiere, habilita al afectado para hacer uso en plenitud del derecho a la defensa jurídica que el artículo 19, N° 3, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental, le garantizan”⁴³.

Pero no corrió la misma suerte, en lo que había sido recta aplicación de la regla referida, otra disposición impugnada, según consta de los considerandos 36° y 37° en el *Rol N° 376*:

“Que, atendido lo que se termina de expresar, sólo es posible concluir que las normas comprendidas en los artículos 3, inciso tercero, oración final;

⁴² Considerandos 34° y 35°.

⁴³ Considerandos 7° a 10°.

6; 22, inciso sexto, frase final; 29; 30; 34, inciso final y 47, inciso final, del proyecto remitido son contrarias a la Constitución Política, por violar el artículo 19, N° 3°, incisos primero y segundo, de la misma;

Que, por otra parte, no puede concluirse que dichas inconstitucionalidades no existen, en atención a lo dispuesto en el artículo 54 del proyecto, que autoriza al Tribunal Calificador de Elecciones para dictar autos acordados, por cuanto este órgano estatal sólo está facultado para expedirlos con el objeto de "complementar las normas de procedimiento" que establezca la ley, respecto de los asuntos que se tramiten ante el Director del Servicio Electoral; pero no para crearlas cuando en la ley no existe norma alguna, como ocurre en la especie. En semejante orden de ideas, es necesario también analizar el artículo 48 del texto legal en consulta, en cuanto establece una instancia jurisdiccional para reclamar de multas que aplique el Servicio Electoral. Pero esta posibilidad en nada supera la falencia anotada, ya que la falta de posible defensa jurídica ante dicho Servicio, puede no ser factible de subsanarse dentro de los acotados márgenes del reclamo, que debe ser fallado en el plazo de diez días contado desde su interposición. Recordemos también que el derecho a la defensa jurídica debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles. No es, en consecuencia, suficiente permitir accionar ante el Tribunal Calificador de Elecciones para entender que, por esa sola circunstancia, se ha convalidado una actuación administrativa constitucionalmente objetable".

E. El debido proceso

Como es de sobra conocido, el artículo 19 N° 3°, en sus incisos 4° y 5°, consagra las normas fundamentales, si bien escuetas, relativas al debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, en el lenguaje de la Constitución, las disposiciones sobre un procedimiento racional y justo.

Son múltiples los aspectos que pueden destacarse de ambos preceptos. Sin embargo, se examinan aquí aquellos de mayor relevancia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual se ha enfocado, naturalmente, a examinar la racionalidad y justicia de los procedimientos.

a. Alcance de las palabras *sentencia* y *órgano que ejerce jurisdicción*

El Tribunal, coincidentemente con la doctrina⁴⁴, ha aclarado que la expresión *sentencia*, a que se alude en el artículo 19 N° 3° inciso 5°, es genérica, pues abarca toda especie de resolución que emane de un órgano jurisdiccional. Así lo aclaró en el considerando 10° del *Rol N° 198*:

"La norma constitucional presupone dentro del debido proceso legal la existencia de una sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debiéndose entender por tal no solamente aquella que definen los códigos procesales sino tal como lo explica el profesor don José Luis Cea en su "Tratado de la Constitución de 1980" (pág. 275), "que ella abarca todas las resoluciones que, por cualquier motivo o circunstancia un órgano o autoridad que ejerza jurisdicción dicta afectando la persona o los bienes ajenos". En consecuencia, al adoptar el Consejo de Defensa del Estado la resolución de iniciar las investigaciones para la comprobación del cuerpo del delito y con posterioridad, si así lo decide libremente, deducir la correspondiente querrela o denuncia, está dictando resoluciones o sentencias al tenor del texto constitucional, según la referida interpretación".

Por su parte y en nexa con el sujeto obligado a respetar el debido proceso, o sea, *los órganos que ejercen jurisdicción*, en el considerando 10°, letra b), del *Rol N° 198*, explicó:

"Vulnera también la disposición en análisis el artículo 19 de la Carta Fundamental, en su N° 3, inciso quinto, que establece el debido proceso legal, pues se está en presencia de un servicio público legalmente facultado para ejercer jurisdicción pudiendo decidir sobre la conducta o bienes de las personas; investigar hechos, recoger e incautar documentos y antecedentes que le permitirán en definitiva, a su mero arbitrio, decidir si se ejerce la acción penal ante la justicia del crimen tendiente a sancionar a los culpables de la comisión de los delitos investigados".

b. Comisiones especiales

Igualmente, el Tribunal ha definido también lo que debe entenderse por aquellas comisiones, las cuales se encuentran proscritas de nuestro ordenamiento jurídico, conforme al artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución.

⁴⁴ Fernández González, Miguel Ángel, "Derecho a la jurisdicción y debido proceso", Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca Año 2 N° 1, 2004, pp. 99 - 121.

En el *Rol N° 184*, letra f) del considerando 7° señaló:

“Que, como consecuencia de lo anterior, dicho precepto en análisis vulnera también lo dispuesto en el artículo 19, N° 3, inciso cuarto, de la Constitución, que reconoce a toda persona el derecho al juez natural y prohíbe el ser juzgado por ‘comisiones especiales’, como denomina el constituyente a todo órgano que usurpa atribuciones jurisdiccionales y pretende asumir las sin haber sido atribuido de ellas conforme a derecho”.

c. Racionalidad y Justicia

Nuestro Poder Constituyente Originario no estableció, propiamente, una regla de proceso debido, sino que quiso exigir de los procedimientos el acatamiento de condiciones, supuestos, requisitos o exigencias tanto formales como sustantivas. Por ello, no resultaba suficiente que asegurara un debido proceso, sino que exigió racionalidad y justicia en cada procedimiento.

Precisamente, para cautelar el cumplimiento de aquellas dos características, dispuso expresamente la reserva de ley en relación con los procedimientos, como lo ha declarado el Tribunal en el *Rol N° 198*, considerando 10° letra b):

“Pero el artículo 19, N° 3, inciso de la Carta Fundamental, asegura también que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en un proceso previo legalmente tramitado exigiendo al legislador que garantice un racional y justo procedimiento. Es decir, lo que la disposición prescribe es que una vez establecido por el legislador un proceso legal éste debe cumplir además con las cualidades de racional y justo.

En el caso en análisis no se cumple y se infringe el precepto constitucional anteriormente referido, pues el artículo 16, en su inciso tercero, otorga facultades a un servicio para que efectúe actuaciones de índole jurisdiccional, pero no se detalla ni se precisa en forma exhaustiva, al igual como lo hace el Código de Procedimiento Penal, para garantizar eficazmente los derechos de las personas, el pronunciamiento a que se debe someter dicho servicio con las facultades que se le otorgan. Es especialmente grave e ilegítimo, entre otros, que no se señale plazo a la investigación; la oportunidad y número de veces que las medidas puedan decretarse y realizarse; el no contemplar la asistencia de abogado defensor y no otorgar recursos ordinarios o especiales para objetarlas, etc.”.

Aplicando aquellos razonamientos, más concretamente, le correspondió al Tribunal, en el *Rol N° 417*, evaluar una disposición, contenida en un proyecto de ley, en virtud de la cual se disponía que una resolución judicial que autorizara o denegara

ciertos procedimientos especiales para obtener informaciones, v. gr., en relación con el secreto bancario, debía dictarse dentro de las 24 horas de solicitada “sin audiencia ni intervención del afectado ni de terceros y será someramente fundada”.

Pues bien y sin perjuicio de lo ya señalado a propósito de la plenitud, en toda la extensión del procedimiento, del derecho asegurado en el artículo 19 N° 3°, el Tribunal examinó la racionalidad y justicia de aquel germen de precepto legal, habida consideración, especialmente, de lo dispuesto en los artículos 1 inciso 4° y 5 inciso 2° de la Constitución, sosteniendo en los considerandos 27° a 30°:

“Que, evaluado el mérito constitucional del artículo 29 inciso primero del proyecto desde las bases o fundamentos del sistema institucional que han sido comentadas fluye, con entera claridad, que ese germen de precepto legal pugna, sustantivamente, con lo ordenado en la Carta Política, al menos en los dos aspectos que serán explicados en los considerandos siguientes;

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;

Que, adicionalmente, la disposición en análisis *limita el fundamento y motivación de la resolución judicial*, manifestando que basta con que sea *someramente fundada*, carácter elemental y escueto que impide al Ministro de Corte respectivo evaluar, argumentadamente, la procedencia de las medidas solicitadas y decidir, sobre premisas comprobadas y sólidas, si ellas vulneran lo asegurado en la Constitución a todas las personas, incluidas las que puedan ser afectadas por tales procedimientos especiales de obtención de informaciones reservadas o secretas;

Que, consecuente con lo demostrado en los dos considerandos anteriores, este Tribunal declarará que son inconstitucionales, por lo cual deben ser eliminadas del proyecto, tanto la frase ‘dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la solicitud respectiva’, como la palabra ‘someramente’, que aparecen en el artículo 29 inciso primero de la iniciativa en examen, sometida a control preventivo de constitucionalidad”.

d. Exigencia de bilateralidad de la audiencia

Es usual, al mencionar condiciones o requisitos para que un procedimiento sea racional y justo, señalar la bilateralidad de la audiencia. Ello, no obstante, la existencia de procedimientos unilaterales, como las tradicionales medidas prejudiciales.

El asunto ha sido examinado por el Tribunal, v. gr. en el *Rol N° 349*, considerandos 36° a 39°:

“Que, la facultad otorgada en la disposición que se plantea, se inscribe dentro de las potestades administrativas del Servicio, la que queda sometida al control jurisdiccional previo que allí se señala. El procedimiento que se contempla para realizar este control, no hace necesario oír a quien pueda ser afectado por la decisión, ni tampoco notificarlo de la resolución judicial correspondiente. Se acepta, en consecuencia, la aplicación irrestricta, en este caso, de la unilateralidad de la audiencia, lo que debe ser objeto de particular examen, toda vez que la norma establece una excepción al criterio general del secreto de la cuenta corriente bancaria;

Que, si bien el principio de bilateralidad de la audiencia en materias que son de competencia de los tribunales civiles, como ocurre en este caso, acepta calificadas excepciones, ellas se explican por la urgente necesidad de adoptar prontamente providencias cuya dilación podría acarrear graves consecuencias. En la situación en análisis no concurre la circunstancia anotada, toda vez que los registros y antecedentes de una cuenta corriente bancaria se mantienen en el tiempo, bajo custodia y responsabilidad de un tercero que es, a su vez, fiscalizado por la autoridad;

Que, por otra parte, también debe precisarse que no sólo el juez debe resolver “con el solo mérito de los antecedentes que acompañe el Servicio”, sino que, además, el afectado por la decisión judicial que autoriza la medida carece, de acuerdo con la propia disposición, de la facultad de interponer cualquier recurso oportuno para enervar la resolución del juez que permite el examen de sus cuentas corrientes;

Que, de esta manera, en esta situación concreta, al no aplicarse el principio de la bilateralidad de la audiencia ni concederse recurso alguno en los términos previamente señalados en contra de la resolución antes indicada, se opta por un procedimiento que no resulta ni racional ni justo, lo que entra en colisión con el derecho establecido en el N° 3, inciso quinto, del artículo 19 de la Constitución Política, lo que llevará a esta Magistratura a declarar la inconstitucionalidad del precepto”.

En consecuencia, adviértase que, incluso en materia civil, establecer la unilateralidad implica una norma excepcional, cuyo único fundamento es la urgencia con que debe adoptarse la decisión.

El asunto, en términos semejantes, volvió a ser analizado por el Tribunal en el *Rol N° 417*, resolviendo nuevamente, en sus considerandos 22° a 25°:

“Que el indicado artículo 25 inciso primero del proyecto define lo que se entiende por procedimientos especiales de obtención de información, precisando, en el inciso segundo y con carácter taxativo, los únicos cinco procedimientos concretos aplicables para tal efecto. Ahora bien, en la letra d) de tal enumeración se halla la facultad de obtener ‘antecedentes sujetos a reserva o secreto bancario’, procedimiento que puede llevarse a cabo, con sujeción a lo previsto en el artículo 29 inciso primero del proyecto, mediante la resolución judicial previa que lo autorice, ‘sin audiencia ni intervención del afectado ni de terceros’;

Que ante otra disposición sometida a control preventivo de constitucionalidad, pero semejante en su tenor y espíritu, este Tribunal concluyó, en el considerando 37 de la sentencia *Rol N° 349*, ‘Que, si bien el principio de bilateralidad de la audiencia en materias que son de competencia de los tribunales civiles, como ocurre en este caso, acepta calificadas excepciones, ellas se explican por la urgente necesidad de adoptar prontamente providencias cuya dilación podría acarrear graves consecuencias. En la situación en análisis no ocurre la circunstancia anotada, toda vez que los registros y antecedentes de una cuenta corriente bancaria se mantienen en el tiempo, bajo custodia y responsabilidad de un tercero que es, a su vez, fiscalizado por la autoridad’;

Que el razonamiento insertado en el considerando precedente es por entero válido y pertinente con relación al procedimiento especial de obtención de información previsto en el artículo 25 inciso segundo letra d) del proyecto ahora en examen, motivo por el cual esta Magistratura, siendo coherente con el criterio de interpretación expuesto en su sentencia ya citada, declarará la inconstitucionalidad del precepto en análisis, el cual tiene que ser suprimido de la iniciativa referida”.

Finalmente, quedó, por tercera vez, confirmado el mismo criterio, en el *Rol N° 433*, considerandos 33° y 34°:

“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 N° 349* (cons. 37°);

Que, en consecuencia, la norma en examen tiene un carácter discreción por la indeterminación que conlleva en relación con las diligencias que el Ministerio Público juzgue necesario llevar a la práctica, no es propia de un procedimiento y una investigación que sean racionales y justos y carece de justificación, quedando así la dignidad de las personas y sus derechos a la vida privada y a la reserva de las comunicaciones de similar naturaleza que derivan de ella, en situación de ser afectadas en su esencia por la norma que se analiza, motivos por los cuales se declarará su inconstitucionalidad”.

Queda, entonces, fuera de toda duda que la unilateralidad de la audiencia sólo resulta admisible, en cualquier sede, únicamente cuando lo exija la urgencia con que debe adoptarse la decisión.

Sin embargo, en materia penal pareciera ser –y uso el verbo en potencial, pues el asunto no ha sido mayormente desarrollado o profundizado por el Tribunal– que ni aún la urgencia justifica la unilateralidad, como podría colegirse del considerando 32°, contenido en el *Rol N° 433*:

“Que, por otra parte, el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de la Constitución, exige que el legislador establezca ‘siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos’, lo que no se cumple en la especie, si se toma en consideración, como ha quedado demostrado, que el afectado no está en conocimiento de la actuación, ni puede, por lo tanto, interponer recurso oportuno alguno en defensa de sus derechos para enervar la resolución del juez que permita la entrega de antecedentes o copias de documentos que hayan sido requeridos por el Ministerio Público”.

e. Derecho a los recursos

Hállase aquí otra condición que regularmente se menciona como ineludible para estimar que se está frente a un procedimiento racional y justo⁴⁵.

Ya fue así transcrito, a propósito del párrafo anterior, en los considerandos 38° y 39° del *Rol N° 349*. Y el Tribunal lo reiteró, confirmando el precedente, en el *Rol N° 415*, considerandos 12° a 14°, aunque, por vía interpretativa, salvó la norma objetada:

“Que, por otra parte, tratándose de un procedimiento sancionatorio iniciado por una denuncia ante el Servicio Electoral, en el nuevo artículo 51, N° 3°, inciso segundo, se establece que si se dan los supuestos que la propia

⁴⁵ Fernández González, Miguel Ángel, “La apelación en el Nuevo Proceso Penal frente al Derecho Constitucional al debido proceso”, *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Vol. LXVII, 2005, pp. 145 – 169.

disposición contempla, ‘(...) se ordenará el archivo de la misma por resolución fundada, notificando de ello al interesado’ sin que se de comienzo, en consecuencia, al procedimiento sancionatorio correspondiente;

Que, del contexto del proyecto en análisis, se desprende que el sentido de la preceptiva comprendida en el nuevo artículo 51 que se introduce a la Ley N° 19.884 es que, en este caso, también pueda reclamarse por el interesado ante el Tribunal Calificador de Elecciones, dándose así debido cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19, N° 3°, incisos primero y segundo de la Constitución Política;

Que, atendido lo anteriormente expuesto, este Tribunal resolverá que las normas comprendidas en el artículo 51, N° 3°, inciso segundo, que se incorpora al cuerpo legal antes mencionado, son constitucionales, en el entendido que la resolución que ordena el archivo de la denuncia en los supuestos que la disposición señala es susceptible de reclamación, ante el Tribunal Calificador de Elecciones, en la forma que se indica en el N° 9 del mismo precepto”.

f. Extensión a las investigaciones

A pesar de la jurisprudencia del Tribunal, en cuanto a la plenitud, en lo formal y en lo sustantivo, de los derechos asegurados en el numeral 3° del artículo 19, no siempre se ha considerado que aquellos derechos –particularmente, el que se tiene a un procedimiento racional y justo– sean aplicables en toda secuela llevada a cabo por cualquier autoridad pública o privada.

Esta interpretación, inconsistente con el Constitucionalismo Humanista, sin embargo y para evitarla, condujo a modificar la Constitución, mediante Ley N° 19.519, publicada en el Diario Oficial el 16 de septiembre de 1997.

Conforme a dicha enmienda, también *las investigaciones* deben respetar el procedimiento racional y justo:

“El artículo 3° del Código Procesal Penal establece el rol exclusivo y del Ministerio Público en materia de investigación, al disponer que sólo dicho Organismo Constitucional “dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley”.

En este sentido, sin embargo, cabe tener presente que la investigación, que queda reservada al Ministerio Público, es nada más que aquella que se vincula con los hechos constitutivos de delito y para hacer efectiva la responsabilidad penal, pero ello no obsta a que otros órganos estatales y

aún los particulares puedan llevar a cabo indagaciones acerca de cuestiones diversas, es decir, que no tengan por finalidad la averiguación y determinación de hechos constitutivos de delito, como ocurre, por ejemplo, con las Ramas del Congreso Nacional en el desenvolvimiento de la acusación constitucional; o cuando se trata de hechos que dan origen a responsabilidades diversas, v. gr., de carácter penal y administrativo, donde la investigación puede ser llevada a cabo, en conformidad a la ley, por distintos órganos, cada uno en la esfera de su competencia.

Sin embargo, no resulta aventurado imaginar que esta disposición originará conflictos de competencia, pues no será extraño, por ejemplo, que órganos fiscalizadores de Administración, como las Superintendencias, o la Contraloría General de la República se encuentren desarrollando una investigación, inicialmente radicada en sus respectivos ámbito de competencia, pero que surja la posibilidad de un delito, lo cual fuerza a sostener su abstención inmediata a favor del Ministerio Público. Asimismo, quedarán más en evidencia lo violatorias de derechos fundamentales que son algunas metodologías empleadas por entes fiscalizadores cuando llevan a cabo sus procedimientos utilizando elementos que sólo pueden emplearse por quien indaga criminalmente, como el interrogatorio de ejecutivos o la incautación de documentos. En este contexto, los órganos fiscalizadores de la Administración deberán dar cabal cumplimiento a los principios y normas contenidos en la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo.⁴⁶

El Tribunal ha explicado cuanto viene siendo señalado, especialmente en nexos con el origen de la reforma constitucional antes mencionada, en los considerandos 17° y 18° del Rol N° 293:

“Que, es conveniente recordar que el precepto constitucional del artículo 19, N° 3°, inciso quinto, fue modificado por el artículo 1° de la Ley de Reforma Constitucional que contempló el nuevo Capítulo VI A, Ministerio Público, por estimarse, precisamente, que la norma constitucional sobre el debido proceso no sólo debía regir para los órganos que ejercen jurisdicción, sino también para aquellos que, como el Ministerio Público, no tienen tales facultades, por lo que se estimó indispensable incorporar, también, a las exigencias de que sea el legislador el que fije la racionalidad y justicia de los procedimientos, los relativos a la dirección de la investigación, que se le encomienda al nuevo organismo autónomo que se crea;

Que, aun cuando la actual norma del artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental, es de meridiana claridad, respecto a lo sostenido en el considerando anterior, es conveniente tener presente que la modificación pertinente tuvo su origen en una indicación de los senadores señores Díez y Piñera que la formularon en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que estudió la reforma constitucional pertinente. Fundando la indicación, el señor Díez expresó que ella: ‘apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente sentado que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento’ (Diario de Sesiones del Senado, Sesión N° 53 (anexo de documentos), de mayo de 1997, pág. 6.200)”.

Una aplicación concreta de la necesidad de una investigación racional y justa se encuentra, aún antes de la sentencia recién transcrita, en el Rol N° 198, considerando 10°:

“Que el referido inciso tercero del artículo 16 del proyecto vulnera la Constitución al no proteger el goce efectivo de los derechos y libertades que la Carta asegura y garantiza a todas las personas, cuando dota a un servicio público, Consejo de Defensa del Estado, de facultades absolutamente discrecionales, como las de recoger e incautar documentos o antecedentes probatorios de cualquier naturaleza pertenecientes a personas objeto de una investigación de dicho servicio, o para requerir a terceros la entrega de antecedentes o documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva pertenecientes también a las personas investigadas. Las facultades conferidas se ejercen por el servicio sin contemplar su sometimiento a control o aprobación judicial previa alguna, pues no se prevén recursos especiales u ordinarios que permitan una revisión de lo actuado o decretado por una instancia superior, con lo cual, salvo el ejercicio de acciones constitucionales, dejan en indefensión a las personas naturales o jurídicas que directa o indirectamente se puedan ver involucradas con una investigación como la que se autoriza al Consejo de Defensa del Estado en el proyecto de ley en examen.

(...)

Vulnera también la disposición en análisis el artículo 19 de la Carta Fundamental, en su N° 3, inciso quinto, que establece el debido proceso legal, pues se está en presencia de un servicio público legalmente facultado para ejercer jurisdicción pudiendo decidir sobre la conducta o bienes de

⁴⁶ Fernández González, Miguel Ángel, Cuestiones constitucionales en torno del Código Procesal Penal, Santiago, Universidad de Los Andes, Documento de Trabajo N° 57, 2003, pp. 36 - 37.

las personas; investigar hechos, recoger e incautar documentos y antecedentes que le permitirán en definitiva, a su mero arbitrio, decidir si se ejerce la acción penal ante la justicia del crimen tendiente a sancionar a los culpables de la comisión de los delitos investigados.

La norma constitucional presupone dentro del debido proceso legal la existencia de una sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debiéndose entender por tal no solamente aquella que definen los códigos procesales sino tal como lo explica el profesor don José Luis Cea en su "Tratado de la Constitución de 1980" (pág. 275), "que ella abarca todas las resoluciones que, por cualquier motivo o circunstancia un órgano o autoridad que ejerza jurisdicción dicta afectando la persona o los bienes ajenos". En consecuencia, al adoptar el Consejo de Defensa del Estado la resolución de iniciar las investigaciones para la comprobación del cuerpo del delito y con posterioridad, si así lo decide libremente, deducir la correspondiente querrela o denuncia, está dictando resoluciones o sentencias al tenor del texto constitucional, según la referida interpretación.

Pero el artículo 19, N° 3, inciso quinto de la Carta Fundamental, asegura también que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en un proceso previo legalmente tramitado exigiendo al legislador que garantice un racional y justo procedimiento. Es decir, lo que la disposición prescribe es que una vez establecido por el legislador un proceso legal éste debe cumplir además con las cualidades de racional y justo.

En el caso en análisis no se cumple y se infringe el precepto constitucional anteriormente referido, pues el artículo 16, en su inciso tercero, otorga facultades a un servicio para que efectúe actuaciones de índole jurisdiccional, pero no se detalla ni se precisa en forma exhaustiva, al igual como lo hace el Código de Procedimiento Penal, para garantizar eficazmente los derechos de las personas, el procedimiento a que se debe someter dicho servicio con las facultades que se le otorgan. Es especialmente grave e ilegítimo, entre otros, que no se señale plazo a la investigación; la oportunidad y número de veces que las medidas pueden decretarse y realizarse; el no contemplar la asistencia de abogado defensor y no otorgar recursos ordinarios o especiales para objetarlas, etc."

F. Bases del Derecho Penal

Por último, en relación con los incisos 7° y 8° del artículo 19 N° 3° de la Constitución, el Tribunal se ha pronunciado acerca del *principio de irretroactividad* de la ley penal en el *Rol N° 327*, considerandos 13° y 15°:

"Que, como puede observarse, 'en el caso de notable abandono de deberes o contravención grave a las normas sobre probidad administrativa', un alcalde puede quedar suspendido de su cargo, o inhabilitado para ejercer un cargo público por el término de cinco años, en las situaciones que la propia disposición señala;

Que, al no contemplarse en el proyecto una norma que determine la forma de aplicación de dicho precepto, éste podría interpretarse en el sentido que dispone, en los casos que indica, la imposición a un alcalde de una suspensión o inhabilitación por hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del mismo, lo que vulnera el artículo 19, N° 3°, inciso séptimo, de la Carta Fundamental, el cual establece que 'Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado';

Que, atendido lo anterior, este Tribunal, de acuerdo con el principio de buscar la interpretación de la ley que permita, dentro de lo posible, resolver su conformidad con la Constitución, considera que el precepto en análisis es constitucional en el entendido de que sólo es aplicable respecto de hechos acaecidos con posterioridad a que la ley entre en vigencia".

En otro asunto y directamente vinculado con el inciso 8° del numeral 3°, particularmente, respecto de la constitucionalidad de las denominadas leyes penales en blanco, en los considerandos 4° y 5° del *Rol N° 24* defendió el apego a la Carta Fundamental de aquellas leyes:

"Que la interpretación emanada de la historia fidedigna de la norma constitucional en estudio concuerda con el sentido natural y obvio de las palabras *expresa* y *completamente*.

En efecto, según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, la palabra *expresa* significa claro, patente, especificado; y la expresión *completamente* quiere decir: cumplidamente, sin que nada falte, lo que guarda relación con el sentido de la palabra completo— completa que significa: lleno, cabal, acabado, perfecto.

Es evidente, entonces, que según el Diccionario de la Lengua, no tienen idéntica significación las palabras *expresa* y *completamente*, ya que esta última contiene mayores exigencias y, tratándose de la conducta delictual debe ser llena, cabal, acabada y perfecta.

De acuerdo a los términos del inciso final del N° 3 del artículo 19, *basta*, pues, que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena, que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales;

Que analizados los preceptos del proyecto que se acompaña como anexo

“A”, a la luz de lo expuesto en los considerandos precedentes, fuerza es concluir que ellos cumplen con las exigencias establecidas en el inciso final del N° 3 del artículo 19 de la Constitución, por cuanto el núcleo esencial de la conducta que se sanciona está expresa y perfectamente definido en el proyectado artículo 1°. La circunstancia que en el artículo 25 del proyecto se deje entregada al Reglamento la misión de pormenorizar las substancias o drogas a que se refiere la norma rectora en nada se contrapone con la preceptiva constitucional, ya que no podrá incluirse en el citado Reglamento, lícitamente, ninguna substancia o droga que no quede comprendida dentro de aquellas que genéricamente se indican en ambos incisos del artículo 1° del proyecto de ley. Estas normas, pues, respetan plenamente la garantía constitucional que consagra el tantas veces citado inciso final del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, ya que será la ley la que contemple la descripción expresa de la conducta que se sanciona y será también esa ley la que ‘alerte’ a los súbditos sobre el hecho de que pueden ser sancionados por la acción u omisión de elaborar, fabricar, transformar, preparar o extraer, sin contar con la competente autorización, alguna de las substancias que específicamente señale el Reglamento dentro del género determinado en la ley de ‘substancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o química capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública’, como asimismo, ‘substancias o drogas de la misma índole’ que no produzcan los efectos antes indicados”.

Posteriormente, en el *Rol N° 286*, considerando 6°, puede entenderse que mantuvo la jurisprudencia precedente:

“Que, el inciso segundo del artículo 30 A, sometido a control de constitucionalidad, vulnera lo preceptuado en el artículo 19, N° 3°, inciso final, de la Constitución, pues la conducta que proyecta sancionar como delito no cumple con la exigencia de encontrarse expresamente descrita en él.

En efecto, la vaguedad e imprecisión con que se encuentra redactado el precepto no se compadece en forma alguna con el principio de certeza jurídica que inspiró al constituyente al disponer la exigencia de tipificar las figuras delictivas y, por el contrario, abre un peligroso espacio al subjetivismo para el intérprete de la norma. La descripción del delito que se hace en ella, sin ninguna otra exigencia o complementación, es extraordinariamente genérica y ello permite que cualquier conducta pueda ser calificada como suficiente para configurar el delito que se propone establecer.

A mayor abundamiento, las hipótesis delictivas consultadas en la disposición en referencia, pueden erosionar seriamente las garantías del

imputado, particularmente la contemplada en la letra f), N° 7°, del artículo 19 de la Carta Fundamental”.

Confirma la línea jurisprudencial que se viene exponiendo, la decisión contenida en el considerando 8° del *Rol N° 306*:

“Que, este Tribunal considera, en este caso, que el inciso primero de dicho precepto, al referirse específicamente a ‘Los fuegos artificiales, artículos pirotécnicos y otros artefactos similares, que se importen, fabriquen, transporten, almacenen o distribuyan en el país’, cumple con la exigencia establecida en el inciso final del N° 3°, del artículo 19, de la Constitución, puesto que contiene el núcleo esencial de la conducta que se sanciona”.

En fin, queda corroborada y sin asomo de duda que la regla establecida por el Tribunal, genuino precedente, es la de admitir la constitucionalidad de las leyes penales en blanco cuando el legislador ha efectuado una descripción clara de la conducta punible, aunque no haya sido completa o acabada, en el considerando 9° del ya aludido *Rol N° 306*:

“Que, por otra parte, en el inciso segundo de la misma norma, se alude a los ‘fuegos artificiales, artículos pirotécnicos y otros artefactos de similar naturaleza, sus piezas o partes, comprendidos en los grupos números 1 y 2 del Reglamento Complementario de esta ley, contenido en el decreto supremo N° 77, de 1982, del Ministerio de Defensa Nacional’.

Este Tribunal entiende que dicha referencia es a los grupos números 1 y 2 comprendidos en el artículo 125 del Decreto Reglamentario antes mencionado, teniendo presente que es la única disposición de dicho cuerpo normativo que hace mención a grupos de esta especie, referencia que ha de considerarse que forma parte de la norma legal en análisis, para dar así debido cumplimiento a lo que disponen los incisos séptimo y octavo del N° 3°, del artículo 19, de la Carta Fundamental;

De cuanto ha sido expuesto, en relación al artículo 19 N° 3° de la Constitución, es posible colegir, como reglas emanadas de la jurisprudencia del Tribunal, las siguientes:

Primero, *la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos*, que la Constitución augura a todas las personas en su artículo 19 N° 3°, incluye no sólo derechos y garantías formales, sino *también sustantivas*, cuya complementación es materia de reserva de ley;

Segundo, aquel derecho tiene que ser interpretado y aplicado con *significado amplio*;

Tercero, aquel derecho y sus garantías se aplican a *toda diligencia*, trámite o procedimiento, *cualquiera sea la autoridad*, pública o privada, ante la cual se desenvuelve;

Cuarto, el derecho a defensa, primera manifestación de la igual protección, rige en plenitud, o sea, no sólo para la defensa de los derechos cuando ya han sido afectados, sino también en fase cautelar o preventiva; para ser ejercido ante cualquier autoridad que esté llevando a cabo un procedimiento, aunque no sea un tribunal de los que integran el Poder Judicial; y pudiendo desenvolverse a lo largo de todo el desarrollo del procedimiento, aún en las gestiones previas. Por ello, como se vio, la unilateralidad de la audiencia es admitida sólo excepcionalísimamente;

Quinto, en relación con el significado de algunas locuciones constitucionales vinculadas con el debido proceso, las *comisiones especiales* son órganos que usurpan atribuciones jurisdiccionales; la palabra *sentencia*, que utiliza el artículo 19 N° 3° en su inciso 5°, alude a toda resolución de un *órgano que ejerce jurisdicción*; y este último es cualquier entidad legalmente facultada para decidir sobre la conducta o los bienes de una persona;

Sexto y en nexa, ahora, con los requisitos constitucionales del procedimiento, consistente en que sea *racional y justo*, hay que recordar que su establecimiento y regulación es materia de estricta reserva de ley y que apunta a configurar condiciones que permitan que la defensa de los derechos de las personas sea eficaz;

Séptimo, particularmente en lo relativo a la posibilidad de que el legislador adopte procedimientos donde se admita la unilateralidad de la audiencia, ello sólo resulta ajustado al debido proceso cuando, excepcionalmente, así lo justifica la *urgencia* con que debe adoptarse la decisión, sin perjuicio que, en materia penal, podría colegirse del *Rol N° 433*, que la bilateralidad sería una regla que no admitiría excepción;

Octavo y en otro ámbito del debido proceso, el Tribunal considera que es requisito esencial para que un procedimiento sea racional y justo que las decisiones resulten siempre susceptibles de revisión ante instancias superiores;

Noveno, el objetivo de la reforma constitucional que extendió a las investigaciones los requisitos de racionalidad y justicia confirmó que toda diligencia, trámite o procedimiento –también el de carácter indagatorio– queda sujeto al acatamiento de aquellas condiciones; y

Décimo, ya situados en las bases constitucionales del Derecho Penal, resulta ineludible que nunca puede sancionarse a alguien por una conducta que no era reputada ilegítima al momento en que se llevó a cabo, sino sólo a partir del momento en que se la considere así; y que se ajustan a la Constitución las denominadas leyes penales en blanco, siempre que el legislador contemple una descripción clara, aunque incompleta, de la conducta punible.

12. VIDA PRIVADA Y HONRA

Nuevamente, se trata de un derecho que no ha sido recurrente en la labor del Tribunal, si bien en el *Rol N° 433* confirmó el precedente que, en la materia había fijado en el *Rol N° 389*, según el cual:

“Que, tal como lo ha señalado este Tribunal ‘el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad’ (Sentencia de 28 de octubre de 2003, *Rol N° 389*, cons. 21°)”⁴⁷.

Se manifiesta, de esta manera, el papel doblemente fundamental de los derechos que se aseguran en el artículo 19 N° 4°, en cuanto ellos son indispensables para el desarrollo de las personas y, al mismo tiempo, para su desenvolvimiento a nivel de los grupos intermedios.

Sin embargo, ello no significa que se trate de derechos absolutos y, más aún, a juicio del Tribunal, el legislador puede regularlos, como consta del considerando 28° de la misma sentencia *Rol N° 433*:

“Que, el derecho al respeto a la vida privada y a la protección de las comunicaciones de la misma naturaleza no tienen, como es evidente, carácter absoluto, *encontrándose el legislador habilitado para regular su ejercicio*, sujetándose, eso sí, a lo que dispone la propia Carta Fundamental que le impide, al hacer uso de sus atribuciones, afectar el derecho en su esencia, imponerle condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio o privarlo de la tutela jurídica que le es debida”

Es indudable que, según he sostenido en otro lugar, discrepo de la afirmado por el Tribunal en el considerando recién transcrito:

“El sistema diseñado por el Poder Constituyente, al que se ha aludido en el párrafo anterior, conduce, inexorablemente, a sostener que así como existen, en primer lugar, materias propias de la reserva de ley; otras, en segundo lugar, inherentes al dominio exclusivo de la potestad reglamentaria; y, en fin, asuntos que deben ser regulados por normas infralegislativas, v. gr., los que son de competencia de los órganos constitucionalmente autónomos, como el Banco Central, a través de acuerdos, o el Ministerio Público, existen también materias cuya regulación queda *agotada* por lo dispuesto en la Constitución, sin que otras normas jurídicas puedan entrar en ese campo de regulación, exclusivamente reservado a la Carta Fundamental”⁴⁸.

⁴⁷ Considerando 27°.

⁴⁸ Fernández González, Miguel Ángel, “Principio de reserva constitucional”, publicado en Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público, Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2005, p. 219.

13. INVOLABILIDAD DEL HOGAR Y DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

El Tribunal ha tenido oportunidad de referirse a la segunda de las inviolabilidades referidas y lo hizo, primeramente en el *Rol N° 198*, varias veces ya citado, a propósito del artículo 19 N° 3, en cuyo considerando 10° sostuvo:

“Que el referido inciso tercero del artículo 16 del proyecto vulnera la Constitución al no proteger el goce efectivo de los derechos y libertades que la Carta asegura y garantiza a todas las personas, cuando dota a un servicio público, Consejo de Defensa del Estado, de facultades absolutamente discrecionales, como las de recoger e incautar documentos o antecedentes probatorios de cualquier naturaleza pertenecientes a personas objeto de una investigación de dicho servicio, o para requerir a terceros la entrega de antecedentes o documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva pertenecientes también a las personas investigadas. Las facultades conferidas se ejercen por el servicio sin contemplar su sometimiento a control o aprobación judicial previa alguna, pues no se preveen recursos especiales u ordinarios que permitan una revisión de lo actuado o decretado por una instancia superior, con lo cual, salvo el ejercicio de acciones constitucionales, dejan en indefensión a las personas naturales o jurídicas que directa o indirectamente se puedan ver involucradas con una investigación como la que se autoriza al Consejo de Defensa del Estado en el proyecto de ley en examen.

La vulneración constitucional referida se produce:

(...)

c) Infringe también la disposición en análisis la garantía que contempla el N° 5 del artículo 19 de la Constitución, que establece conjuntamente con el N° 4, lo que la doctrina ha denominado el derecho a la intimidad de que gozan las personas y su familia.

En efecto, tal como se ha señalado en la letra b) precedente, el inciso tercero del artículo 16 en examen, no contempla en forma íntegra, completa y exacta el procedimiento ni los casos precisos como debe aplicarse, pues se refiere a situaciones absolutamente discrecionales, en las que deben actuar los funcionarios del servicio autorizado para recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios y objetos que estimen necesarios para la investigación. Es decir, al no especificarse el procedimiento y no señalarse los casos precisos en que las medidas proceden, se está vulnerando la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, que sólo pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinadas por la ley.

Nótese cómo el Tribunal, muy acertadamente, ha configurado una reserva de ley estricta en esta materia.

La regla expuesta fue, posteriormente, reiterada en el *Rol N° 433*, cuyos considerandos 29° a 31° vuelven a objetar, además, la unilateralidad de las autorizaciones judiciales:

“Que, lo anterior tiene plena aplicación, en consecuencia, a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, puesto que si bien es cierto pueden ‘interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley’, ello *no permite al legislador dictar normas que impliquen afectar el núcleo esencial* del derecho asegurado o despojarlo de la protección que le corresponde; Que, del análisis del precepto contenido en el inciso segundo, letra a), del artículo 27, se desprende que se otorga al Ministerio Público una habilitación, sin reservas, para requerir toda clase de antecedentes o copias de los documentos a que alude, sin que se establezca limitación alguna que circunscriba su competencia al ámbito estricto y determinado que podría justificarla. Dicha habilitación se concede sin trazar en la ley las pautas objetivas y sujetas a control que aseguren que dicho órgano estatal se ha sometido a ellas. Ello queda más en evidencia si se observa que el único requisito que se impone es que se trate de una persona o comunidad que sean ‘objeto de la investigación’. La amplitud de la norma demuestra, por sí sola, que no cumple con las exigencias constitucionales antes indicadas; 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 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”.

14. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA

He analizado, detalladamente, en una monografía recientemente editada por la Universidad de Los Andes, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de enseñanza⁴⁹, por lo que aquí me abocaré a resumir las reglas o planteamientos centrales que emanan de ella, especialmente del paradigmático *Rol N° 410*.

⁴⁹ Fernández González, Miguel Ángel, *La libertad de enseñanza ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, Ediciones Universidad de los Andes, 2005.

En primer lugar, debe repararse en la relación inextricable que existe entre el derecho a la educación, asegurado en el artículo 19 N° 10° de la Constitución, y la libertad de enseñanza, garantizado en su numeral 11°:

“Que, entre los derechos esenciales aludidos se hallan, precisamente, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, asegurados a todas las personas, naturales y jurídicas, en el artículo 19° N° 10° y 11° de la Constitución (...).

Que 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° 10° transcrito, se manifiesta, imparte o lleva a la práctica a través de la enseñanza, sea formal o informal, como se señala en el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza.

Que, en ligamen con el derecho a la educación ejercido a través de la enseñanza formal, es de la mayor importancia realzar el esfuerzo compartido que fluye del numeral 10° del artículo 19° de la Constitución ya transcrito. Efectivamente, el inciso quinto de aquel precepto impone al Estado el deber de financiar un sistema gratuito de educación básica y media, destinado a asegurar su acceso a toda la población. Y, confirmando la participación activa que incumbe a la comunidad en la concreción de esta actividad de bien común, el inciso final del numeral 10° establece que ella ha de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”⁵⁰.

G. Doble dimensión de la libertad de enseñanza

Penetrando en el contenido específico de la libertad de enseñanza en nuestra Constitución, tiene que advertirse que el empleo del vocablo *incluye* en su artículo 19° N° 11°, deja en evidencia que las facultades allí expresadas —abrir, organizar y mantener establecimientos de enseñanza— no agotan esa libertad, pues, como lo ha aclarado el Tribunal Constitucional, ella comprende también el derecho de los padres para escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos⁵¹.

⁵⁰ Considerandos 6°, 7° y 8° de la sentencia Rol N° 410.

⁵¹ Considerando 15° de la sentencia citada en supra nota 50.

H. Abrir, organizar y mantener establecimientos de enseñanza

El Tribunal Constitucional, en un precedente ineludible, ha definido los tres derechos referidos:

“Pues bien, el núcleo esencial de tal libertad lo configura el Poder Constituyente, en primer término, al sostener, en cuanto a los titulares del derecho, que éstos son todos los establecimientos de enseñanza, públicos o privados; se hallen reconocidos por el Estado o no lo hayan sido; en fin, trátase o no de establecimientos subvencionados.

En seguida, este mismo núcleo esencial incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. En las tres facultades nombradas se condensan, por consiguiente, los elementos, definitivos e inafectables, que tal libertad abarca, de modo que el respeto y protección de ellos es lo que requiere siempre la Constitución. Imperativo resulta detenerse en el examen de cada uno de esos tres derechos para aclarar en qué consiste, con respecto a ellos, la seguridad jurídica o certeza legítima, proclamada a favor de todas las personas, en la Carta Fundamental.

Así y 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 nexa con sus finalidades u objetivos y métodos para lograrlos; rasgos típicos de la docencia y de los profesionales que la lleven a cabo; régimen de dirección, administración y responsabilidad; reglas pertinentes al orden y disciplina en la convivencia interna; sistema financiero o vínculos con otras instituciones. Por último, la libertad 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.

En síntesis, en este primer aspecto, 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”⁵².

⁵² Considerando 10° de la sentencia citada en supra nota 50.

Por lo recién expuesto, a propósito del derecho a organizar el establecimiento, es que sigo sin comprender cómo, en el considerando 60° del *Rol N° 410*, se declaró que la incorporación obligatoria de Consejos Escolares se ajustaba a la Carta Fundamental.

Y adviértase, tal como lo he afirmado en la monografía citada al comienzo, que la autonomía para organizar el establecimiento alcanza también, como lo señaló el Tribunal en el *Rol N° 423*, a los de naturaleza estatal:

“Que procede ahora comparar lo preceptuado tanto en el artículo 5° N° 4), incisos segundo y tercero, del proyecto, modificatorio del artículo 24 del Estatuto Docente, como en el artículo 5° N° 14) de la misma iniciativa que agrega el artículo 37° transitorio a ese Estatuto, por una parte, con lo asegurado por la Constitución en su artículo 19° N° 11° y N° 26, de otra. Pues bien, de tal cotejo fluye, con entera claridad, 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.*

Queda así de manifiesto el quebrantamiento de la Carta Fundamental en que incurren, por igual, el artículo 5° N° 4) inciso segundo y tercero, y el artículo 5° N° 14) del proyecto en examen, motivo por el cual este Tribunal declarará la inconstitucionalidad respectiva (...)”⁵³.

Con todo, útil es recordar que, para las personas titulares de los derechos asegurados en el artículo 19 N° 11° de la Constitución, surgen, como siempre, deberes correlativos y de semejanza envergadura:

“Que 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 1° inciso cuarto y artículo 19 N° 10 inciso final de ella*”⁵⁴”⁵⁵.

I. Aplicación del principio de subsidiariedad

Observando los tres derechos asegurados en el numeral 11° como deberes del Estado, el Tribunal ha señalado:

“Que, en primer término, los requirentes plantean que el proyecto que impugnan afecta la autonomía de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, por cuanto, *una autoridad externa a sus propios órganos de decisión como es el legislador, interviene en su funcionamiento ‘extrayéndole’ un liceo que se encuentra bajo su dependencia, impidiendo a dicha Universidad ‘decidir por sí misma’ el modo como desarrolla sus actividades de docencia, investigación y extensión (...).*

Que, en dicho precepto se consagra en la Carta Fundamental *el principio de subsidiariedad como uno de los principios rectores del orden social (...)* según él ninguna sociedad superior puede arrogarse el campo que respecto de su propio fin específico pueden satisfacer las entidades menores y, en especial, la familia, *como tampoco ésta puede invadir lo que es propio e íntimo de cada conciencia humana’ (...)*

(...) *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 1°, inciso tercero, de la Constitución, presta a los grupos intermedios;*

Que, *en el plano educacional, el principio de subsidiariedad se expresa en los siguientes preceptos de la Carta Fundamental:*

1. *Artículo 19° N° 10°, que dispone: “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho” (inciso tercero).*
2. *Artículo 19° N° 11°, que señala: “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales” (inciso primero).*
3. *Artículo 19° N° 11°, que expresa: “Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos” (inciso cuarto) (...)*”⁵⁶.

Pero más concretamente todavía y mirado el asunto, ahora, desde la perspectiva del aporte económico que realiza el Estado a los establecimientos subvencionados, no cesa allí el principio de subsidiariedad ni, por ende, los derechos de que son titulares esas instituciones, como tampoco le permite al Estado obrar con cualidad ilimitada, según lo aclaró el Tribunal en el considerando 84° del tantas veces mencionado *Rol N° 410*:

⁵³ Considerando 8°.

⁵⁴ Hállase aquí un aporte indudable de la sentencia transcrita, en cuanto de ello se deriva que los derechos denominados sociales también conllevan el deber de cumplirlos con prontitud y sin merma, a pesar de no estar incluidos en el catálogo contemplado en el artículo 20° de la Constitución, porque, como aclara el fallo aludido, nunca cabe olvidar lo mandado en el artículo 6° de la Carta Fundamental, Base Institucional que exige de las autoridades públicas, sin salvedad ni omisión, cumplir lo ordenado en ella.

⁵⁵ Considerando 22° de la sentencia citada en supra nota 50.

⁵⁶ Considerandos 1°, 4°, 7°, 9°, 15° y 18° de la sentencia pronunciada el 15 de julio de 2002, *Rol N° 352*.

“(…) debe considerarse que en el complejo sistema de financiamiento diseñado para el adecuado funcionamiento de los establecimientos educacionales subvencionados, se parte de la base real que el aporte estatal no es suficiente para que dichas entidades puedan cumplir su cometido. De allí, que ellas tengan la facultad de cobrar matrícula y, en determinadas circunstancias, derechos de escolaridad a los padres o apoderados de los alumnos. Pues bien, de aceptarse que las obligaciones de estos últimos pueden postergarse durante un periodo escolar hasta el inicio del año siguiente se está atentando contra el sistema mismo, pues se desconoce la base real sobre la cual se halla estructurado, todo lo cual significa, en último término, que se está colocando en grave riesgo de subsistencia a los establecimientos educativos subvencionados.

En este orden de ideas, por último, agrega el Tribunal— procede dejar establecido que, el carácter subvencionado *de un establecimiento educacional*, no permite a los órganos estatales, *el legislador incluido*, aducir el otorgamiento de tal beneficio para cargar sobre quienes los reciben el cumplimiento de condiciones, prohibiciones o requisitos que les impidan, o tornen muy difícil o gravoso el ejercicio de un derecho constitucionalmente asegurado”.

J. Subvenciones estatales

Lo explicado, en su amplia y profunda dimensión, obligó al Tribunal a esforzarse *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. Sin embargo, aquella interpretación *a fortiori* resultaría facilitada si *el aporte se entregara a los padres o al educando* en su caso. Así, serían estos quienes realmente elegirían, *respetándose el derecho* que la Constitución les asegura y *desapareciendo la contradicción insita* en el diseño legislativo actual:

“Que *tal principio, de autonomía* de la asociación *correlativo a la subsidiariedad estatal, es de aplicación amplia, cubriendo*, entre muchos otros, *a los establecimientos privados o particulares de enseñanza*, sean o no subvencionados. Con dicha capacidad de regirse por sí mismos en lo docente o pedagógico, administrativo y económico, los establecimientos aludidos quedan habilitados por la Constitución para ejercer plenamente la libertad de enseñanza, sin intervención o injerencia indebida del Estado ni de terceros, los cuales son, en tal sentido, ajenos a ellos.

Ciertamente y como está ya reconocido en la presente sentencia, *para recibir la subvención educacional dichos establecimientos se hallan obligados a cumplir determinadas exigencias legales*, las cuales, hasta hoy, son adecuadas y proporcionadas al control que ella lleva consigo y, por lo mismo, resultan ponderadas y razonables en relación con la finalidad lícita referida.

En esta medida, por ende, la intervención estatal, originada en el motivo descrito, se concilia con la libertad y autonomía explicadas, resultando así inobjetable desde el ángulo constitucional. *Pero la libertad de enseñanza que el Poder Constituyente consagra, asegura y propugna es vulnerada cuando se la subordina, directa o indirectamente, al reconocimiento oficial por el Estado o al otorgamiento de aquel beneficio pecuniario al que tienen derecho los establecimientos particulares correspondientes*⁵⁷.

Si bien, resulta meritorio y justificable el esfuerzo del Tribunal por hacer congeniar y explicar el fundamento de un sistema antiguo —más propio de un Constitucionalismo del Estado—, en que las obligaciones que, eventualmente, imponga la ley a los establecimientos subvencionados, surgen como contrapartida al beneficio económico que perciben del Estado *una más adecuada coherencia constitucional se hallaría en un modelo de aporte público cuyo destinatario sean los educandos y no los educadores, actualizando más el Constitucionalismo Humanista.*

K. Competencia de la ley orgánica constitucional

Finalmente, es necesario referirse a la legislación complementaria de la Carta Fundamental en esta materia, pues en su artículo 19 N° 11° inciso final dispone que *una ley orgánica constitucional* establecerá los *requisitos mínimos* que deberán exigirse *en cada uno de los niveles* de la enseñanza básica y media; en segundo lugar, dicha ley debe señalar *las normas objetivas*, de general aplicación, que permitan al Estado *velar por el cumplimiento de aquellos objetivos*; en fin, le corresponde también establecer los requisitos para el *reconocimiento oficial* de los establecimientos educacionales *de todo nivel*.

Es evidente y consistente con la autonomía de los establecimientos de enseñanza que la competencia asignada al legislador orgánico constitucional resulte extremadamente acotada. Tal es así que los dos primeros asuntos, es decir, los que dicen relación con los requisitos mínimos y las normas que permitan velar por su cumplimiento, se refieren sólo a los niveles de enseñanza básica y media, y nada más en el tercero de ellos se alcanza la educación preescolar y la superior, con lo cual la autonomía parvularia y la universitaria son todavía mayores que sus homónimas básica y media.

⁵⁷ Considerando 16° de la sentencia citada en supra nota 50.

Aquella severa restricción a la competencia legislativa, sin embargo, ha sido, en cierta forma y a juicio del suscrito erróneamente matizada por el *Tribunal*.

“Que, en consecuencia, la ley orgánica constitucional de enseñanza debe contener los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media; las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento; los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel, como *también aquellas normas o materias que constituyen elementos complementarios indispensables de los anteriores*, como lo ha señalado en diversas oportunidades este Tribunal”⁵⁸.

Con todo, lo expuesto conduce, inequívocamente, como lo ha resuelto el Tribunal, a excluir la potestad reglamentaria en la regulación de la libertad de enseñanza:

“Que, ante tan amplia remisión a la potestad reglamentaria, imperativo se torna recordar lo expuesto en los artículos 1º inciso cuarto oración final, 6º, 7º y 19 N°s. 11 y 26 de la Constitución, pues de todos los preceptos citados fluye que el ejercicio de la libertad de enseñanza sólo puede ser regulado por la ley. Esta, en consecuencia, tiene que contemplar los elementos normativos suficientes, en contenido y precisión, que respeten el principio de reserva legal, dejando a la potestad reglamentaria el desarrollo, pormenorizado y adjetivo, de la legislación que se trata de ejecutar;

Que es imprescindible detenerse en el principio de reserva legal, para puntualizar cuándo y en qué medida debe ser ejercido, ya 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° 26, 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;

Que 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, categóricamente 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”⁵⁹.

Y, con mayor razón, tampoco procede la delegación de facultades legislativas en esta materia:

“Que, no obstante y a mayor abundamiento, este Tribunal reflexionará en torno a *si las materias sobre las cuales recae la delegación, quedan o no comprendidas en el marco de las garantías constitucionales* consagradas por nuestra Carta Fundamental, impidiéndose, por tanto, ser objeto de delegación;

Que, en relación a este propósito, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 19º N° 11º de la Constitución, en concordancia con el N° 10º, y el N° 26º, que se refieren respectivamente a la libertad de enseñanza, al derecho a la educación y a la esencia de los derechos, materias que han sido objeto de recientes decisiones de esta Magistratura recaídas en los Roles N°s. 410 y 413.

En dichas sentencias se decide que *las materias objeto de la delegación inciden en la libertad de enseñanza que incluye el derecho a organizar los establecimientos educacionales y no admite*, como ya se dijo, *otras limitaciones* que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional;

Que, finalmente resulta útil considerar la forma en que los temas objeto de la delegación, pudiesen incluir materias comprendidas en la expresión ‘*garantías constitucionales*’ a que se refiere el artículo 61º de la Carta Fundamental.

La lectura individual de cada una de las letras del citado artículo 11º podría llevar a la conclusión que las áreas que regulan, en cuanto se refieren a elementos parciales del sistema de acreditación de directores, consideradas aisladamente, permitiría, en algunos casos, ser objeto de delegación.

No obstante, la norma propuesta debe considerarse como un todo armónico y hacerse de ella una lectura e interpretación global. Lo anterior conducirá indudablemente a concluir que, considerada en esa perspectiva, las materias que regula inciden y, por ende, quedan comprendidas en la libertad de enseñanza, garantía consagrada en el N° 11º del artículo 19º de la Constitución. En consecuencia, *no pueden ser objeto de delegación de facultades legislativas*⁶⁰.

⁵⁸ Considerando 3º de la sentencia pronunciada el 27 de febrero de 1990, Rol N° 102.

⁵⁹ Considerandos 13º a 15º de la sentencia Rol N° 423.

⁶⁰ Considerandos 20º a 22º de la sentencia citada en supra nota 59.

L. Deber del Estado en relación con la educación parvularia

Finalmente, en relación con la reforma constitucional introducida mediante la Ley N° 19.634, publicada en el Diario Oficial el 2 de Octubre de 1999, al tenor de la cual "el Estado promoverá la educación parvularia", el Tribunal ha sostenido, en el Rol 339, considerandos 14° y 16° a 17°:

"Que, el incorporar en la nueva redacción del precepto la frase "en especial la educación parvularia", no tiene otro alcance que el hacer presente que el Estado ha de colaborar en su desarrollo, tomando en consideración que en los últimos tiempos dicha enseñanza registra un notable crecimiento en nuestro país y destacar, en el texto legal, la modificación introducida al artículo 19, N° 10, de la Constitución Política, por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.634, de 2 de octubre de 1999, posterior a la ley orgánica constitucional que se modifica. Así se desprende, también, de la historia fidedigna del precepto en estudio, de donde se infiere que tal expresión no tiene otro efecto o consecuencia jurídica que el antes señalado. Por tanto, lo expuesto es suficiente para concluir que dicha norma legal no se contrapone con el artículo 19, N° 10, de la Carta Fundamental, sino que, por el contrario, explícita, dentro de las atribuciones del legislador, el precepto constitucional aludido. Sostener lo contrario importaría desconocer la facultad del Poder Legislativo de desarrollar los preceptos constitucionales, de por sí generales, en normas legales razonablemente acordes con su texto;

(...)

Que, durante la tramitación de la enmienda constitucional a que se ha hecho referencia en el considerando 11°, se dejó en claro el sentido que tenía el nuevo precepto. Al respecto el Senador señor Larraín, en Sesión N° 36, de 4 de mayo de 1999, Legislatura Ordinaria del Senado, al informar a la Sala de esa Corporación sobre la materia, afirmó "que recomienda la aprobación del objetivo básico de la moción presentada, pero circunscrita a lo fundamental; es decir, a consagrar en la Carta Fundamental el reconocimiento de la educación parvularia, pero sin darle el carácter de requisito necesario u obligatorio para acceder a la enseñanza básica" (Diario de Sesiones de Senado, pág. 3528);

Que, el artículo 6° bis que se incorpora a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza no establece en parte alguna que la educación parvularia es un antecedente previo para la educación básica, ni tampoco que tiene carácter obligatorio, lo que corrobora, por lo demás, la historia fidedigna de su establecimiento. Por el contrario, en estricta armonía y consonancia con lo que dispone el artículo 19, N° 10, de la Carta Fundamental, en sus

incisos tercero y cuarto, al consagrar el derecho preferente y el deber de los padres de educar a sus hijos y al señalar que el Estado ha de promover la educación parvularia, dicho artículo 6° bis expresa que ésta constituye "el nivel educativo que atiende integralmente niños y niñas desde su nacimiento hasta su ingreso a la enseñanza básica", agregando "sin constituir antecedente obligatorio para ésta"; motivo por el cual está de acuerdo con la Constitución Política de la República".

Claro está, coincidiendo con lo sentenciado, que la educación parvularia no puede ser considerada ni exigida como requisito para acceder al nivel siguiente de enseñanza consistente en la básica. Pero, al mismo tiempo, cabe coincidir, con idéntica firmeza o intensidad, con lo aseverado por el Tribunal en cuanto al carácter colaborador que impone al Estado el precepto constitucional en examen, aunque sin desprender de ello que, en el nivel de la enseñanza parvularia, deje de regir el principio de subsidiariedad, lo cual, en todo caso y a la luz del Rol N° 410, bastante posterior al que acaba de ser transcrito, queda definitivamente aclarado.

En suma, debe comprenderse que respecto de la educación parvularia rige cuanto ya fue explicado a propósito de la libertad de enseñanza en general, superlativamente en nexa con los derechos de abrir, organizar y mantener establecimientos de ese nivel. Y lo mismo, como ya se dijo, respecto del principio de subsidiariedad y de la competencia del legislador orgánico constitucional en la materia.

Resumiendo, entonces, las reglas que emanan de la jurisprudencia del Tribunal en relación con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza cabe señalar:

Primero, que siendo distintos el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, existen importantes relaciones entre uno y otra, sobre todo porque es a través de esta última que se lleva a la práctica el primero;

Segundo, que la libertad de enseñanza no agota su contenido en los derechos de abrir, organizar y mantener los establecimientos que la impartan, sino que también incluye el derecho de los padres a elegir el que juzguen más conveniente para sus hijos;

Tercero, que de los derechos básicos consistentes en abrir, organizar y mantener un establecimiento de enseñanza, son titulares las instituciones públicas o privadas, se encuentren o no reconocidas por el Estado y sean o no subvencionadas;

Cuarto, que el derecho de abrir consiste en crear o formar el establecimiento, de acuerdo con el ideario de sus fundadores, contenido en el proyecto educativo;

Quinto, que el derecho de organizar permite a sus fundadores o sucesores determinar las características del establecimiento;

Sexto, que el derecho de mantener significa conservar el establecimiento, incluso pudiendo modificarlo, transferirlo o cerrarlo.

Séptimo, que, en coherencia con aquellos derechos, sus titulares tienen también que cumplir con deberes que son correlativos, consistentes en contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de todos los niveles de la enseñanza;

Octavo, que en materia de libertad de enseñanza rige el principio de subsidiariedad, incluso respecto de los establecimientos subvencionados, sin que esta condición altere sus derechos ni los pueda hacer merecedores de un trato que los lesione en su médula;

Noveno, que la competencia concedida por el Poder Constituyente al legislador orgánico constitucional es estricta y acotada sólo a los asuntos precisos referidos en el inciso final del artículo 19 N° 11°, excluyéndose allí tanto la potestad reglamentaria cuanto la delegación de facultades legislativas; y

Décimo, finalmente y en nexa con el deber del Estado de promover la educación parvularia, dos son las reglas que se han extraído de la jurisprudencia extractada: Por una parte, que dicho nivel no puede ser exigencia para ingresar a la enseñanza básica; y, de otra, que la labor del Estado se concreta en colaborar con su desarrollo, aunque con las correcciones o, si se quiere, precisiones que se coligen de la sentencia Rol N° 410, o sea, que ello en nada altera la titularidad de quienes imparten educación parvularia respecto de los derechos y obligaciones ya analizados, especialmente de lo preceptuado en el artículo 19 N° 11° inciso 1°; así como tampoco de la plena aplicación, en ese nivel, del principio de subsidiariedad y de la competencia acotada del legislador orgánico constitucional en el rubro.

15. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

No obstante ser un tema recurrente en el Derecho Comparado, en los tribunales supranacionales y en nuestra Judicatura Ordinaria, la libertad de expresión no ha requerido numerosos ni densos pronunciamientos por parte del Tribunal.

Sin embargo, en el *Rol N° 176* tuvo oportunidad de aclarar:

“Que para el Constituyente de 1980, es tan importante la libertad de emitir opinión y la de informar que sólo contempla la afectación de su ejercicio mediante la suspensión o restricción que pueda decretar el órgano constitucional habilitado para ello, en caso que ocurran los estados de excepción constitucional a que se refieren los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política.

Específicamente los números 1, 2 y 5 del artículo 41 de la Carta Fundamental autorizan al Presidente de la República para suspender o restringir la libertad de información y de opinión, cuando en situación de guerra externa declara en estado de asamblea todo o parte del territorio nacional, o cuando decreta estado de sitio en caso de guerra interna o conmoción interior o cuando en caso de calamidad pública declare la zona afectada o cualquier otra que lo requiera en estado de catástrofe;

(...)

Que al verse eventualmente afectado en su ejercicio, uno de los derechos que la Constitución asegura a todas las personas fuera de los casos que la misma Carta contempla, es preciso concluir que la norma en análisis es inconstitucional”⁶¹.

Con mayor profundidad, el Tribunal exploró la libertad de expresión en el *Rol N° 226*. En primer lugar, en sus considerandos 9° y 10°, para, continuando la jurisprudencia ya extractada, confirmar su sentido amplio:

“Que, ha sido invariablemente reconocido por la doctrina constitucional que el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 19, N° 12, sobre la libertad de opinar y de informar reside en que éstas libertades se pueden ejercer sin censura previa. Asimismo ha sido reconocido que nuestra Constitución ha consagrado en esta materia un sistema que importa resguardar el principio de libertad, ya establecido en el artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental, el que implica igualmente que el ejercicio de tales libertades significa una responsabilidad para quienes las ejercen. De esta manera, aquellos que al hacer uso de estas libertades cometan delitos o incurran en abusos deben afrontar las consecuencias penales y civiles que la ley establezca.

Que, este sistema, que consiste en que el contenido esencial y medular de la libertad de opinión y de informar es que se puede ejercer sin censura previa, ha sido reconocido, por lo demás, en los diversos textos constitucionales chilenos, de manera tal que la esencia del derecho que nos preocupa está en que éste se ejerza libremente y que no exista censura previa que lo afecte”.

Sin embargo, a pesar de la amplitud reseñada, acudiendo a la historia fidedigna y a la doctrina, pero ignorando el Pacto de San José, el Tribunal resolvió, en el mismo *Rol N° 226*, considerando 19°:

“Que, si bien el texto definitivo de la Constitución de 1980 no recogió el referido inciso del anteproyecto constitucional que fue eliminado en el Consejo de Estado y, si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales.

En el mismo sentido se pronuncian los autores Verdugo, Pfeffer y Nogueira quienes en su Derecho Constitucional, Tomo I, página 255 expresan: “Tres

⁶¹ Considerandos 19° a 22°.

son los aspectos que comprende esta garantía: el derecho a emitir opinión –facultad de toda persona para exteriorizar por cualquier medio, sin coacción, lo que piensa o cree–; la libertad de información, para hacer partícipe a los demás de esa opinión, se presenta como un complemento de aquélla; y, por último, el derecho a recibir información, que, como se explicará, queda comprendido bajo el concepto de libertad de información”.

Ahora bien y llevada la amplitud máxima con que el Tribunal ha visualizado la libertad de expresión, en aplicación concreta, vuelvo al *Rol N° 226*, esta vez en sus considerandos 34° y 35°:

“Que, a juicio de este Tribunal el precepto del inciso segundo del artículo 20 del proyecto en análisis, infringe no sólo el N° 12 del artículo 19, de la Carta Fundamental sino, además, sus números 24, 20 y 26 como se demostrará.

Infringe el N° 12, inciso primero, del artículo 19 de la Constitución, porque impone este proyecto (artículo 20 inciso segundo) a los medios de comunicación social la obligación de publicar o difundir hechos que no han sido objeto de noticia, es decir, de referencia, cada vez que, según terceros, ellos tengan importancia o trascendencia social y les afecte esa omisión o silencio informativo. Y lo vulnera por cuanto conculca evidentemente la libertad de informar que asegura la Constitución a esos medios, sin interferencias de terceros, salvo el caso en que una persona se sienta ofendida o injustamente aludida por ese medio, el cual debe difundir gratuitamente su declaración o rectificación (artículo 19, N° 12, inciso tercero).

Que, si no ha habido alusión a una persona y, por tanto, agravio alguno cometido por un medio de comunicación, viola su libertad de informar la imposición que este proyecto le hace de publicar lo que un tercero determine por sí y ante sí; y la coarta de modo directo y grave cercenando severamente la facultad que sus titulares poseen para disponer de tal libertad.

No debe olvidarse que, a este respecto, la libertad de expresión, opinión, o información, supone la libre elección –sin interferencias de nadie– de las noticias u opiniones que se difundan, en cuanto los titulares de los medios de comunicación consideran que son de importancia, trascendencia o relevancia, en concordancia con sus principios o línea editorial. Interferir en ello es precisamente vulnerar esta libertad y el pluralismo de medios que se persigue. Al pretenderse legislar, otorgando poder jurídico para exigir la correspondiente publicación a cualquier persona que se estimase omitida en un hecho que ella considera de importancia o trascendencia social, no sólo se viola este N° 12, inciso primero, del artículo 19, sino que se excede la competencia legislativa ya que el ejercicio de ésta no puede

vulnerar los derechos de las personas, puesto que también es aquí aplicable, tanto el artículo 1°, inciso cuarto, y el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, como sus artículos 6° y 7°.

En consecuencia, son reglas que emanan de la jurisprudencia del Tribunal en relación con la libertad de expresión:

Primero, que el sentido y alcance de esa libertad es amplio, especialmente porque se ejerce sin censura previa, aunque ella no incluiría el derecho a recibir información, sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad ulterior; y

Segundo, que los medios de comunicación social no pueden ser obligados a transmitir informaciones, salvo en el caso del derecho a rectificación o respuesta.

16. DERECHO DE ASOCIACIÓN

Dos son las cuestiones principales, en relación con este derecho, a las cuales cabe hacer alusión aquí. En primer lugar, al núcleo de la garantía, especialmente desarrollado en el *Rol N° 184* y aplicado más claramente en el *Rol N° 200*; y, en segundo lugar, a la personalidad jurídica, en los *Roles N° 124* y *N° 126*.

M. Núcleo del Derecho

En el *Rol N° 184*, considerando 7°, el Tribunal formuló una aclaración que es consistente con la historia oficial del precepto, pero, sobre todo, con la intención clara del Poder Constituyente, en orden a alterar sustancialmente este derecho respecto de lo que había sido bajo la Constitución de 1925, en cuanto a que él incluye no sólo el derecho de asociación, sino que, con igual relevancia, la libertad de afiliación y desafilación:

“En efecto, el derecho de asociación, reconocido por el constituyente, posee una doble vertiente, a saber, el derecho de asociación y la libertad de asociación; esta libertad consiste precisamente en el poder de autodeterminarse en cuanto pertenecer o no, crear o no, una sociedad, asociación o grupo corporativo específico, vale decir no ser coaccionado a integrarse a un determinado ente societario, acoger o no, libremente, como miembro a un determinado sujeto que deseara integrarse a él, en fin retirarse o no de ese grupo o cuerpo asociativo libremente. Y la disposición analizada del proyecto referido infringe claramente este derecho/libertad de asociación al imponerse por la autoridad administrativa a una entidad asociativa –cual es la Administradora de Fondos de Pensiones– una determinada persona, ajena enteramente a ella, como ‘interventor’

(‘administrador delegado’ dice el proyecto), para que ejerza actividades de administración, asumiendo funciones sin la aquiescencia ni participación alguna de los miembros que conforman el cuerpo asociativo afectado”.

Confirmando el contenido esencial del derecho de asociación con libertad de afiliación y desafiliación, en el *Rol N° 200* examinó la constitucionalidad de una disposición en virtud de la cual se requería, para constituir una junta de vecinos, la voluntad conforme de a lo menos un veinte por ciento de los vecinos residentes en la respectiva unidad vecinal.

Evaluando aquel precepto, el Tribunal resolvió, acertadamente:

“Que de lo expuesto se deduce que la exigencia prevista en el inciso primero del artículo 36 del proyecto de ley y que motiva el presente requerimiento entra a configurar un requisito que impide el libre ejercicio del derecho de asociación en una Junta de Vecinos y afecta el principio de igualdad de oportunidades para originar y constituir una organización comunitaria como es una junta de esta especie, vulnerándose de esta manera lo establecido en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y lo dispuesto en el artículo primero de la misma Carta Fundamental”.

N. Personalidad Jurídica

En este asunto, el Tribunal emitió dos pronunciamientos cercanos en el tiempo. El primero, en el *Rol N° 124*, examinando un Decreto Supremo que cancelaba la personalidad jurídica de una asociación de Derecho Privado.

El tema constitucional consistía en dirimir si el Presidente de la República conserva, bajo la Constitución actual, la atribución de cancelar personalidades jurídicas.

Al respecto, los considerandos 11° a 13°, señalan:

“Que de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 32 de la Constitución Política de 1980 contenida en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se desprende con claridad que la supresión de la facultad del Presidente de la República que le reconocía el N° 11 del artículo 72 de la Carta de 1925, se debió a que los comisionados estimaron que el otorgamiento de una atribución de esa naturaleza debería quedar entregada a la ley, pues no era materia propia de un texto constitucional.

Así lo expresó el comisionado señor Bertelsen en las sesiones N° 345 y N° 356 de 4 y 20 de abril de 1978, en las que manifestó lo siguiente:

Sesión N° 345: ‘Estima conveniente eliminar de la Constitución algunas normas de menor significación o de detalle, (...) como la concesión de personalidad jurídica a las corporaciones privadas y la facultad de

cancelarlas. Dice que nada se alteraría si estas facultades se encomendaran a otras autoridades’.

Sesión N° 356: ‘(...) da a conocer que en su informe ha eliminado otras atribuciones de menor importancia, que no deben tener rango constitucional, como por ejemplo, la concesión, (...) personalidades jurídicas, etcétera y que si la ley considera que debe concederlo el Presidente, el Ministro de Justicia, el Intendente Regional o el Alcalde, es algo distinto’.

Las indicaciones anteriores no originaron observaciones siendo aprobadas consecucionalmente por la Comisión y la actual Carta Fundamental;

Que el criterio de dejar a la ley el establecimiento de los requisitos para el otorgamiento de la personalidad jurídica se ve reflejado en el inciso segundo del artículo 19, N° 15, al prescribir que: ‘Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley’.

Así entonces, las corporaciones y fundaciones que regula el Título XXXIII del Código Civil, son de aquellas asociaciones con personalidad jurídica a que se refiere el inciso segundo del artículo 19, N° 15 de la Carta Fundamental;

Que de lo anterior se infiere que existiendo las normas legales contenidas en el Código Civil relativas al otorgamiento y privación de la personalidad jurídica de las corporaciones y fundaciones, el Presidente de la República está facultado para dictar los decretos respectivos en tal sentido ejerciendo la potestad reglamentaria de ejecución de ley que le otorga el artículo 32, N° 8 de la Constitución Política.

Dable es advertir que, si bien puede sostenerse que se configuró una regla jurisprudencial, igualmente importante es señalar que el Tribunal no fundamentó constitucionalmente la competencia de la potestad reglamentaria para cancelar personalidades jurídicas, pues no basta que exista un asunto regulado por la ley para que pueda, entonces, el Jefe del Estado ejercer, sin más, su potestad normativa; y, adicionalmente, debe recordarse que el mismo asunto fue resuelto, exactamente a la inversa y acertadamente, por la Corte Suprema⁶².

Por otra parte, hay que considerar que, en el mismo *Rol N° 124*, esta vez en sus considerandos 14° y 15°, vuelve el Tribunal a resolver erróneamente, pues deja fuera de la obligación de respetar la Constitución, en esta materia, a todas las entidades que hayan obtenido su personalidad jurídica con antelación a ella, olvidándose de lo preceptuado en el artículo 6 de la Carta Fundamental:

⁶² Sentencia pronunciada el 16 de septiembre de 1992, publicada en LXXXIX Revista de Derecho y Jurisprudencia, 2ª p., S. 5, N° 3, septiembre a diciembre de 1992.

“Que los requirentes han impugnado el Decreto N° 143, de Justicia, de 16 de febrero de 1991 sosteniendo que la privación de la personalidad jurídica de una asociación sólo puede fundarse en las causales que se contemplan en el inciso cuarto del artículo 19, N° 15, de la Constitución, las que únicamente podrían ser aplicadas por la autoridad judicial; Que el inciso cuarto del artículo 19, N° 15 de la Carta Fundamental dice textualmente:

‘Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado’.

Esta disposición se refiere a la existencia misma del derecho de asociación que regula el inciso primero del artículo citado, estableciendo las causales que impiden la formación de una asociación o su subsistencia como tal, y no a las asociaciones que ya han obtenido su personalidad jurídica, las que están reguladas en el inciso segundo del artículo 19, N° 15 de la Carta, el cual, según se ha señalado, se remite al legislador para los efectos de su otorgamiento y eventualmente a su supresión”.

Finalmente, también vinculado con la personalidad jurídica, esta vez para su obtención, el Tribunal aclara, en los considerandos 7°, 8°, 12° y 13° del *Rol N° 126*, la competencia del legislador, señalando que está limitada sólo a establecer mínimos requisitos para obtenerla, en circunstancias que, de acuerdo al artículo 19 N° 15° inciso 2° de la Constitución, la ley aún tiene menos competencia que ésta, ya que sólo puede fijar el procedimiento para su obtención:

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

Que si tales circunstancias se dieran, no sólo se estaría atentando contra el ejercicio del derecho de asociación garantizado por la Constitución Política, sino que se estaría conculcando, además, la esencia misma del derecho a asociarse, a gozar de personalidad jurídica, y, adicionalmente, a participar en la vida nacional si tal asociación así lo tuviere por objetivo;

Que de las disposiciones impugnadas en examen se deduce irredargüiblemente que la junta única de vecinos que de acuerdo con ellas se permitiría constituir en la unidad vecinal correspondiente, adquiriría una singularidad excluyente de toda otra entidad de similar naturaleza, advirtiéndose que la alternativa que se ofrece a los ciudadanos de no incorporarse a ella y de dar origen a otra organización distinta, no les permitiría actuar en igualdad de condiciones en comparación con aquella junta única ni disponer de personalidad jurídica con homólogo tratamiento;

Que tampoco resulta armónico con la Carta Fundamental, intentar otorgar a estas organizaciones comunitarias un cierto carácter público, ya que, por su esencia misma, constituyen una expresión de las bases mismas de la comunidad social, correspondiendo la iniciativa de su existencia exclusivamente a la voluntad y decisión personal de sus asociados, quienes tienen la facultad constitucionalmente garantizada de asociarse para ello sólo si así lo desean y no por mandato o exigencia de la autoridad o de la ley”.

Coincidente con esto último, en el considerando 8° del *Rol N° 178*, el Tribunal expuso:

“Que respecto al artículo 52 del proyecto que crea la persona jurídica Fondo Nacional de la Discapacidad, debe señalarse que se trata de un servicio público descentralizado, es decir personificado y, en consecuencia, se ciñe al régimen establecido en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, según lo previenen sus artículos 25 y 26.

Entenderlo de otro modo, implicaría que el legislador habría creado una persona jurídica de derecho público que administra fondos del Estado, y que, sin embargo, no forma parte de éste, lo que obviamente no es posible concluir por cuanto ello escapa a la competencia del legislador.

En conformidad con lo expuesto, dicha disposición no es propia de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 38, inciso primero, de la Constitución Política de la República”.

17. ADMISIÓN A EMPLEOS PÚBLICOS Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

En primer lugar y en relación a lo asegurado a todas las personas en el artículo 19 N° 17° de la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal, interpretando acertadamente la intención o espíritu del Poder Constituyente, explicó en los considerandos 22° y 23° del *Rol N° 293*:

“Que, el artículo 69 del proyecto remitido establece los requisitos generales que deberán cumplir las personas que ingresen al Ministerio Público como funcionarios.

En su letra d), se dispone que es exigencia el haber aprobado la educación media y poseer el nivel educacional o título profesional o técnico que por la naturaleza del empleo exija el reglamento;

Que, el artículo 19, N° 17°, de la Carta Fundamental, establece que la Constitución asegura a todas las personas la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la misma Constitución y las leyes, por lo que la oración que dice ‘y poseer el nivel educacional o título profesional o técnico que la naturaleza del empleo exija el reglamento’ resulta inconstitucional y debe igualmente eliminarse del proyecto, porque la exigencia de tal circunstancia es de reserva legal sin que pueda ser reenviada a lo que un reglamento disponga sobre el particular”.

Por otra parte, esta vez en relación con el derecho a la seguridad social, útil es acudir al *Rol N° 219*, pues en él se contienen las características del sistema de pensiones, las cuales permiten distinguir, sustancialmente, el sistema antiguo, único imperante en Chile hasta 1980 y el que rige desde entonces, sujeto a las Administradoras de Fondos de Pensiones, contempladas en el Decreto Ley N° 3.500.

Aquella distinción permite, efectivamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 2° de la Constitución, establecer diferencias que son razonables entre uno y otro modelo:

“Que el régimen de pensiones existente en Chile, se divide fundamentalmente, en un sistema, regulado por el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, y un sistema antiguo que regula las pensiones de los regímenes previsionales administrados por el Instituto de Normalización Previsional (INP) y que comprende también los regímenes de las Cajas de Previsión de la Defensa Nacional y de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile incluida las pensiones asistenciales otorgadas conforme al Decreto Ley N° 869, de 1975, a ancianos e inválidos carentes de recursos por no haber podido obtener el beneficio de una pensión a través de un régimen previsional y a quienes se les otorga o garantiza un nivel mínimo de subsistencia.

Entre ambos sistemas de pensiones, existen diferencias fundamentales en materias tales como administración, beneficios, financiamiento y reajustabilidad de éstas.

El antiguo sistema se encuentra estructurado en un régimen financiero de reparto de las cotizaciones de sus imponentes, con una administración de cargo del Estado, con unos beneficios que le son propios, todo lo cual es financiado con cargo al presupuesto de la Nación y con un sistema de

reajustabilidad determinado por ley. El nuevo sistema, en cambio, está organizado por un esquema financiero de capitalización individual en la cual cada afiliado es titular de una cuenta en la que se depositan sus cotizaciones, administrado por organismos privados denominados Administradoras de Fondos de Pensiones, con un sistema de reajustabilidad de las pensiones conforme a la variación de la Unidad de Fomento, es decir, con una reajustabilidad automática diaria. Las principales modalidades que contempla este sistema en materia de pensiones son, el retiro programado y la renta vitalicia, ambas pagadas con cargo al ahorro individual de los afiliados. Al Estado no le corresponde ninguna participación en el financiamiento del nuevo sistema excepto la garantía de las pensiones mínimas de los afiliados conforme al artículo 1° del Decreto Ley N° 3.500;

(...)

Que de estas diferencias fundamentales anotadas entre los dos sistemas de previsión referidos fluye que los pensionados afectos a cada uno de estos regímenes están en situaciones jurídicas totalmente diferentes, y el único factor de igualdad coincidente, destacable conforme al proyecto, residirá en el monto de las pensiones que perciben, pues en uno y otro sistema habrán pensionados cuyo monto de pensiones a recibir no excede de \$100.000, o siendo superiores no exceden de \$110.000. Pero las diferencias provenientes, entre otras de las señaladas, relativas al origen y administración de los recursos con que se financian como, asimismo, a la forma de pago y reajustabilidad de los beneficios que se otorgan dejan categóricamente en evidencia situaciones jurídicas estructurales diferentes entre los sistemas de previsión. Lo anterior conduce necesariamente a concluir, aplicando lo señalado por este Tribunal en relación a la igualdad ante la ley, que no obstante una eventual coincidencia en el monto de la pensión no existe un trato discriminatorio o arbitrario de los pensionados de un sistema en relación a los pensionados de otro”⁶³.

Por último, en una sentencia paradigmática, contenida en el *Rol N° 334*, el Tribunal ha podido configurar, adecuadamente, la relación jurídica de dominio existente entre el titular y su fondo de pensión:

“Que, para resolver adecuadamente si los numerales quinto, letra b) y sexto del artículo 1° del proyecto, que agregan los incisos tercero y cuarto nuevos al artículo 61 del Decreto Ley N° 3.500, y a su vez incorporan a

⁶³ Considerandos 18° y 20°.

dicho texto de leyes el 61 bis, son o no contrarios a la norma contenida en el artículo 19, N° 24°, de la Constitución, es fundamental comenzar por determinar la naturaleza jurídica del derecho que tienen los afiliados sobre los fondos previsionales depositados en sus cuentas individuales en el sistema de seguridad social, ya que de ello dependerá si él se encuentra amparado por el derecho de propiedad consagrado en la citada norma y el alcance de dicha protección constitucional;

Que, numerosas disposiciones del Decreto Ley N° 3.500, nos permiten conseguir el propósito perseguido. Entre ellas, cabe destacar, las siguientes: a) el artículo 2°, inciso segundo, dispone: 'La afiliación es la relación jurídica entre un trabajador y el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia, que origina los derechos y obligaciones que la ley establece, en especial el derecho a las prestaciones y la obligación de cotización', es decir, el sistema se estructura sobre la base de una cotización obligatoria que establece derechos a favor del afiliado, en especial el derecho a prestaciones; b) el artículo 17, inciso primero, prescribe: 'Los trabajadores afiliados al Sistema, menores de sesenta y cinco años de edad si son hombres, y menores de sesenta años de edad si son mujeres, estarán obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el diez por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles'; c) por su parte, el artículo 18, inciso primero, reafirmando la idea de que los afiliados poseen una cuenta individual, expresa: 'Cada trabajador podrá efectuar, además, en su cuenta de capitalización individual, cotizaciones voluntarias'; d) como lógica contrapartida a lo expresado en la letra anterior, y una vez obtenida la finalidad perseguida con el sistema de capitalización individual, el artículo 22, inciso segundo, establece que 'Los excedentes que quedaren en la cuenta individual del afiliado después de contratada su pensión en conformidad a lo dispuesto en el Título VI, serán de libre disposición', y e) el artículo 66, inciso final, corona esta sucinta enumeración de normas legales prescribiendo que 'Si no quedaren beneficiarios de pensión de sobrevivencia, el saldo remanente en la cuenta de capitalización individual del afiliado incrementará la masa de bienes del difunto', norma con la cual queda de manifiesto, una vez más, que los afiliados tienen un derecho de propiedad sobre sus fondos previsionales depositados en sus cuentas individuales, desde el momento que forman parte de su herencia al instante de su fallecimiento, en la eventualidad prevista por la ley. Por otra parte, cabe señalar que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 33, inciso primero, 'Cada Fondo de Pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio

sobre aquellos'. De la relación de los preceptos antes transcritos se infiere, con claridad meridiana, que en el Sistema de Pensiones establecido por el Decreto Ley N° 3.500, cada afiliado es dueño de los fondos que ingresan a su cuenta de capitalización individual y que el conjunto de éstos constituyen un patrimonio independiente y diferente del patrimonio de la sociedad administradora de esos fondos;

Que, además, otras disposiciones del mismo Decreto Ley en estudio confirman y reiteran el concepto básico y fundamental del dominio de los afiliados sobre los fondos de su cuenta individual. Entre ellos, basta con mencionar el artículo 61 que, en lo pertinente, expresa que 'Los afiliados que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 3° y los afiliados declarados inválidos (...) podrán disponer del saldo de su cuenta de capitalización individual con el objeto de constituir una pensión'; el artículo 62, inciso cuarto, que en lo relativo a la renta vitalicia a que puede optar el titular de la cuenta, prescribe que 'El contrato de seguro será suscrito directamente por el afiliado con la Compañía de Seguros de Vida de su elección', agregando que 'Notificada la Administradora por la compañía aseguradora de la suscripción del contrato, quedará obligada a traspasar a ésta los fondos de la cuenta individual del afiliado', y, en fin, el artículo 65, que define el 'Retiro Programado' como 'aquella modalidad de pensión que obtiene el afiliado con cargo al saldo que mantiene en su cuenta de capitalización individual';

Que esta propiedad que tiene el afiliado sobre los fondos previsionales que conforman su cuenta individual presenta determinadas características especiales. Desde luego, se trata de un dominio sobre cosas incorpóreas, pues su objeto son derechos. Su propósito concreto, al tenor de las normas del Decreto Ley N° 3.500, es financiar la respectiva pensión de su titular; pero tal destinación determinada también le genera el derecho incorporado a su patrimonio, en virtud de la relación jurídica que lo une con el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia, de obtener los beneficios que regula el Título VI del tantas veces citado Decreto Ley N° 3.500. Mientras no se obtiene el fin perseguido, su administración le corresponde a sociedades anónimas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones, reguladas en el Título IV del Decreto Ley N° 3.500. Sin embargo, éstas y otras particularidades y limitaciones propias de este derecho de dominio, no lo privan de su carácter de tal y, en consecuencia, se encuentra plenamente protegido por el artículo 19, N° 24°, de nuestra Carta Fundamental, que asegura a todas las personas 'El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorpóreas';

Que no es necesario abundar en mayores argumentaciones sobre esta materia. No obstante cabe considerar que el propio Presidente de la República en su escrito de 'Observaciones a Requerimiento', reconoce que el afiliado es dueño de sus fondos previsionales, al expresar textualmente 'El Ejecutivo no puede estar más de acuerdo con dicha afirmación'. Y más adelante agrega 'Por de pronto, los fondos previsionales comparten plenamente las características enunciadas en el acápite anterior en cuanto a que sobre ellos los afiliados tienen un derecho subjetivo que es absoluto, exclusivo y perpetuo, tal como lo ha conceptualizado la doctrina clásica. Este reconocimiento de la propiedad sobre los fondos previsionales está plenamente plasmado en diversas normas del Decreto ley N° 3.500, actualmente vigente, normas que el proyecto objetado no modifica ni elimina' (Respuesta del Presidente, pág. 203)".⁶⁴

En suma, de los dos derechos cuya jurisprudencia se ha resumido en este párrafo cabe colegir que, para el Tribunal Constitucional:

Primero, el antiguo sistema de pensiones, vigente en Chile hasta 1980, es sustancialmente distinto del que hoy impera en el país, por lo que pueden establecerse diferencias entre uno y otro, sin que ello sea discriminatorio, sino razonable y, por ende plenamente ajustado a la Constitución; y

Segundo, que el titular es dueño de su fondo de pensión, en el nuevo sistema, gozando a su respecto del derecho de propiedad con todas sus facultades y atributos esenciales, siendo susceptible de privación sólo mediante el procedimiento expropiatorio de rigor.

18. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO

En relación con esta materia, he analizado, especialmente considerando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los principios de proporcionalidad y justicia en materia tributaria, por lo que, sin perjuicio de remitirme a ese trabajo⁶⁵, examino aquí, sobre todo, la jurisprudencia pronunciada con posterioridad o a propósito de otros principios asegurados en el artículo 19 N° 20° de la Constitución.

O. Principios de legalidad e igualdad

En primer lugar, cabe detenerse en el considerando 15° del *Rol N° 280*: "Que con los antecedentes expuestos corresponde entrar derechamente a considerar acerca de los fundamentos de las inconstitucionalidades que se le imputan a los artículos 2° y 3° del proyecto *sub lite*."

Sobre el particular cabe recordar que el sistema constitucional chileno autoriza el cobro de impuestos para que el Estado con su producido pueda satisfacer las necesidades comunes a que está obligado por la Constitución Política. Es por ello que representa el medio que genera ingresos para cubrir el gasto público y además lo emplea la autoridad como un elemento para orientar y dirigir su política económica. Al hacerlo puede violentar la Constitución y precisamente por este motivo y con el objeto de evitar abusos en este ámbito, se protegió jurisdiccionalmente facultando a este Tribunal para decidir en caso de conflicto de intereses.

Sobre este punto, resulta útil reproducir la intervención del Comisionado señor Ovalle quien, en la sesión N° 105, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, expresó:

'(...) a su juicio, la repartición de los impuestos necesariamente debe ser igual, pero la igualdad en este aspecto no atiende al monto del tributo en sí mismo, ni está vinculada exclusivamente con la proporción que respecto del hecho, renta, ganancia o beneficio gravados debe contemplar la ley, sino que la filosofía tributaria mira, precisamente, al derecho de cada hombre de soportar las cargas, de manera que éstas sean por igual pesadas para todos. Estima que el punto de vista es distinto, ya que con ese criterio cada componente de la sociedad chilena debe asumir los mismos sacrificios y éstos, obviamente, no generan pagos iguales y, a veces, ni siquiera en la misma proporción, porque son mayores respecto de aquel que debe dejar de satisfacer funciones vitales para pagar los tributos que establece la ley, que para quienes deben abandonar otra clase de agrados —no de necesidades— y pagar sus tributos con los fondos que a éstos destinen. Cree que por esta razón, la expresión 'igual' no mira al tributo mismo, en su esencia, sino al sacrificio que debe hacer quien lo paga, por lo cual, además de la razón ya anotada, considera que ese término debe conservarse' (Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesión N° 105, de 11 de marzo de 1975, págs. 17, 18)".

Sin embargo, debe advertirse que, conforme al texto claro del artículo 19 N° 20° inciso 1° de la Carta Fundamental, los principios de legalidad e igualdad se aplican no sólo a los tributos, sino a toda carga pública, una de cuyas especies son los tributos:

⁶⁴ Considerandos 4° a 8°.

⁶⁵ Me refiero a "Principios constitucionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria", contenido en XXVII Revista Chilena de Derecho, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, Abril - Junio 2000, pp. 357 - 371.

“Que, vulnera, también, el precepto requerido, el derecho fundamental a la igualdad ante las cargas públicas que reconoce y asegura el artículo 19º N° 20º de la Constitución, por cuanto grava a los medios de comunicación social con una carga no se impone a los demás, sino sólo a ellos, y de otra parte, aparece como arbitraria desde que carece de razonabilidad pues no se sustenta en el bien común, finalidad del Estado que, como lo dispone la Carta Fundamental, éste ha de promover ‘con pleno respeto’ de los derechos de las personas (artículo 1º inciso cuarto)”⁶⁶.

P. Principio de Justicia

Pronunciándose el Tribunal sobre este principio, asegurado a todas las personas en el inciso 2º del artículo 19 N° 20º, sostuvo en los considerandos 9º y 10º del Rol N° 203:

“Que, este Tribunal ponderando el alza del límite superior de la aplicación del tributo de 1.000 unidades tributarias mensuales a 4.000 unidades tributarias mensuales, ha estimado que del mérito del proceso no se desprende que el límite máximo del tributo sea desproporcionado o injusto. De aceptarse el criterio sustentado por los requirentes podríamos llegar a considerar cualquier alza de un tributo en relación con el anterior como manifestamente desproporcionada e injusta.

No hay que olvidar, además, la historia de la norma que quiso evitar que se impusieran tributos que vinieran a representar una expropiación o confiscación o impidieran el ejercicio de una actividad;

Que, en razón de lo expuesto no es posible a este Tribunal entrar a considerar como ‘manifestamente desproporcionada o injusta’ el alza del límite del tributo establecida en la modificación a la Ley de Rentas Municipales. Además, las prohibiciones constitucionales deben ser siempre interpretadas con un criterio restrictivo y no es posible al respecto que se aplique un criterio amplio o extensivo para entender prohibiciones de rango fundamental”.

Por ende, el Tribunal le dio contenido al principio de justicia tributaria en términos tales que lo redujo al respeto del derecho de propiedad en cuanto idóneo para llevar a cabo una actividad económica.

⁶⁶ Considerando 37º de la sentencia pronunciada el 30 de octubre de 1995, Rol N° 226.

A su turno, en los considerandos 6º a 9º del Rol N° 219, aquella Magistratura Constitucional *ratificó el precedente*:

“Que la disposición constitucional del inciso segundo del N° 20 del artículo 19 tuvo por objeto según se desprende de los debates suscitados en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, conforme este Tribunal tuvo oportunidad de señalarlo en el considerando 8º de la sentencia de 6 de diciembre de 1994, evitar que el legislador aprobara tributos que tuviesen un carácter confiscatorio o expropiatorio o que afectase en su esencia o impidiesen el derecho de desarrollar una actividad económica lícita;

Que esencialmente reúnen el carácter de impuestos confiscatorios o expropiatorios aquellos que por su monto afectan el patrimonio o la renta de una persona y así lo sostuvieron los comisionados cuando trataron la materia y aprobaron la disposición constitucional en la sesión N° 398, de 11 de julio de 1978. En ningún caso, el constituyente en el inciso segundo del numeral 20 del artículo 19 de la Constitución, fijó un monto o rango para este tipo de gravámenes, pero sí señaló al legislador un límite conceptual que le impide desproporciones o injusticias, injustificables o irracionales y ellas se producen, cuando son manifiestas, esto es, al tenor de la definición del Diccionario de la Lengua Española, cuando son descubiertas, patentes, claras;

Que en materia de impuestos indirectos que gravan el consumo, la desproporcionalidad o injusticia de la tasa del tributo es difícil de determinar, pues existen múltiples factores, todos de hecho, que inciden en su calificación. Entre ellos cabe destacar, la capacidad de pago del contribuyente, la calificación del bien como de uso o consumo habitual o de carácter suntuario o prescindible o si con su imposición se impide el desarrollo de una actividad económica, factores todos que implican a juicio de este Tribunal apreciaciones eminentemente valóricas según tuvo oportunidad de señalarlo en el Rol N° 203, de 1994. Se trata de situaciones de hecho difíciles de precisar y que deben acreditarse fehacientemente para que puedan fundar una decisión;

Que no obstante lo anterior este Tribunal no puede dejar de señalar que un impuesto indirecto podría, entre otras situaciones, ser manifestamente desproporcionado o injusto si con su imposición o monto se impide del todo o se limita de tal manera que hace imposible el libre ejercicio de una actividad económica o impide la adquisición del dominio de los bienes a que afecte el impuesto. Lo anterior, a juicio del sentenciador, no ocurre con los impuestos establecidos en los artículos 1º y 2º del proyecto de ley objetado, pues estamos en presencia de alza de tasas en relación al monto

de un impuesto anteriormente existente, sin que haya antecedentes de que la legislación que los estableció haya sido objetada constitucionalmente. En fin, por tercera vez se confirma la interpretación hasta aquí referida, del principio de justicia, en el *Rol N° 280*:

“Que, sobre el particular debe recordarse que una petición similar ya fue resuelta por este Tribunal, en sentencia de 31 de julio de 1995, *Rol N° 219 (...)*. Complementando lo anterior, ha señalado que en ningún caso el Constituyente fijó un monto o rango para los gravámenes que afectan a las rentas, pero sí le fijó un límite. Este, impide al legislador establecer desproporciones injustificables o irracionales (...).

No obstante que las razones son similares y comunicables, este Tribunal en esta oportunidad reflexiona nuevamente considerando que le corresponde fijar el sentido de la proporcionalidad y decidir que, sin perjuicio de sus atribuciones a futuro, el monto que se propone ahora, por el proyecto, en función del contexto de lo que se pide, no constituye una desproporcionalidad que lo deje fuera del límite constitucional.

Que, siempre resulta útil recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para precisar el concepto de los vocablos comunes que emplea la Constitución Política.

La palabra ‘manifestamente’ se define como ‘Descubierto, patente, claro’, y la expresión ‘desproporcionado’, significa que no es proporcionado.

El Constituyente prohíbe que el tributo sea ‘manifestamente desproporcionado’ con lo cual reconoce que la desproporción justificada no violenta el principio de igualdad tributaria.

Por tanto, el Constituyente se guardó de restringir en exceso la autonomía del legislador, y le impuso un límite que sólo impide las desproporciones o injusticias ‘manifiesta’, esto es, aquellas que resultan burdas, exageradas e injustificables. Las restricciones al legislador en esta materia son, entonces, particularmente excepcionales. Ello implica que la defensa de la supremacía constitucional en este ámbito, ha de circunscribirse a evitar las desproporciones o injusticias tributarias que traspasen todos los límites de lo razonable y lo prudente.

La desproporción o injusticia tiene que fluir de las propias preceptivas legales, cualesquiera sean los hechos que digan relación con las materias previstas en ella. Dicho, todavía de otra manera, la desproporción o injusticia tiene que ser tan evidente que, cualesquiera sean los hechos, ella resulte patente y clara en la propia disposición legal.

Cabe tener presente que al no encontrarse contemplado por la Constitución o la ley un concepto de lo que se entiende por manifestamente

desproporcionado o injusto, tal determinación debe quedar entregada a lo que la justicia constitucional decida, caso a caso, en materia de proyectos de ley o de leyes (...)”⁶⁷.

En resumen, el criterio rector para el Tribunal, en orden a determinar un tributo como injusto o manifestamente desproporcionado, estriba en evaluar si resulta confiscatorio o expropiatorio, vale decir, si vulnera o no el derecho de propiedad, aunque nunca ha fijado guarismos, parámetros o cartabón numérico que permita trazar un criterio objetivo en la materia.

Q. Prohibición de afectar específicamente los tributos

Finalmente, en nexa con este principio, contenido en los incisos 3° y 4° del artículo 19 N° 20°, el Tribunal señaló, en los considerandos 7° a 9° del *Rol N° 212*:

“Que, el artículo 12 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establece la forma como se constituye el denominado Fondo Común Municipal, contemplado en el artículo 111, de la Constitución Política, como un mecanismo de redistribución solidario de los ingresos propios entre las municipalidades del país.

El artículo 1°, N° 3, del proyecto en análisis, al agregar un nuevo número 4) al artículo 12, modifica la composición del Fondo Común Municipal estableciendo que éste quedará integrado también por ‘Un cincuenta por ciento del uno por ciento sobre el precio de venta en la transferencia de vehículos con permisos de circulación y un cincuenta por ciento del impuesto que establece el artículo 41 del decreto ley N° 825, de 1974, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios; el restante cincuenta por ciento de este último impuesto será de beneficio exclusivo de la municipalidad donde tenga su asiento la notaría en que se haya formalizado la transferencia’.

Como puede observarse, en virtud de esta disposición el impuesto correspondiente al 0,5% del valor de venta de automóviles u otros vehículos motorizados usados, que, a beneficio fiscal, establece el artículo 41 del Decreto Ley N° 825, de 1974, pasa a ser de beneficio municipal, incorporándose en un 50% al Fondo Común Municipal, y en el otro 50% al patrimonio de la municipalidad donde tenga su asiento la notaría en que se haya formalizado la transferencia;

⁶⁷ Considerandos 18° y 19° de la sentencia pronunciada el 20 de octubre de 1998, *Rol N° 280*.

Que, el artículo 19, N° 20, de la Constitución Política, prescribe que 'Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado', esto es, establece el principio de la no afectación de los tributos a un destino específico.

No obstante, la propia Carta Fundamental permite, excepcionalmente, que aquellos tributos que 'gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo';

Que, la disposición del proyecto que se analiza, al establecer que un impuesto que constituye parte de los ingresos generales del Estado pase a tener un destino determinado, en este caso, que se incorpore al Fondo Común Municipal y al patrimonio del municipio donde tenga su asiento la notaría en que se haya formalizado la transferencia del vehículo por partes iguales, se aparta del principio general de no afectación de los tributos a un destino específico establecido sobre la materia por el constituyente; y, por otro lado, no cumple con los requisitos que la Constitución establece copulativamente para que el legislador faculte a las autoridades comunales para aplicar tributos a fines específicos, esto es: a) que las actividades o bienes gravados tengan una clara identificación local, y b) que ellos estén destinados al financiamiento de obras de desarrollo".

Explicando la regla de no afectación, pero supeditándola a una norma de la Parte Orgánica de la Constitución, olvidando el *principio del mayor valor de los derechos fundamentales*, en los considerandos 2° y 3° del *Rol N° 219*, el Tribunal sostuvo:

"Que la norma constitucional del inciso tercero del numeral 20 del artículo 19, de no afectación de un tributo a un destino determinado, si bien no fue precisada suficientemente en la historia fidedigna de su establecimiento, ha sido la doctrina nacional la que se ha preocupado de dar una explicación del precepto a través de su objetivo, señalando que la norma pretende evitar las dificultades que al manejo de las finanzas públicas generarían un compromiso dado de antemano sobre el destino de los impuestos pues 'las necesidades para cuya satisfacción se destinan los recursos son esencialmente variables de año en año' (Figuroa Valdés, Juan Eduardo. "Las Garantías Constitucionales del Contribuyente en la Constitución de 1980", página 107).

Es decir, lo que se señala y se desprende de una interpretación armónica de la norma, y es lo que el constituyente ha querido, es que no haya una relación absoluta dependiente y directa entre lo que se recauda por concepto

de impuestos y el destino que se da a lo recaudado. Así, el constituyente quiere evitar un vínculo directo y subordinado de un tributo a un gasto determinado;

Que en el proyecto de ley objetado a juicio de este Tribunal no existe una afectación directa y dependiente entre el impuesto que señalan los artículos 1° y 2° y el monto del reajuste de pensiones a otorgar, de manera que si cada una de estas materias hubiera sido tratada en proyectos separados no hubiera podido ser objeto de un reparo constitucional. Su asociación o consideración en el mismo proyecto, además de una racionalidad y celeridad legislativa necesarias, tiene por objeto dar cumplimiento a las normas presupuestarias que establece el artículo 64 de la Constitución, que en su inciso cuarto señala:

'No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto'.

Las fuentes de recursos a que se refiere la norma transcrita, indudablemente incluye entre otros y principalmente a los impuestos y contribuciones de cualquier naturaleza, fuentes principalísimas de los ingresos del Estado que le permiten cumplir sus funciones.

Lo anterior se confirma también si se tiene en consideración que por el hecho de aprobarse el reajuste extraordinario de pensiones a que el proyecto se refiere, siempre el Estado deberá asumirlo y pagarlo, independientemente de que los impuestos con que se financia el gasto, sean o no suficientes pues se asume con cargo al presupuesto general de la Nación".

En resumen, de las sentencias transcritas, sobre principios fundantes del régimen tributario, es menester colegir las siguientes reglas:

Primera, que los tributos son el medio a través del cual el Estado satisface las necesidades colectivas a que lo obliga la Constitución;

Segunda, que los tributos son una especie dentro de las cargas públicas, a las cuales se aplican también los principios de legalidad e igualdad;

Tercera, que la justicia tributaria exige que los tributos sean respetuosos del derecho de propiedad; y

Cuarta, que el principio de no afectación exige, para que puedan contemplarse excepciones, el acatamiento estricto de los requisitos contemplados en el inciso final del artículo 19 N° 20° de la Constitución.

19. LIBRE INICIATIVA

Probablemente, la primera vez que el Tribunal tuvo que examinar con mayor detenimiento este derecho fue en los considerandos 8° a 13° del *Rol N° 146*, más conocido como *Letreros Camineros I*, el cual se transformaría, además, en verdadero *leading case* del tema de la reserva de ley:

“Que, el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21, antes transcrito, y que protege la libre iniciativa privada es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional;

Que, del tenor del artículo 19, N° 21, resulta que los que desarrollen una actividad económica deben someterse a las normas legales que la regulen. Por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: ‘Ajustado y conforme a reglas’. De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad;

Que, el decreto supremo N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, de 1992, prohíbe el desarrollo de la actividad económica representada por la propaganda comercial y la publicidad en las fajas adyacentes de los caminos ya definidas, con lo que se ha excedido ampliamente el campo de acción de la autoridad administrativa en esta materia;

Que, si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de ‘regular’ puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, N° 2, que establece ‘Sólo son materias de ley: Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley’, estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura ‘respetando las normas legales que la ‘regulan’. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse;

Que, se ha sostenido por los órganos constitucionales requeridos, que la ley N° 18.290, dictada bajo el imperio de la Constitución de 1980, habría prohibido la colocación de letreros de propaganda en los caminos, estableciendo que la Dirección de Vialidad fijará las condiciones y la distancia

desde el camino en que podrán colocarse estos letreros. Las respectivas disposiciones se refieren a la propaganda para efectos de la protección de la visibilidad de las señales de caminos y la libre circulación por ellos y no tienen relación con la actividad representada por la publicidad caminera. No podría la Dirección de Vialidad, en ejercicio de las facultades que le otorga la ley, alterar las normas del decreto supremo N° 294, que refundió el D.F.L. N° 206, de 1960, y la ley N° 15.840 que contiene la autorización expresa para colocar propaganda en las fajas adyacentes de los caminos. No podría tampoco sostenerse que el artículo 104 de la ley N° 18.290, de 7 de febrero de 1984, habría derogado los artículos 39 y 40 del decreto supremo N° 294, refundido, de 27 de septiembre de 1984, por ser este último una ley posterior.

El artículo 104 de la ley N° 18.290 prohíbe la colocación de letreros de propaganda en los caminos y agrega a continuación que la Dirección de Vialidad fijará las condiciones y la distancia, desde el camino, en que podrán colocarse estos letreros. Queda así establecido por esta normativa que se admite la colocación de letreros de propaganda en las fajas adyacentes de los caminos; Que, de acuerdo al artículo 19, N° 21, de la Constitución Política, las únicas prohibiciones que pueden imponerse al derecho a desarrollar una actividad económica son las que se sustentan en el orden público, la moral y la seguridad nacional.

El decreto supremo N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, de 1992, cuya constitucionalidad se cuestiona, no se fundamenta en ninguno de los conceptos mencionados, muy por el contrario, tanto el Presidente de la República en su contestación, como la Contraloría General de la República argumentan sosteniendo la necesidad de proteger el medio ambiente y además de que se trataría de un caso en que la ley permite que la autoridad administrativa reglamente ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos garantizados por la Carta Política.

No invocan, en consecuencia, los únicos sustentos que permitirían prohibir el desarrollo de una actividad económica. Las normas reglamentarias no están facultadas conforme al artículo 19, N° 8, que consagra el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, para restringir, limitar o prohibir el ejercicio de los derechos constitucionales, pues esta atribución es exclusiva de la ley. Además, para que la autoridad administrativa pueda reglamentar ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales, debe estar autorizada por la Constitución, autorización que no existe en relación a esta materia en el artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental antes transcrito”.

Desde luego, en aquellos considerandos se aprecia la enorme relevancia del derecho asegurado en el numeral 21°, por ser derivación de los valores más trascendentales que reconoce y protege la Constitución. Recuérdese, en este sentido, que, en más de una ocasión, el Tribunal ha establecido el nexo entre los derechos fundamentales y los principios Bases de la Institucionalidad, lo cual queda coronado, como ya se expuso, en el *Rol N° 389*, a propósito de la definición que allí se aporta de *dignidad humana*.

Asimismo, se aprecia cuál es el concepto que tiene el Tribunal de la principal y decisiva actividad del Estado, cuando es concebido como subsidiario, consistente en *regular* el ejercicio de los derechos.

En fin, queda claro que distinta de aquella potestad, son los casos, taxativos, en que una actividad económica puede ser prohibida, lo cual sólo puede suceder cuando sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

Posteriormente, en el *Rol N° 167*, el Tribunal confirmó, en un caso análogo, el precedente ya comentado, repitiendo el vínculo estrecho de la libre iniciativa con los principios reconocidos en el Capítulo I, pero añadiendo, en su considerando 10°:

“Que, las normas del Capítulo I de nuestra Constitución constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que vienen a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares”.

En esta segunda sentencia, el Tribunal reiteró el concepto de *regular*, pero ahora precisando su primera aproximación, ya que lo distinguió, al menos parcialmente, de la potestad consistente en *limitar* el ejercicio de los derechos:

“Que, si bien por ‘regular’, conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: ‘Ajustado y conforme a reglas’, ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión ‘las normas legales que la regulen’, pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del artículo 19, N° 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución;

Que, una conclusión como la señalada en el considerando anterior iría contra los artículos 6° y 7° de la Constitución Política que establecen que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, como también que éstos actúan, válidamente, sólo cuando lo hacen previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley;

Que, regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de ‘regular’ un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política”⁶⁸.

Reiterando la enorme relevancia de este derecho, el Tribunal sostuvo, en los considerandos 41° y 42° del *Rol N° 226*:

“Que, en lo que se refiere a la violación del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita conviene señalar que este derecho fundamental amparado y protegido por la Constitución, no es sino expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común. Se trata, pues, de un derecho de fundamental importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas.

Que, el derecho reconocido por el artículo 19, N° 21, es consecuencia, por lo tanto, de esa primacía de la persona, que establece de manera precisa y plena de consecuencias jurídicas la Constitución en su artículo 1°, y que reitera su artículo 5° al imponer al Estado, y a cada uno de sus órganos, cualquiera sea su naturaleza, función o jerarquía, el deber de respetar los derechos de las personas e incluso de promover su ejercicio, a fin de que puedan, además, participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Finalmente, útil es consignar que, a juicio del Tribunal, acertadamente dicho sea de paso, la infracción de la legislación antimonopolio es, consecuencialmente, vulneración de la libre iniciativa, como lo declaró, en los considerandos 44° y 45° del mismo *Rol N° 226*:

“Que, a juicio de este Tribunal, el artículo 43 del proyecto deberá ser declarado inconstitucional en lo que se refiere a su inciso segundo, en razón de infringir sus letras a) y b) el artículo 19, en sus numerales 21 y 26, y 24.

En efecto, al disponer el proyecto en análisis que ciertos hechos -que describe el inciso segundo del artículo 43 aludido- son impeditivos de la libre competencia y que, como tales, constituyen ilícitos penados por el artículo 1°, inciso primero, del D.L. 211, de 1973, hechos que significan no poder poseer más del 30% del mercado informativo nacional, en el

⁶⁸ Considerandos 12° a 14°.

ámbito de la prensa escrita, o de la distribución de diarios de información general (letra a) de dicho inciso segundo), vulnera el derecho de emprender (artículo 19, N° 21, inciso primero) es decir, de desarrollar cualquiera actividad lícita sin más limitaciones que no ser contraria a la moral, ni al orden público ni a la seguridad nacional, puesto que ninguna de estas circunstancias se da aquí, ya que la actividad que se pretende impedir no aparece aparentemente a ellas porque se tengan porcentajes mayores a los que el proyecto prevé.

Que, debe igualmente hacerse presente, que la limitación que tanto la letra a) como la letra b) del inciso tercero, de dicho artículo 43 del proyecto, disponen en cuanto a la posesión de porcentajes –llamado “control” por este precepto– afectan de manera directa la posibilidad de desarrollar la actividad económica indicada, por causas ajenas a las que la Constitución precisa en su artículo 19, N° 21, inciso primero, imponiendo exigencias que afectan al contenido esencial de este derecho reconocido expresamente por el artículo 19, N° 26, pues impiden su libre ejercicio; por lo cual debe entenderse que dichas letras a) y b) referidas, también vulneran el artículo 19, N° 26 de la Carta Fundamental”.

Por último, en relación con las actividades empresariales desarrolladas por el Estado, útil es revisar los considerandos 5° y 6° del *Rol N° 249*:

“Que, por otro lado se concluye además, que es la norma legal que contemple el presupuesto de la Nación, conforme al artículo 64 de la Carta Fundamental, la que le da el financiamiento respectivo al servicio público Corporación de Fomento de la Producción. Dicha ley de presupuestos, de acuerdo a la norma constitucional aludida, no está sujeta, en cuanto a su aprobación, a ningún quórum especial y, consecuentemente, tampoco las partidas de dicho presupuesto que dicen relación a la CORFO y que no impliquen el desarrollo de nuevas actividades empresariales sino solamente capitalizar sociedades en las que participaba con anterioridad como ocurre, según se ha visto, con la Empresa Nacional del Carbón S. A.

Este mismo procedimiento se aplicó en diversas leyes de presupuesto en la partida correspondiente al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción relativa al presupuesto de la Corporación de Fomento de la Producción en que se contemplaron determinadas cantidades destinadas a suplir déficit operacionales de la Empresa Nacional del Carbón S. A. y nunca se pretendió que se estaban desarrollando actividades empresariales que ameritaran una ley de quórum calificado;

Que, de los considerandos precedentes es forzoso concluir que no ha habido violación al artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental, con el proyecto

de ley en análisis, puesto que cuando en el Presupuesto de la Nación se contempla una partida para que el servicio público Corporación de Fomento de la Producción reciba una suma de dinero destinada exclusivamente a aumentar el capital accionario de una sociedad anónima, de la cual es su principal accionista, no está el Estado generando una nueva actividad empresarial ni participando en ella ya que la empresa beneficiaria de este aumento, ENACAR S.A., mantiene su misma actividad y objeto social, por lo que no resulta aplicable el quórum calificado para la aprobación de la ley que así lo autorice”.

En consecuencia, y respecto del derecho asegurado en el 19 N° 21° de la Constitución, pueden extraerse las siguientes reglas de las sentencias resumidas:

Primera, que el derecho allí asegurado –tal y como todos los demás– encuentra su fundamento en las Bases de la institucionalidad;

Segunda, que *regular* una actividad económica significa establecer las normas conforme a las cuales ella debe realizarse;

Tercera, que, a juicio del Tribunal, al regular pueden establecerse limitaciones al ejercicio del derecho, pero que la garantía de ello estriba, por una parte, en la reserva de ley; y, de otra, en que, mediante aquella regulación limitativa, no puede impedirse el libre ejercicio del derecho ni –agrego– afectárselo en su esencia; y

Cuarta, que la lesión de la legislación antimonopolios implica, paralelamente y de suyo, un quebrantamiento del derecho a desarrollar actividades económicas.

20. DERECHO DE PROPIEDAD

Trátase, sin lugar a dudas de uno de los derechos asegurados en el artículo 19 de la Constitución –si no, el que más–, que ha sido mayor cantidad de veces examinado por el Tribunal. Ello deviene, a no dudarlo de la relevancia con que el Poder Constituyente lo concibió, según queda aclarado, desde luego, en el considerando 12° del *Rol N° 334*:

“Que, es un hecho, indiscutido, reconocido por esta Magistratura y por la doctrina, que la Constitución de 1980 robusteció el derecho de propiedad y le otorgó una amplia protección. Así lo demuestra, por lo demás, de manera evidente, el hecho que la actual Carta Política haya determinado y restringido los elementos que constituyen la función social de la propiedad que habilitan su limitación por la ley y, entre otras, las circunstancias de que lo indemnizable en caso de expropiación sea el daño patrimonial efectivamente causado, concepto más amplio del monto a indemnizar, que el que existía en la Carta de 1925 y, que dicha indemnización, a falta

de acuerdo, debe ser pagada en dinero efectivo al contado, a diferencia del pago diferido que autorizaba aquella. También es necesario tener muy presente, como se ha declarado en sede constitucional, que 'La protección que otorga la Carta Fundamental al derecho de propiedad es tan amplia que abarca no sólo las facultades que generalmente confiere el dominio, tales como uso, goce y disposición, sino que también sus atributos, para dar a entender que cualquiera de ellos que se quebrante implica un atentado en contra del dominio' (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVI, Sección 5ª, Segunda parte, pág. 222)".

Lo expuesto exige, en consecuencia, seleccionar algunas de las sentencias relativas al derecho de propiedad, así como sistematizar el contenido de este párrafo.

R. Libre apropiabilidad y derecho de propiedad

No puede olvidarse que el Poder Constituyente de 1980, con el ánimo de reforzar el estatuto del dominio, no sólo se preocupó de asegurarlo, sino que, aún antes, amparó el derecho de todas las personas para acceder a la propiedad de cualquier clase de bienes, como queda constancia en el considerando 17º del Rol N° 245, sobre aquellos que, por disposición expresa de la Carta Fundamental, quedan taxativamente excluidos de aquella libre apropiabilidad:

"Que, la Constitución de 1980 buscando darle un mayor refuerzo a la defensa y protección a la propiedad privada ha consagrado un nuevo derecho en el artículo 19, N° 23, que dice:

'La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes'.

De la disposición citada resulta con claridad que sobre los bienes nacionales de uso público no es posible constituir propiedad y que teniendo las playas de mar, esta naturaleza jurídica no pueden ser objeto de propiedad privada. En conformidad con lo expuesto anteriormente cabe reiterar que las playas de mar son bienes nacionales de uso público y su uso pertenece a la Nación toda por lo que no pueden ser objeto de propiedad privada de los particulares ni usadas en forma exclusiva, salvo el caso de las Concesiones Marítimas".

S. Amplia extensión del derecho de propiedad

Ya se anticipaba, en el Rol N° 334, transcrito al comienzo, la amplitud con que el Poder Constituyente configuró este derecho, no sólo extendiendo su alcance, incluso a los atributos del dominio, sino que también, regulando estrictamente los institutos que lo limitan o hacen desaparecer, es decir, la función social y la expropiación, respectivamente.

Aquella jurisprudencia, indudablemente, desarrolla el precedente contenido en el considerando 11º del Rol N° 12:

"Que el precepto transcrito precedentemente contempla, en su inciso primero, el principio esencial de que la Constitución asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, concepto que ha de servir de base al análisis necesario para establecer si el proyecto en estudio es realmente interpretativo de la garantía constitucional referente al derecho de propiedad.

El inciso citado guarda íntima relación con los artículos 582 y 583 del Código Civil, el primero de los cuales define el dominio (que se llama también propiedad) como el derecho real de una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno; y el segundo dispone que sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad".

T. Facultades esenciales del dominio

Indudablemente, uno de los rasgos distintivos del derecho de propiedad estriba en que, cuando él está presente, confluyen en su titular las facultades de uso, goce y disposición. En nexa con ellas, el Tribunal explicó, en los considerandos 36º y 46º del Rol N° 226:

"Que, afecta, asimismo, el artículo 20, inciso segundo, del proyecto, el derecho de propiedad de los medios de comunicación social reconocido por el artículo 19, N° 24, de la Constitución, en cuanto vulnera las facultades esenciales de uso y goce que tal derecho comprende, al interferir gravemente sus atribuciones de administración referente a lo que se ha de informar o no, la oportunidad de divulgación o difusión, y su forma, extensión o alcance. Desde que se interfiere en sus facultades de administración, ello significa en el mismo momento, violar la autonomía de este ente asociativo y, por tanto, el artículo 1º, inciso tercero, de la Carta Fundamental. Cabe agregar aún que se da también una clara

vulneración de un *atributo esencial* del derecho de propiedad, como es su *exclusividad*, desde que esta interferencia que plantea el proyecto permite la intervención de un tercero ajeno en las decisiones del medio de comunicación sin que tenga título jurídico válido para ello.

Que, también este precepto vulnera el artículo 19, N° 24, inciso segundo, 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, función que comprende, por expresa disposición constitucional, cuanto exijan las circunstancias que allí se indican, las cuales, según este Tribunal no se configuran en el caso de autos. Cabe agregar, además, que tales limitaciones jamás pueden afectar el contenido esencial del derecho, esto es, no pueden consistir en 'privación' del derecho, como ocurre con la disposición del proyecto en análisis, privación para la cual, en conformidad con la Constitución, no tiene competencia el legislador, situación que conlleva de suyo la vulneración de los artículos 6° y 7° de la Constitución".

La jurisprudencia recién referida, como puede advertirse no sólo alude a las facultades esenciales del dominio, sino que vuelve a confirmar la amplitud de su alcance. Particularmente, como ya se dijo, en relación con sus atributos, así como respecto de lo estricta que es la Carta Fundamental cuando se trata de limitarlo o, con mayor razón, de privarlo a través de la expropiación.

U. Efecto retroactivo

En esta materia, el Tribunal ha aclarado la potestad del legislador para aprobar preceptos que puedan estar dotados de aquel efecto, en el considerando 3° del *Rol N° 15*:

"Que, aún admitiendo que por referirse los artículos 1° y 2° transitorios a contratos colectivos celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley y extinguidos con posterioridad a ella, pudieran tener efecto retroactivo, ello no implica necesariamente que sus disposiciones violen la garantía constitucional relativa al derecho de propiedad.

Es cierto que el artículo 9° del Código Civil establece que la ley sólo puede disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo; pero, tratándose de un precepto legal, el principio de la irretroactividad de la ley es obligatorio para el juez y no para el legislador, el que puede dictar leyes retroactivas, ya que está sólo subordinado a la Carta Fundamental.

No obstante, esta atribución del legislador tiene dos limitaciones: una de carácter civil y la otra de naturaleza penal. En materia civil, no puede, por

medio de la retroactividad de la ley, violar la garantía constitucional del derecho de propiedad en sus diversas especies que consagra en la actualidad el artículo 19, N° 24, de la Constitución vigente. Y en materia penal, tiene la limitación establecida en el artículo 19, N° 3, inciso penúltimo, que prescribe que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que la nueva ley favorezca al afectado.

Como ya lo ha expresado este tribunal, en ciertos casos el legislador resuelve el conflicto que produce o pueda producir la aplicación de leyes que versen sobre la misma materia, acudiendo al sistema de las disposiciones transitorias; pero el problema se presenta cuando se trata de leyes que puedan afectar derechos adquiridos bajo el imperio de una ley anterior, cuestión que ha sido resuelta por la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, y analizada por estudiosos del Derecho.

En efecto, autores nacionales y extranjeros han tratado de definir lo que se entiende por derechos adquiridos y meras expectativas, ya que estas últimas, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 7° de la citada ley sobre efecto retroactivo, no constituyen derecho.

Para Merlin, derechos adquiridos son 'aquellos que han entrado en nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que no puede ya quitarnos aquel de quien lo tenemos' (M. Merlin, "Repertoire Universel et Raisonné el Jurisprudence", 5° edición, tomo 5°, pág. 537).

El tratadista italiano Gabba, en su obra 'Teoría de la retroactividad de la ley' ("Teoría della retroattività delle leggi", tercera edición, Torino 1891-1898, tomo I, pág. 191), expresa que se entiende por derechos adquiridos 'todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo en que otra ley rija'.

Don Luis Claro Solar, en su obra 'Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado', tomo I, pág. 64, dice literalmente: 'Pero en el fondo, todas las definiciones están de acuerdo en esta idea capital: los derechos adquiridos son las facultades legales regularmente ejercidas y las expectativas aquellas facultades no ejercidas en el momento del cambio de legislación'".

V. Función social

El Tribunal ha debido evaluar, en varias oportunidades, si determinada disposición, especialmente limitativa del dominio, configura un caso de función social, sobre todo, considerando que puede llegar a tratarse, realmente, de una privación de aquel derecho, debiendo en este segundo caso ser indemnizada y enmarcada en un procedimiento expropiatorio.

Así lo hizo, por ejemplo, en los considerandos 46° y 51° a 63° del *Rol N° 207*, cuya acertada comprensión exige una larga transcripción:

“Que de cuanto precedentemente se ha expuesto, se concluye que desde el momento en que los inversionistas en acciones preferidas de la banca endeudada con el Banco Central celebraron sus contratos de adquisición de acciones, aceptando por consiguiente los estatutos respectivos, adquirieron simultáneamente el derecho a que los dividendos de esas acciones podrían llegar a ser capitalizados y transformarse en nuevas acciones con un ciento por ciento de participación proporcional en los excedentes. De esta manera, ellos actuaron con la certidumbre conferida por la ley y el contrato suscrito de la aplicación de un régimen de normalidad de participación en las inversiones futuras así generadas. Este derecho a emitir su voto en la Junta de Accionistas para dar origen a esa capitalización y efectivamente así aprobarla, se incorporó desde su mismo inicio, a su derecho de dominio sobre los bienes que así estaba adquiriendo, llevando asimismo implícito desde ese propio momento el que esas nuevas inversiones tendrían el régimen de participación normal referido;

Que, por las mismas razones ya expuestas, mal podría afirmarse que para esos titulares de las acciones preferidas, repetidamente aludidas en estas consideraciones, el no pago de dividendos y la entrega de acciones consistiría en una simple y pura modalidad de pago. Pretender tal conclusión, implica desconocer que lo que se encuentra regulado y lo que ha sido el régimen conforme al cual se ha practicado la respectiva inversión, comprende un sistema o estatuto compuesto por el derecho a acordar no repartir dividendos, por el efecto por el solo ministerio de la ley de que se conviertan en acciones de pago y por la consecuencia de efectos económicos indiscutibles de que esas nuevas acciones tendrán derecho a la plenitud de su participación proporcional y no a la reducida o limitada participación que tuvieron las acciones que han permitido la existencia de las nuevas. Tal situación es del todo diferente a una simple alternativa de recibir dinero o acciones;

Que la situación examinada debe ser seguidamente confrontada con las normas constitucionales pertinentes, correspondiendo, en primer término,

recordar que el derecho de propiedad es un derecho especial y sólidamente asegurado por la Constitución Política de la República, al cual consagra su numeral 24, del artículo 19, al expresar: ‘La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales’, preceptuando seguidamente los exclusivos casos en que ese derecho puede ser objeto de limitaciones u obligaciones o la forma en que se puede ser privado del mismo;

Que resulta evidente que los derechos de los dueños de las acciones que gozan de preferencia para acordar que no se les reparta dividendos y que las sumas que les hubieren correspondido por tal concepto se capitalicen por el solo ministerio de la ley y se emitan acciones preferidas que tengan derecho al total del dividendo, en la proporción resultante entre el aumento del capital pagado y el total del capital pagado y reservas de la empresa al término del ejercicio, descontadas las pérdidas acumuladas, como lo establece el inciso cuarto del artículo 10°, de la Ley N° 18.401, constituyen un *bien incorporal* cuya propiedad se encuentra asegurada por la Constitución;

Que la derogación de dicho inciso cuarto privaría, de esta manera, a las personas dueñas de acciones con preferencia de un derecho adquirido a votar la no repartición de dividendos y a que, por el solo ministerio de la ley, se produzca su capitalización con el tratamiento contemplado en la misma norma citada, lo cual tiene un evidente efecto económico y patrimonial, afectando su derecho de dominio, *al deteriorar y suprimir facultades* de que gozaba, vulnerándose de esta manera, el citado precepto del artículo 19, de la Carta Fundamental, al afectar su propiedad sin causa prevista en la misma Constitución;

Que la Constitución ha previsto, en el mismo numeral 24, del artículo 19, que ‘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’;

Que, examinada la situación de autos, puede concluirse que *no se da* en la especie *caso alguno* de los que contempla la transcrita disposición constitucional, así como también resulta evidente que no se está en presencia de aquellas circunstancias extraordinarias que pueden afectar también la propiedad en los estados de excepción constitucional;

Que, en efecto, mal podría entenderse que el proyecto de ley que ha suscitado la cuestión de constitucionalidad promovida ante este Tribunal

encuentra su fundamento en limitaciones u obligaciones a los derechos de propiedad de los titulares de las tantas veces referidas acciones preferidas en mérito a la supuesta función social. No están comprometidos los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas ni la conservación del patrimonio ambiental;

Que la precedente conclusión se encuentra reafirmada por lo ya expuesto en los considerandos trigésimotercero, trigésimooctavo y trigésimonoveno, debiendo recordarse al respecto que la Ley N° 18.401 estableció un estatuto jurídico especial aplicable a determinados accionistas, concediéndoles calificados derechos por el solo hecho de adquirir acciones sujetas a ese estatuto especial. Los accionistas, al adquirir esas acciones, incorporaron a su propiedad la facultad de no recibir dividendos para que, de pleno derecho, se produjere su capitalización con los efectos legales preestablecidos;

Que, aun cuando se entendiera que en el origen de la norma existía un interés general, ese interés general se tradujo en permitir la emisión de acciones preferentes que sólo tendrían derecho a un porcentaje del dividendo, alterándose la situación normal de ese tipo de valores mobiliarios, agregándose a lo anterior la facultad de que podrían, en las respectivas Juntas de Accionistas, acordar la no repartición de dividendos, lo que produciría, por el solo ministerio de la ley, su capitalización y la emisión de acciones de pago con el ciento por ciento del dividendo proporcional correspondiente. Respecto de estas últimas, no cabe entender un interés general sino eminentemente particular o privado, el cual es el que el proyecto de ley en examen pretende dejar sin efecto. De esta manera, el singular y específico efecto de la derogación pretendida que está dirigida y es aplicable tan sólo a aquellos accionistas que aceptaron incorporarse a un régimen de tratamiento inferior al normal, agregándole ese particularísimo aditamento de poder acordar que los nuevos dividendos no se repartieran y se capitalizaran por el solo ministerio de la ley, no hace sino confirmar que se está en presencia de un derecho particular, de carácter netamente privado y aplicable a un específico grupo de personas. Por lo mismo, no cabría entender que el privarlos de ese derecho particular pudiera estar amparado en intereses generales de la Nación;

Que así también no resulta procedente invocar como una fuente de afectación de los intereses generales de la Nación, las consecuencias económicas que tendría para el Banco Central la aplicación de la norma que se busca derogar, ni menos fundamentar en tal supuesta afectación la privación de un derecho de propiedad. Seguidamente, corresponde también

destacar que como ha quedado de manifiesto ya en los considerandos de esta sentencia, tales consecuencias económicas no se encuentran cuantificadas y fidedignamente comprobadas en los antecedentes acompañados a estos autos, apreciándose por el contrario una magnitud incierta tanto en su volumen como en su signo positivo o negativo. Por otra parte, aún en el supuesto que en el futuro la aplicación de la norma en referencia determinare que el Banco Central experimentare un menoscabo de orden económico, no se encuentra acreditado que su significación implique un compromiso de los intereses generales de la Nación, en términos tales que justificaren imponer limitaciones u obligaciones al derecho de propiedad de los accionistas dueños de acciones preferidas a que se refiere el inciso cuarto, del artículo 10°, de la Ley N° 18.401. Debe tenerse presente que, en todo caso, ese menoscabo sólo permitiría al legislador establecer esas limitaciones u obligaciones y *no la privación de derechos adquiridos que es lo que el proyecto de ley contempla*. El presente considerando puede apreciarse también teniendo presente la complejidad y alcance de otras situaciones a las que no se les reconoce comunmente que comprometen los intereses generales de la Nación;

Que, asimismo, el mismo numeral 24, del artículo 19, de la Constitución Política agrega: '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'. Obviamente, tampoco se encuentran en la especie los elementos para configurar la situación establecida en el transcrito inciso tercero, al no tener el proyecto de ley en cuestión, en absoluto, el carácter de ley general o especial que autorice una expropiación, invocando una utilidad pública o interés nacional expresamente calificados por el legislador. Por el contrario, se está en presencia de un proyecto de ley que simplemente priva a las personas titulares de acciones con preferencia de las facultades inherentes a la propiedad que adquirieron y que incorporaron a su patrimonio al amparo de las disposiciones legales vigentes;

Que fue precisamente el hecho de celebrar el contrato de adquisición de las referidas acciones preferidas lo que determinó indefectiblemente la incorporación al patrimonio de los accionistas de los derechos establecidos en la legislación vigente a la época de su adquisición. Fue efectivamente aquel hecho, la circunstancia fáctica con aptitud suficiente para traer como consecuencia la incorporación inmediata de un derecho de carácter patrimonial, protegido por la garantía consagrada en el artículo

19, N° 24, de la Constitución Política y, por lo tanto, estableciendo una limitación a las atribuciones del legislador en el sentido de carecer de facultades para alterarlo, menoscabarlo o anularlo por una norma posterior”.

De los considerandos transcritos surge nítido el sentido y alcance que, en ese caso, dio el Tribunal a la función social del dominio, especialmente evaluando la procedencia de la cláusula relativa al interés general de la Nación; ello, además, cotejando aquella función con la privación del dominio que era, en definitiva, lo que ocurría con el proyecto de ley impugnado.

Posteriormente, el Tribunal vuelve sobre el asunto, en los considerandos 22° a 28°, 30°, 32° a 35°, 39° y 40°, del Rol N° 245:

“Que, es fundamental distinguir entre la privación y las limitaciones al dominio, pues el sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad.

Además, privación supone, según su sentido natural y obvio ‘despojar a uno de una cosa que posea’ (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, pág. 1969). En igual sentido se ha fallado que privar a alguien de un derecho consiste en ‘apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que posea’ (Corte Suprema, 27.03.1983, Rev. 80, sección 5ª, pág. 244).

Limitar, en cambio importa ‘acortar, cerrar, restringir’ (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, pág. 1258).

De ésta manera las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales;

Que, a juicio de este Tribunal la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas, constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no una privación total de éste o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso, goce;

Que, de acuerdo al artículo 19, N° 24, de la Constitución Política, las limitaciones y obligaciones al dominio deben ser impuestas por ley y derivan de la función social que tiene que cumplir la propiedad, y como bien lo ha dicho este Tribunal, en sentencia Rol N° 146, de 21 de abril de 1992, no pueden afectar la esencia del derecho, de acuerdo al artículo 19, N° 26, de la Constitución Política de 1980;

Que, la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: ‘la propiedad obliga’, para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y

responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad;

Que, el constituyente chileno no ha definido el concepto de función social y solamente ha señalado cuales son sus elementos. Así, estableció en la Constitución de 1980 ‘Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental’ (artículo 19, N° 24, inciso segundo); Que, la consagración de la función social en la Constitución de 1980 tiene sus antecedentes en la Constitución de 1925 reformada el año 1970 y en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, especialmente en la Sesión N° 149.

Además, en el Memorándum de 16 de agosto de 1978 dirigido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al Presidente de la República, se dice que ‘La función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos’.

Respecto de las limitaciones al dominio dice que ‘constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social. Es, entonces, la función social de la propiedad la que justifica las limitaciones y obligaciones que el legislador puede imponer’;

Que, como se ha visto en los considerandos anteriores las playas son bienes nacionales de uso público y su uso pertenece a la Nación toda. En razón de la función social que debe cumplir el ejercicio del derecho de dominio la autoridad, en este caso el legislador, puede regular el acceso a dichos bienes, a través de los predios colindantes, para que no se desnaturalice el concepto de que son de la Nación toda. Lo que no puede hacer es privar del derecho de dominio y de sus atributos esenciales o hacer ilusorio el ejercicio del derecho por las limitaciones que impone;

(...)

Que, utilizando el mismo criterio que el citado en los fallos anteriores para ver si el Estado debe o no pagar indemnización por la vía que el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, impone a los propietarios de terrenos colindantes con las playas, es preciso determinar si esta limitación causa daño y si afecta alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio;

Que, las limitaciones son de tal naturaleza, de acuerdo al citado Decreto Supremo N° 1, de 1996, que constituirían servidumbres que permitirían

verdaderos caminos, tanto para peatones como para buses o automóviles u otros vehículos motorizados por terrenos de propietarios que tendrían que soportar esta carga.

Del examen del decreto se advierte que en los terrenos de los propietarios colindantes a los bienes nacionales de uso público la autoridad fijará los deslindes, dimensiones y superficie de la vía, lo que evidentemente causará un daño, pues se trataría de una limitación al dominio que consistiría en una servidumbre de tránsito, tanto para peatones como para vehículos, sin pago de indemnización alguna;

Que, esta vía de acceso es evidente que causaría una privación parcial significativa de los atributos del ejercicio del derecho de propiedad, como son especialmente el uso y el goce del terreno.

Al no establecer el Decreto cómo se puede hacer uso de la vía de acceso, ello puede permitir un tránsito peatonal y de vehículos y obligará a dichos propietarios colindantes a adoptar una serie de medidas que no hay duda que causarán daño y además, si bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio. En este caso no hay privación total del uso y goce pero si una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que éste debe ser indemnizado;

Que, la existencia del daño la reconoce el propio Decreto Supremo N° 1, de 1996, al decir en su artículo 2°:

‘Artículo 2°. Toda vía de acceso deberá fijarse prudencialmente, de modo que se garantice un libre y expedito tránsito, evitando causar daños innecesarios a los afectados’.

Del texto de esta disposición se desprende con toda claridad que existirán ‘daños’. Se evitarán los que la autoridad, discrecionalmente, estime innecesarios, pero se evidencia que la vía de acceso implica un daño para el particular propietario.

Además, S. E. el Presidente de la República, en la página 61 de sus observaciones dice que en este ‘caso forzoso es concluir que habrá un daño ‘físico’.

Niega el daño patrimonial, lo que es muy discutible, pues no se conoce en toda su amplitud el efecto que tendría esta vía de acceso;

Que, por lo expuesto anteriormente este Tribunal destaca que *si la Constitución establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un periodo de normalidad constitucional y que causen daño.*

Destaca, además, que constatado el daño, de acuerdo al artículo 38 de la Constitución Política, la víctima siempre podrá demandar los perjuicios a la Administración;

Que, como se ha visto de los considerandos anteriores de esta sentencia la limitación al dominio que impone el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, si bien no priva totalmente de los atributos de uso y goce de la propiedad, en el hecho hace ilusorio estos atributos, de lo que resulta en la realidad una privación de ellos que causa un daño que debe indemnizarse por la autoridad”.

En consecuencia, el Tribunal mantiene, desde el ángulo general, la interpretación que lo conduce a distinguir, acertadamente, las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social, por una parte, de la privación, de otra, que sólo se puede materializar, respetando la Constitución, a través de la expropiación.

Sin embargo, se incorpora aquí un elemento en el análisis que hace que aquella distinción no sea puramente teórica, sino que ella se llena de contenido para verificar el respeto del derecho de propiedad.

En efecto, bien puede estarse en presencia de una limitación, justificada en la función social, pero que causa daño al propietario, en cuyo caso, pasa a afectar el derecho de dominio y, por ende, aun cuando teórica o conceptualmente se trate de una limitación, la circunstancia del daño que provoca, exige concretarla mediante el procedimiento expropiatorio con la consecuencial indemnización.

Finalmente, deben tenerse presente los considerandos 30° a 41° del *Rol N° 273*:

“Que, por otra parte, los requirientes en el Título II de su presentación fundan, también, su petición de inconstitucionalidad en que ‘el texto del artículo 2.1.31 de la Ordenanza General, en su texto reemplazado por el D.S. 66 (Minvu) de 2003, (...)’ constituye ‘una limitación absoluta para erigir construcciones que sobrepasen el 20% de la superficie predial, y por ende, como una condición o restricción permanente que grava a dichas propiedades, sin que medie o tenga por finalidad ulterior la correspondiente indemnización, como lo prescribe la garantía Constitucional de propiedad prevista en el tantas veces citado artículo 19 N° 24 de la Constitución Política’. Más adelante, continúan los senadores expresando, que ‘(...) lo anterior quiere decir que el 80% de la superficie predial no podrá construirse, lo que denota, además, la magnitud de la limitación que se introduce el derecho de propiedad, contraviniendo de paso, la prescripción que establece el número 26 del artículo 19 de la Constitución’. Luego, agregan los peticionarios, ‘(...) que dicha limitación severa al derecho de propiedad se efectúa por la vía reglamentaria, sin contar con una clara contrapartida legal, o al menos absolutamente insuficiente, limitando el

derecho de propiedad en su esencia, lo que contraviene doblemente el principio de reserva y dominio legal que la Constitución exige para cautelar el derecho de propiedad’;

Que, para entender claramente la posición y fundamentación del requerimiento, es necesario precisar que, en concepto de éste, el artículo 2.1.31 de la Ordenanza General, en su texto reemplazado por el decreto supremo N° 66, que se impugna, configura una situación completamente distinta de aquel, por cuanto el referido artículo 2.1.31 que se sustituye ‘(...) ha de entenderse, a la luz de los artículos 59, 83 y siguientes de la Ley General del ramo, como una etapa previa para iniciar los procesos de expropiación correspondientes, con su indemnización, conforme a la garantía Constitucional establecida justamente en el artículo 19 número 24 de la Constitución Política (...)’ y, en cambio, el mismo artículo 2.1.31 impugnado no cae ya dentro del ‘(...) contexto de los artículos 59, 83 y siguientes de la Ley General del ramo (...)’;

Que, como puede apreciarse, el problema fundamental debatido en este acápite consiste en decidir si la nueva situación creada por el artículo 2.1.31, reemplazado por el decreto supremo N° 66 cuestionado es o no constitucional. Mas concretamente, en lo medular, se trata de resolver sobre la constitucionalidad de la norma comprendida en dicho artículo que, en su parte pertinente, -incisos primero, segundo, séptimo y octavo- dispone: ‘El tipo de uso Área Verde definida en los instrumentos de Planificación Territorial se refiere a los parques, plazas y áreas libres destinadas a área verde, que no son Bienes Nacionales de uso público, cualquiera sea su propietario, ya sea una persona natural o jurídica, pública o privada’. ‘En las áreas verdes señaladas en el inciso anterior, que no se hubieren materializado como tales, se podrá autorizar la construcción de edificios de uso público o con destinos complementarios al área verde, siempre que el área destinada a estos usos no ocupe más del 20% de la superficie total del predio destinada a uso área verde en el Instrumento de Planificación Territorial. Se deberá incluir en dicho porcentaje la vialidad interna necesaria para estos usos, con excepción de la definida en el Instrumento de Planificación Territorial, si la hubiere; también las superficies destinadas a estacionamientos sobre el terreno y cualquier otro porcentaje admitido previamente por el Instrumento de Planificación Territorial.’ “En las áreas verdes a que se refiere este artículo, se entenderán siempre admitidos como destinos complementarios y compatibles los equipamientos Científico, Culto y Cultura, Deporte y Esparcimiento’. ‘Las áreas verdes públicas o privadas señaladas como tales en los Instrumentos de Planificación Territorial sólo

podrán ser destinadas a otros usos mediante modificación del respectivo Instrumento de Planificación Territorial’;

Que, de un análisis detenido del precepto transcrito en el considerando anterior, como asimismo de su interpretación en relación con el contexto de las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y las disposiciones de su respectiva Ordenanza, cuyo tenor fue fijado por el decreto supremo N° 47, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 1992, y en armonía con ellas se infiere, con claridad, que dicha disposición reglamentaria no vulnera el artículo 19 N°s. 20, 24 y 26 de la Constitución, como se pasa a demostrar en los considerandos siguientes;

Que, en primer término, cabe destacar que el artículo 2.1.31 en estudio, contrariamente a lo que suponen los requirentes, no establece ni regula la declaración de una propiedad como área verde, no siendo, por lo tanto procedente atribuirle a él las consecuencias jurídicas que derivan de tal declaración. En efecto, su inciso primero dispone que ‘el tipo de uso Área Verde definida en los Instrumentos de Planificación Territorial se refiere a los parques, plazas y áreas libres destinadas a área verde, que no son Bienes Nacionales de uso público, cualquiera sea su propietario, ya sea una persona natural o jurídica, pública o privada’. Para acentuar más aún el ámbito de aplicación de su preceptiva, en el inciso final reproduce lo que antes disponía el inciso tercero del mismo artículo que se reemplaza, estableciendo: ‘Las áreas verdes públicas o privadas señaladas como tales en los Instrumentos de Planificación Territorial sólo podrán ser destinadas a otros usos mediante modificación del respectivo Instrumento de Planificación Territorial’. Y luego, en su inciso segundo, donde regula la materia impugnada de inconstitucional, comienza expresando: ‘En las áreas verdes señaladas en el inciso anterior, que no se hubieren materializado como tales (...)’;

Que, en otras palabras, la nueva norma que instituye la posibilidad de construir, que se contiene en el precepto en estudio, exige para su aplicación la concurrencia previa y copulativa de dos requisitos: a) que exista una área verde ya establecida en un Instrumento de Planificación Territorial y que no se hubiere materializado como tal, lo cual se encuentra en perfecta concordancia y armonía con diversas disposiciones de la Ley de Urbanismo y Construcciones y de su Ordenanza que entregan a los respectivos Planes Reguladores la determinación de las correspondientes áreas verdes. Así lo prescriben, entre otros, en cuanto interesa al caso en estudio, el artículo 35, letra c), respecto del Plan Regulador Intercomunal y los artículos 41, incisos segundo, tercero y cuarto y 42, letra d), en lo relativo al Plan

Regulador Comunal, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, complementados, en lo esencial, por los artículos 2.1.7, inciso tercero, N° 7, en cuanto a la Planificación Intercomunal y 2.1.10, especialmente su N° 3 letra c), en lo concerniente al Plan Regulador Comunal, de la Ordenanza General tantas veces citada. Es más, este último cuerpo reglamentario establece, en su artículo 2.1.24, que 'Corresponde a los Instrumentos de Planificación Territorial, en el ámbito de acción que les es propio, definir los usos de suelo'. y luego, después de distinguir seis tipos de uso susceptibles de emplazarse simultáneamente en la misma zona, indica: 'Área Verde'; y b) Que la referida área verde no sea 'Bien Nacional de Uso Público', lo cual tiene su explicación en que la situación relativa a los bienes que tienen tal carácter se encuentra reglamentada en el artículo 2.1.30 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones;

Que, en consecuencia, el artículo 2.1.31 en estudio *no establece ninguna privación o limitación* al dominio sobre dichas áreas verdes, porque él no las crea ni las contempla, sino que, sobre la base de su existencia jurídica, establecida conforme a las correspondientes normas legales y reglamentarias, que no se encuentran *sub-lite*, entra a regular la posibilidad de que en dicho predios, en los cuales, por su naturaleza de áreas verdes, no es posible construir, pueda hacerse. De esta forma, y sobre la base de la planificación territorial preexistente, otorga o confiere la facultad respectiva, de acuerdo al procedimiento que el mismo precepto establece;

Que, como puede apreciarse, el reproche de inconstitucionalidad que el requerimiento formula al artículo 2.1.31 indicado, parte del supuesto inexacto que esta norma es la que establece la limitación al dominio, en circunstancias, que ella se reduce o circunscribe a permitir, bajo ciertas condiciones, al propietario de una área verde que no se hubiere materializado, realizar construcciones en un predio que, antes de su dictación, estaba vedado efectuarlas. Mal puede, por ende, concluirse que el precepto adolece de un vicio de inconstitucionalidad por vulnerar lo dispuesto en el artículo 19 N°s. 20, 24 y 26 de la Carta Fundamental;

Que, la conclusión anterior se ve reforzada si se continúa en el análisis de los incisos siguientes del citado artículo 2.1.31 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. En efecto, en el inciso segundo que entra de lleno a regular la nueva situación que se cuestiona, se dispone que en las áreas verdes señaladas en el inciso anterior, transcrito en el considerando tercero de esta sentencia, y que no se hubieren materializado como tales '...se podrá autorizar la construcción de edificios de uso público o con destinos complementarios al área verde, siempre que el área destinada a

estos usos no ocupe más del 20% de la superficie total del predio destinada a uso área verde en el Instrumento de Planificación Territorial . . .'. La norma nada impone, obliga o exige con respecto a la situación anterior sino, muy por el contrario, autoriza o permite que en estos predios pueda hacerse algo que antes de su entrada en vigor estaba prohibido, cual es realizar las construcciones que el precepto señala, sujetas a las regulaciones que el mismo establece. En consecuencia, la disposición en estudio lejos de limitar el dominio sobre un predio destinado a área verde que no se haya materializado, está permitiendo realizar tales construcciones en los términos prefijados por ella, siempre y cuando el titular del dominio de ese tipo de predio, en forma voluntaria y conforme a su personal conveniencia, resuelva hacerlo. De esta manera, si el titular del dominio de este tipo de área verde no desea realizar las referidas construcciones, queda en la misma situación en que se encontraba antes de dictarse la norma impugnada y no se divisa la fundamentación razonable para que, en esta hipótesis, el decreto supremo N° 66 sea inconstitucional si, a juicio de los requirentes, no lo era el artículo 2.1.31 antes de la modificación introducida por aquel, situación que regula la posición en que permanecería el dueño que no ejerce la atribución que le confiere la nueva norma reglamentaria. En suma, el nuevo texto del artículo 2.1.31, en relación al estado o condición en que se encontraba el dueño de un área verde no materializada con anterioridad a su dictación no impone una obligación, sino, a la inversa, concede una facultad que ese dueño puede ejercer dentro del área verde de su propiedad determinada por el correspondiente Instrumento de Planificación Territorial;

Que, por último, los requirentes sostienen que el gravamen que impone la restricción de no construir más del 20% de la superficie total del predio destinada a área verde en el Instrumento de Planificación Territorial '(...) en los términos inicialmente reglamentados, ha de entenderse, a la luz de los artículos 59, 83 y siguientes de la Ley General del ramo, como una etapa previa para iniciar los procesos de expropiación correspondientes, con su indemnización, conforme a la garantía Constitucional establecida justamente en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política (...)' . Y luego agregan: 'Así entendido, la afectación que puedan fijar los Planes Reguladores Comunales, según la regla contemplada en el artículo 2.1.31 de la Ordenanza General, en su texto primitivo, incorporado por el D.S. 75 (Minvu) de 2001, no llamó tanto la atención, puesto que se trataba de un tipo de afectación, que por imperio del artículo 59 de la Ley General del ramo implicaba una declaratoria de utilidad pública, con el fin de

avanzar en un proceso de expropiación y consecuente indemnización, con arreglo a la Constitución'. Sin embargo –continúan los requirentes–, el texto del artículo 2.1.31 de la Ordenanza General, en su texto reemplazado por el D.S. 66 (Minvu) de 2003, que se impugna, introduce un concepto y un gravamen de una naturaleza completamente distinta, entendiéndolo ya no dentro del contexto de los artículos 59, 83 y siguientes de la Ley General del ramo, sino que como una limitación absoluta para erigir construcciones que sobrepasen el 20% de la superficie predial, y por ende, como una condición o restricción permanente que grava a dichas propiedades, sin que medie o tenga por finalidad ulterior la correspondiente indemnización, como lo prescribe la garantía Constitucional de propiedad prevista en el tantas veces citado artículo 19 número 24 de la Constitución Política;

Que, tal raciocinio no resulta aceptable por las siguientes razones:

- a. el parte del supuesto errado que el decreto supremo N° 66 es la norma que establece las áreas verdes, en circunstancias que tales espacios denominados áreas verdes, son fijados y determinados en los respectivos Instrumentos de Planificación Territorial, según ha quedado demostrado en los considerandos precedentes y cuya constitucionalidad no se encuentra sometida a conocimiento de este Tribunal;
- b. que la limitación o restricción existente antes de la dictación del decreto supremo N° 66 en estudio era de mucho mayor envergadura de la que resulta por la aplicación de éste, ya que mientras antes en las áreas verdes establecidas en los Instrumentos de Planificación Territorial no materializadas como tales, no era posible realizar construcción alguna, ahora, bajo su imperio, se permite la de parte de ellas, bajo las condiciones que establece la norma reglamentaria cuestionada y
- c. que cualquiera que sea la interpretación que se quiera dar al artículo 59 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, es lo cierto que él no ha sido modificado ni enmendado por el decreto supremo N° 66. En consecuencia, resulta irrelevante el alcance que pueda tener dicha norma, para resolver el problema en estudio, porque, es claro, que, en todo caso, por no resultar alterada por dicho decreto supremo, ella se aplica o no se aplica, tanto bajo la vigencia del artículo 2.1.31 antes de su modificación como bajo el imperio del mismo precepto, después de la reforma introducida por el tantas veces señalado decreto supremo N° 66. Lo anterior resulta más evidente si el dueño del área verde no materializada como tal, resuelve no ejercer el derecho que le confiere el nuevo artículo 2.1.31, porque, en tal hipótesis, su situación sería la misma en que se encontraba antes de la referida modificación;

Que corolario de lo expuesto en los considerandos precedentes, fuerza es concluir que el artículo 2.1.31 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones en su texto fijado por el decreto supremo N° 66 publicado en el Diario Oficial de 1° de abril de 2003, no vulnera lo dispuesto en el artículo 19, N°s. 20, 24 y 26 de la Constitución Política de la República y así debe declararse”.

W. Expropiación

Siguiendo el asunto ya avanzado en el párrafo precedente, pero acudiendo a nuevos pronunciamientos, debe insertarse el considerando 7° letra a) del *Rol N° 184*:

“Que dicho precepto vulnera la Constitución:

- a. En su artículo 19, N° 24, en cuanto priva de la facultad de administración a la Administradora afectada, facultad que es inherente al derecho de propiedad. En efecto, la Constitución asegura a todas las personas ‘El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales’ (inciso primero) y dispone que ‘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 expropiación autorizada por la ley, y por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador, mediando siempre la correspondiente indemnización determinada en la forma que la Constitución señala, y pudiendo siempre reclamar el afectado de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios (inciso tercero).

De ello resulta que la privación de un bien de propiedad de una persona, de alguna de los atributos o alguna de las facultades esenciales del dominio, sólo puede realizarse del modo, en la forma y cumpliendo los requisitos que la propia Constitución establece.

En la especie no se cumple con ninguna de las exigencias impuestas por la Carta Fundamental para tal situación, por lo cual el precepto analizado es inconstitucional, ya que dispone la privación total, -por mera disposición administrativa, aun si por tres meses, prorrogables por otros tres meses- de una facultad esencial del dominio como es la de administración del ente societario por sus propios dueños o por quien éstos determinen libremente conforme a su propio estatuto social”.

Por su parte, en los considerandos 10° a 14° del *Rol N° 253*:

“Que corresponde ahora, a la luz de lo expuesto en el considerando anterior y prescindiendo del problema del dominio de la ley y del reglamento ya

analizado y resuelto precedentemente, entrar a decidir si los artículos 2.2.5., 7.2.2. y 7.2.4., de la Ordenanza General, ya citada, están o no de acuerdo con el artículo 19, Nº 24, de la Constitución.

A juicio de este Tribunal y dentro del ámbito antes señalado, las normas reglamentarias en estudio están conformes con la Constitución por las siguientes razones:

- a. las cesiones de terrenos gratuitas razonables, y éstas lo son como se verá mas adelante, inherentes a toda urbanización, lejos de constituir un daño patrimonial para el dueño procura un beneficio pecuniario para él, pues el valor de los terrenos urbanizados, es superior al valor de dichos terrenos sin urbanizar, incluyendo por cierto, en este último, los costos que demanda la urbanización tanto por la ejecución de las obras respectivas como aquellos que derivan de la pérdida de superficie por las cesiones gratuitas. Esta es una realidad constitutiva de un hecho público y notorio que no se puede ignorar;
- b. las cesiones gratuitas se efectúan o entran en escena en el caso que el titular del dominio, por su propia y libre voluntad resuelva urbanizar, mal podría entonces siquiera pensarse que afecten el derecho de propiedad que la Constitución le asegura, ya que resultaría absurdo que el propietario persiguiera causarse un daño patrimonial a si mismo;
- c. las destinaciones gratuitas en estudio, por el contrario, robustecen el derecho de propiedad, pues persiguen, básicamente, evitar el deterioro de las propiedades vecinas, para lograr un desarrollo armónico y equitativo de las ciudades frente a aquel que, con legítimo derecho, solicita modificar el entorno urbano existente en su propio y personal beneficio; y
- d. se trata de esta manera de conciliar en forma prudente y justa los intereses personales del urbanizador con los de la sociedad toda, arbitrando los medios necesarios para que el Estado cumpla su fin primordial, cual es el bien común, mediante la creación de las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos que la Constitución asegura;

Que los principales objetivos de las modificaciones introducidas a la Ordenanza General a los artículos 2.2.5, 7.2.2. y 7.2.4, en estudio, no fueron aumentar los porcentajes de terrenos a ceder gratuitamente sino, por una parte, hacer más racional y equitativo el sistema, eliminando los llamados 'tramos' y estableciendo una variación gradual según la densidad y, por otra parte, mejorar las condiciones ambientales de quienes adquieren

viviendas económicas para el mayor bienestar de sus habitantes. En efecto, se mantienen los límites máximos de cesiones para áreas verdes, circulación y equipamiento en las viviendas normales y se aumenta en un 1% dicha superficie para equipamiento en las viviendas económicas, pues de un 3% sube a un 4%. De esta manera, lo que se dispone es igualar las exigencias tanto para los conjuntos de viviendas económicas como para las viviendas normales y expresar la densidad en habitantes y no en viviendas;

Que los porcentajes de terrenos que deben destinarse gratuitamente a áreas verdes, circulación y equipamiento en los artículos 2.2.5, 7.2.2 y 7.2.4, de la Ordenanza objetado por el requerimiento, resultan razonables. En efecto, las cesiones gratuitas en los proyectos de urbanización se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1931, época en que el decreto con fuerza de ley Nº 345 de 20 de mayo de dicho año las establece en sus artículos 59 y 62. Posteriormente, tales normas legales sufren diversas modificaciones; pero en todas ellas se mantiene la obligación del urbanizador de efectuar cesiones gratuitas. Los porcentajes de cesiones de terrenos que disponen los artículos 2.2.5, 7.2.2 y 7.2.4, no difieren substantivamente de lo que ha sido la tasa promedio histórica durante estos 66 años y el sistema ha operado normalmente, lo cual demuestra que las cesiones que se establecen en el decreto supremo objetado son razonables, ya que si así no fuere todo el sistema de ordenamiento territorial y urbano simplemente no habría funcionado. Los hechos comprueban, entonces, que se ha guardado una proporción adecuada entre los intereses del urbanizador y los de la comunidad toda.

Sin embargo, para concluir con este capítulo, resulta imperativo expresar que si las cesiones de terrenos llegaren a ser de tal envergadura que el legítimo derecho del dueño de los terrenos que se propone urbanizar, se convirtiera en algo utópico o ilusorio es indudable que ellas serían inconstitucionales, porque se vulneraría el derecho de propiedad que la Carta Fundamental asegura a todas las personas en su artículo 19, Nº 24. Que en otro orden de consideraciones, no resulta aceptable la tesis del requerimiento en orden a que las cesiones gratuitas de terrenos constituyen una expropiación, por las siguientes razones:

1. la expropiación, por esencia, es un acto de la autoridad que se impone por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador, sin el consentimiento del expropiado, y como se ha demostrado a lo largo de las consideraciones anteriores, las cesiones gratuitas, por el contrario, se originan en un acto voluntario y libre del propio dueño de los terrenos a urbanizar;

2. aplicada la tesis del requerimiento, en estricto derecho, se trastocaría todo el sistema constitucional sobre expropiaciones, pues en lugar que ella procediera por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador, en virtud de una ley general o especial que la autorice, la expropiación, en este caso, surgiría como consecuencia de la voluntad de un particular que resuelve urbanizar su propiedad; y
3. el artículo 51 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones contrapone los conceptos de 'expropiación' y 'cesiones gratuitas', al disponer que los trazados de los Planos Reguladores Comunales se realizarán por el municipio mediante:
 - a. 'las expropiaciones derivadas de la declaración de utilidad pública contenida en el artículo 59';
 - b. 'las adquisiciones hechas en licitación pública o compra directa por la Municipalidad, de acuerdo con su Ley Orgánica'; y
 - c. 'las cesiones de terrenos que se urbanicen, de acuerdo con las disposiciones de la presente Ley y sus Ordenanzas, que se destinen a calles, avenidas, plazas, espacios públicos y otros fines'. Luego, en el Capítulo IV del Título II de la misma ley denominada: 'Del Uso del Suelo Urbano' contempla las cesiones gratuitas y en el Capítulo VII del mismo Título intitulado 'De las Expropiaciones', en sus artículos 83 a 104, establece el sistema a que éstas deben sujetarse;

Que, por último, el requerimiento objeta las disposiciones contenidas en el nuevo artículo 2.2.9. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, sosteniendo que ellas 'son absolutamente ilegales pero, sobre todo, son absolutamente inconstitucionales'.

A juicio de los requirentes, las normas contenidas en el señalado artículo 2.2.9. son ilegales, porque vulnerarían los artículos 2º y 3º, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. A su vez, tales normas serían inconstitucionales por dos órdenes de razones: a) 'porque modifican las disposiciones y por ende las facultades que confieren a los Municipios, a la comunidad y a los Gobiernos Regionales el propio DFL 458, de 1975 y, especialmente, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades Nº 18.695 y la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional Nº 19.175, que establecen claramente el procedimiento al que está sujeta la aprobación de los planos reguladores comunales, intercomunales y regionales'. De esta manera, se infringiría el artículo 63, inciso segundo, de la Constitución, pues se pretende modificar leyes orgánicas constitucionales mediante un decreto supremo; y b) porque se vulneraría el artículo 19, Nº 2, de la Carta Fundamental, pues la

mencionada disposición del artículo 2.2.9. permitiría que la voluntad de sólo el loteador y la Dirección de Obras 'obtengan la modificación de un Plan Regulador, en oposición al procedimiento que la generalidad de las personas deben seguir para alcanzar esa modificación, el que está regulado en dos leyes orgánicas constitucionales, además de la Ley General de Urbanismo y Construcciones''

Finalmente, en los considerandos 18º y 19º del *Rol Nº 334*:

"Que la primera inconstitucionalidad descrita en el considerando anterior, desde otra perspectiva, resulta aún más evidente y clara. En efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62, inciso cuarto, del Decreto Ley Nº 3.500, si el afiliado resuelve pensionarse bajo el sistema de renta vitalicia, tal precepto expresa que 'Notificada la Administradora por la compañía aseguradora de la suscripción del contrato, quedará obligada a traspasar a ésta los fondos de la cuenta individual del afiliado'. En otras palabras, en ese momento el afiliado está ejerciendo el atributo esencial de su dominio, cual es disponer de sus fondos, porque se los está transfiriendo a la compañía aseguradora; pero, si ello ocurre, no como consecuencia de su facultad exclusiva y excluyente de disposición, inherente a su dominio, sino porque en último término, no se le deja la posibilidad de elegir la Compañía aseguradora que dicho afiliado estime más conveniente a sus intereses, fuerza es concluir que se le priva de ese atributo esencial de su propiedad;

Que, para finalizar no está demás precisar que 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 esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados, como ocurre en este caso. Al respecto resulta conveniente traer a colación la cita del profesor José Luis Cea que el propio Presidente de la República invoca en su Respuesta a propósito de lo que debe entenderse por privación del dominio. Dice así 'la privación implica un sacrificio, ablación o destrucción –total o parcial, efímero o permanente– del contenido o sustancia del dominio, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales' (Respuesta al Requerimiento, pág. 198).

Después de lo expresado no puede quedar duda alguna que esta regulación legal, y en última instancia y eventualmente, contraria a la voluntad del afiliado, importa claramente una privación del dominio, cual es su facultad de disposición".

De los dos párrafos recién analizados, surgen las diferencias más relevantes, en la jurisprudencia del Tribunal, entre la función social y la expropiación.

Desde esta perspectiva, es nítido que, en virtud de la aludida función, el dominio es limitado, en cuanto se restringe el uso, goce o disposición de la propiedad o porque se imponen obligaciones al dueño; en cambio, mediante la expropiación se avanza más en la esencia del derecho, ya que se termina privando de él, del bien sobre el cual recae, o de sus atributos o facultades esenciales.

Asimismo, cabe hacer notar que las causales que habilitan para aplicar una u otra son distintas, hallándose sólo admitidas las que, en cada caso, señala la Constitución.

Por último y éste es un principio del mayor interés en la jurisprudencia que comento, no siempre las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social quedan desprovistas de indemnización –instituto, por el contrario, de la esencia de la expropiación–, ya que ellas pueden dar lugar a reparación cuando provocan *daño* en el titular del dominio.

X. Bases del Derecho Minero y del Derecho de Aguas

Finalmente, en esta materia, debe recordarse la jurisprudencia recaída en relación con lo dispuesto en los incisos 6° a 11° del artículo 19 N° 24° de la Constitución y, en este ámbito, debe comenzarse recordando, con alcance general aplicable a toda concesión, lo señalado por el Tribunal en el considerando 8° del *Rol N° 300*:

“Que el derecho de dominio del concesionario sobre la concesión de un bien nacional, cual es el caso, presenta determinadas características específicas que derivan de su especial naturaleza y de las obligaciones que asume el concesionario de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés general de la Nación que justifica su otorgamiento, las cuales, por lo demás, son conocidas y aceptadas por el respectivo peticionario al solicitar la concesión. De allí que sea perfectamente lícito al legislador regular su ejercicio y disponer, como así ocurre en el precepto en análisis, que el juez competente tiene atribuciones para declarar la extinción de la concesión de explotación si el concesionario no desarrollare las actividades de explotación de su concesión, pudiendo hacerlo en condiciones razonables de rentabilidad, con el fin de obtener utilidades o ventajas adicionales mediante la explotación de otras fuentes energéticas”.

Posteriormente, en el considerando 73° del *Rol N° 309*:

“Que en cuanto a que los pueblos a que se refiere el Convenio tengan acceso a los posibles beneficios derivados de la explotación de recursos minerales, y a percibir una indemnización por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades por terceros, el verbo rector de

esta disposición es el que señala el Convenio, al usar las expresiones ‘siempre que sea posible’, lo que debe entenderse en el sentido de que su aplicación ha de ajustarse al régimen constitucional y legal de la propiedad minera. Siendo así, esta disposición, al ser en su esencia programática y al confirmar el derecho de los pueblos indígenas de acceder a la propiedad minera, se ajusta a la preceptiva constitucional, no existiendo reproche que hacerle en este sentido.

También resulta útil destacar que la Constitución no impide que se impongan limitaciones a la concesión de la propiedad minera y, en la especie, ellas ya se encuentran incorporadas a la legislación, entre ellas, la que regula el medio ambiente.

Deberá concluirse, en consecuencia, que el texto del artículo 15° del Convenio, por los motivos expresados, especialmente por su naturaleza programática, no infringe, por sí mismo, la preceptiva constitucional”.

Ya situados en el ámbito más preciso de las concesiones mineras, léanse los considerandos 1° a 12° del *Rol N° 5*:

“Que para un mejor conocimiento del problema debatido, se analiza, primeramente, el inciso séptimo del N° 24 del artículo 19 de nuestra Constitución. Este inciso empieza por establecer que la ley determinará las sustancias que pueden ser objeto de concesiones, sin indicar, en ese momento, que se trata de una ley orgánica constitucional, calificación que sólo efectúa en la segunda oración, al referirse a la naturaleza de las concesiones. Esta forma de redacción ha dado pie para que algunos interpreten el inciso como que el constituyente hubiera dispuesto se dictaran dos leyes distintas. Para otros es un simple transponer de palabras dentro del contexto literario de la disposición constitucional;

(...)

Que antes de analizar la redacción gramatical del texto, conviene determinar el sentido o intención del constituyente al establecerlo. Nuestro régimen de propiedad minera está contenido en cinco incisos del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política. El inciso sexto sienta la tesis general de que el dominio de las minas le corresponde al Estado, pero considerando que la Nación tiene también interés en que éstas se descubran y exploten, pues ello significa prosperidad y trabajo en beneficio del país, en los incisos siguientes se otorga a los particulares el derecho de explorar y explotar mediante concesiones las sustancias fósiles que se declaren concesibles y se establece que el dominio del titular sobre su concesión minera queda protegido por la garantía constitucional de que trata el N° 24 ya citado. Ciertas sustancias, por razones de bien común, se reservan en el propio

texto constitucional desde luego al Estado para que las explote por sí mismo. Todos estos preceptos, de tanta trascendencia, están trabados entre sí, de tal manera que resulta evidente que la remisión a una ley orgánica constitucional contenida en el inciso séptimo, en la intención del constituyente, ha de comprenderla a todos;

(...)

Respecto al segundo punto del requerimiento

Que se ha objetado por inconstitucional la última oración del artículo 17 del proyecto de ley, que establece que la concesión de explotación tendrá una duración indefinida. Esta norma ha sido cuestionada durante la tramitación del proyecto, estimándola inconstitucional. Se consideró que al disponer que la ley fije una duración, implícitamente ordena se establezca un plazo.

Que de acuerdo a las definiciones del Diccionario de la Lengua el vocablo 'duración' equivale a 'acción y efecto de durar', siendo el concepto de 'durar' equivalente a 'permanecer', y 'permanecer' se define como 'mantenerse sin mutación, en el mismo lugar, estado o calidad'. De lo anterior se infiere que 'duración' puede ser a término cierto o incierto. El artículo 17, al expresar que la concesión tendrá una duración indefinida, estableció que su permanencia en el tiempo no queda determinada. Siendo el texto del proyecto de ley claro, su sentido literal no ofrece dudas;

Que si el constituyente hubiera querido limitar la concesión en el tiempo imponiéndole un plazo, lo habría dicho. Más aún, debe tenerse en cuenta que hasta la época en que se dictó nuestra actual Constitución, el derecho a explotar minerales gozaba de duración indefinida. En consecuencia, si se hubiera querido innovar, se habrían usado vocablos precisos;

Que, por otra parte, el dominio del Estado sobre las minas no cambia por el hecho de que la concesión sea a plazo o de duración indefinida. La única alteración a los atributos del dominio, descrito en el inciso sexto, se efectúa por el otorgamiento de las concesiones mineras. Pero esta alteración, por estar consagrada en la propia Constitución, no corresponde objetarla; Que se afirma, para fundamentar la impugnación a la norma, que una concesión de explotación de duración indefinida, al extenderse hasta el posible agotamiento del mineral, equivaldría a transferir el dominio de la mina. Esto no es exacto, pues si bien la Constitución Política ha consagrado el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre las minas, al mismo tiempo ha establecido el sistema de concesiones sujetas a la obligación impuesta al dueño de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento y bajo un

régimen de amparo con la consiguiente caducidad, todo lo cual indica claramente que la duración indefinida no implica, en caso alguno, transferencia por parte del Estado de su dominio sobre las respectivas minas, y

Que el hecho de que la concesión de explotación minera pueda tener una duración indefinida, no significa que ella carezca de término. Por lo demás, el propio proyecto de ley señala causales de terminación, como ser: la caducidad, la renuncia y la expropiación".

Y, siguiendo en el mismo asunto, el considerando 1° del *Rol N° 17*:

"Que el artículo 19, N° 24, inciso 7° de la Constitución Política, al determinar, entre otras, las materias que deben ser objeto de ley orgánica constitucional, dispone: 'Dichas concesiones –se refiere a las concesiones de exploración o de explotación mineras– se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional'. Y luego agrega: 'Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación –esto es la actividad que justifica la concesión minera– y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión'.

Que del precepto transcrito se desprende con nitidez, que son materias propias de ley orgánica constitucional tanto las causales de caducidad por incumplimiento del régimen de amparo como las de simple extinción del dominio sobre la concesión. Respecto de las primeras, el Constituyente las ha circunscrito sólo a aquellas que se relacionan con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de amparo como lo demuestra la expresión 'para el caso de incumplimiento' que la norma constitucional agrega después del vocablo 'caducidad'. Las segundas, en cambio, podrán estar constituidas por los hechos o actos que determine la ley orgánica constitucional, ya que en cuanto a ellas no se ha establecido limitación.

Si la intención del Constituyente hubiera sido restringir sólo al incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de amparo tanto las causales de caducidad como las de simple extinción del dominio sobre la concesión, la locución 'para el caso de incumplimiento' que emplea el precepto en estudio habría sido consignada al final de la frase para comprenderlas a ambas y no después de 'causales de caducidad' como de hecho ocurre.

Así también lo entendió este Tribunal al ejercer el control de constitucionalidad del proyecto de la actual Ley Orgánica Constitucional sobre

Concesiones Mineras N° 18.097, de 21 de enero de 1982, al declarar constitucional el artículo 18 de la citada ley, que contempla como causal de extinción de la concesión minera la renuncia —y, por ende, del dominio que sobre ella se tenga, ya que desaparece su objeto— siendo obvio, asimismo, que tal acto jurídico no constituye un incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de amparo de dichas concesiones.

Por su parte y examinando lo dispuesto en el inciso 10° del artículo 19 N° 24°, se lee, en los considerandos 29° y 32° a 34° del *Rol N° 312*:

“Que de la simple lectura del citado precepto, se infiere que la Carta Política dispone algo completamente distinto a lo que se indica. En efecto, señala que en las zonas que, *conforme a la ley*, se determinen de importancia para la seguridad nacional, la exploración, explotación o el beneficio de los yacimientos situados, en todo o en parte, en ellas, podrá ejecutarse por el Estado, por sus empresas, por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación;

Que en lo tocante a la asimilación que procuran hacer los requirentes entre las zonas fronterizas y zonas de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, ella carece de todo asidero en la preceptiva constitucional, legal y reglamentaria, como bien lo pormenoriza el Presidente de la República en el escrito de observaciones al requerimiento; Que, en efecto, las zonas fronterizas, en conformidad con lo que señalan los decretos con fuerza de ley N° 4, de 1967, y N° 83, de 1979, ambos del Ministerio de Relaciones Exteriores, son áreas del territorio nacional determinadas por la autoridad administrativa en las cuales se establecen, en lo fundamental, ciertas restricciones que consisten en autorizaciones para realizar determinados actos jurídicos respecto de bienes específicos que en ellas se encuentran.

Por su parte, según lo dispone el artículo 19, N° 24, inciso décimo, de la Constitución, en las zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional, que no tienen por qué estar situadas en zonas fronterizas, sólo se producen efectos en el ámbito minero, en virtud de los cuales no pueden constituirse nuevas concesiones judiciales de exploración y explotación de los yacimientos que se encuentren, en todo o en parte, en ellas; y el Presidente de la República puede poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa, y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos especiales de operación relativos a explotaciones ubicadas en ellas.

A su vez, el artículo 6° del decreto ley N° 1.939, de 1977, establece, esencialmente, que las tierras fiscales que indica, entre las cuales se encuentran

aquellas ubicadas hasta una distancia de 10 kilómetros medidos desde la frontera “sólo podrán ser obtenidas en propiedad, arrendamiento o a cualquier otro título, por personas naturales o jurídicas chilenas”. Y el artículo 7° del mismo cuerpo legal, en lo sustancial, contempla la prohibición de adquirir el dominio u otros derechos reales o ejercer la posesión o tenencia de bienes raíces situados total o parcialmente en zonas del territorio nacional declaradas fronterizas, a los nacionales de países limítrofes; prohibición que hace extensiva a las sociedades o personas jurídicas que indica;

Que de lo anterior se desprende, que los requirentes confunden instituciones que son diferentes y que se encuentran sometidas, por lo tanto, a regulaciones distintas.

Las zonas de importancia para la seguridad nacional, no conciben con las zonas fronterizas ni con las “prohibiciones y restricciones ... establecidas en razón de la calidad de extranjero y de nacional chileno o argentino”, a que se refiere el artículo 1°, inciso segundo, del Tratado. Una zona de ese carácter se determina en base a un área geográfica y a su relevancia para la seguridad nacional, y no en razón de la calidad de nacional o extranjero de quienes tienen derechos de cualquier naturaleza que hacer valer en ella. Por tal motivo, es perfectamente concebible, que si lo considera necesario, la autoridad chilena pueda declarar zona de importancia para la seguridad nacional parte del territorio en la cual se de aplicación a las normas del Tratado en análisis”.

Por último, en relación con el *derecho de aguas*, cuya base constitucional se encuentra contenida en el inciso 11° del artículo 19 N° 24°, el considerando 7° del *Rol N° 260* señala:

“Que de las disposiciones legales recordadas en los considerandos precedentes, fluyen con nitidez las siguientes consecuencias atinentes al caso sub-lite: 1) las aguas, salvo las excepciones específicas contempladas en la ley, son bienes nacionales de uso público, y, por ende, se encuentran fuera del comercio humano, no siendo susceptibles de apropiación privada; 2) el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es un derecho real que se constituye originariamente por un acto de autoridad, conforme al procedimiento establecido en el Código de Aguas, que culmina con la resolución constitutiva del derecho, inscrita en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo; 3) antes de dictarse el acto constitutivo del derecho de aguas, de reducirse éste a escritura pública e inscribirse en el competente registro, el derecho de aprovechamiento no ha nacido al mundo jurídico, pues precisamente emerge, originariamente, en virtud de la mencionada resolución y su competente inscripción;

Que todo lo anterior se encuentra en plena concordancia y armonía con el inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que dispone: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. En otras palabras, y aunque resulte obvio expresarlo, la Constitución asegura el dominio no sobre las aguas mismas, que constituyen bienes nacionales de uso público, sino sobre el derecho de aprovechamiento de ellas constituido en conformidad a la ley. En consecuencia, mientras tal derecho de aprovechamiento no se constituya de acuerdo a las normas establecidas en la ley, tal derecho no existe”.

21. DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

Llego así al último número en que el artículo 19 de la Constitución asegura derechos fundamentales a todas las personas. En él, no sólo se establece una regla limitativa para el legislador, en cuanto a que, siendo el único autorizado para complementar, regular y, sobre todo, limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, no puede afectarlos en su esencia ni impedir su libre ejercicio; sino que se consagra, además, el derecho a la seguridad o certeza jurídica, al vincularlo con otras normas constitucionales, v.gr., sus artículos 1, 5 inciso 2°, 6, 7 y 19 N° 2° y N° 24.

Y. Sentido y alcance

Útil resulta comenzar con una larga transcripción de lo resuelto por el Tribunal en el *Rol N° 280*, en sus considerandos 28° a 33°, pues allí no sólo se explica el contenido del derecho asegurado en el numeral 26°, sino también su origen histórico, alcance y consecuencias más relevantes:

“Que, prescribe este artículo que no se podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

El profesor Bertelsen, en un Informe en Derecho, con motivo del proyecto de ley que otorga facultades a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para obligar a las casas comerciales a proporcionar informes relativos a su cartera de datos de clientes, recordando la historia fundamental del precepto, señala que: ‘Una de las grandes innovaciones del constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial es la protección de la esencia de los derechos humanos reconocidos y protegidos en las constituciones. Se trata de una garantía establecida frente al legislador, el

cual, en virtud del principio de reserva legal tiene competencia en ciertos casos para regular, e incluso en determinados supuestos para limitar, derechos constitucionales.

Aunque necesaria, la actividad legislativa de desarrollo de los derechos constitucionales puede generar abusos. La ley, sobre todo al ocuparse de regular un derecho cuya normativa constitucional es incompleta, o al limitarlo porque la Constitución permite hacerlo, puede ir muy lejos y adoptar un conjunto de disposiciones que restrinjan notablemente su reconocimiento, e incluso, que le priven de toda eficacia jurídica. Para defenderse frente a este ejercicio abusivo de la potestad legislativa y facilitar el control de constitucionalidad de las leyes es que algunas constituciones emplean la técnica de la protección de los derechos en su esencia.

Es ésta una figura jurídica que surge en el constitucionalismo europeo posterior a la II Guerra Mundial, concretamente en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 y que luego ha sido recibida en otros países, como es el caso de España en la Constitución de 1978 y de Chile en la Carta de 1980’.

Hacen presente los Diputados requirentes que el criterio de la razonabilidad en materia legal es esencial para la debida protección de los derechos fundamentales, en términos que el legislador debe, en todo momento, dentro de su ámbito de autonomía para legislar, elegir aquellas opciones que impliquen una limitación menor de los derechos, estándole prohibido constitucionalmente limitar derechos, incluso cuando no se afecta su contenido esencial, más allá de lo estrictamente razonable, con relación a los objetivos que se pretenden lograr.

De la propia jurisprudencia constitucional se extrae que se ‘impide su libre ejercicio’ cuando el legislador entraba un derecho ‘más de lo razonable’ o lo hace en forma ‘imprudente’. El Tribunal ha sostenido que si bien el legislador tiene autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo ‘en forma prudente y dentro de latitudes razonables’.

Los requirentes expresan que el Ejecutivo, con el proyecto vulnera el N° 26 del artículo 19 de la Constitución, lo que ocurriría respecto del derecho a desarrollar una actividad económica, porque se habría transgredido el criterio de razonabilidad en materia legal, esencial para la debida protección de los derechos fundamentales;

Que, el Tribunal Constitucional ha señalado, como también se recuerda en esta sentencia, que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible (*Rol N° 43*, considerando 21° y *Rol N° 200*, considerando 4°).

También el Tribunal ha definido lo que entiende por 'impedir el libre ejercicio del derecho'. Ha dicho que ello ocurre en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.

Se afecta entonces, el derecho en su esencia cuando se imponen tributos, requisitos o condiciones que hagan absolutamente ilusorio el ejercicio del derecho.

Seguindo nuestra doctrina constitucional, es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas (Rol N° 226, considerando 47°).

El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular.

Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación;

Que, no obstante lo anterior, cabe considerar que si las alzas llegaren a ser de tal envergadura que el legítimo derecho de los afectados se convirtiera en algo utópico o ilusorio, ellas serían inconstitucionales por vulneración de las disposiciones que se analizan en este fallo y, en especial, la contenida en el artículo 19, N° 26, de la Carta Fundamental;

Que, el Ejecutivo, contestando, señala que para establecer el contenido esencial, debe examinarse, en consecuencia, en primer lugar, si el derecho se ha hecho impracticable, esto es, cuando pese a permanecer la vinculación con el objeto, esas facultades no pueden ejecutarse.

En segundo lugar, debe establecerse si el derecho está dificultado más allá de lo razonable, a saber, que estas limitaciones no traspasen ciertos límites

para convertirse en intolerables para su titular. En este punto, adquiere importancia la necesidad de que las regulaciones, y en especial las limitativas de derechos, sean 'razonables', 'prudentes' y/o 'sensatas'; que no caigan en el capricho o la arbitrariedad, careciendo de justificación.

Finalmente, agrega que debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de la necesaria protección. Los derechos fundamentales tienen validez efectiva y entidad jurídica real en la medida que el ordenamiento les otorgue tutela adecuada. Es decir, si la actividad legislativa no puede ser controlada ni siquiera con posterioridad a su actuación, el derecho en cuestión se transformaría en una facultad indisponible para su titular y, con ello, se afectaría la dignidad humana, al serle impuestas sobre su núcleo de desarrollo personal, todas las decisiones del Estado con carácter de incontrarrestables;

Que, en suma, se desprende de las consideraciones precedentes, que ninguno de los derechos invocados han sido violentados en su esencia, y por lo tanto, se tiene la seguridad de que los preceptos legales que se proponen no los afectan, ni imponen condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio;

Que en mérito de las consideraciones precedentes deberá decidirse que el alza de las tasas de los impuestos que se proponen en los artículos 1° y 2° del proyecto, no infringen el orden público económico, ni tienen en la especie el carácter de desproporcionados e injustos; no afectan a la igual repartición de los tributos, no impiden el desarrollo de la respectiva actividad económica; no involucran una discriminación en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, y no afectan los correlativos derechos en su esencia".

No cabe duda que cuanto se expresa en los considerandos recién transcritos responde a la orientación clara seguida por el Tribunal, como allí mismo se señala, desde el Rol N° 43, considerando 21°:

"Que un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se 'impide su libre ejercicio' en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica".

Posteriormente, en el considerando 7° letra b) del Rol N° 184, se expuso por la Magistratura Constitucional:

"Que dicho precepto vulnera la Constitución:

(...)

b. En su artículo 19, N° 26, en cuanto al pretender regular el ejercicio de una de las facultades esenciales del derecho de propiedad afecta a éste 'en

su esencia', al impedir de modo total su ejercicio en cuanto se refiere a la facultad de administración del ente societario por sus propios dueños o por quienes ellos determinen libremente en conformidad con su propio estatuto social. Tal afectación del derecho de propiedad en su contenido esencial viola de modo notorio la Constitución, que ha dispuesto esta salvaguarda como base fundamental del respeto de los derechos de las personas especialmente frente al legislador".

Finalmente, recuerdo los considerandos 5° y 8° del Rol N° 200:

"Que, derivado de lo expuesto en la sentencia indicada y a contrario sensu, cuando las exigencias legales no revisten las características anotadas, corresponderá entender que ese libre ejercicio del derecho no se encuentra entrabado. Serán justamente las aludidas razonabilidad y prudencia las que permitirán que no se entre en conflicto, sino que, por el contrario, se guarde armonía y coherencia con lo establecido en el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que prevé exactamente la posibilidad que se establezcan legalmente requisitos que no impidan el libre ejercicio de los derechos;

Que, como resulta de lo anteriormente expuesto, se observa que lo que se trata de dilucidar en el caso de autos no es la posible existencia de un impedimento absoluto al ejercicio del derecho de asociarse, pues la norma legal proyectada no prohíbe tal ejercicio. Consiguientemente no se está en presencia de una afectación de un derecho en su esencia propiamente tal, sino que de lo que se trata es de establecer si la exigencia que ella contempla para su ejercicio implica efectivamente un obstáculo o, expresado en la forma en que lo establece el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política, si con ello se configura un requisito que "impide su libre ejercicio".

En consecuencia y resumiendo las reglas que emanan de la jurisprudencia extractada, en relación al sentido y alcance del artículo 19 N° 26° de la Constitución, es menester señalar:

Primero, que dicho numeral exige que el legislador obre con razonabilidad al complementar, regular o limitar el ejercicio de los derechos fundamentales;

Segundo, aquella razonabilidad, tratándose de las limitaciones, implica que la ley debe elegir siempre la alternativa que signifique la menor restricción posible al ejercicio del derecho;

Tercero, por lo expuesto, la regulación legislativa se vuelve irracional o imprudente cuando se entraba un derecho más allá de lo que es razonable, impidiéndose así su libre ejercicio, o cuando lo somete a exigencias que lo tornan irrealizable o lo privan de tutela jurídica;

Cuarto, por otra parte, un derecho se afecta en su esencia cuando se lo priva de aquello que es consustancial, de modo que deja de ser reconocido como lo que era o

cuando se imponen tributos, requisitos o condiciones que hacen absolutamente ilusorio su ejercicio;

Quinto, resulta, en fin, menester preguntarse ¿cuándo, entonces, puede limitarse el ejercicio de un derecho fundamental?; y la respuesta, a la luz de la jurisprudencia, exige señalar que ello resulta admisible cuando concurren los siguientes requisitos:

- A. La limitación se encuentra expresamente autorizada por la Constitución;
- B. Es respetuosa del principio de igualdad;
- C. Se establece determinadamente, tanto en el momento en que nace como cuando cesa; y
- D. Se fundamenta en parámetros incuestionables, o sea, razonables y justificados; y

Finalmente, debe considerarse que la esencia del derecho, así como la legitimidad de las limitaciones no son cuestiones inmóviles o determinables de una vez y para siempre, pues ellas dependen, al menos, del momento histórico de cada situación concreta y de las condiciones inherentes a las sociedades democráticas.

Z. Aplicación

Sin perjuicio de las concreciones, de cuanto ha sido expuesto, que pueden desprenderse de las sentencias ya transcritas, resulta útil incluir, a modo ilustrativo algunos ejemplos más.

Así, en relación con *la igualdad ante la ley*, léase el considerando 14° del Rol N° 203:

"Que, los requirentes sostienen que la modificación a la ley de Rentas Municipales importa también, conculcar el derecho garantizado en el artículo 19, N° 26, de la Carta Fundamental, que asegura:

N° 26. 'La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio'.

Los requirentes al citar esta disposición como violentada por la reforma de la ley de Rentas Municipales han querido relacionar esta garantía general con la igualdad ante los tributos y especialmente con la prohibición de establecer tributos manifiestamente desproporcionados e injustos.

Este Tribunal entiende que lo consustancial al derecho de igualdad impositiva sería que los tributos deben ser iguales, proporcionados y justos y como ya lo hemos analizado en considerandos anteriores estos principios no se han desconocido por la reforma propuesta, más aún teniendo en

consideración que se trata sólo de la modificación de un límite máximo. En mérito de lo anterior no puede entenderse que hay una discrepancia entre la modificación al Decreto Ley N° 3.063, de 1979, y el artículo 19, N° 26, de la Ley Fundamental”.

Por su parte y respecto de *la libertad de expresión*, el considerando 38° del Rol N° 226:

“Que, afecta, igualmente, al artículo 19, N° 26, de la Constitución, en cuanto por este precepto del proyecto la esencia de la libertad de expresión se vulnera al imponerse a los medios de comunicación social una exigencia que impide su libre ejercicio, ya que un tercero ajeno a tal medio puede pretender imponerles la difusión de ciertas noticias, hechos o acontecimientos que hubieren sido omitidos por ellos en las condiciones que el proyecto señala”.

Finalmente y en nexa con *el derecho de asociación*, los considerandos 8° y 10° del Rol N° 126:

“Que si tales circunstancias se dieran, no sólo se estaría atentando contra el ejercicio del derecho de asociación garantizado por la Constitución Política, sino que se estaría conculcando, además, la esencia misma del derecho a asociarse, a gozar de personalidad jurídica, y, adicionalmente, a participar en la vida nacional si tal asociación así lo tuviere por objetivo;

(...)

Que estas normas, si bien no hacen obligatorio el incorporarse a la junta de vecinos única, coartan la libertad de toda persona que quiera ejercer su derecho a participar en la vida nacional a través de una junta de vecinos y a formarla y asociarse con quien lo desee dentro del ámbito territorial correspondiente, creándose de esta manera un impedimento para así hacerlo y obligándose consecuentemente a que, si se quiere ejercer tal derecho, se tenga como único camino el formar parte de esa única junta de vecinos permitida. Tal situación conculca la esencia misma del derecho a asociarse y a gozar de personalidad jurídica que la Constitución contempla, vulnerándose de esta manera la garantía consagrada en el N° 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental al dar “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”, conceptos estos que este Tribunal precisó ya en su sentencia de 24 de febrero de 1987, Rol N° 43”.

Por último, no puede dejar de recordarse lo señalado por el Tribunal en el considerando 18° del Rol N° 167, ya que allí se hace una interpretación meramente exagética y literal del alcance que tiene el numeral 26°, inconsistente con los principios y reglas del Constitucionalismo Humanista:

“Que, los requirentes han planteado, también, la inconstitucionalidad del decreto N° 327, de 1992, en razón de que atentaría contra el derecho consagrado en el artículo 19, N° 26, de la Constitución Política, que establece lo siguiente:

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

De la sola lectura de esta norma se desprende que las inconstitucionalidades que se pueden derivar de esta disposición, sólo deben sustentarse en los ‘preceptos legales’ que afecten la esencia de los derechos, lo que no podría aplicarse a los decretos supremos, pues éstos no tienen tal calidad. En mérito de lo anterior no es posible sostener la inconstitucionalidad del decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas, N° 327, de diciembre de 1992, en sus números 3° y 4°, basada en esta causal, pues es evidente que sus normas no son preceptos legales sino disposiciones de carácter administrativo. La expresión ‘preceptos legales’ se emplea también en el artículo 80 de la Constitución al referirse a la facultad de la Corte Suprema de declarar inaplicable por inconstitucionalidad una determinada disposición. La doctrina y la jurisprudencia han entendido que es requisito esencial del recurso de inaplicabilidad que él se dirija a obtener la no aplicación de un ‘precepto legal’ lo que importa excluir de su materia propia las demás disposiciones de la autoridad pública, desde las simples providencias y órdenes escritas, hasta los decretos, los reglamentos y las ordenanzas. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 35, 2a. parte, sección 1a., pág. 64)”.

Evidentemente que lo prohibido al legislador, en aplicación directa, finalista y humanista de la Constitución, está con mayor razón vedado a las normas infralegislativas.

IV. REFLEXIONES FINALES

Es indudable que, a pesar que la función inicialmente encomendada al Tribunal Constitucional estuvo restringida a resolver conflictos entre los legisladores respecto de los preceptos legales en su apego a la Carta Fundamental, las páginas precedentes dan cuenta de cómo ha ido, acertadamente en general, extendiendo sus decisiones al ámbito de los derechos fundamentales. El Tribunal aparece, desde esta perspectiva, como el más representativo ejemplo, en nuestro Régimen Político, de la evolución desde un constitucionalismo centrado en el Estado a otro, cuyo fundamento radica y gira en torno de las personas y, más concretamente, de la defensa y promoción de sus derechos.

Ciertamente, la Magistratura Constitucional ve ahora definitivamente ampliada lo que era su función tradicional, tras la reforma de 26 de agosto, pues ella lo conduce, desde el control preventivo y abstracto de constitucionalidad de la ley, al que se ejerce con posterioridad a su promulgación y en concreto, a través del recurso de inaplicabilidad y del examen eventual de los autos acordados emanados de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Calificador de Elecciones.

Es de esperar, en suma, que el *refugio* que hoy se busca en el Tribunal conduzca, sobre la base de la interpretación de buena fe de la Constitución y su aplicación directa, a la superación del positivismo jurídico, al repliegue —al mínimo indispensable— de las exigencias formales y a la protección y pleno desenvolvimiento de los derechos fundamentales, en el marco de los valores contenidos en la Constitución.